



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

2002/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.--
(Form: 701.000.02/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la con-
currence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

www.admin.ch/edmz

Prix au numéro:
CHF 25.--

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della con-
correnza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vendita:
UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

Prezzo per esemplare:
CHF 25.--

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.--

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

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

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

2002/4

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

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

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

Januar / janvier / gennaio 2003

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2002/4****B Verwaltungsrechtliche Praxis****Pratique administrative****Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segretaria della Commissione della concorrenza

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

1. Tracteurs

558

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

1. Vorsorgliche Massnahmen**Mesures provisionnelles****Misure cautelari**

1. Teleclub AG vs. Cablecom GmbH

567

2. ETA SA Fabriques d'Ebauches

593

3. Unternehmenszusammenschlüsse**Concentrations d'entreprises****Concentrazioni di imprese**1. Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner
Regiobank AG

606

2. RWE Solutions AG und Schott Glaskontor GmbH
(RWE Solar GmbH)

614

3. Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG

619

4. Migros-Genossenschafts-Bund und Scana Lebensmittel AG

625

5. IBM Deutschland GmbH, Berlin, et PwC Consulting AG,
Zurich

628

6. Weitere

642

7. Stellungnahmen**Préavis****Preavvisi**1. Révision de la loi sur les télécommunications (LTC) et de
ses ordonnances d'exécution

643

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Commission de recours pour les questions de concurrence

Commissione di ricorso in materia di concorrenza

1. Elektra Baselland

648

2. Entreprises Electriques Fribourgeoises

672

3. Vertrieb von Tierarzneimitteln

698

4. Cablecom GmbH/Teleclub AG

724

B 4 Bundesgericht	
Tribunal fédéral	
Tribunale federale	
1. Buchpreisbindung	731
C Zivilrechtliche Praxis	
Pratique des tribunaux civils	
Prassi dei tribunali civili	
C 1 Kantonale Gerichte	
Tribunaux cantonaux	
Tribunali cantonali	
1. X/Y	757
D Entwicklungen	
Développements	
Sviluppi	
D 1 Erlasse, Bekanntmachungen	
Actes législatifs, communications	
Atti legislativi, comunicazioni	
1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Be-	
handlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel	770
2. Communication concernant les accords verticaux dans le	
domaine de la distribution automobile	778
3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi	
verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza	
nel settore del commercio di autoveicoli	785
D 2 Bibliografie	
Bibliographie	
Bibliografia	793
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	796
Index (deutsch, français e italiano)	799

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. Tracteurs

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Rapport final du secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) du 16 septembre 2002 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart en l'affaire des tracteurs pour indices de restrictions illicites à la concurrence selon l'article 5 LCart

A. En fait

A.1. Objet de l'enquête

1. L'objet de la présente enquête concerne les clauses contractuelles relatives à la fixation du prix de revente et à la répartition géographique du territoire de revente qui lient le revendeur de tracteurs agricoles à l'importateur officiel.

A.1.1. Informations générales sur le marché des tracteurs agricoles

2. Les tracteurs neufs sont vendus en Suisse par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective ou exclusive. La distribution pour chaque marque est assurée à un premier niveau par un importateur officiel et à un deuxième niveau par des concessionnaires ou revendeurs. Ces derniers sont liés à l'importateur officiel par des accords verticaux (oraux ou écrits).

3. Le marché suisse des tracteurs agricoles ne semble pas menacé par la concurrence étrangère du fait que l'accès à celui-ci est très difficile et que les importations de pays tiers sont insignifiantes.

4. Le marché des tracteurs est un marché étroit en régression qui souffre d'une surcapacité généralisée. En l'espace de dix ans, le volume des ventes s'est réduit de moitié, alors que le nombre de concurrent

est resté le même. Cela n'incite pas un investisseur à entrer sur le marché.

A.1.2. Entreprises concernées

5. Environ une trentaine de marques de tracteurs agricoles sont vendus en Suisse mais quatre groupes de société détiennent à eux seuls presque 70% du marché. On se trouve donc en présence d'une structure oligopolistique. Il s'agit du Groupe Fiat, du Groupe Same, du Groupe Agco et de John Deere.

6. Vu la faible part de marché des autres acteurs et de leur impact marginal sur le marché de la vente de tracteurs neufs, le secrétariat a uniquement analysé, dans le cas de la présente étude, le système de distribution des quatre groupes nommés dans le tableau ci-dessous:

Groupe et part de marché	Nom de l'importateur officiel	Marque vendue et part de marché en Suisse
Fiat ?20%-30%?	Rapid AG, Dietikon (ci-après: Rapid)	? Case IH ?1%-10%? ? Steyr ?1%-10%?
	Bucher Landtechnik AG, Niederweningen (ci-après: Bucher)	? New Holland ?10%-20%?
Same ?10%-20%?	Same Deutz-fahr Schweiz AG, Schwarzenbach (ci-après: Same)	? Same ?1%-10%? ? Lamborghini ?1%-10%? ? Hürlimann ?1%-10%? ? Deutz-fahr ?1%-10%?
AGCO ?10%-20%?	Service company AG, Oberpipp (ci-après: SC)	? Massey-Fergusson ?1%-10%?
	GVS Agrar AG, Schaffhausen (ci-après: GVS)	? Fendt ?1%-10%?
John Deere ?10%-20%?	Matra, Zollikofen	? John Deere ?10%-20%?

A.1.3. Types de relations verticales

7. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: secrétariat) a analysé les relations verticales entre l'importateur officiel et ses revendeurs, notamment sous l'angle du chiffre 3 de la Communica-

tion concernant l'appréciation des accords verticaux (DPC 2002/2, p. 407; ci-après: la Communication).

8. D'après les renseignements récoltés, les types de relations verticales entre les importateurs et leurs revendeurs sont très diverses, mais on peut cependant constater une pratique plus ou moins généralisée. Les résultats de l'enquête préalable ont révélé les éléments suivants:

- ?? Aucun contrat analysé ne contient de clauses interdisant explicitement les importations parallèles. Les importateurs officiels des différentes marques avouent cependant que dans les faits, il y en a très peu et que leur politique encourage les concessionnaires ou revendeurs à ne pas choisir un autre canal de distribution que celui de l'importateur.
- ?? Le secrétariat n'a pas pu identifier de vendeurs indépendants procédant à des importations parallèles.
- ?? Quant aux importations directes, elles sont très rares, pour les raisons suivantes: selon les informations de la "Swiss Federal Research Station for Agricultural Economics and Engineering" FAT, Taenikon, Switzerland, le paysan suisse préfère soigner en règle générale la relation de confiance qu'il a avec son commerçant de machines agricoles plutôt que d'économiser quelques francs en achetant un tracteur neuf à l'étranger. Comme le tracteur est un outil de travail, il est essentiel pour le paysan que le service après-vente soit garanti, ce qui n'est pas toujours assuré si le tracteur a été acheté à l'étranger (cf. également la décision de la Commission européenne du 17 février 1992, JO n°L 068 du 13/03/1992 p 0019-0033).

9. En ce qui concerne l'analyse des contrats, il en est ressorti les éléments suivants:

Nom de l'importateur officiel	Type de relation verticale
Rapid AG	<p>Les tracteurs Case IH et Steyr sont vendus par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective et exclusive. La distribution est assurée à un premier niveau par l'importateur officiel et à un deuxième niveau par des commerçants.</p> <p>Il n'existe pas de contrat écrit. Les commerçants sont libres de fixer le prix de revente et n'ont pas de territoire de vente imposé. Les importations parallèles sont peu pratiquées mais pas interdites.</p>

Bucher Land-technik AG	<p>Les tracteurs New Holland sont vendus par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective. Il existe trois catégories de revendeurs qui se distinguent selon leur capacité productive, leur qualification et leur responsabilité.</p> <p>Il n'existe un contrat écrit qu'avec les commerçants de la 1^{ère} catégorie VLH. Ce dernier contient une clause qui limite directement le territoire de revente du commerçant et empêche le commerçant de s'approvisionner en tracteur par une autre filière que celle de l'importateur officiel. Il s'agit de la clause 4.8 du "Händlervertrag für Volleistungshändler VLH".</p>
Same Deutz-fahr Schweiz AG	<p>Les tracteurs Same, Deutz-fahr, Lamborghini et Hürlimann sont vendus par l'intermédiaire de commerçants sous contrat exclusif et par quelques commerçants indépendants.</p> <p>Il existe un contrat-type qui contient une clause limitant directement le territoire de revente du commerçant et une qui détermine les prix de revente de biens par le commerçant. Il s'agit des clauses 3.3 et 5.2 du "Händler-Vertrag für Traktoren".</p>
Service company AG	<p>Les tracteurs Massey Ferguson sont vendus par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective.</p> <p>Il n'existe pas de contrat écrit mais uniquement un contrat d'achat. Les revendeurs sont libres pour fixer le prix de revente et s'approvisionner en tracteur où ils veulent. Les importations parallèles ne sont pas pratiquées mais pas interdites.</p>
GVS Agrar AG	<p>Les tracteurs Fendt sont vendus par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective. La distribution est assurée à un premier niveau par l'importateur officiel et à un deuxième niveau par des commerçants ou des revendeurs.</p> <p>Il existe un contrat type. Ce dernier ne fixe pas de territoire de revente. L'importateur édite une liste de prix et les importations parallèles sont peu pratiquées mais pas interdites.</p>

Matra	Les tracteurs John Deere sont vendus soit directement aux consommateurs finals, soit par l'intermédiaire de revendeurs. Il existe un contrat type liant une vingtaine de revendeurs avec l'importateur. Ce dernier édite une liste de prix. Les revendeurs n'ont pas de territoire de revente et les importations parallèles sont possibles.
-------	---

10. L'enquête préalable vise dès lors à vérifier si les accords verticaux entre l'importateur officiel et ses revendeurs affectent la concurrence de manière notable au sein des différents réseaux de distributions, sans être justifiés pour des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251, ci-après: "LCart").

A.2. Procédure

11. Le 31 mai 2001, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart afin d'examiner s'il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence sous l'angle de l'article 5 LCart.

12. Le 31 mai 2001, le secrétariat a adressé un questionnaire aux principales entreprises actives sur le marché des tracteurs agricoles, soit Rapid, Same, GVS, Bucher, Matra, Valtra, SC, Paul Henriod et Renault. Toutes les entreprises ont répondu à fin juillet 2001.

13. Le 18 février 2002, la Comco a adopté la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (précité, cf. ch. 7). Le secrétariat a alors entrepris une étude plus approfondie des différents contrats liant les importateurs à leurs revendeurs.

14. Des demandes de renseignements supplémentaires ont été adressées aux importateurs des quatre groupes mentionnés au chiffre 5 ci-dessus pour clarifier la portée de leur clause.

15. En date du 5 juin 2002, le groupe Same a adressé au secrétariat le contrat modifié dans lequel il a supprimé les clauses problématiques (cf. ch. 40).

16. En date du 26 juin 2002, Bucher a signé une déclaration visant à supprimer l'état de fait incriminé (cf. ch. 42).

17. Le 2 et 4 juillet 2002, Matra et GVS ont adressé au secrétariat une copie du contrat dans lequel il était clarifié que les revendeurs étaient libres de fixer le prix de revente (cf. ch. 34 et 35).

B. CONSIDÉRANTS

B.1. Champ d'application de la LCart

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

19. Par entreprise, la LCart vise tout acteur qui produit des biens ou des services et participe de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2002/2, p. 308, ch.17). Les entreprises susmentionnées (cf. ch. 5) sont des entreprises au sens de la LCart.

20. L'objet de la présente procédure consiste à déterminer si les entreprises susmentionnées (cf. ch. 7) sont parties à des accords en matière de concurrence (cf. chap. B.3)

B.2. Prescriptions réservées

21. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence (art. 3 LCart). Les parties n'ont d'ailleurs pas contesté ce point.

B.3. Évaluation

22. Sont illicites, selon l'article 5 alinéa 1 LCart, notamment les accords verticaux qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique.

B.3.1. Accords en matière de concurrence

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

24. En l'espèce, l'enquête préalable a révélé que Bucher, Same, GVS et Matra ont conclu des contrats écrits avec leurs revendeurs, qui ont notamment pour objet de définir des zones et des prix de vente. Quant à Rapid et SC, ils n'ont pas conclu de contrat écrit mais oraux.

25. Il s'agit:

a) d'une part, en ce qui concerne les contrats écrits de Bucher, Same, GVS et Matra, de déterminer si les clauses qui limitent les possibilités géographiques d'approvisionnement des revendeurs ou fixent le prix de revente aux consommateurs finaux remplissent les conditions de l'article 4 alinéa 1 LCart,

b) et d'autre part, de déterminer si les relations verticales entre Rapid et SC et leurs revendeurs constituent également un accord en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

26. En l'espèce, la clause 4.8 du "Händlervertrag für Vollleistungshändler VLH" de Bucher, les clauses 3.3 et 5.2 du "Händler-Vertrag für Traktoren" de Same et les listes de prix de Matra et GVS remplissent les conditions d'une restriction à la concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart pour les raisons suivantes:

a) Ces clauses constituent des conventions dès lors que les revendeurs acceptent de limiter leur possibilité de s'approvisionner auprès de l'importateur officiel sis en Suisse ou de fixer eux-mêmes leur prix de revente.

b) Les clauses du contrat sont passées entre des entreprises occupant des échelons différents du marché.

c) Les clauses contiennent une répartition des marchés ou une fixation du prix de revente et entraînent dès lors une restriction à la concurrence.

27. En ce qui concerne les relations verticales entre Rapid et SC et leur revendeur, le secrétariat n'a pas pu établir qu'elles constituaient des accords au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart, dans la mesure où, bien qu'il existe des accords oraux entre les revendeurs et les importateurs, ces derniers ne visent ni n'entraînent une restriction à la concurrence.

28. En conséquence, seuls les accords verticaux énoncés au chiffre 32 sont des accords en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

B.3.2. Affectation notable de la concurrence

29. Il s'agit de vérifier, dans un premier temps, si les accords verticaux conclu entre les importateurs et les revendeurs énoncés au chiffre 32 affectent la concurrence de manière notable au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart.

30. Le 19 février 2002, la Commission de la concurrence a publié une communication concernant l'appréciation des accords verticaux (précité, cf. ch. 7). Celle-ci détermine les cas dans lesquels ces derniers sont considérés comme ayant un effet notable sur la concurrence. Selon l'article 3 lettres a et b de la Communication une clause contractuelle régissant le rapport entre un producteur et son revendeur doit être considérée comme une restriction notable au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart lorsqu'elle limite le territoire ou le cercle de la clientèle de revente ou déterminent directement ou indirectement des prix de revente imposés ou des prix minimums à la revente de biens ou de services par le commerçant.

31. Cette appréciation correspond également à la pratique suivie jusqu'à présent par la Comco (cf. décision Citroën, DPC 2002/3, p. 455 ss.).

32. Dans le cas d'espèce, le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart est réalisé pour les clauses de Same (cf. ch. 9, al. 2) et de Bucher (cf. ch. 9, al. 2) parce qu'elles fixent un prix de revente et

limitent directement le territoire ou le cercle de revente du commerçant au sens du chiffre 3 lettres a et b de la Communication.

33. Par contre, le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart n'est pas réalisé pour les clauses de GVS et Matra pour les raisons suivantes:

34. Matra a donné au secrétariat une copie du contrat où il était clarifié que:

"Der Händler ist daher in seiner Endpreisfixierung frei".

35. GVS a adressé au secrétariat un contrat dans lequel elle a ajouté:

"Jeder Händler ist frei für die Endpreisfixierung".

36. Ainsi, au vu de ce qui précède, seules les clauses des contrats de Bucher (cf. ch. 9, al. 2) et Same (cf. ch. 9, al. 2) constituent des accords verticaux qui affectent de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart.

B.3.3. Justificatifs

37. Si un accord vertical est considéré comme ayant un effet notable sur la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, il s'agit d'examiner si cet accord est justifié par des motifs d'efficacité économique selon l'article 5 alinéa 2 LCart. Dans le cas où de tels motifs existent, l'accord est alors licite selon la LCart.

38. Selon l'article 5 alinéa 2 lettre a LCart un accord (vertical) est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique 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 les ressources". Cette énumération des motifs d'efficacité est exhaustive. Les parties ne peuvent en invoquer d'autres (cf. décision de l'autorité de recours Reko/WEF, DPC 2000/2, p. 167 ss., c. 3.2.2.b).

39. Cependant, dans le cas d'espèce, la question de savoir si les différentes clauses sont justifiées pour des motifs d'efficacité n'a plus à être tranchée de manière définitive dans la mesure où les parties se sont engagées à supprimer l'état de fait incriminé (cf. chap. B.3.4. ci-dessous).

B.3.4. Suppression de l'état de fait incriminé

40. La question de l'illicéité des clauses contractuelles des contrats de Same et Bucher peut rester ouverte, étant donné que les parties ont accepté de supprimer l'état de fait incriminé.

41. Same a adressé au secrétariat le contrat "Händler-Vertrag für Traktoren" modifié dans lequel il a supprimé les clauses suivantes:

"3.3 Der Händler verpflichtet sich, die Vertragsgegenstände weder direkt noch indirekt ausserhalb des Verkaufsgebietes gemäss 2.1 anzubieten oder zu verkaufen. Anfragen aus anderen Verkaufsgebieten leitet er an SDF weiter.

5.2 Der Händler hat in der Festsetzung seiner Wiederverkaufspreise freie Hand, muss sich aber generell an die von SDF veröffentlichen Listenpreise halten".

42. Bucher a signé une déclaration visant à supprimer l'état de fait incriminé:

1. Die Bucher Landtechnik AG verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Parallelimporte von Traktoren der Marke New Holland zu verhindern. Das bedeutet, dass es den Wiederverkäufern (Vollleistungshändler, Teilleistungshändler und Preislisten- und Prospekt-Händler) erlaubt ist, die Traktoren bei anderen Grossisten, welche nicht zum offiziellen Vertriebskanal gehören oder sich im Ausland befinden, zu beschaffen.

2. Die Bucher Landtechnik AG verpflichtet sich, die Wiederverkäufer (Vollleistungshändler, Teilleistungshändler und Preislisten- und Prospekt-Händler) weder direkt noch indirekt daran zu hindern, ihre Traktoren an Endabnehmer in der ganzen Schweiz zu verkaufen.

3. Bucher Landtechnik AG informiert seine Händler über die vorliegende Verpflichtungserklärung.

4. Bucher Landtechnik AG informiert das Sekretariat der Weko umgehend über die Umsetzung dieser Verpflichtungserklärung.

5. Das Sekretariat behält sich das Recht vor, eine Untersuchung einzuleiten, falls die vorliegende Verpflichtungserklärung nicht eingehalten und umgesetzt wird".

B.4. Conclusion

Le secrétariat de la Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. Constate qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence;
 2. Prend acte de l'engagement des parties de supprimer l'état de fait incriminé;
 3. Constate que l'état de fait incriminé a été supprimé par les déclarations des parties;
 4. Décide de clôturer l'enquête préalable et le communique aux entreprises.
-

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. Teleclub AG vs. Cablecom GmbH

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 LCart

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

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002;
Anordnung vorsorglicher Massnahmen*

A. SACHVERHALT

1. Verfahren

1. Am 10. April 2002 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch der Teleclub AG, Zürich ("Teleclub"), um Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 KG und Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Cablecom GmbH, Winterthur, und die Unternehmungen der Cablecom Gruppe ("Cablecom") und Swisscable, Bern ("Swisscable"), ein.

Im Einzelnen wird beantragt:

"Gegen die Cablecom GmbH und die zur gleichen Gruppe gehörenden Unternehmungen (insbesondere die Cablecom Management GmbH und die Cablecom Business AG) (zusammen nachfolgend Cablecom) sowie den Verband Swisscable sei eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zu eröffnen".

Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass der folgenden

vorsorglichen Massnahmen:

1. *Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu befehlen,*

a) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kon-

trollierten Backbone-Netz zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

b) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen.

2. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) für die digitale Übertragung der Teleclub-Programme den Zugang zum von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Cablecom-Backbone-Netz von einer Einigung über den Zugang zu den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen abhängig zu machen;

b) die digitale Übertragung der Teleclub-Programme in den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen.

3. Es sei dem Verband Swisscable unter Androhung der Bestrafung seiner verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) seine Mitglieder aufzufordern, bezüglich der digitalen Übertragung der Fernsehsignale der Teleclub AG mit dieser in keine Geschäftsbeziehung zu treten;

b) die Geschäftsbeziehung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen".

Die Gesuchstellerin stellt ferner den

prozessualen Antrag:

"Es sei bei Gutheissung der beantragten vorsorglichen Massnahmen einer allfälligen Beschwerde der Gesuchsgegnerinnen gegen die Verfügung betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG zu entziehen".

2. Am 12. April 2002 wurden die Cablecom und Swisscable durch das Sekretariat zur Stellungnahme aufgefordert. Diese Gesuchsantworten sind am 17. beziehungsweise 21. Mai 2002 eingetroffen.
 3. Cablecom und Swisscable stellten den Antrag, es sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich abzuweisen und der Antrag der Teleclub um Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) abzuweisen. Cablecom schliesst auf Abweisung des Antrags auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, da es sowohl an der günstigen Entscheidprognose, einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, der Dringlichkeit sowie Verhältnismässigkeit einer allfälligen Massnahme fehle.
 4. Teleclub reichte am 2. Mai 2002 in Ergänzung ihrer Eingabe vom 9. April 2002 die nach diesem Datum geführte Korrespondenz zwischen ihr und den beiden Gesuchsgegnerinnen ein.
 5. Mit Datum vom 4. Juni 2002 stellte das Sekretariat im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen dem Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) ein Auskunftsbegehren zur Abklärung der technischen Fragen zu. Dieser Fragebogen wurde den Parteien mit gleichem Datum zugestellt.
 6. Am 14. Juni 2002 stellte die Teleclub beim Sekretariat das Begehren um Durchführung eines Augenscheins bei zwei Ortsnetzbetreibern.
 7. Das Sekretariat teilte der Teleclub mit Schreiben vom 17. Juni 2002 mit, über das Begehren werde nach Erhalt der Auskünfte des BAKOM entschieden, da der Augenschein über eine der dem BAKOM unterbreiteten Fragen Aufschluss geben sollte.
 8. Die Auskünfte des BAKOM gingen beim Sekretariat am 22. Juli 2002 ein und wurden den Parteien zur Stellungnahme zugestellt.
 9. Teleclub wurde gleichzeitig mitgeteilt, auf einen Augenschein werde angesichts der Auskünfte des BAKOM vorläufig verzichtet und ihr die Möglichkeit eingeräumt, auf dem Antrag auf Durchführung eines Augenscheins zu beharren und diesfalls eine Zwischenverfügung in Aussicht gestellt.
-

10. Am 13. und 30. August 2002 und am 2. September 2002 gingen die Stellungnahmen der Parteien zu den Auskünften des BAKOM ein, wobei Teleclub mitteilte, es werde am Antrag auf Durchführung eines Augenscheins nicht festgehalten.

11. Mit Datum vom 18. September 2002 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Ergänzung des BAKOM zur Auskunft vom 19. Juli 2002 ein.

2. Die Parteien

12. Teleclub ist seit 1989 Inhaberin einer Veranstalterkonzession für ein analoges Pay-TV-Programm, seit dem Jahr 2000 für drei analoge Programme und seit dem 8. März 2002 im Besitze der Bewilligung des UVEK zur digitalen Verbreitung des Teleclub-Programms.

13. Bei der Cablecom handelt es sich um eine Kabelnetzbetreiberin. Cablecom teilte mit Eingabe vom 25. Juli 2001 mit, dass nach Änderungen der Konzernstruktur nunmehr Cablecom GmbH mit Sitz in Winterthur für das operative Geschäft zuständig und deshalb die Cablecom GmbH als Verfahrensbeteiligte aufzuführen sei. Diese Mitteilung wurde von Cablecom seither nicht korrigiert, so dass Cablecom GmbH auch in diesem Verfahren als Verfügungsadressatin figuriert. Sie betreibt in dieser Eigenschaft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze in der Schweiz. Dazu betreibt sie einerseits ein als Backbone bezeichnetes Hauptnetz, das die Grobverteilung der Fernsehsignale an die lokalen und regionalen Ortsnetze vornimmt und andererseits nimmt Cablecom Netzdienstleistungen für die Vermittlung von Fernsehsignalen an die Endabnehmer mit regionalen Ortsnetzen vor (Feinverteilung).

14. Insgesamt deckt Cablecom gemäss Teleclub neben der Grobverteilung auf ihrem Backbone-Netz für 92% der Teleclub-Konsumenten auch bei der Feinverteilung 80% der Kabelhaushalte ab, welche das Teleclub-Programm abonniert haben. 20% empfangen das Teleclub-Programm via das Swisscom MediaStar Verteilnetz.

15. Seit Mai 2000 bietet Cablecom ein Pay-TV-Programmpaket an. Seit dem 26. Juni 2002 ist Cablecom zudem im Besitz einer Veranstalterkonzession per 1. August 2002. Am 12. August 2002 hat Cablecom den Betrieb eines digitalen Pay-TV im Raum Basel aufgenommen, seit 17. September 2002 auf dem gesamten Gebiet der deutschen Schweiz.

16. Um das digitale TV-Programm empfangen zu können, benötigt der Fernsehzuschauer eine Set-Top-Box, welche die digitalen Signale in für die heutigen Fernsehgeräte lesbare analoge Signale umwandelt. Sowohl Cablecom als auch Teleclub bieten für ihre digitalen Programme je eine eigene Set-Top-Box an. Diese Boxen müssen gestützt auf öffentlich-rechtliche Vorschriften gewisse technische Eigenschaften aufweisen, die sie für den Empfang anderer digitaler Programme kompatibel machen.

17. Teleclub wurde im Jahr 1999 die Bewilligung zur Verbreitung eines digitalen Programms vom UVEK verweigert, weil damals die "d-Box" von Teleclub nicht über diese Kompatibilität verfügte. Dieser Entscheid führte zur Einstellung einer Untersuchung der Weko, die aufgrund der bereits damaligen Weigerung von Cablecom, das digitale Programm von Teleclub zu verbreiten, eröffnet worden war. Der Einstellung der Untersuchung war der Erlass vorsorglicher Massnahmen vorausgegangen, der jedoch durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgehoben worden war (vgl. RPW 1999/2, S. 204, und RPW 1999/4, S. 618).

18. Teleclub wurde im März 2002 nun die Bewilligung zur Verbreitung digitaler Programme erteilt. Diese Bewilligung des UVEK beinhaltet die Feststellung, dass die ADB Set-Top-Box von Teleclub nun die erforderlichen Auflagen in Bezug auf die Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe g RTVG in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 RTVG erfüllt.

19. Der Verbreitung der Programme von Teleclub vorbehalten bleiben die erforderlichen Vereinbarungen mit Kabelnetzbetreibern. Diese sind bis zum heutigen Zeitpunkt mit Cablecom nicht zustande gekommen.

20. Bisher hat Teleclub ein einziges Pay-TV-Programm analog verbreitet, obwohl Teleclub seit Oktober 2000 die Konzession erteilt wurde, drei Programme parallel zu verbreiten. Diese erweiterte Konzession ist nach Angaben von Teleclub blockiert, weil nach Angaben der Kabelnetzbetreiber - insbesondere der Cablecom - die für die analoge Übertragung von drei Pay-TV-Programmen notwendigen drei Kanäle angeblich aus Kapazitätsgründen nicht zur Verfügung stehen.

21. Swisscable ist der Branchenverband der Schweizer Kabelnetzbetreiber. Swisscable sind Kabelnetzbetreiber angeschlossen, die 94,5% sämtlicher Kabelfernsehanschlüsse auf sich vereinigen. Davon vereinigt Cablecom als grösste Kabelnetzbetreiberin in der Schweiz 46% sämtlicher Kabelnetzkunden auf sich.

3. Vorgehen der Parteien

22. Teleclub fragte bei Cablecom im April 2001 eine Offerte für die Verbreitung der Teleclub-Signale in digitaler Form über das Cablecom-Netz nach. Teleclub möchte für die bisher analog genutzte Bandbreite von 8MHz stattdessen nach einer kurzen Übergangszeit digitale Programme ausstrahlen. Die Verhandlungen sind mittlerweile gescheitert, weil die beiden Parteien unterschiedliche Vorstellungen über die Rahmenbedingungen für die Übertragung der Signale von Teleclub in digitaler Form haben. Teleclub ist der Ansicht, dass für die digitale Übertragung der gleiche Preis zu entrichten wäre wie bisher für die analoge, da für acht bis zehn digitale Programme die gleiche Bandbreite benötigt wird wie für ein einziges analoges Programm. Cable-

com verlange für die Einspeisung des digitalen Teleclub-Programms in den Backbone das x-fache des bisher für die Verbreitung des analogen Programms bezahlten Preises, wobei dafür die gleiche Netz-Kapazität beansprucht werde und mit der digitalen Verbreitung der gleiche Aufwand verbunden sei. Cablecom macht demgegenüber geltend, es handle sich dabei um marktübliche Konditionen.

23. Cablecom macht die digitale Übertragung des Teleclub-Programms zudem davon abhängig, dass Teleclub ihr Signal über die SwissFun-Plattform verbreite, und verlangt, dass Teleclub ihren Abonnenten nicht die eigene, sondern die SwissFun Set-Top-Box von Cablecom zur Verfügung stellt. Cablecom ist der Ansicht, dass es dem Konsumenten nicht zuzumuten sei, mehrere Set-Top-Boxen zu kaufen, wozu sie gezwungen wären, wenn sie die Teleclub-Plattform wählen würden, aber gleichzeitig zum Beispiel Pay-per-View-Angebote nutzen möchten. Cablecom macht geltend, diese finanziellen Belastungen der Abonnenten sollten vermieden werden, zumal ihnen zum selben Betrag die SwissFun-Plattform offenstehe, welche in der Lage sei, sämtliche digitalen Mediadienste bereitzustellen. Cablecom habe weiter ein sachlich gerechtfertigtes Interesse daran, die Integrität und vollständige Operabilität ihres eigenen Kabelnetzes zu schützen, was beim Einsatz des Teleclub-Zugangssystems nicht gewährleistet wäre.

24. Weiter verlangt Cablecom, dass Teleclub die Verwaltung ihrer Abonnementskunden Cablecom übergebe und Cablecom die Programme von Teleclub vermarkten könne.

25. Teleclub macht geltend, dass Cablecom als Betreiberin des grössten Kabelfernsehnetzes in der Schweiz und die anderen Mitglieder von Swisscable eine wesentliche Einrichtung (essential facility) besitzen. Im Markt für die Grob- und Feinverteilung von Fernsehsignalen nehme Cablecom eine beherrschende Stellung ein und sei mit den Mitgliedern von Swisscable kollektiv marktbeherrschend. Cablecom versuche diese marktbeherrschende Stellung auszunutzen, um Teleclub als einzige Wettbewerberin auf dem Pay-TV-Markt zu verdrängen.

B. ERWÄGUNGEN

1. Zuständigkeit

26. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5/7 KG in Frage, hat die Weko die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (RPW 1999/3, S. 395; RPW 1997/4, S. 621). Die Befugnis der Weko zur Behandlung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen setzt nicht voraus, dass ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eröffnet worden ist. Jedoch kann der Erlass vorsorglicher Massnahmen nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen (vgl. PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 284). Daher muss, falls im Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Mass-

nahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist, gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet werden. Cablecom macht geltend, das Gesuch von Teleclub um Erlass vorsorglicher Massnahmen zielt primär darauf ab, private Interessen zu verfolgen, weshalb diese beim Zivilrichter und nicht bei der Wettbewerbsbehörde geltend zu machen seien. Dieser pauschalen Behauptung kann jedoch nicht gefolgt werden. Im Vordergrund steht gemäss nachstehenden Erwägungen die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt gemäss Ziffer 35 ff.

27. Die sachliche Zuständigkeit ist somit gegeben.

2. Vorbehaltene Vorschriften

28. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Eröffnung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Vorliegend sind keine vorbehaltenen Vorschriften zu berücksichtigen. Die von Swisscable ins Feld geführten Bestimmungen des Radio- und Fernsehgesetzes sind nicht als solche zu qualifizieren. Im Gegenteil: Diese Bestimmungen zielen gerade auf die Ermöglichung von Wettbewerb ab, denn in Anwendung dieser Bestimmungen wurde Teleclub die Konzession erst erteilt, als deren Set-Top-Box die erforderliche "Offenheit" zur Ermöglichung von Wettbewerb aufwies.

3. Materielle Voraussetzungen

29. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden (RPW 1999/3, S. 396). Als gestaltende Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten (RPW 1997/4, S. 604 f.).

30. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidprognose, einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35). Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden (RPW 1997/4, S. 612).

a. Entscheidprognose

31. Im Rahmen der Entscheidprognose wird geprüft, ob für die Weko glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorgli-

chen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/4, S. 590).

32. Nachfolgend wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich Cablecom auf einem bestimmten relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG missbraucht.

I Marktbeherrschendes Unternehmen

33. 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).

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

Der relevante Markt

Sachlich relevanter Markt

35. 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).

36. Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall Veranstalter von Fernsehprogrammen, welche Übertragungs- und Transportkapazitäten für die von ihr ausgestrahlten Fernsehsignale zu den Fernsehzuschauern nachfragen.

37. Der Anteil der am Kabelfernsehtnetz angeschlossenen Haushalte gemessen an allen TV-Haushalten beträgt 94%. In allen Haushalten, die am Kabelnetz angeschlossen sind, fragen 90,59% die Übertragung von Fernsehprogrammen via Kabel nach. Diese Zahlen sind dem im Jahresbericht 2001 von Swisscable auszugsweise publizierten "European Cable Yearbook 2001/2002" entnommen und belegen, dass für den Veranstalter von Fernsehprogrammen, der Übertragungs- und Transportkapazitäten für die ausgestrahlten Fernsehsignale nachfragt, nach wie vor keine Substitute zum Kabelnetz bestehen. Daher umfasst der sachlich relevante Markt die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze (Entscheid REKO in RPW 1999/4, S. 641).

38. Entgegen der Auffassung von Cablecom sind es nicht die technisch möglichen Alternativen zum Kabelnetz, um die sich der sachlich relevante Markt erweitert, sondern diejenigen Alternativen, die die Nachfrager tatsächlich als substituierbar ansehen. Die oben stehenden Zah-

len zeigen, dass nahezu sämtliche Fernsehzuschauer (94%) über Kabelnetz zu erreichen sind, und davon die überwiegende Mehrheit (91%) auch tatsächlich über Kabelnetz fern sieht. Aus diesem Grund gibt es aus der Sicht der Veranstalter von Fernsehprogrammen, die Zuschauer erreichen wollen, keine Substitute zum Kabelnetz. Es ist nicht zu erwarten, dass Kabelnetzkunden auf Satellitenempfang umsteigen, um das digitale Teleclub-Programm empfangen zu können. Daher ist die Verbreitung von Fernsehsignalen über Satellit keine Alternative für die Veranstalter von Fernsehprogrammen.

39. Ob der sachlich relevante Markt aufzuteilen sei in Übertragungs- (bzw. Markt für Grobverteilung von Fernsehsignalen) und Verteilungsmarkt (bzw. Markt für Feinverteilung) kann für das vorliegende Verfahren offen bleiben. Denn die Marktgegenseite fragt die Übertragungsdienstleistungen bis zum Endkunden nach, und eine Unterteilung in diese beiden Märkte würde für das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen keine unterschiedlichen Ergebnisse liefern.

Räumlich relevanter Markt

40. Der räumlich relevante 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).

41. In ihrem Entscheid vom 4. November 1999 bestätigte die REKO die von der Weko vorgenommene Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes (RPW 1999/4, S. 641). Da die Konzession von Teleclub nach wie vor die Schweiz umfasst und deren Filme in deutscher Sprache ausgestrahlt und folglich fast ausschliesslich in die Kabelnetze der Deutschschweiz eingespielen werden, rechtfertigt es sich nach wie vor, als räumlichen Markt die Deutschschweiz abzugrenzen.

42. Es ist deshalb von einem relevanten Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz auszugehen.

Marktstellung

Aktueller Wettbewerb

43. Auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze sind die Marktanteile gemäss dem Jahresbericht 2001 von Swisscable folgendermassen verteilt: Swisscable verfügt mit seinen Mitgliedern über einen Marktanteil von 94,5% bei allen Kabelfernsehanschlüssen. Cablecom alleine verfügt über eine Marktabdeckung von 46% aller Kabelfernsehanschlüsse. Die anderen 54% sind nicht Marktanteile von Konkurrenten, da Kabelnetzbetreiber de facto über Gebietsmonopole verfügen. Cablecom ist damit das mit Abstand grösste Kabelunternehmen der Schweiz. Den übrigen Markt teilen sich 260 grössere und kleinere Kabelunternehmen und 195 Gemeinschaftsantennen.

44. Cablecom verfügt demnach nicht nur über einen hohen Marktanteil, sondern nimmt unter dem Gesichtspunkt der Marktanteilsverteilung im Vergleich zu den Konkurrenten eine herausragende Stellung ein.

45. Diese Zahlen entsprechen den Werten aus dem Jahr 2000. Dem Jahresbericht ist zu entnehmen, dass der Anteil der Kabelkunden gemessen an allen Fernsehhaushalten im Vergleich zu den Vorjahren noch angestiegen ist. Der deutsche ASTRA-Bericht steht diesbezüglich mit dem Jahresbericht von Swisscable in Widerspruch, indem er von einem leichten Rückgang ausgeht. Aufgrund der aktuellen Versorgungsdichte von über 90% durch das Kabelfernsehnetz sind diese Widersprüche für das vorliegende Verfahren vernachlässigbar.

46. Bei den Nachfragern von Teleclub präsentiert sich das Bild nach Darstellung von Teleclub noch anders: Danach empfangen rund 80% der Teleclubabonnenten das Programm über das Cablecom Kabelnetz, und 92% der Abonnenten wären via Cablecom erreichbar. Ohne Zugang zum Cablecom-Netz könnte Teleclub in ihrem Konzessionsgebiet nur 20% der Abonnenten bedienen.

47. Der aktuelle Wettbewerb ist demnach als gering einzustufen.

Potenzieller Wettbewerb

48. Im relevanten Markt bestehen hohe Marktzutrittsschranken. Bau und Betrieb eines Kabelnetzes setzen eine Konzession voraus (vgl. Art. 39 f. RTVG). Ein Marktzutritt bedingt sehr hohe Investitionen und ist mit erheblichen "sunk costs" verbunden, ohne dass Möglichkeiten bestehen würden, sich durch ein differenziertes Angebot von der Konkurrenz abzuheben.

49. Langfristig kann vielleicht damit gerechnet werden, dass die Telekommunikationsunternehmen die Kabelnetzbetreiber konkurrenzieren. Die Modernisierung des "local loop" (z.B. Asymmetric Digital Subscriber Line [ADSL]) und die neuen drahtlosen Technologien (Wireless Local Loop [WLL]), Universal Mobile Telecommunications System [UMTS]) dürften breitbandige interaktive Dienste ermöglichen, welche den Empfang über das Kabelnetz substituieren könnten.

50. Zum heutigen Zeitpunkt kann jedoch nicht mit genügender Sicherheit gesagt werden, wann die Telekommunikationsnetze als echte Substitute zu den CATV-Netzen betrachtet werden können. Wenn eine technisch durchführbare sowie preislich konkurrenzfähige Technologie möglich wäre, so wäre kaum innerhalb der nächsten Jahre mit einer Markteinführung zu rechnen.

51. Damit ist die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts potenzieller Konkurrenten für die nächsten Jahre als gering einzustufen. Das Vorhandensein potenziellen Wettbewerbs ist somit zu verneinen.

Ergebnis

52. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs ergibt sich, dass sich Cablecom auf dem Markt für Breitbanddienste weitgehend unabhängig verhalten kann. Es ist deshalb für die Weko glaubhaft, dass Cablecom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

II Unzulässige Verhaltensweisen

53. Teleclub macht mehrere angeblich unzulässige Verhaltensweisen von Cablecom im Sinne von Artikel 7 KG geltend. Im Einzelnen beklagt sie unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), künstliche Verknappung von Kabelkapazitäten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), die Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG) sowie weitere missbräuchliche Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG.

54. Im Rahmen des Massnahmeverfahrens werden die Vorwürfe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, der Koppelungsgeschäfte und der Einschränkung der technischen Entwicklung geprüft. Auf die übrigen Tatbestände wird im Untersuchungsverfahren zurückzukommen sein.

55. Weiter macht Teleclub unzulässige Verhaltensweisen von Swisscable im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a, e und f KG geltend. Auch auf diese Vorwürfe wird in der Untersuchung zurückzukommen sein. Nach den Ausführungen von Teleclub ist die grosse Mehrheit der Teleclub-Abonnenten nur über das Cablecom-Kabelnetz zu erreichen. Mit dem vorliegenden Entscheid werden die schützenswerten dringlichen Interessen von Teleclub im Wettbewerb zu Cablecom gewahrt, so dass sich die nähere kartellrechtliche Prüfung des Verhaltens von Swisscable in diesem Verfahren erübrigt, insbesondere auch gestützt auf die Tatsache, dass Cablecom das mit Abstand grösste und wichtigste Mitglied von Swisscable darstellt. Dasselbe gilt für die von Teleclub kumulativ zu den Tatbeständen nach Artikel 7 KG gegenüber Cablecom und Swisscable gerügte angebliche Verletzung von Artikel 5 KG.

56. Grundsätzlich schafft eine marktbeherrschende Stellung nicht per se einen Kontrahierungszwang für das betreffende Unternehmen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, S. 103). So können sachlich gerechtfertigte Gründe vorliegen, welche das Nichteintreten eines marktbeherrschenden Unternehmens auf konkrete Begehren eines Vertragspartners durchaus nicht als missbräuchlich erscheinen lassen.

1. Unzulässige Kopplungsgeschäfte

1a. Abgabe der Kundenverwaltung

57. Teleclub behauptet, Cablecom mache die Verbreitung des digitalen Teleclubprogramms von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig. Cablecom macht in der Gesuchsantwort geltend, sie habe jeweils auf verschiedene Modelle der Kundenverwaltung verwiesen und Teleclub nie zwingen wollen, das ganze Kundenmanagement an Cablecom abzugeben, wobei jedoch konstruktive Vorschläge seitens Teleclub ausgeblieben seien. In jedem Fall muss die Entscheidung, wie die Kundenverwaltung organisiert wird, alleine der Teleclub als Veranstalterin überlassen werden. Ein Koppeln von Bedingungen über die Kundenverwaltung an einen Vertragsabschluss ist insbesondere deshalb unzumutbar, weil Cablecom und Teleclub als Pay-TV-Veranstalter gegenseitig im Wettbewerb stehen. Die Abgabe der Kundendaten an Cablecom würde dazu führen, dass sie über die für die Vermarktung eines Produkts wesentlichen Daten ihrer Konkurrentin Teleclub verfügen würde. Cablecom hätte es in der Hand, die Kunden von Teleclub gezielt abzuwerben. Sie würde damit über einen gewichtigen Wettbewerbsvorteil gegenüber Teleclub verfügen, der sie in die Lage versetzt, das Angebot von Teleclub gegenüber dem eigenen Pay-TV-Angebot in missbräuchlicher Weise zu vernachlässigen.

58. Für die Wettbewerbskommission sind keine sachlichen Gründe für die ganze oder auch nur teilweise Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom erkennbar. Cablecom macht solche gegenüber der Wettbewerbskommission auch nicht geltend. Zudem nimmt Teleclub zurzeit beim analogen Programm für 95% ihrer Abonnenten die Kundenverwaltung selbst vor. Es erscheint deshalb glaubhaft, dass Cablecom ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie die Verbreitung der digitalen Fernsehsignale von Teleclub an die Abgabe der Kundenverwaltung koppelt.

1.b. Verwendung der SwissFun Set-Top-Box

59. Cablecom macht die Verbreitung des digitalen Teleclubprogramms davon abhängig, dass Teleclub ihr Signal über die SwissFun-Plattform verbreite, das heisst, sie verlangt faktisch die Integration des Teleclub-Programms in das SwissFun-Angebot von Cablecom. Weiter bedingt ein Vertragsschluss für Cablecom, dass Teleclub ihren Abonnenten nicht die eigene, sondern die SwissFun Set-Top-Box von Cablecom zur Verfügung stellt. Cablecom führt dazu technische Gründe an. Bei einem parallelen Betrieb zweier digitaler Plattformen könne das technisch einwandfreie Funktionieren des gesamten Netzes nicht mehr garantiert werden.

60. Diese technischen Einwände der Cablecom sind nach Auffassung der Weko unbegründet. Erstens existieren Kabelnetze, auf denen verschiedene digitale Plattformen parallel einwandfrei laufen. So befin-

det sich nach den Ausführungen von Teleclub auf dem Netz der Technischen Betriebe Wil ein digitales Free TV-Angebot neben dem verschlüsselten digitalen Teleclub-Angebot. Zudem werden mit einem eigenen Conditional Access-System "eigenverschlüsselte" Programme verbreitet. Auf dem Netz der IFAC Pratteln werden in ähnlicher Weise Programme verschiedener Anbieter verbreitet. Auf beiden Netzen sind Set-Top-Boxen verschiedener Hersteller in Betrieb. Betreffend ausländische Kabelnetze hat das BAKOM in der Ergänzung seiner Auskunft vom 16. September 2002 ausgeführt, dass dem BAKOM keine Fälle von Kabelnetzen im Ausland bekannt sind, bei deren Nutzung zurzeit zwei Set-Top-Boxen gleichzeitig mit Hilfe des "multicrypt-Verfahrens" (längerfristig) zur Anwendung kommen. Nach Ausführungen des BAKOM war das bei Kabelnetzen in Portugal und Spanien während einer gewissen Zeit der Fall.

61. Zweitens hält das BAKOM fest, dass grundsätzlich jede mangelhafte Set-Top-Box Störeinflüsse erzeugen kann, was nicht prinzipiell gegen den Einsatz der Set-Top-Box von Teleclub spricht, umso weniger als die Set-Top-Box durch das BAKOM geprüft und für gut befunden wurde. Das BAKOM sieht keine grundsätzlichen Schwierigkeiten punkto Netzmanagement, Signalqualität und Datensicherheit, die dem Aufschalten einer zweiten digitalen Plattform entgegenstünden. Diese Auffassung deckt sich mit einer Stellungnahme zu diesen Fragen, die Teleclub zur Abklärung in Auftrag gegeben hat.

62. Drittens bietet Cablecom selber über das gleiche Kabelnetz einen bidirektionalen Internetzugang an. Offenbar scheinen sich diese verschiedenen Datenströme in keiner Weise gegenseitig zu stören, da nach eigenen Aussagen gleichzeitig Fernsehen geschaut und auf dem Internet gesurft werden kann.

63. Cablecom behauptet, es entstehe ihr ein nicht zumutbarer operativer Zusatzaufwand, im Störfall könne der Kunde das Problem nicht der richtigen Ursache zuordnen und dann fälschlicherweise auch für Mängel der Teleclub Set-Top-Box an Cablecom gelangen. Wie Teleclub in der Stellungnahme zu den Auskünften des BAKOM zu Recht ausführt, darf von einem Teleclub-Abonnenten erwartet werden, dass er bei einer allfälligen Störung beim Empfang des Teleclub-Programms nicht bei der Cablecom anrufen wird, bevor er nachgeschaut hat, ob die anderen Programme normal empfangen werden können. Ist dies der Fall, ist zu erwarten, dass Teleclub und nicht Cablecom zur Behebung der Störung herangezogen wird.

64. Cablecom bestreitet weiter, dass die heutige Set-Top-Box von Teleclub über die nach dem RTVG erforderliche Offenheit verfüge. Da sich die massgebliche Technik bereits wesentlich weiterentwickelt habe, stelle sich die Frage, mit welchen Mitteln die vom Bundesrat im Entscheid betreffend "d-Box" vom 5. Juni 2001 formulierten Ziele erreicht werden können, neu. Diese Behauptung ist falsch. Wie bereits in

Ziffer 18 erläutert, beinhaltet die (erst im März 2002 erteilte) Bewilligung des UVEK die Feststellung, dass die Set-Top-Box von Teleclub nun die erforderlichen Auflagen in Bezug auf die Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe g RTVG in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 RTVG erfüllt, das heisst über ein Common Interface verfügt und den Einsatz von Multicrypt im Sinne des DVB-Standard zulässt.

65. Das heutige Vorbringen von Cablecom, wonach die technischen Auflagen bereits nicht mehr aktuell seien, stehen im Widerspruch zu denjenigen, die Cablecom im Verfahren vor der Weko im Jahr 1999 vorgebracht hat. Damals machte Cablecom geltend, die "d-Box" von Teleclub könne nicht zugelassen werden, weil sie mit anderen als dem Teleclub-Programm nicht kompatibel sei. Nun sind die von Cablecom damals angebrachten Kriterien erfüllt, die Teleclub Set-Top-Box ist SwissFun-kompatibel und Cablecom trotzdem nicht bereit, das Programm von Teleclub unter Verwendung der eigenen Set-Top-Box zu übertragen.

66. Cablecom will neben dem traditionellen Pay-per-Channel-Angebot auch Pay-per-View-Anwendungen und weitere Mediadienste anbieten. Die Teleclub Set-Top-Box sei nicht in der Lage, diese Pay-per-View-Dienste zu übertragen. Die Pay-per-View-Anwendungen unterscheiden sich von der (herkömmlichen) Pay-per-Channel-Vermarktung dadurch, dass der Abonnent nicht ein ganzes Fernsehprogramm, sondern lediglich einzelne Sendungen gezielt einkauft. Pay-per-View-Ausstrahlungsrechte berechtigen zudem in der Regel zur zeitlich früheren Ausstrahlung von Filmen als bei der Pay-per-Channel-Verbreitung, wobei dieser zeitlichen Abfolge gemäss Cablecom im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit im Pay-TV-Bereich eine entscheidende Bedeutung zukommt. Cablecom wolle verhindern, dass Konsumenten durch die Finanzierung der Teleclub Set-Top-Box über ihr Abonnement zusätzliche Investitionen in eine weitere Set-Top-Box tätigen müssten, um solche neuen Angebote nutzen zu können. Es sei den Konsumenten nicht zuzumuten, mehrere Set-Top-Boxen zu kaufen, wozu sie gezwungen wären, wenn sie die Teleclub-Plattform wählen würden, aber gleichzeitig zum Beispiel Pay-per-View-Angebote nutzen möchten.

67. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass vom Konsumenten erwartet werden darf, dass er sich über die Vorzüge der einzelnen Boxen informiert, die auf dem Markt erhältlich sind. Wenn also die von Cablecom bereitgestellten Angebote für die Konsumenten tatsächlich attraktiver sein sollten, weil sie über zusätzliche Dienste verfügen oder weil Cablecom aufgrund des Pay-per-View zur zeitlich früheren Ausstrahlung von Filmen berechtigt ist, was nach Ansicht von Cablecom im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit eine entscheidende Bedeutung hat, ist auch zu erwarten, dass Cablecom entspre-

chend Marktanteile gewinnen wird. Sollte sich in Zukunft erweisen, dass die Teleclub Set-Top-Box dereinst den interaktiven Dienstleistungen nicht Genüge zu tun vermag, wird sie kraft der dynamischen Effizienz des Marktes verdrängt werden und durch ein anderes System ersetzt werden.

68. Die Tatsache, dass Cablecom zusammen mit dem Pay-TV-Angebot noch interaktive Mediadienste auf der SwissFun-Plattform anbieten will, kann nicht als mangelnde Offenheit der Teleclub Set-Top-Box ausgelegt werden. Zudem wurde die Einschätzung des UVEK vom März 2002, wonach die Teleclub Set-Top-Box den Anforderungen des RTVG genüge, am 19. Juli 2002 vom BAKOM bestätigt und ist deshalb mit Sicherheit nicht überholt.

69. Die Einwände von Cablecom stellen deshalb keinen glaubhaften sachlichen Grund für die Koppelung der Aufschaltung des digitalen Teleclub-Programms an die Verwendung der Cablecom Set-Top-Box dar. Die nachstehenden Ausführungen zeigen zudem, dass die Frage nach den Vor- und Nachteilen der Set-Top-Boxen im vorliegenden Fall von untergeordneter Bedeutung ist.

70. Auf einem dynamischen, erst im Aufbau begriffenen Markt wie dem digitalen Pay-TV-Markt präsentiert sich die Situation zudem etwas anders: "Infrastruktur-Vorteile" sind auf solchen Märkten für die Entwicklung der Marktstruktur entscheidend. Ein Anbieter, der in dieser Phase über einen Nachteil verfügt, wird kaum auf eine genügende Anzahl Kunden kommen, um sich auf dem Markt behaupten zu können. Es ist Cablecom darin zuzustimmen, dass die digitale Verbreitung von Pay-TV-Angeboten eine Weiterentwicklung des analogen Pay-TV ist. Selbst wenn der digitale Pay-TV-Markt jedoch zurzeit noch ein Teilmarkt des Pay-TV-Marktes sein mag, ist dies in nächster Zukunft nicht mehr der Fall. Der Pay-TV-Markt wird bald ausschliesslich ein digitaler sein. Zudem bedingt die Umstellung vom analogen auf das digitale Fernsehen die Neuregelung des Marktzutritts für die Programmveranstalter, die dafür auf den Vertragsschluss mit den Kabelnetzbetreibern angewiesen sind. Aus diesem Umstand abzuleiten, dass der Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt funktioniere, da Teleclub ja weiterhin analoges Pay-TV anbieten könne, entbehrt deshalb jeglicher für die Annahme von "legitimate business reasons" geforderten Sachlichkeit.

71. Das BAKOM weist in seiner Auskunft vom 19. Juli 2002 mit Hinweisen auf die ökonomische Lehre und die europäische Rechtsprechung darauf hin: *"dass im Zusammenhang mit Set-Top-Boxen so genannte Netzeffekte auftreten. Wenn es einem Veranstalter gelingt, als First Mover im Markt eine kritische Masse zu erreichen, setzen positive Feedbacks ein, die letztlich zu einer de facto-Standardisierung führen. Gelingt es einem Veranstalter, mit eigenen proprietären Boxen eine kritische Nutzergruppe im Markt zu erreichen, entsteht für seine Kon-*

kurrenten ein hoher Druck, sich diesem Standard anzuschliessen. Weigern sie sich, dies zu tun, haben sie mit enorm hohen Marktzutrittsbarrieren zu rechnen, denn sie müssen das Publikum überzeugen, sich eine zweite Set-Top-Box zu beschaffen. Damit ist aber in der Regel nicht zu rechnen. Aufgrund des so genannten Lock-In-Effektes sind die Kunden faktisch in den bestehenden Netzwerken gefangen ...".

72. Für den vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass Teleclub eben gerade nicht mehr über ein proprietäres System verfügt, dies hingegen in Bezug auf die Cablecom Set-Top-Box noch ungeklärt ist. Zudem hat Cablecom durch die Verzögerungen beim Vertragsabschluss mit Teleclub diese Position des "first mover" bereits erreicht. Dadurch entsteht Cablecom ein Wettbewerbsvorteil, der nicht auf eigenen Leistungen beruht und zudem positive Reputationseffekte zur Folge hat. Wie die Weko im Entscheid "Blue Window" (RPW 1997/2, S. 168) ausführte, sind in solchen Märkten Reputationseffekte von Bedeutung. Derjenige Anbieter, der als erster über einen Wettbewerbsvorteil verfügen kann, profitiert noch lange davon. Wenn dieser Vorteil nicht auf eigene Innovationen oder andere Leistungen, sondern auf die Ausnützung einer beherrschenden Stellung zurückzuführen ist, liegt eine Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG vor. Es wurde im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht, dass Cablecom ihren Wettbewerbsvorteil nicht durch eigene Innovation oder andere Leistungen erlangt hat, sondern in ihrer Eigenschaft als Kabelnetzbetreiberin mit Gebietsmonopol durch Ausnützung ihrer marktbeherrschenden Stellung.

2. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

73. Grundsätzlich kann der Kabelnetzbetreiber entscheiden, welche Signale zu welchen Bedingungen auf ihrem Netz aufgeschaltet werden. Laut Teleclub verweigert Cablecom seit April 2001 die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit Teleclub für die digitale Verbreitung des Teleclub-Programms auf dem Backbone-Netz. Teleclub wirft der Cablecom im Hinblick auf die Vertragsverhandlungen Verzögerungstaktik vor. Bisher hat Cablecom den Markteintritt von Teleclub im Bereich des digitalen Fernsehens erfolgreich verhindert. Da Cablecom selbst als Veranstalterin im digitalen Pay-TV-Markt aufgetreten ist, ist angesichts der Bedeutung des in Ziffer 71 f. und 88 ff. umschriebenen "first mover-advantage" nicht auszuschliessen, dass es sich bei der Verzögerung innerhalb der Vertragsverhandlungen um eine systematische Verdrängungsstrategie handelt.

74. Gemäss Cablecom erklärt sich die fehlende Einigung zwischen den Parteien in erster Linie damit, dass Teleclub nicht nur die Verbreitung ihres Programms im Sinn habe, sondern auf die direkte Beanspruchung von Bandbreite des Cablecom-Kabelnetzes und damit auf den entbündelten Zugriff auf ihre Kunden abziele. Teleclub wolle somit nicht einfach ihr Programm mittels Cablecom über deren Infrastruktur verbei-

ten lassen, sondern wolle deren Dienstleistung auf die Zurverfügungstellung von Bandbreite auf ihrem Kabelnetz reduzieren. Dazu gehöre notwendigerweise die Verwendung einer Teleclub eigenen digitalen Plattform, weshalb Teleclub immer auf ihrer eigenen Set-Top-Box beharrt habe und sämtliche Offerten der Cablecom zur Programmaufbereitung über die SwissFun-Plattform jeweils abgelehnt habe.

75. Dieser Auffassung kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden. Erstens geht aus dem Gesuch von Teleclub in keiner Weise hervor, dass diese einen entbündelten Zugriff auf das Cablecom-Netz verlangt. In den Rechtsbegehren beantragt Teleclub, "*Cablecom sei zu befehlen, die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG ... zu übertragen*". In der Stellungnahme vom 12. August 2002 zur Auskunft des BAKOM führt Teleclub aus: "*Für das ihnen von Teleclub angelieferte Signal übernehmen die Kabelnetzbetreiber die Verbreitungsdienstleistung. Die Kabelnetzbetreiber übernehmen den Transport des Signalstroms und erbringen den Service für den Betrieb und das Management der Übertragung auf ihren Netzen. Da Teleclub ihren Signalstrom vollständig selbst (DVB-konform) aufbereitet, ist sie nicht auf weitere Dienstleistungen des Kabelnetzbetreibers angewiesen. Zur Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs ist in diesem Zusammenhang einzig erforderlich, dass die Kabelnetzbetreiber anzuhalten sind, das Teleclub-Signal unverändert zu verbreiten ...*".

76. Die Begründung von Cablecom für das fehlende Zustandekommen eines Vertrages entbehrt deshalb ihrer Grundlage und bildet keinen sachlichen Grund für die Verweigerung des Vertragsabschlusses.

3. Einschränkung der technischen Entwicklung

77. Teleclub behauptet mit Verweis auf das von ihr eingereichte Gutachten, dass die Cablecom Set-Top-Box nicht über die vom UVEK geforderte Offenheit verfügt. Cablecom macht demgegenüber geltend, die SwissFun Set-Top-Box sei in der Lage, andere Programme zu empfangen, nur sei zunächst eine vollständige Implementierung notwendig, die noch nicht vorgenommen worden sei, da dazu bisher auch kein Bedarf bestanden habe. Die "schlummernden" Funktionen der SwissFun Set-Top-Box seien mit einfachem Mittel zu aktivieren und würden die Auflagen des UVEK damit auch erfüllen. Cablecom behauptet, die SwissFun Set-Top-Box sei vielseitiger als die Teleclub Set-Top-Box und softwaremässig deutlich besser aufgerüstet.

78. Die Qualitäten der Set-Top-Boxen der beiden Parteien sind umstritten. Bisher wurde einzig die Teleclub Set-Top-Box vom UVEK geprüft und für gut befunden. Die Ergebnisse für die SwissFun Set-Top-Box stehen noch aus. Es kann damit jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Cablecom Set-Top-Box überlegen ist. Allerdings sind die einzelnen Vor- und Nachteile der Set-Top-Box der beiden Par-

teilen in Bezug auf die Frage, ob das Verhalten von Cablecom geeignet ist, die technische Entwicklung einzuschränken, von untergeordneter Bedeutung. Mit der Weigerung von Cablecom, andere Set-Top-Boxen auf ihrem Netz zuzulassen, wird Infrastrukturwettbewerb verunmöglicht, was zur Einschränkung der technischen Entwicklung führt. Es ist daher glaubhaft, dass ein Verstoss gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e KG vorliegt.

4. Schlussfolgerungen

79. Im vorliegenden Fall ist Cablecom einerseits Netzbetreiberin und andererseits als Programmveranstalterin im Pay-TV-Markt Wettbewerberin von Teleclub. Teleclub hat glaubhaft gemacht, dass Cablecom auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz marktbeherrschend ist und Teleclub auf die Verbreitungsdienstleistung von Cablecom angewiesen ist. Diese Verbindung erlaubt es Cablecom, ihre einzige Konkurrentin im Pay-TV-Markt zu diskriminieren.

80. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich zudem, dass nach Auffassung der Wettbewerbskommission keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen beziehungsweise die Koppelung des Vertragsabschlusses an die Abgabe der Kundenverwaltung und die Verbreitung über die SwissFun-Plattform beziehungsweise mittels SwissFun Set-Top-Box ersichtlich sind.

III Ergebnis

81. Aus den vorstehenden Gründen erachtet es die Weko als glaubhaft gemacht, dass Cablecom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz missbraucht und somit Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a, e und f KG verletzt. Das Vorliegen einer günstigen Entscheidungsprognose ist zu bejahen.

b. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb

82. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Weko glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und - bei Anordnung auf Gesuch hin - subsidiär dazu der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

83. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. In Bezug auf die Gesuchstellerin liegt dieser Nachteil auf jeden Fall dann vor, wenn der Marktzutritt derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt wird. Zudem muss zwischen dem Nachteil und der wahrscheinlichen

unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen (RPW 1999/2, S. 204 ff., Ziff. 42).

84. Die Verweigerung der Aufschaltung des digitalen Programms von Teleclub führt dazu, dass Cablecom praktisch über ein Monopol im Bereich des digitalen Pay-TV in der Deutschschweiz verfügen würde, denn Teleclub ist momentan die einzige Konkurrentin von Cablecom und 80% der heutigen Abonnenten von Teleclub sind ausschliesslich via Cablecom zu erreichen. Ohne die Übertragung der digitalen Signale via das Cablecom Kabelnetz lässt sich ein Marktzutritt durch Teleclub nicht gewinnbringend realisieren. Aufgrund hoher sunk costs, technischer Hürden und einem grossen Zeitbedarf, welche mit einem Zutritt auf den Pay-TV-Markt verbunden sind, ist auch nicht zu erwarten, dass innert absehbarer Zeit andere Anbieter auftreten werden, die für Wettbewerb unter Pay-TV-Anbietern sorgen könnten (vgl. dazu auch Entscheid der EG-Kommission vom 27. Mai 1998 i.S. Bertelsmann/Kirch/Premiere, S. 14, betr. hohen Investitionsbedarf für die Installation einer alternativen technischen Infrastruktur für die Übertragung von Pay-TV).

85. Mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen muss verhindert werden, dass Cablecom die Stellung auf dem Markt als einzige Anbieterin eines digitalen Pay-TV auf Kosten wirksamen Wettbewerbs auszubauen vermag. Cablecom selbst macht - bezogen auf Teleclub - geltend, *"Teleclub will damit erreichen, dass möglichst viele Kunden an die Teleclub eigene digitale Plattform gebunden sind, da nicht zu erwarten ist, dass ein solcher Kunde, nachdem er die Set-Top-Box über sein Abonnement finanziert, nochmals Geld in eine weitere Set-Top-Box investiert (sei es durch Kauf oder Miete), die auch zusätzliche Dienste wie Pay-per-View und so weiter bereitstellen kann"*.

86. Cablecom hat sich diese Argumentation auch bezüglich der eigenen Set-Top-Box anzurechnen: Kunden, die sich für den Kauf der Cablecom Set-Top-Box entscheiden, werden genau so wenig auf diejenige von Teleclub ausweichen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass umstritten ist, ob die vom BAKOM geforderte Offenheit der Set-Top-Box im Fall von Cablecom erfüllt ist. Das von Teleclub eingereichte Gutachten kommt jedenfalls zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist. Da Cablecom erst seit dem 26. Juni 2002 im Besitze einer Veranstalterkonzession ist, hat das BAKOM die Set-Top-Box von Cablecom bislang noch nicht geprüft, so dass dieser Punkt derzeit noch ungeklärt ist. Das BAKOM hat jedoch eine entsprechende Studie in Auftrag gegeben. Es ist also nicht gesichert, dass das Programm von Teleclub empfangen werden könnte, wenn die Aufschaltung des Programms zwar vorgenommen würde, jedoch über die Set-Top-Box von Cablecom laufen müsste.

87. Die Gefahr, dass sich Strukturen etablieren, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht gravierende Nachteile aufweisen, liegt deshalb auf

der Hand, umso mehr als im vorliegenden Fall Cablecom neu auch als direkte Konkurrentin von Teleclub auf dem Pay-TV-Markt auftritt beziehungsweise am 17. September 2002 aufgetreten ist.

88. Teleclub wäre ohne Verzögerung des Vertragsabschlusses seit Monaten in der Lage, ein digitales Fernsehprogramm anzubieten. Teleclub wäre damit die erste Anbieterin eines entsprechenden Fernsehens gewesen. Durch die Verzögerungstaktik von Cablecom bei den Vertragsverhandlungen ist es nun Cablecom gelungen, als erste und vorerst einzige Anbieterin eines digitalen Pay-TV auf den Markt zu treten. Bereits diese Tatsache begründet einen Nachteil, der für Teleclub nicht wieder gutzumachen ist. Der Branchenverband Swisscable bestätigt in seiner Stellungnahme die in Ziffer 71 f. beschriebenen Netzeffekte und führt in diesem Zusammenhang Folgendes aus:

"... Dabei setzt sich eben gerade nicht die beste Set-Top-Box oder die offenste und diskriminierungsfreieste noch diejenige, die am meisten Dienste und Programme anbietet, durch. Vielmehr ist entscheidend, wer den Markt als Erster massiv zu beeinflussen vermag".

89. Mit dem vorliegenden Entscheid soll deshalb im Interesse des wirksamen Wettbewerbs sichergestellt werden, dass von Anfang an beide Systeme auf dem Markt eingesetzt werden können und somit Wettbewerb bezüglich der technischen Infrastruktur herrscht. Dies gilt auch im Hinblick auf die Entwicklung von Digitalfernseh- oder Videogeräten, die in der Lage sind, die Aufgaben der heutigen Set-Top-Boxen selbst auszuführen.

90. Wenn sich nämlich der führende Kabelnetzbetreiber - und mit ihm der Branchenverband - von Anfang an auf ein System festlegt, und sich gleichzeitig ohne sachliche Gründe weigert, auf seinem Netz alternative Plattformen zu dulden, drohen nicht nur irreversible Strukturen zu entstehen, sondern es wird auch die technische Entwicklung gehemmt. Der Kabelnetzbetreiber erlangt eine so genannte "Gate-Keeper" Position, die es ihm erlaubt, seine Marktmacht auch auf benachbarte Märkte auszudehnen, indem er in verstärkter Masse die Kontrolle über das auf seinem Netz verbreitete Programmangebot innehat. Auch Swisscable folgert in seiner Stellungnahme zu den Auskünften des BAKOM aus Artikel 42 RTVG, dass es der Kabelnetzbetreiber ist, der aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen entscheidet, welche Programme er aufschaltet.

91. Der daraus entstehende Nachteil ist aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs mit ausreichender Wahrscheinlichkeit nicht leicht wieder gutzumachen. Dieser Problematik wurde bereits im Entscheid der Weko im Massnahmeverfahren von 1999 besondere Beachtung geschenkt. Das "media Trend Journal" 7/8 2002 schätzt die Situation im deutschsprachigen Raum folgendermassen ein:

"Die Schweiz wird in Bezug auf den Anteil der digitalen Haushalte insgesamt im Jahr 2005 den letzten Platz im deutschsprachigen Raum belegen".

Dies mag nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass in der Schweiz bislang mit dem Scheitern der Markteinführung der "d-Box" von Teleclub im Jahr 1999 kein Innovationswettbewerb entstehen konnte. Mit der Nichtzulassung der damaligen Box wurde anderen möglichen Konkurrenten der Wettbewerbsdruck genommen. Es darf vermutet werden, dass in Bezug auf den Innovationswettbewerb im heutigen Zeitpunkt bereits Nachteile eingetreten sind, die nicht mehr wieder gutzumachen sind.

92. Aus diesen Gründen ist es unerlässlich, dass das Teleclub-Programm mit der Teleclub Set-Top-Box aufgeschaltet wird, damit der Anreiz für Cablecom geschaffen wird, die eigene Set-Top-Box jederzeit auf den neusten Stand der Technik zu bringen.

