



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

**2003/4**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL  
Vertrieb Publikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 25.-

Preis Jahresabonnement:  
CHF 80.-  
(Form: 701.000.03/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la con-

currence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Vente:

OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

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  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

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
--------------------------------------	-----

2003/4

**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 2004

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

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

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

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****2003/4****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. | Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes SELV  | 721 |
| 2. | Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes | 726 |
| 3. | Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen                       | 732 |
| 4. | Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen          | 741 |

**B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

**2. Untersuchungen****Enquêtes****Inchieste**

- |    |                                    |     |
|----|------------------------------------|-----|
| 1. | Veterinärmedizinische Tests/Migros | 753 |
|----|------------------------------------|-----|

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

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | EdF - EDFT  | 774 |
| 2. | Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart - Raclettekäsegeschäft) | 778 |
| 3. | Emmi AG/Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermundigen)                    | 786 |
| 4. | Edipresse/Ringier - Le Temps  | 794 |
| 5. | Alcan/Pechiney  | 809 |
| 6. | Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG                                | 827 |

**4. Sanktionen****Sanctions****Sanzioni**

- |    |                        |     |
|----|------------------------|-----|
| 1. | Swisscom-Werbebeilagen | 836 |
|----|------------------------|-----|

**B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

Commission de recours pour les questions de concurrence

Commissione di ricorso in materia di concorrenza

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Abschreibungsverfügung i.S. Privatkliniken vs. Krankenversicherer und Konsorten im Kanton Aargau | 843 |
| 2. | Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau         | 847 |
| 3. | Fahrlehrer im Kanton Graubünden  | 890 |
| 4. | Agefi/Edipresse, Ringier S.A., Le Nouveau Quotidien, Comco                                       | 899 |

---

5.	Cablecom GmbH/ Teleclub AG, Wettbewerbskommission	910
<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b>	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
1.	Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	912
2.	Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros/Commission de la con- currence/Commission de recours pour les questions de con- currence	925
<b>B 5</b>	<b>Bundesrat</b>	
	Conseil fédéral	
	Consiglio federale	
1.	Les Entreprises Electriques Fribourgeoises/La Fédération des Coopératives Migros/WATT Suisse SA	966
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 1</b>	<b>Kantonale Gerichte</b>	
	Tribunaux cantonaux	
	Tribunali cantonali	
1.	Football Club Sion Association et Olympique des Alpes SA/ Swiss Football League	972
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
	<b>Développements</b>	
	<b>Sviluppi</b>	
<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b>	
	Bibliographie	
	Bibliografia	987
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	991
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	994

---



**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	<b>1.   Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>
B 1.1	<b>1.   Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes SELV</b>

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accord illicite; art. 5 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 9. Oktober 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes SELV wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

**A.    **Sachverhalt****

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission wurde am 14. Februar 2003 vom Preisüberwacher das Schreiben eines Bürgers und Vorstandsmitglieds eines Eislaufvereins weitergeleitet, der sich über die Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes (SELV) beschwerte. Die Tarifliste war damals auf der Website des SELV ([www.selv.ch](http://www.selv.ch)) einsehbar. Bei dieser Tarifliste könnte es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG handeln.

2. Der SELV ist ein Verein nach Artikel 60 ff. ZGB, der gesamtschweizerisch tätig ist. Sein Zweck ist der Zusammenschluss der Schweizer Eislauflehrer<sup>1</sup> sowie der in der Schweiz tätigen ausländischen Eislauflehrer zur Wahrung ihrer beruflichen und wirtschaftlichen Interessen (Art. 2 der Statuten). Zirka 80%-90% aller in der Schweiz tätigen Eislauftrainer gehören dem Verband an.

<sup>1</sup> Im Folgenden wird die männliche Bezeichnung für beide Geschlechter verwendet.

3. Die Generalversammlung setzte gemäss Artikel 9 der Statuten die Lektionspreise für Eislaufunterricht fest. Die festgesetzten Preise wurden in Form einer Tarifliste an alle Mitglieder abgegeben und auf der Website des SELV veröffentlicht. Es wurde zwischen Moniteuren, Eislauflehrern ohne Diplom, Eislauflehrern mit Diplom, Eislauflehrern mit spezieller Erfahrung sowie seit 2002 sehr gut qualifizierten Eislauflehrern unterschieden und für jede Kategorie ein Lektionstarif (20 Min.) bekannt gegeben.

4. Die auf der Website veröffentlichte Tarifliste sprach von Minimalpreisen. Die Tarifliste war nach Angaben des Verbandes jedoch nicht als verbindliche Empfehlung ausgestaltet, und es handelte sich bloss um Richtpreise.

5. Am 20. Februar 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung in dieser Sache und befragte den SELV sowie 29 Eislaufvereine in der ganzen Schweiz über die Anwendung der Tarifliste. Die Auswertung der Befragung erhärtete die Vermutung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Im Rahmen eines Gespräches wurde der SELV am 27. Juni 2003 über die Resultate der Vorabklärung informiert und auf die Folgen der Eröffnung einer Untersuchung hingewiesen.

6. Im Rahmen der Anregung von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission nach Artikel 26 Absatz 2 KG erklärte sich der SELV bereit, die Streichung der Tarifliste als Traktandum für die nächste Generalversammlung des Verbandes vom 13. September 2003 vorzusehen. Mit Schreiben vom 9. September 2003 wurde dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bestätigt, dass die Traktandenliste die entsprechende Statutenänderung vorsieht.

7. Ein Besuch der Website des SELV am 29. September 2003 hat ergeben, dass unter der Rubrik "Tarife" auf die Problematik von Tarifempfehlungen aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen wird, dass in Zukunft weder Tarife festgesetzt noch Tariflisten publiziert oder an die Mitglieder abgegeben werden.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

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

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

---

### **B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

11. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

### **B.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Tarife für Eislaufaktionen**

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

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

14. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

15. Die Statuten ermächtigen die Generalversammlung des SELV, die Lektionspreise festzusetzen, was seit einigen Jahren auch getan wird. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Durch die Festlegung gemeinsamer Tarife wird eine Beschränkung des Wettbewerbsparameters Lektionspreis bezweckt. Gemäss Auskunft des SELV sind die Tarife als Richtpreise zu verstehen. Die Überschrift der Tarifliste ("Minimalpreise") und die statutarische Ermächtigung für die Generalversammlung lassen jedoch die Vermutung zu, dass deren Einhaltung bezweckt wird oder sich die Mitglieder mindestens daran orientieren. Die Ermittlungen des Sekretariates haben gezeigt, dass sich die Mehrheit der Trainer der befragten Eislaufclubs an die Liste hält. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass es sich bei der Tarifliste um eine Wettbewerbsabrede handelt.

16. Die Tarifliste fällt nicht unter die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über Kalkulationshilfen vom 4. Mai 1998 (RPW

---

1998/2, S. 351 ff.), da sie die anwendbaren Tarife direkt bekannt gibt und sich nicht bloss auf Berechnungsgrundlagen beschränkt.

17. Laut Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG wird die Beseitigung wirk-samen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Fest-setzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen ge-troffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

18. Die verschiedenen Lehrer bieten mit den nachfolgend unter B.2.1. genannten Einschränkungen dieselbe Dienstleistung an, womit sie miteinander im Wettbewerb stehen.

19. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb be-seitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

### **B.2.1 Relevanter Markt**

#### **B.2.1.a Sachlich relevanter Markt**

20. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorge-sehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unter-nehmenszusammenschlüssen, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

21. Die nachgefragten Leistungen sind Eislaufunterricht auf allen Ni-veaus. Einige befragte Eislaufclubs bemerkten, dass die Schüler bei ei-nem Trainerwechsel manchmal mit ihrem Trainer mitgehen und den Verein wechseln. Es kann davon ausgegangen werden, dass die per-sönlichen Eigenschaften des Trainers auf einem tiefen bis mittleren Niveau keine wesentliche Rolle spielen, mit zunehmendem Niveau der Trainierenden jedoch wichtiger werden. Für Trainings auf hohen Ni-veaus dürften demnach nur noch einige wenige Trainer in der Schweiz in Frage kommen, was eine engere Abgrenzung des Marktes für hohe Niveaus allenfalls rechtfertigen könnte. In Anbetracht dessen, dass die-ser Markt jedoch vergleichsweise sehr klein sein dürfte, rechtfertigt sich die Abgrenzung eines eigenen Marktes für Eislaufunterricht auf hohem Niveau kaum. Der sachlich relevante Markt umfasst folglich den Eislaufunterricht auf allen Niveaus.

#### **B.2.1.b Räumlich relevanter Markt**

22. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Markt-gegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Lei-stungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

23. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Eislauflehrer über-regional tätig sind und sich ihre Tätigkeitsgebiete überschneiden. Die Eislaufclubs und die Schülerschaft fragen demnach die Leistung regio-nal oder überregional nach.

---

24. Praktikantinnen und Moniteurs sind oft fortgeschrittene Schüler, welche die Betreuung von Anfängern übernehmen. Für diese kann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Leistung in denjenigen Clubs erbringen, in welchen sie trainieren. Eine engere Abgrenzung des relevanten Marktes kann für diese Kategorie allenfalls akzeptiert werden.

### **B.2.2 Keine Widerlegung der Vermutung/Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

25. Es bestehen Anzeichen, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden kann. Selbst wenn dies der Fall wäre, haben die Ermittlungen des Sekretariates ergeben, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung als erheblich angesehen werden müsste.

26. Das Sekretariat befragte 29 Eislauflubs aus der ganzen Schweiz über die Tarife der Trainer, die bei ihnen arbeiten. Die grosse Mehrheit der Trainer ist im Auftragsverhältnis tätig, nur mit drei Trainern der befragten Clubs besteht ein Arbeitsverhältnis. Das Sekretariat hat die Tarife der Trainer mit den Tarifen der Liste des SELV verglichen und dabei dessen Kategorien berücksichtigt. Die Analyse der Abweichungen von der Tarifliste hat ergeben, dass ein beachtlicher Teil der Lehrer den Tarif des SELV anwendet.

### **B.2.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

27. Effizienzgründe, welche die Anwendung einer Tarifliste rechtfertigen würden, sind bisher keine ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht.

### **B.2.4 Ergebnis**

28. Es bestehen Anhaltspunkte, dass es sich bei der Tarifliste des SELV voraussichtlich um eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 KG Absatz 3 Buchstabe a handelt. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann grundsätzlich nicht umgestossen werden. Selbst wenn dies der Fall wäre, müsste die Wettbewerbsbeeinträchtigung als erheblich angesehen werden, da die untersuchten Tarife nicht wesentlich vom vorgeschlagenen Tarif des SELV abweichen. Effizienzgründe, welche die Preisabrede rechtfertigen könnten, wurden keine festgestellt und von den Parteien nicht vorgebracht. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass die Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG unzulässig ist.

29. Wie erwähnt, beschloss der SELV an seiner Generalversammlung vom 13. September 2003, zukünftig auf die Festsetzung von Lektionspreisen sowie die Publikation von Tariflisten auf der Website und/oder deren Abgabe an die Mitglieder des SELV zu verzichten. Damit entfällt die wettbewerbsrechtliche Problematik.

---

### C. Schlussfolgerungen

Gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Verfahren ohne Kostenfolgen ein.

B 1.1	<b>2. Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes</b>
-------	--

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accord illicite; art. 5 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 15. September 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

#### A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) erhielt von einem kantonalen Baudepartement sowie weiteren Stellen den Hinweis, das Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) über das Angebotswesen vom 23. Oktober 1996 (Wettbewerbsreglement) verstosse womöglich gegen Artikel 5 KG (Kartellgesetz; SR 251), weil es Preisabsprachen bei der Vergabe von Aufträgen ermögliche.

2. Am 1. März 2000 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG (Kartellgesetz; SR 251) und ersuchte den SBV um eine Stellungnahme zum Vorwurf einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Nach Eingang der Stellungnahme des SBV befragte das Sekretariat auch noch die Sektionen des SBV.