93. Im Ergebnis droht sowohl dem wirksamen Wettbewerb als auch Teleclub ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, welcher kausal durch das Verhalten von Cablecom verursacht wird.

c. Dringlichkeit

94. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

95. Das Verhalten von Cablecom ist mit ausreichender Wahrscheinlichkeit geeignet, auf Dauer den (Innovations-)Wettbewerb im Bereich des digitalen Abonnementsfernsehens auf kartellgesetzwidrige Weise zu beschränken. Die Wettbewerbsmöglichkeiten von Teleclub als einzige Konkurrentin von Cablecom auf dem Pay-TV-Markt sind ohne Vertrag mit Cablecom nicht nur erheblich eingeschränkt, sondern praktisch inexistent, während Cablecom monatlich eine Vielzahl sich langfristig bindender Kunden gewinnen wird. Folglich wird bei Andauern dieser Situation namentlich die Differenz bezüglich der Marktanteile immer grösser.

96. Durch die Tatsache, dass Cablecom mit dem eigenen digitalen Pay-TV bei Erlass dieser Verfügung bereits auf dem Markt ist, drohen die oben beschriebenen Nachteile unmittelbar einzutreten und dem wirksamen Wettbewerb Schaden zuzufügen, der im Nachhinein nicht mehr zu beheben wäre. Die Dringlichkeit ist deshalb ungeachtet der Geschwindigkeit des Wachstums des Marktes für digitales Fernsehen in der Schweiz gegeben.

97. Das Argument von Cablecom, wonach der Pay-TV-Markt die digitale und analoge Verbreitung von Pay-TV-Angeboten umfasse und das analoge Teleclub-Programm schliesslich weiterhin verbreitet werde, ist überdies auch deshalb unbehelflich, weil Cablecom beziehungsweise

Swisscable in Bezug auf das analoge Pay-TV auf der SwissFun-Homepage folgendermassen Werbung betreiben: "... *SwissFun, der digitale Kabelanschluss, wird die Zukunft des Fernsehens in der Schweiz bestimmen. Denn die analogen Anschlüsse sind an ihre Grenzen gestossen und schon bald Geschichte*" (vgl. dazu auch Ziff. 70 f.).

98. Der Nachteil für Teleclub als derzeit einzige Wettbewerberin von Cablecom, sich im betreffenden Markt nicht etablieren zu können, wird mit zunehmender Zeit immer gravierender, weshalb ohne Verzug zu reagieren ist. Es kann nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden.

d. Verhältnismässigkeit

99. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind, und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

100. Cablecom zu verpflichten, das digitale Programm von Teleclub aufzuschalten, ohne es an die im Sachverhalt geschilderten Bedingungen zu koppeln, ist eine geeignete Massnahme, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, weil damit die beiden einzigen Anbieterinnen eines digitalen Pay-TV in der Deutschschweiz Zugang zum Markt erhalten, ohne dass Cablecom über monatelangen Vorsprung verfügt beziehungsweise ohne dass Teleclub als einzige Konkurrentin möglicherweise vom Markt verdrängt wird.

101. Cablecom macht geltend, der Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss dem Gesuch von Teleclub würde für Cablecom enormes Schadenspotenzial bergen. Durch die Übertragung des digitalen Teleclub-Programms über die Teleclub Set-Top-Box würde Cablecom infolge der zu erwartenden Fehlfunktionen im Kabelnetz ein Schaden drohen, der pro Ereignis leicht einen sechsstelligen Frankenbetrag ausmachen könne. Cablecom behauptet, dabei handle es sich nicht um reine Mutmassungen, sondern um eine Prognose, die sich auf praktische Erfahrungen der Cablecom im Zusammenhang mit dem Betrieb und Unterhalt des eigenen Kabelnetzes stütze. Cablecom verzichtet allerdings auf eine Substantiierung dieser Behauptung. Der Gesuchsantwort kann nicht entnommen werden, auf welche Art von Erfahrungen sich Cablecom stützen will. Zudem wurden diese Einwände sowohl durch die Auskünfte des BAKOM als auch durch die von Teleclub eingereichten Beweismittel entkräftet (vgl. Ziff. 59 ff. hievore).

102. Cablecom macht weiter geltend, dass sie durch die von Teleclub beantragten Massnahmen in ihren Eigentumsrechten und in ihrer Wirtschaftsfreiheit tangiert würde, da damit letztlich eine Entbündelung des Netzwerkes verbunden wäre. Entgegen der Ansicht der Cablecom geht es jedoch nicht um Entbündelung, sondern um die

Verbreitung des digitalen Programms von Teleclub, ohne dass Cablecom diese Dienstleistung, die sie bereits für Teleclub für deren analoges Programm vornimmt, an neue Bedingungen knüpfen soll. Das BAKOM hat betreffend Unterschiede bei der Weiterverbreitung des analogen zum digitalen Programm festgehalten, dass die Einspeisung eines digitalen Datenstroms in ein Kabelnetz nicht mehr Aufwand verursacht als dies bei einem herkömmlichen analogen Programm der Fall sei. Bei den beantragten Massnahmen geht es daher nicht, wie Cablecom es darstellt, um die Erweiterung einer Dienstleistung oder gar die Aushöhlung ihrer Eigentumsrechte, sondern letztlich um deren Beibehaltung.

103. Die Erforderlichkeit dieser Massnahme ergibt sich aus der Notwendigkeit für Teleclub, über den Zugang zum Kabelnetz zu verfügen, um das Programm einer genügend grossen Anzahl von Abonnenten anzubieten und somit wirksamen Wettbewerb entstehen zu lassen. Im Interesse wirksamen Wettbewerbs geht es darum sicherzustellen, dass alle potenziellen Anbieter mindestens über ähnliche Startvoraussetzungen verfügen. Obwohl ein gewisser Vorsprung von Cablecom auch mit Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr aufzuholen ist, wird er mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen immerhin gemildert.

104. Teleclub hat im Hinblick auf die Einführung des digitalen Fernsehens die ursprünglich nicht für andere Programme zugängliche Set-Top-Box überarbeitet und verfügt nun über eine vom BAKOM bewilligte Box, die mit anderen digitalen Programmen, namentlich mit den SwissFun-Programmen von Cablecom kompatibel ist. Das SwissFun-Angebot von Cablecom ist auch für Abonnenten des Teleclub-Programms mit der Teleclub Set-Top-Box empfangbar.

105. Es sind deshalb keine anderen dieser Massnahme entgegenstehenden Interessen von Cablecom ersichtlich als das Anstreben einer Monopolstellung auf dem Pay-TV-Markt. Dieses Interesse vermag die Interessen an der unbehinderten Entwicklung dieses Marktes nicht zu überwiegen. Andere Nachteile, namentlich technische Risiken für das Kabelnetz für Cablecom, wurden nicht glaubhaft gemacht beziehungsweise sind namentlich durch die Auskunft des BAKOM und das von Teleclub eingereichte Gutachten sowie die Tatsache, dass andere Kabelnetzbetreiber bereits mit zwei parallelen Plattformen einwandfrei arbeiten, entkräftet worden.

106. Aus diesen Gründen ist die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verhältnismässig.

e. Ergebnis

107. Aus den oben erwähnten Gründen ergibt sich, dass die materiellen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind. Deshalb rechtfertigt es sich, Cablecom mit vorliegender vorsorgli-

cher Massnahme zu verpflichten, die digitalen Fernsehsignale der Teleclub zu übertragen und es Cablecom zu untersagen, diese Übertragung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen sowie Teleclub zu behindern, ihre ADB Set-Top-Box einzusetzen.

108. Teleclub beantragt, es sei Cablecom anzuweisen, die gleichen Preise zu verlangen, die für die Übertragung des analogen Programms bezahlt wurden. Zudem macht Teleclub die Begehren um Übertragung der digitalen Signale für das Backbone und die Ortsnetze getrennt geltend und verlangt die Entkoppelung der Übertragung über das Backbone-Netz von derjenigen über das Ortsnetz. Weiter verlangt Teleclub den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Swisscable. Dazu ist festzuhalten, dass die Weko nicht an die Anträge der Gesuchstellerin gebunden ist, sondern von Amtes wegen diejenigen vorsorglichen Massnahmen anordnet, die für wirksamen Wettbewerb als notwendig erscheinen (RPW 1997/4, S. 607 ff., Recymet SA). Es ist nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes, einzelnen Wettbewerbern eine privilegierte Stellung zu verschaffen. Die Weko erachtet es deshalb als nicht angezeigt, sich im Einzelnen mit sämtlichen Anträgen von Teleclub auseinander zu setzen und zu begründen, weshalb ihnen nicht im beantragten Umfang stattgegeben wird.

109. Da Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, ist gestützt auf Artikel 27 KG eine Untersuchung zu eröffnen.

4. Entzug der aufschiebenden Wirkung

110. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 VwVG kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Artikel 55 Absatz 2 VwVG einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat.

111. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann (BGE 110 V S. 40, E.5b; RPW 1999/3, S. 502).

112. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Kartellgesetzes ruft nach besonderer Zurückhaltung. Einerseits, weil nach dem Willen des Gesetzgebers Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmäs-

sigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG), und andererseits, weil es den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, an den Zivilrichter zu gelangen (Art. 17 KG). Deshalb stehen im verwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen im Vordergrund (RPW 1999/3, S. 502).

113. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidungsprognose, eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme. Grundsätzlich kann jedoch im vorliegenden Fall auf die in Ziffer 35 ff. beschriebenen Erwägungen verwiesen werden.

114. Wie oben erwähnt, wurde im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht, dass Gründe dafür bestehen, dringende Massnahmen anzuordnen, damit Teleclub als einzige Wettbewerberin auf dem Pay-TV-Markt nicht von Cablecom aus dem Markt gedrängt wird und Innovationswettbewerb in Bezug auf die technische Infrastruktur entstehen kann. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

115. Cablecom ist Mitte September 2002 mit einem Konkurrenzprodukt von Teleclub gestartet und wird als erste Anbieterin digitales Pay-TV anbieten. Wie namentlich in Ziffer 71 f. unter Verweis auf die Ausführungen des BAKOM dargelegt wurde, wird Cablecom als "first mover" über gravierende Wettbewerbsvorteile gegenüber der derzeit einzigen möglichen Wettbewerberin verfügen, die möglicherweise zu einer de facto-Standardisierung in Bezug auf die technische Infrastruktur führen. In diesem Zusammenhang ist es zusätzlich von Bedeutung, dass die Kompatibilität der Cablecom-Set-Top-Box mit dem Teleclub-Programm vorläufig bestritten ist und vom BAKOM erst untersucht wird. Die Erwägungen in Ziffer 57 ff. zeigen, dass Anhaltspunkte bestehen, dass dieser Wettbewerbsvorteil nicht durch eigene Innovationen oder andere Leistungen, sondern durch Ausnützung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG erlangt wurde.

116. Deshalb ist es wichtig, dem einzigen Konkurrenten von Cablecom so rasch wie möglich den Markteintritt zu ermöglichen und so einen wirksamen Wettbewerb von Beginn weg zu garantieren. Dazu ist aber die sofortige Gleichbehandlung beider in den Markt für digitales Pay-TV eintretender Anbieter notwendig. Falls eine allfällige Beschwerde aufschiebende Wirkung hätte, würde dies bedeuten, dass angesichts der "Gate-Keeper"-Position von Cablecom sowie der vom BAKOM be-

schriebenen Netzeffekte irreversible Strukturveränderungen auf dem Pay-TV-Markt drohen, die nicht mit dem wirksamen Wettbewerb zu vereinbaren wären.

117. Zudem bringt das nachträgliche Aufbrechen festgefahrener Marktstrukturen zur Korrektur des Wettbewerbs viel mehr Schwierigkeiten mit sich, als der frühzeitige Erlass wirksamer Regelungen. Es besteht also die Gefahr, dass ohne sofortige, unmittelbar wirksame Intervention der Wettbewerbsbehörde dem wirksamen Wettbewerb ein Schaden entstünde, der im Nachhinein nicht mehr zu beheben wäre.

118. Es besteht also ein überwiegendes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs durch vorsorgliche Massnahmen. Dieses überwiegt das einzige ersichtliche private Interesse der Cablecom, als erste beziehungsweise konkurrenzlose Anbieterin mit einem digitalen Pay-TV auf dem Markt aufzutreten (vgl. Ziff. 101 ff.).

119. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung muss aus diesen Gründen entzogen werden.

C. KOSTEN

120. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

D. DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Weko:

1. Es wird eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 KG gegen die Cablecom GmbH eröffnet.
 2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.
 3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.
 4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.
-

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
6. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Eröffnung]

B 2.1	2. ETA SA Fabriques d'Ebauches
-------	---------------------------------------

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 LCart

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

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen

A. SACHVERHALT

1. Im Juli 2002 schrieb die ETA SA Fabriques d'Ebauches (nachfolgend: "ETA"), Grenchen, einem Teil ihrer Kunden, dass sie die Lieferungen von Ebauches (Rohwerken) ab 1. Januar 2003 reduzieren und ab 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde ("Phasing-out"). Während der "Phasing-out"-Periode werde die ETA in dem Umfang fertige Uhrwerke liefern, in welchem sie die Lieferung von Ebauches reduziere. Zur Begründung ihres Vorgehens führte die ETA an, mit dieser Massnahme könne sie einerseits ihre Logistik verbessern und andererseits die Qualität der Fertigprodukte zuverlässiger sicherstellen.
2. ETA ist eine Tochtergesellschaft der Swatch Group AG, Biel. Ihre Geschäftstätigkeit besteht namentlich aus dem Ausbau der Serienfertigung von Bestandteilen, Uhrwerken und Uhren und aus der Montage von Uhrwerken und Uhren in grossen Mengen.
3. Am 13. August 2002 ging beim Sekretariat seitens der Jaquet SA, La Chaux-de-Fonds ("Jaquet SA"), eine Anzeige gegen ETA ein. Beantragt wurde die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung sowie der Erlass vorsorglicher Massnahmen. Am 25. September 2002 wurde eine Ergänzung zur Eingabe vom 13. August 2002, insbesondere zur materiellen Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, beim Sekretariat eingereicht.
4. Jaquet SA ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in La Chaux-de-Fonds. Das Kerngeschäft der Jaquet SA besteht in der Modi-

fikation bestehender Standard-Ebauches, die mit zusätzlichen Funktionen ausgestattet und/oder veredelt werden.

5. Am 30. August 2002 ging beim Sekretariat seitens der Sellita Watch Co SA, La Chaux-de-Fonds ("Sellita"), eine Anzeige gegen ETA ein. Am 23. September 2002 hat die Sellita ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen ETA eingereicht.

6. Sellita ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in La Chaux-de-Fonds. Das Kerngeschäft der Sellita besteht im Aufzug von mechanischen Uhrwerken, das heisst in der Zusammensetzung der Ebauches mit den Assortiments zu montierten Werken.

7. Am 3. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat gegen ETA eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Kartellgesetz (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]). Mittels Fragebogen wurden 51 Unternehmen befragt, darunter Montagebetriebe (Unternehmen, welche die Ebauches mit den Assortiments zu montierten Werken zusammenbauen), Modifizierer (Unternehmen, die mechanische Werke zusammenbauen und zudem modifizieren) sowie Uhrenmarken (Unternehmen, die mechanische Werke selber produzieren und/oder sie modifizieren und alsdann in ihre Uhren einbauen). Bis zum 4. November 2002 gingen beim Sekretariat 36 Antworten ein.

8. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ETA. Das Sekretariat eröffnete deshalb am 4. November 2002 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG.

9. Schon während der Vorabklärung kam es zu zahlreichen Kontakten des Sekretariats mit ETA, unter anderem zu zwei Besprechungen am 3. Oktober 2002 und am 18. Oktober 2002 in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden, in deren Verlauf ETA sich mit einer grundsätzlichen Weiterbelieferung einverstanden erklärte.

10. Am 4. November 2002 wurden der Jaquet SA und der Sellita ("die Gesuchstellerinnen") ein Entwurf über die einvernehmliche Regelung mit der ETA vom 30. Oktober 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen zugestellt. In Ausübung des rechtlichen Gehörs hatte zuvor ETA mit Eingabe vom 30. Oktober 2002 zum Verfügungsentwurf zustimmend Stellung genommen. Am 6. November 2002 wurden die beiden Gesuchstellerinnen von einem Mitglied des Präsidiums angehört und zur schriftlichen Stellungnahme aufgefordert. Diese sind am 8. November 2002 bei der Weko eingetroffen.

11. ETA gab am 12. November 2002 die nachfolgende Verpflichtungserklärung ab. Diese bezweckt, für die Dauer der Untersuchung vor der Weko eine einvernehmliche Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen mit dem Sekretariat zu erzielen:

Präambel

Nach Eröffnung eines Verfahrens gegen ETA gemäss Artikel 26 ff. KG und nach Begehren um vorsorgliche Massnahmen vereinbaren die Weko und ETA eine Weiterführung der Lieferungen von mechanischen Ebauches während des Verfahrens vor der Weko, ohne dass die ETA hiermit die Vorwürfe ihrer Kunden, sie verhalte sich unzulässig, anerkennt.

Ziel dieser einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) ist die Weiterführung des Status quo bezüglich Marktstruktur auf dem Markt von mechanischen Ebauches während des Verfahrens vor der Weko.

Verpflichtungen der ETA:

- 1. ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der Weko (bis und mit 30 Tagen nach Zustellung der Schlussverfügung) weiterhin mechanische Ebauches an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für einzelne Kaliber pro 12 Monate entspricht 85% der von den jeweiligen Kunden innerhalb der letzten 3 Jahre (1999-2001) durchschnittlich abgenommenen Mengen dieser Kaliber.*
 - 2. ETA liefert auf Wunsch der jeweiligen Kunden die restlichen 15% in Form von Fertigwerken der gleichen Kaliber.*
 - 3. Wenn ein Kunde Produkte eines bestimmten Kalibers nicht beziehen will, ist ETA nicht verpflichtet, eine entsprechende Menge von anderen Kalibern zu liefern. Wenn ein Kaliber von ETA nicht mehr produziert wird, ersetzt ETA die entsprechende Menge durch Lieferung von Kalibern, die den Eigenschaften der nicht mehr produzierten Kaliber entsprechen.*
 - 4. Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden bleiben vorbehalten. Diese Vereinbarungen dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) nicht zulasten der Kunden abweichen, es sei denn, dass der Kunde einer abweichenden Lösung nach Genehmigung der Verpflichtungserklärung durch die Weko ausdrücklich zugestimmt hat.*
 - 5. Die Lieferverpflichtungen der ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen, insbesondere den folgenden Konditionen:*
-

- a. *Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge beziehungsweise mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat.*
 - b. *ETA wird mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchgeführt.*
 - c. *Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, wird ETA weitere Lieferungen einstellen, bis der Zahlungsverzug behoben ist.*
6. *ETA verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und über die Modalitäten seines Verfahrens gelten folgende Vorgaben:*
- a. *Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrichterliches Schiedsgericht nach den Regeln des "Reglements über die Schiedsgerichtsbarkeit der Berner Handelskammer". Sitz des Schiedsgerichts ist Bern. Die Schiedskommission der Berner Handelskammer ernennt das Schiedsgericht innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen.*
 - b. *Das Schiedsgericht erlässt innerhalb von 30 Tagen seit Ernennung die für einen raschen Verfahrensablauf notwendigen Bestimmungen und macht diese den interessierten Parteien über das Sekretariat der Berner Handelskammer sowie über das Sekretariat der Weko zugänglich.*
-

- c. *Ist innert der gemäss Buchstabe a genannten Frist kein Schiedsgericht bestimmt, legt Prof. Walter A. Stoffel, Vizepräsident der Weko, oder sein Stellvertreter die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes fest, nötigenfalls nach Anhörung von ETA und anderer Personen oder Unternehmen.*
 - d. *ETA leistet die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionsfähigen Schiedsgerichts erforderlichen Kostenvorschüsse.*
7. *Diese Verpflichtungserklärung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko, jedoch während maximal 24 Monaten.*

B. ERWÄGUNGEN

1. Zuständigkeit

12. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen setzt voraus, dass ein Untersuchungsverfahren gemäss Artikel 27 KG eröffnet wurde. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt (Rz. 8).

13. In analoger Anwendung von Artikel 29 Absätze 1 und 2 KG kann das Sekretariat mit einer Partei eine einvernehmliche Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen aushandeln und diese der Weko zur Genehmigung unterbreiten.

2. Materielle Voraussetzungen

14. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen wird die Wirksamkeit einer später zu treffenden definitiven Anordnung sofort sichergestellt (vgl. RPW 1999/3, S. 396). Als rechtsgestaltende Massnahmen regeln sie ein konkretes Rechtsverhältnis provisorisch bis zur endgültigen Festlegung (vgl. RPW 1997/4, S. 604 f.).

15. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidungsprognose, einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35).

16. Aufgrund der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen mit ETA muss die Erfüllung dieser materiellen Voraussetzungen nicht abschliessend beurteilt werden.

I. Entscheidungsprognose

17. Im Rahmen der Entscheidungsprognose wird geprüft, ob für die Weko glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/4, S. 590).

18. Nachfolgend wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich ETA auf einem bestimmten relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG missbraucht. Aufgrund der bisherigen Abklärungen geht die Wettbewerbskommission von folgenden Annahmen aus:

a) Marktbeherrschendes Unternehmen

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

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

aa) Der relevante Markt

21. 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). Hierzu kann *vorläufig* aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen Folgendes festgehalten werden:

- Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Ebauchesabnehmer, das heisst Montagebetriebe, Modifizierer und Uhrenmarken, welche die mechanischen Uhrwerke eigenhändig aufziehen und/oder modifizieren und in die Uhr einbauen.
- Beim sachlich relevanten Markt geht es um die Herstellung von Ebauches, welche aufgrund ihrer qualitativen und technischen Eigenschaften dazu geeignet sind, zu Werken aufgezogen zu werden, die in mechanischen Swiss made Luxusuhren eingebaut werden können.
- Montierte Werke sind keine vollständigen Substitute für Ebauches, da spezifische Einstellungen und Komplikationsmodulen nur auf noch nicht montierte Werke angebracht werden können.

22. Der räumlich relevante 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). Hierzu kann *vorläufig* aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen Folgendes festgehalten werden:

- Die Mehrheit der Luxusuhrenhersteller beziehen sowohl aus juristischen, qualitativen als auch aus Marketing-Gründen ausschliesslich Uhrwerke, die aus Schweizer Ebauches bestehen. Diese nach-
-

gelagerte Nachfrage bestimmt auch die Nachfrage der Ebauchesabnehmer, unter anderem der Gesuchstellerinnen.

- Als räumlicher Markt für die Herstellung von Ebauches für mechanische Swiss Made Luxusuhren kann daher die Schweiz betrachtet werden.

bb) Marktstellung

23. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs ergibt sich, dass sich ETA auf dem relevanten Markt weitgehend unabhängig verhalten kann. Es ist deshalb für die Weko glaubhaft, dass ETA auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Im Einzelnen:

- Die Ebauchesabnehmer verfügen zurzeit über keine vollwertige Alternative in der Beschaffung von Ebauches für mechanische Uhren. Dies ist unter anderem eine Auswirkung des früheren Uhrenstatus. Insbesondere verfügt zurzeit kein anderes Unternehmen über die erforderlichen Produktionskapazitäten. Verhaltensaufforderungen können daher gerechtfertigt sein.
- Der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt ist als gering einzustufen. Die meisten anderen Hersteller von Ebauches für mechanische Uhren produzieren Ebauches, die ausschliesslich den Bedarf der eigenen oder anderer Marken der Gruppe, welcher sie angehören, decken.
- Die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts potenzieller Konkurrenten, welche über die Nachfrage deckende Produktionskapazitäten verfügen, ist in den nächsten zwei bis drei Jahren als gering einzustufen.

b) Unzulässige Verhaltensweisen

24. Die Gesuchstellerinnen machen mehrere angeblich unzulässige Verhaltensweisen von ETA im Sinne von Artikel 7 KG geltend. Im Einzelnen beklagen sie Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), sowie weitere missbräuchliche Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG.

25. Das im Sommer 2002 von ETA bekannt gegebene "Phasing-out", wonach die Lieferungen von Ebauches ab 1. Januar 2003 reduziert und ab 1. Januar 2006 gänzlich eingestellt werden, könnte aller Voraussicht nach einen oder mehrere der oben erwähnten Tatbestände erfüllen. Im Vordergrund steht dabei die Verweigerung von Lieferungen ohne genügende Vorankündigung, welche den von marktbeherrschenden Unternehmen abhängigen Unternehmen die für die Reorganisation der Beschaffung erforderliche Zeit belässt.

26. Ein Verstoss gegen Artikel 7 KG setzt überdies voraus, dass hierfür keine so genannte "legitimate business reasons" bestehen (RPW 2001/2, S. 285, Rz. 169). Ob die Ausführungen von ETA das Vorgehen des "Phasing-outs" (vgl. Rz. 1 i.f.) als gerechtfertigt erscheinen lassen, wird unter anderem Gegenstand des Untersuchungsverfahrens sein. Vor dem Hintergrund der "Verpflichtungserklärung" der ETA mit dem Zweck einer einvernehmlichen Regelung über vorsorgliche Massnahmen (vgl. Rz. 11) kann diese Frage aber vorläufig offen gelassen werden.

II. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

27. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Weko glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und - bei Anordnung auf Gesuch hin - subsidiär dazu der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. Zudem muss zwischen dem Nachteil und der wahrscheinlichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen (RPW 1999/2, S. 204 ff., Rz. 42).

- Das "Phasing-out" der ETA führt dazu, dass die Geschäftstätigkeit der Ebauchesabnehmer beschnitten wird. Die Gesuchstellerinnen haben glaubhaft darlegen können, dass ihnen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, falls die vollständige Umsetzung des "Phasing-outs" nicht bis zum Hauptentscheid aufgehoben wird. Angesichts der im Zusammenhang mit dem Entscheid der ETA entstandenen Unsicherheit haben Kunden der Gesuchstellerinnen signalisiert, ihre Bestellungen zu annullieren, falls sie keine Bestätigung der Liefertermine und -mengen erhalten würden. Aktenkundig ist, dass bereits ein bedeutendes Unternehmen seine Geschäftsbeziehungen zu einer Gesuchstellerin eingestellt hat.
 - Vom "Phasing-out" der ETA betroffen ist ein weiter Teil der Ebauchesabnehmer von ETA. Aufgrund der Bündelung des bei jedem betroffenen Unternehmen vorhandenen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils besteht die Gefahr, dass sich der Markt unwiederbringlich strukturell verändern wird, weil eine signifikante Zahl von Ebauchesabnehmern aus dem Markt austreten wird.
 - Die angeführten Elemente zeigen, dass den Gesuchstellerinnen, sowie dem wirksamen Wettbewerb, ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, und dass dieser kausal zu den Verhaltensweisen der ETA ist.
-

III. Dringlichkeit

28. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird. Die vorausgesetzte Dringlichkeit ist gegeben:

- Das "Phasing-out" der ETA erzielt seine Wirkungen spätestens mit dessen Umsetzung, das heisst ab 1. Januar 2003. Die für das kommende Jahr mit der Lieferung der Ebauches verbundene Unsicherheit und ihre Konsequenzen auf dem relevanten Markt werden alsdann mit zunehmender Zeit gravierender.
- Das "Phasing-out" der ETA erzielt aber bereits Vorwirkungen. Die Jahresplanung in der Uhrenbranche beginnt weit vor dem 1. Januar. Die Ebauchesabnehmer sind zurzeit nicht in der Lage, die Produktion für das kommende Jahr zu planen und die Bestellungen ihrer Kunden zu bestätigen. Wegen der ungewissen Situation sind einzelne Kunden der Gesuchstellerinnen bereits abgesprungen.

IV. Verhältnismässigkeit

29. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind, und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

- Angesichts der Tatsache, dass das Kerngeschäft der Gesuchstellerinnen auf die Zusammensetzung und die Modifikation der Ebauches von ETA ausgerichtet ist, erscheint die Sicherstellung der Belieferungen von Ebauches als geeignet, den drohenden Nachteil abzuwenden.
 - Die Verpflichtung der ETA zur Weiterlieferung von Ebauches ist erforderlich, da sonst ein Verbleib der Gesuchstellerinnen im betroffenen Markt während der Verfahrensdauer als gefährdet erscheint. Mit dieser Verpflichtung wird sichergestellt, dass dem wirksamen Wettbewerb sowie den Gesuchstellerinnen kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die Liefermenge von 85% des Durchschnittes aus den Jahren 1999-2001 und der Umstand, dass die restlichen 15% als Fertigwerke geliefert werden, wobei deren Demontage in Ebauches technisch möglich ist, verhindert eine Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs durch Konkurse oder durch aus anderen Gründen verursachte Marktaustritte.
 - Die einvernehmliche Regelung, die die Weiterlieferung der Ebauches vorsieht, trägt den entgegenstehenden Interessen der beiden
-

Gesuchstellerinnen einerseits und der Gesuchsgegnerin andererseits ausgewogen Rechnung.

3. Entzug der aufschiebenden Wirkung

30. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 VwVG kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Artikel 55 Absatz 2 VwVG einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat.

- Die Vorinstanz muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann (RPW 1999/3, S. 502).
- Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Kartellgesetzes ruft nach besonderer Zurückhaltung. Einerseits, weil nach dem Willen des Gesetzgebers Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG), und andererseits, weil es den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, an den Zivilrichter zu gelangen (Art. 17 KG). Deshalb stehen im verwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen im Vordergrund (RPW 1999/3, S. 502).

31. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidungsprognose, eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme. Hierfür kann zunächst auf die in Randziffer 14 ff. beschriebenen Erwägungen verwiesen werden. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist ferner aus folgenden Gründen gerechtfertigt:

- In wenigen Wochen beginnt das neue Jahr, mit der geplanten - aber aufgrund der vorliegenden einvernehmlichen Regelung aufgeschobenen - Umsetzung des "Phasing-outs". Die Gesuchstellerinnen benötigen für die Planung der Produktion eine Vorlaufzeit von mindestens sechs bis acht Wochen, welche massgebend von
-

den eingehenden Bestellungen ihrer Kunden bestimmt wird. Ohne sofortige Vollstreckung dieser Verfügung, welche unter anderem rechtsgeschäftliche Lieferungsverpflichtungen zwischen ETA und den Gesuchstellerinnen enthält, drohen (infolge Beschaffungsrisiko) Auftragskündigungen von Kunden der Ebauchesabnehmer. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung stellt die Aussicht auf Lieferungen ab 1. Januar 2003 im Umfang der Verpflichtungserklärung sicher und entschärft die Gefahr von Marktaustritten (irreversible Strukturveränderungen) der Gesuchstellerinnen - aber auch anderer Ebauchesabnehmer - infolge versiegender Absatzkanäle (weil deren Kunden auf "sicherere" Bezugsquellen umsteigen würden).

- Es besteht also ein überwiegendes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs durch vorsorgliche Massnahmen. Dieses überwiegt das einzige ersichtliche private Interesse von ETA, die Umsetzung des "Phasing-outs". Mit der Unterzeichnung der "Verpflichtungserklärung" stösst ein möglicherweise entgegenstehendes Interesse der ETA an einer sofortigen Vollstreckung dieses Entscheides aber von vornherein ins Leere.

C. KOSTEN

32. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit Entscheid in der Hauptsache (Untersuchung) entschieden.

D. DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Weko:

1. Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen die nachstehende Verpflichtungserklärung der ETA SA Fabriques d'Ebauches, Grenchen, vom 12. November 2002:

1. *ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der Weko (bis und mit 30 Tagen nach Zustellung der Schlussverfügung) weiterhin mechanische Ebauches an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für einzelne Kaliber pro 12 Monate entspricht 85% der von den jeweiligen Kunden innerhalb der letzten 3 Jahre (1999-2001) durchschnittlich abgenommenen Mengen dieser Kaliber.*
2. *ETA liefert auf Wunsch der jeweiligen Kunden die restlichen 15% in Form von Fertigwerken der gleichen Kaliber.*
3. *Wenn ein Kunde Produkte eines bestimmten Kalibers nicht beziehen will, ist ETA nicht verpflichtet, eine ent-*

sprechende Menge von anderen Kalibern zu liefern. Wenn ein Kaliber von ETA nicht mehr produziert wird, ersetzt ETA die entsprechende Menge durch Lieferung von Kalibern, die den Eigenschaften der nicht mehr produzierten Kaliber entsprechen.

4. Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden bleiben vorbehalten. Diese Vereinbarungen dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) nicht zulasten der Kunden abweichen, es sei denn, dass der Kunde einer abweichenden Lösung nach Genehmigung der Verpflichtungserklärung durch die Weko ausdrücklich zugestimmt hat.
 5. Die Lieferverpflichtungen der ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen, insbesondere den folgenden Konditionen:
 - a. Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge beziehungsweise mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat.
 - b. ETA wird mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchgeführt.
 - c. Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, wird ETA weitere Lieferungen einstellen, bis der Zahlungsverzug behoben ist.
 6. ETA verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und
-

über die Modalitäten seines Verfahrens gelten folgende Vorgaben:

- a. *Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrichterliches Schiedsgericht nach den Regeln des "Reglements über die Schiedsgerichtsbarkeit der Berner Handelskammer". Sitz des Schiedsgerichts ist Bern. Die Schiedskommission der Berner Handelskammer ernennt das Schiedsgericht innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen.*
 - b. *Das Schiedsgericht erlässt innerhalb von 30 Tagen seit Ernennung die für einen raschen Verfahrensablauf notwendigen Bestimmungen und macht diese den interessierten Parteien über das Sekretariat der Berner Handelskammer sowie über das Sekretariat der Weko zugänglich.*
 - c. *Ist innert der gemäss Buchstabe a genannten Frist kein Schiedsgericht bestimmt, legt Prof. Walter A. Stoffel, Vizepräsident der Weko, oder sein Stellvertreter die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes fest, nötigenfalls nach Anhörung von ETA und anderer Personen oder Unternehmen.*
 - d. *ETA leistet die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionsfähigen Schiedsgerichts erforderlichen Kostenvorschüsse.*
7. *Diese Verpflichtungserklärung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko, jedoch während maximal 24 Monaten.*
2. Diese Genehmigung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko oder bis zum Erlass einer anderslautenden Verfügung durch die Weko.
 3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.
 4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
 5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.
 6. [Rechtsmittelbelehrung]
 7. [Eröffnung]
-

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG

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

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

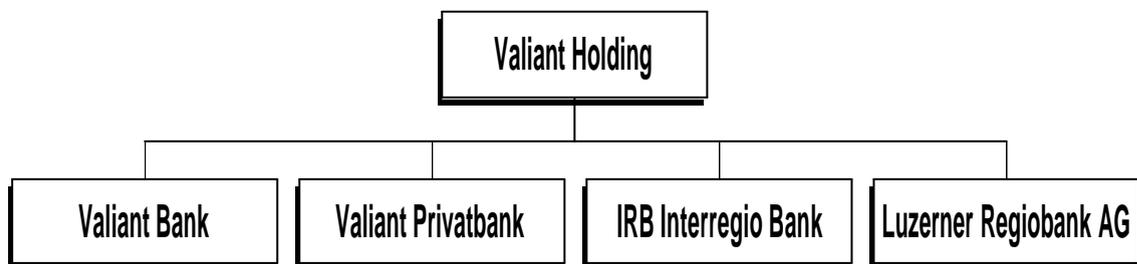
Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 9. Oktober 2002

ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

I. Sachverhalt

1. Am 19. September 2002 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Valiant Holding (VHB), der IRB Interregio Bank (IRB) und der Luzerner Regiobank AG (LRB) erhalten. Nach dem Fusionsvertrag vom 15. August 2002 werden zunächst die IRB und die LRB auf dem Wege der Absorptionsfusion im Sinne von Artikel 748 OR mit der VHB verschmolzen. Danach wird das operative Geschäft der IRB und LRB aus der fusionierten Gesellschaft ausgegliedert und in je eine neu zu gründende Tochtergesellschaft eingebracht, wobei das Aktienkapital der neuen Gesellschaften durch Einbringung der Aktiven und Passiven der IRB und LRB als Sacheinlage liberiert wird. Ziel ist eine Holdingstruktur unter der Valiant Holding, welche die einzelnen Banken als 100%ige Tochtergesellschaften hält. Die Beteiligungen an den Gemeinschaftswerken der Regionalbanken (RBA-Holding, Emissionszentrale, Pfandbriefzentrale) sollen ebenfalls in der VHB konzentriert werden.



2. Sowohl die bisherigen Tochtergesellschaften der VHB, die Valiant Bank und die Valiant Privatbank AG, als auch die neu zu gründenden Tochtergesellschaften IRB und LRB werden das bisherige Geschäft unter den gleichen Firmenbezeichnungen an den bestehenden Standor-

ten mit denselben Organen weiterführen. Dadurch wird die Kunden-
nähe und die regionale Verankerung jeder einzelnen Bank auch in Zu-
kunft gewahrt.

3. Zur Fusion der drei Finanzinstitute haben insbesondere folgende
Gründe geführt: der zunehmende Konsolidierungsdruck im Individual-
kundengeschäft (Retailbanken-Markt), die zunehmende Schwierigkeit
der Refinanzierung der ausgeliehenen Gelder und der wachsende In-
vestitionsbedarf im IT-Bereich. Die Banken erhoffen sich durch den Zu-
sammenschluss mittelfristig eine Verbesserung der Marktposition so-
wie eine Vereinheitlichung, Vereinfachung und Standardisierung des
Dienstleistungsangebots sowie eine Erleichterung der Refinanzierung.

4. Die VHB ist verantwortlich für die strategische und finanzielle
Führung der Valiant Gruppe, bis anhin bestehend aus den Tochterge-
sellschaften Valiant Bank, Valiant Privatbank AG, Wotreva AG, Valiant
Informatik AG, Revi-Leasing und Finanz AG. Im Rahmen der Beurtei-
lung des vorliegenden Zusammenschlusses sind insbesondere die Tä-
tigkeiten der Valiant Bank und der Valiant Privatbank AG von Interes-
se. Währenddem die Valiant Bank vorwiegend im Hypothekarkredit-
und Spargeschäft tätig ist, konzentriert sich die Valiant Privatbank
eher auf die Vermögens- und Anlageberatung sowie das Effektenhan-
delsgeschäft.

5. Die IRB erbringt sämtliche Dienstleistungen einer Regionalbank,
namentlich das Kredit- und Spargeschäft insbesondere für Privatkun-
den und kleinere Unternehmungen. Daneben ist sie aber auch in der
Vermögensverwaltung, der Anlageberatung und dem Effektenhandel
tätig.

6. Die Geschäftstätigkeit der LRB deckt sich in etwa mit derjenigen
der IRB. Hervorzuheben ist, dass die LRB zusätzlich im Bereich des
Handels mit nicht kotierten Schweizer Aktien tätig ist und dort den
grössten Teil des gesamtschweizerischen Volumens abdeckt.

7. VHB, IRB und LRB sind an der RBA-Holding (Verbund der schwei-
zerischen Regionalbanken), die 83 Regionalbanken umfasst, beteiligt.
Nach dem Zusammenschluss wird die VHB 35,71% der Aktien der RBA-
Holding halten und zukünftig sieben der 23 Verwaltungsräte, darun-
ter den Präsidenten und die beiden Vizepräsidenten, stellen.

8. Mit Schreiben vom 26. September 2002 teilte die Eidgenössische
Bankenkommission dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit,
dass sie keine kartellrechtliche Prüfungskompetenz im Sinne von Arti-
kel 10 Absatz 3 KG beanspruche.

9. Da Herr Professor von Büren zugleich Verwaltungsratspräsident
der VHB und Präsident der Wettbewerbskommission ist, wird er für
diesen Zusammenschluss in den Ausstand treten.

II. Meldepflicht

10. Durch die Fusion von drei bisher unabhängigen Unternehmen ist der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

11. In Anwendung der Bestimmung von Artikel 9 Absatz 3 KG, wonach der Umsatzberechnung bei Banken 10% der Bilanzsumme zu Grunde gelegt werden, haben die Beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2001 in der Schweiz einen Umsatz von mehr als CHF 500 Mio. erzielt (rund 1,7 Mia.). Weiter hat jede der drei Banken im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio. erreicht (VHB rund 900 Mio.; IRB rund 350 Mio.; LRB rund 400 Mio.).

12. Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erreicht. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

13. Im vorliegenden Fall stellt sich zudem die Frage, ob durch den Zusammenschluss ein Kontrollerwerb der VHB über die RBA-Holding stattfindet. Die 83 an der RBA-Holding beteiligten Regionalbanken haben am 1. September 1994 einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen. Dieser sieht vor, dass die einzelnen Banken an so genannten Poolmitgliederversammlungen entscheiden, wie sie an der darauf folgenden Generalversammlung der RBA-Holding abstimmen werden. Aufgrund des Aktionärsbindungsvertrages sind die Banken verpflichtet, an den Generalversammlungen der RBA-Holding entsprechend den Beschlüssen der Poolmitgliederversammlung zu stimmen. Bei jeder Poolmitgliederversammlung hat jedes Mitglied so viele Stimmen, wie es Aktien der Holding besitzt, die VHB nach dem Zusammenschluss 35,71%. Gleichzeitig können die Beschlüsse aber nur mit Zustimmung von mindestens 1/3 der an der Poolmitgliederversammlung vertretenen Mitglieder gefasst werden. Damit ist bei der Beschlussfassung der Poolmitgliederversammlung neben dem Aktienanteil auch die Zustimmung der einzelnen Mitglieder massgebend (Kopfstimmrecht). Deshalb kann sich die VHB trotz ihrer hohen Aktienbeteiligung bei den Entscheiden in der GV der RBA-Holding gegenüber den anderen beteiligten Banken nicht durchsetzen.

14. Wie bereits erwähnt, setzt sich der Verwaltungsrat der RBA-Holding aus 23 Mitgliedern zusammen, wovon die VHB nach dem Zusammenschluss sieben Vertreter entsenden wird, darunter den Präsidenten und die beiden Vizepräsidenten. Damit ist die VHB weder im Stande, einen Entscheid stimmenmässig selbst zu treffen noch einen Entscheid zu blockieren.

15. Auch wenn die VHB sowohl bei der Entscheidungsfällung in der GV wie auch im Verwaltungsrat der RBA-Holding über Einfluss verfügen dürfte, ist nicht davon auszugehen, dass dieser eine Kontrolle über die RBA-Holding im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 1 VKU begründet. Damit ist ein Kontrollerwerb

durch die VHB an der RBA-Holding wie auch an den daran beteiligten Banken ausgeschlossen.

III. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

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

17. Gemäss gängiger Praxis der Wettbewerbskommission werden im Bereich des Retailbanking unter anderem folgende sachlichen Märkte unterschieden (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 526, Rz. 13):

- *Markt für traditionelles Banksparen (Sparhefte und Kassenobligationen)*
- *Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundene Dienstleistungen)*
- *Markt für Hypothekarkredite*
- *Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio.*
- *Depotgeschäft*

18. Die am Zusammenschluss beteiligten Banken sind hauptsächlich im Bereich des traditionellen Banksparens, der Hypothekarkredite, dem Depotgeschäft sowie der Anlageberatung und Vermögensverwaltung (Private Banking) tätig, während Firmenkredite nur eine untergeordnete Rolle spielen. Aufgrund der marginalen Marktanteile im Firmenkreditgeschäft wird auf diesen Geschäftsbereich im Folgenden nicht näher eingegangen.

19. Daneben ist die LRB im Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten tätig. Sie ist in diesem Segment Schweizer Marktführerin. 80% des Umsatzes werden dabei im Interbankenhandel getätigt. Die restlichen 20% verteilen sich auf institutionelle Kunden und Privatkunden.

20. Die Wettbewerbskommission hat sich bisher noch in keinem Entscheid über den Wertschriftenhandel geäussert, weshalb bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht auf eine einschlägige Praxis zurückgegriffen werden kann. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob es sich beim Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten um einen eigenen sachlichen Markt handelt, oder ob der Markt weiter gefasst werden müsste, beinhaltend zum Beispiel

den gesamten Handel sowohl der an der Börse kotierten wie auch nicht kotierten Aktien.

21. Aus Sicht der Anleger sind bei einem Investment in erster Linie das Risikoprofil, das Renditeprofil sowie die Liquidität der betreffenden Aktie ausschlaggebend. Die Liquidität ist dabei abhängig von der Marktkapitalisierung der betreffenden Aktie sowie vom Handelsumsatz. Eine hohe Liquidität bedeutet, dass für den Kauf beziehungsweise den Verkauf der entsprechenden Aktie jederzeit ein Verkäufer beziehungsweise ein Käufer gefunden werden kann. Dies ist regelmässig bei kotierten Aktien der Fall. Dagegen ist das Auffinden eines Verkäufers oder Käufers bei nicht kotierten Aktien in der Regel schwieriger und aufwändiger, indem grundsätzlich in jedem Einzelfall ein potenzieller Verkäufer beziehungsweise Käufer gesucht und gefunden werden muss.

22. Im Weiteren untersteht der Handel mit börsenkotierten Aktien einer viel strengeren Marktregulierung als derjenige mit nicht kotierten Aktien. Zu denken ist etwa an die speziellen Zulassungs-, Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften für den Handel mit kotierten Aktien nach dem Börsengesetz und den Kotierungsreglementen sowie die Unterstellung der im Bereich des Handels mit kotierten Wertpapieren tätigen Institute unter die Aufsicht der Bankenkommision nach dem Bankengesetz.

23. Diese Elemente lassen den Schluss zu, dass der Handel mit nicht kotierten Aktien und Nebenwerten als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen ist. Im vorliegenden Fall kann die definitive Markt- abgrenzung letztlich aber offen bleiben, da der Zusammenschluss selbst bei einer engen Marktabgrenzung als unbedenklich einzustufen ist.

1.2. Räumlich relevante Märkte

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

25. Im Entscheid Credit Suisse Group/Winterthur hat die Wettbe- werbskommission die oben genannten Märkte mit Ausnahme des Marktes für Private Banking, bei welchem von einem schweizweiten Markt auszugehen ist, regional beziehungsweise kantonal abgegrenzt (vgl. RPW 1997/4, S. 526, Rz. 17).

26. Die am Zusammenschluss beteiligten Banken sind in verschiede- nen Gebieten tätig. Ihr Geschäftsstellennetz umfasst folgende Regio- nen:

- **VHB:** Berner Mittelland/Stadt und Agglomeration Bern, Amtsbe- zirke Fraubrunnen, Laupen, Seftigen und Signau

- **LRB:** Kanton Luzern, vor allem Ämter Sursee, Willisau, Hochdorf und Luzern (Stadt und Land)
- **IRB:** Kanton Aargau, ausschliesslich Gebiet südwestlich von Aarau

27. Es scheint naheliegend, die räumlich relevanten Märkte entsprechend den bisherigen Tätigkeitsgebieten der drei Banken abzugrenzen und zwischen den Regionen Bern, Luzern und Aargau zu unterscheiden. Da sich die Tätigkeitsgebiete der drei Banken nicht überschneiden, führt der Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen.

28. Doch selbst wenn man das Gebiet Bern, Luzern und Aargau als einen einzigen räumlichen Markt betrachten würde, so dass sich Marktanteilsadditionen ergeben, führt der Zusammenschluss nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

29. Beim Markt für den Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten wird im Folgenden von einem nationalen Markt ausgegangen.

2. Aktueller Wettbewerb

30. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU haben die Unternehmen Angaben über alle sachlichen und räumlichen Märkte zu machen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Verfügt ein Unternehmen in einem dieser Märkte in der Schweiz über einen Marktanteil von 30% oder mehr beziehungsweise verfügen zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% oder mehr, ist eine eingehende Beschreibung dieser Märkte hinsichtlich der Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie der Bedeutung der Forschung und Entwicklung notwendig. Werden diese Marktanteilsschwellen nicht erreicht, ist in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

Tabelle 1: Marktanteile der VHB, LRB und IRB nach dem Zusammenschluss, 2001

	Traditionelles Banksparen¹	Hypothekarkredite	Depotgeschäft²	Private Banking³
Region Bern	12%-16%	10%-13%	11%-14%	-
Region Luzern	10%-15%	10%-12%	9%-12%	-
Region Aargau	8%-12%	5%-10%	3%-6%	-
Region Bern, Luzern und Aargau	9%-14%	9%-13%	7%-10%	-
Schweiz	-	-	-	< 0,5%

31. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Banken in den einzelnen Märkten. Der Zusammenschluss führt in keinem der relevanten Märkten zu Marktanteilen über 15%. Die Schwellen von 30% für ein einzelnes Unternehmen beziehungsweise 20% für zwei oder mehr beteiligte Unternehmen gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden somit in keinem dieser Märkte überschritten. Auch nach dem Zusammenschluss sieht sich die VHB zudem einer starken Konkurrenz von Gross- und Kantonalbanken gegenüber.

¹ Kundengelder in Sparform und Kassenobligationen. Es standen nur Angaben über das Total der Kundengelder (Spar- und Anlageform zusammen) der am Zusammenschluss beteiligten Institute zur Verfügung. Zur Bestimmung der Marktanteile wurden diese im Verhältnis des Gesamttotals der im jeweiligen Kanton vorhandenen Kundengelder in Spar- und Anlageform (Quelle: SNB) aufgeteilt.

² Es standen leider keine detaillierten Zahlen über das Total der Wertschriftendepots in den einzelnen geografisch relevanten Märkten zur Verfügung. Zur Berechnung der Marktanteile wurde deshalb das Gesamttotal der Wertschriftendepots in der Schweiz (Quelle: SNB) anteilmässig nach der Bevölkerung auf die einzelnen Kantone aufgeteilt. Da die am Zusammenschluss beteiligten Banken jeweils nicht auf dem ganzen Kantonsgebiet tätig sind, dürften die angegebenen Marktanteile eher zu hoch sein.

³ Kundengelder in Anlageform und Treuhandanlagen

32. Wie bereits erwähnt, ergeben sich bei einer engen Marktabgrenzung keine Marktanteilsadditionen. Die Marktanteile in den Regionen Bern, Luzern und Aargau entsprechen deshalb jeweils den Marktanteilen der drei Banken vor dem Zusammenschluss. Aber auch wenn man die Region Bern, Luzern und Aargau als einen einzigen relevanten Markt betrachtet, ergeben sich keine Marktanteile über 20%.

33. Wie gesagt, ist die LRB zudem schweizerische Marktführerin im Handel von nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten. Sie erreicht in diesem Bereich einen Marktanteil von 75%-80%, womit die Schwelle von 30% gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU überschritten wird. Dennoch wird durch den vorliegenden Zusammenschluss auf diesem Markt weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt, da die VHB und IRB in diesem Bereich nicht tätig sind und es demzufolge zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.

34. Beim Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und anderen Nebenwerten handelt es sich um ein ausgesprochen kleines Marktsegment, das für die meisten (grösseren) Geldinstitute unattraktiv ist, weshalb diese darin nicht beziehungsweise nicht mehr tätig sind. Für die LRB gehört dieser Bereich, auch wenn sie 75%-80% des Marktvolumens abdeckt, nicht zum Kerngeschäft, sondern stellt mit einem Bruttoertrag von rund CHF [...] gemessen am Bruttoertrag aus dem gesamten Handelsgeschäft von rund CHF [...] einen vernachlässigbaren Geschäftsbereich dar. Neben der LRB sind auf dem Gebiet des Handels mit nicht kotierten Aktien namentlich noch die BEKB, die ZKB und die CS in bescheidenem Ausmass tätig.

3. Potenzieller Wettbewerb

35. Im Weiteren ist davon auszugehen, dass Grossbanken, grössere Kantonalbanken sowie andere Finanzinstitute durchaus in der Lage wären, innerhalb einer relativ kurzen Frist eine Abteilung für den Handel mit nicht kotierten Aktien und Nebenwerten aufzubauen. Es ist deshalb unwahrscheinlich, dass sich die LRB im Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann und damit eine marktbeherrschende Stellung innehat. Selbst wenn sie über eine solche Stellung verfügen sollte, würde diese durch den Zusammenschluss nicht verstärkt, da die VHB und die IRB, wie ausgeführt, in diesem Bereich nicht tätig sind.

36. An dieser Stelle soll schliesslich kurz auf das Marktumfeld in der Bankenbranche eingegangen werden. Währenddem die Grossbanken, heute bestehend aus UBS, CS und CS First Boston, ihre Marktanteile bezogen auf die Bilanzsumme seit 1960 bis 2001 mehr als verdoppeln konnten (1960: 29,7%, 2001: 63,1%), haben die Kantonalbanken und insbesondere die Regionalbanken in diesem Zeitraum kontinuierlich grosse Marktanteile verloren. Die 24 heute existierenden Kantonal-

banken hatten 2001 noch einen Marktanteil von 13,7% gegenüber 33,6% im Jahre 1960. Noch grösser sind die Einbussen bei den Regionalbanken, die ehemals 22,6% (1960) Marktanteil hielten, heute (2001) jedoch nur noch 3,5% abdecken (vgl. zu diesen Angaben: Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz, 86. Jahrgang 2001, Ressort Statistik, Zürich 2002, S. 55, I. Teil, Ziffer 1.1, A 5).

37. Mit einer Bilanzsumme von rund CHF 17 Mia. wird die zukünftige Valiant Holding die Stärke einer grösseren Kantonalbank erreichen (z.B. Berner Kantonalbank, Luzerner Kantonalbank, St. Galler Kantonalbank) und damit zu dieser Gruppe von Banken einen entsprechenden Gegenpol bilden. Aber auch gegenüber den Grossbanken wird die Position der Regionalbanken damit gestärkt. In diesem Sinn ist vom Zusammenschluss eine Verstärkung des Wettbewerbs im Bankensektor zu erwarten.

IV. Ergebnis

38. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Schwelle von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU wird einzig im Markt für den Handel mit nicht kotierten Schweizer Aktien und Nebenwerten überschritten, da die LRB in diesem Bereich einen Marktanteil von mehr als 30% erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben führt jedoch auch auf diesem Markt aufgrund des vorhandenen aktuellen und potenziellen Wettbewerbs weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

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

B 2.3	2. RWE Solutions AG und Schott Glaskontor GmbH (RWE Solar GmbH)
-------	--

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 15. Oktober 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 17. September 2002 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) von der RWE Solutions AG (nachfolgend RWE Soluti-

ons) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben ist am 16. September 2002 bei der Europäischen Kommission in Brüssel ebenfalls vollständig gemeldet worden (Formblatt CO). Da auf europäischer Ebene keine betroffenen Märkte im Sinne der Definition in Abschnitt III des Formblatts CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses vorliegen, wurden den meldenden Parteien Befreiungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gewährt.

2. RWE Solutions und Schott Glaskontor GmbH (nachfolgend Schott Glaskontor) beabsichtigen die paritätische Übernahme der gemeinsamen Kontrolle über die RWE Solar GmbH (nachfolgend RWE Solar) mit Sitz in Alzenau (D). RWE Solar dient den anmeldenden Unternehmen als künftige Joint Venture Gesellschaft (JV-Gesellschaft). RWE Solutions und Schott Glaskontor wollen auf diesem Weg ihre Aktivitäten auf dem Gebiet der Photovoltaik zusammenführen und gemeinsam weltweit auf dem Wachstumsmarkt "Solartechnik" auftreten.

3. Die Parteien bringen vor, dass durch die Zusammenlegung von Know-how im Bereich der terrestrischen Photovoltaik das GU in der Lage sei, bessere Produkte zu erzeugen. Das Know-how von Schott Glas ermögliche eine Erhöhung des Wirkungsgrades photovoltaischer Elemente. Die Produktqualität sei im Wettbewerb auf den weltweiten Photovoltaikmärkten ein wichtiger Faktor.

4. RWE Solutions ist die Führungsgesellschaft des Unternehmensbereichs Industrieservices im Kerngeschäftsfeld "Strom" des RWE-Konzerns. RWE Solutions bietet integrierte Gesamtlösungen im Bereich der technischen Infrastruktur für Energien und Medien an. Die Dienstleistungen von RWE Solutions umfassen die Errichtung und ganzheitliche Betreuung von Anlagen der Versorgungswirtschaft (Beratung und Konzeption sowie deren Finanzierung und Optimierung).

5. Die Geschäftsbereiche von RWE Solutions gliedern sich in Energieanlagen (Industrielösungen und nukleare Dienstleistungen), Versorgungsnetze (Energieversorgungslösungen und Kommunikationstechnik), energietechnische Systeme (Transformatoren, Stromversorgung, Solartechnik, Mechatronics) und energietechnische Dienstleistungen.

6. RWE Solutions ist eine 100%ige Tochter der RWE AG, Essen (D). Die RWE AG ist die Holding-Gesellschaft des RWE-Konzerns. Der RWE-Konzern ist in den Geschäftsbereichen Strom, Naturgas, Wasser und Umweltdienstleistungen tätig und zudem in den Bereichen Mineralöl und Drucksysteme.

7. Schott Glaskontor ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Schott Glas in Mainz (D). Schott Glas ist einer der führenden Marktteilnehmer auf dem Gebiet der Spezialglasherstellung für eine Vielzahl von Anwendungsgebieten und Marktsektoren. Schott Glaskontor führt selber kein operatives Geschäft, sondern beschränkt sich künftig auf das Halten der Beteiligungen an RWE Schott Solar.

8. Schott Glas ist ein Stiftungsunternehmen aus der Unternehmensgruppe der Carl-Zeiss-Stiftung. Das Unternehmen produziert und vertreibt weltweit Glasprodukte für verschiedenste Anwendungen. Schott Glas bringt unter anderem Know-how (Entwicklung und Produktion von Dünnglastechnologien) sowie ihre sämtlichen Anteile an der US-amerikanischen Gesellschaft Schott Applied Power Corporation Inc. (SAPC), Rocklin (Kalifornien, USA) ein, die in Nord- und Mittelamerika Solarenergiesysteme vertreibt.

9. RWE Solar ist bereits heute in der Entwicklung, der Produktion und dem Vertrieb von Solarprodukten tätig (die JV-Gesellschaft soll weltweit die Firma RWE SCHOTT Solar GmbH führen). Sie befasst sich mit den Bereichen Forschung und Entwicklung sowie mit der Produktion und dem Vertrieb von terrestrischen Solarprodukten (Solarwafer, -zellen, -module, -systeme und damit verbundene Anlagentechniken) im Bereich terrestrischer Photovoltaik (photovoltaische Energieerzeugung auf der Erde). Noch vor dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird RWE Solar den Geschäftsbereich orbitale Photovoltaik (photovoltaische Energieerzeugung im Weltraum) abspalten und auf eine 100%ige Tochtergesellschaft von RWE Solutions übertragen.

II. MELDEPFLICHT

10. Beim Zusammenschluss handelt es sich um ein GU im Sinne von Artikel 2 VKU, nachdem RWE Solar auf Dauer angelegt ist und alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

11. Die Meldepflicht ist unbestritten, da die Jahresumsätze der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a 1. Halbsatz KG (CHF 2 Mia. Umsatz) sowie die Schwelle von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG (CHF 100 Mio. Umsatz in der Schweiz) erreichten. An der Meldepflicht ändert die Tatsache nichts, dass die (alternative) Schwelle von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a 2. Halbsatz KG, das heisst CHF 500 Mio. Umsatz in der Schweiz, nicht erreicht wird.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

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 (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

13. Die Unternehmen sind in der Schweiz auf folgenden Märkten tätig:

14. *RWE Solutions:*

Die Tätigkeiten der gesamten RWE-Gruppe (ausser der RWE Solar) in der Schweiz umfasst Märkte, welche für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht relevant sind (Planung und Errichtung von Mobilfunkstandorten, Dateninformations- und -übertragungstechnik, Vertrieb von Druckmaschinen sowie Energiebereich).

15. *Schott Glaskontor:*

Schott Glaskontor beschränkt sich auf das Halten der Beteiligung an RWE Schott Solar.

16. *Schott Glas:*

Gewisse Unternehmen von Schott Glas sind in der Schweiz in verschiedenen Bereichen aktiv. Die entsprechenden Märkte sind jedoch insoweit nicht relevant, als es sich bei ihnen weder um solche handelt, in denen das geplante GU tätig sein wird noch um solche, die dem GU vor- oder nachgelagert oder benachbart sind.

Einzigste Ausnahme ist die Produktion von Glasrohren und Flachglas für Klima- und Luftgeräte durch Schott Schweiz, weil solche Produkte teilweise auch in Sonnenkollektoren eingebaut werden. In diesen Märkten, die dem Bereich der terrestrischen Photovoltaik zum Teil vorgelagert sind, ergeben sich allenfalls Synergien zu den Tätigkeiten von RWE Solar. Der auf die Schott Schweiz AG entfallende Marktanteil liegt hier nach Einschätzung der Unternehmen allerdings deutlich unter 10%.

17. *RWE Solar:*

In der Schweiz ist RWE-Solar lediglich als Lieferant von Solarmodulen tätig. Der entsprechende Umsatz in der Schweiz ist gering (Marktanteil weniger als 5%).

1.2 Räumlich relevanter Markt

18. Der Markt für die Produkte von RWE-Solar ist weltweit abzugrenzen (vgl. Meldung CO vom 16. September 2002 mit Verweis auf die

Praxis der EG-Wettbewerbsbehörden). Damit dürfte der Marktanteil von RWE-Solar noch tiefer liegen als vorstehend dargelegt.

2. Keine betroffenen Märkte

19. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Diese Märkte werden hier als (vom Zusammenschluss) betroffene Märkte bezeichnet. Wo diese Schwellenwerte nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In einem solchen Fall erübrigt sich in der Regel die Prüfung gemäss Artikel 10 KG.

20. Die vorangehenden Darlegungen zeigen, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den schweizerischen Markt marginal sind. Er führt zu keinen betroffenen Märkten im Sinne des vorangehend erwähnten VKU-Artikels.

21. Das GU muss sich weltweit mit verschiedenen Konkurrenten im Bereich Solartechnologie auseinandersetzen. Der schweizerische PV-Markt weist ebenfalls 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 (vgl. RPW 2001/2, S. 334, Erw. 11). Es werden sich aufgrund von Innovationen aller Voraussicht nach immer wieder Marktanteilsverschiebungen ergeben (vgl. RPW 2002/2, S. 313 f.). Produktverbesserungen prägen den Wachstumsmarkt im Bereich Solartechnologie und sind eine Grundvoraussetzungen, um sich dort behaupten zu können. Angesichts des bestehenden Marktanteils und des regen Wettbewerbs kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

22. Nach dem Gesagten liegen keine Anhaltspunkte vor, die auf eine Bedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens schliessen lassen. Die Auswirkungen auf den schweizerischen Märkten brauchen nicht weiter geprüft zu werden.

IV. ERGEBNIS

23. Die vorläufige Prüfung (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 KG) ergibt nach dem Gesagten keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. Aufgrund der vorläufigen Prüfung kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass der Zusammenschluss nicht der Prüfung nach Artikel 10 KG unterliegt.

B 2.3	3. Richner AG/BBH Baubedarf Holding AG
-------	---

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 26. September 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 30. August 2002 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Richner AG (nachfolgend Richner), von der Holcim (Schweiz) AG (nachfolgend Holcim) 100% der Aktien der BBH Baubedarf durch Kauf zu übernehmen.

2. Richner ist ein Grosshandelsunternehmen im Bereich Baubedarf und verfügt über verschiedene Ausstellungs-, Verkaufs- und Lagerstandorte. Sie ist vor allem in den Bereichen Baumaterial, Baukeramik und Sanitärprodukte tätig. Ihre Geschäftstätigkeit konzentriert sich im Baumaterialbereich auf die Nordwestschweiz sowie die Kantone Aargau und Freiburg, im Sanitärbereich auf die nördliche Deutschschweiz, Freiburg und die Südostschweiz und im Baukeramikbereich auf die nördliche Deutschschweiz, Freiburg und die Zentralschweiz. Richner wird seit Dezember 2000 von der Cement Roadstone Holding plc (nachfolgend CRH) mit Sitz in Dublin kontrolliert. CRH ist eine vor allem im Bereich Rohmaterialien, Baumaterialien und Vertrieb international tätige Gruppe und ist in Dublin, London und New York kotiert. Im Juni 2002 hat Richner die Vicom Baubedarf AG übernommen. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde von der Weko am 14. Juni 2002 als unbedenklich erklärt.

3. Die BBH Baubedarf Holding AG (nachfolgend BBH Baubedarf) ist ein Grosshandelsunternehmen im Bereich Baumaterial. BBH Baubedarf betreibt neben dem Handel mit Baumaterialien keine anderen Tätigkeiten. Ihre Geschäftstätigkeit konzentriert sich auf das Mittelland sowie die Nordostschweiz. BBH Baubedarf wird zu 100% von Holcim kontrolliert. Holcim ist die Schweizer Tochtergesellschaft des weltweit tätigen Baustoffkonzerns Holcim Ltd. Die Tätigkeit von Holcim umfasst die Herstellung von Zement, Kies und Beton.

II. MELDEPFLICHT

4. Weltweit erzielte CRH (inkl. Vicom) im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mio. BBH Baubedarf erzielte im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Umsatz von CHF [...] Mio.

5. In der Schweiz erzielte CRH (inkl. Vicom) im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mio. BBH Baubedarf erzielte in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mio.

6. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind demnach erreicht.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1 Sachlich relevanter Markt

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

8. Gestützt auf die Praxis der Wettbewerbskommission (Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, S. 56 ff.; Richner AG/Vicom Baubedarf AG, RPW 2002/3, S. 491 ff.) können im vorliegenden Fall folgende sachlich relevanten Märkte unterschieden werden, auf welchen die beteiligten Unternehmen (teils gemeinsam, teils einzeln) tätig sind:

?? Baumaterial

Dieser Produktemarkt umfasst Baumaterialien wie Zement, Betonwaren, Putze/Verputzträger, Bausteine, Ziegel, Isolationen, Bauplatten, Kanalisationsmaterial, Tiefbaumaterialien, Gartenbauartikel etc.

?? Holz

Dieser Produktemarkt umfasst verschiedene Holzprodukte unterschiedlicher Verarbeitungsstufen wie Massivholz, Türen, Parkett etc.

?? Sanitär (sichtbar)

Der Produktemarkt Sanitär beinhaltet einerseits "sichtbare Sanitärprodukte", andererseits "Sanitärprodukte in der Mauer". Richner ist nur als Grosshändler im Bereich "sichtbare Sanitärprodukte" tätig. Der Grosshandelsmarkt für "sichtbare Teile" umfasst Sanitärprodukte für Bäder, Küchen und Waschküchen.

?? Baukeramik

Dieser Produktemarkt umfasst alle Arten von Keramikplatten für die Boden- und Wandanwendung sowie die zur Verlegung von Baukeramik notwendigen Hilfsstoffe.

?? Werkzeuge/Bekleidung

Dieser Produktemarkt umfasst Werkzeuge, elektrische Kleinmaschinen und Arbeitsbekleidung.

Richner ist auf all diesen Produktmärkten tätig, wohingegen BBH Baubedarf neben dem Handel mit Baumaterialien keine anderen Tätigkeiten betreibt.

1.2 Räumlich relevanter Markt

9. 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).

10. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung kann der Handel mit Baubedarfsgütern in Verrechnungs- (Transitgeschäfte) und Lagergeschäfte unterteilt werden.

11. Beim *Verrechnungsgeschäft* werden die Produkte direkt vom Hersteller an die Kunden der Grosshändler geliefert. Der Grossist koordiniert die Lieferung und stellt diese in Rechnung. Es handelt sich dabei zumeist um grössere Lieferungen. Da sich bei den Verrechnungsgeschäften die Tätigkeit der Grosshändler auf Vermittlungs-, Koordinations-, Finanzierungs- oder Delkrederefunktionen beschränkt, können die Grossisten diese unabhängig vom Lieferort von überall in der Schweiz her ausüben. Für den hier vorliegenden Fall kann demnach in Bezug auf die Verrechnungsgeschäfte der erwähnten sachlichen Märkte von einem räumlichen Markt Schweiz ausgegangen werden.

12. Bei *Lagergeschäften* liefern Grossisten ihre Produkte an ihre Kunden beziehungsweise die Kunden holen diese beim Grossisten ab. Lagergeschäfte werden vor allem dann getätigt, wenn es sich um kleinere Liefermengen handelt. In Bezug auf die hier vorliegenden sachlich relevanten Märkte hat die Wettbewerbskommission im Entscheid Gétaz Romang/Miauton (RPW 2000/1, S. 58) einen separaten räumlich relevanten Markt für die Romandie angenommen. Es kann auch für die Deutschschweiz von regionalen Märkten mit ähnlicher Dimension wie die Romandie ausgegangen werden. Die Faktoren, welche eine regionale Marktabgrenzung beeinflussen können, variieren allerdings von Fall zu Fall:

?? Ausgangspunkt der Lieferung beziehungsweise Abholung der sachlich relevanten Produkte sind die Auslieferungs- und Abhollager der Grossisten. Die verschiedenen Grossisten haben ihre Lager an unterschiedlichen Orten. Zudem unterhalten einzelne Grossisten zum Teil für die verschiedenen Gütergruppen unterschiedliche Lager.

?? Der Auslieferungsradius beziehungsweise Abholradius ist von mehreren Faktoren abhängig, so zum Beispiel vom Produkt selbst, von der Distanz zu den Mitbewerbern, von der Dichte des eigenen Netzes, vom Verkehrsnetz, von den Transportkosten, von der Qualität und den Preisen der Produkte, von der Grösse der Baustelle etc. Der Bezugsradius kann somit von wenigen Kilometern bis zu 50-60 Kilometern betragen. Die Kriterien, welche den Bezug beeinflussen,

sind daher je nach Gegebenheiten auf Seiten der Marktgegenseite (Baustelle, auf welcher das Baugewerbe tätig ist) unterschiedlich.