3. Am 4. Juli 2001 teilte das Sekretariat dem SBV im Sinne einer vorläufigen kartellrechtlichen Würdigung mit, das Wettbewerbsreglement bewirke Wettbewerbsbeschränkungen, die prima vista nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt seien. Es geht im Einzelnen um folgende Bestimmungen:

- a) Pflicht der SBV-Mitglieder, die eingereichten Angebote zu melden, sowie Sanktionen bei Pflichtverletzung (Art. 6; Art. 12 Reglement);
  - b) Pflicht der SBV-Meldestellen, allen angemeldeten Bewerbern die angemeldeten Firmen mitzuteilen (Art. 7 Reglement);
  - c) Möglichkeit der Durchführung von Vorversammlungen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a Reglement).
-

## B. Erwägungen

4. *Geltungsbereich:* Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (vgl. RPW 2003/2, S. 259, Ziff. 23). Die Mitglieder des SBV sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Dem SBV, der als Schweizerischer Verband das Wettbewerbsreglement herausgibt, kommt im Kartellverwaltungsverfahren Parteistellung zu.

5. *Vorbehaltene Vorschriften:* Dem Kartellgesetz gehen Vorschriften vor, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere solche, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Fall bestehen keine solchen Vorschriften. Es sind von den Parteien auch keine geltend gemacht worden.

6. *Wettbewerbsabreden:* 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). Das beanstandete Wettbewerbsreglement umfasst ein Meldesystem, mit dem die Bildung von konkreten Preisabsprachen (z.B. Submissionskartelle) ermöglicht wird. Damit verbunden enthält es Sanktionen zur Durchsetzung einer Meldepflicht bei den SBV-Mitgliedern. Ferner sieht es Rückmeldungen an die SBV-Mitglieder vor. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass es den Tatbestand von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt.

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

a) *Marktabgrenzung:* Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche beziehungsweise beseitigende Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist in der Regel vorab der relevante Markt abzugrenzen. In geografischer Hinsicht gilt das Wettbewerbsreglement für die ganze Schweiz (Art. 2 Wettbewerbsreglement). Führt das Wettbewerbsreglement zu einem Submissionskartell, so ist der genaue geografische Markt alsdann für jede einzelne Angebotsrunde gesondert zu bestimmen (RPW 2002/1, S. 141 f.). Sachlich umfasst das Wettbewerbsreglement grundsätzlich sämtliche Märkte des engeren Bauhauptgewerbes, insbesondere Erd-, Maurer-, Beton-, Strassenbau-, Untertagebau-, Spezialtiefbau-, Steinhauer- und Zimmerarbeiten (Art. 4 Wettbewerbsreglement). Auch hier entsteht für

jeden Einzelfall (Submissionskartell) ein gesonderter sachlicher Markt aufgrund einer konkreten Angebotsrunde (RPW 2002/1, S. 142, Rz. 28).

- b) *Wettbewerbsbeseitigende Abrede*: Das Wettbewerbsreglement enthält nach der vorläufigen Beurteilung keine für den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG konstituierenden Elemente der Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede. Ein Eingriff (Verbot) hinsichtlich der oben erwähnten Bestimmungen des Wettbewerbsreglements kommt nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 3 KG somit kaum in Betracht.
- c) *Wettbewerbsbeeinträchtigende Klauseln*: Das Wettbewerbsreglement enthält Instrumente (vgl. oben, Rz. 3), welche die Bildung von Preis- und anderen Absprachen gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG erleichtern können (vgl. RPW 2001/3, S. 521, Rz. 37). Aufgrund der summarischen Ermittlungen kann nicht schlüssig beurteilt werden, inwieweit das Wettbewerbsreglement SBV-Mitglieder anlässlich eines einzelnen Submissionsverfahrens dazu veranlasst, Offerten aufeinander abzustimmen. Es ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass i) die (mit Sanktionen durchsetzbare) Pflicht der SBV-Mitglieder, ihre Teilnahme den Meldestellen mitzuteilen, ii) die Pflicht der Meldestellen, die teilnehmenden Wettbewerber den meldenden Firmen mitzuteilen und iii) die Möglichkeit von Vorversammlungen Anreize für das Eingehen von Abreden (Submissionskartelle) im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG setzt. Auf eine abschliessende wettbewerbsrechtliche Beurteilung kann angesichts der vorgenommenen diesbezüglichen Neuregelung des Wettbewerbsreglements indes verzichtet werden.

### **C. Anregungen (Art. 26 KG)**

- 8. Das Sekretariat schlug dem SBV im Sinne einer Anregung gemäss Artikel 26 Absatz 2 KG vor, das Reglement zu revidieren.
    - a) Aufhebung der Pflicht der SBV-Mitglieder, die eingereichten Angebote zu melden und Verzicht auf die diesbezüglich vorgesehenen Sanktionen (Änderung von Art. 6 und Aufhebung von Art. 12 Reglement);
    - b) Aufhebung der Pflicht der SBV-Meldestellen, allen angemeldeten Bewerbern die angemeldeten Firmen mitzuteilen (Änderung von Art. 7 Reglement);
    - c) Pflicht des SBV und seiner Mitglieder, die Bauherrschaften konsequent über die Existenz des Angebotsmeldesystems zu orientieren (Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Reglement);
    - d) Verzicht auf die Erwähnung der Möglichkeit von Vorversammlungen (Streichen des zweiten Satzes von Art. 8 Abs. 3 Bst. a Reglement).
-



9. Die Delegiertenversammlung des SBV hat mit Beschluss vom 21. November 2002 nachfolgende Änderungen des Wettbewerbsreglements beschlossen. Das revidierte Wettbewerbsreglement kann im Übrigen unter anderem über die Homepage des SBV ([www.baumeister.ch](http://www.baumeister.ch) > SBV-Shop > Artikelliste > Gesamtarbeitsverträge/Musterverträge, Reglemente) bezogen werden.

## **Kapitel 2 Meldung**

### **Art. 6** Meldung bei Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren

<sup>1</sup> Grundsatz: Ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt (Bewerber), teilt dies unverzüglich nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen der zuständigen Stelle (Meldestelle) schriftlich mit. Telefonische Anmeldungen sind schriftlich zu bestätigen.

<sup>2</sup> Nichtteilnahme: Ein SBV-Mitglied, das trotz Meldung an einem Wettbewerb nicht teilnehmen will beziehungsweise kann, teilt dies nach der Entschlussfassung unverzüglich schriftlich der Meldestelle mit. Reicht das SBV-Mitglied später trotzdem ein Angebot ein, benachrichtigt es vor der Angebotseinreichung die Meldestelle.

### **Art. 7** Orientierung der Bauherrschaft

<sup>1</sup> Auf Anfrage der Bauherrschaft sowie bei der Durchführung von Versammlungen im Sinne von Artikel 8-10 dieses Reglements erteilt die Meldestelle Auskunft über das Angebotsmeldesystem.

<sup>2</sup> Die Meldestelle ist berechtigt, bei Unklarheiten und zur Qualitätsverbesserung zwischen der Bauherrschaft und den Submittenten zu vermitteln.

## **Kapitel 3 Bereinigung der Ausschreibungsunterlagen**

### **Art. 8** Versammlung zur Bereinigung von Ausschreibungsunterlagen

<sup>1</sup> Grundsatz: Es kann eine Versammlung zur Bereinigung von Angebotstexten und Grundlagen (im folgenden: Versammlung) durchgeführt werden.

<sup>2</sup> Die Bauherrschaft oder deren bevollmächtigte Vertretung sowie Nicht-SBV-Mitgliedfirmen können an der Versammlung teilnehmen.

### **Art. 9** Aufgaben der Versammlung

An der Versammlung werden alle mit der Angebotsstellung zusammenhängenden Fragen besprochen und geklärt. Es sind dies insbesondere:

- a) Beurteilung des Eingabetermins entsprechend dem Umfang der Angebotsbearbeitung,
-

- b) Prüfung der Angebotsbedingungen auf Übereinstimmung mit den massgeblichen Gesetzen, Normen und Bedingungen, insbesondere den SIA-Normen, den Normen anderer anerkannter Fachverbände beziehungsweise den Bedingungen und Vorschriften, die von den Baumeisterverbänden im Einvernehmen mit den Bauherrschaften ausgearbeitet wurden, insbesondere auch Prüfung von Garantieverprechen, die über die SIA-Norm 118 hinausgehen,
- c) Abklärung und allenfalls Bereinigung der Positionstexte des Leistungsverzeichnisses im Hinblick auf eine eindeutige Auslegung der ausgeschriebenen Arbeiten,
- d) Besprechung von Ausführungsfristen und Arbeitsvorgängen,
- e) Mitwirkung bei der Beschaffung wichtiger Grundlagen für die Kostenberechnung und Ausarbeitung der damit zusammenhängenden Angebotsunterlagen,
- f) Besprechung und Abklärung der erforderlichen Grundlagen und Verfahren im Zusammenhang mit einer allenfalls vorgesehenen Abgeltung der Teuerung.

**Art. 10** Aufgaben der Leitung der Versammlung

Der Leitung der Versammlung kommen insbesondere folgende Aufgaben zu:

- a) Sie lädt schriftlich zur Versammlung ein,
- b) sie trifft, allenfalls zusammen mit der Bauherrschaft, die mit der Angebotsstellung notwendigen Vorabklärungen und Bereinigungen,
- c) sie wirkt bei der Beschaffung der wichtigsten Grundlagen für die Kostenberechnung mit. Derartige Unterlagen sollen den anbietenden Firmen an der Versammlung möglichst schriftlich abgegeben werden.

**Art. 11** Freie Angebotseingabe

Die SBV-Mitglieder sind in der Angebotseingabe frei.

**Kapitel 4 Vorgehen bei vermutetem Missbrauch der Nachfragemacht**

**Art. 12** Erhebung von Rechtsmitteln

Besteht der dringende Verdacht, dass eine Bauherrschaft bei Ausschreibungen ihre Nachfragemacht missbraucht, so prüft die zuständige Meldestelle nebst der Intervention bei der Bauherrschaft die Zulässigkeit und die Erfolgsaussichten einer Erhebung von Rechtsmitteln.

---

## **Kapitel 5 Schlussbestimmungen**

### **Art. 13 In-Kraft-Treten und Übergangsbestimmungen**

<sup>1</sup> Dieses Reglement tritt am 1. Januar 2003 in Kraft. Es ersetzt dasjenige vom 23. Oktober 1996.

<sup>2</sup> Reglemente von Sektionen und Fachverbänden sind nicht anwendbar, soweit sie diesem Reglement widersprechen.

10. Das Risiko von KG-Verstössen, die vom (angepassten) Wettbewerbsreglement ausgehen, ist nunmehr erheblich reduziert und steht in einem sinnvollen Verhältnis zum Nutzen des Wettbewerbsreglements (Unterstützung von Verbandsmitgliedern bei komplexen Ausschreibungsunterlagen). So entfällt namentlich die Pflicht der Meldestelle zu Rückmeldungen an die Mitbewerber. Auch dürfen den SBV-Mitgliedern keine Sanktionen mehr auferlegt werden, falls jene die Einreichung eines Angebots nicht melden. Schliesslich setzt die konsequente Information der Bauherrschaften über die Existenz des Angebotsmeldesystems diese in die Lage, rechtzeitig (u.a. beschaffungsrechtliche) Rechtsbehelfe bei vermuteten Abreden zu ergreifen. Zudem ist angesichts der verschärften Sanktionen des neuen Kartellgesetzes (Art. 49a Abs. 1 KG) ebenfalls davon auszugehen, dass der SBV das Meldesystem so einsetzt, dass sich daher hieraus keine Wettbewerbsbeschränkungen (Abreden unter Bietern) ergeben.

### **D. Schlussfolgerungen**

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

1. nimmt Kenntnis von der Aufhebung des Reglements des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) vom 23. Oktober 1996 und dem In-Kraft-Treten des revidierten Wettbewerbsreglements vom 21. November 2002 per 1. Januar 2003;
  2. stellt fest, dass angesichts der vorgenommenen Änderungen keine Anhaltspunkte mehr für allfällige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen;
  3. stellt die Vorabklärung ein und teilt dies dem SBV mit;
  4. publiziert den Schlussbericht in der RPW.
-

B 1.1	<b>3. Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen</b>
-------	--

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accord illicite; art. 5 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 16. September 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen wegen allfälliger unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7*

### **A. Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 26. Juli 2001 forderte Frau Sommaruga, Nationalrätin und Präsidentin der Stiftung für Konsumentenschutz, die Wettbewerbskommission auf, gegen die ihrer Ansicht nach überhöhten Preise bei Tintenpatronen von Computerdruckern vorzugehen.
2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat im Rahmen einer Marktbeobachtung gemäss Artikel 45 Absatz 2 Kartellgesetz (KG, SR 251) die Preise von Tintenpatronen und -strahldruckern in der Schweiz und dem angrenzenden Ausland (Deutschland und Frankreich) analysiert und zusätzlich am 18. Dezember 2001 die wichtigsten Anbieter von Tintenstrahldruckern und -patronen (HP, Epson, Canon und Lexmark) in der Schweiz befragt.
3. Am 25. Februar 2002 wurde den oben erwähnten Anbietern ein weiterer Fragebogen betreffend die Bekanntmachung vom 18. Januar 2002 bezüglich Vertikalabreden zugesandt, wobei es zu klären galt, inwiefern potenzielle unzulässige Vertikalvereinbarungen für das Preisfestsetzungsverhalten bei Tintenstrahldruckern und -patronen verantwortlich sind.
4. Am 9. April 2002 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG über den schweizerischen Markt für Tintenstrahldrucker und -patronen.
5. Am 22. Mai 2002 befragte das Sekretariat HP, Epson und Lexmark in Bezug auf gewisse Klauseln der Händlerverträge, welche möglicherweise erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Bekanntmachung (Fest- und Mindestverkaufspreise) darstellen.

### **B. Erwägungen**

#### **B.1 Geltungsbereich**

6. Das Kartellgesetz (KG) gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 KG). Als Unternehmen gelten alle
-

selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66).

7. Bei den befragten Unternehmen (HP, Canon, Lexmark) handelt es sich um Unternehmen im Sinne des KG.

## **B.2. Vorliegen Wettbewerbsabreden**

8. 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).

9. *Horizontale Abreden.* Die Ermittlungen haben ergeben, dass es keine Anhaltspunkte für horizontale Abreden zwischen den Händlern oder zwischen den Produzenten gibt. Die grosse Anzahl Wettbewerber (mehr als sieben) mit stark variierenden Marktanteilen (vgl. Tabelle 2) sowie der hohe Innovationsdruck sprechen ebenfalls gegen das Vorliegen horizontaler Wettbewerbsabreden.

10. *Vertikale Abreden.* Ein selektives Vertriebssystem gemäss Ziffer 2 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 liegt vor, wenn zwischen Lieferanten und Händlern eine Vereinbarung getroffen wird, wonach:

- ?? der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und
- ?? diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiterverkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

11. Lexmark, Canon und Epson vertreiben ihre Produkte über ein selektives Vertriebssystem. Die Antworten des am 25. Februar 2002 versandten Fragebogens bezüglich vertikaler Wettbewerbsabreden sind in unten stehender Tabelle zusammengefasst. Die in der linken Spalte aufgeführten Kriterien entsprechen der Bekanntmachung vom 18. Januar 2002 und regeln, unter welchen Umständen eine Vertikalabrede und insbesondere bestimmte Vertragsklauseln von Verträgen, welche die vertikalen Beziehungen zwischen Produzenten und Händlern regeln, erheblich sind.

---

Vertikalrestriktionen	HP	Canon	Epson	Lexmark
Vorliegen von Fest- oder Mindestverkaufspreisen	nein	nein	nein	nein
Preisempfehlungen	nein	nein	nein	nein
Vergabe von Exklusivvertriebsrechten	nein	nein	nein	nein
Einschränkung Verkauf an Endverbraucher	nein	nein	nein	nein

Tabelle 1: Bezeichnung der vertikalen Verträge

12. Die Ermittlungen haben ebenfalls gezeigt, dass der schweizerische Handel Tintenstrahldrucker und -patronen, wenn nötig, auch parallel über ausländische Händler importieren kann. Der Schweizer Handel deckt sich aber nur selten auf dem internationalen Graumarkt mit Druckern und Patronen ein. Begründet wird dieses Verhalten dadurch, dass die Preisdifferenz zwischen den Einkaufspreisen des offiziellen Absatzkanals und den Preisen auf dem Graumarkt zu klein sind, um damit den zusätzlichen Aufwand in Form von Suchkosten und anderer Transaktionskosten eines Schweizer Händlers für den Bezug von Druckern und Patronen über den Graumarkt zu decken.

13. Fazit: Es kann somit festgehalten werden, dass - soweit es um den Markt für Tintenpatronen von Computerdruckern geht - keine Anhaltspunkte weder für horizontale Absprachen (Art. 4 Abs. 1 KG) zwischen den Händlern beziehungsweise Produzenten noch für Vertikalabreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (gemäss Ziff. 3 der Bekanntmachung vom 18. Januar 2002), bestehen.

### **B.3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**

14. Als marktbeherrschendes 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). Um festzustellen, ob sich die Hersteller von Tintenstrahldruckern alleine oder kollektiv tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, ist der relevante Markt abzugrenzen. Dabei kommen im Wesentlichen zwei Ansätze in Frage, nämlich die Annahme eines Systemmarkts (d.h. ein Markt für Tintenstrahldrucker für den Heimbereich, inkl. Patronen) oder ein eigenständiger Markt für Patronen. Vorliegend kann eine abschliessende Marktbestimmung offen gelassen werden, weil die Ermittlungen in beiden Fällen zum selben Ergebnis führen.

**a) Wettbewerbssituation auf dem Markt für Tintenstrahldrucker (inkl. Patronen)**

**aa) Relevanter Markt**

15. Zunächst kommt ein *Markt für Tintenstrahldrucker für den Heimbereich (inkl. Patronen)* in Betracht. Dies ist eine relativ enge Markt-  
abgrenzung. Gemäss einer Umfrage des Sekretariats bei den grössten Druckeranbietern werden die Tintenstrahldrucker im Heimbereich vermehrt durch Farben-Laserdrucker konkurrenziert. Eine etwas weitere Markt-  
abgrenzung wäre nicht von vornherein ausgeschlossen.

16. Jeder Tintenstrahldrucker besteht aus einer Reihe von elektronischen Bestandteilen, die funktional so miteinander verknüpft sind, dass Daten in Form von Bildern oder von Texten in möglichst kurzer Zeit und mit höchster Qualität gedruckt werden können. Mit dem Kauf eines Tintenstrahldruckers wird der Kauf von Verbrauchsmaterial, insbesondere von Druckerpatronen, implizit eingeschränkt; bei Nachfüllbedarf besteht keine Auswahlmöglichkeit. Der Konsument ist vielmehr verpflichtet, die dem gekauften Drucker entsprechende Patrone zu kaufen.

17. Zu prüfen gilt es im Folgenden, ob es sich bei der Bündelung von Tintenstrahldruckern und -patronen auch um einen Systemmarkt handelt. Der Umstand, dass es im vorliegenden Fall (im Unterschied zum Fall "Minolta"; RPW 1999/2, S. 247 ff.; RPW 2000/4, S. 716 ff.) nicht um Rückwirkungen von Reparaturleistungen auf den Verkauf des ursprünglichen Produkts sondern um Rückwirkungen von Verbrauchsmaterial (in Form von Tintenpatronen) auf den Verkauf des Produkts (Tintenstrahldrucker) geht, ändert nichts am Prüfungsraster. Im Fall Minolta wurde bei Vorliegen folgender Kriterien ein Systemmarkt angenommen:

- ?? Jedes Jahr kaufen ungefähr 10% aller Besitzer von Fotoapparaten einen neuen Apparat;
- ?? Ungefähr 50% aller Fotoapparate müssen einmal während ihrer Lebensdauer (aber nach Ablauf der Garantiefrist) repariert werden;
- ?? Die Reparaturkosten sind, gemessen am Preis des Fotoapparats, relativ hoch. Sie betragen zwischen CHF 100.- und CHF 200.-;
- ?? Die Detaillisten informieren gut über Vor- und Nachteile der verschiedenen Fotoapparate-Marken, auch über Reparaturanfälligkeit und -kosten;
- ?? Die Konkurrenten von Minolta unterhalten ebenfalls eigene Reparaturwerkstätten oder beabsichtigen, dies zu tun.

18. Im Bereich "Tintenstrahldrucker – Tintenpatronen" kann anhand der Kriterien, welche die Wettbewerbskommission und die Rekurskommission aufgestellt haben, geprüft werden, ob sich aus der Höhe

---

der Preise für Tintenpatronen Rückwirkungen auf den Verkauf von Tintenstrahldruckern ergeben. Zu klären gilt es alleine, ob solche Rückwirkungen vorliegen und ob diese stark genug sind, um eine disziplinierende Wirkung auf die Preise des Verbrauchsmaterials entfalten zu können:

- ?? Tintenstrahldrucker werden häufiger als alle zehn Jahre ersetzt. Somit ist das Neukundengeschäft in diesem Bereich wichtiger als im Minolta-Fall.
  - ?? 100% aller Besitzer von Tintenstrahldruckern kaufen einmal oder mehrmals Tintenpatronen während der Lebensdauer ihrer Apparate. Auch dieses Element ist wichtiger als im Fall Minolta.
  - ?? Die Kosten für Tintenpatronen sind bezogen auf die Kosten eines Tintenstrahldruckers unbestrittenermassen hoch. Ein Kunde hat somit jedes Interesse, sich bereits beim Kauf eines Tintenstrahldruckers über die Kosten des Verbrauchsmaterials, unter anderem der Tintenpatronen, zu erkundigen. Entscheidend für die Konsumenten, unter denen sich eine grosse Anzahl professioneller Einkäufer befindet, sind aber die gesamten Kosten für Drucker und Verbrauchsmaterial. Aussagekräftiger wären daher Preisangaben zu den Kosten pro bedrucktes Blatt Papier. Unter den gegebenen Wettbewerbsverhältnissen (viele Anbieter, rasanter technischer Fortschritt, drastischer Preiszerfall, unabhängige Anbieter von Tintenpatronen) ist es äusserst unwahrscheinlich, dass die Konsumenten für das Bündel Drucker und -patronen tatsächlich überhöhte Preise zu zahlen haben. Ferner kann sich jeder Konsument ohne grossen Aufwand über die aktuellen Druckerpatronenpreise informieren. Es besteht Preistransparenz.
  - ?? Es liegt im Interesse der Detailhändler, über die erwähnten Folgekosten Auskunft zu geben und ihre Kunden in dieser Hinsicht gut zu beraten. Ein unzufriedener Kunde wird mit einiger Gewissheit beim nächsten Kauf einen anderen Händler berücksichtigen. Gute Beratung, insbesondere wenn die Kosten nachgelagerter Leistungen hoch sind, liegt somit im eigenen Interesse des Detailhändlers.
  - ?? Alle Konkurrenten, also zum Beispiel Canon, Epson, Lexmark, Brother, Xerox, Apple, Hewlett Packard und andere mehr, kennen das System der relativ günstigen Drucker und der relativ hohen Preise für Tintenpatronen. Diese Tatsache kann zweierlei bedeuten: Es kann einerseits bedeuten, dass ein Verhalten effizient ist, weil sich die anderen ebenso verhalten. Andererseits könnte es auch heissen, dass die Unternehmen vereinbart haben, sich so und nicht anders zu verhalten. Ein solches Szenario ist im vorliegenden Fall aber höchst unwahrscheinlich. Es ist bekannt, dass insbesondere die Computerhardware, und damit auch Drucker, dramatische Preiseinbrüche erfahren haben. Ebenso dramatisch und rasch ist die technische Entwicklung verlaufen. Unter solchen Umständen
-



sind Abreden nur mit grössten Schwierigkeiten zustande zu bringen und insbesondere am Leben zu erhalten.

19. Für einen Systemmarktansatz, das heisst ein Markt für Tintenstrahldrucker für den Heimbereich (inkl. Patronen), würde auch die EU-Rechtsprechung im ähnlich gelagerten Fall "Kyocera/Pelikan"<sup>1</sup> sprechen. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, dass von den Preisen für Tonerpatronen einer bestimmten Marke starke Rückwirkungen auf den Absatz für Drucker derselben Marke ausgehen würden, weil die Kunden diese Preise beim Kauf eines neuen Druckers offensichtlich in Betracht ziehen würden. Je grösser die Preiselastizität der Nachfrage nach Druckern im Verhältnis zu den Preisen von Patronen desto eher ist auf einen Systemmarkt zu schliessen.