13. Zu Überschneidungen im Auslieferungsgebiet kommt es im hier vorliegenden Fall lediglich im Gebiet Grossraum Zürich/"nördliches Mittelland". Aufgrund der Lage der Auslieferungs-/Abhollager der beteiligten Unternehmen sowie deren Organisationsstrukturen können für diesen Fall zwei räumlich relevante Märkte unterschieden werden. Es handelt sich dabei einerseits um den Grossraum Zürich (Kanton Zürich inkl. Teile der angrenzenden Gebiete), andererseits um das Gebiet des nördlichen Mittellandes (Kantone Aargau, Basel-Land und Basel-Stadt). Die anderen Märkte müssen an dieser Stelle nicht definiert und somit auch nicht untersucht werden, da es dort zu keinen Überschneidungen und Marktanteilsadditionen kommt.

2. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

14. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Diese Märkte werden hier als (vom Zusammenschluss) "betroffene Märkte" bezeichnet. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

15. Die nachfolgende Tabelle zeigt auf, in welchen Bereichen betroffene Märkte bestehen. Dabei kann in Bezug auf die Lager- sowie Verrechnungsgeschäfte auf eine Analyse der Bereiche Holz, Sanitär und Baukeramik verzichtet werden, da BBH Baubedarf ausschliesslich im Bereich Baumaterial tätig ist. Im Bereich Werkzeuge/Bekleidung sind die beiden Unternehmen nur am Rande tätig (zur Ergänzung des Sortiments), weshalb hier nicht näher darauf eingegangen werden muss.

	Richner	BBH	Gemeinsam
Verrechnungsgeschäfte Schweiz:			
Baumaterial	0%-10%	10%-20%	10%-20%
Lagergeschäfte Grossraum Zürich			
Baumaterial	-	20%-30%	20%-30%
Lagergeschäfte nördliches Mittelland			
Baumaterial	10%-20%	0%-10%	20%-30%

2.1 Aktuelle Konkurrenz

16. Wie die oben stehende Tabelle zeigt, ist einzig der Baumaterialmarkt im Gebiet des nördlichen Mittellandes betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Einen Überblick über die *aktuelle Konkurrenz* auf dem Baumaterialmarkt im Gebiet des nördlichen Mittellandes zeigt folgende Tabelle:

Wettbewerber	Marktanteile im Baumaterialmarkt im nördlichen Mittelland
Richner	10%-20%
BBH Baubedarf	0%-10%
Richner und BBH gemeinsam	20%-30%
HG Commerciale	10%-20%
Übrige	60%-70%

17. Im Gebiet des nördlichen Mittellandes wird Richner somit zum Marktführer. Allerdings verfügt auch HG Commerciale über eine starke Stellung in diesem Markt, aber es bestehen vor allem viele kleinere Baumaterialanbieter, wie BAB, BAF, Giba, Kohler, Thüring, Tschopp, Bautrend, Widmer-Laviola und so weiter, welche den Wettbewerb beleben. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch nach dem Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb herrschen wird.

18. Im Bereich des Baumaterialhandels in der Schweiz machen die Lagergeschäfte zirka 50% des gesamten Umsatzes aus. Bei relativ grossen Liefermengen besteht für das Lagergeschäft somit auch Konkurrenz durch Baumaterialgrosshändler, welche von anderen Gebieten

aus Verrechnungsgeschäfte anbieten. Bei kleinen Liefermengen haben Kunden zudem die Möglichkeit, Baubedarfsgüter bei Grossverteilern (do it, Jumbo etc.) zu beziehen.

19. Obwohl im vorliegenden Fall aktuelle Konkurrenz besteht, kann durch die Reduzierung der grossen Konkurrenten von drei auf zwei nicht ohne weitere Begründung davon ausgegangen werden, dass diese Konzentration als offensichtlich unbedenklich einzustufen ist.

2.2 Potenzielle Konkurrenz

20. Alle anderen Unternehmen in der Schweiz im Bereich Baumaterialien, welche in einem anderen räumlich relevanten Markt tätig sind, müssen als potenzielle Konkurrenten betrachtet werden, da sie über das nötige Know-how und den Zugang zu den Beschaffungsmärkten verfügen (Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, S. 61). Zu denken ist hierbei insbesondere an die Sabag AG, welche in der Zentralschweiz im Bereich Baumaterialien über eine sehr starke Stellung verfügt und in anderen Bereichen der Schweiz auch schon tätig ist.

21. Zudem stellen die kleineren Baumaterialienhändler im nördlichen Mittelland (welche zusammen einen Marktanteil von 60%-70% innehaben) auch für andere Wettbewerber potenzielle Übernahmekandidaten dar. Dies umso mehr, als Befragungen des Sekretariates bestätigt haben, dass sich die Baubedarfunternehmen in einem Konzentrationsprozess befinden. Dies erlaubt es, den Vorgang trotzdem als offensichtlich unbedenklich einzustufen.

IV. ERGEBNIS

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

B 2.3	4. Migros-Genossenschafts-Bund und Scana Lebensmittel AG
-------	---

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 7. November 2002

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 16. Oktober 2002 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend Migros), von der Scana Holding AG 80,19% des Aktienkapitals respektive 90,09% der Stimmrechte an der Scana Lebensmittel AG (nachfolgend Scana) zu übernehmen.

2. Die Geschäftstätigkeit des Migros-Konzerns umfasst insbesondere den Detailhandel (Food/Near Food/Non Food), die Migros-Industrie (Jowa, Micarna, Estavayer Lait, Bischoffszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey, Midor, Optigal, Mifa, Mibelle, Seba Aproz), den Freizeit- und Wellnessbereich, aber auch die Migros Bank, Hotelplan und Limmatdruck. Zum Migros-Konzern gehört überdies die vor allem im Detailhandel tätige Globus-Gruppe. Dem Migros-Genossenschafts-Bund, als Käuferin der Scana, kommt innerhalb des Migros-Konzerns die Funktion einer Holding seiner Tochtergesellschaften zu.

3. Scana ist als Zustellgrosshändlerin für Restaurants, Hotels und institutionelle Betriebe (Spitäler, Alters- und Krankenhäuser) tätig. Ihr Sortiment umfasst hauptsächlich Kolonialwaren, Frischprodukte (ohne Gemüse, Früchte, Fleisch und Backwaren), Near-Food und Spirituosen.

4. Der Zusammenschluss soll der Migros einen Eintritt in den Grossverbrauchermarkt ermöglichen. Dadurch wird für die Migros-Industrie ein neuer Absatzmarkt geschaffen (Beliefern des Grossverbrauchermarktes mit Migros-Produkten).

II. MELDEPFLICHT

5. Weltweit erzielte die Migros im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mia. Scana erzielte im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Umsatz von CHF [...] Mio.

6. In der Schweiz erzielte die Migros im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mia. Scana erzielte in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von CHF [...] Mio.

7. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind demnach erreicht.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1 Sachlich relevanter Markt

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

9. Die Scana als zu übernehmendes Unternehmen ist im Vertrieb einer Vielzahl von Produkten (vorwiegend im Lebensmittelbereich) auf der Stufe Grosshandel in der Schweiz tätig. Die Kunden sind Restaurants, Hotels, Spitäler, Personalkantinen, Heime, Catering und so weiter, welche ihre Waren und Dienstleistungen von einem Zustellgrosshändler liefern lassen oder sie aber selber direkt im Cash & Carry Markt besorgen.

10. Die Anbieter im oben genannten Grosshandel wenden sich an dieselben Kunden und weisen ein über weite Strecken ähnliches Sortiment auf. Die Zustellgrosshändler unterscheiden sich von den Cash & Carry Abholmärkten hauptsächlich durch die Lieferung der Produkte an den Käufer. Dieser Faktor ist allerdings nicht das zentrale Entscheidungskriterium der Nachfrager, da die Wahl zwischen Zustellgrosshändlern und Abholmärkten von weiteren Faktoren wie Lagermöglichkeiten, Grösse der benötigten Menge, Transportmöglichkeiten und so weiter beeinflusst wird. Die Marktgegenseite (Restaurants, Hotels, Spitäler etc.) wird sich demnach je nach den gegebenen Umständen für oder gegen eine Lieferung entscheiden. Die Zustellgrosshändler sowie die Cash & Carry Abholmärkte sind somit demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Der klassische Detailhandel gehört dagegen nicht demselben sachlich relevanten Markt an.

11. Die von den Grossverbrauchern bezogenen Produkte umfassen insbesondere die folgenden Bereiche:

?? Kolonial (d.h. Trockensortiment wie Büchsen, Teigwaren, Reis, Cerealien, Dörrfrüchte, Kaffee etc.)

?? Milch- und Käseprodukte

?? Backwaren

?? Fleisch

?? Gemüse

?? Wein und Spirituosen

?? Bier

?? Wasch- und Reinigungsmittel

?? Diverse Gebrauchsartikel

12. Das jährliche Gesamtvolumen des Grossverbrauchermarktes (Zustellgrosshandel und Cash & Carry Abholmärkte) in der Schweiz beträgt ungefähr CHF [...] Mia. Scana ist dabei vorwiegend im Bereich Kolonial tätig. Migros ist bis anhin im Grossverbrauchermarkt nur am Rande tätig. Einerseits beliefern die Produktionsunternehmen der Migros teilweise auch Grossverbraucher ausserhalb des Migros-Kanals, andererseits erzielte die Genossenschaft Migros-Zürich im Grossverbrauchermarkt einen Umsatz von zirka CHF [...] Mio. Die Stellung der Migros auf dem Grossverbrauchermarkt ist allerdings von untergeordneter Bedeutung.

13. Die Frage, ob im Grossverbrauchermarkt, analog der bisherigen Praxis im Detailhandel (Migros/Globus, RPW 1997/3 S. 364 ff.; Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 507 ff.), die Absatzmärkte in Sortimente unterteilt werden können, kann offen bleiben, da es die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht beeinflusst.

1.2 Räumlich relevanter Markt

14. 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).

15. Die beteiligten Unternehmen gehen von einem räumlichen Markt Schweiz aus. Allerdings bestehen auch lokal tätige Anbieter. Die Frage, ob von einem regionalen oder nationalen Markt auszugehen ist, kann offen bleiben, da es die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht beeinflusst.

2. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

16. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Diese Märkte werden hier als (vom Zusammenschluss) "betroffene Märkte" bezeichnet. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

17. Das Zusammenschlussvorhaben führt nur zu marginalen Marktanteilsadditionen, und es entstehen dadurch weder bei einer engen noch bei einer weiten Marktabgrenzung betroffene Märkte. Zur Veranschaulichung zeigt die nachfolgende Tabelle, welche Auswirkungen das Zusammenschlussvorhaben auf den Bereich Kolonialwaren (wichtigster Bereich der Scana) sowie den Gesamtmarkt haben würde, wenn man von einem räumlichen Markt Schweiz ausginge.

Grossverbrauchermarkt Schweiz	Scana	Migros	Gemeinsam
Kolonialwaren	ca. [...]%	[...]%	ca. [...]%
Gesamtmarkt	ca. [...]%	[...]%	ca. [...]%

18. Selbst wenn man von regionalen Märkten ausgehen würde, käme es nicht zu nennenswerten Marktanteilsadditionen.

19. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Bon Appétit Gruppe ein äusserst starker Konkurrent im Grossverbrauchermarkt - im Zustellgrosshandel mit Howeg und im Cash & Carry Abholmarkt mit Prodega, Growa, Hugo Dubno und Valentin - tätig ist. Die Bon Appétit Gruppe ist in der gesamten Schweiz tätig, weshalb selbst bei einer regionalen Marktabgrenzung in allen Gebieten starke Konkurrenz herrschen würde.

20. Der Einstieg der Migros in den Grossverbrauchermarkt führt dazu, dass auch die anderen grossen Lebensmitteldetailhändler (Coop, Carrefour, Denner etc.) als potenzielle Konkurrenten zu betrachten sind.

IV. ERGEBNIS

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

B 2.3	5. IBM Deutschland GmbH, Berlin, et PwC Consulting AG, Zurich
-------	--

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

Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 25 septembre 2002

I. OPERATION DE CONCENTRATION ENVISAGEE

1. En date du 26 août 2002, respectivement du 13 septembre 2002, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu la notification de la prise de contrôle par IBM Deutschland GmbH, Berlin, de PwC Consulting AG, Zurich. Cette opération s'inscrit dans le cadre de la reprise par le groupe IBM de toutes les activités de consulting/IT-consulting de PricewaterhouseCoopers au niveau mondial.

1.1 Les entreprises participantes

2. IBM Deutschland GmbH appartient à IBM World Trade Corporation, elle-même filiale à 100% d'IBM Corporation, Armonk/NY, USA. Le groupe IBM est présent dans le monde entier dans la production, le développement et la distribution de matériel informatique (ordinateurs et périphériques), logiciels et services liés aux technologies de l'information ("Information Technologies" - IT). Le secteur IT (IBM Global Services) emploie environ 150'000 collaborateurs dans 160 pays. IBM Deutschland (ci-après IBM) est la filiale allemande du groupe IBM et également l'actionnaire unique d'IBM Schweiz, la filiale suisse du groupe.

3. PwC Consulting AG (ci-après PwC Consulting) est une entreprise dont le capital est détenu par les 191 partenaires de PricewaterhouseCoopers AG, Zurich (ci-après PwC). L'une comme l'autre font partie du réseau mondial de PricewaterhouseCoopers. PwC Consulting a été fondée le 26 mars 2002 pour reprendre les activités de consulting de PwC. PwC continue en revanche d'offrir directement ses services dans les domaines de la révision, de l'audit, du conseil juridique et fiscal et de la "corporate finance" (voir n. 16).

4. Cette opération de concentration vise principalement deux buts. Tout d'abord, PwC sépare ainsi ses opérations de consulting de son activité de révision, se conformant ainsi aux exigences d'indépendance des réviseurs posées par les autorités de surveillance de certains pays, notamment les autorités américaines. Ainsi, KPMG, Ernst & Young ou Andersen ont déjà séparé ou vendu leurs activités de consulting. PwC Consulting aura donc à l'avenir la possibilité d'offrir ses services à des entreprises dont PwC est le réviseur et cela sans conflits d'intérêts. Ensuite, cette opération devrait permettre à IBM de renforcer sa position sur les marchés IT, ajoutant à son savoir-faire et à son expérience technologique les compétences de PwC Consulting dans le domaine du conseil aux entreprises. IBM sera ainsi en mesure d'offrir une gamme complète de services à ses clients, de l'analyse et du conseil à la réalisation technique.

5. Cette concentration implique donc deux entreprises dont les activités sont largement complémentaires et s'inscrit dans le cadre de l'évolution générale du marché: Les entreprises traditionnellement actives dans les domaines technologiques renforcent leurs connaissances dans le domaine du conseil aux entreprises, par fusion/acquisition ou collaboration et vice-versa¹. Chacun cherche à devenir le partenaire

¹ Voir les récentes concentrations Cap Gemini/Ernst & Young, EDS/AT Kearney, Atos Origin/KPMG etc

contractuel n°1 des entreprises clientes, quitte à sous-traiter une partie du mandat si l'on n'a pas toutes les compétences nécessaires. Il devient donc de plus en plus difficile de séparer ces deux domaines².

1.2 Prise de contrôle

6. Dans un premier temps, les 191 partenaires/actionnaires de PwC vendent la totalité des actions de PwC Consulting à IBM Deutschland, donnant ainsi à cette dernière le contrôle direct de la société. Il s'agit donc bien d'une opération de concentration au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart. Dans un deuxième temps, il est probable qu'IBM Deutschland intégrera les activités de PwC Consulting au sein d'IBM Schweiz par fusion-absorption.

II. OBLIGATION DE NOTIFIER

7. En 2001, le chiffre d'affaire réalisé en Suisse du groupe IBM (IBM Schweiz) se montait à CHF [...] et celui de PwC Consulting à CHF [...]. Les seuils de l'article 9 alinéa 1 LCart étant atteints, la concentration est soumise à l'obligation de notifier.

III. EXAMEN

3.1 Le marché des produits

8. 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. art. 11 al. 3 let. a OCCE).

9. Il convient tout d'abord de relever que le groupe IBM s'est tout d'abord développé sur les marchés des logiciels (*software*) et surtout du matériel informatique (*hardware*). Toutefois, PwC Consulting n'étant pas du tout présent sur ces marchés, ils ne sont pas directement touchés par la présente concentration et ne seront donc pas analysés (cf. néanmoins n. 1 ci-dessous).

10. La présente concentration concerne le domaine des services IT. Les services IT regroupent une vaste palette de prestations complémentaires, allant de l'installation et de la maintenance de systèmes informatiques (*hardware* et *software*) aux services de conseil, de développement de solutions personnalisées et d'intégration, en passant par l'*outsourcing* de certaines tâches et la formation du personnel.

² Cf. *European Consulting Competitive Analysis 2001*, IDC 2001; voir aussi l'opinion d'IDC sur la présente concentration, <http://www.idc.com/getdoc.jhtml?containerId=27766>

11. La question de savoir si les services IT constituent un seul et unique marché ou s'il convient de définir plusieurs sous-marchés est une question redondante dans l'analyse des opérations de concentration impliquant des entreprises actives dans ce domaine.

12. Bien que les rapides et constants changements technologiques dans ce domaine donnent inévitablement un caractère mouvant à toute délimitation, il est fort probable que l'on puisse considérer que le domaine IT est constitué de plusieurs sous-marchés, dont la définition peut changer. Du point de vue de la demande, les intérêts et préférences des clients semblent varier. Alors que certains peuvent préférer s'adresser à des entreprises différentes pour chaque type de service afin de répartir les risques, d'autres opteront pour une offre globale. Enfin, certains disposent également d'un département IT au sein de leur entreprise.

13. Dans l'affaire Swisscom/AGI IT, la Comco a recouru à la délimitation de plusieurs marchés en fonction du type de services offerts (*Outsourcing, Project services, Tools* etc.), mais également en fonction de la branche d'activités à laquelle ces services étaient destinés (*Finance, Telecom/Utilities* etc.)³. En revanche, dans sa décision HP/Compaq, la Comco a laissé la question ouverte, non sans mentionner que la Commission européenne définissait en général sept marchés différents⁴. Dans le cas présent, les parties proposent de subdiviser (si nécessaire) le domaine IT de manière différente, en suivant la pratique des autorités européennes.

14. Etant donné l'imbrication de ces marchés et leur développement rapide, il est certain qu'il existe plusieurs manières de les délimiter. La question de leur définition exacte peut cependant être laissée ouverte. S'agissant ici d'une concentration à l'échelle internationale, il convient, dans un souci d'harmonisation, de reprendre la délimitation du marché retenue au sein de l'Union européenne. De plus, la question de l'opportunité d'une délimitation d'après les différentes branches de l'économie auxquelles ces services sont destinés peut être laissée ouverte, car cela ne modifierait pas les conclusions de l'analyse concurrentielle (notamment en raison de la forte croissance et du dynamisme du secteur IT).

³ DPC 2001/4, p. 754 ss. et l'étude de "PAC SA" mentionnée

⁴ DPC 2002/2, p. 303

15. La Commission européenne, se fondant sur les études Gartner/Dataquest, distingue les segments de marché suivants:⁵

?? *Hardware maintenance*

?? *Software maintenance*

?? *Business management services (i.e. outsourcing)*

?? *Education and training*

?? *Development and integration services* (intégration de systèmes existants, développement et installation des logiciels nécessaires)

?? *IT management services* (installation et exploitation des machines et logiciels nécessaires à un système IT)

?? *Consulting*

16. Concernant le conseil aux entreprises (*consulting*), la question se pose de savoir s'il convient de diviser ce marché en deux en distinguant entre le *business consulting* et le *IT consulting*. En effet, le *consulting* regroupe l'ensemble des services de conseil destinés à aider les entreprises à analyser et à améliorer l'efficacité de leurs activités commerciales, à l'exclusion de la révision, de l'audit, du conseil juridique et fiscal et de la "corporate finance" (voir n. 3). Il comprend deux domaines, le *consulting* "traditionnel" (ci-après: *business consulting*) et le *consulting* IT (ci après: *IT consulting*).

17. Les entreprises ont tout d'abord besoin de conseils sur les moyens d'améliorer leur efficacité dans différents domaines (finance, gestion des stocks, gestion de la clientèle etc.), puis il s'agit de voir dans quelle mesure la technologie existante peut aider à atteindre ce but. Au vu du rôle croissant que joue cette technologie, ces deux domaines ont tendance à se mélanger pour ne former qu'un (voir n. 5). Dès lors, le *consulting* se confond de plus en plus parmi les autres services IT, tant il devient de plus en plus difficile de séparer l'aspect *business consulting* et *IT consulting*.

18. Les parties considèrent qu'une telle distinction ne se justifie pas car il s'agit-là de deux activités très liées, devenant de plus en plus indissociables. Ainsi, les entreprises traditionnellement actives dans le conseil aux entreprises (*business consulting*) cherchent à renforcer leurs compétences dans le domaine IT, alors que les firmes traditionnellement présentes dans le conseil IT cherchent à compléter leur savoir-faire technologique par des compétences en matière d'organisa-

⁵ DPC 2002/2, p. 303; Affaire COMP/M.1901 - Cap Gemini/Ernst & Young; Affaire COMP/M.2609 - HP/Compaq; *IT Services Market Definition Guide*, Gartner Dataquest, May 2002

tion et de stratégie d'entreprise. Les uns comme les autres ambitionnent de plus en plus de pouvoir offrir une palette complète de services. Ce point de vue semble être partagé par la Commission européenne, qui n'a pas jugé nécessaire de séparer les deux domaines⁶.

19. Gartner/Dataquest considèrent qu'il s'agit de deux segments du même marché⁷ alors qu'IDC analyse séparément les deux, tout en reconnaissant que la différence s'estompe de plus en plus à mesure que les interactions entre ces deux domaines augmentent⁸. Du point de vue de la demande, il reste actuellement tout à fait envisageable pour les entreprises clientes de s'adresser à deux firmes différentes pour le conseil économique et le développement de solutions techniques subséquentes. Un des avantages que les clients reconnaissent aux firmes de *consulting* "pure" comme PwC Consulting, KPMG Consulting ou Accenture serait leur faculté de recommander des solutions de manière neutre et indépendante, alors que les firmes telles qu'IBM auraient généralement tendance à favoriser leur technologie⁹.

20. Quoi qu'il en soit, les activités d'IBM et de PwC Consulting sont plutôt complémentaires dans les domaines du conseil aux entreprises et du conseil technologique, si bien que les additions de parts de marché ne seraient pas plus importantes en distinguant deux marchés. La question peut donc rester ouverte (voir cependant n. 48).

3.2 Le marché géographique

21. 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 (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

22. La Comco a jusqu'ici défini le marché géographique pour l'ensemble des services IT comme national¹⁰. Les parties quant à elles le définissent comme européen, si ce n'est mondial. Cette question peut être laissée ouverte puisque même en prenant une définition étroite du marché la présente concentration ne pose pas de problèmes concurrentiels.

⁶ Voir affaire Cap Gemini/Ernst & Young mentionnée ci-dessus

⁷ *Services Market Definition Guide*, Gartner Dataquest, May 2002, p. 13

⁸ Cf. *European Consulting Competitive Analysis 2001*, IDC 2001, où une distinction supplémentaire est encore faite entre *Discrete IT consulting* et *Total IT consulting*

⁹ Cf. *The Value of Brand: Market Perception of IT Services Firms*, IDC 2002 et <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=27766>

¹⁰ DPC 2001/4, p. 757

3.3 Les marchés concernés

23. Selon l'article 11 alinéa 1 lettre d de l'OCCE, sont à considérer comme affectés par la concentration les marchés de produits et géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus.

24. Selon une jurisprudence constante de la Comco, seuls sont soumis à une analyse plus détaillée les marchés sur lesquels les seuils susmentionnés sont atteints. Pour les autres marchés, l'on peut en principe partir de l'idée qu'ils ne sont pas influencés de manière importante par la concentration¹¹.

25. Sur les marchés *Hardware* et *Software* maintenance, seule IBM est présente et cela avec des parts de marchés [$<20\%$]. Sur le marché *Business management services*, les deux entreprises sont présentes, mais avec des parts de marchés [$<20\%$].

26. Dans le domaine *Education and training*, la part de marché cumulée des parties atteindra environ [$<20\%$], ce qui devrait placer IBM en deuxième position sur le marché, juste derrière SAP et devant d'autres grandes entreprises comme Swisscom ou Sun.

27. Sur le marché *Development and integration*, la concentration va regrouper les deux leaders du marché, conférant à IBM une part de marché d'environ [$<20\%$], soit le double de ses concurrents immédiats. Parmi ceux-ci, l'on compte cependant de grandes entreprises à fort potentiel de développement telles que Systor, T-System (Deutsche Telekom), Swisscom ou KPMG.

28. Sur le marché *IT management services*, la part de marché cumulée des parties devrait se monter à environ [$20\%-30\%$]. Si PwC Consulting n'est que peu présente dans ce domaine, IBM en est déjà le leader, avec une part de marché actuelle estimée à [...] $\%$, soit le double de ses poursuivants immédiats.

29. Quant au *Consulting*, la concentration envisagée débouchera sur une part de marché cumulée [de $20\%-30\%$].

30. Seuls les deux derniers marchés sont donc à considérer comme des marchés concernés au sens de l'OCCE. Dès lors, il convient de les analyser plus en détail.

¹¹ Voir par exemple DPC 1999/1, p. 129 ss.

a) *IT management services*

i. Concurrence actuelle

31. A l'heure actuelle, il existe en Suisse un grand nombre d'entreprises présentes sur ce marché. Il s'agit avant tout de sociétés actives dans le domaine informatique, mais un certain nombre d'entreprises de conseil y sont également présentes. Le tableau suivant donne une idée de la répartition et de l'évolution des parts de marchés des principaux acteurs d'après leur chiffre d'affaire réalisé en Suisse entre 1999 et 2001:¹²

Entreprises	1999	2000	2001
IBM	?...?	?...?	?...?
T-System		?...?	?...?
CSC	?...?	?...?	?...?
Swisscom	?...?	?...?	?...?
EDS		?...?	?...?
Boss. Lab		?...?	?...?
Compaq Computer	?...?	?...?	?...?
Hewlett-Packard		?...?	...
Siemens
Perot System
Unisys	
PwC Consulting
Xerox
Cap Gemini Ernst & Young	
Accenture	
Autres
Total	100%	100%	100%

¹² Source: Gartner/Dataquest

32. Il existe une tendance claire parmi les fabricants de hardware vers une étendue de leurs activités dans le domaine des services IT. IBM, Siemens ou HP/Compaq en sont d'ailleurs des illustrations¹³. Ces entreprises disposent des connaissances et du savoir-faire indispensables pour l'installation et l'exploitation du matériel et des logiciels nécessaires au fonctionnement de plateformes IT.

33. Parallèlement à ces grandes firmes, il existe une quantité d'entreprises de taille plus modeste ou qui n'ont tout simplement pas la possibilité d'offrir une gamme complète de prestations IT. Si elles ne disposent pas toujours des compétences nécessaires au développement de systèmes complexes, elles collaborent souvent entre elles ou avec les leaders du marché. L'on peut citer par exemple les alliances entre Siebel Systems et Cap Gemini Ernst & Young, Verizon Wireless et Accenture, PeopleSoft et CSC, EMC avec EDS etc. (voir n. 50). IBM et PwC Consulting coopèrent également avec un grand nombre d'entreprises¹⁴.

34. Par ailleurs, dans sa décision relative au cas HP/Compaq, la Comco a constaté que l'ensemble de la branche IT se caractérisait par une croissance continue ainsi qu'un haut degré d'innovation¹⁵. De même, la Commission européenne a jusqu'à aujourd'hui considéré d'une manière générale que le domaine des services IT était très dynamique et permettait aux clients de faire jouer une forte concurrence entre les offreurs¹⁶. Dans le court à moyen terme, une forte croissance du marché *IT management services* est attendue¹⁷. Comme il s'agit d'un marché très dynamique, des reports de parts de marché sont possibles. Ainsi, en 1999, huit entreprises détenant chacune plus de 0,5% de parts de marché représentaient au total environ 45% du marché. En

¹³ Ainsi IBM a acquis ces trois dernières années un certain nombre d'entreprises spécialisées dans les services IT dans différents pays d'Europe (cf. Notification aux autorités européennes, point 4.3, annexe 2 à la notification du 26 août 2002).

¹⁴ IBM avec CSC, Accenture, Cap Gemini Ernst & Young, SAP etc.; PwC Consulting avec EDS, Oracle, SAP, Sun etc. IBM a par ailleurs l'intention de maintenir un large réseau d'alliances après la présente concentration, si bien que ses partenaires actuels ne devraient pas s'en retrouver prétérités (cf. Notification aux autorités européennes, point 8.12, annexe 2 à la notification du 26 août 2002).

¹⁵ DPC 2002/2, p. 313 s.

¹⁶ Affaire COMP/M.2195 Cap Gemini/Vodafone et affaire Cap Gemini / Ernst & Young mentionnée ci-dessus

¹⁷ Cf. pour l'Europe de l'Ouest *Wordwide Services Market Forecast, 2001-2005, Market Statistics*, Gartner, 2002

2000 et 2001, une vingtaine d'entreprises détenant chacune plus de 0,5% de parts de marché représentaient le 80% du marché. De ce fait, la part des petites entreprises détenant moins de 0,5% de parts de marché a diminué d'environ 30% dans la période 1999-2001, si bien que l'on peut parler d'une tendance à la consolidation de la structure du marché.

35. Il ressort du tableau ci-dessus qu'IBM est actuellement l'incontestable leader dans le domaine, avec une part de marché deux fois supérieure à celle de son concurrent le plus proche. La concentration ne va cependant que légèrement renforcer cette position, PwC Consulting n'étant que peu présent sur ce marché. Par conséquent il ne faut pas s'attendre à un bouleversement de la structure du marché.

36. Pour les raisons évoquées ci-dessus, d'une part la position des parties sur ce marché ne sera pas renforcée de manière significative et d'autre part il existe une concurrence actuelle importante.

ii. Position des partenaires à l'échange

37. Les partenaires à l'échange ont un choix assez grand de prestataires de services IT. Si certains désirent conclure un contrat global couvrant tous leurs besoins dans le domaine IT auprès d'un seul fournisseur, d'autre peuvent préférer obtenir des prestations de la part de plusieurs offreurs, pour ne pas dépendre entièrement d'une seule entreprise (voir n. 19). Par ailleurs, les contrats sont généralement conclus pour de courtes durées, en général 1 année, et il n'est pas dans les usages de prévoir des clauses d'exclusivité. Les clients bénéficient donc d'un certain pouvoir de négociation.

iii. Concurrence potentielle

38. Comme il a déjà été constaté ci-dessus, toute la branche IT et en particulier le marché *IT management services* est caractérisée par une croissance importante, un grand dynamisme et un haut degré d'innovation (voir. n. 34). Cela entraîne un affaiblissement des barrières à l'entrée et augmente la concurrence potentielle¹⁸. Ainsi une entrée dans le marché est possible sans contester le chiffre d'affaire des acteurs déjà présents.

39. De nombreux offreurs font régulièrement leur apparition sur le marché, qu'il s'agisse de sociétés nouvelles (Xchanging, Exodus) ou de firmes actives sur des marchés voisins, tels que les télécoms (Nokia, Swisscom, Deutsche Telekom). De nouvelles entrées sur le marché sont

¹⁸ DPC 2002/2, p. 313

généralement possibles à relativement court terme (moins d'une année). En effet, la technologie est en principe accessible à tous (machines, logiciels) et l'expérience au niveau commercial peut être acquise par l'engagement de personnes compétentes si elle n'a pas déjà été accumulée grâce à une présence sur des marchés voisins (télécoms par exemple).

40. Il faut par ailleurs s'attendre à ce que la convergence des domaines *business consulting* et *IT consulting* (voir n. 16 ss.) ainsi que les interactions entre les différents domaines IT s'accroissent encore. Les entreprises qui n'étaient jusqu'à présent actives que dans le *business consulting* ont de plus en plus intérêt à pénétrer les autres marchés IT ou tout au moins à collaborer avec des firmes qui y sont déjà bien installées. Par conséquent, ces entreprises représentent également une concurrence potentielle sur le marché des *IT management services*.

41. Les coûts relatifs à une entrée sur le marché varient naturellement en fonction de l'étendue des services que l'entreprise désire proposer. Pour l'*IT management* il s'agit essentiellement d'acquérir le savoir-faire nécessaire à toute activité dans ce secteur, ce qui revient à engager du personnel compétent. Les coûts peuvent sensiblement augmenter s'il s'agit par exemple de mettre sur pied des centres de calcul nécessitant des investissements technologiques importants.

42. Dans l'ensemble de la branche IT, de grandes entreprises globales coexistent avec de petits offreurs régionaux. A ce sujet, la Comco a d'ailleurs constaté dans le cas HP/Compaq qu'il n'y avait pas véritablement d'économies d'échelle dans ce domaine¹⁹.

43. Par ailleurs, si la recherche et le développement jouent un rôle important, cela ne constitue pas pour autant une barrière à l'entrée sur ces marchés. En effet, il ne s'agit pas tant de développer de nouveaux produits (hardware ou software) que d'être capable de les adapter et les intégrer dans les entreprises et de former les gens à leur utilisation.

44. Pour les raisons susmentionnées, il convient donc de constater qu'il existe une importante concurrence potentielle sur ce marché²⁰.

iv. Résultat

45. Au vu de ce qui précède, il convient de considérer que les caractéristiques du *marché IT management* ainsi qu'une pression concurren-

¹⁹ DPC 2002/2, p. 314 ss.

²⁰ La Commission européenne a encore eu l'occasion de le constater dans le cas HP/Compaq cité ci-dessus.

tielle forte sur IBM ne permettront pas à cette dernière de se comporter de manière indépendante par rapport à ses clients et concurrents.

b) Consulting

46. De manière générale, les développements consacrés ci-dessus au marché *IT management services* s'appliquent aussi au *consulting*. Ce dernier se caractérise non seulement par son dynamisme, mais également par le profond changement qu'il subit, les liens entre conseil et technologie devenant de plus en plus étroits.

i. Concurrence actuelle

47. Le marché du consulting peut être qualifié de fragmenté. En 1998 déjà, la Comco avait jugé lors de son examen de la fusion PwC/Cooper & Lybrand le marché du conseil aux entreprises comme concurrentiel²¹. Une quantité d'offreurs y sont présents, avec d'un côté les entreprises de *business consulting* (parmi lesquelles les "Big Four") et de l'autre les entreprises du domaine IT. Comme il a déjà été mentionné ci-dessus (n. 18), il existe une tendance au regroupement de ces différentes compétences. Selon Gartner/Dataquest, les principales firmes présentes en Suisse et l'évolution de leurs parts de marché estimées d'après leurs chiffres d'affaires entre 1999 et 2001 sont les suivantes²²:

Entreprises	1999	2000	2001
PwC Consulting	?...?	?...?	?...?
KPMG Peat Marwick	?...?	?...?	?...?
Systor	?...?	?...?	?...?
SAP	?...?	?...?	?...?
Andersen	?...?	?...?	?...?
CSC	?...?	?...?	?...?
IBM	?...?	?...?	?...?
Mummert + Partner	?...?	?...?	?...?
Swisscom
Accenture	
McKinsey & Company
Autres
Total	100%	100%	100%

²² Source: Gartner Dataquest

48. A titre indicatif et au niveau européen, si l'on considérait séparément le *business consulting* (cf. n. 16 ss.), McKinsey, Cap Gemini/Ernst & Young et Accenture devanceraient entre autres PwC Consulting, AT Kearney et Boston Consulting Group²³.

49. Il ressort du tableau ci-dessus que grâce à la concentration projetée, IBM va renforcer sa présence sur le marché du *consulting* et même en devenir le leader avec [20%-30%] de parts de marché. Néanmoins, IBM devra faire face à une concurrence importante, aussi bien de la part des firmes de *business consulting* (McKinsey, Boston Consulting Group, KPMG etc.) que de la part des entreprises technologiques (CSC, SAP, HP/Compaq etc.). S'il est vrai qu'IBM sera un des seuls offreurs sur le marché à pouvoir proposer une gamme complète de prestations dans le domaine IT, ses concurrents collaborent de manière à pouvoir également offrir tous les services nécessaires. A titre d'exemple l'on peut citer la collaboration d'Accenture avec Microsoft et SAP, de CSC avec Oracle ou d'Atos Origin avec KPMG.

50. De telles alliances sont très fréquentes dans le domaine IT. La Commission européenne a d'ailleurs déjà eu l'occasion de constater qu'elles jouaient un rôle important. En effet, elles permettent une étroite coopération entre les prestataires de services et les fournisseurs de technologie, garantissant ainsi un accès préférentiel des premiers au savoir-faire des seconds. Des analyses de marché auraient démontré que ce type de collaboration n'avait pas non plus d'effet restrictif sur la concurrence car le succès des consultants dépend de leur réputation de neutralité et d'objectivité²⁴.

51. Dans le court à moyen terme, il faut s'attendre à une forte croissance du marché du consulting²⁵. Compte tenu de la convergence du *business consulting* et de l'*IT consulting* ainsi que de l'interaction toujours plus forte des différentes branches IT, ce marché doit aussi être considéré comme très dynamique si bien que des reports de parts de marché sont tout à fait possible.

²³ Source: IDC, étude susmentionnée. Aucune des entreprises ici mentionnées ne dépasserait les 20% de part de marché.

²⁴ Voir affaire Cap Gemini/Ernst & Young mentionnée ci-dessus

²⁵ Cf. pour l'Europe de l'Ouest *Wordwide Services Market Forecast, 2001-2005, Market Statistics*, Gartner, 2002

ii. Position des partenaires à l'échange

52. Les remarques faites ci-dessus au sujet du marché *IT management services* s'appliquent également au *consulting* (voir n. 37).

iii. Concurrence potentielle

53. La concurrence potentielle exerce une pression d'autant plus forte sur ce marché que les conditions d'entrée ne sont pas véritablement exigeantes. En effet, aucune infrastructure importante n'est nécessaire. Le seul investissement important à faire est la recherche et l'engagement de personnel qualifié.

iv. Résultat

54. Il résulte de ce qui précède qu'en raison d'une forte concurrence actuelle et potentielle, la présente concentration ne permettra pas de créer ou renforcer une position dominante d'IBM sur le marché du *consulting*.

3.4 Effets de portefeuille

55. Des effets de portefeuille pro- ou anticoncurrentiels peuvent résulter d'une opération de concentration réunissant des produits complémentaires pour lesquels une ou plusieurs des parties disposent d'un pouvoir de marché substantiel²⁶.

56. Le mécanisme des effets de portefeuille peut se résumer de la manière suivante: Le pouvoir de négociation d'une entreprise qui dispose d'un portefeuille de marques/produits est supérieur à la somme du pouvoir individuel de chaque marque²⁷. Cela augmente les possibilités pour les entreprises concernées d'adopter un comportement abusif et par là-même le danger d'une diminution générale du bien-être économique. La probabilité que ce type de concentrations engendre une telle diminution du bien-être économique, respectivement le danger d'effets de portefeuille anticoncurrentiels (dus à un comportement abusif), augmente notamment lorsque les parties disposent d'un important pouvoir de marché relativement aux produits/services concernés. De même lorsque les entreprises concurrentes ou les concurrents potentiels ne peuvent/pourraient atteindre les mêmes avantages que les parties à la concentration.

57. Dans le cas présent, il convient d'analyser si les parties disposent d'un pouvoir important sur l'un des marchés sur lequel elles sont actives, par exemple grâce à une marque clé²⁸. Il faut ensuite se demander si leurs concurrents actuels et/ou potentiels ont également la possibilité d'offrir une gamme de prestation aussi large, soit individuellement, soit par fusion/acquisition ou autres formes de coopération.

²⁶ Cf. *Portfolio effects in conglomerate mergers*, OCDE, janvier 2002, DAF/COMP(2002)5

²⁷ DPC 2001/4, p. 704 ss.

²⁸ DPC 2001/4, p. 704 ss.

58. Comme il a été mentionné ci-dessus (n. 9), IBM est également présente sur les marchés du développement, de la production et de la distribution de hardware et de software. C'est d'ailleurs sur ces marchés que la société s'est développée. L'acquisition de PwC Consulting lui permettra d'offrir à ses clients une palette complète de prestations (produits et services) dans le domaine informatique.

59. Une telle gamme de produits et services représente naturellement un avantage en termes d'efficacité et de fidélisation des clients à la marque et devrait permettre à IBM de renforcer sa présence sur le marché. Toutefois, les développements et conclusions ci-dessus ont montré que ni IBM, ni PwC Consulting ne disposait d'une position dominante (par ex. grâce à une marque clé) sur l'un des marchés de services IT. Par ailleurs, lors de son examen de la concentration HP/Compaq, la Comco a pu constater que les marchés hardware (PC, imprimantes, serveurs) étaient également soumis à une concurrence suffisante (voire forte) et qu'IBM n'y avait en tous les cas pas de position dominante²⁹.

60. Enfin, il a été démontré ci-dessus (n. 33, 49) qu'en coopérant entre elles, les autres entreprises ont tout à fait la capacité d'offrir la même gamme de produits et services.

61. Dès lors, la présente concentration ne devrait pas engendrer d'effets de portefeuille anticoncurrentiels.

IV RESULTAT

62. Au vu des considérants qui précèdent, il n'existe pas d'indices que l'opération de concentration envisagée crée ou renforce une position dominante. Il n'y a donc pas matière à ouvrir un examen approfondi.

B 2.3	6. Weitere
-------	-------------------

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

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

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

1. Die Wettbewerbskommission (Weko) hat am 4. Oktober 2002 die vollständige Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG (DPAG) - DHL International Ltd. (DHL) erhalten.

²⁹ DPC 2002/2, p. 308 ss.

2. Der Zusammenschluss wird aus folgenden Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.
- Die beteiligten Unternehmen sind seit dem ersten Beteiligungserwerb von DPAG an DHL von 1998 nicht auf denselben Märkten tätig, so dass keine Marktanteilsadditionen aus dem Zusammenschluss beziehungsweise Wechsel von der gemeinsamen zur alleinigen Kontrolle von DPAG über DHL resultieren.
 - Vom Kontrollwechsel ist nicht zu erwarten, dass sich etwas an der aktuellen oder potenziellen Konkurrenzsituation in der Schweiz ändern wird.
3. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 23. Oktober 2002 für unbedenklich erachtet.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Révision de la loi sur les télécommunications (LTC) et de ses ordonnances d'exécution

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

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

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 7 octobre 2002

En date du 15 juillet 2002, le Département fédéral des transports, de l'énergie et de la communication a demandé à la Commission de la concurrence (Comco) de prendre position dans le cadre de la procédure de consultation sur le projet de modification de la loi sur les télécommunications (LTC) et de ses ordonnances d'exécution. La Comco prend position comme suit:

Remarques générales

Force est de constater que le marché actuel suisse des télécommunications ne peut pas encore être entièrement qualifié de concurrentiel. En effet, il subsiste des asymétries qui empêchent que tous les fournisseurs de services de télécommunications accèdent au marché avec les mêmes chances de succès. Ces asymétries se manifestent principalement dans le domaine des services à large bande (par exemple les technologies xDSL), alors que ce domaine prend une importance crois-

sante et montre un immense dynamisme.

Les privilèges dont jouit l'opérateur historique expliquent en grande partie ces dysfonctionnements. Comme la Comco l'a constaté à plusieurs reprises, Swisscom détient une position dominante sur plusieurs marchés, notamment celui des raccordements finaux, de l'infrastructure à large bande, des services dits d'implémentation ou encore de certaines lignes louées. De plus, Swisscom dispose d'informations essentielles qui lui procurent un avantage concurrentiel certain par rapport aux autres fournisseurs. Il s'agit avant tout des données concernant les abonnés, qui doivent utiliser le réseau de Swisscom, même s'ils sont clients d'un autre opérateur.

Le nombre de plaintes reçues par la Comco et les multiples décisions de cette dernière contre Swisscom sont un fort indice de ces dysfonctionnements. Ces plaintes ont un coût élevé et elles créent une insécurité juridique préjudiciable aux concurrents comme à l'opérateur dominant. La Comco n'est par ailleurs pas la seule autorité à recevoir un nombre élevé de plaintes concernant Swisscom.

Ces éléments démontrent que le marché ne fonctionne pas entièrement dans le domaine des télécommunications. Une régulation supplémentaire, telle que la prévoit le projet de modification de la LTC (pLTC), est donc bienvenue. Elle aura des effets bénéfiques aussi bien pour les consommateurs que pour les concurrents de Swisscom. Le projet de révision de la LTC permettra d'atteindre avec plus d'efficacité les buts que le législateur a fixés dans l'article 1 LTC, notamment l'établissement d'une concurrence efficace sur le marché des télécommunications.

Dispositions particulières

Art. 4 et suivants pLTC: suppression du régime de concession

La Comco soutient le projet de renoncer à l'obligation de concession pour les fournisseurs de services de télécommunication. Cette mesure accroîtra la transparence sur le marché et supprimera une inégalité de traitement juridique entre les fournisseurs de services de télécommunications. Elle supprimera également une barrière à l'entrée pour de nouveaux concurrents et abaissera les coûts de ces derniers.

Art. 10a pLTC: détermination de la position dominante

La Comco soutient fondamentalement la régulation ex ante proposée. Celle-ci créera une plus grande sécurité juridique et augmentera la transparence du marché.

La Comco souligne l'importance d'une surveillance constante des marchés, ce d'autant plus que les marchés des télécommunications ont tendance à évoluer très rapidement. La réglementation de l'article 10a alinéa 2 du projet est donc essentielle. Cependant, si la Comco doit être consultée pour déterminer si un opérateur détient une position

dominante, elle devrait également pouvoir se prononcer si la Comcom prévoit de décider qu'un opérateur n'est plus en position dominante. L'alinéa 2 de l'article 10a devrait être complété en conséquence.

La Comco propose donc la modification suivante:

Art. 10a al. 2 pLTC:

"La commission adapte régulièrement ses décisions en matière de position dominante en fonction de l'état de la concurrence sur les marchés pertinents. Elle consulte la Commission de la concurrence avant de modifier ses décisions".

Art. 11 pLTC: Accès

La nouvelle formulation de l'article 11 est à saluer, de même que l'introduction de la notion d'accès. Il s'agit ici de l'innovation principale du projet de modification de la loi. D'autre part, elle créera une base légale suffisante pour le dégroupage de la boucle locale, s'il devait s'avérer que la loi actuelle n'en contient pas.

Une modification d'ordre mineur serait toutefois à apporter à l'alinéa 3. En effet, le projet prévoit de supprimer la phrase qui permet expressément à la Comco de publier ses décisions. Par surabondance de droit, il paraît opportun de conserver cette phrase, de manière à ce que la publication des prises de position de la Comco repose sur une base légale explicite. La Comco propose donc de compléter l'article 11 alinéa 3 pLTC comme suit:

Art. 11 al. 3 pLTC:

"[...] Celle-ci peut rendre publique sa prise de position".

Art. 11b pLTC: interdiction de grouper des services

La Comco salue l'introduction de cette norme dans la LTC. Les instruments de la loi sur les cartels ne suffisent en effet pas à combattre efficacement toutes les formes d'affaires liées. D'autre part, il n'existe que très peu de pratique de la Comco à ce sujet. L'article 11b pLTC crée donc une sécurité juridique bienvenue.

Art. 12 pLTC: lignes louées

La Comco soutient l'introduction de l'obligation pour certains fournisseurs de mettre à disposition des lignes louées à des prix orientés sur les coûts. De cette manière, de nombreuses distorsions de concurrence seront éliminées, en faveur des concurrents de l'opérateur dominant, qui sont souvent dépendants des lignes louées pour pouvoir offrir leurs services aux clients finaux.

La Comco estime cependant que les décisions obligeant certains fournisseurs à offrir des lignes louées à des prix orientés sur les coûts devraient être publiées, dans le but d'accroître la transparence sur le

marché, également en faveur de la concurrence. Elle propose donc de compléter l'article 12 pLTC comme suit:

Art. 12 pLTC:

"[...] Elle publie ses décisions".

Art. 21 pLTC: accès aux annuaires

La Comco salue particulièrement cette nouvelle réglementation. En effet, la situation actuelle sur le marché des données d'annuaires n'est en aucun cas satisfaisante du point de vue de la concurrence. La Comco a par ailleurs eu l'occasion de juger que Swisscom est en position dominante sur ce marché. La modification de l'Ordonnance sur les services de télécommunications (OST) du 31 octobre 2001 n'a pas réussi à améliorer la situation, notamment parce que l'opérateur dominant n'avait pas l'obligation de fournir ces données à des prix orientés sur les coûts. Le projet de modification de la loi comble cette lacune et il est à prévoir que cette régulation entraînera l'apparition d'une véritable concurrence efficace.

Les milieux intéressés sont invités par le DETEC à se prononcer sur l'opportunité de réguler l'accès à d'autres données que les données d'annuaires. On pense notamment aux adresses de messagerie électronique. La Comco estime qu'une régulation ne se justifie que lorsqu'une position dominante est constatée. Ce n'est pas le cas pour les adresses e-mail, qui sont en général indépendantes d'un raccordement téléphonique. Il n'y a donc pas de raison de réguler des données autres que celles directement dépendantes du raccordement téléphonique, soit le nom, l'adresse et le numéro de l'abonné. Par contre, une régulation plus élargie des rubriques sous lesquelles sont classés les abonnés serait envisageable, dans la mesure où la classification d'un abonné sous une rubrique particulière dépend des indications qu'il donne à son fournisseur de services de télécommunications.

Au cours de diverses procédures devant la Comco concernant le marché des annuaires, il est apparu que la valeur de ces données dépendait de leur actualité. Un rythme de mise à jour quotidienne devrait donc également être prévu par la loi. L'article 21 devrait donc être complété comme suit:

Art. 21 pLTC:

"[...] Ils donnent aux autres fournisseurs de services de télécommunication ou de services basés sur les données d'annuaires la possibilité d'y accéder conformément aux normes internationales et de les obtenir sous forme électronique même s'ils ne les ont pas publiés, à des conditions transparentes et non discriminatoires, à des prix orientés sur les coûts et avec option de mise à jour quotidienne [...]".

Projet de modification de l'ordonnance sur les services de télécommunications (pOST)

Comme il a été constaté ci-dessus, la concurrence efficace n'a pas encore pu s'établir entièrement sur le marché des télécommunications. Ceci est en grande partie dû à l'interprétation restrictive de la notion d'interconnexion qui a prévalu jusqu'ici. Le dégroupage de la boucle locale, tel que prévu par le projet de modification de l'ordonnance, est un remède efficace et proportionné pour permettre à la concurrence de s'établir efficacement. La Comco soutient donc entièrement la modification prévue de l'OST.

Le dégroupage de la boucle locale, sous les trois formes prévues à l'article 1, lettres c à e pOST, offrira aux opérateurs concurrents de Swisscom de présenter aux clients finaux des offres complètes en matière de télécommunication, qui incluront aussi bien la téléphonie que des services à large bande. L'offre en sera ainsi élargie et la concurrence pourra offrir de nouveaux produits ou services. Tous les fournisseurs de services de télécommunications auront ainsi les mêmes chances que Swisscom d'accéder au marché, ce qui est une condition essentielle pour que la concurrence puisse fonctionner.

Le dégroupage de la boucle locale est une mesure proportionnée à son but. Elle n'est en aucun cas assimilable à une expropriation de l'opérateur dominant. En effet, les lignes restent sa propriété et les opérateurs concurrents doivent s'acquitter d'une taxe comprenant les coûts ainsi qu'une rémunération équitable du capital. D'autre part, l'expérience à l'étranger a montré que seule une petite partie des abonnés profitait directement du dégroupage de leur raccordement. Le dégroupage a cependant contribué à une concurrence efficace en créant une concurrence potentielle importante qui a poussé les opérateurs dominants à baisser leurs prix et à offrir de nouvelles offres.

Le dégroupage de la boucle locale est une mesure qui existe déjà dans de nombreux autres Etats. L'expérience a montré qu'elle agissait de manière positive sur la concurrence et permettait de faire baisser les prix.

Enfin, il est essentiel que le dégroupage de la boucle locale intervienne rapidement, c'est-à-dire par voie d'ordonnance. Comme la Comco l'a dit dans sa décision du 6 mai 2002 concernant l'ADSL, le marché des services à large bande, qui profitera le plus du dégroupage, est un marché extrêmement dynamique et en pleine expansion. Si ce marché ne profite pas d'une situation de concurrence dès le départ, il est à craindre que l'avantage de l'opérateur dominant ne puisse par la suite être remis en question, même si des conditions concurrentielles sont mises en place.

La Comco soutient donc vivement le dégroupage de la boucle locale par voie d'ordonnance.

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

B 3	1. Elektra Baselland
-----	-----------------------------

Beschwerdeentscheid vom 17. September 2002 in Sachen Elektra Baselland (EBL) (Beschwerde vom 18. Mai 2001) gegen Watt Suisse AG, Migros-Genossenschafts-Bund und Wettbewerbskommission (Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001) betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

Es hat sich ergeben:

A. Die Elektra Baselland (EBL) ist eine Genossenschaft nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (SR 220, Art. 828 ff.) mit Sitz in Liestal. Sie hat den Zweck, in ihrem Versorgungsgebiet im Rahmen ihrer technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten Energie zu angemessenen Bedingungen abzugeben (§1 und § 2 Abs. 1 der Statuten der Elektra Baselland vom 10. Juni 1994).

Am 14. Februar 2000 erstatteten die Watt Suisse AG (nachfolgend: Watt), Emmen, und der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros), Zürich, beim Sekretariat der Wettbewerbskommission je eine Anzeige gegen die Genossenschaft Elektra Baselland, Liestal, da sich diese weigerte, ab November 1999 Strom der Watt gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zwecks Versorgung eines Unternehmens der Migros-Gruppe (Betriebsstätte der Mifa AG in Frenkendorf BL) durchzuleiten.

Nach durchgeführter Vorabklärung eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 4. August 2000 eine Untersuchung gegen die Elektra Baselland. Ziel der Untersuchung ist die Prüfung, ob die Weigerung der Elektra Baselland, Strom der Watt über ihr Netz zwecks Versorgung der Mifa AG durchzuleiten, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 des Kartellgesetzes beziehungsweise ob das Abhängigmachen des Abschlusses eines Durchleitungsvertrages mit der Watt von der Annahme bestimmter Bedingungen einen solchen Missbrauch darstellt.

Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens stellte die Wettbewerbskommission am 12. September 2000 der Elektra Baselland, der Watt sowie der Migros einen Fragebogen zur Beantwortung zu. Am 13. November 2000 reichte die Elektra Baselland dazu summarische Antworten ein und bestritt gleichzeitig die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung

eines gegen sie gerichteten Untersuchungsverfahrens betreffend Verweigerung der Durchleitung. Als Begründung führte sie unter anderem aus, die in Paragraph 12 des Energiegesetzes des Kantons Baselland erwähnte Gemeindekonzession statuiere nicht nur eine Versorgungspflicht sondern verleihe auch ein Versorgungsmonopol. Die kantonrechtlichen Bestimmungen und die erteilte kommunale Konzession würden vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes darstellen, weshalb die Elektra Baselland vor den Durchleitungsforderungen der Anzeiger geschützt und entsprechend die Wettbewerbskommission beziehungsweise deren Sekretariat nicht zur Einleitung der erwähnten Untersuchung zuständig sei. Gestützt auf diese Argumentation beantragte die Elektra Baselland die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden mittels selbstständig anfechtbarer Zwischenverfügung zu prüfen, und das Untersuchungsverfahren bis zu rechtskräftiger Entscheidung über die Zuständigkeit zu sistieren. Vor Erlass der Zwischenverfügung sei der Elektra Baselland im Rahmen des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zu gewähren, sich vernehmen zu lassen. Schliesslich behalte sie sich bei rechtskräftiger Bejahung der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden vor, die Antworten zum Fragebogen vom 12. September 2000 zu ergänzen und weitere Dokumente einzureichen.

Am 7. Mai 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Zwischenverfügung mit folgendem Dispositiv:

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. [Verfahrenskosten]
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [...]

Zur Begründung wurde unter anderem festgehalten, der Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung rechtfertige sich, da die Frage, ob Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ausschliesse, bis heute nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Überdies sei das fragliche Untersuchungsverfahren bis heute noch nicht weit fortgeschritten und die Beantwor-

tion der Fragen durch die Elektra Baselland mit erheblichen Kosten verbunden. Es sprächen somit überwiegend prozessökonomische Gründe sowohl für den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung als auch für die Sistierung des Untersuchungsverfahrens. Da die Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission einzig auf Begehren der Elektra Baselland hin erlassen worden sei, erübrige es sich, der Elektra Baselland das rechtliche Gehör vor Erlass der Zwischenverfügung zu gewähren. Einer Partei, die den Erlass einer Zwischenverfügung begehre, sei zuzumuten, die Anträge und deren Begründung bereits im Gesuch abschliessend darzulegen. Was die Qualifikation von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes angehe, lasse sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen, ob damit der Geltungsbereich oder die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes beschränkt werden solle. Der Gehalt ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte. Aus der Botschaft zum Kartellgesetz gehe Sinn und Zweck dieser Bestimmung klar hervor. Sie verpflichte die Wettbewerbsbehörden jeweils genau abzuklären, wie weit ein wirtschaftlicher Teilbereich durch eine staatliche Markt- und Preisordnung beziehungsweise durch die Gewährung besonderer Rechte der Anwendung des Kartellgesetzes tatsächlich entzogen worden sei. Liege keine wettbewerbsrechtliche Sonderstellung vor, sei das Kartellgesetz uneingeschränkt und damit selbst mit Bezug auf öffentliche Aufgabenerfüllungen anwendbar. Eine solche Prüfung könne somit nicht im Rahmen des Geltungsbereiches des Kartellgesetzes beziehungsweise bei der Prüfung der Zuständigkeit erfolgen, da oft umfangreiche Abklärungen notwendig seien, die nur im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens erfolgen könnten. Somit handle es sich bei der fraglichen Bestimmung nicht um eine Beschränkung des Geltungsbereichs sondern um eine Beschränkung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes. Aber selbst bei Annahme von vorbehaltenen Vorschriften sei die Arbeit der Wettbewerbsbehörden nicht in jedem Fall beendet, zumal ihr die Möglichkeit offen stehe, Empfehlungen abzugeben. Im Bereich der Elektrizitätswirtschaft sei im Übrigen auch keine andere Behörde ersichtlich, die sich mit Wettbewerbsproblemen beschäftigen könne.

B. Gegen diese Verfügung erhob die Elektra Baselland (Beschwerdeführerin), vertreten durch [...], am 18. Mai 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Anträgen:

1. In Aufhebung von Ziffer 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 7. Mai 2001 sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin nicht zuständig ist;
 2. Die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs der Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 seien aufzuheben;
-

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

Bezüglich der Ablehnung des Antrags auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Zwischenverfügung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Behauptung der Wettbewerbskommission, wonach die angefochtene Verfügung keine rechtserheblichen Sachverhaltsfeststellungen enthalte, sei unzutreffend. Ohnehin sei eine Anhörung der Beschwerdeführerin nach den massgebenden Bestimmungen des Kartellgesetzes geboten gewesen. So sehe das Kartellgesetz die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten vor, schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können und unmittelbar vor der entscheidfindenden Behörde angehört zu werden. Da dies nicht geschehen sei, sei die angefochtene Verfügung rechtsfehlerhaft und müsse aufgehoben werden. Daran würden weder die Befürchtungen bezüglich der Verfahrensdauer noch der Umstand, wonach die Zuständigkeit weder von der Watt noch von der Migros bestritten worden sei, etwas ändern.

Hinsichtlich des Vorbehalts von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Abgrenzung im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit vorzunehmen sei. Diese Vorbehaltsvorschrift erfülle eine Triage-Funktion. Sofern kein Vorbehalt zur Anwendung komme, habe die Wettbewerbskommission die volle Untersuchungskompetenz gemäss dem zweiten Abschnitt des Kartellgesetzes. Finde hingegen der Vorbehalt Anwendung, beschränke sich die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission auf die Instrumente des fünften Abschnitts des Kartellgesetzes. In diesen Fällen sei die Wettbewerbskommission nicht mehr zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens zuständig, sondern könne allenfalls noch von ihrem Empfehlungsrecht Gebrauch machen. Die Ansicht der Wettbewerbskommission, wonach die erwähnten Anwendungseinschränkungen erst im Rahmen der materiellen Prüfung eines unternehmerischen Verhaltens zum Tragen kämen, decke sich nicht mit der eigenen Praxis, widerspreche der Systematik des Gesetzes und sei verfahrensökonomisch nicht sinnvoll. Der Verfassungs- und Gesetzgeber des Kantons Basel-Stadt habe die Energieversorgung nicht den Marktkräften überlassen wollen. Gemäss kantonalem Energiegesetz sei sowohl die Erstellung als auch der Betrieb eines Leitungsnetzes einer Konzessionspflicht unterstellt. Zuständig für die Erteilung der Konzession sei die jeweils betroffene Gemeinde. Die Einwohnergemeinde Frenkendorf, auf deren Gemeindegebiet die fragliche Produktionsstätte der Migros-Tochtergesellschaft MIFA liege, habe mit der Beschwerdeführerin am 7. Juli 1989 einen entsprechenden Konzessionsvertrag abgeschlossen. Damit sei der Beschwerdeführerin ein Energieverteilungsmonopol übertragen worden, welches unter den Vorbehalt von Artikel 3 des Kartellgesetzes falle. Das Nutzungsmonopol sei als Gegenleistung für die im Interesse des Gemeinwohls (Versorgungssicherheit und sicherer Netzbetrieb) getätigten Investitionen zu sehen. Der Vorbehalt von Ar-

tikel 3 Absatz 1 Buchstabe b wolle verhindern, dass andere im Sinne eines "Rosinenpickens" an der konzessionierten Tätigkeit teilweise partizipieren könnten. Anders würde es sich höchstens verhalten, wenn der Konzessionsnehmer seine über die Konzessionierung erlangte Rechtsstellung missbräuchlich ausnutze. Dies werde jedoch im vorliegenden Verfahren von keiner Seite geltend gemacht.

Im Weiteren sei Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung (Frist für die Beantwortung des Fragebogens), sofern überhaupt eine Verpflichtung zur Beantwortung bestehe, aufzuheben, da die Beschwerdeführerin allein von den Ressourcen her nicht in der Lage sei, die Fragen innerhalb der von der Wettbewerbskommission gesetzten Frist zu beantworten.

Schliesslich habe keine Veranlassung bestanden, der Beschwerdeführerin bereits in der Zwischenverfügung Kosten aufzuerlegen.

C. Mit Vernehmlassung vom 16. August 2001 beantragt die Wettbewerbskommission, die Beschwerde der Elektra Baselland sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Die Wettbewerbskommission macht unter anderem geltend, dass der Gehalt des rechtlichen Gehörs nach Kartellgesetz grundsätzlich nicht vom Gehalt des allgemeinen Gehörsanspruches nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren abweiche. Das Kartellgesetz sehe zudem erst nach Abschluss einer Untersuchung, wenn der Entscheid durch die Wettbewerbskommission in der Sache selbst bevorstehe, einen Gehörsanspruch vor. Die angefochtene Verfügung sei eine Zwischenverfügung und befasse sich mit der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission. Ob das rechtliche Gehör vor Erlass einer Zwischenverfügung hätte gewahrt werden müssen, sei nach den allgemeinen Bestimmungen des VwVG zu prüfen, da im Kartellgesetz diesbezüglich keine abweichenden Bestimmungen enthalten seien. Der in Artikel 29 VwVG ausdrücklich verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör beschlage nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht jedoch die Würdigung desselben. So stelle beispielsweise die Prüfung, ob die Beschwerdeführerin ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstelle und entsprechende Marktmacht ausübe, eine rechtliche Würdigung dar. Die Beschwerdeführerin zeige zudem nicht auf, welcher Aspekt des Gehörsanspruches ihr verweigert worden sei. Es sei festzustellen, dass sich die Beschwerdeführerin vor Erlass der Zwischenverfügung zur Sache habe äussern können, da die Frage der Zuständigkeit auf ihren Antrag hin überprüft worden sei. Zu diesem Thema seien überdies auch keine Stellungnahmen der Gegenparteien eingeholt worden, da aus der Tatsache, dass diese ein Untersuchungsverfahren gegen die Elektra Baselland angestrengt hätten, geschlossen worden sei, weder Watt noch Migros würden die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bestreiten. Hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission sei es unerheblich, ob das zu

untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerin tatsächlich in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes falle. Es könne nicht verlangt werden, dass die Behörde bereits bei der Frage der Zuständigkeit sämtliche Sachverhaltselemente beweise, die für den Geltungsbereich des Kartellgesetzes massgebend seien. Dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein Unternehmen mit massgeblichem Einfluss handle, sei dieser nicht nur bekannt gewesen, sondern von ihr in diversen Eingaben selbst vorgebracht worden. Da die Frage, ob Artikel 3 Absatz 1 KG die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission beschränke, bis anhin noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei, könne der Rechtsgrund als unüblich bezeichnet werden. Auch in diesem Zusammenhang gelte es zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin diese Rechtsfrage mit ihrem Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung aufgeworfen habe. Es sei Teil der rechtlichen Würdigung, dass die Wettbewerbskommission einen Zusammenhang zwischen Zuständigkeit und Artikel 3 Absatz 1 KG verneint habe.

Die Wettbewerbskommission führt weiter aus, sie sei auch dann befugt, eine Untersuchung zu eröffnen, wenn die Zuständigkeit von einem oder mehreren Verfahrensbeteiligten bestritten werde. So genüge für die Bejahung der Zuständigkeit bereits, wenn Grund zur Annahme bestehe, dass das fragliche Verhalten eines Unternehmens in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen könne. Erst im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung müsse die Wettbewerbskommission beweisen, dass die Tatbestandselemente der relevanten Bestimmungen des Kartellgesetzes erfüllt seien. Der Gehalt von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes sei im Weiteren umfassender, als die Beschwerdeführerin darlege. So sei der Nachweis des Vorliegens vorbehaltener Vorschriften im Sinne der erwähnten Bestimmung oft nur mit umfangreichen Abklärungen zu erbringen. Entsprechend könne diese Frage nicht im Rahmen der Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung und damit als Eintretensfrage beantwortet werden, sondern stelle eine materiellrechtliche Frage dar, die es erst zu prüfen gelte, wenn die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bejaht worden sei. Die Beschwerdeführerin werfe der Wettbewerbskommission vor, die Aussage, wonach die Anwendungseinschränkungen aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 KG erst im Rahmen der materiellen Prüfung eines unternehmerischen Verhaltens zum Tragen kämen, decke sich nicht mit der Praxis bei der Anwendung von Artikel 5 und 7 KG. Diesbezüglich sei zu berücksichtigen, dass der Ablauf eines Untersuchungsverfahrens nicht mit der Struktur einer Verfügung gleichgesetzt werden könne. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission prüfe zudem nicht erst am Schluss des Untersuchungsverfahrens, ob vorbehaltene Vorschriften vorliegen würden. Die Prüfung erfolge vielmehr zusammen mit allen anderen wesentlichen Tatbestandselementen. Schliesslich lasse sich - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - auch aus der Systeme-

matik des Gesetzes nicht ableiten, die Wettbewerbskommission sei zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht zuständig.

Die Watt nahm, vertreten durch [...], am 13. September 2001 zur Beschwerde Stellung. Sie beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Bezüglich des abgewiesenen Antrags auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Zwischenverfügung führt die Watt aus, es liege keine Gehörsverletzung vor. Selbst wenn eine solche vorliegen sollte, könne sie vor der Beschwerdeinstanz geheilt werden, da die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Möglichkeit habe, sämtliche Argumente vorbringen zu können. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Wettbewerbskommission noch vor Eröffnung einer Vorabklärung untersuchen müsse, ob ein Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 Kartellgesetz vorliege, gehe fehl. Es seien für eine solche Prüfung oft umfangreiche Abklärungen notwendig, welche ausschliesslich im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens erfolgen könnten. So müsse beispielsweise eine Marktdefinition vorgenommen werden, bevor über die Anwendung von Artikel 3 des Kartellgesetzes entschieden werden könne. Die Definition des relevanten Marktes sei oft eine komplexe Angelegenheit, die umfangreiche Abklärungen im Rahmen des Untersuchungsverfahrens erfordern würden. Die Ausführungen der Wettbewerbskommission, wonach Artikel 3 des Kartellgesetzes die Anwendbarkeit und nicht den Geltungsbereich des Kartellgesetzes beschränke, überzeuge. Da die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes nicht im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung erfolge, könne darüber keine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung erlassen werden. Entsprechend sei die materielle Prüfung nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Materiell gelte es jedoch immerhin anzuführen, dass das kantonale Energiegesetz aufgrund dessen Zweckartikels eine Mehrzahl verschiedener Energieverteiler anstrebe. Entsprechend finde man im Energiegesetz keine Bestimmung, welche die Stromversorgung rechtsnormativ monopolisieren würde. Auch der Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Frenkendorf räume der Beschwerdeführerin keine rechtliche Monopolstellung ein. Es handle sich dabei vielmehr um einen Sondernutzungs-Konzessionsvertrag. Im Übrigen diene die Konzessionspflicht einzig der Wahrung der Interessen des Gemeinwesens.