20. Analog dem Fall Migros/Globus (vgl. RPW 1997/3, S. 366 ff.) kann von einem *räumlich relevanten* Markt Schweiz ausgegangen werden. Gemäss einer vom Sekretariat bei den wichtigsten Anbietern durchgeführten Befragung sprechen länderspezifische Vertriebssysteme und Marketinganstrengungen sowie Kundenpräferenzen für eine solche Marktabgrenzung.

### **bb) Marktstellung**

21. Die Ermittlungen zur Marktstellung der wichtigsten Anbieter für die Jahre 1998 bis 2000 in der Schweiz zeigen zum Teil doch beachtliche Marktanteilsveränderungen (vgl. Tabelle unten). Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Marktanteilsverluste von [...] (von [...]% auf [...]%) und der Marktanteilsgewinn von [...] (von [...]% auf [...]%).

---

<sup>1</sup> Unpublizierter Entscheid vom 26.09.1995; IV 34330. Vgl. jedoch 25. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995), Ziffern 86 f.

Brand	1998	1999	2000
Hewlett-Packard	[40%-50%]	[35%-40%]	[30%-40%]
Epson	[20%-30%]	[20%-30%]	[10%-20%]
Canon	[20%-30%]	[20%-30%]	[20%-30%]
Lexmark	[0%-10%]	[10%-20%]	[10%-20%]
Xerox	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Olivetti	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Brother	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Others	[0%]	[0%-10%]	[0%-10%]

Tabelle 2: Marktanteile im Schweizer Markt (in %). Quelle: AC Nielsen, 2000

22. Diese Zahlen sprechen gegen die Annahme einer einzelnen oder kollektiven Marktbeherrschung. Der Systemmarkt für Tintenstrahldrucker scheint von Wettbewerb geprägt zu sein. Die zahlreichen Anbieter (Hewlett Packard, Brother, Canon, Epson, IBM, Lexmark, Olivetti etc.) kämpfen bei ständig sinkenden Margen und Preisen mit einer starken Marktgegenseite (Detailhandel) und hohem Innovationsdruck um Marktanteile.

23. Die Marktanteilsentwicklung deutet auf einen dynamischen Wettbewerb auf diesem Markt hin. [...] hat in drei Jahren erhebliche Marktanteile verloren (von [...]% auf [...]%), während [...] seine Marktanteile vervierfacht hat (von [...]% auf [...]%). Diese rasche Evolution macht eine einzelne oder kollektive Marktbeherrschung eher unwahrscheinlich.

24. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Druckeranbieter weder einzeln noch kollektiv in wesentlichem Umfang unabhängig gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu verhalten vermögen. Somit können auch keine unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 KG vorliegen.

#### **b) Wettbewerbssituation auf dem Markt für Patronen**

25. Wird der Markt für Patronen in der Schweiz als eigenständiger Markt angesehen, sind insgesamt keine Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss feststellbar. Im Einzelnen:

26. Fraglich ist zunächst, ob den jeweiligen Herstellern von Druckern und zugehörigen Patronen eine marktbeherrschende Stellung auf den entsprechenden Patronenmärkten zukommt. Die Ermittlungen haben

deutlich gemacht, dass unabhängige Firmen Tintenpatronen von Druckern, die bereits ein bis zwei Jahre auf dem Markt sind, nachfüllen und diese Patronen zu tieferen Preisen anbieten als dies die Hersteller tun. Es gibt somit Wettbewerb beim Verkauf von Tintenpatronen und damit doch gewisse Ausweichmöglichkeiten beim Kauf von Verbrauchsmaterial. Unter folgenden Adressen können Nachfülltinte ([www.enderlin.com](http://www.enderlin.com), [www.pascomex.ch](http://www.pascomex.ch), [www.pearl.ch](http://www.pearl.ch), [www.nachfülltinte.ch](http://www.nachfülltinte.ch)) oder nachgefüllte Tintenpatronen ([www.arp.ch](http://www.arp.ch), [www.printware.ch](http://www.printware.ch), [www.globo.ch](http://www.globo.ch), [www.nrs.ch](http://www.nrs.ch), [www.pearl.ch](http://www.pearl.ch), [www.pelikanhardcopy.com/d/frame/dq\\_fh\\_01.idc](http://www.pelikanhardcopy.com/d/frame/dq_fh_01.idc), [www.prt.ch](http://www.prt.ch), [www.woc.ch](http://www.woc.ch); [www.silver-reed.ch](http://www.silver-reed.ch); [www.excomsupplies.ch](http://www.excomsupplies.ch)) zu tiefen Preisen für alle gängigen Druckermarken bestellt werden.

27. Wird dennoch dem einen oder anderen Hersteller von Druckern und Patronen eine marktbeherrschende Stellung unterstellt, fehlen Anhaltspunkte für einen möglichen Missbrauch dieser Stellung:

- a) Die Verpflichtung des Käufers eines Tintenstrahldruckers, ein komplementäres Produkt (Tintenpatrone) ausschliesslich vom gleichen Unternehmen zu beziehen, wird als Bündelung beziehungsweise Koppelung oder "requirements tie-in sale" bezeichnet.

Inwieweit eine Produktebündelung beziehungsweise eine Koppelung (Tying) zwischen komplementären Produkten, die prinzipiell auch separat verkauft werden können, sinnvoll ist, entscheiden der Markt und insbesondere die Kostenstruktur mit allfälligen Effizienzvorteilen bei Eigenvertrieb der Anbieter sowie die Präferenzen der Nachfrager (vgl. auch KNEIPS, 2001, S. 236 f.). Je stärker die Nachfrage danach ist, verschiedene Produktkomponenten als Ganzes zu kaufen ("one-stop-shopping") und je stärker die Synergieeffekte ausfallen, die Produktkomponenten zu einem Endprodukt zu verarbeiten, desto geringer sind die Anreize für eine weitgehende Entbündelung.

Auf der Angebotsseite hat eine Umfrage ergeben, dass aus einer Bündelung eine Reihe von Synergien (Verbundvorteile) resultieren. Die Produzenten von Tintenstrahldruckern haben alle darauf hingewiesen, dass der Wettbewerb auf dem Tintenstrahldruckermarkt neben dem Preis vor allem über die Druckqualität stattfindet. Da die Druckqualität neben dem elektronischen Teil vor allem von der Druckerpatrone und insbesondere von der einwandfreien Funktionsfähigkeit der Druckerdüse sowie von der verwendeten Tinte abhängt, werden die Druckerproduzenten die Qualität der Tintenpatronen zu kontrollieren versuchen. Dies gelingt ihnen durch die erwähnte Bündelung beziehungsweise der Koppelung von Drucker und -patrone. Somit liegen für die Koppelung Anhaltspunkte für Legitimate Business Reasons vor.

- b) Die Ermittlungen haben gezeigt, dass Tintenstrahldrucker und die dazu gehörenden Patronen in der Schweiz nicht systematisch teu-

rer sind als im angrenzenden Ausland (Frankreich, Deutschland). Diese Erkenntnis wird auch von den Druckerproduzenten bestätigt, die sämtliche Druckerpreise europaweit harmonisieren. Die folgenden Beispiele mögen dies illustrieren:

CH	Canon i55	ab CHF 185.10
D	Canon i55	ab € 125.- bis € 154.86
CH	Canon i850	ab CHF 232.-
D	Canon i850	ab € 160.- bis € 249.-

Tabelle 3: Quelle: [www.geizkragen.de](http://www.geizkragen.de); [www.preissuchmaschine.ch](http://www.preissuchmaschine.ch)

- c) Die Ermittlungen haben ferner gezeigt, dass Tintenstrahldrucker sowohl vom Handel als auch von Privatpersonen direkt im angrenzenden Ausland oder über den Graumarkt sowie über den "Internetabsatzkanal" in die Schweiz eingeführt werden können. Dieser Parallelimport ist durchaus geeignet, bereits im Ansatz einem möglichen (auf die Schweiz beschränkten) Preismissbrauch entgegen zu treten, indem er eine disziplinierende Wirkung auf den Schweizer Markt ausübt. Allerdings wird von der Möglichkeit, Parallelimporte zu tätigen, seitens der Verbraucher und des Handels nur beschränkt Gebrauch gemacht. Dies könnte erklären, weshalb auch weiterhin zum Teil bedeutende Preisunterschiede bestehen bleiben, und dies obschon keine vertikalen oder horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.

#### **B.4. Fazit**

28. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung wurden keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG, Ziffer 3 der Bekanntmachung vom 18. Januar 2002 und Artikel 4 Absatz 2 KG in Verbindung mit Artikel 7 KG festgestellt. Das Fehlen von Hinweisen für derartige Wettbewerbsbeschränkungen bedeutet indes nicht, dass die Preise in der Schweiz und in den benachbarten Ländern identisch sind. Das Sekretariat wird den Markt weiterhin überwachen.

#### **C. Schlussfolgerung**

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

- 1) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen Händlern beziehungsweise Produzenten im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG vorliegen;
- 2) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Produzenten und Händlern im

Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Ziffer 3 der Bekanntmachung vorliegen;

- 3) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen auf dem Markt für Tintenstrahldrucker inklusive Patronen vorliegen;
- 4) beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- 5) teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	<b>4. Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen</b>
-------	---

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

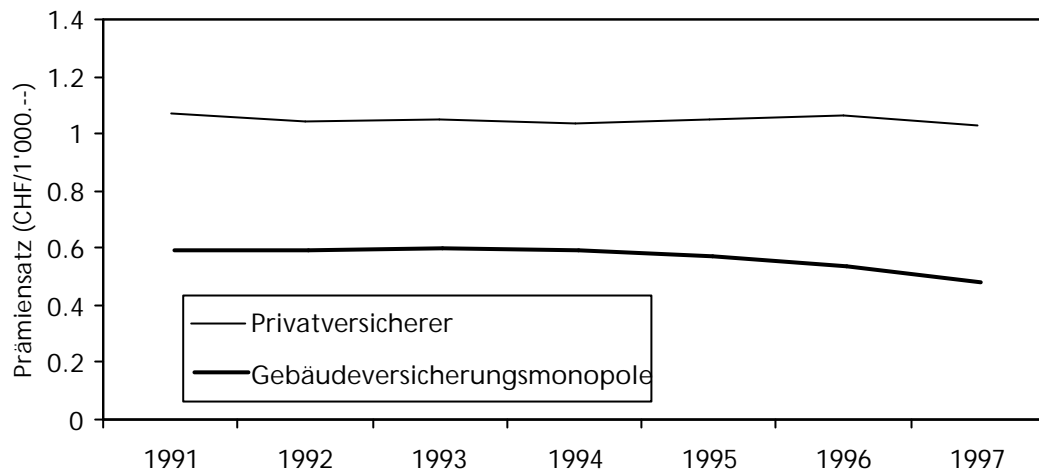
*Schlussbericht vom 9. September 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen wegen allfälliger unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

#### **A. Sachverhalt**

1. Im Rahmen einer Marktbeobachtung kam das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) zum Schluss, dass die Prämien der privaten Gebäudeversicherer für die Feuer- und Elementarschadenversicherung zwischen 1990 und 1997 deutlich über denjenigen der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole lagen (siehe *Abbildung 1*).<sup>1</sup> Im Rahmen einer ökonomischen Analyse kam das Sekretariat zum Schluss, dass die Prämien der Privatversicherer auch risikoadjustiert deutlich über denjenigen der Monopole lagen.

<sup>1</sup> In der Schweiz bestehen in 19 von 26 Kantonen kantonale Gebäudeversicherungsmonopole. In den übrigen sieben Kantonen (*Appenzell-Innerrhoden, Genf, Obwalden, Schwyz, Tessin, Uri und Wallis*) ist die Gebäudeversicherung privatwirtschaftlich organisiert.

**Abbildung 1: Prämie (Feuer und Elementar) pro CHF 1'000.- Versicherungssumme**



2. Um abzuklären, ob diese Prämienunterschiede auch im Zeitraum zwischen 1998 und 2002 Bestand hatten und ob sie allenfalls auf eine Abrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zurückzuführen sind, hat das Sekretariat am 15. April 2003 eine Vorabklärung eröffnet. Im Rahmen dieser Vorabklärung sind sämtliche privaten Versicherungsgesellschaften, welche Gebäudeversicherungen in der Schweiz anbieten (insgesamt 24 Versicherungsgesellschaften), schriftlich befragt worden.