Die Migros, vertreten durch [...], liess sich mit Eingabe vom 17. September 2001 zur Beschwerde vernehmen. Sie beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde; eventualiter sei, falls die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss komme, dass die angefochtene Zwischenverfügung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben werden müsse, die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission festzustellen. Bezüglich der von der Beschwerdeführerin beantragten Aufhebung der Zwischenverfügung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs bringt die Migros vor, dass in der Zwischenverfügung von der Wettbewerbskommission weder rechtserheb-

liche Sachverhaltsfeststellungen getroffen noch völlig unübliche und nicht voraussehbare Rechtsgründe angerufen worden seien. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Zwischenverfügung hätte zu keinen neuen Erkenntnissen geführt. Zudem weiche die verfahrensrechtliche Handhabung und Auslegung des Kartellgesetzes durch die Wettbewerbskommission nicht von deren Praxis ab. Betreffend Artikel 3 Absatz 1 KG führt die Migros aus, dass dieser Artikel nicht den Geltungsbereich des Kartellgesetzes betreffe, sondern dessen Anwendungsbereich. Im Bereich der Elektrizitätswirtschaft sei auf Bundesebene keine staatliche Markt- oder Preisordnung geschaffen oder Unternehmen mit besonderen Rechten ausgestattet worden. Auch die angerufenen kantonalen und kommunalen Bestimmungen seien nicht geeignet, die Anwendung des Kartellgesetzes auszuschliessen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei die vom Verfassungs- und Gesetzgeber angestrebte Versorgungssicherheit des Kantons Baselland durch konkurrierende Stromlieferungen über bestehende Leitungen nicht gefährdet. Ebenfalls nicht betroffen seien dadurch die Sicherheit der Netzbetriebung oder der Energieversorgung. Im Übrigen sei die Frist zur Beantwortung des Fragebogens von 30 Tagen angemessen.

D. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2001 beantragt die Beschwerdeführerin die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels.

Mit Replik vom 24. Januar 2002 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie führt unter anderem aus, der Anspruch auf rechtliches Gehör bestehe grundsätzlich in jedem Verfahren. Dies umso mehr, als es sich bei den Sachverhaltsfeststellungen der Wettbewerbskommission zum Teil um Vermutungen und nicht um ermittelte Tatsachen handle. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Entscheid der Wettbewerbskommission, die Frage des Vorbehalts nicht wie üblich unter den Eintretensvoraussetzungen zu prüfen, ein ungewöhnliches Vorgehen darstelle, zu dem eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin hätte eingeholt werden müssen. Bezüglich Zuständigkeit der Wettbewerbskommission habe das Bundesgericht unmissverständlich entschieden, dass es sich bei den im Rahmen von Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG stehenden Rechtsfragen um Zuständigkeitsfragen handle (vgl. BGE 127 II 42).

In ihrer Duplik vom 18. Februar 2002 hielt die Wettbewerbskommission an ihren Rechtsbegehren gemäss Vernehmlassung vom 16. August 2001 fest. Sie führt unter anderem an, sie habe nie behauptet, es bestehe in gewissen Verfahren generell kein Anspruch auf rechtliches Gehör. Obwohl sich die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission aus dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes ergebe, werde in diesem Zusammenhang nicht verlangt, dass die Behörde bereits bei der Frage der Zuständigkeit sämtliche Sachverhaltselemente beweise, die für den Geltungsbereich massgebend seien. Im Übrigen lasse sich die von der

Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

Die Migros liess sich mit Eingabe vom 28. Februar 2002 noch einmal vernehmen und hielt an den in der Vernehmlassung vom 17. September 2001 gestellten Anträgen fest. Sie macht dabei unter anderem geltend, die Zuständigkeitsordnung des Kartellgesetzes besage nur, ob die Wettbewerbskommission grundsätzlich befugt sei, einen Sachverhalt zu beurteilen und darüber zu entscheiden, nicht jedoch, welches Verfahren sie für die Prüfung des Sachverhaltes zu wählen habe. Im Weiteren sei der Verweis auf den zitierten Bundesgerichtsentscheid unbehelflich, da sich das Bundesgericht darin nicht explizit geäussert habe, wonach eine verfahrensmässige Trennung der Klärung des Geltungs- und des Anwendungsbereichs gesetzwidrig wäre. Da die kantonale Verfassungs- und Gesetzgebung sowie der kommunale Konzessionsvertrag die konkurrierende Lieferung von Strom über bereits bestehende Netze nicht ausschliesse, müsse im vorliegenden Fall das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen.

Die Watt hielt mit Duplik vom 22. März 2002 ebenfalls vollumfänglich an ihren in der Beschwerdeantwort vom 13. September 2001 formulierten Anträgen fest. In der Begründung wird unter anderem ausgeführt, die Beschwerdeführerin rüge die Verletzung des rechtlichen Gehörs in Bezug auf Sachverhaltsfeststellungen, welche diese gar nicht bestritten habe. Hinsichtlich des zitierten Bundesgerichtsentscheides könne nicht im Ernst behauptet werden, die von der Wettbewerbskommission vertretene Rechtsauffassung stehe im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsauffassung. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin habe die Wettbewerbskommission zudem nie die Auffassung vertreten, die Vorbehaltsbestimmung sei erst am Ende des Untersuchungsverfahrens zu prüfen. Je nach Sachverhalt könne dies durchaus zu Beginn des Untersuchungsverfahrens erfolgen.

E. Mit Schreiben vom 13. Juni 2002 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche Verhandlung vorgesehen sei.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 73).

1.1. Die angefochtene Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission beziehungsweise ihres Sekretariats zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens ist nach Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) in Verbindung mit Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 2) sowie den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 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) selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anfechtbar, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss auch in den in Artikel 45 Absatz 2 VwVG ausdrücklich genannten Fällen vorliegen (BGE 120 Ib 97 E. 1c; 116 Ib 344 E. 1c; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 511; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1238 ff.).

Nachfolgend bleibt deshalb zu klären, ob der Beschwerdeführerin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen könnte.

1.1.1. Das besondere Rechtsschutzinteresse zur sofortigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung liegt im Nachteil, der entstünde, wenn die Anfechtung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (vgl. GYGI, a.a.O., S. 142 f. mit Verweis auf Art. 45 Abs. 3 VwVG; vgl. auch: BGE 124 V 82 E. 4 mit weiteren Hinweisen auf die Praxis).

Der Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Als "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" anerkennt das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in seiner festen Rechtsprechung auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es einem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. BGE 125 II 613 E. 4a). Der Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c). Nach der Praxis des Bundesgerichtes können jedoch Prozessökonomie, Gründe der Zweckmässigkeit oder das wohlverstandene Interesse der Gegenpartei Ausnahmen vom Eintretensfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gebieten. Dies trifft namentlich auf Zwischenverfügungen gerichtsorganisatorischer Art zu, die ihrer Natur nach endgültig zu erledigen sind, bevor das Verfahren weitergeführt werden kann - im Wesentlichen solche über die (sachliche oder örtliche) Zuständigkeit und die Zusammensetzung der entscheidenden Behörde (BGE 126 I 207, 124 I 255 E. 1b mit Hinweisen; GYGI, a.a.O., S. 142).

1.1.2. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Einbindung ihres Unternehmens in ein Untersuchungsverfahren für sie mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Es sei folglich nicht zumutbar, bis kurz vor Abschluss des aufwändigen Untersuchungsverfahrens mit der rechtlich abschliessenden Beurteilung der Einrede der Unzuständigkeit der Wettbewerbskommission zuzuwarten.

Gemäss Wettbewerbskommission reicht allein das Argument des zu erwartenden erheblichen Verfahrensaufwands nicht aus, um den Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung zu begründen. Es sei vorliegend aber zu berücksichtigen, dass die Frage, ob Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ausschliesse, bis heute nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Da das fragliche Untersuchungsverfahren zudem noch nicht weit fortgeschritten und die Beantwortung der Fragen für die Beschwerdeführerin mit erheblichen Kosten verbunden sei, rechtfertige sich der Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung aus prozessökonomischen Gründen.

Dieser Auffassung der Wettbewerbskommission ist zuzustimmen. Im vorliegenden Verfahren - wo es um die Frage der sachlichen Zuständigkeit geht - sprechen gerade Gründe der Prozessökonomie für die sofortige Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung (vgl. hierzu GYGI, a.a.O., S. 142; BGE 126 I 207 mit Hinweisen, 112 Ib 417 E. 2c). Es würde verfahrensökonomisch wenig Sinn machen, das fragliche Untersuchungsverfahren, welches allenfalls mit umfangreichen Abklärungen bei den Unternehmen und Behörden verbunden ist, durchzuführen, um schliesslich festzustellen, dass Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ausschliesst. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführerin dadurch, dass sie trotz fehlender Zuständigkeit der Wettbewerbskommission in ein Untersuchungsverfahren eingebunden worden wäre, ein beträchtlicher wirtschaftlicher Nachteil hätte entstehen können, der nicht wieder gutzumachen wäre. Für den so entstandenen Schaden (Aufwand) könnte kaum Schadenersatz verlangt werden (BGE 125 II 613 E. 4, 108 II 228 E. 2b).

Im Übrigen hat der Gesetzgeber die vom Bundesgericht entwickelte Praxis nun in Artikel 87 Absatz 1 OG (SR 173.110; in Kraft seit 1. März 2000) kodifiziert. Demnach ist die staatsrechtliche Beschwerde gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über die Ausstandsbegehren zulässig. Diese Entscheide können später nicht mehr angefochten werden. Hingegen können andere selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide nur angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 87 Abs. 2 OG).

Demzufolge ist hier im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 VwVG ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der Anfechtbarkeit der strittigen Zwischenverfügung grundsätzlich zu bejahen.

1.2. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Die angefochtene Zwischenverfügung 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).

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

3. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da ihr das rechtliche Gehör verweigert worden sei.

Sie sieht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin, dass die Wettbewerbskommission ihren Antrag auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Zwischenverfügung betreffend Zuständigkeit abgelehnt und ihr kein Recht zur Stellungnahme eingeräumt hat.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 120 Ib 379 E. 3b). Diese Rüge ist daher vorab zu prüfen.

3.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Allgemeinheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (vgl. hierzu und zum Folgenden: LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung in: ZBl 1998 S. 97 ff., insb. S. 100 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit er-

heblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 122 I 53 E. 4a, 120 Ib 379 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen). Gesamthaft gesehen bezweckt das rechtliche Gehör demnach, "die Wahrheitsfindung durch gemeinsame Abklärung der Rechts-, Sach- und Interessenlage zu verbessern, den Betroffenen als Partner zu würdigen und die Chance der Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen" (KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 100). Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör beschlägt 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 Rechtsgrund abzustützen (BGE 126 I 19 E. 2c, 124 I 49 E. 3c, 116 V 182 E. 1a, 115 Ia 94 E. 1b mit Hinweisen, VPB 59 Nr. 53 E. 3b).

3.2. Im konkreten Fall konnte sich die Beschwerdeführerin umfassend äussern. Denn die hier angefochtene Zwischenverfügung über die Zuständigkeit ist auf ihren Antrag hin von der Wettbewerbskommission erlassen worden. Wie die Wettbewerbskommission zu Recht ausführt, bestand kein Grund, ihr vor Erlass der hier angefochtenen Verfügung nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Antrag auf Erlass der Zwischenverfügung selbst ausgeführt, dass sie ein Unternehmen sei, welches im Bereich der Energieversorgung tätig sei und welches in ihrem Versorgungsgebiet nicht nur eine Versorgungspflicht, sondern auch das Recht zur Energieverteilung habe. Wie die Wettbewerbskommission zu Recht festhält, enthält die angefochtene Verfügung keine rechtserheblichen tatsächlichen Feststellungen, zu denen sich die Beschwerdeführerin nicht äussern konnte. Die Prüfung, ob die Beschwerdeführerin ein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kartellgesetzes ist und überdies Marktmacht ausübt, stellt keine Sachverhaltsfeststellung, sondern eine rechtliche Würdigung dar. Geht es doch im Rahmen der Prüfung von Artikel 2 (Geltungsbereich) vorerst nur um die Vermutung, dass bezüglich eines Unternehmens Marktmacht vorliegen könnte. Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung muss hinsichtlich des Geltungsbereiches des Kartellgesetzes nicht erbracht werden (vgl. E. 4.2.2). Bezüglich rechtlicher Würdigungen hat die Beschwerdeführerin keinen verfassungsmässigen Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. E. 3.1).

3.3. Die Beschwerdeführerin rügt ausserdem, die Wettbewerbskommission habe - mit der Weigerung, sie vor dem Erlass der Verfügung anzuhören - Artikel 30 Kartellgesetz verletzt.

Artikel 30 KG (Entscheid) lautet wie folgt:

¹ Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

² Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen.

In der Botschaft wird hiezu Folgendes ausgeführt: "Kommt eine einvernehmliche Regelung zwischen den an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten innert nützlicher Frist nicht zu Stande oder erachtet das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine einvernehmliche Regelung aufgrund der Umstände des Falles als nicht sinnvoll, so stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Antrag zum Entscheid. Die Wettbewerbskommission entscheidet mittels Verfügung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und über die zu treffende Massnahme. In gleicher Weise entscheidet die Wettbewerbskommission auch über die Genehmigung einer vom Sekretariat mit den Beteiligten erzielten einvernehmlichen Regelung" (Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; BBl 1995 I 468, S. 604 f.; nachfolgend: Botschaft). Daraus ergibt sich, dass Artikel 30 ausschliesslich anwendbar ist auf Entscheide, die am Ende einer Untersuchung von der Wettbewerbskommission getroffen werden (vgl. BENOÎT CARRON in: *commentaire romand, Droit de la concurrence*, TERCIER/BOVET [éditeurs], Genf, Basel, München 2002, Rz. 15 zu Art. 30), und dass es sich bei den Entscheiden im Sinne von Artikel 30 KG demnach ausschliesslich um End- oder Schlussentscheide der Wettbewerbskommission handelt.

Bezüglich solcher Entscheide gewährt Artikel 30 Absatz 2 des Kartellgesetzes den Beteiligten in Berücksichtigung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör im Entscheidverfahren vor der Wettbewerbskommission das Recht, zum Antrag des Sekretariates schriftlich Stellung zu nehmen. Diese Bestimmung stellt eine Erweiterung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach VwVG dar (Botschaft, a.a.O., S. 605), indem sich die am Verfahren Beteiligten, welche sich bereits gegenüber dem Sekretariat äussern konnten, sich auch noch vor der für den Entscheid zuständigen Wettbewerbskommission zum Ergebnis des Untersuchungsverfahrens äussern können.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass im vorliegenden Verfahren keine Veranlassung bestand, vor Erlass der hier angefochtenen Zwischenverfügung der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu einer Stellungnahme einzuräumen, zumal sich dieses schriftliche Äusserungs-

recht vor der Wettbewerbskommission ausschliesslich auf Endentscheide bezieht.

3.4. Im Weiteren ist anzuführen, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden kann, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 124 V 180 E. 4a mit Hinweisen, 122 II 274 E. 6). Die Beschwerdeführerin konnte sich im Beschwerdeverfahren (Beschwerde und Replik) umfassend äussern; der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen steht gestützt auf Artikel 49 VwVG in tatbeständlicher und rechtlicher Hinsicht uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zu (ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 91), weshalb eine allfällige Gehörsverletzung geheilt worden wäre.

4. Die Beschwerdeführerin macht in materieller Hinsicht geltend, die Wettbewerbskommission sei, wenn die Vorbehalte von Artikel 3 Absatz 1 KG zur Anwendung kämen, sachlich nicht mehr zuständig, ein Untersuchungsverfahren einzuleiten, sondern könne allenfalls noch von ihrem Empfehlungsrecht (Art. 45 KG) Gebrauch machen.

Die Wettbewerbskommission hält demgegenüber dafür, die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission sei eine Sachentscheidungsvoraussetzung, die zu Beginn eines Verfahrens geprüft werden müsse. Die Wettbewerbskommission sei zur Beurteilung einer Sache zuständig, wenn Grund zur Annahme bestehe, dass Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Artikel 2 Absatz 1 des Kartellgesetzes vorlägen. Demgegenüber stelle die Frage eines Vorbehalts nach Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes eine materiellrechtliche Frage dar, die nach Eröffnung des Untersuchungsverfahrens und nicht im Rahmen der Eintretensfragen zu behandeln sei. Dieser Artikel schränke somit nicht die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ein. Der Auffassung der Wettbewerbskommission, dass Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes nicht den Geltungsbereich, sondern dessen Anwendungsbereich betrifft, schliessen sich auch die Migros und die Watt an.

4.1. Die Zuständigkeit bestimmt den besonderen Aufgabenbereich eines jeden Rechtspflegeorgans. Aus der Zuständigkeit ergibt sich, womit sich eine Behörde zu befassen hat und womit nicht (Unzuständigkeit). Somit ergibt sich für die Rechtspflege, dass die Zuständigkeitsordnung den Kreis der Streitsachen beschreibt, die einem bestimmten Rechtspflegeorgan zur Behandlung und Entscheidung gesetzlich zugewiesen und aufgetragen sind (GYGI, a.a.O., S. 76). Unterschieden wird dabei zwischen der sachlichen, örtlichen und funktionalen Zuständigkeit. Umstritten ist im vorliegenden Fall einzig die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission beziehungsweise ihres Sekretariats.

4.2. Als Prozessvoraussetzung hat die Wettbewerbskommission beziehungsweise das Sekretariat die Zuständigkeit in sachlicher, örtlicher und funktioneller Hinsicht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Erachtet sich die Behörde als unzuständig, überweist sie die Sache der zuständigen Behörde. Bei zweifelhafter Zuständigkeit ist ein Meinungs austausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt, durchzuführen (Art. 8 VwVG).

Die sachliche Zuständigkeitsordnung teilt die Streitsachen nach ihrer Rechtsnatur unter den Rechtspflegeinstanzen gleicher Stufe auf. Dabei gibt im erstinstanzlichen Verfahren in der Regel das materielle Recht darüber Auskunft, welche Behörde zu verfügen hat (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 84). Für die Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit ist im vorliegenden Fall somit das Kartellgesetz als materiell massgebendes Recht heranzuziehen.

4.2.1. Von der Systematik her gesehen werden im ersten Kapitel des Kartellgesetzes die allgemeinen Bestimmungen aufgeführt. So werden darin der Zweck (Art. 1 KG), der Geltungsbereich (Art. 2 KG) und das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) umschrieben sowie die zentralen Begriffe des Gesetzes (Art. 4 KG) definiert. Die allgemeinen Bestimmungen beziehen sich auf sämtliche Vorschriften des Gesetzes.

Im 1. Kapitel des Kartellgesetzes wird insbesondere ausgeführt, ob das Kartellgesetz auf einen bestimmten konkreten Sachverhalt anwendbar ist (Geltungsbereich; Art. 2 KG) und ob vorbehaltene Vorschriften die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen (Art. 3 Abs. 1 KG). Schliesslich werden in Artikel 4 KG die in Artikel 2 Absatz 1 verwendeten Begriffe näher definiert, weshalb die beiden Artikel in engem Zusammenhang zu sehen sind (BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 [nachfolgend: Kommentar KG], Art. 4 Rz. 19).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ausgangslage für die Bestimmung des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes ist der Unternehmensbegriff. Erfasst werden dabei unternehmerische Handlungen, die sich auf das Verhalten am Markt und auf die Art des Marktauftritts beziehen (JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 1). Vom Gesetz werden somit sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit erfasst, soweit sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Diese erfolgt erst bei der Anwendung der für das Zivil- und Verwal-

tungsrecht massgebenden materiellrechtlichen Bestimmungen (Botschaft, a.a.O., S. 533, Ziff. 222).

4.2.2. In Artikel 2 KG werden insbesondere der persönliche und der sachliche Geltungsbereich geregelt.

a) Gemäss dem persönlichen Geltungsbereich gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Dass es sich bei der Elektra Baselland um eine privatrechtliche Genossenschaft und um ein Unternehmen handelt, welches im Bereich der Energieerzeugung und -versorgung tätig ist, lässt sich ohne weiteres aus den vorhandenen Akten entnehmen und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Es ist zu erwähnen, dass ein Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 KG den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes nicht einschränkt (PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *commentaire romand*, a.a.O., Art. 2, Rz. 31).

b) Das Kartellgesetz hat Geltung für Unternehmen, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (sachlicher Geltungsbereich; Art. 2 Abs. 1 KG). Das Kartellgesetz definiert den Begriff "Marktmacht" nicht ausdrücklich. In Artikel 4 Absatz 2 KG wird umschrieben, was "marktbeherrschende Unternehmen" sind. Als solche 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". Der Begriff des "marktbeherrschenden Unternehmens" wird ebenfalls in Artikel 7 KG verwendet. Von der Terminologie her gesehen, handelt es sich bei der Marktbeherrschung um eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht (Botschaft, a.a.O., S. 548). Mit anderen Worten ist der sachliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes bereits gegeben, wenn bezüglich eines Unternehmens Anzeichen von Marktmacht vorliegen. Das hat zur Folge, dass die Wettbewerbsbehörden bereits dann die vom Kartellgesetz vorgesehenen Untersuchungsinstrumente einsetzen können, wenn bezüglich eines Unternehmens Anzeichen von Marktmacht vorliegen. Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung muss hinsichtlich des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes nicht erbracht werden (BORER, a.a.O., S. 98 ff.).

Für die Beantwortung der Frage, ob Anzeichen von Marktmacht vorliegen, muss der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden. Der sachliche Markt umfasst dabei alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumliche Markt seinerseits umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4).

Hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs hielt die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung vom 7. Mai 2002 fest, im Bereich der Verteilung von Elektrizität handle es sich bei den Verteilunternehmen grundsätzlich um natürliche Monopole. In der Regel sei dabei in jedem Versorgungsgebiet nur je ein Unternehmen tätig. Es sei folglich die Vermutung zulässig, dass auch die Beschwerdeführerin in ihrem geografischen Versorgungsgebiet über einen zumindest massgeblichen Einfluss beziehungsweise über die in Artikel 2 Absatz 1 KG geforderte Marktmacht verfüge. Dies werde von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten.

Dieser Auffassung der Wettbewerbskommission kann gefolgt werden. Denn aus dem Konzessionsvertrag zwischen der Einwohnergemeinde Frenkendorf, auf deren Gemeindegebiet die Betriebsstätte MIFA der Migros steht, lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführerin eine Konzession zur Erstellung und zum Betrieb von Leitungsnetzen für die Verteilung elektrischer Energie im Gemeindebann bis zum 31. Dezember 2007 erteilt wurde. Wie die Beschwerdeführerin mit Schreiben an die Wettbewerbskommission vom 5. April 2000 festhält, sei es gestützt aus dem Konzessionsvertrag zudem ausschliesslich Sache der Beschwerdeführerin, Stromkunden in der Gemeinde Frenkendorf mit Energie zu versorgen. Es sei ebenso der Beschwerdeführerin vorbehalten, über die Art der Stromlieferung im von der Konzession abgesteckten Versorgungsgebiet zu entscheiden. Somit sind Anzeichen, dass die Beschwerdeführerin zumindest im aufgezeigten Gebiet über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG verfügt, ohne weiteres aus den Akten ersichtlich.

Somit fällt die Beschwerdeführerin, welche als privatrechtliche Genossenschaft Marktmacht ausübt, grundsätzlich in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Dies sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung des unternehmerischen Verhaltens aus.

4.3. Die Beschwerdeführerin bringt nun vor, die Abgrenzung der vorbehaltenen Vorschriften von Artikel 3 Absatz 1 KG sei im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit vorzunehmen. Die Wettbewerbskommission, die Migros und die Watt halten hingegen dafür, die erwähnte Bestimmung beschlage nicht den Geltungsbereich sondern den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

Vorbehalten sind gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a); oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

4.3.1 Um den Sinn dieser Vorschrift besser verstehen zu können, ist von der Entstehungsgeschichte auszugehen. Mit der Totalrevision des Kartellgesetzes im Jahre 1995 wurde die Förderung des Wettbewerbs

mit der Einfügung des Zweckartikels (Art. 1 KG) gesetzlich verankert. Es sollte damit die Bedeutung des Wettbewerbs im Rahmen einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung unterstrichen werden (BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar KG, Vorb. Art. 1-4; vgl. PIERRE TERCIER, in: commentaire romand, Introduction générale, Rz. 183, und JOSEPH DEISS, in: commentaire romand, Aspects économiques, Rz. 41; OLIVIER PIAGET, La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse, Basel 2001, S. 139). Grundsätzlich werden dabei sämtliche unternehmerischen Tätigkeiten vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Mit der Revision des Kartellgesetzes sollte nicht einseitig ein verschärftes Wettbewerbsumfeld für private Unternehmen geschaffen werden, sondern Ziel war auch, die Interventionen des Staates in die Wirtschaftstätigkeit an wettbewerbsrechtlich orientierten Massstäben messen zu können (BORER, a.a.O., S. 112). In der Botschaft zum Kartellgesetz wird denn auch ausgeführt, dass das Verhalten der Unternehmen - auch dasjenige von Unternehmen, welche mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind - an den konkreten Verhaltensnormen zu messen sind. Die Wettbewerbsbehörde muss sich dabei im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht nur mehr auf Empfehlungen beschränken, sondern kann auch Verfügungen erlassen (Botschaft, a.a.O., S. 537). Dem Wettbewerbsprinzip soll auch im Falle von Interventionen des Staates so weit als möglich zum Durchbruch verholfen werden. Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden (BORER, a.a.O., S. 112 f.).

Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen (vgl. BENOÎT CARRON, in: commentaire romand, Art. 3 al. 1, Rz. 35). Nur dort, wo es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten, darf eine staatliche Markt- oder Preisordnung oder die Verleihung besonderer Rechte angenommen werden (Botschaft, a.a.O., S. 539). Die Eingriffe erfolgen durch den verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber und finden in Bereichen statt, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (Botschaft, a.a.O., S. 537). Wo ein solches Marktversagen anzunehmen ist, bestimmt der angerufene Gesetzgeber. Die Prognose des Marktversagens ist ein wirtschaftspolitischer Entscheid, weshalb es nicht Aufgabe der Kartellbehörde ist, zu prüfen, ob wissenschaftlich von einem Marktversagen gesprochen werden kann. Die Rolle der Wettbewerbsbehörden beschränkt sich hier vielmehr auf den Nachweis, dass der Gesetzgeber tatsächlich von einem Marktversagen ausgegangen ist und den Wettbewerb im fraglichen Bereich bewusst ausschalten wollte (SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 3 Rz. 13 f.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 126).

Damit die Wettbewerbsbehörden überhaupt prüfen können, ob in einem bestimmten Markt der Wettbewerb aufgrund einer staatlichen Regulierung ausgeschlossen wurde, muss es ihnen freistehen, innerhalb des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes Untersuchungshandlungen vornehmen zu können. So müssen verschiedene Fragen geklärt werden, bevor über die Anwendbarkeit der Vorbehaltsbestimmungen von Artikel 3 Absatz 1 KG entschieden werden kann. So ist beispielsweise in einem ersten Schritt zu prüfen, um was für ein Unternehmen es sich handelt. Da allfällige Vorschriften nur vorbehalten sind, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, ist weiter der zeitlich, sachlich und räumlich relevante Markt zu bestimmen. Nur wenn dies geschehen ist, kann festgestellt werden, ob bezüglich dieses Marktes eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet wurde (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder ein einzelnes Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet wurde (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Schliesslich ist auch das Bestehen allfällig vorbehaltenen Vorschriften an sich sowie die Absicht des Gesetzgebers zu prüfen, ob er im fraglichen Bereich tatsächlich Wettbewerb nicht zulassen wollte.

Bereits die Bestimmung des relevanten Marktes ist eine komplexe Frage, für deren Beantwortung oft umfangreiche Abklärungen notwendig sind. Dass solche Abklärungen vorteilhaft im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens (Art. 26 ff. KG) durchzuführen sind, liegt auf der Hand. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass die Vorbehaltsfrage in jedem Fall erst nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens geklärt werden muss. Ein solches Verhalten könnte, wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde zu Recht einwendet, verfahrenswirtschaftlich wenig Sinn machen. Die Prüfung des Vorbehalts wird im zeitlichen Ablauf des Untersuchungsverfahrens so rasch als möglich, je nach Sachverhalt durchaus bereits zu Beginn desselben, zu klären sein. Dieser Auffassung ist auch die Wettbewerbskommission, welche in ihrer Vernehmlassung vom 16. August 2001 ausführt, die Prüfung vorbehaltenen Vorschriften erfolge zusammen mit allen anderen wesentlichen Tatbestandselementen, gerade weil diese Frage nicht unabhängig von anderen wesentlichen Punkten, wie die Marktabgrenzung, untersucht werden könne.

4.3.2. Auch hinsichtlich der Gesetzssystematik kann nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden. Das Kartellgesetz umschreibt den Geltungsbereich in Artikel 2. Sodann werden in Artikel 3 KG die vorbehaltenen Vorschriften aufgeführt. Es ist deshalb systematisch nicht zu beanstanden, wenn die Wettbewerbsbehörden in einem ersten Schritt klären, ob ein Sachverhalt in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt, und falls ja, in einem zweiten Schritt prüfen, ob dieses im konkreten Fall auch angewendet werden darf beziehungsweise ob vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegen.

4.3.3. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Aussage der Wettbewerbskommission, dass die Anwendungseinschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG erst im Rahmen der materiellen Prüfung eines unternehmerischen Verhaltens zum Tragen käme, decke sich nicht mit ihrer Praxis bei der Anwendung von Artikel 5 und 7 KG. Das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften werde jeweils in einem separaten Abschnitt vor der Prüfung der materiellen Kriterien geprüft.

Hierzu kann mit der Wettbewerbskommission festgehalten werden, dass der Ablauf eines Untersuchungsverfahrens nicht mit dem Aufbau einer Verfügung gleichgesetzt werden kann. Die Prüfung vorbehaltener Vorschriften hat zusammen mit anderen wesentlichen Tatbestandselementen zu erfolgen. Dies hat die Wettbewerbskommission beziehungsweise deren Sekretariat im vorliegenden Fall auch so gehandhabt, indem sie der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. September 2000 ein Fragebogenen zwecks Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu diversen Tatbestandselementen zukommen liess.

4.3.4. In ihrer Replik vom 24. Januar 2002 bringt die Beschwerdeführerin vor, das Bundesgericht habe in BGE 127 II 32 unmissverständlich entschieden, dass es sich bei den in Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG stellenden Rechtsfragen um Zuständigkeitsfragen handle. Die Nichtbeachtung dieser Zuständigkeitsvorschriften habe dazu geführt, dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid wegen sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit gestützt auf Artikel 2 und 3 KG als nichtig erklärt habe.

Der von der Beschwerdeführerin behauptete Gehalt kann dem zitierten Bundesgerichtsurteil nicht entnommen werden. Das Bundesgericht trat vielmehr auf die Beschwerde der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt nicht ein, weil diese als Bundesamt des Eidgenössischen Departements des Innern, nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügte (BGE 127 II 32 E. 2b). Mangels Rechtspersönlichkeit und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zuständigkeitserklärung könne ein Bundesamt nicht Adressat einer Verfügung der Wettbewerbskommission sein (BGE 127 II 32 E. 3e). Das Bundesgericht hat somit die Frage nicht beantwortet, in welchem Verfahrensstadium das Vorhandensein eines allfälligen Vorbehalts nach Artikel 3 Absatz 1 KG abgeklärt werden muss.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Artikel 3 Absatz 1 KG nicht den Geltungsbereich des Kartellgesetzes betrifft sondern dessen Anwendungsbereich einschränkt (vgl. hierzu auch RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 163). Entsprechend sind die Wettbewerbsbehörden für die Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens zuständig, wenn es die Frage zu klären gilt, ob ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegt. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind die Wett-

bewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen die Elektra Baselland zuständig.

4.5. Ob die von der Beschwerdeführerin angerufenen kantonalrechtlichen Bestimmungen sowie der mit der Gemeinde Frenkendorf abgeschlossene "Konzessionsvertrag" tatsächlich einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen, ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Diese Frage ist vielmehr im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen. Auf die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerin ist somit hier nicht näher einzugehen.

5. Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung. Die gewährte Frist von 30 Tagen für die Beantwortung des Fragebogens vom 12. September 2000 ab Eintritt der Rechtskraft des Entscheids über die Zuständigkeit sei rechtsfehlerhaft, da der Ausgang des vorliegenden Verfahrens noch offen sei. Im Weiteren sei die Beschwerdeführerin von den Ressourcen her nicht in der Lage, die im Fragebogen verlangten weit reichenden Informationen innert der gewährten Frist zu liefern.

Bei der hier zu beurteilenden Frist handelt es sich um eine behördlich angesetzte Frist. Diese kann - im Gegensatz zu einer gesetzlichen Frist - aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Art. 22 VwVG). Der fristgewährenden Instanz wird mit dem Hinweis auf die zu beachtende Angemessenheit der Fristsetzung ein Handlungsspielraum eingeräumt, der es ihr ermöglicht - und sie gleichzeitig auch dazu verpflichtet -, den Umständen des Einzelfalles gebührend Rechnung zu tragen (unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 27. November 1995 i.S. S. [95/8D-002 E. 3.2.1]).

Es bleibt folglich zu prüfen, ob die der Beschwerdeführerin eingeräumte Frist unter den besonderen Umständen des Einzelfalles angemessen ist.

Im Hinblick auf das zu verwirklichende materielle Recht kommt dem Verfahrensrecht indessen vorab dienende Funktion zu (BGE 126 V 143 E. 2b). Wendet daher eine Behörde eine Verfahrensvorschrift in einer Weise an, welche durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist und welche die Anwendung des materiellen Rechts unnötig kompliziert oder gar verhindert, verstösst eine solche, überspitzt formalistische (und daher unhaltbare) Rechtsanwendung gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot und verdient keinen Rechtsschutz (vgl. Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101; sowie: BGE 119 Ia 4 E. 2a; 118 V 311 E. 4; GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1995, Rz. 96 mit Hinweisen; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER,

Droit constitutionnel suisse, vol. II - les droits fondamentaux, Bern 2000, n. 1272 ff., S. 605 f.). Die Anforderungen des Willkürverbotes beschlagen auch die Rechtsanwendung und sind insbesondere auch bei der rechtlichen Überprüfung behördlicher Ermessensausübung zu beachten (vgl. GYGI, a. a. O., S. 314 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ab dem Tag der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids 30 Tage Zeit, den Fragebogen vom 12. September 2000 zu beantworten. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin den Fragebogen nicht beantworten müsste, wenn bei einem allfälligen Weiterzug des vorliegenden Verfahrens ans Bundesgericht dieses zum Schluss gelangen sollte, die Wettbewerbskommission sei zur Einleitung und Durchführung des Untersuchungsverfahrens nicht zuständig.

Es gilt vorliegend aber zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 13. November 2000 die gestellten Fragen nach gewährter Fristverlängerung bereits summarisch beantwortet hat. Auch angesichts der bisherigen Verfahrensdauer erscheint die Fristansetzung von 30 Tagen ab Rechtskraft der hier zu beurteilenden Zwischenverfügung als nicht zu knapp bemessen und somit als angemessen. Deshalb ist der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin, Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, abzuweisen. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Wettbewerbskommission nicht auf entsprechendes Gesuch hin eine Fristerstreckung im Rahmen von Artikel 22 Absatz 2 VwVG gewähren könnte. Dies liegt im Ermessen der Wettbewerbskommission.

6. Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich noch die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung. Die darin vorgenommene Kostenaufgabe zulasten der Beschwerdeführerin widerspreche nicht nur der Praxis der Wettbewerbskommission sondern auch der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Praxis, wonach die Kostenfrage mit dem Entscheid in der Hauptsache zu prüfen sei. Auch im Falle der Einstellung des Verfahrens sei zu erwarten, dass die Wettbewerbskommission in der Endverfügung in jedem Fall die Kostenpflicht bejahen werde. Es bestehe somit keine Veranlassung, bereits im Verfahren der Zwischenverfügung über die Kosten zu entscheiden.

Die Wettbewerbskommission räumt hierzu ein, es sei im Spezialfall der vorbehaltenen Vorschriften denkbar, dass die Beschwerdeführerin bei Einstellung des Untersuchungsverfahrens nicht kostenpflichtig werde. Das vorliegend zu beurteilende Verfahren sei hingegen auf Begehren der Beschwerdeführerin eingeleitet und somit verursacht worden. Es rechtfertige sich folglich, die Kosten dieses Verfahrens auszuscheiden und der Beschwerdeführerin als Verursacherin aufzuerlegen. Sowohl Migros als auch Watt teilen diese Auffassung in ihren Beschwerdeantworten.

Gemäss Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2; Art. 2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht. Im vorliegenden Fall wäre die Beschwerdeführerin somit ohne weiteres kostenpflichtig, da sie in ihrem Schreiben vom 13. November 2000 bei der Wettbewerbskommission den Antrag auf Erlass der nun angefochtenen Zwischenverfügung betreffend die Zuständigkeit gestellt und das vorliegende Verfahren verursacht hat. Nicht von der Hand zu weisen ist hingegen der Einwand der Beschwerdeführerin, dass über die Kosten einer Zwischenverfügung in der Regel im Entscheid über die Hauptsache zu befinden ist (so: ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich - VRG, 2. A., Zürich 1999, N 29 zu § 13; ATTILIO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 302). Dies ergibt auch Sinn, denn einerseits ist der Ausgang in der Hauptsache zum Zeitpunkt, wo eine Zwischenverfügung zu treffen ist, oft noch nicht absehbar. Andererseits kann mittels Zwischenverfügung nicht nur ein entsprechendes Gesuch einer Partei gutgeheissen oder abgewiesen werden; sondern die Beschwerdeinstanz kann auch von Amtes wegen gewisse Vorkehrungen (zum Beispiel Erlass vorsorglicher Massnahmen, Art. 56 VwVG) treffen. Da die unterliegende Partei, welcher in der Regel die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 VwVG), erst im Entscheid in der Hauptsache bekannt ist, sind die Kosten für die Zwischenverfügung sinnvollerweise im Hauptentscheid zu prüfen.

Im vorliegenden Fall gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin dieses Verfahren klar verursacht hat, indem sie den Antrag auf eine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung betreffend die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission gestellt hat. Im Weiteren hat auch der Ausgang in der Hauptsache keinen Einfluss auf die Kostenregelung dieses ("selbstständigen") Verfahrens. Es stellt sich somit einzig die Frage, ob der Beschwerdeführerin die fraglichen Kosten bereits in diesem Verfahren oder erst im Hauptentscheid aufzuerlegen sind. Indem die Wettbewerbskommission bereits in ihrer Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 eine Kostenausscheidung vorgenommen hat, hat sie ihren diesbezüglichen Ermessensspielraum nicht überschritten.

7. 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 die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und hat demzufolge die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen. Diese werden mit dem von ihr am 1. Juni 2001 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF [...] ver-

rechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei werden von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die obsiegenden Beschwerdegegner haben sich durch einen Anwalt vertreten lassen, weshalb ihnen zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 8 der Kostenverordnung). Die Beschwerdegegnerinnen haben keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festzusetzen ist.

In Würdigung der konkreten Umstände erscheint ein Betrag von je CHF [...] für Anwaltshonorar, Auslagen und Mehrwertsteuer als angemessen.

**Demnach entscheidet
die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Verwaltungsbeschwerde wird abgewiesen.
2. [Kosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	2. Entreprises Electriques Fribourgeoises
-----	--

Décision sur recours du 17 septembre 2002 en la cause Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) (recours du 7 mai 2001) contre Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros et Commission de la concurrence (décision du 5 mars 2001) en matière de restrictions illicites à la concurrence

Vu les faits suivants:

A. Les Entreprises Electriques Fribourgeoises (ci-après: les EEF; les recourantes) sont une société anonyme selon le titre 26 du Code suisse des obligations; son siège est à Fribourg. Cette société a pour but la production et l'acquisition, le transport et la distribution, la fourniture et le commerce d'énergie, des produits et des prestations de services en rapport avec l'énergie, les travaux d'ingénieur et les autres domaines qui y sont directement ou indirectement liés, y compris celui de la télécommunication et de l'exploitation d'usines d'incinération des déchets (art. 2 des statuts du 18 décembre 2001, entrés en vigueur le 1^{er}

janvier 2002). La société actuelle résulte de la transformation, sans liquidation, en société anonyme des Entreprises Electriques Fribourgeoises, établissement de droit public distinct de l'Etat. Cette transformation a été décidée par la loi du Grand Conseil du canton de Fribourg du 19 octobre 2000, adoptée en votation cantonale du 10 juin 2001 (art. 1 al. 2 des statuts précités).

Les EEF distribuent l'électricité sur le territoire du canton de Fribourg, en Basse Broye et dans le Pays d'Enhaut. Leur réseau de distribution comprend un réseau supra-régional de 60 kV, un réseau régional de 18 kV et un réseau local de 0,4 kV. Des transformateurs relient les différents réseaux aux réseaux de plus haute tension. Ainsi, 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.

Le 30 juillet 1998, la Fédération des Coopératives Migros, dont le siège est à Zurich (ci-après: Migros), a lancé un appel d'offres pour son approvisionnement en électricité, notamment celui d'Estavayer Lait SA (ci-après: ELSA), ainsi que celui de Micarna SA et Optigal SA (ci-après: site de production de Courtepin), toutes des filiales à 100% de Migros. La consommation en énergie électrique d'ELSA s'est élevée à 23,3 GWh en 1998 et celle du site de production de Courtepin à 26,3 GWh la même année. Le 21 juin 1999, Migros a conclu un contrat multi-sites de livraison d'énergie avec Watt Suisse AG, qui a son siège à Emmen (ci-après: Watt). Ce contrat prévoit que la fourniture d'énergie débutera avec la résiliation des contrats en vigueur et l'obtention des droits de transit. Le 22 juin 1999, ELSA a résilié pour le 31 décembre 1999 le contrat d'approvisionnement qui la liait aux EEF en demandant à ces dernières une proposition de "contrat de raccordement et d'utilisation de leur réseau d'électricité". Le site de production de Courtepin a fait de même le 28 juin 1999. Les négociations au sujet de l'acheminement de l'électricité de Watt vers les sites de production de Migros ont été conduites par Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (ci-après: EGL) qui appartient au groupe Watt AG. Les propositions de faire transiter du courant sur le réseau des EEF ou de racheter l'électricité à la limite de propriété entre les sites de production de Migros et les EEF ont été rejetées par ces dernières.

Ces refus ont conduit Watt et Migros à porter plainte contre les EEF devant la Commission de la concurrence, le 14 février 2000. Le secrétariat de cette commission a ouvert une enquête préalable le 7 mars 2000, puis une enquête le 14 juin 2000. Le 28 septembre 2000, les EEF ont demandé que cette procédure et celles qui concernent le Service intercommunal de l'électricité SA de Renens (ci-après: SIE) et Elektra Baselland Liestal (ci-après: EBL) soient traitées simultanément. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a rejeté cette requête le 29 septembre 2000. Le 15 décembre 2000, le secrétariat précité a en-

voyé un projet de décision sur lequel Migros et Watt ont pris position; les EEF ont demandé une prolongation de délai à l'issue de laquelle elles ont déposé, le 22 février 2001, des requêtes de décision incidente sur la compétence de la Commission de la concurrence, de jonction des causes et de suspension de la procédure au fond. Elles ont sollicité en outre des mesures d'instruction complémentaires.

B. Par décision du 5 mars 2001, la Commission de la concurrence a émis le dispositif suivant:

"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 du 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 1^{er} janvier 2000, les EEF ont abusé et continuent d'abuser de leur position dominante au sens de l'article 7 LCart.
4. Le total des frais de la procédure de CHF [...], composés d'un émolument de CHF [...] et de débours de CHF [...], est mis à la charge des EEF. Ce montant est payable dans un délai de 30 jours dès l'entrée en force de la présente décision.
5. La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par recours interjeté auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence, 3022 (recte: 3202) Frauenkappelen. Le recours doit être déposé en deux exemplaires. Il doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée doit être jointe au recours.
6. [...]"

La Commission de la concurrence refusa de joindre la présente cause et celles de SIE et EBL motif pris que l'état de fait à la base de ces trois enquêtes était différent. Elle estima en outre qu'il n'y avait pas lieu de rendre une décision incidente sur sa compétence qui n'avait été contestée formellement que le 22 février 2001 alors que les EEF étaient amenées à se prononcer sur un projet de décision finale, donc à un moment où il ne pouvait plus être question d'économie de procédure.

Elle rejeta aussi la demande d'octroi d'un deuxième délai pour produire des observations sur le fond.

S'agissant de sa compétence, la Commission de la concurrence l'estima donnée, l'état de fait à la base de l'enquête tombant dans le champ d'application de la législation sur les cartels s'agissant de l'entreprise concernée et du domaine dans lequel elle exerçait son activité. La Commission de la concurrence estima que les EEF étaient une entreprise en position dominante au sens de la législation applicable étant en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché. Définissant le marché de référence, elle constata que le marché des produits était celui de l'électricité provenant de la "production centrale" (non produite sur le lieu d'utilisation et devant, en conséquence, être transportée) et, à l'intérieur de ce marché, ceux de la distribution supra-régionale (transport d'électricité sous tension de 50 à 90 kV et formations de tension situées en amont) et de la distribution régionale (transport d'électricité sous tension jusqu'à 30 kV et formations de tension situées en amont). Le marché géographique s'étendait à la zone de distribution régionale des EEF. S'agissant de la position sur le marché, la Commission de la concurrence releva qu'il n'y avait pas d'autres offreurs présents sur les marchés de référence, donc pas de concurrence actuelle sur ces marchés. Il n'y avait pas non plus de concurrence potentielle en mesure de discipliner le comportement des EEF sur les marchés de référence: la construction d'un deuxième réseau à côté de celui des EEF n'était pas vraisemblable et la production d'électricité propre à l'approvisionnement d'ELSA et du site de production de Courtepin n'était pas possible. Concernant la position des partenaires à l'échange, la décision attaquée releva que Migros ne pouvait discipliner le comportement des EEF sur les marchés de référence, ne disposant pas de possibilités alternatives et n'étant pas en mesure de se passer du bien en question.

La Commission de la concurrence était d'avis qu'il n'existait en l'espèce aucune prescription de droit fédéral, cantonal ou communal excluant de la concurrence les biens ou services dont il s'agissait, prescription qui établirait un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou qui chargerait les EEF de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (prescriptions réservées au sens de la législation applicable). Au niveau fédéral, on ne pouvait notamment rien déduire de la future loi sur le marché de l'électricité sur laquelle le peuple suisse n'avait pas encore voté. Au plan cantonal, aucune disposition ne fondait une réserve au sens du droit fédéral qui permettrait aux EEF de refuser la demande de transit de courant électrique. Les dispositions évoquées - notamment les articles 2, alinéas 1 et 2, de la loi sur les entreprises électriques fribourgeoises du 18 septembre 1998 - étaient neutres du point de vue de la concurrence et ne conféraient

aux EEF aucun droit de nature exclusive sur le marché de la fourniture ou de la distribution d'électricité.

La décision attaquée jugeait que le refus d'entretenir des relations commerciales que les EEF opposaient à Migros constituait une pratique illicite au sens de la législation sur les cartels, les recourantes - entreprise en position dominante - refusant, sans raisons justificatives objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à leurs réseaux dès lors que le marché en question n'était pas ouvert à une concurrence efficace. Les motifs invoqués par les EEF (comportement de Watt jugé déloyal, comportement de Migros à l'origine de distorsions de la concurrence, absence de réciprocité, impossibilité de fixer un prix pour l'acheminement du courant électrique, problème d'égalité entre l'offre et la demande d'électricité) étaient dénués de pertinence. Aucun des autres arguments avancés par les EEF n'était retenu, notamment ceux qui avaient trait à la résiliation des contrats de livraison d'électricité par ELSA et par le site de production de Courtepin et à l'inexistence de dommage pour Watt vu que cette dernière n'aurait, de toute façon, pas d'accès aux réseaux qui conduisent à celui des EEF.

C. Par écritures du 7 mai 2001, les EEF ont recouru contre la décision de la Commission de la concurrence. Elles ont pris les conclusions suivantes:

"Principalement

1. La décision rendue le 5 mars 2001 par la Commission de la concurrence à l'encontre des EEF est annulée.
 - a) Le refus de rendre une décision incidente sur la compétence viole l'article 9 LPA.
 - b) La cause est renvoyée à la Commission de la concurrence afin qu'elle procède aux mesures d'instruction nécessaires et rende une décision incidente sur sa compétence.

Subsidiairement

2. La décision rendue le 5 mars 2001 par la Commission de la concurrence à l'encontre des EEF est annulée.

Il est constaté que la législation fribourgeoise applicable en la matière exclut de la concurrence la distribution et la vente au détail de l'électricité dans le canton de Fribourg.

En conséquence et en application de l'article 3 LCart, il est constaté que la Commission de la concurrence ne pouvait pas adopter une décision au sens de l'article 30 LCart.

Partant, le dossier est renvoyé à la Commission de la concurrence afin qu'elle adopte une éventuelle recommandation en la matière (au sens de l'art. 45 al. 2 LCart).

Plus subsidiairement

3. La décision rendue le 5 mars 2001 par la Commission de la concurrence à l'encontre des EEF est annulée.

a) le refus d'octroyer un nouveau délai pour exposer la détermination sur le fond viole le droit d'être entendu (art. 8 Cst).

La cause est renvoyée à la Commission de la concurrence afin qu'elle fixe un ultime délai raisonnable aux EEF pour se déterminer sur le fond.

b) Il est constaté qu'en refusant l'accès de leur réseau supra-régional et régional à Watt (Suisse) SA, les Entreprises Electriques Fribourgeoises n'ont pas violé l'article 7 LCart.

4. Les frais et dépens de la procédure devant la Commission de la concurrence et de la procédure de recours sont mis à la charge de la Confédération, respectivement de la Commission de la concurrence".

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes exposent en fait, notamment, qu'elles sont un établissement de droit public dont la majorité des membres du Conseil d'administration est nommée par les autorités politiques cantonales, qu'elles exercent trois métiers distincts: production d'électricité, transport d'électricité et vente au détail d'électricité, qu'elles ont obligation d'assurer la distribution d'électricité et l'approvisionnement de la population du canton de Fribourg. Elles affirment aussi que le passage du réseau de distribution à très haute tension au réseau inter-régional implique encore, dans la région concernée, le passage par un point de raccordement auquel Watt n'a pas accès. A leurs yeux, la Commission de la concurrence n'était pas compétente pour rendre une décision étant donné qu'elle était en présence d'un marché étatique qui règle toutes les relations économiques importantes entre producteurs et consommateurs d'électricité dans le canton de Fribourg. Tant que la loi fédérale sur le marché de l'électricité n'est pas en vigueur, le législateur cantonal est seul compétent. La loi du 18 septembre 1998 sur les entreprises électriques fribourgeoises institue un monopole en faveur des EEF pour la distribution de l'électricité dans le canton. Refusant d'accorder aux recourantes un délai supplémentaire pour compléter leur détermination sur le fond, la Commission de la concurrence a, de leur avis, fait preuve de formalisme excessif et violé le droit d'être entendu. Enfin, elles estiment que c'est à tort que la Commission de la concurrence a considéré qu'elles avaient violé l'article 7 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (citée au consid. 3 ci-dessous; ci-après: LCart): des considérations commerciales légitimes font qu'elles n'ont pas à justifier économiquement leur comportement, Watt n'est pas entravée par les EEF dans son accès à la concurrence, ces dernières of-

frent à Migros des conditions au moins aussi bonnes que celles de Watt qui, par ailleurs, n'offre aucune garantie de réciprocité et, enfin, le calcul du prix du transport d'électricité n'est guère possible dans les circonstances actuelles.

D. La Commission de la concurrence, Watt et Migros ont été invitées à se prononcer sur le recours, ce qu'elles ont fait le 10 août 2001 pour la première et le 17 septembre 2001 pour les deux entreprises, le délai imparti pour présenter leurs observations ayant été prolongé à leur demande. Toutes trois concluent au rejet du recours sous suite de frais et dépens.

Pour la Commission de la concurrence, la question de la compétence a été soulevée à un moment où elle était en mesure de rendre sa décision finale dans laquelle cette question a été tranchée. Les arguments que les EEF ont fait valoir dans la phase antérieure de la procédure ne se rapportaient pas à la compétence au sens formel mais à l'applicabilité de l'article 3 alinéa 1 LCart, ce qui est une autre question. La Commission de la concurrence relève qu'en estimant qu'elle aurait dû rendre une recommandation et non une décision, les recourantes admettent implicitement sa compétence. S'agissant de l'article 3 alinéa 1 LCart, elle maintient que le droit fédéral ne contient aucune prescription réservée applicable en l'espèce et signale l'adoption, en droit cantonal, d'une nouvelle loi sur les EEF le 10 juin 2001. Comme ni la nouvelle loi ni l'ancienne ne règlent les relations entre les EEF, entreprise prestataire de services, et les consommateurs, on ne peut dire que les paramètres économiques déterminants sont réglés par le droit public; on ne peut dès lors parler de marché étatique. S'agissant de la fixation des tarifs de l'électricité, la Commission de la concurrence relève que ces derniers ne s'appliqueraient pas à d'éventuels concurrents ce qui leur enlève tout caractère étatique quand bien même des membres des autorités cantonales participent à leur élaboration. De plus, les EEF ne jouissent pas d'un monopole de droit sur le marché de la distribution de l'électricité.

Concernant le droit d'être entendu, la Commission de la concurrence relève que, depuis l'ouverture - le 7 mars 2000 - de l'enquête préalable, les recourantes ont eu maintes occasions de se prononcer. Dans la mesure où elles ont renoncé à prendre position sur le projet de décision finale qui leur a été adressé dans le délai - prolongé - qui leur était imparti pour le faire, elles ne peuvent se prévaloir d'une violation du droit d'être entendues, qui était garanti, mais dont elles n'ont délibérément pas fait usage. S'agissant de l'article 7 LCart, la Commission de la concurrence estime qu'il y a bien - contrairement à l'avis des recourantes - un marché de référence, le marché des produits étant constitué par tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques ou de l'usage auquel ils sont destinés. En application

de ce principe, le marché de produits de référence est, en l'espèce, celui de la distribution régionale et supra-régionale d'électricité, marché sur lequel il convenait de rechercher le niveau de concurrence. La Commission de la concurrence persiste à affirmer que Watt est entravée de manière importante dans son accès au marché et que le volume des ventes d'électricité des EEF à Migros n'est pas tel que l'on puisse admettre une position dominante de l'acheteur de nature à influencer le marché. Enfin, la question de la réciprocité ne joue pas de rôle dans la présente procédure.

Watt et Migros se rallient pour l'essentiel à l'exposé des faits et aux considérants de la décision attaquée.

S'agissant des faits, Watt déclare avoir accès à un point de raccordement entre les réseaux à très haute tension et celui des EEF. Cela est possible via EGL et la ligne Laufenburg – Oftringen – Bickingen – Mühleberg. En droit, Watt estime qu'il n'y a pas violation de l'article 9 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; citée au consid. 1 ci-dessous) vu que la demande de décision incidente sur la compétence a été déposée à un moment où la décision finale pouvait trancher cette question et alors que les recourantes peuvent aborder ce point dans la présente procédure. Pour le reste, Watt se rallie à l'argumentation développée par la Commission de la concurrence.

Migros développe, dans les grandes lignes, la même argumentation que celle de la Commission de la concurrence et de Watt. Elle souligne que les recourantes n'ont jamais demandé de décision sur la compétence avant le 22 février 2001, c'est-à-dire avant d'être en possession du projet de décision finale et que la compétence au sens formel ne relève pas de l'article 3 LCart. Elle est de l'avis qu'il n'y a ni monopole de fait ni monopole de droit dans le secteur de la distribution et de la livraison d'énergie électrique et que, même si l'on devait admettre un monopole de fait, cela ne constituerait pas une réserve au sens de l'article 3 LCart. De plus, le canton de Fribourg ne connaît pas de prescriptions qui établiraient un régime de marché de caractère étatique au sens de la disposition précitée. D'autres secteurs de l'économie, les banques cantonales par exemple, ont des mandats de prestations semblables à celui des EEF sans que l'on puisse parler de régime de marché de caractère étatique. Pour elle, le refus d'ouvrir l'accès à un réseau d'électricité constitue manifestement un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de la loi sur les cartels et relève dès lors des pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante.

E. Le 1^{er} octobre 2001, les recourantes ont déposé une demande de récusation à l'encontre d'un des trois juges chargés de connaître du recours. Par décision incidente du 25 octobre 2001, la Commission de recours pour les questions de concurrence a pris acte du retrait de ce juge et a désigné à sa place Mme Heidi Schelbert-Syfrig. Ce faisant,

elle a constaté que la demande de récusation des recourantes était devenue sans objet.

F. Le 18 décembre 2001 a été ouvert un deuxième échange d'écritures. Les recourantes ont répliqué le 25 février 2002. Elles maintiennent leurs conclusions qu'elles complètent en demandant la comparution des parties. S'agissant des faits, elles persistent à affirmer que Watt n'est pas à même d'acheminer son électricité jusqu'au contact du réseau des EEF, ce qui ne serait possible qu'avec l'accord - non obtenu à ce jour - des sociétés EOS Energie Ouest Suisse SA et ENSA. Sur ce point, elles reprochent à la Commission de la concurrence de s'être fondée sur des informations figurant dans un autre dossier auquel les EEF n'ont pas eu accès. De plus, cette Commission aurait cherché, en l'espèce, à jouer un rôle politique qui n'est pas le sien en décidant de son propre chef de l'ouverture du marché de l'électricité en Suisse. En outre, si la décision attaquée venait à être confirmée, les EEF subiraient une perte sensible de chiffre d'affaires.

G. Le 27 février 2002, la Commission de la concurrence, Watt et Migros ont été invitées à dupliquer jusqu'au 8 avril 2002, ce qu'elles ont fait dans les délais, le 5 avril 2002 (Migros) et dans les délais prolongés les 8 avril 2002 (Commission de la concurrence) et 7 mai 2002 (Watt).

La Commission de la concurrence persiste intégralement dans son argumentation. Elle estime inutile la comparution des parties, l'état de fait étant établi et non contesté. La divergence concernant l'accès de Watt au réseau EEF ne serait pas déterminante en l'espèce. Elle souligne que sa compétence en la matière est fondée sur les articles 2 et 18 LCart et que la question de savoir si elle devait procéder par décision ou par recommandation est une question de droit matériel dépendant de la LCart et non de l'article 9 PA qui se rapporte à la compétence formelle d'une autorité à traiter d'un cas particulier. Que les conventions relatives à la délimitation des zones de distribution d'électricité doivent être soumises pour approbation au Conseil d'Etat fribourgeois ne signifie pas, aux yeux de la Commission de la concurrence, qu'il y a régime de marché étatique. Cela ne fait que régler les rapports entre les EEF et leur propriétaire, le canton de Fribourg. Il en va de même du contrôle du canton sur les prix qui ne s'appliquent, en vertu de la loi sur les EEF, qu'à ces dernières. Cette loi n'oblige pas les consommateurs à recourir aux EEF. S'agissant du droit d'être entendu, la Commission de la concurrence relève que lorsqu'une partie renonce à se prononcer, bien qu'elle y ait été invitée, elle ne peut se prévaloir ensuite d'une violation du droit d'être entendu, la demande d'un délai supplémentaire relevant alors de l'abus de droit. Elle répète que la question de savoir si l'accès au réseau amont des EEF est garanti ou non - la décision du 5 mars 2001 partait du point de vue qu'il ne l'était pas - n'est pas déterminante en l'espèce. Enfin les EEF ne peuvent invoquer

la perte d'une certaine part de marché pour refuser l'entrée d'un nouvel acteur sur ce marché.

Migros, pour sa part, souligne aussi que l'article 2 LCart fonde la compétence de la Commission de la concurrence à se saisir de la présente cause, compétence qui n'a d'ailleurs pas été mise en doute par les recourantes dans la phase de procédure précédant le projet de décision finale: la Commission précitée n'avait dès lors aucune raison de rendre, ex officio, une décision portant sur sa compétence. Elle estime aussi que - contrairement à ce que pensent les recourantes - l'article 3 LCart ne peut trouver application que s'il est établi que l'absence d'offre de tiers est due à la volonté expresse du législateur (fédéral, cantonal ou communal) ou à l'octroi de droits spéciaux. Or, selon elle, il n'existe aucune prescription, sur aucun des trois plans, permettant de conclure en l'espèce à l'application de l'article 3 LCart: il n'y a ni régime de marché ou de prix de caractère étatique, ni droits spéciaux. Migros affirme que l'attitude des recourantes lui interdit de choisir librement son partenaire contractuel rendant impossible l'exécution du contrat de livraison d'électricité passé avec Watt. Il s'agit là manifestement d'un refus d'entretenir des relations commerciales que l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart déclare illicite.

Watt se réfère enfin à ses écrits antérieurs et estime erroné le point de vue des recourantes selon lequel la modification de leur statut juridique en société anonyme intervenue le 19 octobre 2000 ne joue pas de rôle dans la présente procédure. Il convient de s'en tenir aux principes du droit administratif et d'éviter, le cas échéant, qu'une nouvelle procédure soit ouverte au vu de ce changement de statut juridique. S'agissant de la connexion du réseau local de distribution au réseau à très haute tension, Watt admet que la situation est bien celle que présentent les recourantes, mais estime que cela est juridiquement irrelevante au regard de la législation sur les cartels. Watt conteste qu'il ne soit pas possible à l'heure actuelle, comme le prétendent les recourantes, de fixer objectivement le prix du transport d'électricité: les travaux conduits dans le cadre de la législation d'application de la future loi sur le marché de l'électricité le permettent. Enfin, il est inopérant que les recourantes subiraient une perte économique si la décision attaquée venait à être confirmée: la législation sur les cartels n'a pas pour objectif de protéger les concurrents, mais de promouvoir une concurrence efficace.

Le deuxième échange d'écritures a été déclaré clos le 14 mai 2002.

H. Le 3 septembre 2002, des débats publics auxquels ont notamment participé des représentants des EEF, de Watt et de Migros ont eu lieu au siège de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

A cette occasion, les recourantes ont déposé une requête de suspension de la procédure en raison de la proximité du vote du peuple sur la

loi sur le marché de l'électricité dont l'adoption rendrait le recours sans objet. La Commission de la concurrence s'en remet à justice; Watt et Migros concluent au rejet de cette requête.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. L'acte attaqué du 5 mars 2001 constitue une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; art. 5 al. 1 let. a). Comme telle, cette décision est susceptible de recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 de la loi sur les cartels - citée infra consid. 3 - et art. 44 ss., 71a ss. PA en rel. avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, RS 173.31).

Quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée dispose de la qualité pour recourir (art. 48 let. a PA); les recourantes satisfont à ces conditions légales. Leur mandataire a justifié de ses pouvoirs (art. 11 al. 2 PA). Les exigences relatives au délai de recours (art. 50 PA) ainsi qu'au contenu et à la forme du mémoire de recours (art. 52 PA) sont satisfaites. L'avance de frais a été versée dans les délais (art. 63 al. 4 PA) et les autres conditions de recevabilité sont remplies (art. 44 ss. PA).

Tels qu'ils sont exposés dans la décision attaquée, l'acte de recours et les pièces produites lors de l'échange d'écritures, les faits ne sont pas contestés. La seule divergence qui existait encore et qui portait sur la connexion du réseau local de distribution au réseau à très haute tension a été levée dans la duplique: il est admis de part et d'autre que la connexion entre la ligne très haute tension Mühleberg - Botterens - St-Triphon et les postes de transformation de Hauterive et de Botterens requiert l'utilisation d'une dérivation, propriété de la société EOS Energie Ouest Suisse SA, que la situation est identique à Villarepos et que, en conséquence, le passage de l'électricité provenant de Watt n'est possible qu'avec l'accord de la société EOS, accord non requis et a fortiori non obtenu. Dans sa duplique du 8 avril 2002, la Commission de la concurrence rappelle être partie, dans la décision attaquée, du point de vue que l'accès au réseau amont des EEF n'était pas assuré. La situation de fait est donc claire sur ce point. Autre est cependant la question de savoir si cet état de fait est relevant en droit, ce qu'affirment les recourantes et que contestent la Commission de la concurrence, Migros et Watt.

2. A l'appui de leur requête de suspension de la procédure, les recourantes font valoir que, si la loi sur le marché de l'électricité - soumise à votation populaire le 22 septembre prochain - est acceptée, leur

recours deviendra sans objet, l'obligation d'accorder le libre passage de l'électricité sur les réseaux de transport et de distribution étant réglée par cette loi. Elles soulignent aussi que, même rendue avant la date de la votation fédérale, la présente décision ne serait pas exécutoire le 22 septembre 2002.

La décision de suspension de la procédure est une décision incidente (art. 45. al. 2 let. c PA; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zurich 1998, n° 512 et les arrêts cités). Elle peut être traitée dans le contexte de la présente décision sur le fond. La décision de suspension relève du pouvoir d'appréciation du juge saisi (ATF 119 II 386 consid. 1 ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées). Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, le juge doit procéder à la pesée des intérêts des parties (arrêt précité; voir également: Tribunal administratif argovien, AGVE 1985, p. 365). La suspension de la procédure ne posera en principe pas de problème si toutes les parties l'acceptent (AGVE précité; Tribunal administratif de Bâle-Campagne, BLVGE 1995, p. 137). En revanche, si elle n'est réclamée que par une seule personne - ce qui est le cas ici - la pesée des intérêts s'impose. Il ressort encore de la jurisprudence que, dans les cas limites, l'exigence de célérité l'emporte (ATF 119 II 386 consid. 1b). En l'espèce, l'argumentation des recourantes repose essentiellement sur l'imminence de la votation fédérale qui pourrait rendre le recours sans objet. Cela ne saurait constituer un motif de suspension de la procédure car un vote positif du peuple suisse ne signifierait encore pas l'entrée en vigueur de la loi sur le marché de l'électricité. Cette entrée en vigueur devra être fixée par le Conseil fédéral. Or, selon les informations fournies par le département fédéral en charge de ce dossier, on envisage - dans l'hypothèse d'une acceptation de la loi le 22 septembre 2002 - une entrée en vigueur vers le milieu de l'année 2003 afin de laisser aux acteurs de l'économie le temps de procéder aux aménagements de facturation et de comptabilité nécessaires. L'autorité de céans ne saurait attendre cette date pour rendre sa décision sans violer le droit des parties à une procédure équitable (art. 29 al. 1 Cst; art. 6 CEDH; ATF 115 Ib 23). La demande de suspension de la procédure doit dès lors être rejetée.

3. La Commission de la concurrence a constaté que les EEF jouissent d'une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) sur le marché de la distribution régionale et supra-régionale et de la fourniture de courant électrique dans leur zone de distribution. En refusant de faire transiter l'électricité de Watt sur leur réseau pour l'approvisionnement des sites d'ELSA à Estavayer-le-Lac et de Micarna à Courtepin à partir du 1^{er} janvier 2000, les EEF ont - selon elle - abusé et continuent d'abuser de leur position dominante au sens de l'article 7 LCart.

Dans ses considérants, la Commission de la concurrence a notamment refusé de rendre une décision incidente sur sa compétence et d'accorder un nouveau délai aux recourantes pour se déterminer sur le fond de l'affaire.

Les recourantes concluent à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à la Commission de la concurrence principalement pour violation de l'article 9 PA en raison du refus de rendre une décision sur la compétence, subsidiairement pour violation de l'article 3 LCart qui interdirait de rendre une décision en l'espèce vu que la législation fribourgeoise exclut de la concurrence la distribution et la vente au détail de l'électricité dans le canton de Fribourg et, plus subsidiairement, parce que le refus d'octroyer un nouveau délai pour exposer la détermination sur le fond viole le droit d'être entendu et parce que le refus qu'elles opposent à Watt d'accéder à leur réseau supra-régional et régional ne viole pas l'article 7 LCart.

Ces questions seront examinées dans l'ordre suivant: refus de rendre une décision sur la compétence (ch. 4 ci-dessous), violation du droit d'être entendu et formalisme excessif (ch. 5 ci-dessous), champ d'application de la LCart (ch. 6 ci-dessous), et, pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante (ch. 7 ci-dessous).

4. Les recourantes demandent l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de l'affaire à la Commission de la concurrence en raison du refus de cette dernière de rendre une décision préalable sur sa compétence.

4.1. Saisi de deux plaintes, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a examiné d'office sa compétence à en connaître en application de l'article 7 alinéa 1 PA. Jugeant qu'il était compétent pour mener les enquêtes prévues aux articles 26 et suivants LCart, en l'absence d'indices que la compétence formelle fut contestée, il a conduit les procédures en la matière jusqu'au projet de décision au fond soumis aux recourantes en application de l'article 20 LCart. En cours d'enquête - les 10 février et 30 octobre 2000 notamment - les recourantes ont bien prétendu que la Commission de la concurrence n'avait pas la compétence de rendre une décision car la législation cantonale fribourgeoise constituait "prescriptions réservées" au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, sans toutefois prendre de conclusions formelles à ce sujet. D'autres écrits n'abordent même pas cette question; il n'y a, par exemple, aucune allusion à une contestation de compétence dans la lettre des recourantes du 28 septembre 2000 qui demande des délais pour répondre aux questions posées par le Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Le projet de décision élaboré par le Secrétariat précité a été soumis aux recourantes le 15 décembre 2000. Des conclusions formelles ont été déposées le 22 février 2001 demandant qu'une décision soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respecti-

vement de son secrétariat, pour mener l'enquête en cours selon les articles 26 et suivants LCart. Elles invoquent à cet effet l'article 3, alinéa 1 LCart. L'incompétence repose - selon elles - sur le droit cantonal applicable, sur la loi fédérale sur les installations électriques et sur l'absence de base légale de décision au sens de l'article 6 CEDH parce qu'on "ne peut imaginer que la loi sur les cartels soit applicable à un domaine réservé au droit cantonal et sur lequel le Parlement fédéral prépare une législation fédérale depuis de nombreuses années".