3. Im April 2003 fand zudem ein Treffen zwischen dem Sekretariat und Vertretern des Schweizer Versicherungsverbands statt. Bereits im September 2001 hatte das Sekretariat die Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen empfangen.

## B. Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

5. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die privaten Gebäudeversicherer sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

6. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öf-

fentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

7. In den 19 Kantonen, in welchen kantonale Gebäudeversicherungsmonopole existieren, ist der Wettbewerb per Gesetz ausgeschlossen. In den übrigen sieben Kantonen Appenzell-Innerrhoden, Genf, Obwalden, Schwyz, Tessin, Uri und Wallis (im Folgenden: Wettbewerbskantone) wird die Gebäudeversicherung von privaten Versicherungsgesellschaften angeboten. Das Kartellgesetz ist somit nur auf die privaten Versicherungsgesellschaften in den Wettbewerbskantonen anwendbar.

8. Die Gebäudeversicherung umfasst die Deckung der Risiken Elementarschäden und Feuer. In den Wettbewerbskantonen wird das Elementarschadenrisiko durch den Schweizer Elementarschaden-Pool, dem sämtliche privaten Gebäudeversicherer angeschlossen sind, rückversichert. Die Elementarschadenversicherung ist dabei durch das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR 961.01) und die Verordnung über die Elementarschadenversicherung (SR 961.27) geregelt.<sup>2</sup>

9. Gemäss Artikel 38a Absätze 2 und 4 VAG ist der Deckungsumfang und der Prämientarif der Elementarschadenversicherung für alle Versicherer *einheitlich* und *verbindlich*, wobei der Bundesrat die Vorschriften bezüglich Deckungsumfang und Berechnungsgrundlagen für die Prämie erlässt. Der Prämientarif der Elementarschadenversicherung muss zudem durch das Bundesamt für Privatversicherungen genehmigt werden (Artikel 38a Abs. 2 VAG). Diese Bestimmungen lassen im Bereich der Elementarschadenversicherung weder einen Preis- noch einen Qualitätswettbewerb zwischen den Versicherungsgesellschaften zu. Die Elementarschadenversicherung fällt somit nicht unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

10. Im Bereich der Feuerversicherung gibt es in den Wettbewerbskantonen keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Das Kartellgesetz ist somit anwendbar. Im Folgenden wird nur noch die Feuerversicherung in den Wettbewerbskantonen betrachtet.

### **B.3 Keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede**

11. Ziel dieser Vorabklärung ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) zwischen den privaten Versicherungsgesellschaften im Bereich der Gebäudeversicherung bestehen.

<sup>2</sup> In den Monopolkantonen werden die Risiken von Elementarschäden durch die Interkantonale Rückversicherung rückversichert. Katastrophenereignisse werden zudem durch die Interkantonale Risikogemeinschaft Elementar, einem Gemeinschaftswerk der 19 kantonalen Gebäudeversicherer, gedeckt.

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

13. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

14. Im Folgenden wird nach der Beschreibung der erhobenen Daten anhand verschiedener Kriterien geprüft, ob Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede bestehen.

### **B.3.1 Beschreibung der Daten**

15. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurden umfangreiche Daten bezüglich Anzahl Verträge, Versicherungssummen, Prämieinnahmen, Schadenzahlungen sowie Ausgaben für Brandschutz und Prävention der privaten Gebäudeversicherer zwischen 1993 und 2002 erhoben. Bezüglich der öffentlichen Gebäudeversicherungsmonopole wurde auf Daten der Jahre 1990 bis 2000 aus der Marktbeobachtung zurückgegriffen.

16. In der Schweiz bieten 24 Gesellschaften<sup>3</sup> eine Gebäudeversicherung in den Wettbewerbskantonen an. Vier dieser Gesellschaften konnten keine Angaben über Prämieinnahmen und Schadenzahlungen liefern oder hatten in der betrachteten Zeitperiode keinen Gebäudeversicherungsbestand. Im Folgenden werden Gesellschaften und deren 100%ige Tochtergesellschaften als ein Unternehmen betrachtet. Es liegen somit 17 auswertbare Antworten unabhängiger Gebäudeversicherer vor.

17. Die Marktanteile dieser 17 Versicherungsgesellschaften sind sehr unterschiedlich. Die acht grössten Versicherer vereinigen einen Marktanteil von knapp 91% auf sich. Bei den restlichen neun Anbietern handelt es sich vor allem um Nischenanbieter mit sehr kleinem Gebäudeversicherungsbestand. Sie sind nicht sehr repräsentativ. Im Folgenden wird deshalb auf die acht grösseren Gebäudeversicherer abgestellt.

---

<sup>3</sup> Alba Versicherung, Allianz Suisse, Alpina Versicherungs-AG, Appenzeller Versicherungen, Axa Art Versicherung AG, Axa Assurances, Basler Versicherungen, Die Mobiliar, Emmental Versicherung, Gan Assurances, Generali Versicherungen, Genfer Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft, Gerling Allgemeine Versicherungs-AG, Helvetia Patria, HDI, La Suisse, Lloyd's, Mannheimer Versicherung AG, National Versicherung, Phenix Assurances, Vaudoise Assurances, Winterthur Versicherungen, XL Insurance Global Risk, Zürich Versicherungs-Gesellschaft



18. Die Angaben einer der acht grössten Versicherungsgesellschaften beinhalten Deckungen von Risiken, welche sich nicht mit den übrigen Versicherern vergleichen lassen. Für eine andere Versicherungsgesellschaft sind die Daten nicht vollständig verfügbar. Diese beiden Versicherungsgesellschaften werden im Folgenden deshalb nicht betrachtet. Die im Folgenden betrachteten sechs Versicherer decken zusammen mehr als 75% des Marktes ab.

19. Im Folgenden sollen die Prämien- und Schadensätze der Monopol- und Privatversicherer für die Feuerversicherung miteinander verglichen werden. Für die Privatversicherer lässt sich die Prämie der Feuerversicherung einfach berechnen, da die Prämie für die Elementarschadenversicherung für alle Versicherer einheitlich und verbindlich ist (siehe Rz. 9). Die Prämien für die Deckung von Elementarschäden beträgt CHF -.45 pro CHF 1'000.- Versicherungssumme. Dies macht zirka 47% der durchschnittlichen Gesamtprämie aus.

20. Die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole unterscheiden bei der Prämie nicht zwischen Elementar- und Feuerversicherung. Die Prämien enthalten die Deckung beider Risiken, so dass Daten zu Prämien der beiden Versicherungsarten nicht direkt verfügbar sind. Es stehen lediglich die Schadensätze für die beiden Versicherungsarten zur Verfügung. Deshalb muss bezüglich der Prämie für die Feuerversicherung auf eine Schätzung zurückgegriffen werden.

21. Die Analyse der Daten der Privatversicherer durch das Sekretariat hat ergeben, dass das Verhältnis zwischen Prämien- und Schadensatz bei der Elementarschadenversicherung etwa gleich hoch ist wie das Verhältnis zwischen Prämien- und Schadensatz bei der Feuerversicherung. Um die Prämienätze der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole für die Feuerversicherung zu schätzen, wurde die Gesamtprämie deshalb im Verhältnis der Schadensätze für die Elementarschaden- und Feuerversicherung auf die beiden Versicherungsarten aufgeteilt. Die auf diese Weise berechneten Prämienätze der Feuerversicherung lassen sich sodann mit denjenigen der Privatversicherungen vergleichen.

22. Von acht der 19 Gebäudeversicherungsmonopolen sind keine Angaben über die Aufteilung des Schadensatzes auf Feuer- und Elementarschäden vorhanden. Im Folgenden wird deshalb auf die 11 Kantone abgestellt, für welche diese Angaben vorhanden sind.

### **B.3.2 Prämienunterschiede bei der Feuerversicherung**

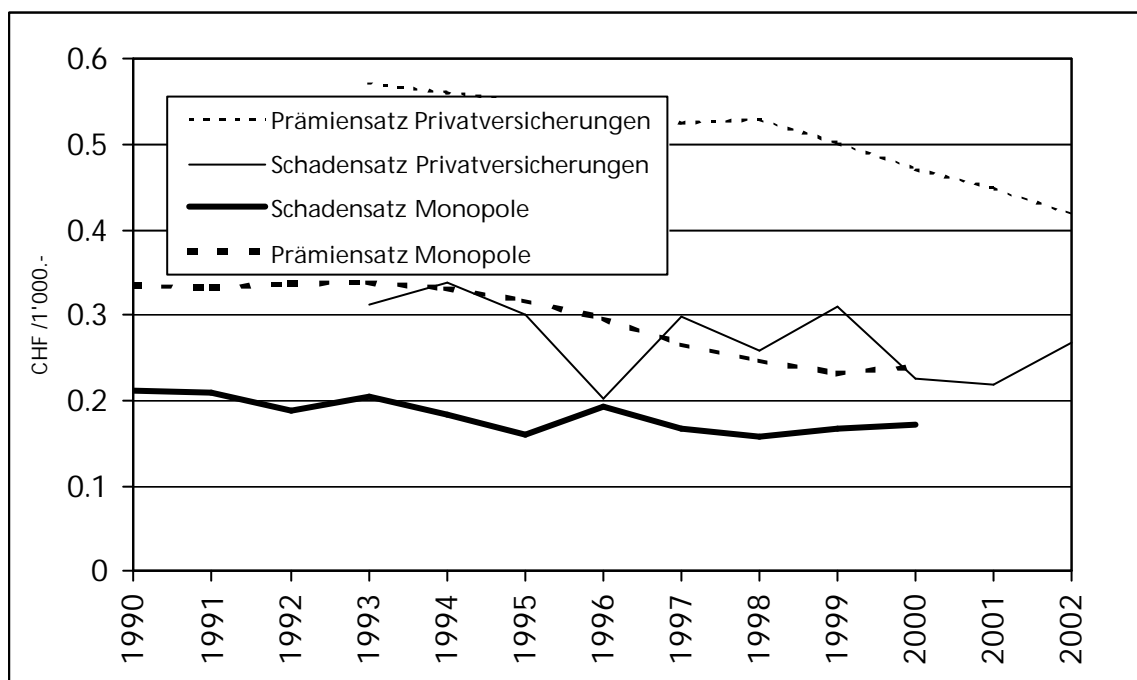
23. Wie in *Abbildung 1* ersichtlich, betrug die Prämie (Feuer und Elementar) in den Wettbewerbskantonen etwa das doppelte der Prämie der Gebäudeversicherungsmonopole. Ein reiner Prämienvergleich ist jedoch nicht sehr aussagekräftig, da sich die Risiken in den einzelnen Kantonen zum Teil stark unterscheiden. Tatsächlich betrug der durchschnittliche Schadensatz der sieben grössten Privatversicherer etwas

---

weniger als das Doppelte des durchschnittlichen Schadensatzes der Gebäudeversicherungsmonopole, was einen grossen Teil der beobachteten Prämienunterschiede erklärt.

24. Abbildung 2 zeigt die Entwicklung der durchschnittlichen Prämien- und Schadensätze der Monopol- und der sechs Privatversicherer für die Feuerversicherung. Die durchschnittlichen Prämien- und Schadensätze der Monopol- und Privatversicherer sind in den letzten Jahren tendenziell gesunken. Dabei ist der Rückgang der durchschnittlichen Prämie der Monopolversicherer zumindest teilweise auf die Intervention des Preisüberwachers im Jahr 1996 zurückzuführen.<sup>4</sup>

**Abbildung 2: Entwicklung des durchschnittlichen Prämien- und Schadensatzes für die Feuerversicherung**



25. Der durchschnittliche Schadensatz der Privatversicherer lag deutlich über demjenigen der Monopolversicherer, auch wenn er in den letzten Jahren stärker zurückging als der durchschnittliche Schaden-

<sup>4</sup> Aufgrund einer Untersuchung der Gebäudeversicherungen verlangte der Preisüberwacher Prämienenkungen der kantonalen Gebäudeversicherer wegen unnötig hoher Reservebildungen, vgl. VKKP 1/1997, S. 9 ff. und RPW 1997/5, S. 679 ff.

satz der Monopolversicherungen<sup>5</sup>. Der Schadensatz der Privatversicherer weist ausserdem eine höhere Volatilität als derjenige der Monopolversicherer auf. Dieser Effekt ist darauf zurückzuführen, dass die Privatversicherer ein wesentlich kleineres Versicherungsvolumen als die Monopolversicherer aufweisen. Ein hohes Versicherungsvolumen "glättet" den Verlauf des durchschnittlichen Schadensatzes.