Le 5 mars 2001, la Commission de la concurrence a écarté cette demande exposant qu'elle était compétente pour traiter "de la problématique du droit de la concurrence dans le domaine de l'électricité" et a décidé au fond.

4.2. Au moment où les conclusions ont été déposées, une décision préalable sur la compétence ne se justifiait plus, l'instruction de l'affaire étant terminée et le projet de décision établi. Une décision finale partielle, affirmant la compétence des autorités de concurrence, qui est rendue dans un esprit d'économie de procédure (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 264), n'aurait pas eu de sens en l'état d'avancement des travaux. De plus, les conclusions prises par les recourantes le 22 février 2001 portaient sur la compétence de la Commission de la concurrence ou de son Secrétariat de "mener l'enquête" en cours. Or, cette dernière était terminée. Enfin, la Commission de la concurrence a affirmé sa compétence dans la décision attaquée. Cette question peut être revue par la Commission de céans qui possède pleine et entière cognition à ce sujet (ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 91). En l'espèce, l'autorité intimée a constaté que l'article 2 LCart relatif au champ d'application formel de la loi et l'article 18 LCart concernant les compétences des autorités en matière de concurrence s'appliquaient. Les recourantes ne le contestent pas, mais affirment que l'article 3 LCart enlève la compétence de rendre une décision. La question de la portée de l'article 3 LCart et de ses rapports avec l'article 2 LCart sera examinée sous chiffre 6 ci-dessous.

5. Les recourantes concluent à l'annulation de la décision attaquée pour violation du droit d'être entendu (à deux titres) et pour formalisme excessif.

5.1. Elles voient une violation du droit d'être entendu dans le refus d'accorder un délai supplémentaire pour compléter la détermination sur le fond. La doctrine et la jurisprudence admettent que le justiciable puisse participer à l'administration des preuves quand bien même le juge applique la maxime officielle et examine spontanément toutes les questions de fait et de droit qui lui paraissent décisives (ÉTIENNE GRISEL, Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2000, no 463 et ATF cités). L'idée est ici qu'une personne partie à une procédure doit être mise en mesure de s'expliquer avant qu'une

décision qui la touche ne soit prise (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: les droits fondamentaux, Berne 2000, n° 1274 et 1291). En l'espèce, les recourantes ont eu la possibilité de s'exprimer pendant les trois mois d'enquête préalable et dès le 14 juin 2000, date de l'ouverture de l'enquête. Un projet de décision leur a été soumis le 15 décembre 2000 avec un délai pour prendre position, délai qui a été prolongé à leur demande. Elles ont renoncé à se prononcer sur le fond dans le délai prolongé. On ne peut y voir une violation du droit d'être entendu. D'ailleurs, le délai demandé était lié à la nouvelle orientation de la procédure que les recourantes ont voulu donner le 22 février 2001. Elles souhaitaient alors suspendre la procédure d'enquête de la Commission de la concurrence, respectivement de son Secrétariat (requête, ch. 3) et obtenir un nouveau délai pour se déterminer au fond (ch. 4). La Commission de la concurrence n'avait aucune raison d'accorder un nouveau délai dès lors qu'elle avait refusé de suspendre la procédure, que les recourantes avaient eu largement l'occasion de faire connaître leur point de vue et qu'elles avaient d'ailleurs renoncé à prendre position sur le projet de décision. Il faut relever aussi qu'un éventuel manquement au droit d'être entendu peut être réparé lorsque la partie lésée a bénéficié de la faculté de s'expliquer librement devant une autorité de recours, si l'instance de recours dispose du même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure qui a méconnu le droit d'être entendu (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n° 1319 et les ATF cités; Grisel, *op. cit.*, n° 473 et les ATF cités; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, *op. cit.*, p. 94, ch. 4). La Commission de céans a une cognition générale en l'espèce (Commentaire romand, *Droit de la concurrence*, TERCIER/BOVET (éditeurs), Genève, Bâle, Munich 2002, TERCIER, *Introduction générale*, ch. 257; ci-après: *commentaire romand*). Les recourantes ont eu la faculté de s'exprimer, notamment lors du deuxième échange d'écritures et des débats publics.

5.2. Les recourantes reprochent en outre à la Commission de la concurrence de s'être fondée, dans sa décision, sur des connaissances issues d'un autre dossier auquel elles n'ont pas eu accès. Elles y voient une nouvelle violation du droit d'être entendu. Il s'agit ici de la question de l'accès au réseau évoquée sous chiffre 1 ci-devant. La Commission de la concurrence expose qu'elle ne s'est pas prévaluée d'informations obtenues dans un dossier similaire pour rendre la décision attaquée. Dans cette dernière, elle est partie de l'idée que l'accès au réseau des recourantes n'était précisément pas assuré mais que cela était inopérant en l'espèce. Ce n'est que dans ses observations sur le recours qu'elle a estimé - se fondant sur des connaissances acquises dans un autre dossier - que l'accès était possible, soulignant une nouvelle fois que cela n'était pas déterminant pour l'issue de la procédure. Il faut en conclure, d'une part, qu'aucune nouvelle pièce n'a été versée au dossier dont la Commission de la concurrence entendait se prévaloir dans

sa décision et, de l'autre, que le grief que formulent les recourantes dans leur mémoire de réplique du 25 février 2002 se fonde sur un avis de la Commission de la concurrence du 10 août 2001, donc émis après la décision attaquée et qui infirme le point de vue formulé par cette Commission s'agissant de l'accès au réseau. On ne saurait y voir une violation du droit d'être entendu, la Commission précitée n'ayant versé au dossier aucune nouvelle pièce dont elle se serait prévaluée dans son jugement (ATF 114 la 97 consid. 2c et ATF cités).

5.3. Les recourantes estiment enfin que le refus d'accorder le délai complémentaire demandé relève du formalisme excessif et viole ainsi leur droit à une procédure équitable (art. 29 al. 1 Cst). Le formalisme excessif est une forme particulière de déni de justice, en ce sens que le recours aux moyens de droit est rendu difficile ou bloqué par des exigences de forme excessives (message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 183).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "il y a formalisme excessif ... lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux" (ATF 121 I 179). En l'espèce, outre ce qui a été exposé sous chiffre 5.1. ci-devant concernant l'objectif poursuivi par la demande de délai supplémentaire et le remède que l'autorité de recours apporte à un éventuel manquement, on ne saurait retenir une violation de l'interdiction du formalisme excessif car la mise en œuvre du droit matériel n'a pas été empêchée (GRISSEL, op. cit., n° 434 et 439).

6. Les recourantes concluent à l'annulation de la décision attaquée en raison de l'incompétence de la Commission de la concurrence à rendre une décision en l'espèce.

6.1. Les recourantes estiment que l'autorité intimée est partie d'une appréciation erronée de la situation. Elles affirment en substance que le marché dont il s'agit en l'espèce est celui qui se situe au niveau de la distribution et la consommation de l'électricité par opposition à celui qui concerne la production ou importation et la distribution. Si ce dernier est un marché non réglementé dans le canton de Fribourg, le premier l'est. Il y a ici régime de marché de droit cantonal et régime de prix de caractère étatique. Les recourantes s'estiment chargées de tâches publiques et jouir d'un monopole de droit indirect pour la distribution d'électricité. L'article 3 alinéa 1 LCart trouve dès lors application.

Selon la systématique de la loi, figurent au nombre des dispositions générales du chapitre premier, le but de la loi (art. 1), son champ d'application (art. 2), le rapport avec d'autres prescriptions légales (art. 3) et les définitions (art. 4). Ces dispositions générales permettant de résoudre des questions préalables, avant l'examen des règles de mise

en œuvre des dispositions de droit matériel du chapitre 2 LCart. Il s'agit essentiellement de dire si la LCart s'applique en principe au cas d'espèce (art. 2 al. 1 LCart), et si des prescriptions réservées excluent l'application de la loi (art. 3 al. 1 LCart), l'article 4 apportant des précisions quant à la soumission à la loi (ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/Franz Hoffet/Patrik Ducrey, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Schmidhauser, art. 4, ch. 19 [ci-après: commentaire LCart]).

6.2. La loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). Le message du Conseil fédéral, du 23 novembre 1994, concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (ci-après: message LCart; FF 1995 I 472 ss) définit l'entreprise comme il suit: "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" (message LCart, p. 534). La notion d'entreprise doit être prise dans un sens large et vise tous les sujets, quelle que soit leur forme ou leur nature, qui interviennent comme acteurs sur un marché déterminé (commentaire romand, Tercier, Introduction générale, ch. 199).

a) Etablissement de droit public distinct de l'Etat de Fribourg à l'origine, les recourantes sont actuellement une société anonyme. Elles sont et ont toujours été indépendantes au sens économique du terme sur le marché. Elles entrent donc en principe dans le champ d'application fonctionnel de la loi (Pierre Tercier, le nouveau droit des cartels, in: *La nuova legge sui cartelli*, Atti della giornata di studio del 12 ottobre 1998, Lugano, 1999, p. 33 s.; Jürg Borer, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998 [ci-après: commentaire Borer] art. 2, ch. 4). Il convient de noter ici que l'existence de prescriptions de droit public, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, n'aurait pas pour effet de restreindre le champ d'application personnel de la loi, tout au plus le champ d'application matériel (commentaire romand, Killias, art. 2, ch. 31).

b) La LCart ne définit pas la notion de "puissance sur le marché" (Marktmacht). L'article 4 alinéa 2 LCart parle "d'entreprises dominant le marché" (Marktbeherrschung) qu'il définit ainsi: "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". Cette notion est reprise, en termes différents, à l'article 7 LCart qui parle "d'entreprises ayant une position dominante".

Est concerné ici le comportement qu'une ou plusieurs entreprises adoptent sur le marché, à des degrés d'intensité divers. Ce comportement ne peut se définir que par rapport au marché sur lequel il s'exerce. Le mot "marché" a une acception propre au droit cartellaire.

Il est défini à l'article 11 alinéa 3 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RO 251.4). Il est divisé en marché des produits et marché géographique. Le premier 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" et le second vise "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 des produits". Aux termes d'une analyse détaillée, la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion que le marché des produits était, en l'espèce, d'une part celui de la distribution supra-régionale d'électricité (transport de l'électricité avec une tension de 50 à 90 kV et les formations de tension situées en amont) et, de l'autre, celui de la distribution régionale (transport de l'électricité avec une tension jusqu'à 30 kV et les formations de tension situées en amont). Le marché géographique correspond à la zone de distribution régionale des recourantes. Dans l'affaire Felix Service SA contre Minolta (Schweiz) AG et la Commission de la concurrence (voir Autorités suisses de la concurrence, Droit et politique de la concurrence [DPC] 2000/4, ch. 5, p. 732), la Commission de céans a eu l'occasion de préciser que la délimitation du marché était une question d'appréciation qui faisait appel à des connaissances techniques et, à certains égards, à des considérations qui relèvent d'une politique publique (commentaire LCart, DUCREY/DROLSHAMMER, art. 9, ch. 77; voir dans le même sens en matière de marchés publics ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98 et les références citées). Selon la jurisprudence et la doctrine, le juge doit en pareil cas restreindre son pouvoir d'examen et laisser à l'autorité une certaine latitude de jugement (PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, Berne 1994, p. 382 ss.; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1994, vol. I, p. 336).

Il ressort du dossier que sur les marchés en cause il n'y a ni possibilité de produire de l'électricité ni concurrence potentielle en mesure d'influer sur le comportement des recourantes. Il faut en conclure qu'elles sont à tout le moins puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). La question de la position dominante sera examinée plus loin (ch. 7 ci-dessous).

Entreprise puissante sur le marché au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart, les recourantes tombent en principe dans le champ d'application matériel de cette loi. La compétence fonctionnelle de la Commission de la concurrence est dès lors donnée.

6.3. En bonne logique, l'autorité chargée de l'application de la LCart devrait d'abord déterminer si le comportement d'entreprise qui lui est soumis est contraire à la LCart, puis se demander si ce comportement est un acte d'entreprise ou, au contraire, d'autorité (commentaire romand, Carron, art. 3 al. 1, ch. 26). Cependant, pour des raisons d'éco-

nomie de procédure, les autorités de concurrence examinent à titre préalable, dans la première étape de l'analyse d'un cas d'espèce, si celui-ci relève d'une mesure étatique excluant tout comportement indépendant de l'entreprise ou d'une des deux exceptions de l'article 3 alinéa 1 LCart (commentaire romand, CLERC, art. 7, ch. 97). Les deux questions ayant été examinées dans la décision attaquée, il convient de suivre l'ordre adopté par la Commission de la concurrence.

Se pose donc la question de la compétence légale qui interdit aux autorités de concurrence d'intervenir contre des restrictions de concurrence qui se fondent sur des dispositions légales, qu'elles soient de droit fédéral ou de droit cantonal.

a) L'article 3 alinéa 1 LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment (a) celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et (b) celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. Pour comprendre le sens de cette disposition, il faut partir du principe que la concurrence est devenue, avec la modification de la loi intervenue en 1995, l'objet même de la protection garantie par cette loi (commentaire romand, TERCIER, Introduction générale, ch. 183 et DEISS, Aspects économiques, ch. 41; OLIVIER PIAGET, La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse, Bâle 2001, p. 139). Tous les secteurs de l'économie sont en principe soumis à la LCart. Seules sont exceptées des activités que des prescriptions légales excluent de la concurrence, c'est-à-dire là où une loi impose un comportement - alors légitime - contraire à un régime de concurrence efficace. La LCart n'est écartée que dans la mesure où les prescriptions spéciales ordonnent un comportement anticoncurrentiel ou l'autorisent expressément (commentaire romand, CARRON, art. 3 al. 1, ch. 13). La réserve de l'article 3 alinéa 1 LCart n'a pas un caractère général; elle ne vaut que si les prescriptions légales en question conduisent sciemment à renoncer à la concurrence parce que, dans un secteur économique déterminé, on aura jugé qu'une réglementation étatique était mieux à même d'atteindre les résultats recherchés que le libre jeu de la concurrence (commentaire LCart, SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 1, 11 et 13; commentaire BORER, art. 3, ch. 2). Cette démarche est de nature politico-économique, ce qui a pour conséquence qu'il n'appartient pas aux autorités de concurrence d'examiner si le disfonctionnement du marché est scientifiquement établi, leur rôle se limitant à démontrer qu'il y a eu ou non volonté de pallier un disfonctionnement du marché (commentaire LCart, SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 14; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 236). Ce qui précède fait apparaître une autre conséquence. Les autorités de concurrence ne peuvent dire si l'article 3 alinéa 1 LCart est applicable ou non sans examiner préalablement la nature de l'entreprise en question, le marché pertinent, la position de l'entreprise sur le marché et la portée des prescriptions lé-

gales en mesure de fonder une réserve. Il s'agit là de questions souvent complexes qui ne peuvent être traitées que lors de l'enquête prévue à l'article 23 alinéa 1 LCart. En d'autres termes, on ne pourra conclure à l'application de l'article 3 LCart qu'après l'ouverture de l'enquête prévue à l'article 27 LCart.

b) S'agissant d'une éventuelle réserve de droit fédéral, les recourantes estiment qu'aucune loi fédérale ne disant que la distribution de l'électricité doit fonctionner selon les règles du marché, le législateur cantonal est seul compétent. Cette situation durera tant que la loi sur le marché de l'électricité ne sera pas entrée en vigueur.

Cette argumentation ne saurait être admise: en matière d'électricité aussi, la concurrence est la règle et son exclusion, l'exception. Une législation fondée sur l'article 3 LCart doit reposer sur des prescriptions inscrites dans le droit positif. Le message du Conseil fédéral du 7 juin 1999 concernant la loi sur le marché de l'électricité (ci-après: LME; FF 1999 6646 ss.) souligne d'ailleurs que la législation sur les cartels a - et conservera après l'adoption de la LME - son champ d'application propre: "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 des entreprises de l'électricité, et examiner conformément à l'article 10 de cette loi la concentration des entreprises soumises à l'obligation de notifier" (Message LME, p. 6688). Référence peut aussi être faite à la déclaration du représentant du Conseil fédéral au Conseil des Etats selon laquelle la LME se justifie aussi afin que l'inévitable ouverture du marché de l'électricité se fasse autrement que par des décisions ponctuelles des autorités de concurrence (Bull. stén. CE, 2000, p. 670). En conclusion, s'agissant du droit fédéral, rien n'indique que la concurrence ne soit pas possible dans le domaine de l'électricité et qu'en conséquence la LCart ne soit pas applicable ou que les recourantes soient au bénéfice de droits spéciaux parce qu'elles sont chargées de l'exécution de tâches publiques. Aucune loi fédérale ne traduit une volonté expresse du législateur de fermer la porte à la concurrence dans ce domaine.

c) Les principes exposés ci-devant s'agissant du droit fédéral valent également en droit cantonal. Pour que l'article 3 alinéa 1 LCart trouve application, la législation doit exprimer la volonté expresse du législateur cantonal d'exclure le secteur économique en question de la concurrence, établissant ainsi un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou charger une entreprise de l'exécution de tâches publiques en lui accordant des droits spéciaux.

aa) La loi du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises qu'invoquent les recourantes a été abrogée; elle a été remplacée par la loi du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises

électriques fribourgeoises et de leur Caisse de pensions, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 (RSF 772.1.1.). Cette loi transforme les recourantes en société anonyme de droit privé (art. 1 al. 1) dont le Conseil d'Etat adopte les statuts (art. 1 al. 4). Ils l'ont été le 18 décembre 2001 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Le droit en vigueur au moment où la décision attaquée a été rendue est en principe applicable. Une exception ne sera faite que si la modification légale intervenue serait de nature à justifier une révocation de l'acte attaqué (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Auflage, Zürich 1998, ch. 263 ss. et les ATF cités). En l'espèce, l'examen de la législation cantonale a conduit la Commission de la concurrence à constater qu'il ne s'agissait pas de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Le nouveau droit cantonal - qui fait des recourantes une société anonyme de droit privé - ne conduit pas à devoir réviser la décision attaquée mais corrobore la thèse de l'autorité intimée.

L'intention du législateur est déterminante pour l'application de la disposition précitée. Elle ne pourra l'être que si les dispositions cantonales "visaient effectivement à exclure du principe de la concurrence le secteur en question" (message LCart, p. 539; commentaire LCart, SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 13; ZÄCH, op. cit., ch. 236; commentaire romand, CARRON, art. 3 al. 1, ch. 28).

bb) Selon la doctrine, il y a régime de marché ou de prix de caractère étatique lorsque les paramètres économiques déterminants sont réglés par le droit public (ZÄCH, op. cit., ch. 238 et ouvrages cités en note 382). Ce dernier doit alors réglementer les éléments essentiels, tels que production, distribution ou prix ou certains d'entre eux (commentaire LCart; SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 8).

En l'espèce, l'ancienne loi fribourgeoise sur les EEF réglait les relations entre le canton de Fribourg et les recourantes, non celles entre ces dernières et les consommateurs. Cette loi laissait aux recourantes la liberté de se comporter sur le marché de manière indépendante. En outre, un régime de marché étatique s'applique, par définition, à toute entreprise active sur le marché en cause. Or, l'ancienne loi fribourgeoise sur les EEF ne s'appliquait qu'à ces dernières. S'agissant du régime de prix, le fait que le tarif des EEF ait été adopté par un organe composé majoritairement de représentants du canton de Fribourg ne lui confère pas la qualité de régime de prix de caractère étatique. Ce tarif ne s'applique en effet qu'aux recourantes; il ne concerne ni les autres entreprises installées dans le canton, ni d'éventuels nouveaux concurrents. De plus, ce tarif n'est soumis à l'approbation d'aucune autorité cantonale et on ne voit guère le lien qu'il pourrait y avoir entre lui et l'objet de la présente procédure qui touche au passage de l'électricité sur les réseaux des recourantes. Il faut conclure de ce qui

précède que, sur les marchés en cause, aucune régulation étatique n'empêche le jeu de la concurrence; la LCart est dès lors applicable.

cc) L'ancienne loi fribourgeoise prévoyait, en son article 2 alinéa 2, une obligation d'assumer l'approvisionnement en énergie électrique du territoire desservi. On ne peut cependant y voir prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre b LCart dans la mesure où la loi cantonale n'accordait aucun droit de livraison exclusive pour la région concernée (ROLAND VON BÜREN, *Das schweizerische Kartellrecht zwischen gestern und morgen*, ZBJV, vol. 137, 2001, p. 547). La Commission de la concurrence signale à juste titre que d'autres secteurs économiques connaissent des obligations d'approvisionnement qui ne sont pas liées à des droits exclusifs d'approvisionnement: par exemple, la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications, en sa section 2 consacrée au service universel (RS 784.10). Pour que l'on puisse admettre l'octroi de droits spéciaux, il faut que la législation accorde à l'entreprise en cause une protection de nature à affecter substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique sur le même territoire (en droit communautaire, voir: arrêt de la CJCE du 25 octobre 2001, en l'affaire *Firma Ambulanz Glöckner*, Affaire C - 475/99, cité par JEAN-BERNARD BLAISE et LAURENCE IDOT, *Concurrence*, in: *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1/2002, p. 108). Que les entreprises des secteurs de l'eau, du gaz et de l'électricité soient au nombre de celles où une obligation d'approvisionnement peut exister et qu'elles entrent en question pour une exception au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre b LCart (commentaire LCart; SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 19) ne signifie encore pas que les conditions de cette exception soient réunies. De plus, les éventuels droits spéciaux qui seraient liés à une obligation d'approvisionnement ne sauraient avoir d'incidences sur l'objet de la présente procédure qui est le passage de l'électricité sur les réseaux des recourantes.

Les considérations que ces dernières émettent concernant les monopoles cantonaux sont inopérantes en l'espèce. Il y a, selon le Tribunal fédéral, monopole de droit lorsque l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il se réserve en édictant une norme; le monopole de droit repose, par définition, sur une règle topique et expresse. On appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique, nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause (ATF 125 I 222 et la doctrine citée). Avec la Commission de la concurrence et la doctrine, il faut admettre que les très nombreuses entreprises électriques de Suisse disposent d'un monopole de fait, de nature économique-technique, dans leur zone d'approvisionnement (voir notamment: RUDOLF RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Basel-Genf-München 2000, ch. 1.4.1.4 et ch.

4.5.2.4.3, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées). Les dispositions matérielles de la LCart leur sont dès lors en principe applicables (RENTSCH, op. cit., p. 205). Or, rien - dans l'ancienne loi fribourgeoise - ne conduit à dire que le canton voulait se réserver l'activité économique en question, opération soumise d'ailleurs à des conditions strictes.

d) L'article 3 alinéa 1 LCart emploie le terme "notamment" qui devrait conduire à penser que sont visées d'autres prescriptions que celles que mentionnent les lettres a et b. Avec la doctrine (commentaire LCart; SCHMIDHAUSER, art. 3, ch. 12; commentaire BORER, art. 3, ch. 5), on ne voit guère quelles autres exceptions pourraient être visées par la disposition en cause.

7. Il convient d'examiner si le comportement des recourantes est illicite au regard de la LCart dont l'article 7 alinéa 1 dispose que "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". Aux termes de l'alinéa 2 "Sont en particulier réputés illicites: a) le refus d'entretenir des relations commerciales (...)". Cette disposition a pour objectif d'éliminer les entraves mises au jeu de la concurrence et les désavantages que pourraient subir les partenaires commerciaux, comportements qui conduiraient à une rente de monopole pour l'entreprise ayant une position dominante (ROGER GRONER, *Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - quo vadis?* in: *Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, 2/02, p. 66). L'application de l'article 7 LCart est subordonnée à quatre conditions: (1) présence d'une entreprise (2) détenant une position dominante (3) sur le marché pertinent et (4) ayant un comportement qui constitue une pratique abusive (commentaire romand, Clerc, art. 7, ch. 55). Les première et troisième conditions ayant été examinées plus avant, restent la position dominante (consid. 7.1. ci-dessous) et la pratique abusive (consid. 7.2. et 7.3 ci-dessous).

7.1. "Dominer le marché" (art. 4 al. 2 LCart) ou "avoir une position dominante" (art. 7 al. 1 LCart) va plus loin que la "puissance sur le marché" de l'article 2 alinéa 1 LCart. Dominer le marché implique l'absence de concurrence efficace (message LCart, p. 577). Il s'agit d'une "puissance sur le marché" qualifiée (commentaire LCart; DALLAFIOR, art. 7 ch. 18 et 21; ROGER ZÄCH, *Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen*, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), *Fünfter Band: Wettbewerbsrecht*, p. 166 ss [ci-après: ZÄCH, *Verhaltensweisen*]). L'entreprise en position dominante est celle qui dispose, sur un marché déterminant (matériellement et géographiquement déterminé), d'une position de puissance qui lui permet d'ignorer certaines règles de concurrence ordinaires et d'avoir par-là recours éventuellement à certaines pratiques abusives (commentaire romand, TERCIER, Introduction géné-

rale, ch. 382). L'analyse d'une situation de dominance tiendra compte de la structure du marché considéré, mais aussi du nombre, de la qualité et de la situation des concurrents potentiels (commentaire romand, Deiss, *Aspects économiques*, ch. 55). Les raisons pour lesquelles cette position dominante existe ne jouent pas de rôle (commentaire LCart, DALLAFIOR, art. 7, ch. 29).

En l'espèce, les recourantes sont pratiquement seules sur le marché. Elles ont la maîtrise de fait sur les infrastructures de transport du courant électrique nécessaires à l'approvisionnement des consommateurs. Leur refus d'autoriser des concurrents potentiels à transporter du courant électrique sur leur réseau empêche ces derniers de leur faire concurrence à l'échelon suivant du marché. Il y a dès lors absence de concurrence efficace. Il faut en conclure que les recourantes ont incontestablement une position dominante sur le marché ce qui signifie que l'article 7 LCart est applicable (commentaire LCart, DALLAFIOR, art. 7, ch. 30). Il n'y a, sous cet angle, pas lieu d'examiner si les recourantes sont ou non au bénéfice d'un monopole de droit public dans la mesure où les recourantes disposent seules "d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services" (message LCart, p. 566).

7.2. Ce qui précède ne signifie encore pas qu'il y ait pratique illicite. Seuls sont illicites les comportements que l'on peut juger abusifs (commentaire romand, TERCIER, *Introduction générale*, ch. 225; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 186). La LCart n'entend pas priver les entreprises concernées des fruits des efforts déployés pour accomplir leurs performances; elle vise à ne pas admettre ce qui est étranger à cet objectif. Les intérêts légitimes des entreprises ayant une position dominante doivent être protégés (MARKUS RUFFNER, *Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP/PJA]* 7/96, p. 835). Ces entreprises doivent en revanche respecter les principes d'objectivité et de proportionnalité de leurs comportements (GRÖNER, *op. cit.*, p. 68).

La LCart ne fait pas le départ entre comportement licite et illicite. Selon le message du Conseil fédéral, "une pratique, touchant au domaine de la concurrence, d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ou qu'elle désavantage les partenaires commerciaux" (message LCart, p. 564). C'est donc l'effet anticoncurrentiel de la pratique en cause qui condamne en définitive celle-ci (commentaire romand, CLERC, art. 7, ch. 60).

La LCart ne définit pas les comportements illicites plus avant. L'article 7 s'inspirant fortement du droit communautaire, la doctrine considère que les principes développés en application de l'article 82 (ex 86) du Traité de Rome instituant les Communautés européennes constituent

d'utiles points de repère. Elle se réfère notamment à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 février 1979, qui expose que "la notion d'exploitation abusive est une notion objective, qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence" (Recueil 1979-2; affaire 85/76, ch. 91, p. 541; voir aussi: ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 191).

En l'espèce, le refus opposé par les recourantes à Watt n'est pas contesté, ces dernières faisant valoir que ce refus était justifié. Mettant Watt dans l'incapacité de se positionner sur le marché aval, ce refus constitue un cas d'entrave et est à ce titre en principe illicite au sens de l'article 7 alinéa 1 LCart (commentaire romand, Clerc, art. 7, ch. 71) sans qu'il soit nécessaire de faire appel à l'alinéa 2, lettre a, de cette disposition que la Commission de la concurrence n'a pas appliqué. On notera cependant que les conditions d'application en paraissent, *prima vista*, réunies (commentaire romand, Clerc, art. 7, ch. 124 ss.). Ici aussi, le refus d'entretenir des relations commerciales imposé par une entreprise ayant une position dominante sur le marché est illicite lorsqu'il ne peut pas être justifié objectivement (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 199).

7.3. Il faut dès lors examiner si ce refus peut être justifié objectivement. Il le sera s'il sert à sauvegarder des intérêts économiques objectifs (commentaire LCart, DALLAFIORE, art. 7, ch. 99), c'est-à-dire si l'entreprise "fonde son comportement sur des principes commerciaux" (message LCart, p. 564). Cette dernière doit pouvoir démontrer que des considérations commerciales légitimes (*legitimate business reasons*) justifient son action et que les conditions d'affaires qu'elle applique ne s'éloignent pas essentiellement de celles qui prévaudraient sur un marché où régnerait la concurrence efficace (commentaire BORER, art. 7, ch. 9; commentaire romand, CLERC, art. 7, ch. 79). Pour justifier leur comportement, les recourantes invoquent diverses raisons que la Commission de la concurrence et les intimées estiment non valables. D'abord, ces dernières pourraient avoir violé la législation sur la concurrence déloyale lors de la procédure de résiliation, pour le 31 décembre 1999, des contrats d'approvisionnement avec les recourantes. On doit constater ici que les recourantes n'affirment pas qu'il y a eu violation de la loi sur la concurrence déloyale, qu'une éventuelle violation relèverait du droit civil et que, dans la mesure où elles font mention de la puissance d'achat de Migros (4% des ventes des EEF), elles indiquent la motivation de leur comportement: leur crainte de ne

pouvoir compenser - sur le marché local ou national - la perte de chiffre d'affaires que représenterait le départ de Migros. Cela ne saurait cependant constituer une légitimation au sens de l'article 7 LCart. Les recourantes reprochent ensuite à la Commission de la concurrence de ne pas avoir déclaré nécessaire la garantie de réciprocité, c'est-à-dire l'accès aux réseaux de Watt. Rien n'indique cependant que cette dernière aurait refusé la réciprocité et il n'y a pas lieu d'examiner ce point plus avant, car il ne saurait être déterminant dans la présente procédure. Si cette question devait se poser dans un autre contexte et si l'on devait y voir un comportement illicite au regard de la LCart, cela ne justifierait pas l'attitude des recourantes en l'espèce. Autre argument invoqué: la difficulté qu'il y aurait d'établir le prix du transport de l'électricité. Cette question est étrangère à la présente procédure. Elle relève du droit privé. Rien, d'ailleurs, n'indique que des négociations ont été conduites à ce sujet et que leur échec serait la cause de l'attitude des recourantes. Il faut noter aussi que, même sous l'empire de la future loi sur le marché de l'électricité, les prix de l'acheminement de l'électricité seront fixés par les exploitants des réseaux, même si une Commission d'arbitrage sera appelée à trancher les litiges à ce sujet. Ce qui précède conduit à la conclusion qu'aucun des motifs justificatifs avancés par les recourantes ne peut être retenu.

8. Vu ce qui précède, c'est à bon droit que la Commission de la concurrence a constaté que les recourantes sont soumises à la LCart (art. 2), qu'elles ne sont pas au bénéfice de prescriptions réservées (art. 3), qu'elles ont une position dominante sur le marché (art. 4) et que leurs pratiques consistant à refuser le transit d'électricité de Watt sur leurs réseaux étaient illicites (art. 7).

Etant donné le résultat auquel on parvient, toutes les conclusions principales et subsidiaires prises par les recourantes doivent être rejetées. En particulier, point n'est besoin de procéder à la comparution des parties comme les recourantes le demandaient dans leur réplique du 25 février 2002. Au demeurant, il apparaît que ces dernières ont eu largement l'occasion d'expliquer leur point de vue lors de la séance des débats publics du 3 septembre 2002.

9. Les frais de la procédure doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent, sous déduction de l'avance de frais s'élevant à CHF [...] qu'elles ont versée le 23 mai 2001 (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0). Cette procédure ayant occasionné à Watt et à la Fédération des Coopératives Migros des frais indispensables et relativement élevés, il y a lieu de leur allouer des dépens (art. 64 PA en rel. avec l'art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative). Les mandataires n'ayant pas communiqué de note, les dépens seront fixés d'office et selon la libre appréciation de l'autorité de recours (art. 8 al. 1, 3 et 4

de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative).

**Par ces motifs, la Commission de recours
pour les questions de concurrence**

1. Rejette la requête de suspension de la procédure.
2. Rejette le recours.
3. [Frais]
4. [Dépens]
5. [Voie de recours]
6. [Notification]

B 3	3. Vertrieb von Tierarzneimitteln
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 26. September 2002 in Sachen 1. A. SA, 2. B. GmbH, 3. C. AG, 4. D. SA, 5. E. AG, 6. F. AG, 7. G. AG und 8. H. AG (Beschwerde vom 28. Juni 2001) gegen Wettbewerbskommission (Zwischenverfügung vom 18. Juni 2001) betreffend Geschäftsgeheimnisse

Es hat sich ergeben:

A. Der Verband Schweizer Tierarzneimittel-Hersteller und -Grossisten (VTG) hatte bis 1993 mit der Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte (GST) einen Exklusivvertrag, wonach die Mitglieder des VTG Tierarzneimittel nur an Tierärzte liefern durften, während sich diese verpflichteten, von VTG-Mitgliedern hergestellte oder verteilte Tierarzneimittel zu bevorzugen. Der Vertrag wurde 1993 auf Antrag des VTG im gegenseitigen Einvernehmen mit der GST aufgelöst.

Da Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Hersteller und Vertreiber Tierarzneimittel weiterhin beinahe ausschliesslich an Tierärzte verkaufen, ohne die Apotheken in den Vertrieb einzubeziehen, führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung durch und eröffnete am 25. Mai 2000 eine Untersuchung betreffend den Vertrieb von Tierarzneimitteln (vgl. BBl 2000 III 3075). Deren Ziel ist es festzustellen, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsabreden seitens der Hersteller und Vertreiber von Tierarzneimitteln sowie der Tierärzte im Sinne des Kartellgesetzes bestehen.

Im Laufe der Untersuchung erklärte sich auf Anfrage des Sekretariats der VTG am 6. November 2000 bereit, die folgenden acht Mitglieder obligatorisch zu vertreten: A. SA, B. GmbH, C. AG, D. SA, E. AG, F. AG, G. AG, H. AG. Am 26. Januar 2001 (bzw. am 2. Februar 2001) informierte das Sekretariat den VTG sowie dessen Mitglieder, dass es die Vorakten aus der Vorabklärung ins Untersuchungsverfahren überfüh-

ren werde, und ersuchte die Adressaten, soweit noch nötig, allfällige Geschäftsgeheimnisse genau zu bezeichnen. Mit Eingabe vom 16. Februar 2001 hielt der VTG namens der von ihm vertretenen Unternehmen fest, die eingereichten Daten zu den Fragen 4 (betr. Umsatz), 5 (betr. Betriebsgewinn), 6 (betr. Marktanteil), 7 (betr. zweite Hälfte der fünf meistverkauften Mitteln), 9b (betr. Umsatz) sowie 11 (betr. Querverlieferungen) seien als streng vertraulich zu behandeln.

Demgegenüber erklärte das Sekretariat dem VTG am 27. März 2001, die als Geheimnisse bezeichneten Zahlen zu den Fragen 4, 5, 6 und 9b seien rechtserheblich, und schlug als Kompromiss vor, die Daten betreffend Umsatz (Frage 4), Betriebsgewinn (Frage 5), Marktanteil (Frage 6) und Marktsegmentumsatz (Frage 9b) durch Angabe einer Bandbreite zu umschreiben sowie bestimmte andere Angaben überhaupt nicht offen zu legen (betr. Fragen 11 und 13). Am 24. April 2001 verlangte der VTG vom Sekretariat jedoch, die absolut vertraulichen Daten dürften im Rahmen der Akteneinsicht auch nicht durch Umschreibung einer Bandbreite zugänglich gemacht werden, da Dritte angesichts der eng definierten Bandbreiten im Stande wären, sich eine sehr präzise Vorstellung über die konkrete Marktstellung jedes einzelnen betroffenen Unternehmens zu machen. Am 11. Mai 2001 hielt das Sekretariat am vorgeschlagenen Vorgehen fest, worauf der VTG am 21. Mai 2001 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung beantragte.

Am 18. Juni 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Zwischenverfügung mit folgendem 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 bekannt zugebenden Tatsachen entsprechend dem Vorschlag gemäss den Schreiben des Sekretariates vom 27. März 2001 bekannt gegeben.

2. Über die Kosten für diese Verfügung wird mit dem Kostenentscheid in der Hauptsache entschieden ...".

Zur Begründung wurde festgehalten, das Sekretariat dürfe mit einem Präsidiumsmitglied verfahrensleitend verfügen, ob und in welcher Form die als Geschäftsgeheimnisse anerkannten Tatsachen im Interesse des Akteneinsichtsrechts der Parteien zu umschreiben seien. Die Einsichtnahme in die Akten sei nur zu verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, eine Geheimhaltung erforderten. Als Geschäftsgeheimnisse gälten nicht offenkundige oder allgemein zugängliche Tatsachen, bei denen neben dem subjektiven Geheimhaltungswillen auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestünde. Indes sei es zulässig, entscheidenerhebliche, geheime Tatsachen in geeigneter Weise zu umschreiben, um sie so den Parteien wenigstens ihrem wesentlichen Inhalt nach bekannt geben zu können.

Ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen beziehe sich jedoch nicht auch auf deren Umschreibung innerhalb einer Spannweite, soweit diese keine genügend konkreten Rückschlüsse auf die geheimen Ausgangszahlen zulasse. Im Interesse der Rechtssicherheit müssten ihre Entscheide nachvollziehbar sein, weshalb erhebliche Tatsachen in umschriebener Form der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden dürften.

Da die Marktstruktur für die Beurteilung der sich stellenden wettbewerbsrechtlichen Frage massgebend sei, erwiesen sich die strittigen Zahlen als entscheidend. Deren Geheimnischarakter stünde einer Umschreibung nicht entgegen, weil die bewusst grosszügig gefassten Bandbreiten keine konkreten Rückschlüsse auf die Grösse der Ausgangszahlen zulasse. Die Gesuchsteller hätten kein objektives Geheimhaltungsinteresse an einer bewusst unbestimmt gehaltenen Umschreibung der Angaben, welche nur äusserst vage Rückschlüsse auf die mögliche Höhe der Ausgangszahl erlaubten. Bestätigt werde diese Ansicht auch durch den Umstand, dass sich die nicht dem VTG angehörenden Mitglieder stillschweigend mit entsprechenden Umschreibungen einverstanden erklärt hätten. Schliesslich werde auch keine andere Umschreibung vorgeschlagen.

B. Mit Beschwerde vom 28. Juni 2001 gelangte der VTG namens und im Auftrag der von ihm obligatorisch vertretenen acht Unternehmen (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch [...], an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit den Anträgen:

"1. Es sei festzustellen, dass die in der Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 18. Juni 2001 vorgesehene Umschreibung vertraulicher Zahlenangaben, welche die vom Beschwerdeführer im Untersuchungsverfahren vertretenen Verbandsmitglieder in Beantwortung der Fragen 4, 5, 6 und 9b des Fragebogens vom 14. Januar 2000 eingereicht haben, das Geschäftsgeheimnis derselben verletzt, und es sei die Zwischenverfügung entsprechend aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass die vertraulichen Zahlenangaben, welche die vom Beschwerdeführer im Untersuchungsverfahren vertretenen Verbandsmitglieder in Beantwortung der Fragen 4, 5, 6 und 9b des Fragebogens vom 14. Januar 2000 eingereicht haben, weder direkt noch indirekt durch eine Umschreibung mittels Bandbreiten offen gelegt werden dürfen.

3. Eventualiter seien die für eine Umschreibung der vertraulichen Zahlenangaben verwendeten Bandbreiten so zu konzipieren,

- (i) dass die Abweichung von der vertraulichen Ausgangszahl zunächst mindestens 50% nach oben und nach unten beträgt;
 - (ii) und dass die derart ermittelte Bandbreite anschliessend so nach oben oder nach unten verschoben wird, dass die vertrauliche Ausgangszahl nach Zufallsprinzip in das untere, mittlere oder obere Drittel der Bandbreite zu liegen kommt.
4. Subeventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
 5. Die Kosten des Verfahrens seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, und es sei dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung auszurichten".

Vorab weist der Rechtsvertreter darauf hin, dass dem VTG und dessen Mitgliedern (d.h. den Beschwerdeführerinnen) die jeweiligen Umsätze, Gewinne oder Marktanteile der andern Mitgliedern des VTG nicht bekannt seien, und ihnen auch nicht zur Kenntnis gebracht werden dürften.

In der Sache bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die strittigen Angaben zu den Umsätzen, Gewinnen und der Marktstruktur (Marktanteile) stellten unbestrittenermassen Geschäftsgeheimnisse dar: diese - dem Sekretariat gegenüber als geheim bezeichneten - Daten seien weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich. Zudem bestehe ein objektives Interesse an der Geheimhaltung dieser Zahlen, da sich Dritte bei Bekanntgabe dieser Daten ein präzises Bild über die jeweilige Marktstellung der einzelnen Beschwerdeführerinnen machen könnten. Der absolut geltende Geheimnisschutz dürfe nicht unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht Dritter verletzt werden. Ferner sei es mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig, die geheimhaltungsbedürftigen Angaben zu den Fragen 4, 5, 6 und 9b durch Umschreibung offen zu legen und so dem "wesentlichen Inhalt" nach bekannt zu geben.

Sodann irre die Vorinstanz, soweit sie die vertraulichen Angaben wegen der "Marktstruktur" als rechtserheblich erachte. Denn so ausgelegt sei der Begriff "Rechtserheblichkeit" ohne Kontur. Vielmehr habe die Wettbewerbskommission konkret nachzuweisen, inwiefern die umstrittenen Angaben im Einzelfall geeignet seien, Grundlage des späteren Entscheides zu werden. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Untersuchung, ein allfälliges Weiterbestehen des 1993 aufgelösten Exklusivlieferungsvertrages zu klären, seien nicht die Umsätze, Betriebsgewinne und Marktanteile der einzelnen Mitglieder im Tierarzneimittelmarkt entscheidend relevant, sondern höchstens die Marktstellung der Mitglieder des VTG insgesamt. Deshalb dürfte die Angabe

eines "aggregierten Umsatzes" beziehungsweise der "aggregierten Marktanteile" ausreichen.

Schliesslich vermittelten die unverhältnismässig engen "Bandbreiten" ein äusserst präzises Bild über die Marktstellung der Betroffenen, weshalb sie die Geschäftsgeheimnisse nicht wirksam zu schützen vermögen. In der überwiegenden Zahl der Fälle seien die Minimal- und Maximalwerte der jeweiligen Bandbreiten so gewählt, dass der Mittelwert der Bandbreite ziemlich genau dem effektiven (Durchschnitts-) Wert der Ausgangszahl entspreche und die Abweichungen davon in der Regel unter zehn Prozent lägen. Mit diesem Vorgehen werde indessen die gesetzliche Garantie der vertraulichen Behandlung von Geschäftsgeheimnissen faktisch ausgehöhlt und dadurch der absolut geltende Geheimnisschutz verletzt. Werde auf Bandbreiten nicht verzichtet, so seien diese zum wirksamen Schutz der Geschäftsgeheimnisse gemäss Eventualantrag zu bemessen.

C. Mit Vernehmlassung vom 15. August 2001 beantragt die Wettbewerbskommission, die Beschwerde sei unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen.

Die Wettbewerbskommission anerkennt, dass die strittigen Daten als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren und dementsprechend geheim zu halten seien. Strittig sei daher nur, ob und inwiefern die fraglichen Angaben in den Akten umschrieben werden dürften. Die Umschreibung von unter das Geschäftsgeheimnis fallenden Tatsachen sei nicht mit deren Offenlegung zu verwechseln. Die zur Wahrung des Gehörsanspruchs unverzichtbare Umschreibung solcher Tatsachen stelle a priori keine Geheimnisverletzung dar, solange sie keine hinreichend konkreten Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaube. Ferner seien die zu publizierenden Entscheide der Wettbewerbskommission erst mittels Umschreibungen gewisser geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen verständlich; eine präventiv wirkende Publikationspraxis schaffe Rechtssicherheit und erweise sich daher als bedeutsames Instrument der Wettbewerbspolitik.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der wesentliche Inhalt geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen mitzuteilen sei, sei nicht massgebend, ob beim Entscheid auf die geheimen Fakten effektiv abgestellt werde, sondern einzig ob sich diese eignen, den zu treffenden Entscheid zum Nachteil einer der beteiligten Parteien (allenfalls indirekt) zu beeinflussen.

Des Weiteren gehe auch die Kritik betreffend Rechtserheblichkeit der strittigen Daten fehl. Die vorgeschlagene "aggregierte" Umschreibung von Umsatz und Marktanteilen der VTG-Mitglieder insgesamt werde dem Gehörsanspruch nicht gerecht, da eine nachvollziehbare Entscheidung eine differenzierte Betrachtung von Umsätzen, Marktanteilen, Betriebsgewinnen und Marktsegmenten voraussetze.

Schliesslich seien die gerügten Bandbreiten zum Schutz der angerufenen Geschäftsgeheimnisse genügend unbestimmt und im Vergleich mit der Praxis der Europäischen Kommission grosszügig gehalten. Insbesondere bewirke der beispielhaft dargelegte Vergleich der Bandbreiten mit dem Dreijahresdurchschnitt der entsprechenden Ausgangszahlen eine mathematische Verzerrung. Die von den Beschwerdeführerinnen aufgezeigte Art der Berechnung eigne sich nicht, die Rückschliessbarkeit aus der Sicht eines Dritten darzustellen. Der Unsicherheitsfaktor für Rückschlüsse sei genügend hoch, zumal bei richtiger Berechnungsweise die angestrebten Umschreibungen teilweise Abweichungen von über 50 Prozent umfassten. Daher sei auch der auf eine Neuumschreibung der Bandbreiten abzielende Eventualantrag abzulehnen, umso mehr als das Fehlen von Regelmässigkeiten bei der Umschreibung der geheimen Zahlen die Betroffenen am besten schütze. Indessen treffe der Vorwurf zu, die Bandbreite zum Gesamtumsatz der C. AG sei falsch. Zu beachten sei schliesslich, dass die Europäischen Justizbehörden in ihrer Praxis die Marktanteile der beteiligten Unternehmen nicht oder kaum kaschierten.

D. Mit Schreiben vom 9. April 2002 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass eine öffentliche Verhandlung vorgesehen sei. Mit Eingabe vom 22. April 2002 verzichteten die Beschwerdeführerinnen auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Die angefochtene Anordnung der Vorinstanz, wonach sie die von den Beschwerdeführerinnen (unabhängig voneinander) übermittelten Daten betreffend Umsatz (Frage 4), Betriebsgewinn (Frage 5), Marktanteil (Frage 6) und Marktsegmentumsatz (Frage 9b) mittels Bandbreiten umschreiben und in dieser Form den Verfahrensparteien zugänglich machen will, stellt eine verfahrensleitende Massnahme dar, weil sie innerhalb der hängigen Untersuchung im Rahmen der Vorbereitung der Akteneinsichtsgewährung erfolgt. Diese Massnahme ist nicht darauf gerichtet, den Untersuchungsgegenstand materiell endgültig zu entscheiden, sondern sie stellt einen Schritt auf dem Weg zur Erledigung des Verfahrens dar (vgl. E. 1.2. am Ende). Sie ist deshalb als Zwischenverfügung zu qualifizieren (GYGI, a.a.O., S. 141; ZIMMER-

LI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 44 f.; vgl. auch: Art. 45 VwVG, zitiert in E. 1.2).

Sie stammt von der Wettbewerbskommission, da sie vom zuständigen Präsidiumsmitglied und dem Direktor des Sekretariats unterschrieben und als Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission gekennzeichnet ist (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, Geschäftsreglement, SR 251.1).

Wie allerdings in der angefochtenen Zwischenverfügung (Ziff. 11) richtig erwähnt wird, bereitet nach Artikel 23 Absatz 1 KG (zitiert in E. 2) das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor. Des Weiteren führt es die Untersuchung durch und erlässt mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Demgegenüber trifft die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 18 Absatz 3 Satz 1 KG (zitiert in E. 2) die Entscheide und erlässt die Verfügungen, welche nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind.

Insofern erhebt sich die Vorfrage, ob die Wettbewerbskommission zum Erlass der hier angefochtenen Zwischenverfügung befugt war.

1.1.1. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen beziehen sich verfahrensleitende Verfügungen in erster Linie auf die Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts und zur Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht und der Anhörung, zumal die vom Sekretariat zu führende Untersuchung namentlich die Erhebung und Sicherung von Beweisen sowie die Anhörung der Parteien beinhaltet (RPW 1997, S. 252 ff., E. 3.3, bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts vom 3. November 1997 E. 3c, publiziert in: RPW 1997, S. 621 ff.; vgl. ROLF DÄHLER, Wettbewerbsbehörden, in: SPR V/2, S. 578 und 586). Unter diesem Gesichtswinkel wäre zweifellos das Sekretariat zuständig gewesen, die besagte Verfügung zu treffen (vgl. PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: SPR V/2, S. 488; DÄHLER, a.a.O., S. 586).

1.1.2. Dennoch ist trotz der grundsätzlich funktionellen Zweiteilung der Wettbewerbsbehörden in ein Untersuchungs- (Sekretariat) und ein Entscheidorgan (Wettbewerbskommission) in Rechnung zu stellen, dass keine prinzipiellen Gründe gegen den Erlass spezifischer verfahrensleitender Verfügungen durch die Wettbewerbskommission sprechen, insbesondere dann, wenn es um die rechtlich anspruchsvolle und von der Tragweite her bedeutsame Frage geht, ob und in welchem Ausmass geheime Geschäftsdaten der von der Untersuchung Direktbetroffenen mittels Bandbreiten umschrieben und in dieser Form auch weiteren akteneinsichtsberechtigten Verfahrensparteien gegenüber offen gelegt werden sollen (vgl. dazu E. 1.2.2; vgl. zur funktionellen Zweiteilung: Botschaft des Bundesrates vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl

1995 I 525). Angesichts der grundsätzlichen Entscheidungskompetenz der Wettbewerbskommission in der Hauptsache (vgl. Art. 30 und 37 KG) ist nichts dagegen einzuwenden, wenn sie in begründeten Fällen de iure anstelle ihres Sekretariats - immerhin von diesem vorbereitete - verfahrensleitende Massnahmen erlässt. In dieser Konstellation liegt kein unzulässiges Abweichen von der kartellgesetzlichen Zuständigkeitsordnung vor.

1.2. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nach Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) in Verbindung mit Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 2) sowie der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 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) selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anfechtbar, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (BGE 120 Ib 97 E. 1c; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 511).

Nachfolgend bleibt deshalb zu klären, ob den Beschwerdeführerinnen durch die beabsichtigte Offenlegung von Bandbreiten ihrer geheimen Daten im Rahmen der Akteneinsichtsgewährung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen könnte.

1.2.1. Das besondere Rechtsschutzinteresse zur sofortigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung liegt im Nachteil, der entstünde, wenn die Anfechtung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (vgl. GYGI, a.a.O., S. 142 f. mit Verweis auf Art. 45 Abs. 3 VwVG; vgl. auch: BGE 124 V 82 E. 4 mit weiteren Hinweisen auf die Praxis).

Als "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" anerkennt das Bundesgericht in seiner konstanten Rechtsprechung auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es einem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. BGE 125 II 613 E. 4a). Der Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c).

1.2.2. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen stellen ihre hier zur Diskussion stehenden Unternehmens- beziehungsweise Marktdaten zu den Fragen 4 (Umsatz), 5 (Betriebsgewinn), 6 (Marktanteil) und 9b (Marktsegmentumsatz) schützenswerte Geschäftsgeheimnisse dar. Denn einerseits seien diese Angaben weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich, weil mangels Börsenkotierung keine Pflicht zur Veröffentlichung von Jahresabschlüssen bestehe. Des Weiteren sei der subjektive Geheimhaltungswille dem Sekretariat deutlich zur Kenntnis

gebracht worden. Schliesslich bestehe auch ein objektives Interesse an der Geheimhaltung der strittigen Zahlen, da Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmer bei Bekanntgabe dieser Daten im Stande wären, sich ein präzises Bild über die jeweilige Marktstellung der einzelnen Beschwerdeführerinnen sowohl hinsichtlich des Gesamtmarktes wie auch in Bezug auf Teilmärkte zu machen.

Diese Qualifizierung als Geschäftsgeheimnisse anerkennt die Wettbewerbskommission ausdrücklich. Die Frage des Geheimnischarakters und der Geheimhaltungsbedürftigkeit der betreffenden Informationen ist hier nicht strittig und braucht nicht weiter erörtert zu werden (vgl. E. 3). Denn der Entscheid über die Qualifikation von Geschäftsdaten als Geschäftsgeheimnisse steht letztlich dem Sekretariat (bzw. der Wettbewerbskommission) zu, was auch im Interesse einer effizienten behördlichen Ermittlungsarbeit liegt (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 25, Rz. 18). Dies entspricht auch der Rechtslage in der Europäischen Union, wonach nur solche Informationen bezüglich wettbewerbsrelevanten internen Daten (wie z.B. absatz-, markt-, umsatz-, kunden-, sowie finanzierungs- und kostenbezogene Angaben) unter das Geschäftsgeheimnis fallen, welche von einem Unternehmen auch als Geschäftsgeheimnis erklärt und von der Kommission als solche anerkannt werden (vgl. Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rats, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. C 23 vom 23. Januar 1997, I.A.1; sowie INGOLF PERNICE, in: Kommentar zur Europäischen Union, hrsg. von EBERHARD GRABITZ/MEINRAD HILF, München, nach Art. 87, Verordnung Nr. 17 [zu Art. 20], Rz. 11; TIM GUMBEL, Grundrechte im EG-Kartellverfahren nach der VO 17/62, Berlin 2001, S. 204).

Nach den Artikeln 162 StGB (SR 311.0) und 28 ZGB (SR 210) haben die Beschwerdeführerinnen einen strafrechtlich geschützten, persönlichkeitsrechtlichen, vermögenswerten Anspruch auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse (vgl. dazu: MARTIN SCHNEIDER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung, Bern und Stuttgart 1989, S. 64 ff. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 456 ff.).

Angesichts dieser Rechtslage könnte der Vollzug der von der Wettbewerbskommission beabsichtigten Akteneinsichtsgewährung in die strittigen Geschäftsdaten für die Beschwerdeführerinnen jedenfalls dann zu einer *irreparablen* Geheimnisverletzung führen, wenn sich die vorgeschlagene Offenlegung der Daten in "verfremdeter" (d.h. "nur die Grössenordnung aufzeigender") Form (mittels Bandbreiten) als rechtlich unzulässig erweisen sollte und nicht bereits im vorliegenden

Beschwerdeverfahren einer Überprüfung zugänglich wäre (vgl. RE-KO/WEF 98/GB-001 E. 1.3.3, publiziert in: RPW 1998/5, S. 875 ff.).

Demzufolge ist hier im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 VwVG ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Anfechtbarkeit der strittigen Zwischenverfügung grundsätzlich zu bejahen (gleicher Meinung: PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Basel 2000, S. 227; vgl. zur analogen Rechtslage in der Europäischen Union [PERNICE, a.a.O., zu Verordnung Nr. 17 [zu Art. 19], Rz. 24a, sowie GUMBEL a.a.O., S. 206] bzw. in Deutschland [KARSTEN SCHMIDT, Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren, Köln-Berlin-Bonn-München 1992, S. 95 mit Hinweisen]).

1.3. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251; Art. 1) 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.

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

Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 Satz 1 KG). Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 VwVG (Art. 40 Satz 2 KG). Nach Artikel 39 KG sind auf die Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht.

Die Wettbewerbsbehörden wahren das Amtsgeheimnis (Art. 25 Abs. 1 KG). Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu

dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwenden (Art. 25 Abs. 2 KG). Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG).

Nach Artikel 26 VwVG hat die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache folgende Akten am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen: (a) Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden; (b) alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke; (c) Niederschriften eröffneter Verfügungen. Gemäss Artikel 27 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten insbesondere nur dann verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Abs. 1 Bst. b). Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (vgl. Art. 27 Abs. 2 VwVG). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG).

3. Nach der gesetzlichen Regelung haben die an Wettbewerbsabreden Beteiligten und davon betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden gegenüber eine Auskunftspflicht sowie eine Pflicht zur Vorlage von Unterlagen (vgl. Art. 40 Satz 1 KG). Dadurch erhalten die Wettbewerbsbehörden das unerlässliche Instrument, um den rechtserheblichen Sachverhalt festzustellen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 615). Da die in Artikel 40 KG statuierte Informationspflicht auch Geschäftsgeheimnisse mitumfasst, ist der Träger eines Geschäftsgeheimnisses nicht befugt, eine Auskunft zu verweigern (Botschaft, a.a.O., S. 615; Commentaire Romand - Droit de la concurrence, ed. par PIERRE TERCIER et CHRISTIAN BOVET, Bâle 2002 - BENOÎT CARRON, Art. 40 LCart, N 19, p. 912). Im Gegenzug zu dieser umfassenden Informationspflicht sind die Wettbewerbsbehörden an die Wahrung des Amts- und der Geschäftsgeheimnisse gebunden (vgl. Art. 25 KG, Botschaft, a.a.O., S. 615).

Nach allgemeiner Definition werden unter Geschäftsgeheimnissen (schützenswerte) Kenntnisse verstanden, welche einem Interessenten unbekannt sind und nicht ohne einen gewissen wirtschaftlichen Aufwand in Erfahrung gebracht werden können (MARTIN SCHNEIDER, a.a.O., S. 10). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Tatsache dann als Geschäftsgeheimnis, wenn sie weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist, der Geheimnisherr diese Tatsache geheim halten will und gleichzeitig an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse hat. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die geheimzuhaltende Tatsache einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis haben kann

(vgl. Pra 72/1983, Nr. 181, E. 5 c mit Hinweisen; CR Concurrence, a.a.O., JEAN-MARC REYMOND, art. 16 LCart, N 14 ss., p. 692).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren anerkennt die Vorinstanz, dass die Angaben der Beschwerdeführerinnen zu den Fragen 4 (betr. Umsatz), 5 (betr. Betriebsgewinn), 6 (betr. Marktanteil), 9b (betr. Marktsegmentumsatz) geheimzuhaltende Geschäftsgeheimnisse darstellen (vgl. E. 1.2.2).

Insofern ist hier einzig die Frage strittig und nachfolgend zu prüfen, *ob* und gegebenenfalls *in welcher Form* eine Umschreibung der fraglichen Daten zulässig ist, damit diese im Rahmen der Akteneinsicht den an der Untersuchung beteiligten Parteien zugänglich gemacht werden dürfen.

3.1. Auszugehen ist von Artikel 29 Absatz 2 BV (SR 101), der grundrechtlich den Anspruch auf rechtliches Gehör statuiert. Diese Verfahrensgarantie räumt den Parteien das Recht ein, am Verfahren teilzunehmen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen (BGE 121 V 150 E. 4a). In Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe zielt der in Artikel 26 VwVG festgelegte Anspruch der Parteien auf Akteneinsicht darauf ab, diesen eine Orientierung über alle für das Verfahren wesentlichen Unterlagen zu ermöglichen. Damit soll die Grundlage für eine wirksame und sachbezogene Ausübung des Äusserungsrechtes (Art. 30 VwVG) geschaffen werden (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 295 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bestehen im Wettbewerbsrecht erhöhte Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht, indem den Parteien durch eine offen gelegte - allerdings berechnete Geheimhaltungsinteressen wahrende (Art. 27 f. VwVG) - Aktenführung wie auch durch Einsichtsgewährung in alle einschlägigen Unterlagen Gelegenheit zu geben ist, in wirksamer Weise an der Erstellung des entscheidenderheblichen Sachverhaltes mitzuwirken. Dies soll die Verfahrensparteien in die Lage versetzen, möglicherweise entscheidenderhebliche Akten auf ihren Beweiswert zu prüfen und in Kenntnis der zur Diskussion stehenden Standpunkte und Beweismittel die notwendigen Beweisanträge zu stellen (REKO/WEF 98/FB-001 E. 3.2.2, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655; dazu auch: HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 7/99, S. 837 ff., insbes. S. 843; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 676, S. 374 f.). Damit soll im Interesse der Fairness und der Transparenz des Untersuchungsverfahrens den Betroffenen ermöglicht werden, den Wettbewerbsbehörden dank einer effektiven Mitwirkung zu einem besseren Verständnis der Zusammenhänge zu verhelfen, damit der Untersuchung alle für die Entscheidung erheblichen Fakten zu Grunde gelegt und in ihrer Tragweite und Relevanz richtig bewertet werden können.

Gleichzeitig obliegt den Wettbewerbsbehörden jedoch auch die Pflicht, das Amtsgeheimnis zu wahren (vgl. Art. 25 Abs. 1 KG). Dementsprechend haben sie nach Artikel 27 VwVG (i.V.m. Art. 39 KG) die Einsichtnahme in die Akten zu verweigern (vgl. Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG), wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (vgl. BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa; VPB 59.54 E. 4b mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich dabei nur auf Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (vgl. Art. 27 Abs. 2 VwVG).

3.1.1. Ausgehend von dieser Regelung machen die Beschwerdeführerinnen als Hauptargument geltend, ihre Geschäftsgeheimnisse seien kartellgesetzlich absolut geschützt und dürften deshalb auch nicht unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht Dritter verletzt werden, zumal die Wettbewerbskommission die zur Diskussion stehenden Geschäftsdaten vorbehaltlos als Geschäftsgeheimnisse anerkenne. Schon deshalb komme eine Umschreibung der strittigen Angaben grundsätzlich nicht in Frage. Aber auch die Bekanntgabe der fraglichen Daten in "umschriebener, den wesentlichen Inhalt umfassender Form" sei mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, im Sinne der Verhältnismässigkeit dürften entscheidungswesentliche geheime Tatsachen in geeigneter Weise umschrieben (d.h. den Parteien wenigstens dem wesentlichen Inhalt nach bekannt gegeben) werden, damit so das Spannungsverhältnis zwischen dem Geheimhaltungsanspruch des Geheimnisherrn und dem Gehörsanspruch der beteiligten Parteien entschärft werde. Die Umschreibung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen innerhalb einer gewissen Spannbreite bedeute keine Offenlegung von unter das Geschäftsgeheimnis fallenden Tatsachen. Die Umschreibung sei zur Wahrung des Gehörsanspruchs der anderen beteiligten Parteien unverzichtbar und stelle a priori keine Geheimnisverletzung dar, so lange eine solche Umschreibung keine hinreichend konkreten Rückschlüsse auf die geheimen Ausgangszahlen erlaube. Verständlich und nachvollziehbar seien ihre im öffentlichen Interesse zu publizierenden Entscheide erst, wenn gewisse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen umschrieben würden.

Diese diametral entgegengesetzten Positionen reflektieren das im KG und VwVG vorgezeichnete Spannungsverhältnis zwischen dem Mitwirkungsinteresse weiterer Verfahrensparteien am Prozess der Entscheidungsfindung (Art. 26 VwVG) und dem Interesse der direkt von der Untersuchung ins Visier genommenen Beschwerdeführerinnen an der Geheimhaltung ihrer Geschäftsgeheimnisse (Art. 25 Abs. 1 und 4 KG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 u. 2 VwVG). Dies führt zur schwierigen Frage, auf welche Weise unter den gegebenen Umständen das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich nach Umfang und Gehalt festzulegen ist, damit

der kartellgesetzlich zu beachtende Geheimnisschutz mit dem grundrechtlichen Anspruch der Verfahrensparteien auf rechtliches Gehör in Einklang steht.

3.1.2. Die Beschwerdeführerinnen führen zu Recht an, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren haben (vgl. Art. 25 Abs. 1 KG). Nach zutreffender Lehrmeinung obliegt diesen die Pflicht, insbesondere zu verhindern, dass heikle Unternehmensdaten (wie Geschäftsgeheimnisse), welche für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung sind, preisgegeben werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 674, S. 374; CR Concurrence, a.a.O., ALESSANDRO BIZZOZERO, Art. 25 LCart, N 26, p. 775). Denn korrelierend zur Auskunftspflicht der Verfahrensbeteiligten (Art. 40 KG), welche den Wettbewerbsbehörden die entscheidnotwendigen Informationsquellen erschliessbar machen soll, dient die Amtsverschwiegenheit der Wettbewerbskommission (Art. 25 Abs. 1 KG) dem Zweck, sicherzustellen, dass die betroffenen Unternehmen um ihres Rechtsschutzes und der Richtigkeit des Verfahrensergebnisses willen den Wettbewerbsbehörden auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anvertrauen können, ohne dass weitere Verfahrensbeteiligte - insbesondere Konkurrenten - von diesen Geheimnissen erfahren (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 615; dazu allg.: MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 233; WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, St. Gallen 1980, S. 198 f.). Eine restriktive Beurteilung der Verschwiegenheitspflicht der Wettbewerbsbehörden liegt in deren Interesse, zumal sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben insbesondere auf geheime, für die Wettbewerbsfähigkeit bedeutungsvolle Informationen von Unternehmen angewiesen sind, und eine strenge behördliche Geheimhaltungsverpflichtung die beste Voraussetzung für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Wirtschaftskreisen schafft und deren Bereitschaft fördert, auch geheime Tatsachen aus ihrer Geschäftssphäre mitzuteilen.

Insofern erlaubt Artikel 25 Absatz 1 KG - in Verbindung mit Artikel 27 VwVG - den Schluss, dass einerseits Verfahrensparteien wie auch in der Untersuchung als Dritte mitwirkende Informanten Anspruch darauf haben, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die sie als solche kenntlich gemacht haben und die von den Wettbewerbsbehörden als solche behandelt werden, nicht (ohne ihre Zustimmung) offenbart werden. Eine solche Offenlegung kann sich durch alle Formen aktiven Handelns (einschliesslich privater Gespräche sowie schlüssiges Verhalten) oder selbst durch "Unterlassen" (z.B. durch mangelhafte Aktenaufbewahrung) vollziehen, unabhängig davon ob die Offenbarung vorsätzlich oder fahrlässig geschieht; vorausgesetzt ist nur, dass dadurch einem Dritten eine Information bekannt wird, die ihm noch nicht oder nicht sicher bekannt war. Auch die Bestätigung einer vermutlich bekannten Information könnte eine solche Offenbarung dar-

stellen (vgl. dazu eingehend: GEORGIOS TRANTAS, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, Berlin 1998, S. 484). Vor diesem Hintergrund ist den Beschwerdeführerinnen zuzustimmen, dass eine Umschreibung der hier fraglichen Geschäftsgeheimnisse zum Zwecke der Gewährung von Akteneinsicht jedenfalls dann einer Geheimnisverletzung gleichzusetzen wäre, wenn die Weise, wie diese Daten umschrieben werden, hinreichend konkrete Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen zuliesse. Dies scheint auch die Vorinstanz zu Recht nicht in Frage zu stellen.

Insofern erlaubt die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses nach Artikel 25 Absatz 1 KG nicht, dass Geschäftsgeheimnisse unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht verletzt werden. Dementsprechend ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen insofern absolut, als Artikel 25 Absatz 1 (i.V.m. Abs. 4) KG keine Geheimhaltung unter Offenbarungsvorbehalt statuiert, die einer Abwägung der widerstreitenden Interessen zugänglich wäre, welche die "Offenbarungssperre" gleichsam beseitigen und die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen an akteneinsichtsberechtigte Verfahrensparteien erlauben würde (im Ergebnis gleicher Meinung: ZÄCH, a.a.O., Rz. 674, S. 374, mit Verweis auf SCHERRER, a.a.O., S. 471; a. M. CR Concurrence, a.a.O., ALESSANDRO BIZZAZERO, Art. 25 LCart, N 16, 26, p. 774 s.; vgl. für das Recht der EU: WOLFGANG WEISS, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, Köln 1996, S. 208 f. und 213 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; anders die Rechtslage in Deutschland: KLAUS-PETER SCHULTZ, Geschäftsgeheimnisse in Kartellverwaltungssachen, Computer und Recht 8/1987, S. 493 f.).

Somit ist betreffend die Geheimnisbedürftigkeit von Unternehmensdaten davon auszugehen, dass Tatsachen, die schützenswerte Geheimnisse bilden, nicht um ihrer kartellrechtlichen Erheblichkeit willen schlechthin schutzunwürdig sind. Selbst Fakten, welche Verstöße gegen das KG begründen könnten (bzw. in ihrer zusammenwirkenden Beurteilung diesen Schluss zulassen) wären ebenfalls nicht bereits deswegen als schutzunwürdig zu erachten. Soweit allerdings von den Betroffenen als Geschäftsgeheimnisse erachtete Tatsachen, wie beispielsweise der Text einer unzulässigen Abrede oder eines unzulässigen Koppelungsvertrages zur kartellgesetzlichen Beweisführung notwendig sind, wären solche Tatsachen mangels objektivem Geheimhaltungsinteresse von vornherein nicht als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln (gleicher Meinung: DÄHLER, a.a.O., S. 586).