26. Aus Abbildung 2 geht zudem hervor, dass die Marge der Privatversicherer (Differenz zwischen durchschnittlichem Prämien- und Schadensatz) höher war als diejenige der Monopolversicherer. Sie ist allerdings in den letzten Jahren gesunken, da der durchschnittliche Prämienatz stärker gesunken ist als der durchschnittliche Schadensatz.

27. Wie bereits erwähnt, ist aufgrund der unterschiedlichen Schadensätze in den verschiedenen Kantonen ein reiner Prämienvergleich nicht sehr aussagekräftig. Deshalb soll im Folgenden die risikoadjustierte Prämie der Privat- und Monopolversicherer miteinander verglichen werden. Für einen solchen Vergleich gibt es verschiedene Ansätze. Basierend auf einem Vergleich der absoluten Differenz zwischen Prämien- und Schadensätzen kam VON UNGERN-STERNBERG (1994) zum Schluss, dass die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole im Durchschnitt der Jahre 1984 bis 1990 günstiger waren als die privaten Gebäudeversicherer. SCHIPS (1995) hingegen berechnete den Aufschlag des Prämienatzes über den Schadensatz prozentual und kam so zur Schlussfolgerung, dass die Privatassekuranz in der betrachteten Zeitperiode (1984 bis 1993) günstiger war als die kantonalen Monopole.

28. Abbildung 3 zeigt die Prämien- und Schadensätze von 11 Monopol- und sechs Privatversicherern. Die gestrichelte Linie stellt die durchschnittliche absolute Differenz zwischen Prämien- und Schadensatz dar (Ansatz von VON UNGERN-STERNBERG). Dabei zeigt sich, dass sich

---

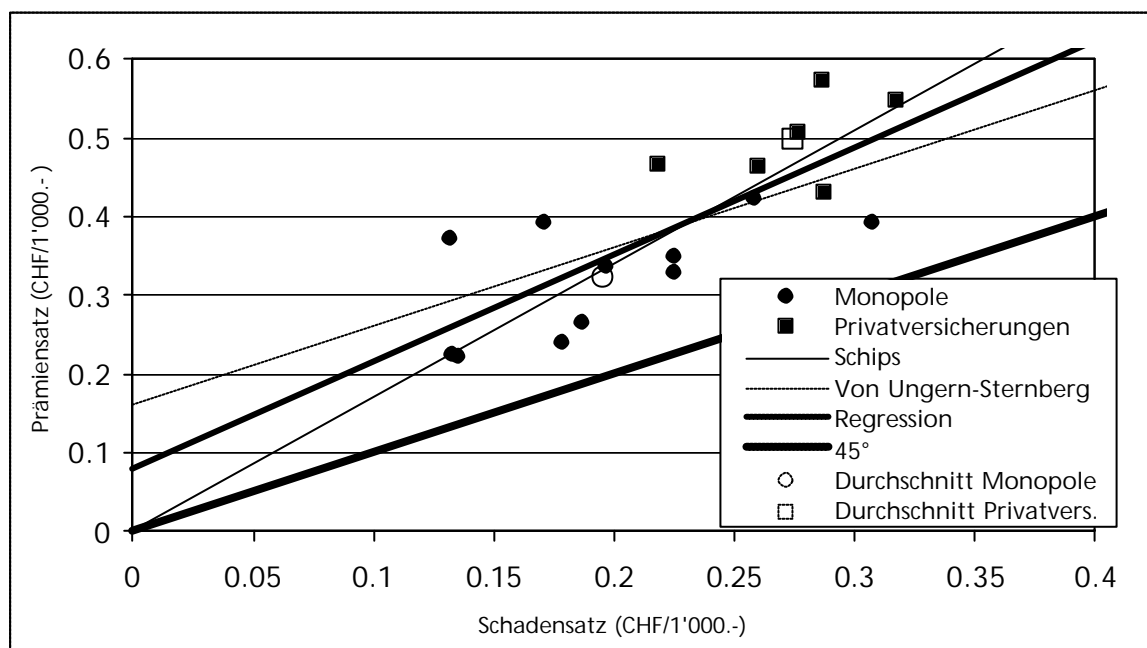
<sup>5</sup> Die relativ grosse Differenz des Schadensatzes Feuer zwischen Monopol- und Wettbewerbskantonen ist erstaunlich. Dafür können verschiedene Faktoren verantwortlich sein. So könnte es sein, dass die Privatversicherer kulanter sind als die Monopolversicherer und höhere Schadenzahlungen leisten, um ihre Kunden nicht zu verlieren bzw. neue zu gewinnen. Für die Differenz der Schadensätze könnten aber auch suboptimale Investitionen in Brandschutz und Prävention in den Wettbewerbskantonen verantwortlich sein. Schliesslich könnte die Differenz auch tatsächliche Unterschiede in der Risikostruktur zwischen den jeweiligen Kantonen widerspiegeln (siehe VON UNGERN-STERNBERG (2002): "Gebäudeversicherung in Europa: Die Grenzen des Wettbewerbs", Bern, Stuttgart, Wien: Verlag Paul Haupt, S. 131 ff.). Die Beantwortung dieser Frage würde umfangreiche Analysen von Schadenstatistiken erfordern, was nicht der Zweck der vorliegenden Vorabklärung ist.

---

ein Grossteil der Monopolversicherer unter dieser und ein Grossteil der Privatversicherer über dieser Linie liegen. Dies impliziert, dass die Monopolversicherer deutlich günstiger sind als die Privatversicherer. Nach dem Ansatz von SCHIPS (dünne ausgezogene Linie) ergibt sich ein geringerer Unterschied zwischen Monopol- und Privatversicherern. Dennoch sind die Privatversicherer leicht teurer als die Monopolversicherer.

29. A priori kann nicht gesagt werden, welcher der beiden Ansätze der richtige ist. Der Ansatz von SCHIPS impliziert, dass die Kosten der Gebäudeversicherer proportional mit den Schadenzahlungen anwachsen. Der Ansatz von VON UNGERN-STERNBERG dagegen nimmt an, dass ein Teil der Kosten proportional zur Versicherungssumme ist und dass die Gesamtkosten gleichmässig mit den Schadenzahlungen ansteigen. In Abbildung 3 ist zusätzlich zu den beiden Ansätzen eine Regressionsgerade eingezeichnet (dicke ausgezogene Linie), welche zwischen der Gerade von SCHIPS und von VON UNGERN-STERNBERG liegt.

**Abbildung 3: Analyse der Prämien- und Schadensätze der Feuerversicherung**



30. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Schätzergebnisse der drei Ansätze.

**Tabelle 1: Überblick über die Schätzergebnisse**

	Konstante	Steigung	Monopole	Privatversicherer	Differenz
<b>Ansatz Schips</b>	0	1,69	-0,0095	0,032	0,042
<b>Ansatz von Ungern-Sternberg</b>	0,16	1	-0,034	0,063	0,097
<b>Regression</b>	0,08	1,37	-0,024	0,044	0,068

31. Die Tabelle ist wie folgt zu interpretieren. Die Spalte "Konstante" zeigt den Anteil der Kosten, welcher nicht von der Schadenhöhe abhängt. Dieser ist beim Ansatz von SCHIPS gleich null. Die Spalte "Steigung" gibt an, um wie viel die Prämie steigt, wenn die Schadenzahlungen um eine Einheit zunehmen. Die Steigung ist beim Ansatz von VON UNGERN-STERNBERG gleich eins. Die Spalten "Monopole" und "Privatversicherer" geben die durchschnittliche Abweichung der jeweiligen Versicherer von der geschätzten Gerade an. Daraus ergibt sich die geschätzte risikoadjustierte Prämien­differenz zwischen Monopol- und Privatversicherern.

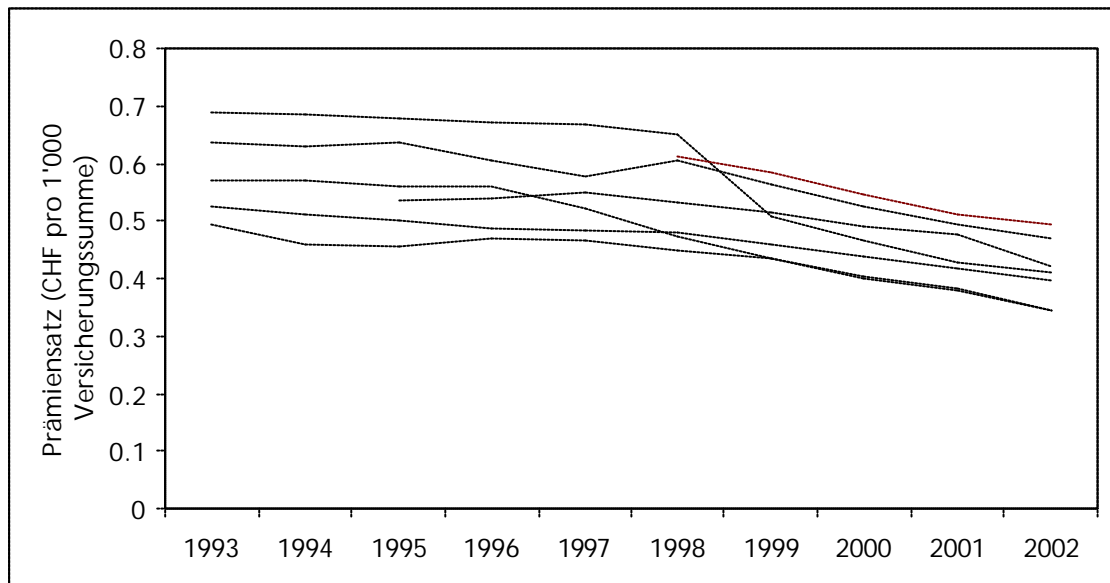
32. Diese Differenz beträgt rund 4 Rappen gemäss dem Ansatz von SCHIPS und etwa 10 Rappen gemäss dem Ansatz von VON UNGERN-STERNBERG. Die Regression führt zu einer Differenz von 6,8 Rappen. In Prozenten ausgedrückt sind die Privatversicherer somit 13% teurer als die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole.

### **B.3.3 Entwicklung der Prämien­sätze der Feuerversicherung in den Wettbewerbskantonen**

33. Die Entwicklung der Prämien­sätze kann wichtige Indizien für das Vorliegen einer allfälligen Wettbewerbsabrede liefern. Abbildung 4 gibt einen Überblick über die Prämien­sätze für die Feuerversicherung von sieben der grössten privaten Gebäudeversicherungsgesellschaften.

34. Wie aus der Abbildung 4 ersichtlich ist, entwickelten sich die Prämien­sätze unterschiedlich. Der **Unterschied des Prämien­satzes** zwischen dem günstigsten und dem teuersten Anbieter beträgt dabei **mehr als 30%**. Tendenziell sind sie seit 1993 leicht gesunken. Der **Rückgang** des durchschnittlichen Prämien­satzes zwischen 1993 und 2002 betrug **zirka 12%**.

#### Abbildung 4: Entwicklung der Prämien­sätze der Feuerversicherung



35. Die unterschiedliche absolute Höhe der Prämien­sätze sagt jedoch nicht viel aus über die von den Versicherungsgesellschaften angewandten Prämien, da diese Unterschiede auch von einer unterschiedlichen Risikostruktur der Portefeuilles der einzelnen Versicherer bedingt sein können. Im Folgenden wird deshalb auf die Berechnungsmethoden der Prämien eingegangen.

#### B.3.4 Festsetzung der Prämien­sätze der Feuerversicherung

36. Die Versicherungsgesellschaften verwenden bei der Festsetzung der Prämie eine Reihe von Kriterien wie Nutzungsart, Bauart, Schadenverlauf, vorhandene Löscheinrichtungen und so weiter. Verschiedene Versicherer sehen Rabattmöglichkeiten bei Vorliegen spezieller Löscheinrichtungen sowie im Hinblick auf die Wettbewerbssituation vor.