Hier nicht weiter zu untersuchen ist die Frage, wie sich diese Sichtweise mit der Problemkonstellation verträgt, wenn sich ein kartellgesetzlich relevanter Sachverhalt allenfalls *nur* durch Offenbarung eines (oder mehrerer) *Wirtschaftsdaten* umfassender Geschäftsgeheimnisse nachweisen liesse, ohne dass ein qualitativ leichter Eingriff denkbar wäre, das heisst, wenn es für die kartellrechtliche Beurteilung auf die

betreffenden Geheimdaten entscheidend ankäme, *keine* anderen Möglichkeiten der Sachaufklärung und Beweisführung bestünden und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Angelegenheit für die Sicherung des wirksamen Wettbewerbs das hochrangige Schutzinteresse des Betroffenen an der Geheimhaltung unverkennbar überwiegen würde (vgl. dazu allgemein: SCHULTZ, a.a.O., S. 494 ff.).

3.1.3. Diese zuletzt angesprochene Problematik kann hier offen bleiben, da sich die Wettbewerbskommission zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Akteneinsichtsrecht der Parteien und dem Geheimnisschutzanspruch der Beschwerdeführerinnen in der angefochtenen Zwischenverfügung auf Artikel 28 VwVG stützt, der wie folgt lautet:

"Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen".

Zur Begründung macht die Vorinstanz geltend, durch die Umschreibung der Geheimdaten mittels Bandbreiten werde den Verfahrensparteien lediglich der "wesentliche Inhalt" bekannt gegeben, weshalb diese Daten im folgenden Untersuchungsverfahren verwertbar blieben. Da bisweilen bereits in frühen Verfahrensstadien Akteneinsicht verlangt werde, sei zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der wesentliche Inhalt der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen mitzuteilen sei, nicht darauf abzustellen, ob auf die geheimen Tatsachen auch effektiv abgestellt werde, sondern einzig darauf, ob sich diese Tatsachen eigneten, den Entscheid zum Nachteil einer der beteiligten Parteien (allenfalls indirekt) zu beeinflussen.

Die Beschwerdeführerinnen erachten es demgegenüber als von vornherein unzulässig, die vorgesehene Umschreibung der geheimen Tatsachen auf Artikel 28 VwVG abzustützen. Denn der "wesentliche Inhalt" geheimhaltungsbedürftiger Angaben dürfe nur dann mitgeteilt werden, wenn zum Nachteil einer (mit dem Geheimnisherrn nicht identischen) "Drittpartei" auf diese Angaben auch abgestellt werden soll, und nicht bereits wenn diese Angaben entscheidenderheblich seien. Folglich dürften die geheimhaltungsbedürftigen Angaben zu den Fragen 4, 5, 6 und 9b des Fragebogens vom 14. Januar 2000 mangels gesetzlicher Grundlage weder direkt noch indirekt durch Umschreibung mittels Bandbreiten offen gelegt werden.

Diese Sichtweise der Beschwerdeführerinnen verkennt, dass das Nebeneinander von (sich bereits in frühen Verfahrensstadien aktualisierendem) Akteneinsichtsrecht und absolut geltendem Geheimnisschutz zu einem grundsätzlichen Zielkonflikt führt, der nach der Lösung ruft,

ob der Geheimnisschutz für die Hauptbeteiligten eines Kartellverwaltungsverfahrens mit einem Verwertungsverbot - und dementsprechend mit einem allfälligen Verzicht auf Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung - erkaufte werden muss.

Dazu lässt sich aus der Zweckrichtung von Artikel 28 VwVG letztlich ein *Verbot der Verwertung geheim gehaltenen Materials zulasten der von der Akteneinsicht Ausgeschlossenen* ableiten. Deshalb dürfen Aktenstücke, in welche die Parteien keine Einsicht nehmen konnten und deren wesentlichen Inhalt ihnen nicht mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugänglich gemacht wurde, von den Wettbewerbsbehörden nicht zu ihrem Nachteil als Beweismittel verwendet werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 376; CR Concurrence, a.a.O., BENOÎT CARRON, Art. 39 LCart, N 39, p. 899; HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, Rz. 1324; zur gleichen Rechtslage in der EU [PERNICE, a.a.O., zu Art. 19, Rz. 25] und in Deutschland [WEISS, a.a.O., S. 285]). Daher ist über den Wortlaut von Artikel 28 VwVG hinaus - im Sinne der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz - auch nicht darauf abzustellen, ob sich der zu treffende Entscheid auf die geheimen Tatsachen tatsächlich abstützt, sondern einzig darauf, ob sich die wettbewerbsrelevanten Fakten eignen, den Entscheid zum Nachteil einer von der Untersuchung betroffenen Parteien zu beeinflussen (vgl. VPB 59.54 E. 3a u. 5b). Entscheidend ist insofern die im konkreten Fall objektive Bedeutung der aktenmässig festgehaltenen Informationen für die verfügungswesentliche Sachverhaltsfeststellung (vgl. BGE 115 V 297 E. 2/f). Wie die Vorinstanz zu Recht betont, ist der Kreis der Tatsachen, welchen im Laufe der Untersuchung Entscheidrelevanz zukommen könnten, nicht allzu eng zu ziehen.

In Wettbewerbssachen, wo für die Entscheidungsfindung der Wettbewerbskommission oftmals insbesondere die Analyse und Würdigung geheimer Tatsachen ausschlaggebend und diese Mittel für die Sachaufklärung kaum verzichtbar sind, wäre der effektive Vollzug des KG gefährdet, wenn entscheidungswesentliche, aber geheime Geschäftsdaten mangels gewählbarer Akteneinsicht im Sinne des Verwertungsverbotes für die Entscheidungsfindung nicht ausgewertet werden dürften. Diese Grundproblematik hat bereits seit vielen Jahrzehnten die Wettbewerbs- wie auch die Justizbehörden namentlich in der Europäischen Union und in der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig beschäftigt (vgl. zur Entwicklung in der EU: WEISS, a.a.O., S. 192 ff., zur Entwicklung in Deutschland: GUMBEL, a.a.O., S. 216 ff.; WEISS, a.a.O., S. 283 ff.; SCHMIDT, a.a.O., S. 1 ff.).

Aufbauend auf den gemachten zahlreichen Erfahrungen in den angesprochenen ausländischen Rechtskreisen hat sich in der noch jungen Praxis der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden ebenfalls die Meinung durchgesetzt, dass der Pflicht, Geschäftsgeheimnisse zu schützen - neben der Weglassung - auch dadurch Folge geleistet werden kann,

dass Geschäftsgeheimnisse verschleiert oder ungenau formuliert werden. Nach dieser zutreffenden Sichtweise kann die Mitteilung des wesentlichen Inhalts mittels Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen, Ersetzung absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen, wobei gleichzeitig hinreichend aussagefähige Fassungen der nur dem wesentlichen Inhalt nach offenzulegenden Informationen anzustreben sind (vgl. z.B. Zwischenverfügung des Sekretariats vom 19. April 2001 in Sachen Untersuchung "Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau", publiziert in: RPW 2001/2, Ziff. 21, S. 377 mit Hinweisen auf die eigene Praxis; BRUNO SCHMIDHAUSER, Komm. KG, a.a.O., Art. 25, Rz. 19; SCHERRER, a.a.O., S. 174 f. u. 471; bereits zum aKG: SCHLUEP in: SCHÜRMANNS/SCHLUEP, KG + PÜG, Kartellgesetz, Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, S. 532; INGO MEITINGER, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im globalen und regionalen Wirtschaftsrecht, Bern 2001, S. 165 f., 227; GUMBEL, a.a.O., S. 206 mit Hinweisen).

Wie den Ausführungen der Wettbewerbskommission entnommen werden kann, stösst diese Vorgehensweise in der Regel bei den betroffenen Geheimnisherrn auf Akzeptanz, was immerhin unterstreicht, dass die Betroffenen sich mit einer gewissen Umschreibung ihrer Geheimdaten mittels Bandbreiten abfinden können. Dazu sei nebenbei angemerkt, dass es der Verfahrenseffizienz zweifellos dient, wenn die Betroffenen gleichzeitig mit den Geschäftsgeheimnissen auch eine nichtvertrauliche Zusammenfassung ihrer Dokumente einreichen und gegebenenfalls dem Sekretariat eine sachlich vertretbare Umschreibung ihres geheimen Datenmaterials mittels Bandbreiten vorschlagen (vgl. für das Recht der EU: Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rats, a.a.O., Ziff. II.A.1.2, Nr. C 23/6).

Zusammenfassend steht somit fest, dass, wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, eine zwecks Gewährung von Akteneinsicht vorgenommene Umschreibung geheimer Daten zu Umsatz-, Gewinn- und Marktsituation mittels Bandbreiten solange keine Geschäftsgeheimnisverletzung darstellt, als eine genügend verfremdende Umschreibung gewählt wird, welche keine hinreichend substanziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Durch eine solche Umschreibung verlieren diese Ausgangszahlen ihren Geheimnischarakter und sind dann als nichtvertrauliche Zusammenfassungen (bzw. als "für die Sache wesentlichen Inhalt" im Sinne von Art. 28 VwVG) anzusehen. Sie dürfen dann auch Drittparteien gegenüber offen gelegt werden, ohne dass dadurch ein Geheimnis verletzt würde.

Insofern ist entgegen den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen, dass eine Bekanntgabe der hier strittigen Zahlenangaben in Form von Bandbreiten auch nicht gegen Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe b VwVG

verstösst, soweit sie als hinreichend verfremdet zu beurteilen sind. Wie die Vorinstanz aber zu Recht betont, sind die Bandbreiten immerhin auch so zu fassen, dass der Umschreibung noch ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann, andernfalls das Akteneinsichtsrecht seines Gehalts entleert würde.

3.1.4. Diese Überlegungen stehen auch in Übereinstimmung mit der von der Wettbewerbskommission angerufenen Informationspflicht, welche sie durch transparente, und damit nachvollziehbare Entscheide umsetzen will.

Denn nach Artikel 25 Absatz 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Auch diese Vorschrift geht davon aus, dass die in einem kartellgesetzlichen Verwaltungsverfahren den Behörden gegenüber offen gelegten geheimhaltungswürdigen innerbetrieblichen Daten und Informationen über den Stand oder die Entwicklung eines Unternehmens weder in Publikationen noch in Verfügungen der Wettbewerbsbehörden enthalten sein dürfen (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, Komm. KG, a.a.O., Art. 25, Rz. 17).

Insofern rechtfertigt auch die Öffentlichkeitsarbeit der Wettbewerbskommission, die in Artikel 49 KG ("Informationspflichten") vorgesehen und in den Grenzen einer verhältnismässigen Berichterstattung anzuerkennen ist, keine Beschränkung des absolut geltenden Geheimnisschutzes. Demzufolge ist es der Wettbewerbskommission verwehrt, der Öffentlichkeit Tatsachen publik zu machen, die sie nicht auch zur Begründung ihrer Verfügungen heranziehen darf.

3.2. Auf einer weiteren Ebene ihrer Argumentation ziehen die Beschwerdeführerinnen die *Rechtserheblichkeit* der strittigen Daten in Zweifel. Dazu führen sie unter Berufung auf Artikel 28 VwVG aus, das Sekretariat habe konkret nachzuweisen, inwiefern die umstrittenen Angaben im Einzelfall rechtserheblich und damit geeignet seien, Grundlage des späteren Entscheides zu werden. Angesichts des Zwecks der Untersuchung, ein allfälliges Weiterbestehen des 1993 aufgelösten Exklusivlieferungsvertrages zu klären, dürfte die Angabe eines "aggregierten Umsatzes" beziehungsweise der "aggregierten Marktanteile" für die Bedürfnisse der Untersuchung ausreichen, nachdem im Wesentlichen fraglich sei, ob sich die Mitglieder des VTG als Gesamtheit nach wie vor de facto an den besagten Exklusivlieferungsvertrag hielten. Somit seien die Umsätze, Betriebsgewinne und Marktanteile der einzelnen Mitglieder im Tierarzneimittelmarkt nicht entscheidrelevant, sondern höchstens die Marktstellung der Mitglieder des VTG insgesamt. Insbesondere sei bei der Angabe zum Betriebsgewinn (Frage 5) nicht dargetan, inwiefern dessen Höhe entscheidwesentlich sein könnte.

Zu diesen Rügen nahm die Wettbewerbskommission mit Vernehmlassung vom 15. August 2001 eingehend Stellung. Sie hält vorab fest, die

vorgeschlagene "aggregierte" Umschreibung von Umsatz und Marktanteilen der VTG-Mitglieder insgesamt werde dem Gehörsanspruch nicht gerecht. Denn eine differenzierte Entscheidung lasse sich nur aufgrund einer differenzierten Betrachtung von Umsätzen, Marktanteilen, Betriebsgewinnen und Marktsegmenten nachvollziehbar auseinandersetzen.

Beispielsweise liessen sich die Marktanteile der einzelnen Wettbewerber anhand ihrer Umsätze und damit die Marktstruktur sowie deren Dynamik bestimmen. Die Umsätze erlaubten so Rückschlüsse auf die aktuelle Konkurrenz. Die Marktanteilsverteilung sei ein Abbild der einzelnen Wettbewerber und insofern von Belang, als eine ungleiche Verteilung grossen Marktanteilen mehr Gewicht verleihe als eine gleichmässige. Dieser Umstand sei im Hinblick auf die Stabilität von Absprachen bedeutungsvoll: Nähmen an einer Absprache Wettbewerber mit grossen Marktanteilen teil, werde dadurch der Wettbewerb stärker beeinträchtigt, als wenn nur Wettbewerber mit geringen Marktanteilen teilnähmen; zudem sei eine Absprache bei einer Beteiligung aller grossen Marktteilnehmer stabiler.

Des Weiteren gebe die Marktanteilsentwicklung Auskunft über die Marktdynamik (bzw. -stabilität) und die relative Stärke von Wettbewerbern sowie die Stabilität von Absprachen im Laufe der Zeit. Die Tragweite einer Abrede hänge auch davon ab, ob die daran beteiligten Unternehmen Marktanteile gewinnen oder verlieren. Sodann sei die Marktstruktur sowie die Struktur der Wettbewerber, die an einer Abrede teilnähmen, von Bedeutung für die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz und damit der Möglichkeit von Markteintritten. Der Neueintritt von Konkurrenz könne durch Kostenvorteile (z.B. infolge von Schutzrechten auf wichtigen Produkten) der an der Abrede Beteiligten erschwert werden.

Während Umsätze nur einen ersten Schluss auf die Stärke der Marktteilnehmer, nicht aber auf deren Finanzkraft zuliessen, erlaubten die Betriebsgewinne eine verfeinerte Bestimmung der Marktstruktur und deren Dynamik und gäben Hinweise auf allfällige Abreden, die vorab an der Beteiligung von finanzstarken Unternehmen zu messen seien. Überlegene Finanzkraft vermittele Wettbewerbsvorteile und weise auf die Stärke der Marktstellung hin. Auch könnten hohe Betriebsgewinne ein Indiz für das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache sein.

Auch die Berücksichtigung der Marktanteile in einzelnen Marktsegmenten und Produktgruppen sowie deren Dynamik erlaubten einen differenzierten Überblick über die Gröszen- und Machtverhältnisse und damit auch eine Beurteilung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz. Dieser Überblick könne sich von einer Gesamtbetrachtung unterscheiden. Die Stabilität einer Abrede hänge davon ab, wie viele Unternehmen an einer Abrede teilnähmen und wie intensiv diese in den

einzelnen Marktsegmenten tätig seien und wie hoch ihre entsprechenden Marktanteile seien. Nämlich beispielsweise an einer Absprache in allen Marktsegmenten tätige und dort marktanteilmächtige Unternehmen teil, sei die Abrede stabiler, als wenn die an der Abrede teilnehmenden Unternehmen in den jeweiligen Marktsegmenten nur geringe Marktanteile haben.

Des Weiteren diene die differenzierte Betrachtung von Marktsegmenten der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, welcher anhand des Kriteriums der Substituierbarkeit von Waren und Dienstleistungen definiert werde. Entsprechend schlage sich fehlende Substituierbarkeit auch auf die Marktstellung nieder. So könne beispielsweise ein exklusiv Tierarzneimittel für Rennpferde herstellendes Unternehmen wenig Einfluss auf den gesamten Markt von Tierarzneimitteln ausüben, das entsprechende Marktsegment jedoch massgeblich beeinflussen. Ob der betreffende Hersteller an der Abrede teilnehme oder ihr fernbleibe, könne wiederum Hinweise auf die Stabilität der Abrede geben.

3.2.1. Diese einlässliche Darlegung der Gründe, weshalb die hier strittigen Geschäftsdaten erheblich und damit geeignet seien, Grundlage des späteren Entscheides zu werden, vermag zu überzeugen, so dass die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ins Leere geht. Die Vorinstanz legt einleuchtend dar, weshalb hier eine Einschränkung auf einen "aggregierten Umsatz" (bzw. auf "aggregierte Marktanteile") für die Bedürfnisse der Untersuchung nicht ausreicht.

Zudem ist zu bedenken, dass - wie die Beschwerdeführerinnen selbst erklären - weder sie noch der VTG die einzelnen geheimen Geschäftsdaten der anderen Marktteilnehmer kennen. Soweit eine allfällige Verfügung der Wettbewerbskommission gestützt auf eine Gesamtschau (Zusammenzug der Einzeldaten) zulasten der Beschwerdeführerinnen ausfallen könnte, ist auch hier der Gehörsanspruch einer jeden einzelnen Beschwerdeführerin zu wahren (Art. 28 VwVG) und jeder Einzelnen die (freilich auch verzichtbare) Möglichkeit einzuräumen, sich über die umschriebenen Einzeldaten ihrer Konkurrentinnen (grob) ins Bild zu setzen (vgl. E. 3.1 zum Mitwirkungsrecht der Verfahrensparteien).

3.2.2. Der Standpunkt der Wettbewerbskommission findet auch eine gewisse Stütze im Beschluss des deutschen Kammergerichts vom 5. November 1986 im Fusionskontrollfall "Coop/Wandmaker" (zitiert in: SCHMIDT, a.a.O., S. 9 und 93 mit weiteren Hinweisen, sowie SCHULTZ, a.a.O., S. 489 ff.), dessen Grundüberlegungen hier bedeutsam sind:

In diesem Entscheid erklärte der zuständige Kartellsenat des Kammergerichts, die von Dritten eingereichten Unternehmens- und Marktdaten, die das Bundeskartellamt für geheimhaltungsbedürftig erklärt und nur aggregiert vorgebracht hatte, seien *unverwertbar*, weil diese Marktdaten weder unstreitig noch vorgängig genügend substantiiert mitgeteilt worden waren. Die Kartellbehörde hatte zuvor das Akten-

einsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten grundsätzlich anerkannt, jedoch eine Einschränkung des Informationsanspruches zum Schutze von Geschäftsgeheimnissen anderer Unternehmen (gegen welche sich die angefochtene Untersagungsverfügung nicht richtete und die ohne eigene Verantwortlichkeit ins Verfahren einbezogen worden waren) für zumutbar gehalten: die Kartellbehörde verlangte von den Beteiligten, sich mit aggregierten Zahlen zufrieden zu geben und diese als "Beweis" gegen sich anzuerkennen. Diese Sichtweise missbilligte jedoch der Kartellsenat und bezeichnete die Verwertung geheim gehaltener Zahlen als Beweismittel als Verstoss gegen den verfassungsmässig garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Kartellsenat gelangte - ebenfalls von der Geheimhaltungsbedürftigkeit der betreffenden Daten überzeugt - zum Schluss, die Kartellbehörde habe, wenn sie aus Gründen des Geheimnisschutzes die ihrer Untersagungsverfügung zu Grunde liegenden Einzelkenntnisse nicht offenbaren wolle, letztlich auch die Aufhebung ihrer eigenen Verfügung hinzunehmen (vgl. dazu: SCHMIDT, a.a.O., S. 9 u. S. 93 mit weiteren Hinweisen, sowie SCHULTZ, a.a.O., S. 489 ff.).

3.2.3. Als Zwischenergebnis steht somit fest, dass sich die Absicht der Vorinstanz, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die strittigen Geschäftsdaten in "verfremdeter Form" offen zu legen, im Grundsatz nicht beanstanden lässt.

3.3. Zu prüfen bleibt anschliessend noch, ob die von der Vorinstanz gewählten Bandbreiten zur Umschreibung der fraglichen Daten mit dem berechtigten Geheimnisschutzinteresse der Beschwerdeführerinnen vereinbar sind.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass bei der richterlichen Prüfung der Bemessung der grundsätzlich zulässigen Bandbreiten den Wettbewerbsbehörden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist, in den die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nur dann eingreift, wenn die gewählte Bandbreite hinreichend konkrete Rückschlüsse auf die geheim zu haltenden Ausgangsdaten erlauben würde (vgl. für das zivilrechtliche Kartelljustizverfahren: CR Concurrence, a.a.O., JEAN-MARC REYMOND, art. 16 LCart, N 20, p. 693). Besondere Zurückhaltung ist auch deshalb geboten, weil hier ein gewisses Spektrum an möglichen Bandbreiten in Frage kommen kann, welche eine hinreichend verfremdete Umschreibung der geheim zu haltenden Daten sicherzustellen vermögen, insbesondere dann, wenn die Wettbewerbsbehörden den zu wählenden Bandbreiten keine mathematischen Regelmässigkeiten zu Grunde legen. Dies ist auch zu begrüssen, weil jede Orientierung an zahlenmässig fixierten prozentualen Mindestabweichungen das Risiko beinhaltet, dass die geheim zu haltenden Ausgangszahlen dadurch erschliessbar werden.

3.3.1. In der angefochtenen Zwischenverfügung erklärte die Wettbewerbskommission, die beabsichtigten Bandbreiten erlaubten keine konkreten Rückschlüsse auf die Grösse der Ausgangszahlen.

Dieser Sichtweise widersprechen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde entschieden und führen dazu aus, die "Bandbreiten" der Vorinstanz seien unverhältnismässig eng und vermittelten ein äusserst präzises Bild über ihre Marktstellung. Durch diese Bandbreiten seien ihre Geschäftsgeheimnisse nicht wirksam geschützt.

Zur Untermauerung ihrer Rügen reichten die Beschwerdeführerinnen anhand der geheimen Geschäftsdaten und der vorgeschlagenen Bandbreiten im Fall der H. AG, der C. AG, der F. AG und der E. AG eine tabellarische Übersicht ein. Gestützt darauf vertreten sie die Auffassung, die Garantie der vertraulichen Behandlung von Geschäftsgeheimnissen werde im Rahmen von Kartellverwaltungsverfahren faktisch ausgehöhlt und dadurch der absolut geltende Schutz von Geschäftsgeheimnissen verletzt. Denn die jeweiligen Mittelwerte der vorgesehenen Bandbreiten entsprächen unter äusserst geringen Abweichungen (von in der Regel weniger als 10%) ziemlich genau dem effektiven Durchschnittswert der Ausgangszahlen; tatsächlich interessierten sich Dritte nicht für absolut exakte Zahlen, sondern für approximative Grössen. Zudem sei die für den Gesamtumsatz der C. AG vorgesehene Bandbreite falsch. Daher seien die gewählten Bandbreiten erheblich weiter zu bemessen und zwar so,

"(i) dass die Abweichung von der vertraulichen Ausgangszahl zunächst mindestens 50% nach oben und nach unten beträgt;

(ii) und dass die derart ermittelte Bandbreite anschliessend so nach oben oder nach unten verschoben wird, dass die vertrauliche Ausgangszahl nach Zufallsprinzip in das untere, mittlere oder obere Drittel der Bandbreite zu liegen kommt".

3.3.2. Diese Kritik hält die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung für unbegründet. Die von ihr vorgesehenen Bandbreiten erachtet sie vielmehr als genügend unbestimmt und im Vergleich mit der Praxis der Europäischen Kommission als grosszügig bemessen. Dem Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die jeweiligen Mittelwerte der vorgesehenen Bandbreiten würden nur wenig vom effektiven Durchschnittswert der Ausgangszahlen abweichen, hält sie entgegen, dass deren mathematische Berechnungsweise nicht korrekt sei, da einem Dritten die effektiven Zahlen (bzw. deren Durchschnitt) eben nicht bekannt seien.

Die einzig mathematisch richtige Berechnungsart sei, zu den geheimen Ausgangszahlen die prozentualen Bandbreitenabweichungen zu ermitteln, das heisst ausgehend von den geheimen Ausgangszahlen,

welche die 100 Prozent Basis bilden, die Abweichungen zu den oberen und den unteren Bandbreitengrenzen zu bestimmen. Im Beispiel betreffend Umsätze der H. AG betrügen die Abweichungen zwischen den geheimen Werten und den jeweiligen Bandbreitengrenzwerten zwischen 0,09 Prozent und 137,66 Prozent. Insofern zeige bereits dieses Beispiel, welches auf die übrigen Beispiele übertragen werden könne, die verfälschende Wirkung der Angaben der Beschwerdeführerinnen. Allerdings treffe der Vorwurf zu in Bezug auf die zum Gesamtumsatz der C. AG falsch angegebene Bandbreite, welche entsprechend korrigiert werde. Ebenfalls unrichtig sei die Bandbreite zu den in der Kategorie A erzielten Umsätzen der H. AG.

Des Weiteren verweist die Vorinstanz zur Rüge, wonach die Bandbreiten zu den Marktanteilen zu nahe am effektiven Durchschnittswert lägen, auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Europäischen Gerichts erster Instanz, welche praxisgemäss die Marktanteile der beteiligten Unternehmen nicht oder kaum kaschierten.

3.3.3. Wie die Wettbewerbskommission zu Recht festhält, kann für die "Erschwernisbeurteilung" einzig die Relation massgebend sein zwischen den geheimen Ausgangszahlen und der Differenz zu den jeweiligen (unteren und oberen) Grenzwerten der gewählten Bandbreiten. Diese Betrachtungsweise drängt sich umso mehr auf, als einem Dritten die geheimen Ausgangszahlen (und folglich auch deren Durchschnittswerte) gerade nicht bekannt sind. Diesen Aspekt scheinen die Beschwerdeführerinnen zu übersehen. Als weiterer Umstand, der die "Rückschliessbarkeit" erschwert, kommt hinzu, dass die Vorinstanz der Bemessung der Bandbreiten keinerlei mathematische Regelmässigkeiten zu Grunde legt. Schliesslich ist zu beachten, dass sich das Ausmass der Bandbreite aus der Summe der prozentualen Abweichungen zwischen der Unter- wie auch Obergrenze der Bandbreite zusammensetzt.

3.3.4. Bei richtiger Berechnungsweise ergeben sich somit hinsichtlich der Umsätze und Betriebsgewinne folgende Abweichungen:

Die bandbreitenmässige Umschreibung der Umsätze der H. AG, der C. AG, der F. AG und der E. AG führt zu Abweichungen zwischen den geheimen Ausgangszahlen und den (unteren und oberen) Bandbreitengrenzen von rund einem Prozent und 130 Prozent. Das Ausmass der Bandbreiten schwankt völlig unregelmässig zwischen 12,94 Prozent und 238,10 Prozent. Dieser Streubereich ist zweifellos als genügend zu werten, um den Geheimhaltungsbedürfnissen der Beschwerdeführerinnen entgegenzukommen und gleichzeitig den Akteneinsichtsberechtigten eine hinreichende Informationsmöglichkeit zu garantieren. Damit wahrt die von der Vorinstanz vorgesehene Umschreibungsweise die berechtigten Geheimnisschutzinteressen der betroffenen Unternehmen.

Bei den *Betriebsgewinnen* der H. AG, der C. AG, der F. AG sowie der E. AG liegen die Abweichungen zwischen den geheimen Ausgangszahlen und den (unteren und oberen) Bandbreitengrenzen im Bereich von 4,83 Prozent und 451,53 Prozent. Dabei schwankt das Ausmass der Bandbreiten in der Regel zwischen 59,53 Prozent und 477,91 Prozent. Auch dieser Streubereich dürfte kaum hinreichend exakte Rückschlüsse auf die geheimen Ausgangszahlen erlauben. Insofern lässt sich auch diese weite Streuung aus dem Blickwinkel des Geheimnisschutzes nicht beanstanden.

3.3.5. Betreffend die Marktanteile ist zu bemerken, dass die von den Beschwerdeführerinnen mitgeteilten Werte lediglich auf eigenen Schätzungen beruhen und von der Vorinstanz durch eine Gesamtanalyse des Tierarzneimittelmarktes (bzw. der entsprechenden Teilmärkte) auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden müssen. Angesichts der prozentualen Schwankungsbreite der Abweichungen zwischen 0 und 100 Prozent, wobei der Mittelwert schwergewichtig über 25 Prozent liegt, ist auch hier von einer genügenden Umschreibung auszugehen, welche den Geheimnisschutz der Beschwerdeführerinnen wahrt und gleichzeitig den Akteneinsichtsberechtigten eine hinreichende Informationsmöglichkeit gewährleistet.

Inwieweit in diesem Zusammenhang - wie die Vorinstanz geltend macht - insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz heranzuziehen ist, muss hier offen bleiben. Richtig ist zwar, dass in den beiden zitierten Entscheiden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen nicht umschrieben werden. Indessen wurde im Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 15. März 2001 in Sachen *Société chimique Prayon-Rupel SA* (T-73/98) eine *subventionsrechtliche* Streitsache, und im Urteil vom 20. Juni 2001 (T-188/99) eine Streitfrage zum *Antidumpingzollrecht* behandelt und aus den zitierten Urteilen wird nicht klar, ob die offen gelegten Marktanteile überhaupt Geschäftsgeheimnisse darstellten, welche die Gerichtsbehörde offen legte.

4. Im Ergebnis zeigen die vorstehenden Überlegungen zu den Umsätzen, Betriebsgewinnen und Marktanteilen deutlich, dass die von der Wettbewerbskommission gewählten Bandbreiten zu den *gerügten* Positionen sich im Rahmen des der Vorinstanz einzuräumenden Ermessens bewegen und genügend weit bemessen sind, zumal sie keine hinreichend konkreten Rückschlüsse auf die geheim zu haltenden Ausgangsdaten erlauben. Entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerinnen führen die von der Wettbewerbskommission vorgeschlagenen Bandbreiten der vier beispielhaft aufgeführten Beschwerdeführerinnen keineswegs zu einer weit gehenden Transparenz der als sensitiv erachteten Geschäftsdaten. Der Unsicherheitsfaktor für Rückschlüsse erscheint als genügend hoch, zumal bei richtiger Berechnungsweise die angestrebten Umschreibungen oftmals Abweichungen

von über 50 Prozent umfassen. Dass diese Bandbreiten den aktenein-sichtsberechtigten Parteien eine gewisse grobe Vorstellung über die konkrete Marktstellung der Beschwerdeführerinnen zu vermitteln vermögen, lässt sich aus sachlogischen Gründen nicht vermeiden. Die damit ermöglichte Bestimmung von Grössenordnungen dürfte dem entsprechen, was auch Dritte gestützt auf eigene Marktbeobach-tungen und Schätzungen zu ermitteln im Stande sind.

Des Weiteren ist angesichts der Argumentation in der Beschwerde da-von auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen ihre Kritik der Bandbreiten auf die aus ihrer Sicht "gravierendsten Fehlleistungen" der Vorinstanz fokussiert haben. Deshalb besteht für die Rekurskom-mission für Wettbewerbsfragen im Sinne des Rügeprinzips kein Anlass, die *nicht exemplifizierend beanstandeten* Umschreibungen der Daten der A. SA, B. GmbH, D. SA und der H. AG einer näheren Prüfung zu unterziehen (vgl. zum Rügeprinzip: GYGI, a.a.O., S. 214 ff.). Dies ist um-so eher gerechtfertigt, als die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ihre Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine O-berverwaltungsbehörde handhabt (REKO/WEF 98/FB-001 E. 6, publi-ziert in: RPW 1998/4, S. 655).

5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass - gemäss den vor-stehenden Erwägungen - der sinngemäss formulierte Hauptantrag der Beschwerdeführerinnen betreffend Aufhebung der Zwischenverfü-gung unbegründet ist und die Beschwerde deshalb abgewiesen wer-den muss.

Die Ziffern 1 und 2 des Beschwerdeantrags, wonach festzustellen sei, dass (1) die in der angefochtenen Zwischenverfügung vorgesehene Umschreibung vertraulicher Zahlenangaben zu den Fragen 4, 5, 6 und 9b deren Geheimnissphäre verletze beziehungsweise (2) "dass die ver-traulichen Zahlenangaben (...) weder direkt noch indirekt durch eine Umschreibung mittels Bandbreiten offen gelegt werden dürfen", sind zwar wie Feststellungsbegehren formuliert. Indessen sind sie hier ein-zig als Begründungen für den Antrag auf Aufhebung der angefochte-nen Zwischenverfügung aufzufassen. Abgesehen davon bliebe hier für Feststellungsentscheide insofern kein Raum, nachdem sich eine allfäl-lige Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung nur mit dem Argument begründen liesse, dass die vorgesehene Umschreibung der strittigen Daten den Geheimnisanspruch der Beschwerdeführerinnen verletze und die fraglichen Daten mittels den vorgesehenen Bandbrei-ten nicht bekannt gemacht werden dürften.

Ebenfalls abzuweisen ist unter diesem Blickwinkel der Eventualantrag der Beschwerdeführerinnen, mit dem sie auf eine Neuumschreibung der Bandbreiten zielen. Denn insbesondere das Fehlen von Regelmäs-sigkeiten bei der Umschreibung der geheimen Zahlen gewährt den Betroffenen den besten Schutz und angesichts der vorgesehenen Bandbreiten werden für die entsprechenden Jahre keinerlei Ge-

schäftsentwicklungen ersichtlich, was den Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerinnen noch zusätzlich entgegenkommt.

Bei diesem Ergebnis muss auch der Subeventualantrag der Beschwerdeführerinnen abgewiesen werden, wonach die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

6. Da die Beschwerdeführerinnen bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen, haben sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 12. Juli 2001 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Eine Parteientschädigung zu ihren Gunsten fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG.).

**Demnach entscheidet
die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 3	4. Cablecom GmbH/Teleclub AG
-----	-------------------------------------

Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerde vom 7. Oktober 2002) gegen Teleclub AG und Wettbewerbskommission (Verfügung vom 23. September 2002) betreffend Vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung)

Nach Einsicht in:

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen;
 - die dagegen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde der Cablecom GmbH vom 7. Oktober 2002 (Beschwerdeeingang am 9. Oktober 2002) und das darin enthaltene Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung;
 - die zu diesem Gesuch eingereichten Stellungnahmen der Wettbewerbskommission vom 17. Oktober 2002 sowie der Teleclub AG vom 17. Oktober 2002 (eingegangen am 22. Oktober 2002);
 - die übrigen Akten in der Streitsache
-

und in Erwägung:

dass die Wettbewerbskommission am 23. September 2002 im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahrens gegenüber der Cablecom Holding AG folgende Zwischenverfügung erlassen hat:

"2. (...) Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (...)"

dass nach der Rechtsprechung eine solche Zwischenverfügung getroffen werden kann, um - wie hier - die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung gestaltend zu gewährleisten (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 25.4.1997 i.S. S. [96/FB-001], publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff., E. 3.2 ff.; ZBI 100/1999, S. 64, E. 2b ff.);

dass die vorliegende Zwischenverfügung mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden kann (Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251);

dass der Präsident zuständig ist, über vorsorgliche Massnahmen zu verfügen (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass die Teleclub AG mit der verfügten sofortigen Wirksamkeit der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen in die Lage versetzt werden soll, ihre *digitalen* Pay-TV-Programme über das Kabelnetz der

Cablecom GmbH zu übertragen, ohne dass diese den Empfang dieser Signale von der ausschliesslichen Verwendung ihrer eigenen Set-Top-Boxen abhängig machen darf;

dass die Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin) gegen diese Zwischenverfügung Verwaltungsbeschwerde führt und gleichzeitig das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellt;

dass sich die Beschwerdeführerin indessen nicht gegen Ziffer 3 des angefochtenen Dispositivs wendet und somit die Aufschaltung digitaler Fernsehsignale über ihr Kabelnetz nicht von der Abgabe einer Kundenverwaltung abhängig macht (vgl. Ziff. 54 f. der Beschwerde vom 7.10.2002);

dass die Beschwerde in der Bundesverwaltungsrechtspflege aufschiebende Wirkung hat, die Vorinstanz diese jedoch bei einer Verfügung, welche nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, entziehen kann (Art. 55 Abs. 1 und 2 VwVG), sofern - nach möglichst sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen - überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen (BGE 110 V 40 E. 5b und 105 V 266 E. 2; REKO/WEF 99/FB-007, publiziert in: RPW 1999/3, S. 536 ff.; REKO/WEF 96/FB-001, a.a.O., E. 3.3.4, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.);

dass im Bereiche des Kartellgesetzes der Entzug der aufschiebenden Wirkung - speziell bei gestaltenden - vorsorglichen Massnahmen nach besonderer Zurückhaltung ruft, weil einerseits Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG), und andererseits die Beteiligten frei sind, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die wegen einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, den Zivilrichter anzurufen (Art. 17 KG), weshalb im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen im Vordergrund stehen (REKO/WEF 96/FB-001, a.a.O., E. 3.2.3.);

dass es hier - wie die Wettbewerbskommission ausführt (vgl. Ziff. 26 i.V.m. Ziff. 35 ff. der angefochtenen Verfügung) - vorab um die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem digitalen Pay-TV-Markt vor allem in der Deutschschweiz geht (vgl. Art. 1 ff. KG) und sich der Streit somit um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von angeblichen Wettbewerbsbeschränkungen dreht;

dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur aussergewöhnliche Umstände den Entzug oder die Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach Artikel 55 Absatz 3 VwVG rechtfertigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23.8.2002 i.S. S. AG [2A.335/2002 E. 2.1], im Internet abrufbar unter: www.bger.ch, sowie Urteile des Bundesgerichts vom 25.5.2001 i.S. A. AG [2A. 207/2001 E. 3b], vom 18.1.2000 i.S. L., E. und H. [2A.589/1999 E. 2a]; STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwal-

tungsgerichtsverfahren, in: ZBl 94/1993 S. 149 f.; a.M.: GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, Revue de droit administratif et de droit public, no. 4/1976, p. 217 s., p. 223);

dass nach der hier zu befolgenden Gerichtspraxis die Behörde zu prüfen hat, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckbarkeit nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen (Urteil des Bundesgerichts vom 23.8.2002, a.a.O., E. 2.1);

dass der Behörde dabei der Natur der Sache nach im Rahmen ihrer Interessenabwägung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt und sie ohne zeitraubende Zusatzabklärungen in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen darf (Urteil des Bundesgerichts vom 23.8.2002, a.a.O., E. 2.1 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung);

dass die Teleclub AG neu eine Set-Top-Box ("ADB Set-Top-Box") vermarkten möchte, welche - in Übereinstimmung mit den einschlägigen Auflagen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) und des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) - den Empfang sämtlicher im Kabelnetz der Beschwerdeführerin aufgeschalteten digitalen TV- und Radioprogramme ermöglicht (vgl. Entscheid des UVEK vom 8.3.2002);

dass die Beschwerdeführerin *neu* seit dem 26. Juni 2002 - neben ihrer Eigenschaft als Weiterverbreitungskonzessionärin ("Kabelnetzbetreiberin" im Sinne von Artikel 39 ff. des Bundesgesetzes vom 21.6.1991 über Radio und Fernsehen, RTVG, SR 784.40) - nach Artikel 10 ff. RTVG auch als Veranstalterin von digitalem Abonnementsfernsehen auftritt und seit Mitte August (bzw. Mitte September) 2002 mit dem digitalen "SwissFun-Programm" ein Konkurrenzprodukt zum digitalen Pay-TV-Angebot der Teleclub AG auf dem Markt anbietet (vgl. insbes. Art. 9 Abs. 2 Konzession Cablecom Digital Cinema);

dass die Wettbewerbskommission die Frage eines Entzugs der aufschiebenden Wirkung vor dem Hintergrund geprüft hat, ob - ohne sofort wirksame vorsorgliche Massnahme - insofern ein schwerer Nachteil drohen könnte, als Innovationswettbewerb in Bezug auf die technische Infrastruktur (insbes. betr. Set-Top-Boxen) auf dem digitalen Pay-TV-Markt verunmöglicht würde, wenn es der Beschwerdeführerin gelänge, die Teleclub AG - als einzige Wettbewerberin - aus dem digitalen Pay-TV-Markt zu drängen, indem sie das digitale Teleclub Pay-TV nur bei Verwendung der "SwissFun Set-Top-Box" aufzuschalten bereit ist;

dass die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall die günstige Entscheidprognose, den drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der hier angefochtenen vorsorglichen Massnahmen bejaht hat und insofern den

Innovationswettbewerb in Bezug auf die technische Infrastruktur (insbes. betr. Set-Top-Boxen) auf dem digitalen Pay-TV-Markt als akut bedroht ansieht;

dass gemäss Stellungnahme des BAKOM vom 19. Juli 2002 im Zusammenhang mit Set-Top-Boxen "Netzeffekte" auftreten, wenn es einem Veranstalter gelingt, als "first mover" auf dem digitalen Pay-TV-Markt mit eigenen Set-Top-Boxen eine kritische Masse zu erreichen, und so mittels positiven Feedbacks letztlich eine "de facto-Standardisierung" erzwingen kann, welche Konkurrenten, die sich diesem Standard nicht anschliessen wollen, insofern vor hohe Marktzutrittsbarrieren stellen, als sie ihr Publikum von der Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box überzeugen müssen, was kaum gelingen dürfte;

dass die Wettbewerbskommission diese wettbewerbsrechtliche Einschätzung teilt (Ziff. 71 ff. der angefochtenen Verfügung) und die mit den beschriebenen Netzeffekten drohenden irreversiblen Strukturveränderungen auf dem gegenwärtig neu zu erschliessenden digitalen Pay-TV-Markt als unvereinbar mit wirksamem Wettbewerb erachtet und angesichts dieser Verhältnisse dringenden Handlungsbedarf erblickt;

dass die Einschätzung der Wettbewerbskommission, wonach ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung die Beschwerdeführerin als "first mover" einen Standard schaffen könnte, der geeignet wäre, der Teleclub AG als gegenwärtig einzigen Konkurrentin den Marktzutritt auf dem digitalen Pay-TV-Markt zu verunmöglichen, aufgrund einer vorläufigen Prüfung der Aktenlage als vertretbar erscheint und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren hat;

dass insofern objektive Argumente für die Dringlichkeit der Angelegenheit und die Notwendigkeit sofort wirksamer Massnahmen sprechen;

dass diese Argumente von der Beschwerdeführerin bisher nicht in überzeugender Weise in Zweifel gezogen worden sind;

dass diese Massnahme mit Blick auf die Verhältnismässigkeit den Endverbraucher digitaler Pay-TV-Programme in die Lage versetzt, zwischen verschiedenen Set-Top-Boxen zu wählen, was wiederum als geeignet erscheint, den Innovations- und Infrastrukturwettbewerb auf dem digitalen Pay-TV-Markt zu intensivieren und die Schaffung schwer reversibler Marktstrukturen zu verhindern;

dass diese Massnahme im öffentlichen Interesse der vorläufigen Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem digitalen Pay-TV-Markt dient (vgl. Art. 1 KG);

dass durch eine sofortige Wirksamkeit der verfügten vorsorglichen Massnahmen die Handlungsfreiheit der Beschwerdeführerin als Kabel-

netzbetreiberin, Veranstalterin digitaler Pay-TV-Angebote und Förderin der "SwissFun Set-Top-Boxen" nicht eingeschränkt wird;

dass die Beschwerdeführerin die von ihr geltend gemachten angeblichen technischen Schwierigkeiten bei einem parallelen Betrieb zweier "Plattformen" ("Störungs- und Schadenspotenzial für das Kabelnetz") nicht hinreichend überzeugend substantiiert dargelegt hat, weshalb eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits aus diesem Grund als zwingend erforderlich erscheint;

dass die Teleclub AG ihre *analog* gesendeten Pay-TV-Angebote unter Verwendung entsprechender Set-Top-Boxen bisher offenbar ohne technische Schwierigkeiten über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin übertragen konnte;

dass selbst die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, sie verfüge nicht über genügend Kabelkapazitäten zur Aufschaltung des digitalen Pay-TV-Programms der Teleclub AG;

dass ausserdem die Beschwerdeführerin eine (allfällige zukünftige) Abschaltung der digitalen Pay-TV-Programme der Teleclub AG für technisch problemlos realisierbar hält;

dass die von der Beschwerdeführerin gegen eine allfällige Abschaltung der digitalen Pay-TV-Programme der Teleclub AG vorgebrachten Gründe ("Reputationsschaden") nicht wichtiger erscheinen, als die von der Wettbewerbskommission angerufenen öffentlichen Interessen;

dass aufgrund einer *prima facie* Beurteilung keine weiteren Gründe ins Auge springen, wonach eine sofortige Vollstreckbarkeit der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen (Aufschaltung der digitalen Pay-TV-Programme der Teleclub AG über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin) mit schwerwiegenden Nachteilen für die Beschwerdeführerin verbunden wäre;

dass schliesslich - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - die angefochtene Verfügung sich insofern nicht als zu unbestimmt oder "vollstreckungsuntauglich" erweist, als es Sache der Beschwerdeführerin und der Teleclub AG sein wird, miteinander in sachgerechter Weise die noch offenen Fragen betreffend technische Abstimmung, Preisgestaltung oder Modalitäten der Migrationsphase auszuhandeln;

dass angesichts der bisher erwähnten Gesichtspunkte das vom KG geschützte öffentliche Interesse an einer - zumindest vorläufigen - Sicherung wirksamen Wettbewerbs auf dem digitalen Pay-TV-Markt von den geltend gemachten privaten Interessen der Beschwerdeführerin nicht aufgewogen wird und insofern wichtigere Gründe *für* eine sofortige Vollstreckung der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen sprechen, als für einen Aufschub;

dass der vorliegenden Verfügung für den Hauptentscheid über die vorsorglichen Massnahmen keinerlei präjudizielle Wirkung zukommt;

dass deshalb das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist;

dass über die Kosten und die Parteientschädigung in der Hauptsache entschieden werden wird;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 98 Bst. e und Art. 99 ff. OG sowie Art. 45 VwVG)

verfügt:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 4 Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4	1. Buchpreisbindung
-----	----------------------------

Urteil vom 14. August 2002 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. und Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband gegen die Wettbewerbskommission und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Buchpreisbindung (Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001)

Sachverhalt

A. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 28. September 1998 eine Untersuchung über die Preisbindung für deutschsprachige Bücher, in die es den Schweizerischen Buchhändler- und Verleger-Verband (für die Beteiligten in der Schweiz) sowie den Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (für die Beteiligten in Deutschland) einbezog. Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Kommission fest, dass der "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz" eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 3 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bilde. Sie verpflichtete die Verleger und Zwischenbuchhändler, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern, und erklärte die Buchhändler als nicht mehr an diese gebunden (RPW 1999, S. 441 ff.). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 21. Mai 2001 (RPW 2001, S. 381 ff.).

B. Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. sowie der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband haben hiergegen am 21. Juni 2001 zwei im Wesentlichen gleich lautende Verwaltungsgerichtsbeschwerden eingereicht mit dem Antrag, den Beschwerdecentscheid der Rekurskommission aufzuheben; eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an diese, subeventuell zur Ergänzung des Verfahrens an die Wettbewerbskommission selber zurückzuweisen. Die Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Wettbewerbskommission beantragt, die Beschwerden abzuweisen. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat von einer einlässlichen Stellungnahme abgesehen.

C. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels haben die Parteien zu der im Auftrag des Bundesamts für Kultur in Verbindung mit dem

Staatssekretariat für Wirtschaft ausgearbeiteten Studie "Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz" (sog. "Prognos"-Bericht, Basel September 2001) Stellung genommen und dabei an ihren Ausführungen und Anträgen festgehalten.

D. Mit Verfügung vom 22. August 2001 wurde den Beschwerden aufschiebende Wirkung beigelegt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes, namentlich auf Artikel 30 KG, erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Beschwerdeentscheide der Rekurskommission (vgl. Art. 44 KG) können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG; BGE 127 III 219 E. 1a S. 221 f.). Als Interessenvertreter der von der Verfügung materiell betroffenen Verleger und Buchhändler sind die Beschwerdeführer hierzu legitimiert (vgl. Art. 11a VwVG und Art. 103 Bst. a OG). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichten Eingaben ist unter Vereinigung der Verfahren (Art. 24 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG; BGE 113 Ia 390 E. 1) einzutreten.

1.2 Als unzulässig beurteilte Wettbewerbsabreden können in Ausnahmefällen zugelassen werden, wenn sie notwendig erscheinen, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 8 KG). Dabei handelt es sich um eine politisch motivierte Ausnahme vom Grundsatz, dass die Wirtschaftsbeziehungen in erster Linie durch den Markt geregelt werden sollen. Der entsprechende Entscheid steht deshalb nicht den Wettbewerbsbehörden, sondern dem Bundesrat als politischer Instanz zu (BBI 1995 I 552 f., 577; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: TERCIER/BOVET [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Basel 2002, Rz. 2 zu Art. 8 KG; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998, N 1 zu Art. 8; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick - Erste Erfahrungen*, in: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.), *Das neue Kartellgesetz, Erste Erfahrungen in der Praxis*, Bern 1998, S. 9 ff., 25 f.; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 1999, Rz. 257, S. 144; vgl. als Anwendungsfall RPW 1998 S. 478 ff.). Es ist deshalb nicht am Bundesgericht, im vorliegenden Verfahren entsprechende Ausnahmegründe zu berücksichtigen. Das Gericht hat ausschliesslich zu prüfen, ob der Entscheid, der umstrittene Sammelrevers bilde eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG, aus wettbewerblichen Gründen Bundesrecht verletzt (Art. 104 Bst. a OG). Dabei ist es an den von der Rekurskommission festgestellten Sachverhalt gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG).

2. Sachverhaltsmässig sind folgende Elemente des Sammelrevers, der gleichermassen in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewendet wird, unbestritten: Die Verleger, die den Sammelrevers unterschreiben, schliessen mit allen Buchhändlern, die den Revers ebenfalls unterschrieben haben, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setzt der Verleger die Endabnehmerpreise seiner Bücher fest. Die Buchhändler verpflichten sich, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten (Ziff. 1). Ebenso verpflichten sich die Zwischenbuchhändler, nur reversgebundene Händler zu beliefern (Ziff. 5 Abs. 2). Auch Wiederverkäufer, die ausserhalb der Schweiz beliefert werden, müssen für den Fall eines Reimports in die Schweiz auf die Preisbindung verpflichtet werden (Ziff. 5 Abs. 3). Der Formularvertrag regelt zudem die zulässigen Sonderpreise (Rabatte, Subskriptionspreise usw. [Ziff. 2, 3 und 4]). Der Buchhändler verpflichtet sich bei Anbieten oder Gewähren unzulässiger Nachlässe oder Überschreiten des Ladenpreises zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband oder an den Verlag, sofern dieser ausnahmsweise Zahlung an sich selber wünscht (Ziff. 6 Abs. 1). Der Verlag kann daneben insbesondere seine Lieferungen einstellen (Ziff. 6 Abs. 2). Der Buchhändler verpflichtet sich, einem vereidigten Buchprüfer Einblick in seine Geschäftsunterlagen zu geben, wenn die begründete Vermutung besteht, dass er gegen die Preisbindung verstösst (Ziff. 7). Derselben verpflichtet sich der Verlag zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband, wenn er seine gebundenen Preise unterbietet oder die Unterbietung durch Dritte veranlasst (Ziff. 6 Abs. 3). Die Verlage sichern eine lückenlose Preisbindung und Gleichbehandlung der Abnehmer in Preisbindungsfragen zu (Ziff. 8). Als Vertreter der einzelnen Verlage wirkt ein Preisbindungstreuhandler, welcher die Preisbindungsverträge der einzelnen Buchhändler entgegennimmt und die Einhaltung der Preisbindung überwacht. Umgekehrt bevollmächtigen die Buchhändler eine Preisbindungsbevollmächtigte oder -beauftragte, welche in ihrem Namen Änderungen des Sammelrevers (insbesondere durch die Aufnahme neuer Verlage) unterzeichnet (Ziff. 11 Abs. 1). Für die Beilegung von Streitigkeiten aus dem Preisbindungsvertrag ist ein Schiedsgericht vorgesehen. Dessen Obmann wird vom Preisbindungstreuhandler und der Preisbindungsbeauftragten bestimmt und wählt zwei weitere Schiedsrichter aus einer Liste von Fachrichtern, welche von den Verlagen und den Buchhändlern erstellt wird (Ziff. 10). Der Sammelrevers legt selber keine Ladenpreise fest; dies ist Sache der einzelnen Verlage. Kein Verleger ist verpflichtet, am Sammelrevers teilzunehmen. Der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband verfügt über keine Druckmittel, um Verlage zur Teilnahme zu zwingen. Auch die teilnehmenden Verlage sind sodann nicht verpflichtet, für alle ihre Werke einen gebundenen Preis festzusetzen. Trotzdem gilt für ungefähr 90% aller deutschsprachigen Bücher, die in der Schweiz verkauft werden, ein vom Verlag festgesetzter Ladenpreis, von dem die Buch-

handlungen nicht beziehungsweise nur in dem vom Sammelrevers vorgesehenen Rahmen (Sonderpreise) abweichen. Nicht festgelegt sind die Konditionen im Verhältnis zwischen den Verlagen und dem Zwischenbuchhandel sowie dem Zwischenbuchhandel und dem Buchhandel.

3. Das Kartellgesetz 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; vgl. Art. 96 Abs. 1 BV). Vereinbarungen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, sind nicht generell verboten, sondern in den Schranken des Gesetzes erlaubt (Art. 19 Abs. 1 OR; BBI 1995 I 555). 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). Unzulässig sind - vorbehaltlich der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat (Art. 8 KG) - Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen (vgl. E. 5) und sich nicht durch die in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (vgl. E. 10) oder die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG; vgl. E. 6 - 9). In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (BBI 1995 I 555; BORER, a.a.O., N 21 zu Art. 5; FRANZ HOFFET, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 95, 108 und 130 zu Art. 5; Zäch, a.a.O., Rz. 260 u. 302; PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN, in: TERCIER/BOVET [Hrsg.], a.a.O., Rz. 10 ff. zu Art. 5 KG). Dass eine Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, kann direkt nachgewiesen werden oder sich gestützt auf Artikel 5 Absatz 3 KG ergeben, wonach dies bei gewissen "harten Kartellen" in widerlegbarer Weise vermutet wird.

4. Der Sammelrevers bildet unbestrittenermassen (zumindest) im vertikalen Verhältnis zwischen den Verlegern und Buchhändlern eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt. Umstritten ist, ob dies auch im horizontalen Verhältnis (Buchhändler unter sich bzw. Verleger unter sich) gilt (vgl. hierzu E. 6). Unter den Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG fallen auch Absprachen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, also auch so genannte "vertikale" Wettbewerbsabreden (BBI 1995 I 544 f.; BGE 124 III 495 E. 2a S. 499). Die Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Absprachen ist erst für die Prüfung von deren materiellrechtlichen Zulässigkeit im Rahmen von Artikel 5 KG von Bedeutung (BBI 1995 I 546 f.; BORER, a.a.O., N. 6 zu Art. 4 KG; HOFFET, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 4; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum

schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Rz. 48 zu Art. 4; ZÄCH, a.a.O., Rz. 273; DAGMAR MARIA KAMBER, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Buchpreisbindung in der Schweiz, Diss. Basel 1999, S. 130). Der Sammelrevers ist deshalb eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (ebenso PIERRE RIEDER, Wettbewerb und Kultur, Diss. Bern 1998, S. 160).

5.

5.1 Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (ROLAND VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Recht, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis 1996, Bern 1997, S. 11 ff., insbesondere S. 15; ZÄCH, a.a.O., Rz. 277, S. 152). Der Sammelrevers engt die Preisgestaltung der Buchhändler ein und beeinträchtigt damit den Wettbewerb.

5.2

5.2.1 Unter der Geltung der Kartellgesetze vom 20. Dezember 1962 (KG62; AS 1964 53 ff.) und vom 20. Dezember 1985 (KG85; AS 1986 874 ff.) hat das Bundesgericht eine Behinderung als erheblich erachtet, wenn sie eine gewisse Intensität aufwies und vom Betroffenen als solche empfunden wurde, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusste, ihn insbesondere zwang, auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen (BGE 112 II 268 E. 2b S. 276 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 1996 i.S. S., in: VKKP 3/1996 S. 151 ff. E. 3). Das Element der Spürbarkeit ist auch nach dem geltenden Recht massgebend (BORER, a.a.O., N 17 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 284). Da dieses nebst der Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer (Individualschutz) aber auch den Wettbewerb als solchen schützen will (Institutionsschutz), ist die Erheblichkeit nicht mehr allein aus der Optik der einzelnen Unternehmen, sondern in Bezug auf das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs schlechthin zu beurteilen (HOFFET, a.a.O., Rz. 66 zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O., S. 19 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 281). Dabei sind qualitative wie quantitative Merkmale relevant (GUGLER/ZURKINDEN, a.a.O., Rz. 81 ff. zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 282). Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ist (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 55 ff., 95 f.). Die Lehre postuliert insofern mehrheitlich gewisse quantitative Grenzwerte (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 17; HOFFET, a.a.O., Rz. 67 zu

Art. 5 KG; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996 S. 811-825, 817; ders., a.a.O. [1998], S. 36; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 108 f.; vgl. ROLAND VON BÜREN, Das schweizerische Kartellrecht zwischen gestern und morgen, ZBJV 137/2001 S. 543 ff., 572 f.). In Anlehnung an die Praxis in der EU wird dabei die Schwelle bei einem Marktanteil von etwa 5%-10% erblickt (STÖCKLI, a.a.O., S. 109 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 283; ebenso die Rekurskommission in RPW 1999 S. 503 E. 4.5 S. 519). In einer - für die Gerichte nicht verbindlichen - allgemeinen Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 gemäss Artikel 6 KG über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (BBI 2002 S. 3895 ff.) erachtet die Wettbewerbskommission unter anderem vertikale Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen für den Weiterverkauf der bezogenen Waren durch den Händler als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Ziff. 3a). Andere Vertikalabreden wertet sie (in der Regel) nicht als solche, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10% überschreiten (Ziff. 4).

5.2.2 Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Gesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Umso eher ist anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% (vgl. E. 2) ist deshalb davon auszugehen, dass der Wettbewerb hier erheblich beeinträchtigt ist (ebenso RIEDER, a.a.O., S. 162). Dies stellen die Beschwerdeführer an sich auch nicht in Frage (vgl. Ziff. 24 und 84 der Beschwerde).

6.1 Nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, welche eine Rechtfertigung aus wettbewerblichen Gründen ausschliesst, bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei ist die Wirkung der Abrede entscheidend und nicht das Mittel zu deren Erreichung (BBI 1995 I 567; HOFFET, a.a.O., Rz. 115 zu Art. 5 KG). Die Buchpreisbindung betrifft die Festsetzung von (Endverbraucher-)Preisen und bewirkt deren Gleichheit. Umstritten ist, ob es sich dabei auch um eine Preisabrede zwischen Unternehmen handelt, die miteinander im Wettbewerb stehen.

6.2 Die gesetzliche Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst nur horizontale Wettbewerbsabreden (CARL BAUDENBACHER, Vertikalbe-

schränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, AJP 1996 S. 826 ff., 831; BORER, a.a.O., N 23 zu Art. 5 KG; HOFFET, a.a.O., Rz. 71 und 114 zu Art. 5 KG; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 99). Vertikale Absprachen fallen zwar ebenfalls unter den Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (vgl. E. 4) und damit unter die Regelung von Artikel 5 KG (BBI 1995 I 553; HOFFET, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 5 KG), doch gilt die entsprechende Vermutung für sie nicht (BBI 1995 I 517, 546, 566). Eine (individuelle) vertikale Preisabrede oder -bindung zwischen Hersteller und Händler ist vermutungsweise keine Beseitigung, sondern allenfalls eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs, die mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BAUDENBACHER, a.a.O., S. 830 f.; HOFFET, a.a.O., Rz. 81 zu Art. 5 KG; Ders., Sammelrevers für Musiknoten, Anmerkungen zum Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. September 1997, in: sic! 2/1998, S. 224 ff., 229 f.). Die Unterscheidung zwischen Vertikal- und Horizontalabreden darf indessen nicht formalistisch gehandhabt werden. Eine Vielzahl von Vertikalabreden ist einer Horizontalabsprache gleichzustellen, wenn sie auf irgendeine Weise verknüpft oder mit einer Horizontalabrede kombiniert sind, namentlich falls sie vom gleichen marktmächtigen Unternehmen ausgehen oder in irgendeiner Form, zum Beispiel durch Einsetzen einer neutralen Aufsichtsinstitution, zentral koordiniert erscheinen (BBI 1995 I 566; BAUDENBACHER, a.a.O., S. 831; BORER, a.a.O., N 7 zu Art. 4 und N 24 zu Art. 5 KG; VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 22; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 44 und 114 zu Art. 5 KG; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 101; ZÄCH, a.a.O., Rz. 317; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: TERCIER/BOVET, Droit de la concurrence, a.a.O., Rz. 42 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

6.3 Die Rekurskommission geht davon aus, dass eine horizontale Vereinbarung weder für die Verleger noch für die Buchhändler nachgewiesen sei. Vertragsrechtlich liege jeweils eine individuelle Absprache zwischen den einzelnen Verlagen und Buchhändlern vor (Entscheid Rekurskommission, E. 5.1.1). Dies wird zu Recht nicht bestritten. Aufgrund von Artikel 4 Absatz 1 KG gelten indessen nicht nur Absprachen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als "Abreden" im Sinne des Gesetzes. Eine horizontale Abrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG liegt deshalb bereits dann vor, falls neben den vertikalen Preisabsprachen zwischen den Verlagen und Buchhandlungen eine bezüglich des Preises aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im horizontalen Verhältnis nachgewiesen werden kann. Dabei muss die abgestimmte Verhaltensweise vom blossen Parallelverhalten abgegrenzt werden, welches nicht unter das Kartellgesetz fällt (Rekurskommission in RPW 1999, S. 503, E. 4.2, S. 517). Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BBI 1995 I 545; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 47 zu Art. 4 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 272). Ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten ist noch keine abgestimmte

Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen (BORER, a.a.O., N 14 zu Art. 4 KG). Für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ist vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt (BBI 1995 I 545; BGE 124 III 495 E. 2a S. 499; BORER, a.a.O., N 14 zu Art. 4 KG). Die Wettbewerbsteilnehmer müssen bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 269, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH). Entscheidend ist, dass das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktinformationen erfolgt (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 14 f.; ders., a.a.O. [2001], S. 549; STÖCKLI, a.a.O., Rz. 188-192; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 69). Gleichverhalten kann eine abgestimmte Verhaltensweise aber immerhin indizieren (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 15; STÖCKLI, a.a.O., Rz. 192).

6.4

6.4.1 Die Wettbewerbskommission stellt nicht in Abrede, dass eine (rein) vertikale Preisbindung zweiter Hand nicht unter Artikel 5 Absatz 3 KG fiele. Sie nahm jedoch an, der Sammelrevers führe als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen zu einer kollektiven Preisbindung; neben den vertikalen Preisbindungsverträgen lägen zwei gleichgerichtete horizontale Abreden (je eine zwischen den Verlagen und zwischen den Buchhändlern) vor. Es handle sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, dem der gemeinsame Wille zu Grunde liege, eine einheitliche umfassende Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung durchzusetzen. Gleichermassen hat sie im ähnlich gelagerten Parallelfall des Sammelrevers für Musiknoten eine Bündelung inhaltlich identischer vertikaler Preisbindungen als Vermutungstatbestand im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG behandelt, da eine absichtliche, organisierte Bündelung mit gleicher Wirkung wie eine Horizontalabrede vorliege (RPW 3/1997, S. 334, Ziff. 45, S. 341 f.; zustimmend HOFFET, a.a.O. [1998], S. 229; WALTER A. STOFFEL, Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1998], S. 75 ff., 107 f.; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 71 f.).

6.4.2 Die Rekurskommission ist der Ansicht, dass der Sammelrevers das koordinierende Element bilde, welches eine horizontal abgestimmte Verhaltensweise erst ermögliche oder zumindest erleichtere. Die Musterverträge für die individuellen Preisbindungsabsprachen seien von den Verbänden der Verleger und Buchhändler zur Verfügung gestellt worden. Der Sammelrevers enthalte hinsichtlich der Handhabung der Konventionalstrafe (Geltendmachung nur durch Preisbin-

dungsbeauftragte, Zahlung an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband), der Einsetzung des Schiedsgerichts, der Überwachungsfunktion des Preisbindungstreuhandlers und der Aufgaben der Preisbindungsbeauftragten wesentliche Elemente einer gemeinschaftlichen Regelung. Die Verleger seien daran interessiert, mit Hilfe eines dichten Verkaufstellennetzes mit breitem Angebot eine grosse Anzahl von Titeln anzubieten. Aus dem Verkauf erfolgreicher Titel könnten Buchhändler und Verleger die Kosten des Angebots von Titeln finanzieren, die sich als weniger rentabel erwiesen. Die Preisbindung erlaube somit Verlegern und Buchhändlern eine Quersubventionierung. Diese setze voraus, dass die Preisbindung von der überwiegenden Zahl der Marktteilnehmer angewandt werde; nur so sei ein Einfluss auf die Struktur des Verkaufstellennetzes zu erwarten. Bloss durch ein gleichförmiges Verhalten hätten die Verleger eine Chance, mit Hilfe der Preisbindung die von ihnen gewünschte örtliche Dichte und sachliche Breite des Angebots zu fördern. Durch den Sammelrevers werde die lückenlose Anwendung der Preisbindung erleichtert, wenn nicht erst ermöglicht, da der Einsatz des Preisbindungstreuhandlers und der -beauftragten den Verwaltungsaufwand erheblich verringere und den Vollzug der einzelnen Absprachen erst erlaube. Der Sammelrevers sei ein wichtiges oder unerlässliches Instrument zur Anwendung der Preisbindung und erhöhe in bestimmender Weise die Chancen, dass die überwiegende Zahl der Verleger die Preise ihrer Produkte binde. Der einzelne Verleger wende die Preisbindung nicht an, weil sie für ihn individuell vorteilhaft sei, sondern weil er dank dem Sammelrevers darauf zählen könne, dass seine Konkurrenten dies ebenfalls täten. Der Sammelrevers bilde somit das koordinierende Element, das eine abgestimmte Verhaltensweise von einer bloss gleichförmigen unterscheide. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher hätten die Buchhändler, selbst wenn sie wollten, gar keine andere Wahl als sich ebenfalls der Preisbindung zu unterstellen. Es liege deshalb eine horizontale Wettbewerbsabrede über die indirekte Festsetzung von Preisen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vor.

6.4.3 Die Beschwerdeführer bestreiten dies: Beim Sammelrevers handle es sich um eine individuelle Vereinbarung zwischen den einzelnen Verlegern und Buchhändlern (mithin um vertikale Abreden) und um ein zulässiges Parallelverhalten. Das System der Preisbindungsbeauftragten sei bloss eine administrative, organisatorische Bündelung der vertikalen Preisbindungsverträge und die einzig effiziente Form, um angesichts der grossen Masse von Verlegern und Buchhändlern die Rechtswirksamkeit der Preisbindung garantieren zu können. Die einzelnen Buchhändler seien nicht in der Lage, die Einhaltung der Preisbindung durch die Verlage zu überwachen, geschweige denn zu sanktionieren. Die Bestellung eines Schiedsgerichts und die Konventionalstrafe liessen nicht auf ein abgestimmtes Verhalten

schliessen. Der einzelne Verleger entscheide sich für die Preisbindung, weil er sie individuell betriebswirtschaftlich für seine Produkte für sinnvoll halte. Der durch Preisbindungstreuhänder und -bevollmächtigte geschaffene organisatorische Rahmen mache das Bündel vertikaler Absprachen nicht zu einer horizontalen Abrede. Selbst wenn eine solche vorläge, hätte diese im Übrigen nicht die Preisfestsetzung zum Gegenstand; es wäre nur abgestimmt, dass die Bücher preisgebunden zu vertreiben seien, ohne dass Preiselemente oder -komponenten festgelegt würden. Diese seien durch die Absprache nur in vertikaler Richtung betroffen.

6.5

6.5.1 Ein Gleichverhalten der Verlage liegt unbestrittenermassen insofern vor, als die am Sammelrevers beteiligten Verleger gegenüber dem Buchhandel die Preisbindung durchsetzen. Hingegen ist die Höhe dieser Preise nicht horizontal abgestimmt, sondern wird von jedem Verleger individuell und autonom festgelegt (VKK 1982, S. 131 f.). Der Sammelrevers ist insofern nicht mit den klassischen so genannten harten Preisbindungskartellen zu vergleichen wie etwa jenem für Bier (vgl. BGE 112 II 268 ff.) oder für Zement (vgl. dazu die Untersuchung der ehemaligen Kartellkommission über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Zementmarkt, VKKP 5/1993, S. 43 ff., v.a. S. 85 ff.), aber auch nicht mit branchenweisen Preisempfehlungen, mit denen bestimmte Preise oder Preiskorridore festgelegt werden, die in der ganzen Branche Anwendung finden (vgl. dazu den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 betreffend Service- und Reparaturleistungen [RPW 1998, S. 382 ff.], von der Rekurskommission aufgehoben [RPW 1999, S. 503 ff.]; Entscheid der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2000 betreffend Fahrstunden [RPW 2000, S. 167 ff.], von der Rekurskommission bestätigt [RPW 2001, S. 200 ff.]).