37. Der Detaillierungsgrad der berücksichtigten Kriterien unterscheidet sich stark zwischen den Versicherern. Während sich einzelne Versicherungsgesellschaften auf einige wenige, grobe Kriterien stützen, schätzen andere die Risiken mittels versicherungsmathematischer Modelle.

38. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Versicherer bei der Kalkulation der Prämie ein einheitliches Schema benützen oder sich auf eine gemeinsame Tabelle stützen würden.

#### B.3.5 Gemeinschaftsstatistik und Informationsaustausch

39. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise setzt einen Austausch gewisser marktrelevanter Daten und Informationen oder zumindest eine hohe Markttransparenz voraus. Ein Informationsaus-

tausch kann deshalb unter Umständen ein Indiz für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede sein.

40. Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) unterhält eine Gemeinschaftsstatistik, deren Ziel der Aufbau einer ausreichenden Datenbasis für die Risikoberechnung ist. An dieser nehmen fünf der grössten privaten Gebäudeversicherer mit einem gemeinsamen Marktanteil von knapp 69% (Jahr 2002) Teil.

41. Die Standardauswertung der Gemeinschaftsstatistik steht sämtlichen Gebäudeversicherern gegen ein Entgelt zur Verfügung. Die Teilnahme an der Gemeinschaftsstatistik steht zudem allen Gebäudeversicherern offen. Dies gilt auch für Versicherungsgesellschaften, die nicht Mitglied des SVV sind. Die Statistik ist zudem so ausgelegt, dass die einzelnen Versicherer nur zu Durchschnittswerten Zugang haben. Rückschlüsse auf die Daten (Prämien, Versicherungssummen etc.) einzelner Versicherungsgesellschaften sind ausgeschlossen.

42. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass die Gemeinschaftsstatistik zum Austausch firmenspezifischer Daten oder zur Benachteiligung einzelner Versicherungsgesellschaften dient. Die Statistik ist so ausgestaltet, dass sämtliche Versicherungsgesellschaften von einer verbesserten Datenbasis profitieren können, ohne Zugang zu Daten der Konkurrenten zu erhalten.

### **B.3.6 Ergebnis**

43. Die Vorabklärung hat keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise zwischen den privaten Gebäudeversicherern ergeben.

### **B.7 Mögliche Gründe für Prämienunterschiede**

44. Diese Vorabklärung hat unter der Ausklammerung der Elementarschadenversicherung geringere risikoadjustierte Prämienunterschiede zwischen der Privatassekuranz und den Gebäudeversicherungsmonopolen ergeben. Dennoch liegen die Prämien der Privatversicherer gemäss den Resultaten dieser Vorabklärung zirka 13% über denjenigen der Monopolversicherer.

45. Die Privatversicherer führen eine Reihe von Gründen an, welche für diese Prämienunterschiede verantwortlich sein könnten. So haben die Monopolversicherer beispielsweise keine oder sehr viel geringere Marketing- und Akquisitionskosten<sup>6</sup>. Andere mögliche Ursachen sind

---

<sup>6</sup> VON UNGERN-STERNBERG (2002, S. 126) beziffert die Kosten der Privatversicherer für Provisionen mit durchschnittlich 17 Rp./CHF 1'000.- Versicherungssumme. Dies macht rund 16% der von VON UNGERN-STERNBERG ermittelten Durchschnittsprämie (Feuer und Elementar) der privaten Gebäudeversicherer der Jahre 1986 bis 1995 aus.

höhere Risikokapitalkosten der Privatversicherer und Unterschiede in der steuerlichen Belastung. So geniessen einzelne Gebäudeversicherungsanstalten nach Angabe von Privatversicherern steuerliche Privilegien in Ihrem Kanton.

### **B.8 Exkurs: Monopol vs. Wettbewerb**

46. Vor dem Hintergrund der beobachteten Prämienunterschiede zwischen Privat- und Monopolversicherern scheint eine Empfehlung der Wettbewerbskommission zur Privatisierung der öffentlichen Gebäudeversicherungsmonopole oder zur Rückkehr zum Gebäudeversicherungsmonopol in den liberalisierten Kantonen zurzeit nicht angezeigt.

47. Zudem scheint es zwischen den Monopol- und Privatversicherern ein gewisser "Wettbewerb der Systeme" zu herrschen, von dem eine disziplinierende Wirkung sowohl auf die Monopol- als auch auf die Privatversicherer ausgeht. So stellt die drohende Liberalisierung von kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten bei ungenügender Leistung ein Anreiz zur effizienten Leistungserbringung dar. Auf der anderen Seite müssen auch die Privatversicherer die höheren Werbe- und Akquisitionskosten mit einer effizienten Produktion rechtfertigen.

48. Bezüglich der Elementarschadenversicherung scheint es etwas befremdend, dass die Wettbewerbskantone zwar unter sich solidar sind, es jedoch keine Solidarität zwischen Wettbewerbs- und Monopolkantonen gibt. Aus Solidaritätsüberlegungen liessen sich hier womöglich Verbesserungen des Systems realisieren.

### **C. Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
  2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
  3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
-



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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>
B 2.2	<b>1. Veterinärmedizinische Tests/Migros</b>

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

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

*Verfügung vom 20. Oktober 2003 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend veterinärmedizinische Tests/Migros wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG*

*Abschreibungsverfügung vom 20. Oktober 2003 in Sachen Untersuchung gegen die Migros gemäss Artikel 27 KG betreffend allfälligem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich veterinärmedizinischer Tests (Art. 7 KG). Mit der am 12. April 2002 eröffneten Untersuchung sollte geprüft werden, ob die Migros auf dem Markt für BSE-Tests über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und ob sie diese missbraucht, indem sie den Schlachthöfen vorschreibt, bei welchen Labors und zu welchem Preis die Tests durchzuführen sind. Die Wettbewerbskommission befürchtete, dass dadurch Testlabors vom Markt ausgeschlossen wurden. Nachdem die Migros das beanstandete Verhalten aufgegeben hat, wurde das Verfahren eingestellt.*

*Décision du 20 octobre 2003 dans l'enquête contre Migros selon l'article 27 LCart portant sur un éventuel abus de position dominante dans le domaine des tests vétérinaires ESB (art. 7 LCart). L'enquête, ouverte le 12 avril 2002, avait pour but d'examiner si Migros ne bénéficiait pas d'une position dominante sur le marché des tests ESB et si elle n'abusait pas de cette position en indiquant aux abattoirs quels laboratoires devaient exécuter le test exigé et à quel prix. La Comco craignait que les autres laboratoires ne soient exclus durablement de ce marché. Comme Migros a abandonné le comportement qui lui était reproché, la procédure a été close.*

*Decisione del 20 ottobre 2003 dell'inchiesta contro la Migros giusta l'articolo 27 LCart relativa all'eventuale abuso di posizione dominante nell'ambito dei test veterinari (art. 7 LCart). L'inchiesta, aperta il 12*

*aprile 2002, aveva quale scopo di verificare se la Migros aveva una posizione dominante sul mercato dei test ESB e se abusava di questa posizione indicando ai fornitori di carne presso quali laboratori effettuare i test e a quale prezzo. La Commissione della concorrenza dubitava che gli altri laboratori venivano esclusi dal mercato. Dopo che la Migros ha rinunciato al suo comportamento illecito, la procedura è stata chiusa.*

## **A. Sachverhalt**

### **A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Im Zuge des Aufkommens beziehungsweise bekannt werdens der BSE-Erkrankungen von Rindern unter anderem in der Schweiz gegen Ende der neunziger Jahre entwickelte die Schweizer Firma Prionics AG ein Testverfahren, das mittels einer Prüfung der Hirnmasse geschlachteter Rinder die Feststellung erlaubt, ob diese mit dem BSE-Erreger infiziert sind. Das Bundesamt für Veterinärwesen (BVet) validierte dieses Testverfahren in Zusammenarbeit mit dem so genannten BSE-Referenzlabor (Institut für Tierneurologie [ITN] der veterinärmedizinischen Fakultät der Universität Bern). Seit 1. Januar 1999 werden mittels dieses Schnelltests systematisch alle wegen Krankheit oder Unfall verendeten oder getöteten Rinder auf BSE untersucht. Seit 1. März 1999 gilt diese Untersuchungspflicht auch für alle wegen Krankheitsverdachts, Krankheit oder Unfall gesondert geschlachteten Rinder (so genannte Krankschlachtungen). Zudem werden Stichproben bei normalen Schlachttieren durchgeführt. Zu diesem Zweck wird den Kantonstierärzten jährlich bekannt gegeben, wie viele Rinder im Kanton jeweils zu testen sind. Ziel dieses Überwachungsprogramms ist es, möglichst genaue Daten über den Stand der BSE-Verbreitung in der Schweiz zu erhalten und die Wirkungen der getroffenen Bekämpfungsmassnahmen zu überprüfen. Gegenstand dieser obligatorischen (d.h. vom BVet vorgeschriebenen) Untersuchungen ist die Hirnmasse von Tieren der Rindergattung, bei denen vier permanente Schneidezähne das Zahnfleisch durchbrochen haben (ca. 30 Monate alt) (Art. 175a Tierseuchenverordnung [TSV], SR 916.401).

2. Inzwischen sind nebst dem Prionics-Test weitere Schnelltests entwickelt worden. Die herkömmlichen mikroskopischen Tests eignen sich wegen der längeren Dauer bis zum Erhalt des Testresultats (ca. eine Woche) nicht beziehungsweise werden nicht für die Routinetestung sondern zur Bestätigung bei positiven Ergebnissen der Schnelltests verwendet. Das Bundesamt für Veterinärwesen hat für die Schnelltestung in der Schweiz zusätzlich zum Prionics-Test den BioRad-Test (Platelia) zugelassen. Weitere Testverfahren sind in Entwicklung; ein weiterer Test, der Enfer-Test, ist in der EU (jedoch vorläufig nicht in der Schweiz) zugelassen worden.

3. Das Bundesamt für Veterinärwesen hat mehreren Labors eine vorläufige (d.h. bei Nichterfüllung der festgesetzten Qualitäts- und Si-

cherheitsstandards widerrufbare) Genehmigung zur Durchführung von BSE-Schnelltests erteilt. Es waren dies im Zeitpunkt der Erhebung (Oktober 2001) Eurofins Scientific SA (Eurofins), IBR Inc. Laboratories, Institut für klinische Mikrobiologie und Immunologie (IKMI), Interlabor Belp AG, Kantonales Laboratorium Basel, Labor Dr. Güntert, Migros-Genossenschafts-Bund Swiss Quality Testing Services (SQTS), Prionics und UFAG Laboratorien AG. Heute figuriert weder die Eurofins noch die Interlabor Belp AG auf der Liste der für BSE-Tests zugelassenen Labors des BVet; auch das Kantonale Laboratorium Basel ist nicht mehr aufgeführt. Hinzugekommen sind drei neue Labors, nämlich das Laboratoire du Service vétérinaire LVET (Institut Galli-Valério), Lausanne, das Laboratoire vétérinaire cantonal, Neuchâtel, und die Meditest Vevey SA, Vevey<sup>1</sup>.

4. Seit Ende 2000 beziehungsweise Anfang 2001 wird in der Schweiz eine grosse Menge normal geschlachteter Rinder (ab 20 Monate) auf freiwilliger Basis untersucht, um das im Zuge der BSE-Krise getrübt Vertrauen der Konsumenten zurückzugewinnen. Vor allem die Grossverteiler Migros und Coop werben seit Februar 2001 mit der flächendeckenden Durchführung von BSE-Tests.