6.5.2 Es mag zutreffen, dass Verlage die schlecht verkäuflichen Titel mit dem Ertrag aus den gut verkäuflichen quersubventionieren. Indessen wird der Preiswettbewerb zwischen den Verlagen dadurch nicht ausgeschaltet (ebenso die frühere Kartellkommission in ihrer Beurteilung der alten Marktordnung, VKK 1982, S. 131 f.). Der Sammelrevers schliesst auch nicht aus, dass sich einzelne Verleger auf gut verkäufliche Titel beschränken, keine Quersubventionierung vornehmen und daher alle ihre Titel zu einem günstigeren Preis anbieten können. Gerichtsnotorisch gibt es denn auch unter verschiedenen Buchtiteln, die ähnliche Fragen behandeln (z.B. verschiedene Sachbücher für bestimmte Gebiete), nebst einem Qualitäts- auch einen gewissen Preiswettbewerb. Bei Werken, die nicht (mehr) dem Urheberrecht unterliegen (z.B. Literaturklassiker), kann ein solcher sogar bei von verschiedenen Verlagen herausgegebenen gleichen Titeln bestehen. Die Vorinstanz betrachtet als entscheidend, dass die Verleger mit Hilfe der Preisbindung die von ihnen gewünschte örtliche Dichte und sachliche

Breite des Angebots fördern. Dies betrifft allerdings nicht die Preisfestsetzung auf Stufe Verlag, sondern allenfalls Art und Zahl der umgesetzten Bücher. Zu diesem Zweck soll - so die Vorinstanz - die Zahl der Verkaufsstellen hoch gehalten werden, was erleichtert werden kann, wenn den Buchhandlungen mittels Preisbindung eine gewisse Marge gesichert werden könne.

6.5.3 Soweit eine horizontale Vereinbarung zwischen den Verlagen besteht, wird dadurch somit nicht der Preiswettbewerb zwischen diesen, sondern derjenige zwischen den Buchhandlungen beeinträchtigt. Auch die Wettbewerbskommission hat denn in der horizontalen Bündelung zwischen den Verlagen nur eine Wettbewerbsausschaltung auf der Stufe des Handels gesehen (Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999, Ziff. 45 f., 51, 59 f.) und nicht auf jener der Produktion. In der Lehre wird indessen angenommen, dass auch Horizontalabreden unter Herstellern über die Preisbindung der zweiten Hand (also auf einer anderen Marktstufe) unter die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fielen (HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 117 zu Art. 5 KG). Wie es sich damit verhält, kann dahin gestellt bleiben, da jedenfalls eine Horizontalabrede auf Stufe des Buchhandels besteht.

6.5.4 Der Sammelrevers führt dazu, dass alle angeschlossenen Buchhandlungen den gleichen vom Verlag festgesetzten Preis einhalten. Dieses Gleichverhalten ist offensichtlich nicht auf exogene Marktfaktoren zurückzuführen. Wenn auch allenfalls auf Stufe Verlag die Preisbindung noch betriebswirtschaftlich begründet werden mag (vgl. Beschwerde Ziff. 38), so trifft dies auf den Buchhandel nicht mehr zu. Nach betriebswirtschaftlichen Überlegungen ist nicht ersichtlich, weshalb ein Buchhändler den Preis nicht senken sollte, wenn er dadurch einen Wettbewerbsvorteil erzielen kann. Die Preisbindung entspringt im Gegenteil dem bewussten Wunsch der (Mehrheit der) Buchhändler, den Preiswettbewerb auf der Stufe des Endabnehmerpreises durch ein möglichst umfassendes Preisbindungssystem auszuschalten. Ein wesentliches Indiz hierfür liegt bereits darin, dass der Sammelrevers koordiniert eingeführt worden ist, um die frühere Marktordnung zu ersetzen, deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit in Frage gestellt erschien. Über die Einführung des Sammelrevers wurde an Generalversammlungen des Beschwerdeführers 2 von 1991 und 1992 diskutiert und beschlossen. Bereits die frühere Kartellkommission hat unter Hinweis auf diese Zustimmung an der Generalversammlung von 1991 den Sammelrevers als kartellähnlich (im Sinne des KG85) bezeichnet, da trotz formal vertikaler Konstruktion eine kollektive Durchsetzung vorgesehen sei. Ein Preiswettbewerb bestehe in gewissem Masse auf Stufe der Verleger, schlage aber nicht mehr auf den Detailhandel durch (VKKP 1a/1996, S. 170 ff.).

6.5.5 Zwar legen die Buchhändler nicht selber in horizontalen Abreden die Buchpreise fest, sondern halten bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liegt indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (BBI 1995 I 567; BORER, a.a.O., N 25 zu Art. 5 KG; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 117 zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 820). Als Preisabrede hat auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet wird, selbst wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern je durch die einzelnen Verleger bestimmt ist. Die Buchhändler wissen, dass infolge des Sammelrevers alle anderen angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkaufen wie sie. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Stufe Endabnehmer ist das offensichtliche Ziel des Sammelrevers. Gerichtsnotorisch treten die Beschwerdeführer, welche die Verlage und Buchhandlungen vertreten, nicht nur im vorliegenden Verfahren, sondern auch in der Öffentlichkeit und der Politik für die Beibehaltung der Preisbindung ein (vgl. z.B. www.sbv.ch/medienaktuell.htm) und machen diese damit zu einer Frage von kollektivem Interesse auf Verbandsebene. Auch die Funktion der Preisbindungsbevollmächtigten wirkt koordinierend. Ohne Absprache auf der Ebene des Verbandes wäre es höchst unwahrscheinlich, dass alle beteiligten Buchhandlungen für ihre Kontakte mit den Verlagen die gleiche Bevollmächtigte bezeichnen würden. Schliesslich ist auch die konkrete Ausgestaltung des Schiedsgerichts ein Indiz für eine horizontale Abrede. Wohl lässt die Einsetzung von Schiedsgerichten durch Dritte nicht automatisch auf eine solche schliessen, kommt dies im Wirtschaftsleben doch nicht selten vor. Es fällt im vorliegenden Zusammenhang indessen ins Gewicht, dass nicht etwa der einzelne Buchhändler das Schiedsgericht anrufen kann. Der Entscheid, ob ein Schiedsverfahren eingeleitet wird, obliegt gemäss Ziffer 10 Absatz 5 des Sammelrevers dem Preisbindungstreuhandler beziehungsweise der Preisbindungsbeauftragten, welche gemeinsam den Obmann des Schiedsgerichts bezeichnen (Ziff. 10 Abs. 3 des Sammelrevers). Die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens folgt damit dem gleichen horizontal abgestimmten, koordinierenden Mechanismus wie die Institution der Preisbindungsbeauftragten. Die Beschwerdeführer wenden ein, der Sammelrevers sei die einzige Möglichkeit, um das (als vertikale Abreden zulässige) Preisbindungssystem durchzusetzen. Gerade dies unterstreicht aber, dass in Wirklichkeit ein horizontal abgestimmtes Verhalten vorliegt: Offensichtlich streben die Buchhändler eine möglichst lückenlose Durchsetzung der Preisbindung an und haben gerade zu diesem Zweck gemeinsame Durchsetzungsinstrumente geschaffen (im Resultat gleicher Ansicht KAMBER, a.a.O., S. 146 f.). Un-erheblich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis der Beschwerdeführer auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) vom 9. Juli 1985. Abgesehen davon, dass dieses auf der Basis einer anderen Rechtslage erging, äusserte sich der BGH dort nur zum Verhältnis zwi-

schen den Verlagen, nicht auch zu demjenigen zwischen den Buchhandlungen; zudem stellte er nur auf die rechtliche Qualifikation der Verträge ab, während das Kartellgesetz eben nicht nur Vereinbarungen, sondern auch vertragsloses Zusammenwirken erfasst.

6.6 Somit ist gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vorliegend eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten. Ob die Annahme als widerlegt gelten kann, ist im Folgenden zu prüfen (E. 7 - 9).

7.

7.1 Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, gilt dieser als beseitigt. Artikel 5 Absatz 3 KG regelt damit die Beweislast, das heisst die Folgen der Beweislosigkeit. Demgegenüber liegt die Beweisführungslast im verwaltungsrechtlichen Verfahren bei der Wettbewerbskommission, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft (Art. 12 und 13 VwVG i.V.m. Art. 39 KG; BORER, a.a.O., N 23 zu Art. 5 KG; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 111 zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 820 Ziff. 4.1.; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 115 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 309; KAMBER, a.a.O., S. 151).

7.2 Die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bezieht sich immer auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 15 f.; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 47 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 275 u. S. 172 ff.). Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die entsprechenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4). Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dies sei hier der entsprechende Währungsraum, das heisst die Schweiz (ebenso KAMBER, a.a.O., S. 149 f.). Die Beschwerdeführer stellen diese Abgrenzung zu Recht nicht in Frage. Umstritten ist hingegen die sachliche Marktumschreibung.

7.3

7.3.1 Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU; VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 16; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 48 f. zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1998], S. 22; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 87 f.). Die Parteien sind sich einig, dass die für die Marktabgrenzung massgebliche Marktgegenseite hier die Leser beziehungsweise Käufer von Büchern sind (Verwaltungsgerichtsbeschwerde Ziff. 54; Entscheid der Wettbewerbskommission, Ziff. 64); unterschiedliche Ansichten bestehen hinsichtlich des nachgefragten Guts.

7.3.2 Die Vorinstanzen haben den Buchhandel als eigene Wertschöpfungsstufe und als relevanten Markt den Handel mit (deutschsprachigen) Büchern unter Einbezug sämtlicher Verkaufsstellen betrachtet, mithin die buchhändlerische Leistung (Vermittlung des Buches, Präsentation von Büchern, Beratung usw.; Entscheid der Wettbewerbskommission, Ziff. 69, 76; Entscheid der Rekurskommission, E. 5.3; zustimmend KAMBER, a.a.O., S.149). Für diese bestehe aufgrund der Preisbindung kein Preiswettbewerb. Die Beschwerdeführer erachten demgegenüber nicht den Buchhandel als relevanten Markt, sondern die Bücher. Es sei deshalb nicht nur der Wettbewerb beim Vertrieb ein- und desselben Titels ("Intrabrand"-Wettbewerb), sondern auch der Wettbewerb zwischen verschiedenen Titeln beziehungsweise Verlagen ("Interbrand"-Wettbewerb) massgebend.

7.3.3 Die frühere Kartellkommission hat in einer Stellungnahme zuhanden des Preisübersichters (VKKP 1a/1996, S. 166 f.) angenommen, der Buchmarkt bilde aus der Sicht der Anbieter einen einheitlichen Markt, aus der Sicht der Nachfrager indessen nicht, da kaum Austauschbarkeit zwischen den verschiedenen Buchtiteln bestehe. In der Regel bilde daher jeder Buchtitel einen eigenen Markt. Die Beschwerdeführer gehen demgegenüber davon aus, dass zumindest in gewissem Mass zwischen verschiedenen Buchtiteln Austauschbarkeit bestehe. Aus der Optik der Vorinstanzen ist dies unerheblich, weil auch dann innerhalb des relevanten Marktes (buchhändlerische Leistung) kein Preiswettbewerb herrsche. Das Argument der Vorinstanzen, das Herstellen von Büchern und die buchhändlerische Leistung seien verschieden, bedeutet allerdings noch nicht, dass auch aus der Sicht des Kunden getrennte Märkte bestehen. Die Beschwerdeführer weisen an sich zu Recht darauf hin, dass die buchhändlerische Leistung in der Regel nicht gesondert, sondern nur zusammen mit dem Buch nachgefragt oder vergütet wird, was allerdings nur relevant ist, soweit tatsächlich Austauschbarkeit angenommen werden kann. Will der Käufer hingegen einen bestimmten Titel, beschränkt sich seine Auswahl auf die verschiedenen Buchhandlungen. Es stehen dann nicht Bücher, sondern Verkaufsstellen im Wettbewerb. Wie gross der Anteil der Buchkäufe ist, bei der Austauschbarkeit besteht, ist umstritten. Die Frage braucht nicht geklärt zu werden, wenn sich ergibt, dass auch bei der Betrachtungsweise der Beschwerdeführer wirksamer Wettbewerb beseitigt ist oder umgekehrt auch bei der Annahme der Vorinstanzen noch wirksamer Wettbewerb herrscht.

8.

8.1 Die durch Artikel 5 Absatz 3 KG begründete Vermutung kann durch den Nachweis entkräftet werden, dass trotz der Abrede ein funktionierender Innen- oder Aussenwettbewerb besteht (BBI 1995 I 565; GUGLER/ZURKINDEN, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 5 KG; BORER, a.a.O., N 22 zu Art. 5 KG; VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 21, 24; HOFFET, a.a.O. [1997],

Rz. 112 zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 820; ZÄCH, a.a.O., Rz. 305). Ein funktionierender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint. Ein funktionierender Innenwettbewerb besteht, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht (ZÄCH, a.a.O., Rz. 305; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 116 f.). Die Wirkung einer Abrede ist immer im Kontext der übrigen rechtlichen und tatsächlichen Marktzutrittsschranken zu würdigen (HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 59 ff. zu Art. 5 KG); massgeblich ist, ob im Ergebnis die Marktfunktionen des Wettbewerbs beeinträchtigt werden oder nicht (HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 62 zu Art. 5 KG; vgl. zu diesen im Einzelnen: ZÄCH, a.a.O., Rz. 10-29). Zu diesem Zweck hat deshalb auch bei den Vermutungstatbeständen eine entsprechende Marktanalyse zu erfolgen (HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 112 zu Art. 5 KG).

8.2 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass kein wirksamer Aussenwettbewerb bestehe, da das Angebot der nicht preisgebundenen Bücher im modernen Antiquariat und in Buchclubs nicht geeignet sei, den Handel mit preisgebundenen Büchern wirksam zu konkurrenzieren. Dies ist angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% (vgl. E. 2) offensichtlich und wird auch von den Beschwerdeführern nicht in Frage gestellt. Umstritten ist jedoch, ob und inwiefern noch ein wirksamer Innenwettbewerb besteht:

8.2.1 Nach Ansicht der Wettbewerbskommission ist die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nicht widerlegt, da innerhalb des relevanten Marktes (Handel mit deutschsprachigen Büchern im Währungsgebiet der Schweiz) der Wettbewerb bezüglich des Preises (und damit des zentralen Marktparameters) für die der Preisbindung unterliegenden Bücher ausgeschaltet sei. Die Rekurskommission ihrerseits hat angenommen, die Vermutung könne nicht durch die Relevanz anderer Wettbewerbsparameter widerlegt werden, da das Gesetz jeweils bereits einen einzigen Wettbewerbsparameter (nämlich den Preis [Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG] oder die Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen [Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG] oder die Marktaufteilung [Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG]) zur Begründung der Vermutung genügen lasse; erforderlich sei der Nachweis, dass trotz der fraglichen Abrede der Preiswettbewerb in hinreichendem Masse spiele, was beim umstrittenen Sammelrevers nicht der Fall sei.

8.2.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, es herrsche trotz des Sammelrevers zwischen den verschiedenen Buchtiteln und Verlagen ein Preiswettbewerb. Ob dies zutrifft, hängt mit der Frage nach dem sachlich relevanten Markt (E. 7.3) zusammen und kann dahin gestellt bleiben. Selbst wenn der Handel als eigener Markt betrachtet wird,

besteht nämlich ein relevanter Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen fort.

8.3

8.3.1 Artikel 5 Absatz 3 KG nennt die einzelnen Tatbestände, welche die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung begründen, zwar alternativ und nicht kumulativ; dies bedeutet indessen bloss, dass ein einzelner von ihnen zur Begründung der Vermutung genügt, nicht aber auch, dass die Beseitigung des Wettbewerbs damit unabänderlich feststünde. Die Argumentation der Vorinstanz setzt unzulässigerweise die Vermutungsbasis mit der Vermutungsfolge gleich. Die Vermutung zeichnet sich im Unterschied zur Fiktion dadurch aus, dass sie widerlegt werden kann (MARIO M. PEDRAZZINI/ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bern 1998, Rz. 1054; Stöckli, a.a.O., Rz. 519 ff.). Das Gesetz beschränkt die Möglichkeiten, dies zu tun, hier nicht. Die horizontale Preisabrede begründet nach dem eindeutigen Wortlaut von Artikel 5 Absatz 3 KG deshalb nur die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung und nicht auch eine entsprechende Fiktion.

8.3.2 Preisabsprachen sind gesetzlich nicht ausnahmslos untersagt (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 22; ZÄCH, a.a.O., Rz. 304). Das Gesetz unterscheidet zwischen einer erheblichen Beeinträchtigung und der Beseitigung des Wettbewerbs; nur diese ist absolut verboten. Eine erhebliche Beeinträchtigung, die nach Artikel 5 Absätze 1 und 2 KG gerechtfertigt werden kann, liegt vor, wenn der Wettbewerb hinsichtlich einzelner relevanter Parameter erheblich beeinträchtigt ist (vgl. E. 5). Als beseitigt erweist sich der Wettbewerb demgegenüber, wenn die autonome Festlegung sämtlicher relevanter Wettbewerbsparameter ausgeschlossen ist (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 15, 21 f.; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, a.a.O., Rz. 1040; WALTER A. STOFFEL, *Les ententes restrictives à la concurrence*, SZW Sondernummer 1996, S. 7 ff., 11 f.; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 98). Sind mehrere solche relevant, kann folglich ein Restwettbewerb auch vorliegen, wenn er nur bezüglich einzelner dieser Parameter noch funktioniert. Die Vermutung nach Artikel 5 Absatz 3 KG ist daher nicht erst widerlegt, wenn nachgewiesen wird, dass uneingeschränkter Wettbewerb herrscht, sondern bereits, wenn dargelegt ist, dass trotz der die Vermutung begründenden Abrede noch ein gewisser - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigter - Rest- oder Teilwettbewerb besteht.

8.3.3 Der Preis ist auf den meisten Märkten ein wichtiger Parameter. Die Beseitigung des entsprechenden Wettbewerbs führt daher in vielen Fällen - insbesondere bei homogenen Gütern (Benzin, Heizöl usw.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 301) - zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs schlechthin (HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 116 zu Art. 5 KG; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 98). Dies schliesst aber nicht aus, dass es Märkte gibt, auf denen der Preis nicht den alleinigen oder dominierenden Wettbewerbs-

faktor bildet. Bei unterschiedlichen Produkten verschiedener Hersteller kann es deshalb selbst bei kartellistisch vereinheitlichten Preisen wegen der Unterschiedlichkeit der einzelnen Marken zu einem gewissen (Rest-)Wettbewerb kommen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 301, S. 174).

8.3.4 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann somit auch bei einer (horizontalen) Preisabrede die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch den Nachweis widerlegt werden, dass auf einem konkreten Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität) noch zu einem - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten - Wettbewerb kommt (VON BÜREN, a.a.O. [1997], S. 24; STOFFEL, a.a.O. [1996], S. 17; WALTER A. STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: ROGER ZÄCH [Hrsg.], Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, S. 19 ff., 28; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 117; ZÄCH, a.a.O., Rz. 306, S.176 f.). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat denn auch in einem anderen Fall (SVIT-Honorarrichtlinien) selber festgehalten, dass bei der Beurteilung von Preisabsprachen die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor mitberücksichtigt werden müsse. In Dienstleistungsmärkten sei der Preis nicht ein dominanter Wettbewerbsparameter, da die Art und Qualität der Leistung stark vom Leistungserbringer abhingen (RPW 1998, S. 189 ff., Ziff. 49). Nachdem die Vorinstanzen vorliegend als relevanten Markt nicht die Bücher, sondern den Buchhandel (und damit einen Dienstleistungsmarkt) betrachteten, ist auch hier die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor zu prüfen. Die Auffassung der Rekurskommission, wonach die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nur durch den Nachweis umgestossen werden könne, dass der Preiswettbewerb trotz der Abrede spiele, steht im Widerspruch zum Gesetz. Die Vermutung kann auch widerlegt werden, wenn nachgewiesen ist, dass auf dem Buchhandelsmarkt trotz Ausschaltung des Preiswettbewerbs aufgrund anderer Parameter ein wirksamer (Rest- oder Teil-)Wettbewerb fortbesteht.

9.

9.1 Die Vorinstanzen haben sich aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung mit der Bedeutung des Preises als Wettbewerbsparameter und mit der Frage eines allfälligen Restwettbewerbs aufgrund anderer Faktoren (Qualität des Sortiments, der Beratung und weiterer Serviceleistungen) nicht weiter auseinander gesetzt. Der Sachverhalt ist insofern an sich unvollständig festgestellt (Art. 105 Abs. 2 OG). Immerhin haben sie aber auch diesbezüglich gewisse Aussagen gemacht. Weitere Unterlagen sind von den Beschwerdeführern eingereicht worden. Zudem liegt inzwischen der "Prognos"-Bericht über den Buchmarkt und die Buchpreisbindung vor (FELIX NEIGER/JOSEF TRAPPEL [Prognos AG], Schlussbericht Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz, Basel, September 2001).

9.2 Die Wettbewerbskommission beantragt zwar, diesen nicht zu den Verfahrensakten zu nehmen, da der Sachverhalt nicht unvollständig festgestellt sei, der Bericht keine neuen, für das vorliegende Verfahren entscheidungsrelevanten Tatsachen enthalte und die Vorgehensweise bei der Ausarbeitung nicht wissenschaftlich erscheine; zudem hätten Interessengruppen der Buchbranche bei dessen Erarbeitung mitgewirkt. Hierzu besteht indessen kein Anlass:

9.2.1 Der "Prognos"-Bericht geht auf ein Postulat des Nationalrats zurück (Postulat 99.3484), das - als Reaktion auf die hier zur Diskussion stehende Verfügung der Wettbewerbskommission - den Bundesrat eingeladen hatte, die kultur- und arbeitsmarktpolitische Bedeutung der Preisbindung darzustellen. Das Bundesamt für Kultur (BAK) beauftragte gestützt hierauf die Prognos AG damit, die Situation des Buchhandels in der Schweiz und die arbeitsmarkt- beziehungsweise kulturpolitische Bedeutung der Buchpreisbindung zu beleuchten. Dabei sollten gemäss Zielsetzung zunächst die volkswirtschaftlichen und anschliessend die kulturpolitischen Auswirkungen der Preisbindung analysiert werden ("Prognos"-Bericht, Anlage I, Ziff. 2). Eine aus Vertretern und Vertreterinnen des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco), des BAK und des Bundesamts für Statistik sowie der Präsidentin der Kulturstiftung Pro Helvetia zusammengesetzte Gruppe begleitete diese Arbeit.

9.2.2 Wie sich aus dem Auftrag und der Lektüre des Berichts ergibt, befasst sich dieser nicht nur mit den (vorliegend unerheblichen, vgl. E. 1.2) kulturpolitischen, sondern auch mit den ökonomischen Aspekten der Buchpreisbindung; er enthält insoweit deshalb auch Sachverhaltsaussagen, die für die hier zu beurteilenden Fragen erheblich sind. Zwar handelt es sich nicht um ein gerichtliches Gutachten; auch trifft zu, dass Interessenvertreter der Buchbranche und namentlich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zu den im Bericht enthaltenen Thesen Stellung nehmen konnten. Dies schliesst aber nicht aus, auf darin enthaltene Sachverhaltsfeststellungen abzustellen, soweit diese nach freier Beweiswürdigung als unbestritten und zutreffend gelten können. Es besteht deshalb kein Grund, den entsprechenden Bericht nicht zu den Akten zu nehmen, zumal die Parteien Gelegenheit erhalten haben, sich mit dessen Inhalt auseinander zu setzen.

9.3 Insgesamt erlaubt die Aktenlage dem Bundesgericht damit, selber zu beurteilen, ob neben dem (ausgeschalteten) Preiswettbewerb der Qualitätswettbewerb relevant erscheint (E. 9.4) und tatsächlich besteht (E. 9.5).

9.4

9.4.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, ein erheblicher Teil der Kundschaft lege beim Buchkauf hauptsächlich Wert auf Servicefaktoren wie Sortimentsqualität und Beratung (Ziff. 76 ff. der Verwaltungsgerichtsbeschwerde). Sie belegen dies mit Ergebnissen von Um-

fragen, wonach nur 48% der Käufer den niedrigen Preis als wichtig oder sehr wichtig beurteilten, aber zwischen 63% und 69% Faktoren wie übersichtliche Bücheranordnung, fachkundige Beratung und grosse Auswahl/breites Sortiment besonderes Gewicht beileigten. In anderen Märkten liege der Anteil der Kunden, die den Preis als "besonders wichtig" bezeichneten, demgegenüber viel höher (zwischen 55% und 83%). Zwar sind diese Umfragen zumindest teilweise vom Beschwerdeführer 1 selber oder in seinem Auftrag durchgeführt worden, doch hat die Rekurskommission diese Darlegung nicht bestritten, sondern sie bloss - aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung - als unerheblich erachtet, da dies nichts daran zu ändern vermöge, dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG begründe (Entscheid Rekurskommission, Ziff. 5.4.2, S. 30).

9.4.2 Die Vorinstanzen stellen nicht in Abrede, dass im Buchhandel neben dem Produkt "Buch" auch die Serviceleistungen (Beratung, Verfügbarkeit eines Sortiments usw.) von Bedeutung sind. Die Rekurskommission hat festgehalten, dass eine Preisabrede den Beteiligten immer die Möglichkeit belasse, sich mit anderen Mitteln wie Kundenbetreuung, Werbung oder Produktdifferenzierung zu konkurrenzieren; die Beteiligten würden in der Regel solche Mittel zur Steigerung ihrer Umsätze und Gewinne intensiv nutzen (Entscheid Rekurskommission, E. 5.4.2, S. 28 unten).

9.4.3 Der "Prognos"-Bericht kommt zum Schluss, dass im In- und Ausland die Preissensibilität der Buchkundschaft relativ gering sei. Andere Faktoren als der Preis stünden im Vordergrund, so die Breite des Sortiments, die Übersichtlichkeit des Angebots, die Qualität der Bedienung und Beratung sowie Standort und Ausstattung der Buchhandlung. Illustriert wird dies unter anderem damit, dass in den Grenzregionen zu Deutschland und Frankreich trotz Preisunterschieden von 20%-30% kaum jemand Bücher im grenznahen Ausland kaufe (S. 33 f., 78, 90). Der Bericht stützt sich dabei auf eine Studie der Universität St. Gallen (URS FÜGLISTALLER/ANDREAS GRÜNER/CRISTIAN RUSCH, Dienstleistungskompetenz und Dienstleistungscontrolling im Schweizer Buchhandel, St. Gallen 2001, S. 8, 13 und 22; vgl. dazu HANS JOBST PLEITNER/URS FÜGLISTALLER/CRISTIAN RUSCH, Schweizer Buchhandel - eine ökonomische Situationsanalyse, NZZ 9./10. Februar 2002, S. 27), welche aufgrund eigener Umfragen und Erhebungen feststellt, dass nur für rund 34% der Buchkunden der Preis eine sehr wichtige oder wichtige Rolle spiele (FÜGLISTALLER/GRÜNER/RUSCH, a.a.O., S. 31; "Prognos"-Bericht, S. 34). Diese Zahlen werden von den Vorinstanzen nicht bestritten. Es entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass zumindest bei einem erheblichen Teil der Buchkäufe den genannten Servicefaktoren (Sortimentsqualität, Beratung) eine erhebliche Bedeutung zukommt.

9.4.4 Insgesamt kann somit als erwiesen erachtet werden, dass auf dem Buchhandelsmarkt nebst dem Preis auch die Qualität eine erhebliche Bedeutung hat, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitigt.

9.5 Der entsprechende Qualitätswettbewerb findet im Übrigen auch statt:

9.5.1 Die Wettbewerbskommission hat ausdrücklich eingeräumt, dass ein gewisser Qualitäts- und Leistungswettbewerb zwischen den Buchhändlern existiere; sie hält diesen allerdings aufgrund des ausgeschalteten Preiswettbewerbs für "verzerrt" (Verfügung der Wettbewerbskommission, Ziff. 84). Auch die Rekurskommission führt aus, dass der Kunde durch den Bezug zusätzlicher (Dienst-)Leistungen Nutzen ziehen könne, dass aber die Ausschaltung des Preiswettbewerbs seine Wahlfreiheit "beschränke" (Entscheid Rekurskommission, Ziff. 5.4.2., S. 30). Verzerrung und Beschränkung sind jedoch nicht dasselbe wie die vom Gesetz verlangte Beseitigung. Nach den Ausführungen der Vorinstanzen ist deshalb davon auszugehen, dass der Qualitätswettbewerb zwischen den Buchhandlungen zwar wohl beeinträchtigt, aber nicht beseitigt ist.

9.5.2 Dies erscheint auch ohne weiteres plausibel: Die Leistung des Buchhändlers besteht einerseits in der Lieferung des Buches, andererseits im Dienstleistungsangebot (einschliesslich der Führung eines möglichst breiten Sortiments an im Laden vorhandenen, d.h. zur Einsicht offen liegenden und sofort - nicht erst auf Bestellung hin - verfügbaren Titeln). Für diese Gesamtleistung wird der für alle Buchhandlungen gleichermassen festgesetzte Preis bezahlt. Der Kunde erhält hierfür einerseits das Buch, welches in allen Buchhandlungen gleich ist, andererseits die Service-Dienstleistungen, welche unter den Buchhandlungen variieren können. Je nach Qualität der Dienstleistungen erhält der Kunde für den gleichen Preis somit eine unterschiedliche Gegenleistung. Er wird deshalb diejenige Buchhandlung vorziehen, in welcher der Service am besten ist, weil er dadurch für sein Geld eine grössere Gegenleistung erhält. Insofern besteht unzweifelhaft ein Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Qualitätswettbewerb infolge der Preisbindung ausgeschaltet sein sollte. Der Gewinn eines Unternehmens hängt nicht nur von der Bruttomarge, sondern auch von den Kosten und dem Umsatz ab. Infolge der Preisbindung kann der Buchhändler seinen Umsatz (und damit seinen Bruttoertrag) nur durch bessere Qualität der Dienstleistungen und dadurch erreichte Kundenzufriedenheit steigern. Nach normalen betriebswirtschaftlichen Überlegungen ist somit zu erwarten, dass die Buchhändler gerade infolge der Preisbindung die übrigen Wettbewerbsparameter besonders beachten, um ein optimales Verhältnis zwischen Kostenstruktur und Umsatz zu erreichen. Die Rekurskommission führt selber aus, dass die Anbieter Effizienzvorteile ent-

weder als höhere Gewinne für sich behalten oder in Form von Zusatzleistungen an die Kunden weiter geben in der Hoffnung, dadurch ihren Umsatz zu steigern (Entscheid Rekurskommission, Ziff. 5.4.2, S. 28 unten und S. 30 Mitte). Sie nimmt damit an, dass trotz Preisbindung die verschiedenen Buchhandlungen unterschiedlich effizient sind und dem Kunden daher unterschiedliche Leistungen anbieten können. Für diejenigen Kunden, welche einzig das Buch, aber keine Beratung und Sortimentsausstellung beanspruchen (weil sie genau wissen, welches Buch sie wünschen), ist damit zwar der Wettbewerb weitgehend ausgeschaltet beziehungsweise bezieht sich dieser höchstens noch auf die Raschheit der Bestellung und Lieferung. Da indessen ein erheblicher Teil der Kunden tatsächlich weitere Dienstleistungen beansprucht (vgl. E. 9.4), bedeutet dies nicht, dass der Wettbewerb beseitigt wäre.

9.5.3 Die Rekurskommission nahm an, dass eigentlich erwartet werden dürfte, dass der Kunde bereit sei, den Preis für die Dienstleistungen separat zu bezahlen, und nicht bloss denjenigen, der sich aus der Mischrechnung ergebe, wenn es für ihn tatsächlich nicht so sehr auf den Preis denn auf die Leistung ankomme (Entscheid Rekurskommission, E. 5.4.2. in fine). Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass kein Qualitätswettbewerb mehr bestünde. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass mangels Austauschbarkeit einzelner Titel als sachlich relevanter Markt die Dienstleistungen der Buchhandlungen zu gelten haben (vgl. E. 7.3), werden diese Leistungen in der Regel doch zusammen mit dem Buch nachgefragt. Es ist auch auf anderen Märkten üblich, dass nebst der Lieferung der Ware eine gewisse Beratung erfolgt, die von den Kunden in unterschiedlichem Masse in Anspruch genommen, aber trotzdem nicht gesondert entgolten wird, sondern im Preis der Ware enthalten ist. Dies allein stellt noch keine Beseitigung des Wettbewerbs dar. In Märkten, in welchen die Beratungstätigkeit einen erheblichen Anteil am Warenpreis ausmacht, kann die Preisbindung gerade ein Mittel sein, um die - auch ökonomisch - unerwünschte Trittbrettfahrerproblematik zu vermeiden (Personen, die in qualifizierten und teureren Handlungen unentgeltlich Beratung in Anspruch nehmen, um anschliessend im billigeren Discountgeschäft die Ware zu kaufen).

9.5.4 Ebenfalls nicht ausschlaggebend ist das Argument, das Kartellgesetz gehe davon aus, dass der Nachfrage am besten entsprochen werde, wenn das Angebot auf diese und nicht nach Wettbewerbsabreden ausgerichtet sei. Nach dem Gesagten richten die Buchhändler ihr Angebot zwar nicht bezüglich des Preises, wohl aber bezüglich anderer Wettbewerbsparameter (Serviceleistungen) durchaus an der Nachfrage aus. Dass der Wettbewerb durch die Preisabrede erheblich beeinträchtigt wird, ist nicht bestritten, aber nicht ausschlaggebend, solange ein Teilwettbewerb aufgrund anderer Faktoren fortbesteht (vgl. E. 8.3).

9.5.5 Wettbewerbsrechtlich bedenklich und unzulässig sind Preisabsprachen in erster Linie, wenn sie im Ergebnis zu Marktabschottungen führen beziehungsweise aktuellen und potenziellen Wettbewerbern der Marktzutritt erschweren oder verunmöglichen (vgl. E. 8.1; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, a.a.O., S. 252, Rz. 1040; HOFFET, a.a.O. [1997], Rz. 57 zu Art. 5 KG; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 815 Ziff. 2.2; GUGLER/ZURKINDEN, a.a.O., Rz. 72 zu Art. 5 KG). Die Ein- und Austrittsbedingungen auf dem Markt sind deshalb ein zentrales Kriterium für die Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen (BBI 1995 I 513). Wenn trotz Absprachen ein lebhafter Wechsel im Bestand der Marktteilnehmer erfolgt, ist der Wettbewerb nicht beseitigt. Anders als die in der EU als unzulässig beurteilte Preisbindung für niederländischsprachige Bücher (EuGH, verb. Rs. 43 und 63/82, Slg. 1984 S. 19 ff.) führt der Sammelrevers weder rechtlich noch faktisch zu einem Zulassungssystem für Buchhandlungen (vgl. auch EuGH C-360/92, Slg. 1995 123 ff., S. 73 f., wonach das mit dem Sammelrevers 93 vergleichbare britische "Net Book Agreement" sich von jenem niederländischen System unterscheidet). Von keiner Seite wird behauptet, der Marktzutritt für neue Buchhandlungen werde durch den Sammelrevers erschwert oder verunmöglicht. Im Gegenteil ist aktenmässig erstellt und unbestritten, dass die Zahl der Sortimentsbuchhandlungen stark schwankt. Sie hat zwischen 1985 und 1995 um mehr als 20% zu- und seit der Mitte der 90er-Jahre wieder um rund 10% abgenommen, während zugleich die grössten Buchhandlungen ihren Umsatz erheblich steigern konnten ("Prognos"-Bericht, S. 20, 43). Trotz Buchpreisbindung treten somit in der Realität in einem erheblichen Ausmass Wettbewerber auf dem Markt ein und aus, und kommt es zu Verlagerungen in den relativen Umsatzanteilen. Derartige Schwankungen im Bestand der Marktteilnehmer und ihren Marktanteilen wären nicht erklärlich, gäbe es nicht zumindest einen wirksamen (Teil-)Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen. Damit ist die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG widerlegt.

10. Der Wettbewerb wird durch den Sammelrevers aber erheblich (vgl. E. 5) und damit an sich in unzulässiger Weise beeinträchtigt, es sei denn, die Abrede erscheine aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

10.1 Die ehemalige Kartellkommission hat noch unter dem Geltungsbereich des KG62 in zwei früheren Erhebungen über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Büchermarkt (VKK 3/1973, S. 187 ff.) und über das Verhältnis zwischen Verlegern, Buchhandel und Buchclubs in der Deutschschweiz (VKK 2/3/1982, S. 117 ff.) die Buchpreisbindung hauptsächlich kulturpolitisch begründet (VKK 3/1973, S. 187 ff., 210 ff.; VKK 2/3/1982, S. 126, 131; vgl. KAMBER, a.a.O., S. 100 ff.; RIEDER, a.a.O., S. 146 ff.). Nach den Erfahrungen in Ländern ohne Buchpreisbindung (Frankreich, Schweden) würde bei einer Aufhebung der Preisbindung der Büchertrieb über Discounter begünstigt und die Zahl der Neu-

erscheinungen vermindert; die Preise würden bei einzelnen Titeln (Erfolgsbüchern) gesenkt, bei anderen erhöht (VKK 2/3/1982, S. 127 ff.). Das geltende Kartellgesetz lässt im Rahmen von Artikel 5 bewusst keine wettbewerbliche Rechtfertigung aus kultur- oder allgemeinpolitischen Gründen mehr zu. Einzig Gründe der wirtschaftlichen Effizienz fallen hierfür noch in Betracht (BORER, a.a.O., N 33 zu Art. 5 KG); kulturpolitische Argumente sind im Rahmen einer allfälligen ausnahmsweisen Zulassung nach Artikel 8 KG zu berücksichtigen (BBI 1995 I 558; vgl. E. 1.2). In der Botschaft zum Kartellgesetz wurde die Buchpreisbindung zwar als ein möglicher Anwendungsfall hierfür erwähnt (BBI 1995 I 577; vgl. auch Amtl.Bull. N 1995 S. 1091 ff., BUNDESRAT DELAMURAZ, NR STUCKY und STRAHM; Amtl.Bull. S 1995 S. 858, BUNDESRAT DELAMURAZ); dies bedeutet aber nicht, dass eine Rechtfertigung der Buchpreisbindung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz deshalb zum Vornherein ausgeschlossen wäre. In den parlamentarischen Beratungen des Kartellgesetzes wurde beantragt, im Rahmen von Artikel 6 Absatz 2 KG auch Abreden über die Verbreitung von Büchern zu erwähnen, um die Buchpreisbindung aufrecht zu erhalten (Anträge LOEB, Amtl.Bull. N 1995 S. 1085, und ITEN, Amtl.Bull. S 1995 S. 857). Dem ist entgegengesetzt worden, dies sei unnötig, weil bereits nach der vorgeschlagenen Formulierung eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz erfolgen könne (Amtl.Bull. N 1995 S. 1088 ff., Voten JAEGER, FISCHER, LEDERGERBER; Amtl.Bull. S 1995 S. 857 f., Berichterstatterin SIMMEN und BUNDESRAT DELAMURAZ). Der Antrag wurde hierauf im Nationalrat knapp abgelehnt (Amtl.Bull. N 1995 S. 1092) und im Ständerat zurückgezogen (Amtl.Bull. S 1995 S. 858).

10.2 Die Prüfung entsprechender Rechtfertigungsgründe setzt neben der Beurteilung von Rechtsfragen Feststellungen sachverhaltlicher Natur voraus. Anders als bezüglich der Beseitigung des Wettbewerbs (vgl. E. 9) liegen zurzeit insofern keine hinreichenden Grundlagen vor, welche es dem Bundesgericht erlaubten, die Frage abschliessend zu beurteilen. Es kann nicht Sache des Bundesgerichts sein, die von den Beschwerdeführern diesbezüglich erhobenen - von den Vorinstanzen gestützt auf ihre unzutreffende Rechtsauffassung aber nicht weiter vertieften - Einwände erstinstanzlich zu prüfen. Die Sache ist hierzu an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen (Art. 114 Abs. 2 OG). Davon könnte nur abgesehen werden, wenn sich im Rahmen einer summarischen Prüfung bereits heute ergäbe, dass eine entsprechende Rechtfertigung zum Vornherein ausser Betracht fällt; dem ist indessen nicht so.

10.3 Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG nennt als legitime Rechtfertigungsgründe die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung und der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie die rationellere Nutzung von Ressourcen. Diese Gründe sind im Gesetz abschliessend aufgezählt (BORER, a.a.O., N 33

zu Art. 5 KG). Zur Rechtfertigung genügt, dass einer von ihnen gegeben ist (ZÄCH, a.a.O., Rz. 286).

10.3.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, der Sammelrevers diene der Senkung von Vertriebs- und Herstellungskosten, weil er ein flächendeckendes Netz von breitsortierten Buchhandlungen gewährleiste. Eine Aufhebung der Preisbindung würde die Zahl der Buchhandlungen reduzieren und das bisherige flächendeckende Netz ausdünnen. Dadurch sänken die Verbreitungschancen für neue Titel. Indem der Sammelrevers den Verlegern eine Mischkalkulation gestatte, fördere er die Bereitschaft zur Herausgabe neuer Titel und erleichtere den Vertrieb neuer Verlagserzeugnisse. Auch die Vorinstanz geht davon aus, dass die Buchpreisbindung den Verlagen eine Mischkalkulation und eine Quersubventionierung schlecht verkäuflicher durch erfolgreichere Titel ermögliche (Entscheid Rekurskommission, Ziff. 5.1.3). Wie bei jeder Quersubventionierung ist somit anzunehmen, dass die Buchpreisbindung für einen Teil der Bücher die Herstellungskosten senkt, für einen anderen aber erhöht. Kern der Argumentation bildet die Annahme, dass die Herstellungskosten für die weniger leicht verkäuflichen Titel steigen würden. Eine Aufhebung der Preisbindung reduzierte somit tendenziell die Zahl der erscheinenden Bücher. Die Beschwerdeführer machen hingegen nicht geltend, dass durch die Absprache die Herstellungskosten insgesamt reduziert würden; eine Rechtfertigung unter diesem Titel (Herstellungskosten) erscheint deshalb zweifelhaft und bedarf vertiefterer Abklärungen. Preisbindungen zweiter Hand können auch gerechtfertigt erscheinen, weil sie die Vertriebskosten senken und damit die Lancierung eines neuen Produkts fördern (BBI 1995 I 558 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 287; Übersicht über die Praxis bei STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 107 ff.). Nach der von allen Beteiligten geteilten Auffassung kann davon ausgegangen werden, dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich und eine Rechtfertigung insofern deshalb nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist.

10.3.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführer erlaubt die Preisbindung zudem eine Verbesserung des Produktesortiments, indem sie ein breites Angebot von Titeln ermöglicht. Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen; er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst zum Beispiel auch die Umweltverträglichkeit von Produkten (BBI 1995 I 558 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 288; a.M. MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1998], S. 24). Nicht nur die Verbesserung einzelner Erzeugnisse im engeren Sinn, sondern auch die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments können als Produktverbesserung in diesem Sinne verstanden werden (MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 818; ZÄCH, a.a.O., Rz. 288). Die Vorinstanzen haben als relevanten Markt nicht den Handel mit je einzelnen Titeln, sondern mit (deutschsprachigen) Büchern gesamthaft betrachtet. Als "Produkt" kommt somit das ganze Buchangebot in Frage. Sofern es stimmt, dass

die Preisbindung die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel erhöht (was eine noch abzuklärende Sachverhaltsfrage ist), könnte dies eine Produkteverbesserung (Breite und Qualität des Buchsortiments) im Sinne des Gesetzes bilden. Eine Rechtfertigung erscheint damit auch unter diesem Titel nicht zum Vornherein unmöglich.

10.3.3 Ähnliches gilt für den Aspekt der "Verbreiterung von technischem oder beruflichem Wissen" und der "rationelleren Nutzung von Ressourcen": Wenn es - wie die Beschwerdeführer mit Vergleichen zwischen dem deutschsprachigen und dem englisch- und schwedischsprachigen Buchmarkt vorbringen - zutrifft, dass die Zahl der verfügbaren Fachbuchtitel durch die Preisbindung erhöht wird, ist nicht ausgeschlossen, diese mit dem Argument der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen zu rechtfertigen (vgl. EuGH C-360/92, Slg. 1995 S. 23 ff., 67 f., zum Begriff des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts im Sinne von Art. 85 Ziff. 3 EGV im Zusammenhang mit der britischen Buchpreisbindung). Zu den Ressourcen gehören auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen (BBl 1995 I 558 f.; OLIVIER PIAGET, *La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse*, Basel 2001, S. 168 f.; MEIER-SCHATZ, a.a.O. [1996], S. 818; STOFFEL, a.a.O. [2000], S. 113). Es ist deshalb denkbar, die Nutzung des in der Menschheit vorhandenen Wissens als Ressource in diesem Sinne zu verstehen, deren Ausbeutung durch eine Verbreiterung des Buchangebots gefördert wird.

10.4 Um aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten zu können, muss die umstrittene Abrede unabhängig vom Rechtfertigungsgrund notwendig sein (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG). Es soll das mildeste und verhältnismässigste Mittel gewählt werden, um zu den gewünschten Effizienzvorteilen zu gelangen (BBl 1995 I 560; BORER, a.a.O., N 36 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 294). In der Lehre wird zum Teil die Ansicht vertreten, Wettbewerbsabreden über die Festsetzung von Preisen seien zur Erreichung der Effizienzziele in aller Regel nicht notwendig (ZÄCH, a.a.O., Rz. 295, S. 171). Dies dürfte zutreffen, sofern tatsächlich mildere Mittel zur Verfügung stehen. Die Vorinstanzen haben sich zu dieser Problematik nicht geäußert. Sie werden im Weiteren deshalb zu prüfen haben, ob die angestrebten Ziele (soweit sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind) nicht auch mit anderen Mitteln als dem Sammelrevers 93 erreicht werden könnten. Dabei wird insbesondere zu klären sein, ob mit einer rein vertikalen Ausgestaltung des Sammelrevers (wie dies auch von den Vorinstanzen als zulässig erachtet würde) ohne horizontale Bündelung die angestrebten Zwecke (soweit ökonomisch gerechtfertigt) nicht gleichermassen erreicht werden könnten. Eine Rechtfertigung setzt schliesslich voraus, dass die Abrede den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Auch dieser Aspekt wird durch die Wettbewerbskommission noch vertieft werden müssen.

10.5 Aus völkerrechtlichen Gründen darf die Abrede nicht zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes führen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 295, S. 169 f.). Nachdem es vorliegend um den deutschsprachigen Büchermarkt geht, der sich nebst der Schweiz überwiegend auf Deutschland und Österreich erstreckt, ist hierbei in erster Linie das Verhältnis zu diesen Ländern massgebend. Es wird insofern zu berücksichtigen sein, dass in Deutschland und Österreich ein analoger Sammelrevers angewendet wird und nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten können (vgl. dazu ABI C 073 vom 6. März 2001, Entschliessung des Rates vom 12. Februar 2001; EuGH 3. Oktober 2000 C-9/99 [Echirolles Distribution SA]; THOMAS HOFMANN, Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts, GRUR 2000 S. 555 ff.; KNUT WERNER LANGE [Hrsg.], Handbuch des deutschen und europäischen Kartellrechts, Heidelberg 2001, S. 215 ff.). Auch dieser Problematik und deren Auswirkungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeit des Sammelrevers in der Schweiz wird noch nachzugehen sein.

11.

11.1 Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission (Art. 114 Abs. 2 OG) zur Abklärung zurückzuweisen, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 2 KG).

11.2 Die Beschwerdeführer obsiegen damit in ihrem Subeventualbegehren. Mit dem Hauptbegehren sind sie nicht durchgedrungen, und es steht zurzeit nicht fest, ob sie damit letztlich Erfolg haben werden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind ihnen die Gerichtskosten hälftig aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 3 OG). Die Wettbewerbskommission hat den Beschwerdeführern ihrerseits eine anteilmässige Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 1-3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Verfahren 2A. 298/2001 und 2A.299/2001 werden vereinigt.
 2. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden teilweise gutgeheissen. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001 wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.
 3. Die Gerichtsgebühr von insgesamt CHF [...] wird zur Hälfte, ausmachend insgesamt CHF [...], den Beschwerdeführern auferlegt.
 4. Die Wettbewerbskommission hat die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt CHF [...] zu entschädigen.
 5. Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, der Wettbewerbskommission, dem Eidgenös-
-

sischen Departement des Innern sowie dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement schriftlich mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte
 Tribunaux cantonaux
 Tribunali cantonali

C 1	1. X/Y
-----	--------

Urteil vom 17. September 2002 der I. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern in Sachen X/Y betreffend Schadenersatzansprüche gemäss Artikel 12 KG und Artikel 9 UWG

Sachverhalt

A. Die Klägerin X ist (gemäss Handelsregistereintrag) im Abbau, in der Aufbereitung sowie im Transport von Sand- und Kiesmaterialien und von recyclebarem Bauschutt tätig. Die Beklagte Y betätigt sich (gemäss Handelsregistereintrag) mit der Fabrikation und dem Vertrieb von Transportbeton und Baumaterialien.

B. Am 25. Juni 2001 reichte die Klägerin beim Obergericht eine Forderungsklage gegen die Beklagte ein und beantragte, die Beklagte habe ihr unter Kosten- und Entschädigungsfolgen CHF [...] nebst 5% Zins seit dem 11. August 2000 zu bezahlen.

Zur Begründung führte die Klägerin aus, der Zweck der Beklagten liege in der Fabrikation und im Vertrieb von Transportbeton und anderen Baumaterialien. Der Fabrikationsbetrieb und der Firmensitz der Beklagten befänden sich in [...]. Das Aktienkapital der Beklagten betrage CHF [...] und sei in 500 vinkulierte Namenaktien zu CHF [...] aufgeteilt. Die drei Betonhersteller [...], [...] sowie [...] verfügten über die Aktienmehrheit der Beklagten. Die [...] sei durch ihren Geschäftsführer [...], die [...] durch ihren Verwaltungsrat [...] und die [...] durch ihren Verwaltungsrat und Geschäftsführer [...] im Verwaltungsrat der Beklagten vertreten. Bei diesen drei Firmen handle es sich um Produzenten von Transportbeton, welche bis zum Marktauftritt der Klägerin zirka [...]% des Bedarfs in [...] und der dazugehörigen Agglomeration abgedeckt hätten. Die Klägerin sei seit zirka drei Jahren in der Produktion und dem Handel mit Frischbeton tätig. Da der Betonmarkt in der Schweiz immer noch stark kartellisiert sei, versuchten die bisherigen Marktleader, den Auftritt neuer Firmen mit allen Mitteln zu verhindern. So sei die Klägerin mit einem Grundeigentümer in [...] vor dem

Abschluss eines Baurechtsvertrages über die Errichtung einer Beton-
aufbereitungsanlage gestanden. Als dies der [...] zu Ohren gekommen
sei, habe sie mit dem Grundeigentümer gegen eine Entschädigung von
CHF [...] einen Dienstbarkeitsvertrag bezüglich einer Baubeschränkung
für Betonanlagen errichtet. Die [...] habe in der Folge die Nichtigkeit
des Dienstbarkeitsvertrages anerkennen müssen. Im Frühjahr 2000 ha-
be die Klägerin mit der [...] in [...] einen Baurechtsvertrag abgeschlos-
sen. Die [...] habe der Klägerin das Recht eingeräumt, auf ihrem Werk-
hof [...] eine weitere Betonaufbereitungsanlage zu erstellen. Gegen
die vom Gemeinderat [...] erteilte Baubewilligung habe die Beklagte
am 11. August 2000 beim Verwaltungsgericht des Kantons [...] Verwal-
tungsgerichtsbeschwerde erhoben. Die Beklagte habe ihren Sitz und
ihren Fabrikationsbetrieb in der Gemeinde [...]. Das geplante Beton-
werk der Klägerin befinde sich in [...] und sei durch einen Hügelzug
vom Werk der Beklagten abgetrennt. Die Beklagte habe deshalb zum
Vornherein keine besondere Beziehungsnähe zum Bauprojekt gehabt.
Es sei ihr lediglich darum gegangen, den Marktauftritt der Klägerin
hinauszuzögern. Das Verwaltungsgericht habe denn auch im Urteil
vom 10. Oktober 2000 festgehalten, dass die Beklagte nicht aus Be-
troffenheit zufolge örtlicher Nähe, sondern aus Gründen der Konkur-
renz die Beschwerde eingereicht habe. Das Verwaltungsgericht sei
deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten. Wegen der Verwal-
tungsgerichtsbeschwerde sei der Baubeginn für die Betonaufberei-
tungsanlage um zwei Monate verzögert worden. Die Baubewilligung
der Gemeinde [...] vom 24. Juli 2000 sei der Klägerin am 25. Juli 2000
zugestellt worden und wäre am 14. August 2000 in Rechtskraft er-
wachsen. Wegen der Beschwerde sei die Baubewilligung erst mit dem
Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts am 14. Oktober
2000 rechtskräftig geworden. Durch die Bauverzögerung sei der Klä-
gerin ein Schaden von CHF [...] entstanden. Dieser Schaden werde wie
folgt spezifiziert:

- Kosten der Baustelleneinrichtung während des Baustopps CHF [...]
- Grundstücksmiete/Baurechtszins für zwei Monate CHF [...]
- Transportkostenzuschläge für Lieferungen ab dem Werk [...] statt dem Werk [...], die nicht den Abnehmern belastet werden konnten CHF [...]
- Entgangener Gewinn für 2'500 m³ nicht lieferbaren Beton CHF [...]
- Fixe Betriebskosten der Betonaufbereitungsanlage CHF [...]
- Genugtuung CHF [...]

Anspruchsgrundlage für die vorliegende Schadenersatzforderung bil-
de Artikel 12 Buchstabe b des Kartellgesetzes. Danach habe derjenige,
welcher durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der

Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werde, Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung. Die drei hauptsächlichsten Betonlieferanten der Region [...], welche bis zu [...] % des Bedarfs abdeckten, hätten als Mehrheitsaktionäre der Beklagten über ihre Vertreter im Verwaltungsrat beschlossen, den Marktauftritt der Klägerin zu verzögern. Es gehe ihnen darum, den Betonmarkt in der Region des [...] zu beherrschen und aufzuteilen. Die Y werde von den vorgenannten Monopolisten als Ausführungs- und Organisationsgesellschaft zur Verwirklichung kartellistischer Absprachen benutzt. Das Verhalten der Beklagten stelle eine Vertragsobstruktion dar. Die ausschliesslich auf Verzögerung des Marktauftritts ausgerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beklagten habe zur Folge gehabt, dass die Klägerin ihre Produktion erst mit zwei Monaten Verspätung habe aufnehmen können. Die während dieser Zeit nutzlos getätigten Aufwendungen hätten eine Vermögensverminderung der Klägerin zur Folge, welche nach Artikel 41 OR zu vergüten sei.

C. In der Klageantwort vom 10. September 2001 beantragte die Beklagte, die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin vollumfänglich abzuweisen. Die Beklagte machte geltend, die von der Klägerin angeführten Firmen besäßen nicht die Aktienmehrheit der Beklagten. Es seien verschiedene Bauunternehmungen an der Beklagten beteiligt. [...] sei nicht Verwaltungsrat der [...]. Die [...] produziere keinen Transportbeton. Die [...] sei am 2. März 1981 gegründet worden und deshalb schon wesentlich mehr als drei Jahre als Produzentin von Frischbeton auf dem Markt. Der Betonmarkt in der Schweiz sei keinesfalls kartellisiert. Gerade das Beispiel der von der Klägerin erstellten Betonaufbereitungsanlage in [...] zeige, dass der Wettbewerb funktioniere. Es sei der Klägerin gelungen, mittels Dienstbarkeitsvertrag den Standort auf den Grundstücken [...] zu sichern. Mit der [...] habe sie ebenfalls einen Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen und diesen vor der Beklagten beim Grundbuchamt zur Anmeldung gebracht. Die [...] habe deshalb ihre Anmeldung zurückziehen müssen.

Die Beklagte macht weiter geltend, die Klägerin habe keinesfalls gesetzeskonform um die Erteilung einer Baubewilligung für die Betonaufbereitungsanlage nachgesucht. Das durchgeführte vereinfachte Baubewilligungsverfahren nach Paragraph 198 Absatz 1 PBG sei nicht zulässig gewesen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des [...] Verwaltungsgerichts habe die Beklagte aufgezeigt, dass ihr die Beschwerdebefugnis zukomme. Diese Rechtsauffassung werde auch in der neueren Lehre als richtig anerkannt. Das Verwaltungsgericht des Kantons [...] habe diese Rechtsprechung nicht geprüft, sondern auf die bisherige Praxis abgestellt. Aufgrund dieser Fakten könne nicht von einer mutwilligen Beschwerde gesprochen werden. Die Beklagte begründe ihre Legitimation nicht in erster Linie mit der beachtenswerten Nähe zur umstrittenen Anlage, sondern mit der Gleichbehandlung von

Gewerbegenossen. Die Klägerin habe durch das vereinfachte Baubewilligungsverfahren gegenüber der Beklagten eine Privilegierung genossen. Mangels Aussteckung sowie Publikation sei die Mitwirkung der Beklagten, der Umweltschutzverbände sowie vom Lärm und Luftimmissionen Betroffener verhindert worden. Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch seien deshalb abzuweisen.

Vorsorglich werde der geltend gemachte Schaden von CHF [...] auch masslich bestritten. Die Klägerin habe mit dem Bau der Betonanlage schon vor Rechtskraft der Baubewilligung begonnen, weshalb der Gemeinderat [...] einen Baustopp verfügt habe. Die Arbeiten habe sie somit auf eigenes Risiko ausgeführt. Zudem seien die Aufwendungen nicht nutzlos gewesen. Das verwendete Material habe die Klägerin später wieder brauchen und die Werkzeuge hätten anderweitig eingesetzt werden können. Die geltend gemachten Aufwendungen für die Grundstücksmiete sowie die Transportkostenzuschläge seien nicht ausgewiesen. Die Klägerin lege keine Lieferverträge und Rechnungen auf; zudem sei der Stundenansatz von [...] übersetzt, da die Klägerin selber zu einem Ansatz von [...] pro Stunde fahre. Der angebliche entgangene Gewinn für Betonlieferungen sei nicht bewiesen. Vorsorglich werde der Betrag auch masslich bestritten. Die Forderung betreffend den fixen Betriebskosten sei weder grundsätzlich noch masslich ausgewiesen. Eine Genugtuung sei ebenfalls nicht geschuldet, da keine Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Auf eine Expertise sei mangels Relevanz zu verzichten und der Zeuge [...] sei Angestellter der Klägerin, weshalb dessen Glaubwürdigkeit bestritten werde.

In rechtlicher Hinsicht sei zu beachten, dass die Inanspruchnahme staatlicher Rechtsbehelfe keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle und erst recht nicht eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 ff. KG. Die [...], die [...] sowie die [...] seien nicht Mehrheitsaktionäre der Beklagten. Sie deckten zudem nicht einmal [...] % des Bedarfs von Beton in der Stadt und der Agglomeration [...]. Die Beklagte sei deshalb nicht dem Kartellgesetz unterstellt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde habe die Gleichbehandlung von Gewerbetenossen erreichen wollen. Es sei nicht das Ziel gewesen, Kunden der Klägerin vom Abschluss neuer Verträge abzuhalten oder laufende Verträge zu beenden. Die Klägerin habe noch ein Werk in [...] besessen und sei in der Fortführung laufender Verträge somit völlig frei gewesen. Schliesslich seien auch der adäquate Kausalzusammenhang, das Verschulden und eine genugtuungswürdige Behinderungsunbill nicht gegeben.

D. In der Replik vom 11. Februar 2002 hielt die Klägerin an ihren Klageanträgen fest. Sie führte im Wesentlichen aus, es treffe zu, dass an der Beklagten auch Bauunternehmungen aus [...] beteiligt seien. Die Beteiligung dieser Bauunternehmungen verstärke die Monopolstellung der Beklagten. Die [...], die [...] und die [...] verfügten über die

Aktienmehrheit der Beklagten. Die drei Firmen würden beim Frischbeton über einen Marktanteil von über [...] % verfügen und damit eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Der Verwaltungsrat der Beklagten habe beschlossen, die aussichtslose Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzureichen, um den Marktauftritt der Klägerin zu verzögern, was gegen Artikel 7 des Kartellgesetzes verstosse. Es möge zutreffen, dass die [...] keinen Transportbeton fabriziere. Die Fabrikation erfolge aber über die Schwestergesellschaft [...] in [...]. In beiden Gesellschaften fungiere [...] als Direktor. Die Aktienmehrheit der [...] und der [...] befinde sich bei der [...] mit Sitz in [...]. Bei dieser Firma handle es sich um den [...] grössten Betonhersteller der Schweiz. Die [...], die [...] und die [...] hätten bis zum Auftritt der Klägerin zirka 90% des Bedarfs an Beton in [...] und der dazugehörigen Agglomeration abgedeckt. Aufschlussreich zur Konkurrenzsituation sei das Protokoll der Verwaltungsratssitzung der [...] vom 30. November 2000. Dort werde ausgeführt, dass der Kies- und Betonmarkt [...] durch das aggressive Verhalten der Klägerin beeinträchtigt werde. Das Preisniveau ab den Anlagen [...] liege rund [...] /m³ unter demjenigen anderer Betonwerke.

Bezüglich der einzelnen Forderungen sei auf Folgendes hinzuweisen: Die Klägerin habe vor Rechtskraft der Baubewilligung keine Bauarbeiten ausgeführt. Lediglich die für die Ausführung des Baus notwendigen Installationen seien bereitgestellt worden. Es sei auch kein Baustopp verfügt worden. Für die Nutzung des Grundstücks habe die Klägerin monatlich CHF [...] bezahlt. Beim Stundenansatz von [...] für Transportkostenzuschläge handle es sich um den offiziellen Richtwert der ASTAG. Es treffe nicht zu, dass die Klägerin einen Ansatz unter CHF [...] verrechne. Mit der Firma [...] in [...] seien Verträge über Betonlieferungen von zirka [...] m³ für eine Überbauung in [...], und von zirka [...] m³ für ein Doppeleinfamilienhaus in [...] vereinbart worden. Infolge verzögerter Inbetriebnahme des Betonwerks in [...] hätten diese annulliert werden müssen. Ebenfalls habe eine Lieferung von [...] m³ an die Firma [...] aus den gleichen Gründen nicht erfolgen können. Die Baukosten für das Betonwerk hätten gemäss Aufstellung CHF [...] betragen.

In rechtlicher Hinsicht berufe sich die Klägerin nebst den Bestimmungen des Kartellgesetzes auch auf Artikel 2 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb. Die Beklagte habe in missbräuchlicher Verwendung eines staatlichen Rechtsbehelfs den Bau der klägerischen Produktionsanlage um zwei Monate verzögert. Gemäss Artikel 9 Absatz 3 UWG könne jedermann, der durch unlauteren Wettbewerb in seinem Geschäftsbetrieb bedroht oder verletzt werde, nach Massgabe des Obligationenrechts Schadenersatz und Genugtuung verlangen. Der Anspruch aus Artikel 9 UWG werde neben demjenigen aus Artikel 12 KG geltend gemacht.

E. In der Duplik vom 8. April 2002 hielt die Beklagte an den Anträgen in der Klageantwort fest. Sie führte im Wesentlichen aus, die Klägerin gebe zu, dass die Baukosten weit mehr als die im Baugesuch angegebenen CHF [...] betragen hätten, nämlich CHF [...]. Dies zeige, dass das vereinfachte Baubewilligungsverfahren nicht zulässig gewesen sei und die Baubewilligung erschlichen worden sei. Die Klägerin sei bevorteilt worden. Mit der Beschwerde habe die Beklagte eine rechtsgleiche Behandlung der Gewerbetreibenden erreichen wollen. Im Nachhinein habe sich auch herausgestellt, dass die Klägerin in gröbster Weise gegen Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes verstossen habe und eine Betriebseinstellung erfolgt sei. Die an der Beklagten beteiligten Bauunternehmungen aus [...] hätten eine Interesse daran, den Beton möglichst günstig zu beziehen. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb ihre Beteiligung die angebliche Monopolstellung der Beklagten verstärken sollte. Die Bauunternehmer verfügten zudem über die Stimmenmehrheit im beklagtischen Verwaltungsrat. Es treffe zu, dass die an der Beklagten beteiligten Betonhersteller in der Agglomeration [...] über einen grossen Marktanteil verfügten, welcher aber von der Beklagten nicht prozentmässig beziffert werden könne. Entscheidend sei aber, dass der Markt vollumfänglich spiele. Die Agglomeration [...] werde ausser von der Beklagten von der Klägerin aus ihrem Werk in [...] versorgt. Daneben habe es weitere Betonaufbereitungsanlagen wie [...]. Da auch Firmen ausserhalb der Agglomeration [...], ja sogar ausserhalb des Kantons [...], die Agglomeration [...] mit Transportbeton belieferten, könne von einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten keine Rede sein. Es treffe nicht zu, dass die [...] [...] % des Betonbedarfs der Agglomeration [...] abdecke.

Aus Ziffer 9.1 der Klage gehe hervor, dass die Klägerin vor Rechtskraft der Baubewilligung zwei Streifenfundamente sowie ein Absatzbecken erstellt habe. Die geltend gemachten Baurechtszinse seien nicht ausgewiesen. Der Richtwert der ASTAG entspreche bei weitem nicht dem Marktpreis. Der geltend gemachte Gewinn für entgangene Betonlieferungen sei nicht ausgewiesen, da die Klägerin lediglich Offerten vorlege. Sie gebe indes zu, dass die fixen Baukosten ohne Betonaufbereitungsmaschine CHF [...] betragen hätten. Dies dokumentiere, dass die Baubewilligung erschlichen worden sei.

Die Rechtsberufung auf Artikel 2 UWG gehe fehl. Die Klägerin habe selbst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, indem sie eine Baubewilligung erschlichen habe. Der geltend gemachte Schaden sei weder grundsätzlich noch masslich ausgewiesen.

F. An der Verhandlung vom 17. September 2002 haben die Parteien ihre Anträge erneuert und zur Sache noch einmal Stellung genommen (OG VP).

Erwägungen

1. Die aufgelegten Urkunden werden zu den Akten genommen. Auf weitere Beweisvorkehren kann verzichtet werden, was sich aus den folgenden Erwägungen ergibt.
 2. Die Klägerin beruft sich auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG) sowie auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG). Das Obergericht ist für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung als einzige kantonale Instanz zuständig (Art. 14 KG und § 11 ZPO). Es beurteilt auch andere zivilrechtliche Ansprüche, wenn sie gleichzeitig mit der Klage geltend gemacht werden und mit ihr sachlich zusammenhängen (Art. 14 KG; Art. 7 Abs. 2 und Art. 25 GStG; MÜLLER/WIRTH, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, N 41 zu Art. 7). Insbesondere können zivilrechtliche Ansprüche wegen unlauteren Wettbewerbs vorliegend beim Obergericht geltend gemacht werden (Art. 12 UWG).
 3. Die Klägerin begründet ihre Schadenersatzforderung mit einer ihrer Ansicht nach völlig unbegründeten Verwaltungsgerichtsbeschwerde seitens der Beklagten, die zur Verzögerung ihres Bauvorhabens geführt habe. Ob diese Beschwerde widerrechtlich erhoben wurde, ist vorerst abzuklären, da eine allfällige Widerrechtlichkeit auch im Rahmen der von der Klägerin angerufenen Bestimmungen des Kartellgesetzes und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb von Bedeutung ist. Das Obergericht ist vorliegend auch ausnahmsweise zuständig, eine Schadenersatzforderung nach Artikel 41 OR erstinstanzlich zu beurteilen. Die in Artikel 14 Kartellgesetz vorgesehene Konzentration erstreckt sich auf sämtliche zivilrechtlichen Ansprüche gleich welcher Rechtsnatur (MÜLLER/WIRTH, a.a.O., N 41 zu Art. 7).
 4. Auszugehen ist von der Tatsache, dass jeder Bürger befugt ist, für Ansprüche, die er zu besitzen vermeint, den behördlichen Schutz anzurufen. Es widerspräche dem rechtsstaatlichen Grundprinzip, in jedem objektiv ungerechtfertigten Verfahren einen Haftungstatbestand zu erblicken (BGE 123 III 101 E. 2a und 117 II 394 E. 4). Nur die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen oder zivilprozessualen Verfahrens stellt eine unerlaubte Handlung im Sinne von Artikel 41 OR dar, die entsprechende Haftungsfolgen auslösen kann (BGE 117 II 394; 112 II 32 ff. und 88 II 276). Missbräuchlich - und damit widerrechtlich im Sinne von Artikel 41 OR - handelt nur, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. In diesem Zusammenhang darf ein Rechtsmittel erst als aussichtslos bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt. Denn an eine bloss leichtfahrlässige Fehlein-
-

schätzung der Rechtslage darf keine Schadenersatzpflicht geknüpft werden, die über die rein prozessrechtlichen Folgen des Unterliegens hinausgeht (Urteil Bundesgericht 4C.119/1996 vom 21.1.1997; SCHALTEGGER SIMON, Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschaden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung, in BR 3/97, S. 101 ff.).

5. Vorliegend hat die Beklagte, vertreten durch [...], am 11. August 2000 beim Verwaltungsgericht des Kantons [...] Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Die Beklagte beantragte, der Gemeinderat sei anzuweisen, das Baubewilligungsverfahren in korrekter Weise im ordentlichen Verfahren durchzuführen. Der Gemeinderat habe im vereinfachten Baubewilligungsverfahren die auf zwei Jahre befristete Bewilligung zum Bau und Betrieb eines Betonwerkes im Gebiet [...] erteilt. Ein Betonwerk sei eine industriell betriebene, ortsfeste Anlage, die starke Immissionen verursache, einerseits durch den Betrieb selber, andererseits durch den Werkverkehr. Durch ein industriell betriebenes Betonwerk würden wesentliche öffentliche Interessen berührt und die Baukosten würden mit Sicherheit über CHF [...] liegen. Es werde ersucht, eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen, da infolge Ferienabwesenheit noch keine Instruktion mit dem Rechtsvertreter habe stattfinden können.

6. In der (bewilligten) Beschwerdeergänzung vom 12. September 2000 führte der Rechtsvertreter der Beklagten aus, das vereinfachte Baubewilligungsverfahren sei nicht zulässig gewesen. Der Gemeinderat hätte das Projekt öffentlich bekannt machen müssen. Diese Pflicht ergebe sich nicht nur aus Paragraph 193 PBG, sondern auch aus dem höherrangigen Bundesrecht. Bezüglich der Legitimation sei zutreffend, dass eine Popularbeschwerde nicht zulässig sei. Es könne aber nicht von einer unzulässigen Ausweitung der Beschwerdebefugnis gesprochen werden, wenn ein Gewerbetreibender im Baubeschwerdeverfahren geltend mache, das Bauvorhaben des Konkurrenten stehe im Widerspruch zu Bauvorschriften, welche für die Erstellung von gewerblichen Bauten zu beachten seien. Die Legitimation der Beklagten sei deshalb zu bejahen, da sie sich auf eine fehlerhafte Baubewilligung berufe.

7. Das Verwaltungsgericht des Kantons [...] ist mit Urteil vom 10. Oktober 2000 nicht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten. Der Beklagten wurden die amtlichen Kosten von CHF [...] überbunden und sie wurde verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF [...] zu bezahlen. Das Verwaltungsgericht führte aus, zur Erhebung von Einsprachen und Verwaltungsgerichtsbeschwerden nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz sei befugt, wer an der Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheids ein schutzwürdiges Interesse habe, wer an der Beschwerdeführung mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit interessiert sei oder wer in höherem Mass als

jedermann besonders und unmittelbar berührt werde. Bei Bauprojekten müsse eine besondere Beziehungsnähe vorab in räumlicher Hinsicht gegeben sein. Vorliegend betrage die Distanz zwischen den beiden Betonanlagen zirka zwei Kilometer. Die neu zu erstellende Baute liege somit nicht in beachtenswerter Nähe des Betriebs der Beklagten. Unter diesem Gesichtswinkel stünde der Beklagten daher keine Beschwerdebefugnis zu. Die Parteien befassten sich beide mit dem Betrieb und der Ausfertigung von Beton. Allem Anschein nach habe dieses Verhältnis Anlass zur Beschwerde gegeben. Es handle sich somit um eine eigentliche Konkurrentenbeschwerde. Bei Beschwerden von Konkurrenten neige die Verwaltungsrechtspflege zu einer restriktiven Legitimationspraxis. Ein blosses Konkurrenzverhältnis genüge nicht, vielmehr bedürfe es einer qualifizierten Nähe etwa durch eine spezielle wirtschaftsverwaltungsrechtliche Zulassungs- oder Kontingentsordnung, der die Konkurrenten gemeinsam unterworfen seien, wie in BGE 109 Ib 198 ausgeführt werde. Ein wirtschaftsrechtlicher Bezug lasse sich im vorliegenden Fall nicht ausmachen. Es gehe lediglich um den Widerstand gegen das Bauprojekt eines Konkurrenten. Dies möge nicht das erforderliche "Berührtsein" zu begründen. Wollte man die Legitimation bejahen, müsste jedem Gewerbetreibenden, der um zusätzliche Konkurrenzierung durch einen neuen Betrieb fürchte, die Befugnis zustehen, eine Baubewilligung anzufechten. Das Verwaltungsgericht halte an seiner in LGVE 1997 II Nr. 12 und 1998 II Nr. 16 begründeten Praxis fest. Daran ändere auch nicht eine andere Praxis des Berner Verwaltungsgerichts zur Konkurrentenbeschwerde.

8. Die Beklagte beruft sich bezüglich ihrer Legitimation auf eine andere Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons [...]. In einem Urteil vom 9. Juni 1986 (BVR 1986, S. 253 ff.) äussert sich dieses zur Frage, wann Gewerbekonkurrenten zur Baueinsprache und zur Baubeschwerde legitimiert seien. Das [...] Verwaltungsgericht ist der Ansicht, dass von einer unzulässigen Ausweitung der Beschwerdebefugnis dann nicht gesprochen werden könne, wenn ein Gewerbetreibender im Baubeschwerdeverfahren geltend mache, das Bauvorhaben des Konkurrenten stehe im Widerspruch zu Bauvorschriften, die vorab für die Erstellung von gewerblichen Bauten zu beachten seien und demnach einen direkten Einfluss auf die faktische Konkurrenzsituation hätten (z.B. Vorschriften über die Dimensionierung, Einrichtung und Erschliessung von Einkaufszentren, Bestimmungen über die Innenausstattung von Gewerbebauten). Werde dem Gewerbetreibenden gestattet, sich gegen die Missachtung von Bauvorschriften zur Wehr zu setzen, die spezifisch die Einrichtung eines Konkurrenzbetriebes normieren und demnach mittelbare wirtschaftliche Auswirkungen zeitigten, käme dies nicht zwangsläufig der Einführung der unerwünschten Popularbeschwerde gleich.

9. Die gleiche Ansicht wird verschiedentlich auch in der Lehre vertreten (vgl. dazu ZAUGG ALDO, Komm. zum Baugesetz des Kantons Bern, 2.

Aufl., Bern 1995, N 17 zu Art. 35/35a). GLANZMANN (GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Diss. St. Gallen 1997, S. 196) möchte dem Gewerbetreibenden die Legitimation zugestehen, wenn er geltend mache, ein Neubau sei beispielsweise nicht zonenkonform oder widerspreche sicherheits- oder gesundheitspolizeilichen Gründen. Die Nichteinhaltung solcher Vorschriften würde es dem Bauherrn nämlich erlauben, seine Leistungen günstiger anzubieten, was zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsposition des Konkurrenten führen würde. HÄNNI führt bei der Besprechung von LGVE 1997 II Nr. 12 (PETER HÄNNI, BR 1/99 Nr. 27 S. 17) aus, die Frage, ob Bauvorschriften für die Erstellung von gewerblichen Bauten nicht auch mittelbar die Gewerbetreibenden schützen, sei durchaus berechtigt. Die Befugnis zur Konkurrentenbeschwerde könnte problemlos über den allgemeinen Legitimationsbegriff der "besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache" auf tatsächliche Konkurrenten reduziert werden. Sachliche und räumliche Voraussetzungen könnten dabei der befürchteten Austragung unzähliger Interessenkämpfe enge Grenzen setzen. Der Vorteil einer dahingehenden Öffnung der Beschwerdebefugnis läge in der gerichtlichen Überprüfbarkeit bau- und planungsrechtlicher Massnahmen auf ihre Grundrechtskonformität. Damit könnten einerseits versteckte, unzulässige wirtschaftspolitische Ziele aufgedeckt werden, andererseits könnte der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden im Bereich der Nutzungsplanung und des Baurechts besser durchgesetzt werden.

10. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass bezüglich der Legitimation von Beschwerden von Gewerbetreibenden keine einheitliche Meinung besteht und verschiedene Differenzierungen vorgenommen werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beklagten kann daher nicht als missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Rechtsausübung angesehen werden. Die Beklagte hat sich in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf Verletzung von Vorschriften des Baugesetzes durch ihre Konkurrentin berufen, was aufgrund der obigen Ausführungen vertretbar und im vorliegenden Fall auch nachvollziehbar ist. Es erscheint zumindest auf den ersten Blick als ungewöhnlich, dass für eine Betonaufbereitungsanlage das vereinfachte Baubewilligungsverfahren gemäss Paragraph 198 PBG durchgeführt werden kann. Gemäss der im Zeitpunkt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im August 2000 geltenden Vorschrift von Paragraph 198 Absatz 1 PBG (Gesetzessammlung LU 1993, S. 430; § 198 PBG wurde auf den 1.1.2002 geändert) konnte das vereinfachte Baubewilligungsverfahren ohne Baugespann und öffentliche Auflage bei Bauten und Anlagen, die offensichtlich keine schutzwürdigen privaten Interessen Dritter und keine wesentlichen öffentlichen Interessen berühren, durchgeführt werden. Das Gleiche galt gemäss Paragraph 198 Absatz 2 PBG für zeitlich befristete Anlagen und für solche, deren Bau-

kosten unter CHF [...] veranschlagt waren. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts war die Interessenabwägung, ob keine offensichtlich schutzwürdigen privaten Interessen Dritter und keine wesentlichen öffentlichen Interessen verletzt würden, auch in den Sonderfällen von Paragraph 198 Absatz 2 PBG vorzunehmen (Urteil Verwaltungsgericht vom 3.11.1999 i.S. O. SA gegen G.E., S. 11; LGVE 1999 II 11). Somit durfte auch bei zeitlich befristeten Bauten und Bauten mit Baukosten unter CHF [...] nur ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden, wenn keine offensichtlich schutzwürdigen Interessen Privater und keine wesentlichen öffentlichen Interessen berührt wurden. Dass bei einer Betonaufbereitungsanlage bezüglich Lärmschutz und Luftreinhaltung öffentliche Interessen tangiert sein können, ist nicht von der Hand zu weisen. Ebenfalls betrugen die Baukosten für die Betonaufbereitungsanlage gemäss den eigenen Angaben der Klägerin CHF [...]. Sie überstiegen somit die in Paragraph 198 Absatz 2 PBG vorgesehene Limite (inkl. Teuerungsanpassung) bei weitem. Mithin bestand auch unter diesem Gesichtspunkt begründeter Anlass der Beklagten, die Zulässigkeit des vereinfachten Baubewilligungsverfahrens zu rügen.

11. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beklagten nicht widerrechtlich war und die Klägerin somit gestützt auf Artikel 41 OR keine Schadenersatzforderung gegenüber der Beklagten geltend machen kann.

12. In ihrer Klage stützt sich die Klägerin auf Artikel 5 ff. und Artikel 12 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG). Gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b KG hat, wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts. Die Klägerin hat somit auch in diesem Fall den Schaden, den adäquaten Kausalzusammenhang, die Widerrechtlichkeit und das Verschulden der Beklagten zu beweisen. Dabei ergibt sich die erforderliche Widerrechtlichkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung aus deren Unzulässigkeit nach Artikel 5 ff. KG. Widerrechtlichkeit und Unzulässigkeit sind somit als Synonyme zu verstehen (HOFFET FRANZ, Komm. zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 140 zu Art. 5; WALTER REGULA, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG, AJP 7/96 S. 898).

12.1. Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG zwischen den an der Beklagten beteiligten Unternehmen sind nicht nachgewiesen. Insbesondere fehlt es am Nachweis von Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, an Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder an Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG). Artikel 5 KG kann deshalb nicht als Anspruchs-

grundlage für eine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte dienen.

12.2. Die Klägerin beruft sich auch auf Artikel 7 KG. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Artikel 7 Absatz 2 KG zählt beispielhaft unzulässige Verhaltensweisen auf.

12.3. Die Voraussetzungen von Artikel 7 KG sind vorliegend nicht erfüllt:

Wettbewerblich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (SCHMIDHAUSER BRUNO, Komm. zum Kartellgesetz, Zürich 1997, N 36 zu Art. 7 KG). Vorliegend lag ein sachlicher Grund zur Einreichung eines Rechtsmittels im Umstand, dass für eine Betonaufbereitungsanlage ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren durchgeführt wurde, obwohl bei einem solchen Werk mit Lärmemissionen gerechnet werden muss und obwohl die Baukosten weit mehr als CHF [...] betragen.

Für die Unterstellung unter das Kartellgesetz und die Anwendung der materiellrechtlichen Regelungen bedarf es einer Marktbeherrschung eines Unternehmens (SCHMIDHAUSER BRUNO, a.a.O., N 17-19 zu Art. 7 KG). Ein Unternehmen ist dann marktbeherrschend, wenn es sich im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten kann (ZÄCH ROGER, Das neue Schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 10). Ob dies bei der Beklagten zutrifft, kann offen bleiben. Es ist allerdings unwahrscheinlich, dass die Beklagte in der Region [...] marktbeherrschend ist, nachdem in dieser Region zahlreiche andere Firmen Frischbeton anbieten (z.B. [...] [vgl. entsprechende Handelsregistereinträge]).

Zu beachten ist weiter, dass das neue Kartellgesetz nur Abreden erfasst, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen "erheblich beeinträchtigen" (ZÄCH ROGER, a.a.O., S. 11). Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, beurteilt sich danach, ob die marktbezogene Handlungsfreiheit des betroffenen Unternehmens nicht bloss geringfügig eingeschränkt wird. Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzes soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Die Wettbewerbswirkung einer Abrede muss in Kontext des betroffenen relevanten Marktes als erheblich einzustufen sein (HOFFET FRANZ, a.a.O., N 64-66 zu Art. 5 KG). Von einer erheblichen Beeinträchtigung kann vorliegend nicht gesprochen werden. Einerseits wurde der Baubeginn für die Betonaufbereitungsanlage lediglich um zwei Monate verzögert.

Andererseits hat die Klägerin ein Betonwerk in [...], von dem sie die Agglomeration [...] problemlos mit Frischbeton beliefern kann.

Auch Artikel 7 KG ist demzufolge nicht als Grundlage für eine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte geeignet. Dies geht auch aus dem Umstand hervor, dass keine der unzulässigen Verhaltensweisen, wie sie in Artikel 7 Absatz 2 KG beispielhaft umschrieben sind, vorliegend zutrifft.

Da für das Obergericht somit feststeht, dass keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann auch auf eine entsprechende Abklärung durch die Wettbewerbskommission verzichtet werden (vgl. Art. 15 KG). Im Übrigen kann das Sekretariat der Wettbewerbskommission von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin, Vorabklärungen durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Dritten steht somit ein Anzeigerecht zu, das grundsätzlich auch von der Klägerin wahrgenommen werden kann.

13. Die Klägerin beruft sich in ihrer Replik zusätzlich auf Artikel 2 und 9 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Unlauter und widerrechtlich ist nach Artikel 2 UWG jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

Artikel 2 UWG setzt unlauteres und widerrechtliches Verhalten zwischen Mitbewerbern oder Anbietern und Abnehmern voraus. Wie bereits ausgeführt, war die Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch die Beklagte nicht widerrechtlich im Sinne von Artikel 41 OR. Demzufolge kann das eingelegte Rechtsmittel ebenfalls nicht als gegen Treu und Glauben verstossende Wettbewerbshandlung angesehen werden. Die eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde war nicht unlauter und somit auch nicht widerrechtlich im Sinne von Artikel 2 UWG (BGE 114 II 91; DAVID LUCAS, in SIWR I/2, 2. Aufl., Basel 1998, S. 108; MÜLLER, in SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, S. 52 f.). Auch Artikel 2 UWG bietet somit keine Anspruchsgrundlage für eine Schadenersatz- und Genugtuungsforderung gegen die Beklagte.

14. Zusammenfassend ergibt sich, dass weder Artikel 41 OR, noch Artikel 12 KG noch Artikel 9 UWG eine Anspruchsgrundlage für eine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte bilden. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

15. Gemäss diesem Ausgang des Verfahrens hat die Klägerin sämtliche Kosten zu tragen (§ 119 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr wird auf [...] festgesetzt (§§ 7 und 8 KoV). Die Klägerin hat die eigenen Partei- und Anwaltskosten zu tragen und der Beklagten eine Anwaltskostenschädigung zu bezahlen (§§ 52 und 56 KoV). Die Anwaltskostenschädigung wird auf CHF [...] (zuzüglich CHF [...] Auslagen und CHF

[...] MWST) festgesetzt. Diese Entschädigung (Anwaltshonorar und Auslagenersatz) ist dem notwendigen Aufwand und der Schwierigkeit der Sache angemessen.

Urteilsspruch

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat sämtliche Kosten zu tragen.

Die Gerichtsgebühr beträgt CHF [...] und ist durch den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe abgegolten.

Die Klägerin hat der Beklagten eine Anwaltskostenentschädigung von CHF [...] (inkl. CHF [...] Auslagen und CHF [...] MWST) zu bezahlen.

3. Dieses Urteil ist den Parteien und gestützt auf Artikel 48 Absatz 2 KG der Wettbewerbskommission zuzustellen.

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni
D 1	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002

Die Schweizerische Wettbewerbskommission erlässt die folgende Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

- Gemäss Artikel 6 Kartellgesetz (KG; SR 251) kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.
- Die vorliegende Bekanntmachung nimmt Bezug auf die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen

von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, die am 1. Oktober 2002 für den EWR-Raum in Kraft getreten ist (im Folgenden: Gruppenfreistellungsverordnung). Sie berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden ökonomischen und rechtlichen Bedingungen. Die Wettbewerbskommission will damit Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes verhindern sowie den markeninternen Wettbewerb fördern. Sie will damit auch den Wettbewerb auf dem Kundendienstmarkt stimulieren.

- Diese Bekanntmachung gilt ab dem 1. November 2002. Sie ersetzt den am 20. Januar 1997 erlassenen Entscheid der Wettbewerbskommission über die Exklusivvertriebsverträge im Kraftfahrzeuggewerbe (RPW 1997/1, S. 55, und RPW 1997/2, S. 178).
- Die (allgemeine) Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 findet auf vertikale Abreden im Kraftfahrzeughandel insoweit Anwendung, als die vorliegende Bekanntmachung keine Vorschriften enthält.
- Die vorliegende Bekanntmachung bindet weder die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen noch das Schweizerische Bundesgericht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

A. Begriffe

Ziffer 1 Kraftfahrzeuge

¹ Kraftfahrzeuge sind Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind.

² Kraftfahrzeuge im Sinne der vorliegenden Bekanntmachung sind namentlich:

- a) Personenkraftwagen, die der Beförderung von Personen dienen und zusätzlich zum Fahrersitz nicht mehr als acht Sitze aufweisen.
- b) Leichte Nutzfahrzeuge, die der Beförderung von Waren oder Personen dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen nicht überschreitet.
- c) Lastkraftwagen, die der Beförderung von Waren dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen überschreitet.
- d) Busse, die der Beförderung von Personen dienen.

Ziffer 2 Kraftfahrzeuglieferant

Unter Kraftfahrzeuglieferant ist der Hersteller oder der Importeur von Kraftfahrzeugen zu verstehen.

Ziffer 3 Vertriebssysteme

¹ Unter Vertriebssystemen sind selektive und exklusive Vertriebssysteme zu verstehen.

² Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich der Kraftfahrzeuglieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler oder Werkstätten verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen. Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Ersatzteilverkaufs an unabhängige Werkstätten und der Pflicht, unabhängigen Marktbeteiligten sämtliche für die Instandsetzung und Wartung der Kraftfahrzeuge und für Umweltschutzmassnahmen erforderlichen technischen Informationen, Diagnoseausrüstung, Geräte und fachliche Unterweisung zur Verfügung zu stellen.

³ Exklusive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, bei denen jeder vom Kraftfahrzeuglieferant zugelassene Händler ein eigenes Verkaufsgebiet zugewiesen bekommt.

Ziffer 4 Aktiver Verkauf

Die Möglichkeit des aktiven Verkaufs ist gegeben, wenn sich ein Mitglied eines Vertriebssystems beim Verkauf oder der Werbung für seine Kraftfahrzeuge direkt an den Endverbraucher wenden darf.

Ziffer 5 Einschränkungen

Einschränkungen im Sinne der vorliegenden Bekanntmachung sind namentlich:

- a) Vereinbarungen zwischen Kraftfahrzeuglieferanten und Händlern, die den Verkauf von Kraftfahrzeugen durch Händler an Endverbraucher einschränken, indem beispielsweise die Vergütung des Händlers oder der Verkaufspreis vom Bestimmungsort des Fahrzeugs oder dem Wohnort des Endverbrauchers abhängig gemacht wird.
 - b) Vereinbarungen zwischen Kraftfahrzeuglieferanten und Händlern, die den Verkauf durch Händler an Endverbraucher einschränken, indem beispielsweise eine auf den Bestimmungsort des Fahrzeugs bezogene Prämienregelung oder irgendeine Form einer diskriminierenden Produktlieferung an Händler vereinbart wird.
 - c) Vereinbarungen zwischen Kraftfahrzeuglieferanten und Händlern, die zugelassene Werkstätten im Vertriebssystem eines Kraftfahrzeuglieferanten nicht verpflichten, Gewähr, unentgeltlichen Kundendienst und Kundendienst im Rahmen von Rückrufaktionen in Bezug auf jedes in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) verkaufte Kraftfahrzeug der betroffenen Marke zu leisten.
-

Ziffer 6 Zugelassene Werkstatt

Eine zugelassene Werkstatt ist ein Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der einem vom Kraftfahrzeuglieferanten errichteten Vertriebssystem angehört.

Ziffer 7 Unabhängige Werkstatt

¹ Eine unabhängige Werkstatt ist ein Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der nicht dem von einem Kraftfahrzeuglieferanten, dessen Kraftfahrzeuge er Instand setzt oder wartet, errichteten Vertriebssystem angehört.

² Als unabhängige Werkstätten im Sinne dieser Bekanntmachung gelten auch zugelassene Werkstätten im Vertriebssystem eines Kraftfahrzeuglieferanten hinsichtlich der Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge anderer Lieferanten, deren Vertriebssystem sie nicht angehören.

Ziffer 8 Ersatzteile

Ersatzteile sind Waren, die in ein Kraftfahrzeug eingebaut oder an ihm angebracht werden und ein Bauteil dieses Fahrzeugs ersetzen. Dazu zählen auch Waren wie Schmieröle, die für den Betrieb des Kraftfahrzeugs erforderlich sind (wenn diese für Unterhalts- oder Reparaturleistungen verwendet werden), mit Ausnahme von Treibstoffen.

Ziffer 9 Original-Ersatzteile

¹ Original-Ersatzteile sind Ersatzteile, die von gleicher Qualität sind wie die Bauteile, welche bei der Montage des Neufahrzeugs Verwendung finden, sofern sie nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen hergestellt wurden, die vom Kraftfahrzeughersteller für die Herstellung der Bauteile oder Ersatzteile des fraglichen Kraftfahrzeugs vorgegeben werden.

² Als Original-Ersatzteile gelten auch solche Ersatzteile, die auf der gleichen Produktionsanlage hergestellt wurden wie die Bauteile.

³ Es wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass Ersatzteile Original-Ersatzteile sind, wenn der Hersteller bescheinigt, dass diese Teile von gleicher Qualität sind wie die für die Herstellung des betreffenden Fahrzeugs verwendeten Bauteile, und dass sie nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen des Kraftfahrzeugherstellers hergestellt wurden.

Ziffer 10 Qualitativ gleichwertige Ersatzteile

Wenn ein Hersteller von Ersatzteilen jederzeit bescheinigen kann, dass die von ihm hergestellten Ersatzteile qualitativ den bei der Montage der Fahrzeuge verwendeten Bauteilen entsprechen, so gelten diese Ersatzteile als qualitativ gleichwertig.

B. Regeln

Ziffer 11 Grundsatz

Die Wettbewerbskommission erachtet Vertriebsvereinbarungen grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG, die nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können, wenn sie eine der in den Ziffern 12 bis 17 aufgeführten Klauseln zum Gegenstand haben.

Ziffer 12 Preisbindungen

Nachfolgende Klauseln sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt:

Beschränkung der Möglichkeiten des Händlers oder Werkstatt, den Verkaufspreis selbst festzusetzen; der Kraftfahrzeuglieferant kann jedoch Höchstverkaufspreise festsetzen oder Preisempfehlungen aussprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

Ziffer 13 Verkauf im Rahmen eines Exklusivvertriebssystems

Nachfolgende Klauseln sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt:

- a) Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz oder der unabhängigen Verkäufer in der Schweiz, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkung bei einem in der Schweiz zugelassenen oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) tätigen Händler zu beziehen.
- b) Beschränkung des Verkaufs von Kraftfahrzeugen durch Mitglieder eines Exklusivvertriebssystems in der Schweiz an Endverbraucher im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und an unabhängige Verkäufer im EWR.
- c) Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs von Kraftfahrzeugen durch Mitglieder eines Exklusivvertriebssystems an Endverbraucher oder nicht zugelassene Händler, die sich in Märkten befinden, in denen selektiver Vertrieb verwendet wird.

Ziffer 14 Verkauf im Rahmen eines Selektivvertriebssystems

Nachfolgende Klauseln sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt:

- a) Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, der Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz oder der Verkäufer in der Schweiz, die von einem Endverbraucher in der Schweiz beauftragt worden sind, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkungen bei einem in der Schweiz zugelassenen oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) tätigen Händler zu beziehen.
-

- b) Beschränkung des Verkaufs von Kraftfahrzeugen durch Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz an Endverbraucher im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), an zugelassene Händler im EWR und an Verkäufer, die von einem Endverbraucher im EWR beauftragt worden sind.
- c) Beschränkung des aktiven Verkaufs von Kraftfahrzeugen, Ersatzteilen für sämtliche Kraftfahrzeuge oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen an in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) wohnhafte Endverbraucher durch Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz oder durch Mitglieder eines Selektivvertriebssystems im EWR, welche auf der Einzelhandelsstufe tätig sind.
- d) Beschränkung der Möglichkeit von Mitgliedern eines Selektivvertriebssystems, den aktiven Verkauf von Personenkraftwagen oder leichten Nutzfahrzeugen durch zusätzliche Verkaufs- oder Auslieferungsstellen in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), wo selektiver Vertrieb verwendet wird, zu betreiben.
- e) Beschränkung des passiven Verkaufs durch Mitglieder eines Selektivvertriebssystems an Endverbraucher oder nicht zugelassene Händler, die sich in Märkten befinden, in denen exklusive Gebiete zugeteilt wurden.

Ziffer 15 Kundendienst

¹ Nachfolgende Klauseln sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt:

- a) Beschränkung des Rechts einer zugelassenen Werkstatt, ihre Tätigkeit auf die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie auf den Ersatzteilvertrieb zu begrenzen.
- b) Beschränkung der Möglichkeit des Händlers, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen an zugelassene Werkstätten untervertraglich weiterzugeben; der Kraftfahrzeuglieferant kann jedoch verlangen, dass der Händler dem Endverbraucher vor Abschluss des Kaufvertrags den Namen und die Anschrift der zugelassenen Werkstatt oder der zugelassenen Werkstätten mitteilt und, sollte sich eine der zugelassenen Werkstätten nicht in der Nähe der Verkaufsstelle befinden, den Endverbraucher über die Entfernung der fraglichen Werkstatt oder Werkstätten von der Verkaufsstelle unterrichtet.
- c) Beschränkung des Verkaufs von Kraftfahrzeugersatzteilen durch Mitglieder eines Selektivvertriebssystems an unabhängige in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) tätige Werkstätten, welche diese Teile für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden.
-

d) Beschränkung der Möglichkeit eines Lieferanten von Original-Ersatzteilen oder qualitativ gleichwertigen Ersatzteilen, Instandsetzungsgeräten, Diagnose- oder Ausrüstungsgegenständen, diese Waren an zugelassene oder unabhängige in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ansässige Händler sowie zugelassene oder unabhängige, in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum tätige Werkstätten oder an Endverbraucher zu verkaufen.

e) Beschränkung der Möglichkeit eines Händlers oder einer zugelassenen Werkstatt, Original-Ersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem dritten in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ansässigen Unternehmen ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden; davon unberührt bleibt das Recht der Lieferanten neuer Kraftfahrzeuge, für Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen die Verwendung von Original-Ersatzteilen, die vom Fahrzeughersteller bezogen wurden, vorzuschreiben.

f) Weigerung von Kraftfahrzeuglieferanten, unabhängigen Marktbeteiligten den Zugang zu den für die Instandsetzung und Wartung ihrer Kraftfahrzeuge oder für Umweltschutzmassnahmen erforderlichen technischen Informationen, Diagnose- und anderen Geräten und Werkzeugen nebst einschlägiger Software oder die fachliche Unterweisung zu gewähren.

² Der Zugang gemäss Absatz 1 Buchstabe f muss insbesondere die uneingeschränkte Nutzung der elektronischen Kontroll- und Diagnosesysteme eines Kraftfahrzeugs¹, deren Programmierung gemäss den Standardverfahren des Kraftfahrzeuglieferanten, die Instandsetzungs- und Wartungsanleitungen und die für die Nutzung von Diagnose- und Wartungsgeräten sowie sonstiger Ausrüstung erforderlichen Informationen beinhalten. Unabhängigen Marktbeteiligten ist dieser Zugang unverzüglich in nicht diskriminierender und verhältnismässiger Form zu gewähren. Die Angaben müssen verwendbar sein. Der Zugang zu Gegenständen, die durch geistige Eigentumsrechte geschützt sind oder Know-how darstellen, darf nicht missbräuchlich verweigert werden.

¹ Ein Kraftfahrzeuglieferant ist jedoch berechtigt, technische Angaben vorzuenthalten, die Dritten die Umgehung oder Ausschaltung eingebauter Diebstahlschutzvorrichtungen, die Neueichung elektronischer Anlagen oder die Manipulierung beispielsweise von Geschwindigkeitsbegrenzungsvorrichtungen ermöglichen könnten, soweit ein Schutz gegen Umgehung, Ausschaltung, Neueichung oder Manipulierung solcher Vorrichtungen nicht durch andere weniger restriktive Mittel verwirklicht werden kann.

Ziffer 16 Mehrmarkenvertrieb

Nachfolgende Klauseln sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt:

Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen², welche die Mitglieder eines Vertriebssystems veranlassen, Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile konkurrierender Kraftfahrzeuglieferanten nicht zu verkaufen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuglieferanten nicht zu erbringen.

Ziffer 17 Vertragsauflösung

Bestimmungen über Vertragsauflösungen sind in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht gerechtfertigt, wenn die Kündigung nicht schriftlich begründet ist und wenn sie den folgenden Kündigungsmodalitäten nicht entsprechen:

- a) Laufzeit der Verträge von mindestens fünf Jahren; Verpflichtung der Vertragsparteien, die Nichtverlängerung mehr als sechs Monate im Voraus anzukündigen.
- b) Bei unbefristeten Verträgen eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Jahren.
- c) Bei unbefristeten Verträgen eine verkürzte Kündigungsfrist von mindestens einem Jahr, sofern
 - i) der Kraftfahrzeuglieferant aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder aufgrund besonderer Absprachen bei Vertragsbeendigung eine angemessene Entschädigung zu zahlen hat, oder
 - ii) sich für den Kraftfahrzeuglieferanten die Vertragsbeendigung durch die Notwendigkeit ergibt, das Vertriebsnetz insgesamt oder zu einem wesentlichen Teil umzustrukturieren.

Ziffer 18 Übergangsregelung

¹ Diese Bekanntmachung tritt am 1. November 2002 in Kraft.

² Bestehende Vertriebsvereinbarungen im Kraftfahrzeughandel sind bis 1. Januar 2005 mit der vorliegenden Bekanntmachung in Einklang zu bringen.

³ Ziffer 14 Buchstabe d gilt ab dem 1. Oktober 2005.

² Dies trifft namentlich auf Verpflichtungen des Händlers zu, den Vertrieb für jede einzelne Marke über eine eigene unabhängige juristische Person zu organisieren, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuglieferanten in verschiedenen Ausstellungsräumen zu verkaufen und für verschiedene Kraftfahrzeugmarken markenspezifisches Verkaufspersonal zu beschäftigen. Eine Verpflichtung des Händlers, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuglieferanten in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung der Marken zu vermeiden, wird von der Wettbewerbskommission nicht als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung erachtet.

D 1	2. Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile
-----	--

Décision de la Commission de la concurrence du 21 octobre 2002

Au vu des raisons évoquées ci-après, la Commission de la concurrence suisse fait connaître la présente communication:

- Conformément à l'article 6 de la Loi sur les cartels (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) peut fixer par voie de communication 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 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, en application analogue de l'article 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- La présente communication a été inspirée par le règlement (CE) N° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile qui est entré en vigueur dans l'Espace Economique Européen (ci-après: EEE) le 1^{er} octobre 2002 (ci-après: règlement d'exemption). Elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse. La Comco veut ainsi éviter le cloisonnement du marché suisse et favoriser la concurrence intramarque. Elle souhaite également stimuler la concurrence sur le marché du service après-vente.
- Cette communication entre en vigueur le 1^{er} novembre 2002. Elle se substitue à la décision de la Commission de la concurrence du 20 janvier 1997 (DPC 1997/1, p. 55, et DPC 1997/2, p. 178) se rapportant aux contrats de distribution exclusifs dans la branche automobile.
- La communication de la Commission de la concurrence du 18 février 2002 concernant l'appréciation des accords verticaux est applicable aux accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile dans la mesure où la présente communication ne contient pas de prescriptions directement applicables.
- La présente communication ne lie ni la Commission de recours pour les questions de concurrence, ni le Tribunal fédéral lors de l'interprétation de dispositions relatives au droit des cartels.

A. Définitions

Chiffre 1 Véhicules automobiles

¹ Par véhicules automobiles, on entend un véhicule autopropulsé à trois roues ou plus destiné à être utilisé sur la voie publique.

² Par véhicules automobiles au sens de présente communication, on entend notamment:

- a) les voitures particulières, soit un véhicule automobile destiné au transport de personnes et ne comprenant pas plus de huit sièges, outre celui du conducteur;
- b) les véhicules utilitaires légers, soit un véhicule automobile destiné au transport de marchandises ou de personnes dont le poids ne dépasse pas 3,5 tonnes;
- c) les camions, soit un véhicule automobile destiné au transport de marchandises dont le poids dépasse 3,5 tonnes;
- d) Les bus destinés au transport de personnes.

Chiffre 2 Fournisseur d'automobiles

Par fournisseur d'automobiles, on entend le constructeur ou l'importateur d'une marque d'automobiles.

Chiffre 3 Systèmes de distribution

¹ Par systèmes de distribution, on entend les systèmes de distribution sélective et exclusive.

² Par système de distribution sélective, on entend un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, ceci sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou de l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants l'ensemble des informations techniques, des systèmes de diagnostic, des outils et de la formation nécessaires pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement.

³ Par système de distribution exclusive, on entend un système de distribution dans lequel un revendeur agréé se voit attribuer un territoire de vente exclusif par le fournisseur d'automobiles.

Chiffre 4 Vente active

Par vente active, on entend la possibilité donnée à un membre d'un réseau de distribution de vendre ou de faire de la publicité directement auprès d'un consommateur final.

Chiffre 5 Entraves

Par entraves au sens de la présente communication, on entend notamment:

- a) les accords conclus entre un fournisseur d'automobiles et un distributeur qui restreignent la vente aux clients finals, par exemple en faisant dépendre la rémunération du distributeur ou le prix d'achat de la destination des véhicules ou du lieu de résidence des utilisateurs finals;
- b) les accords conclus entre un fournisseur d'automobiles et un distributeur qui restreignent la vente aux clients finals, par exemple en faisant dépendre les systèmes de primes fondés sur la destination des véhicules ou toute forme d'approvisionnement discriminatoire des distributeurs;
- c) les accords conclus entre un fournisseur d'automobiles et un distributeur qui n'obligent pas les réparateurs agréés dans le cadre d'un système de distribution d'un fournisseur à honorer les garanties, à offrir un service gratuit et à procéder au rappel de tout véhicule de la marque considérée vendu en Suisse ou dans l'EEE.

Chiffre 6 Réparateur agréé

Un réparateur agréé est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un système de distribution créé par un fournisseur d'automobiles.

Chiffre 7 Réparateur indépendant

¹ Un réparateur indépendant est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'agit pas au sein du système de distribution créé par le fournisseur d'automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien.

² Est aussi réputé être un réparateur indépendant au sens de la présente communication, un réparateur agréé agissant au sein du système de distribution d'un fournisseur d'automobiles donné dans tous les cas où il fournit des services de réparation et d'entretien portant sur des véhicules automobiles d'un autre fournisseur d'automobiles au réseau duquel il n'appartient pas.

Chiffre 8 Pièces de rechange

Par pièces de rechange, on entend des biens qui sont destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants qui

sont nécessaires à l'utilisation d'un véhicule automobile (lorsqu'ils sont utilisés pour effectuer un service d'entretien ou de réparation), à l'exception des carburants.

Chiffre 9 Pièces de rechange d'origine

¹ Par pièces de rechange d'origine, on entend des pièces de rechange qui sont de la même qualité que les composants utilisés lors du montage d'un véhicule automobile et qui sont produites selon les spécifications et les normes de production fournies par le constructeur automobile pour la fabrication de composants ou de pièces de rechange destinés au véhicule automobile en question.

² Sont incluses les pièces de rechange fabriquées sur la même chaîne de production que ces composants.

³ Il est présumé que, sauf preuve du contraire, des pièces sont des pièces de rechange d'origine si le fabricant des pièces certifie que celles-ci sont de même qualité que les composants utilisés pour le montage du véhicule en question et ont été fabriquées selon les spécifications et les normes de production du constructeur automobile.

Chiffre 10 Pièces de rechange de qualité équivalente

Par pièces de rechange de qualité équivalente, on entend exclusivement des pièces de rechange fabriquées par toute entreprise capable de certifier à tout moment que la qualité en est équivalente à celle des composants qui sont ou ont été utilisés pour le montage des véhicules automobiles en question.

B. Règles

Chiffre 11 Principe

La Comco considère que des accords de distribution qui contiennent l'une des clauses figurant aux chiffres 12 à 17 ci-dessous affectent de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart et ne peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Chiffre 12 Accords sur les prix

En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

Une restriction de la capacité pour un distributeur ou pour un réparateur de déterminer son prix de vente; le fournisseur d'automobiles peut toutefois imposer un prix de vente maximal ou recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle.

Chiffre 13 Vente dans le cadre d'un système de distribution exclusive

En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

- a) des restrictions de la possibilité pour un utilisateur final résidant en Suisse ou un revendeur indépendant en Suisse, de s'approvisionner en véhicules automobiles sans entraves auprès d'un distributeur agréé actif en Suisse ou dans l'EEE;
- b) des restrictions de la vente de véhicules automobiles par les membres d'un réseau de distribution exclusive en Suisse, à des utilisateurs finals résidant dans l'EEE ou à des revendeurs indépendants dans l'EEE;
- c) des restrictions des ventes actives ou passives de véhicules automobiles par les membres d'un réseau de distribution exclusive, à des utilisateurs finals ou à des distributeurs non agréés présents sur le marché où la distribution sélective est pratiquée.

Chiffre 14 Vente dans le cadre d'un système de distribution sélective

En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

- a) la restriction de la possibilité pour un utilisateur final résidant en Suisse, les membres d'un réseau de distribution sélective en Suisse, ou d'un revendeur suisse mandaté par un utilisateur final résidant en Suisse, de s'approvisionner en véhicules automobiles sans entraves auprès d'un distributeur agréé actif en Suisse ou dans l'EEE;
 - b) la restriction de la vente des véhicules automobiles par les membres d'un réseau de distribution sélective en Suisse, à un utilisateur final résidant dans l'EEE, à un distributeur agréé dans l'EEE et à un revendeur mandaté par un utilisateur final résidant dans l'EEE;
 - c) la restriction des ventes actives ou passives de véhicules automobiles, de pièces de rechange pour tous les véhicules automobiles ou de services de réparation et d'entretien à des utilisateurs finals résidant en Suisse ou dans l'EEE par les membres d'un réseau de distribution sélective en Suisse ou les membres d'un réseau de distribution sélective dans l'EEE qui exercent leurs activités au niveau du commerce de détail;
 - d) la restriction de la possibilité pour les membres d'un réseau de distribution sélective, de vendre des voitures particulières ou des véhicules utilitaires légers par le biais de points de vente ou de livraison supplémentaires en Suisse ou dans l'EEE, où la distribution sélective est appliquée;
 - e) la restriction des ventes passives par les membres d'un réseau de distribution sélective à tout utilisateur final ou distributeur non agréé sur les marchés où des territoires exclusifs ont été établis.
-

Chiffre 15 Après-vente

¹ En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

- a) la restriction du droit pour un réparateur agréé à limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange;
 - b) la restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à des réparateurs agréés; le fournisseur d'automobiles peut toutefois exiger du distributeur qu'il communique aux utilisateurs finals, avant la conclusion de tout contrat d'achat, le nom et l'adresse du ou des réparateurs agréés en question et, si certains de ces réparateurs agréés ne se trouvent pas à proximité du point de vente, qu'il indique aux utilisateurs finals à quelle distance du point de vente se situe le ou les ateliers de réparation en question;
 - c) la restriction de la vente de pièces de rechange pour des véhicules automobiles par les membres d'un réseau de distribution sélective à des réparateurs indépendants actifs en Suisse ou dans l'EEE qui utilisent ces pièces pour la réparation et l'entretien d'un véhicule automobile;
 - d) la restriction de la faculté pour un fournisseur de pièces de rechange d'origine ou de pièces de qualité équivalente, d'outils destinés aux réparations, d'équipements de diagnostic ou d'autres équipements de vendre de tels produits ou services à des distributeurs agréés ou indépendants en Suisse ou dans l'EEE et à des réparateurs agréés ou indépendants actifs en Suisse ou dans l'EEE ou à des utilisateurs finals;
 - e) la restriction de la capacité d'un distributeur ou d'un réparateur agréé d'obtenir en Suisse ou dans l'EEE d'une entreprise tierce de son choix des pièces de rechange d'origine ou des pièces de rechange de qualité équivalente et de les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles; le fournisseur de véhicules automobiles neufs peut toutefois imposer l'utilisation de pièces de rechange d'origine fournies par lui pour les réparations sous garantie, pour le service gratuit et lors du rappel des véhicules;
 - f) le refus fait par le fournisseur d'automobiles de donner accès aux opérateurs indépendants aux informations techniques, aux équipements de diagnostic et autres, aux outils, y compris les logiciels appropriés ou à la formation nécessaire pour la réparation et l'entretien de ces véhicules automobiles ou pour la mise en oeuvre des mesures de protection de l'environnement.
-

² L'accès cité à l'alinéa 1 lettre f doit comprendre en particulier l'utilisation sans restriction des systèmes électroniques de contrôle et de diagnostic d'un véhicule automobile¹, la programmation de ces systèmes conformément aux procédures types du fournisseur d'automobiles, les instructions en matière de réparation et de formation et les informations nécessaires à l'utilisation des outils et équipements de diagnostic et d'entretien. L'accès doit être accordé aux opérateurs indépendants sans discrimination, rapidement et de façon proportionnée, et les informations doivent être fournies sous une forme utilisable. Si l'élément considéré est couvert par un droit de propriété intellectuelle ou s'il constitue un savoir-faire, l'accès ne peut pas être refusé abusivement.

Chiffre 16 Multi-marquisme

En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

Une obligation directe ou indirecte² empêchant les membres appartenant à un réseau de distribution de vendre des véhicules automobiles ou des pièces de rechange de fournisseurs d'automobiles concurrents déterminés ou de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs d'automobiles concurrents déterminés.

Chiffre 17 Résiliation des contrats

En règle générale, des clauses se rapportant à la résiliation des contrats affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsque la résiliation n'est pas justifiée par écrit et que les modalités de résiliation suivantes ne sont pas respectées:

a) un accord conclu pour une durée d'au moins cinq ans; dans ce cas, chaque partie doit s'engager à notifier à l'autre partie au moins six mois à l'avance son intention de ne pas renouveler l'accord;

¹ Un fournisseur d'automobiles est toutefois légitimé à refuser l'accès aux informations techniques qui permettraient à un tiers de déjouer ou de neutraliser les dispositifs antivol installés à bord, de recalibrer les dispositifs électroniques ou de manipuler les dispositifs qui, par exemple, limitent la vitesse des véhicules, à moins que la protection contre le vol, le recalibrage ou la manipulation ne puissent être assurés par d'autres moyens moins restrictifs.

² Ceci est notamment le cas pour les obligations faites aux distributeurs de vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs par le biais de personnes juridiques indépendantes, dans différentes salles d'exposition et d'employer du personnel de vente spécifique pour chaque marque de véhicules automobiles. L'obligation faite aux distributeurs de vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des zones de vente séparées à l'intérieur de la salle d'exposition afin d'éviter toute confusion entre les marques n'est pas considérée par la Comco comme une affection notable de la concurrence.

- b) pour les contrats de durée indéterminée, le délai de résiliation doit être d'au moins deux ans;
- c) pour les contrats de durée indéterminée, ce délai peut-être ramené à un an au moins, lorsque:
- i) le fournisseur d'automobiles est tenu de verser en application de dispositions légales ou d'une convention particulière une indemnité appropriée, ou que
 - ii) le fournisseur d'automobiles résilie l'accord en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau.

Chiffre 18 Dispositions transitoires

- ¹ La communication entre en vigueur le 1^{er} novembre 2002.
- ² Les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile déjà existants lors de l'entrée en vigueur de la présente communication doivent être adaptés à celle-ci au plus tard d'ici au 1^{er} janvier 2005.
- ³ Le chiffre 14 lettre d est applicable à compter du 1^{er} octobre 2005.

D 1	3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli
-----	--

Decisione della Commissione della concorrenza del 21 ottobre 2002

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza svizzera pubblica la presente comunicazione:

- Ai sensi dell'articolo 6 della legge sui cartelli (LCart; RS 251), la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la Comco può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.
- La presente comunicazione si riferisce al Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo all'applicazione dell'articolo 81, capoverso 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, che è entrato in vigore il 1° ottobre 2002 per lo Spazio economico europeo (in seguito: Regolamento di esenzione per categoria). Es-

sa prende in considerazione le condizioni economiche e giuridiche vigenti in Svizzera. La Commissione della concorrenza intende impedire in tal modo l'imposizione di prezzi e la discriminazione del mercato svizzero nonché promuovere la concorrenza all'interno della stessa marca. Inoltre essa vuole incentivare la competitività sul mercato dei servizi di assistenza alla clientela.

- La presente comunicazione è in vigore dal 1° novembre 2002 e sostituisce la decisione della Commissione della concorrenza, pubblicata il 20 gennaio 1997, concernente i contratti di distribuzione esclusivi nel settore automobilistico (DPC 1997/1, p. 55, e DPC 1997/2, p. 178).
- La comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza, del 18 febbraio 2002, viene applicata agli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli nella misura in cui la presente comunicazione non contiene prescrizioni in merito.
- La presente comunicazione non vincola né la Commissione di ricorso in materia di concorrenza né il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.

A. Definizioni

Cifra 1 Autoveicoli

¹ Per autoveicolo si intende un veicolo destinato a circolare su strada mosso dal proprio motore, munito di tre o più ruote.

² Autoveicoli ai sensi della presente comunicazione sono in particolare:

- a) le autovetture destinate al trasporto di passeggeri e dotate di non più di otto posti oltre a quello del conducente.
- b) i veicoli commerciali leggeri destinati al trasporto di beni o passeggeri con una massa massima non superiore a 3,5 tonnellate.
- c) gli autocarri destinati al trasporto di beni con una massa massima non superiore a 3,5 tonnellate.
- d) gli autobus destinati al trasporto di passeggeri.

Cifra 2 Fornitore di autoveicoli

Per fornitore di autoveicoli si intende il fabbricante o l'importatore di autoveicoli.

Cifra 3 Sistemi di distribuzione

¹ Per sistemi di distribuzione si intendono i sistemi di distribuzione selettiva ed esclusiva.

² Per sistema di distribuzione selettiva si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore di autoveicoli si impegna a vendere i

beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori o riparatori selezionati in base a criteri specifici e nel quale i distributori o riparatori si impegnano a non vendere tali beni e servizi a distributori non autorizzati o riparatori indipendenti. Ciò vale, fatta salva la facoltà di vendere pezzi di ricambio a riparatori indipendenti o l'obbligo di fornire agli operatori indipendenti tutte le informazioni tecniche, apparecchiature di diagnostica, attrezzature e formazione necessari per la riparazione e la manutenzione degli autoveicoli o l'attuazione di misure per la tutela ambientale.

³ Per sistema di distribuzione esclusiva si intende un sistema di distribuzione nel quale a ogni distributore autorizzato viene assegnata una propria area di vendita dal fornitore di autoveicoli.

Cifra 4 Vendita attiva

Per vendita attiva si intende la possibilità, data a un membro di un sistema di distribuzione, di rivolgersi direttamente all'utilizzatore finale per la vendita o per la pubblicità dei propri autoveicoli.

Cifra 5 Limitazioni

Limitazioni ai sensi della presente comunicazione sono in particolare:

- a) gli accordi tra i fornitori di autoveicoli e i distributori che limitano la vendita di autoveicoli da parte dei distributori agli utilizzatori finali, ad esempio facendo dipendere la remunerazione del distributore o il prezzo di acquisto dal luogo di destinazione dei veicoli venduti o dalla residenza degli utilizzatori finali;
- b) gli accordi tra i fornitori di autoveicoli e i distributori che limitano la vendita da parte dei distributori agli utilizzatori finali, ad esempio concordando un sistema di bonus basato sulla destinazione dei veicoli o su qualsiasi forma di fornitura discriminatoria dei prodotti ai distributori;
- c) gli accordi tra i fornitori di autoveicoli e i distributori che non obbligano i riparatori autorizzati che fanno parte del sistema di distribuzione del fornitore di autoveicoli a prestare la garanzia e il servizio di assistenza gratuito, nonché il servizio in caso di operazioni di revisione di autoveicoli difettosi, relativamente a tutti gli autoveicoli della marca in questione venduti in Svizzera o nello Spazio economico europeo (SEE).

Cifra 6 Riparatore autorizzato

Per riparatore autorizzato si intende un fornitore di servizi di riparazione e manutenzione di autoveicoli che opera nell'ambito di un sistema di distribuzione predisposto da un fornitore di autoveicoli.

Cifra 7 Riparatore indipendente

¹ Per riparatore indipendente si intende un fornitore di servizi di riparazione e manutenzione di autoveicoli che non opera nell'ambito del sistema di distribuzione predisposto da un fornitore degli autoveicoli per il quale fornisce servizi di riparazione e manutenzione.

² Per riparatori indipendenti ai sensi della presente comunicazione si intendono anche i riparatori autorizzati che fanno parte del sistema di distribuzione di un dato fornitore di autoveicoli, nella misura in cui essi forniscono servizi di riparazione e di manutenzione per i veicoli di altri fornitori che non operano nell'ambito del loro sistema di distribuzione.

Cifra 8 Pezzi di ricambio

Per pezzi di ricambio si intendono i beni che vengono incorporati o montati in o su un autoveicolo per sostituirne delle parti componenti. Sono compresi anche beni, quali i lubrificanti, necessari al funzionamento di un autoveicolo (se vengono utilizzati per lavori di manutenzione o di riparazione), ad eccezione dei carburanti.

Cifra 9 Pezzi di ricambio originali

¹ Per pezzi di ricambio originali si intendono i pezzi di ricambio la cui qualità è la stessa di quella dei componenti usati per l'assemblaggio dell'autoveicolo, nella misura in cui sono stati fabbricati giusta le specifiche tecniche e gli standard di produzione forniti dal costruttore per la produzione di componenti o pezzi di ricambio dell'autoveicolo in questione.

² Per pezzi di ricambio originali si intendono anche i pezzi di ricambio prodotti sulla medesima linea di produzione di detti componenti.

³ Si presume, salvo prova contraria, che tali pezzi di ricambio siano pezzi di ricambio originali se il produttore certifica che la qualità degli stessi corrisponde a quella dei componenti usati per l'assemblaggio dell'autoveicolo in questione e che detti pezzi di ricambio sono stati fabbricati giusta le specifiche tecniche e gli standard di produzione del costruttore degli autoveicoli.

Cifra 10 Pezzi di ricambio di qualità corrispondente

Se un produttore di pezzi di ricambio può certificare in qualunque momento che la qualità dei pezzi di ricambio da lui fabbricati corrisponde a quella dei componenti che sono stati usati per l'assemblaggio degli autoveicoli, tali pezzi di ricambio sono considerati di qualità corrispondente.

B. Regole

Cifra 11 Principio

In linea di massima, la Commissione della concorrenza ritiene che gli accordi di distribuzione che hanno quale oggetto una delle clausole elencate alle cifre 12 a 17 intralcino notevolmente la concorrenza, ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart, e non possano essere considerati giustificati da motivi di efficienza economica.

Cifra 12 Imposizioni di prezzi

Le seguenti clausole costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate:

La restrizione della facoltà del distributore o del riparatore di determinare il proprio prezzo di vendita; il fornitore può tuttavia imporre un prezzo massimo di vendita o raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questo non equivalga a un prezzo fisso o a un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o di incentivi offerti da una delle parti.

Cifra 13 Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione esclusiva

Le seguenti clausole costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate:

- a) se prevedono la restrizione della facoltà, per gli utilizzatori finali in Svizzera o per i venditori indipendenti in Svizzera, di acquistare senza limitazioni autoveicoli presso un distributore autorizzato in Svizzera o che opera nello SEE;
- b) se prevedono la restrizione delle vendite di autoveicoli, da parte dei membri di un sistema di distribuzione esclusiva in Svizzera, a utilizzatori finali nello SEE e a venditori indipendenti nello SEE;
- c) se prevedono la restrizione delle vendite attive e passive di autoveicoli, da parte dei membri di un sistema di distribuzione esclusiva, a utilizzatori finali o a distributori non autorizzati che si trovano in mercati sui quali viene praticata una distribuzione selettiva.

Cifra 14 Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva

Le seguenti clausole costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate:

- a) se prevedono la restrizione della facoltà per gli utilizzatori finali, per i membri di un sistema di distribuzione selettiva o per i venditori che si trovano in Svizzera e che sono stati incaricati da un utilizzatore finale in Svizzera, di acquistare senza limitazioni autoveicoli presso un distributore autorizzato in Svizzera o che opera nello SEE;

- b) se prevedono la restrizione delle vendite di autoveicoli, da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva in Svizzera, a utilizzatori finali nello SEE, a distributori autorizzati nello SEE e a venditori che sono stati incaricati da un utilizzatore finale nello SEE;
- c) se prevedono la restrizione delle vendite attive di autoveicoli, di pezzi di ricambio per qualsiasi autoveicolo o di servizi di riparazione e manutenzione a utilizzatori finali residenti in Svizzera o nello SEE da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva in Svizzera o da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva nello SEE che operano a livello del dettaglio in mercati nei quali è utilizzata la distribuzione selettiva;
- d) se prevedono la restrizione della facoltà dei membri di un sistema di distribuzione selettiva di gestire le vendite attive di autovetture o di veicoli commerciali leggeri da parte di punti di vendita o di consegna addizionali, in Svizzera o nello SEE, in cui sia applicata la distribuzione selettiva;
- e) se prevedono la restrizione delle vendite passive, da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva, a utilizzatori finali o a distributori non autorizzati situati in mercati nei quali vengono attribuiti territori esclusivi.

Cifra 15 Servizi di assistenza alla clientela

¹ Le seguenti clausole costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate:

- a) se prevedono la restrizione della facoltà del riparatore autorizzato di limitare le proprie attività alla prestazione di servizi di riparazione e manutenzione nonché alla distribuzione di pezzi di ricambio;
 - b) se prevedono la restrizione della facoltà del distributore di subappaltare i servizi di riparazione e manutenzione a riparatori autorizzati; il fornitore di autoveicoli può tuttavia richiedere che il distributore fornisca agli utilizzatori finali, prima della conclusione del contratto di vendita, il nome e l'indirizzo del riparatore o dei riparatori autorizzati e che, qualora nessuno dei riparatori autorizzati si trovi nelle vicinanze del punto di vendita, informi gli utilizzatori finali della distanza delle officine in questione rispetto al punto di vendita;
 - c) se prevedono la restrizione delle vendite di pezzi di ricambio per autoveicoli, da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva, a riparatori indipendenti che operano in Svizzera o nello SEE e che utilizzano tali pezzi per la riparazione e la manutenzione di un autoveicolo;
 - d) se prevedono la restrizione della facoltà di un fornitore di pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente, di attrezzature di riparazione o diagnostica o altre apparecchiature, di vendere tali beni o servizi a distributori, autorizzati o indipendenti, residenti in Svizzera o
-

nello SEE nonché a riparatori, autorizzati o indipendenti, che operano in Svizzera o nello SEE oppure a utilizzatori finali;

e) se prevedono la restrizione della facoltà del distributore o del riparatore autorizzato di ottenere pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente da un'impresa terza di propria scelta, situata in Svizzera o nello SEE, e di utilizzarli per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli, senza pregiudicare la facoltà per un fornitore di autoveicoli nuovi di richiedere l'uso di pezzi di ricambio originali da lui forniti per le riparazioni effettuate in garanzia, il servizio di assistenza gratuito nonché il servizio in caso di operazioni di revisione di autoveicoli difettosi;

f) se prevedono il rifiuto dei fornitori di autoveicoli di concedere agli operatori indipendenti l'accesso ad informazioni tecniche, attrezzature di diagnostica e altre apparecchiature o attrezzi, compreso tutto il software rilevante, o alla formazione richiesta per la riparazione e la manutenzione di detti veicoli o per l'applicazione di misure di tutela ambientale.

² L'accesso giusta il capoverso 1 lettera f deve comprendere in particolare l'utilizzo senza restrizioni dei sistemi di controllo elettronico e di diagnostica degli autoveicoli¹, la programmazione di tali sistemi in conformità alle procedure standard del fornitore di autoveicoli, le istruzioni di riparazione e di formazione nonché le informazioni necessarie per l'utilizzo delle attrezzature ed apparecchiature di diagnostica e di manutenzione. Tale accesso deve essere concesso agli operatori indipendenti in modo non discriminatorio, pronto e proporzionato, mentre le informazioni devono essere fornite in una forma utilizzabile. Se al bene in questione si applica un diritto di proprietà intellettuale o se esso costituisce un know-how, l'accesso non può essere negato in modo abusivo.

Cifra 16 Vendita di marche diverse

Le seguenti clausole costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate:

¹ I fornitori di autoveicoli possono tuttavia legittimamente e giustificatamente negare l'accesso ad informazioni tecniche che potrebbero permettere a terzi di aggirare i dispositivi antifurto o di disattivarli, di ricalibrare dispositivi elettronici o manomettere i dispositivi che, per esempio, limitano la velocità degli autoveicoli, a meno che la protezione contro furti, ricalibrature o manomissioni possa essere ottenuta con mezzi meno restrittivi.

Obblighi diretti o indiretti² che inducono i membri di un sistema di distribuzione a non vendere autoveicoli o pezzi di ricambio di fornitori di autoveicoli in concorrenza con loro o a non fornire servizi di riparazione e manutenzione per autoveicoli di fornitori concorrenti.

Cifra 17 Scioglimento del contratto

Le disposizioni relative allo scioglimento dei contratti costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza e non sono giustificate se la disdetta non è motivata per scritto e se le seguenti modalità di disdetta non sono rispettate:

- a) per i contratti di almeno cinque anni; in tal caso le parti contraenti si impegnano ad annunciare il mancato rinnovo del contratto con più di sei mesi di anticipo;
- b) per i contratti di durata indeterminata è previsto un termine di disdetta di almeno due anni;
- c) per i contratti di durata indeterminata è previsto un termine di disdetta ridotto di almeno un anno, nella misura in cui:
 - i) il fornitore di autoveicoli deve pagare un'indennità adeguata in base a determinate disposizioni legali o in base ad accordi particolari conclusi alla scadenza del contratto;
 - ii) per il fornitore di autoveicoli, la scadenza del contratto risulta dalla necessità di ristrutturare completamente o in misura preponderante la rete di distribuzione.

Cifra 18 Disposizioni transitorie

¹ La presente comunicazione entra in vigore il 1° novembre 2002.

² Gli accordi di distribuzione già esistenti nel settore del commercio di autoveicoli devono essere armonizzati con la presente comunicazione entro il 1° gennaio 2005.

³ La cifra 14 lettera d entra in vigore a partire dal 1° ottobre 2005.

² Ciò vale in particolare per gli obblighi del distributore di organizzare la distribuzione per ogni singola marca tramite una propria persona giuridica indipendente, di vendere autoveicoli di altri fornitori in diverse sale di esposizione e di occupare per differenti marche di autoveicoli personale di vendita specifico per ognuna di esse. Un obbligo del distributore di vendere autoveicoli di altri fornitori in settori separati della sala di esposizione, allo scopo di evitare una confusione delle marche, non viene considerato un notevole intralcio alla concorrenza dalla Commissione della concorrenza.

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

ABELE J. M./ELLIOTT B.R./O'HARA A.A./ROEGNER E.V., "Fighting for your price", The McKinsey Quarterly 2002, Nummer 4

BÖGE Ulf, "E-Commerce and Competition", Hellenic Competition Commission (Hrsg.), EU Competition Law and Policy. Development & Priorities. Athens, 2002, S. 63 ff.

BOLDRIN Michele/LEVINE David, "The Case Against Intellectual Property", AEA Papers and Proceedings 92/2, 2002, S. 209 ff.

BOSCHEK Ralf, "The Nature of Regulatory Contracts - The Case of the Water Industry in England & Wales", World Competition 25/3(2002), S. 303 ff.

BUSSE Matthias, "Competition Intensity, Potential Competition and Transaction Cost Economics", World Competition 25/3(2002), S. 349 ff.

CAMINAL Ramon/Matutes Carmen, "Market power and banking failures", International Journal of Industrial Organization 20(2002), S. 1341 ff.

CLAY Karen/KRISHNAN R./WOLFF E./FERNANDES D., "Retail Strategies on the Web: Price and Non-price Competition in the Online Book Industry", The Journal of Industrial Economics L/3(2002), S. 351 ff.

CLERIDES S.K., "Book value: intertemporal pricing and quality discrimination in the US market for books", International Journal of Industrial Organization 20(2002)/10, S. 1385 ff.

DANIEL Timothy, "Analyzing the Effects of Vertical Mergers: Incentives Matter, But Market Shares Do Not", Antitrust Insights, A Nera Perspective, September/Oktober 2002

DAVIS Douglas D., "Strategic interactions, market information and predicting the effects of mergers in differentiated product markets", International Journal of Industrial Organization 20(2002), S. 1277 ff.

GALLINI Nancy T., "The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform", Journal of Economic Perspectives 16/2(2002), S. 131 ff.

GANS Joshua S./KING Stephen B., "Exclusionary contracts and competition for large buyers", International Journal of Industrial Organization 20(2002), S. 1363 ff.

GHOSAL Vivek, "Potential foreign competition US manufacturing", International Journal of Industrial Organization 20(2002)/10, S. 1461 ff.

GÖTZ Georg, "Sunk costs, windows of profit opportunities, and the dynamics of entry", *International Journal of Industrial Organization* 20(2002)/10, S. 1409 ff.

HAUSMAN Jerry A./LEONARD Gregory K., "The Competitive Effects of a New Product Introduction: a Case Study", *The Journal of Industrial Economics* L/3(2002), S. 237 ff.

INDERST Roman/WEY Christian, "Buyer Power and Supplier Incentives", Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper 3547, September 2002

JENNY Frédéric, "Pharmaceuticals, Competition and free Movement of Goods", Hellenic Competition Commission (Hrsg.), *EU Competition Law and Policy. Development & Priorities*. Athens, 2002, S. 77 ff.

KATSOULACOS Yannis, "Rethinking Merger Control Policy", Hellenic Competition Commission (Hrsg.), *EU Competition Law and Policy. Development & Priorities*. Athens, 2002, S. 29 ff.

KIM Chongmin/HYUKSEUNG Shin, "Endogenous formation of coalitions with composite goods", *International Journal of Industrial Organization* 20(2002)/10, S. 1491 ff.

LAGERLÖF Johan/HEIDHUES Paul, "On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control", Discussion Paper FS IV 02-08, Wissenschaftszentrum Berlin, 2002

LANGINIER Corinne/MOSCHINI GianCarlo, "The Economics of Patents: An Overview", Iowa State University, Center for Agricultural and Rural Development, Working Paper 02-WP 293, Februar 2002

NELSON Richard R./WINTER Sidney G., "Evolutionary Theorizing in Economics", *Journal of Economic Perspectives* 16/2(2002), S. 23 ff.

NOBUHIRO Maruyama/ODAGIR Hiroyuki, "Does the 'persistence of profits' persist?: a study of company profits in Japan, 1964-97", *International Journal of Industrial Organization* 20(2002)/10, S. 1513 ff.

OECD, "Fighting Hard-Core Cartels. Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes", OECD 2002

O'TOOLE Francis/TREANOR Colm, "The European Union's Trade Mark Exhaustion Regime", *World Competition* 25/3(2002), S. 279 ff.

PADILLA Atilano Jorge, "The 'Efficiency Offense Doctrine' in European Merger Control", *Antitrust Insights, A Nera Perspective*, Juli/August 2002

REINHOLD Michael/BELZ Christian, "Fit für den internationalen Vertrieb", *New Management* 10/2002, S. 40 ff.

RODRIGUEZ DE LA HERAS BALLELL Teresa, "Multilateral Agreements on Prices in Payments Systems: An Antitrust Approach", *World Competition* 25/2, 2002, S. 223 ff.

ROWLEY J. William QC (Hrsg.), "International Merger Control: Prescriptions for Convergence", International Bar Association 2002

SCHALLER Olivier, "Les ententes à l'importation en droit de la concurrence", Fribourg, 2002

SCHWARTZ Steven, "The Bottom Line on the Persistence of Profits", Antitrust Insights, A Nera Perspective, Mai/Juni 2002

STRIJLAART Robin A., "Minority Share Acquisitions Below the Control Threshold of the EC Merger Control Regulation: An Economic and Legal Analysis", World Competition 25/2, 2002, S. 173 ff.

TESAURO Giuseppe, "The essential facility doctrine - Latest developments in EC competition law", Hellenic Competition Commission (Hrsg.), EU Competition Law and Policy. Development & Priorities. Athens, 2002, S. 89 ff.

TREBILCOCK Michael J./IACOBUCCI Edward M., "Designing Competition Law Institutions", World Competition 25/3(2002). S. 361 ff.

WEITBRECHT Andreas, "E.U. Merger Control in 2001 – The Year of Controversy", European Competition Law Review 8/2002, S. 407 ff.

WILLIAMSON Oliver E., "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract", The Journal of Economic Perspectives 16/3(2002), S. 171 ff.

WIRTSCHAFTSWOCHE, "Verbotene Früchte", Wirtschaftswoche 26, 20. Juni 2002

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		F	
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	G	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
B		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	H	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBi	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	I	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGer	Bundesgericht	J	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	JdT	Journal des Tribunaux
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	K	
BR	Bundesrat	KG	Kartellgesetz
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BV	Bundesverfassung	L	
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
C		LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
CC	Code civil	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CE	Communauté Européenne	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Conseil des Etats	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CF	Conseil fédéral	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CO	Code des obligations	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
Cost.	Costituzione federale	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LF	Loi fédérale / Legge federale
CPS	Code pénal suisse	LL	Legge federale sul lavoro
cst.	Constitution fédérale	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
D		LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DG	Direction Générale (UE)		
E			
EU	Europäische Union		

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	Legge federale 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	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung 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	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	Bundesgesetz 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	Bundesgesetz über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
		WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X**Y****Z**

ZBGR Schweizerische Zeitschrift für
Beurkundungs- und
Grundbuchrecht (=RNRF)

ZBJV Zeitschrift des Bernischen
Juristenvereins (RJB)

ZBI Schweizerisches Zentralblatt für
Staats- und Verwaltungsrecht

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch

ZPO Zivilprozessordnung

ZSR Zeitschrift für schweizerisches
Recht

Index

- A**
- abgestimmte Verhaltensweise -
Abrede 707, 712, 717 f., 734 ff., 742 ff., 749,
752 f., 755 f., 767 f., 770 f.
Anhörung 597, 605, 615, 651, 661, 704
- B**
- C**
- D**
- E**
- einvernehmliche Regelung 594, 597, 601, 661
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- H**
- I**
- Indizienbeweis -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
Kontrolle von Unternehmenszusammen-
schlüssen 574, 598, 615, 664, 743
Koppelungsgeschäft 577, 599
- L**
- M**
- marktbeherrschende Stellung 572, 577 f.,
584, 599, 613 f., 618, 624, 628, 643, 761
Marktgegenseite 574 f., 598, 609 f., 617, 620
ff., 626 f., 664, 743, 768
Meldepflicht 608, 616
- N**
- O**
- P**
- Parallelverhalten 737, 739
- Q**
- R**
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Submission -
Submissionskartell -
- T**
- U**
- Untersuchung 566 f., 571, 573, 577, 590, 592
ff., 603, 648 f., 652 f., 661, 698, 701, 703
f., 709 ff., 714 ff., 718, 731, 740
unzulässige Wettbewerbsabrede 698, 731 f.
- V**
- vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede
-
Veröffentlichung 705, 708, 716
Verschulden 760, 767
vorbehaltene Vorschriften 649, 653, 663, 667
- W**
- X**
- Y**
- Z**
-