5. Die Migros beschränkt sich nicht darauf, von den Schlachthöfen, die sie beliefern, die Durchführung der erwähnten freiwilligen BSE-Tests zu verlangen. Sie schreibt den Schlachthöfen zusätzlich vor, dass das Prionics-Testverfahren verwendet werden müsse. Die Migros geht sogar noch weiter und schreibt den Schlachthöfen (im Einvernehmen mit den bei der Zuteilung berücksichtigten Labors) vor, bei welchem Labor sie die Tests durchzuführen haben und wie viel sie für den Test zu bezahlen haben. Der Preis war zunächst auf CHF [...] fixiert und ab Juli 2001 auf CHF [...]. Gemäss Angaben der Migros wurden diese Bedingungen in mündlichen Rahmenverträgen mit Labors vereinbart. Da das an Migros gelieferte Rindfleisch im Schlachtprozess nicht zuverlässig von anderem Rindfleisch getrennt werden kann, gelten die von der Migros aufgestellten Bedingungen für alles in diesen Schlachthöfen verarbeitete Rindfleisch.

6. Werden die von der Migros aufgestellten Bedingungen von den Schlachthöfen nicht akzeptiert, stellt die Migros den Bezug von Rindfleisch bei diesen ein.

<sup>1</sup> [http://www.bvet.ch/tiergesundheit/d/vollzugshilfen/laboratorien/laborliste\\_bse.pdf](http://www.bvet.ch/tiergesundheit/d/vollzugshilfen/laboratorien/laborliste_bse.pdf)

7. Die zwei damals zugelassenen Labors Interlabor Belp AG und Eurofins waren bei der Zuteilung der Labors nicht berücksichtigt worden, erstere weil sie nur den der Migros nicht genehmen BioRad-Test anbot und Letztere, weil sie die Prionics-Test erst anzubieten begann, als die Migros die Zuteilung bereits vorgenommen hatte, und die Migros befürchtete, dass die anderen Labors im Falle zusätzlicher Konkurrenz durch Eurofins nicht genügend Gewinn machen würden, um die im Zuge des BSE-Programms von der Migros getätigten Investitionen wie vorgesehen amortisieren zu können. Beide sind unterdessen nicht mehr als Anbieter von BSE-Tests tätig.

8. Ebenfalls nicht berücksichtigt wurde das Kantonale Laboratorium Basel-Stadt, welches nicht aktiv als Anbieter von BSE-Tests tätig war und inzwischen ebenfalls über keine Zulassung mehr verfügt (vgl. Rz 3).

9. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2003 hat die Migros die Wettbewerbskommission darüber informiert, dass sie mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 die mit den Labors bestehenden Rahmenvereinbarungen per 31. Januar 2003 gekündigt und die Labors darauf hingewiesen habe, dass die Aufträge für die Durchführung von BSE-Tests gegen Ende 2003 neu vergeben würden.

## **A.2 Verfahren**

10. Am 25. Juni 2001 erstattete die Eurofins Scientific SA (Eurofins), ein Laboratorium mit Sitz in Schönenwerd, beim Sekretariat der Wettbewerbskommission telefonisch Klage über angeblich diskriminierende Verhaltensweisen der Grossverteiler Migros und Coop.

11. Zur Abklärung des Sachverhalts hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) am 25. September 2001 insgesamt drei Vorabklärungen eröffnet. Mit der ersten Vorabklärung sollte geklärt werden, ob Anhaltspunkte für Preisabsprachen zwischen Labors bestehen. Die zweite Vorabklärung diente der Klärung der Frage, ob Indizien für eine Aufteilung der Geschäftspartner durch die Schlachthöfe bestehen. In einer dritten Vorabklärung wurde schliesslich geklärt, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Migros beziehungsweise für den Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch die Migros und Coop gemäss Artikel 7 KG bestehen. Dabei wurde auch untersucht, ob Indizien für eine Wettbewerbsabrede zwischen den Grossverteilern Migros und Coop bestehen.

12. Zu diesem Zweck wurden neben 1 Tessiner, 14 West- und 36 Deutschschweizer Schlachthöfen, die nach Angaben der Proviande zirka 80% des Schlachtmarktes ausmachen, auch 28 Detail- und Fachhändler sowie die Grossverteiler Migros und Coop und ferner sämtliche neun für die Durchführung von BSE-Tests zugelassenen Labors schriftlich befragt.

---

13. Gestützt auf die Ergebnisse der dritten Vorabklärung hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission ("Weko") am 12. April 2002 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die Migros eröffnet. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt. Die Vorabklärungen gegen die Labors und die Schlachthöfe wurden während der Dauer der Untersuchung sistiert.

14. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Migros und die Eurofins nochmals schriftlich befragt. Die Migros stellte am 15. Juli 2002 ein Gesuch um Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung. Auf das Gesuch wurde nicht eingetreten. Am 23. August 2002 wurden die Verfahrensakten Eurofins zur Einsicht zugesandt.

15. Mit Schreiben vom 11. März 2003 wurde der Migros Gelegenheit gegeben, sich zum Antrag des Sekretariates zu äussern. Am 20. März 2003 wurden zudem die Verfahrensakten der Migros zur Einsicht gestellt. Die Migros nahm mit Schreiben vom 11. April 2003 Stellung zum Antrag des Sekretariates. Darin machte sie verschiedene formelle und materielle Anträge. Unter Anderem beantragte sie, der Migros sei vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission Einsicht in die vollständigen Akten zu gewähren und der Migros sei im Anschluss daran die Möglichkeit einzuräumen, zum Antrag des Sekretariates erneut Stellung zu nehmen. Zudem beantragte die Migros, sie sei vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission durch die Wettbewerbskommission anzuhören. Auf diese Anträge wurde eingetreten.

16. Mit Schreiben vom 8. Juli 2003 wurde der Migros erneut die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates gegeben. Gleichentags wurde auch der Eurofins die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

17. Am 15. September 2003 wurden die Migros und die Eurofins durch die Wettbewerbskommission angehört.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

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

19. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die Migros ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

---

20. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 44 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

22. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Es bestehen hinsichtlich der obligatorischen Tests staatliche Vorschriften, welche die Voraussetzungen regeln, unter denen Tests durchzuführen sind. Der staatlichen Regulierung unterworfen sind sodann die Validierung von BSE-Tests und die Zulassung von Laboratorien zur BSE-Testtätigkeit. Dem Bundesamt für Veterinärwesen kommen zudem im Zusammenhang mit der BSE-Erkrankung von Rindern verschiedene Überwachungsfunktionen zu. Hinsichtlich der Preisgestaltung bestehen jedoch keine staatlichen Vorschriften. Somit wird ein Wettbewerb zwischen den zur Durchführung von BSE-Tests zugelassenen Labors, insbesondere was die Preisgestaltung betrifft, nicht durch Rechtsvorschriften vereitelt. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## **B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

23. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

### **B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

24. 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).

---

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

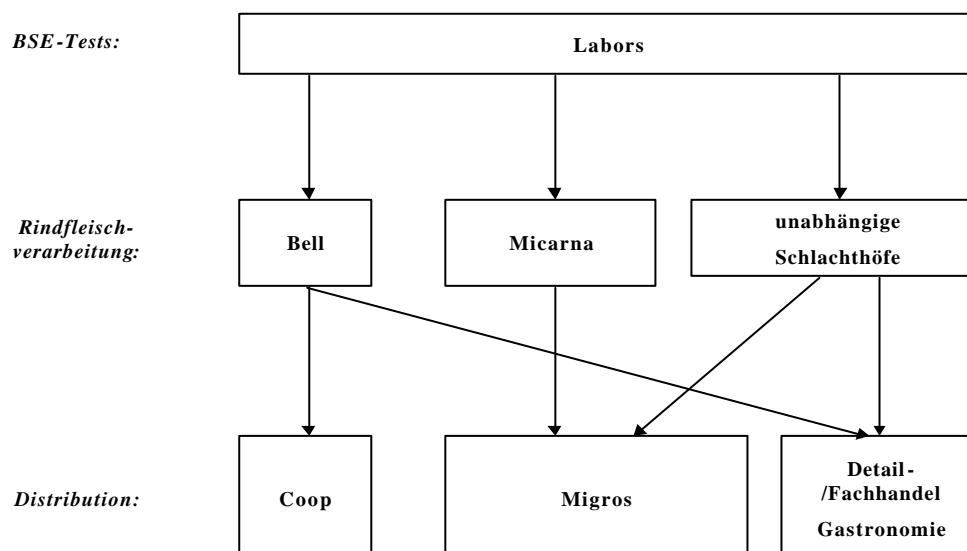
### B.3.1.1 Der relevante Markt

#### B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

26. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

27. Der Migros wird vorgeworfen, ihre marktmächtige Stellung als Nachfrager von BSE-getestetem Rindfleisch zu missbrauchen, indem sie den Wettbewerb zwischen den zur Durchführung von BSE-Tests zugelassenen Labors beschränkt. Vom Sachverhalt sind somit zwei Märkte betroffen, wie in Abbildung 1 dargestellt (die Pfeile stellen Güter- bzw. Dienstleistungsströme dar. Entgegengesetzte Geldströme sind der Einfachheit halber nicht dargestellt). Einerseits handelt es sich um die Distribution von Rindfleisch, wobei die Migros als Nachfrager von Rindfleisch gegenüber Schlachthöfen auftritt (bzw. als Anbieter von Absatzkanälen). Andererseits ist vom Sachverhalt auch der Markt für BSE-Tests betroffen. Hier treten die Schlachthöfe gegenüber den BSE-Labors als Nachfrager auf. Wie noch zu zeigen ist, wird diese Nachfrage durch die Rindfleisch-Distributoren und insbesondere durch die Migros induziert, so dass diese als direkte (Micarna) und indirekte Nachfragerin (Migros) von BSE-Tests angesehen werden können.

**Abbildung 1**



### **a) Frischfleisch-Distribution**

28. In der Lebensmittel-Distribution ist grundsätzlich zwischen Absatz- und Beschaffungsmärkten zu unterscheiden (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff., und Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 507, Rz. 15 ff.). Auf der Absatzseite treten die Grossverteiler sowie der Detail- und Fachhandel (Metzgereien) als Anbieter von Lebensmitteln gegenüber den Konsumenten in Erscheinung. Auf der Beschaffungsseite treten Gross-, Detail- und Fachhändler gegenüber den Lieferanten (Schlachthöfe und Fleischhandelsbetriebe) als Nachfrager auf, womit sie diesen zugleich Absatzkanäle anbieten (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, Rz. 84).

29. Entsprechend dem Sortiments-Konzept sind im Detailhandel aufgrund der Angebotsumstellungsflexibilität Vertriebswege für ganze Produktgruppen oder Sortimente als relevante Märkte abzugrenzen (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, Rz. 90 f.; Coop/Epa, RPW 2002/3, Rz. 18 ff.). Damit stellt sich die Frage nach dem adäquaten Aggregationsgrad einzelner Produkte zu Produktgruppen. So stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob ein Markt für die Distribution von Rind-, Frischfleisch, Frischprodukten oder Nahrungs- und Genussmitteln abgegrenzt werden muss.

30. Für den vorliegenden Fall ist jedoch nicht in erster Linie die Substituierbarkeit von Nahrungsmitteln aus Sicht der Endkonsumenten entscheidend sondern die Substituierbarkeit von Absatzkanälen aus Sicht der Schlachthöfe. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist deshalb der Ansicht, dass ein Markt für Frischfleisch, höchstens aber für Frischprodukte, abgegrenzt werden muss.

31. Die Frage kann an dieser Stelle jedoch offen gelassen werden, da sich die Marktstellung der Migros in der Distribution von Rind- beziehungsweise Frischfleisch, Frischprodukten und Nahrungsmitteln nicht wesentlich unterscheidet (vgl. Tabelle 1). Zudem wird auf dem relevanten Markt keine Marktbeherrschung sondern lediglich eine nachfragemächtige Stellung der Migros festgestellt (siehe Abschnitt B.3.1.2.1).

32. Frischfleisch gelangt jedoch nicht nur über den Detailhandel sondern auch über die Gastronomie an die Endkonsumenten. Im Folgenden wird daher vom Markt für die Distribution von Frischfleisch über den Detailhandel und die Gastronomie ausgegangen.

### **b) BSE-Tests**

33. Neben der Distribution von Rindfleisch ist auch die Durchführung von BSE-Tests vom vorliegenden Sachverhalt betroffen.

34. Nach Angaben des Bundesamtes für Veterinärwesen wird das untersuchende Labor im Fall von obligatorischen Probeentnahmen durch den Kantonstierarzt festgelegt, während die Wahl des Testlabors bei

---



freiwilligen Tests grundsätzlich frei ist, solange das betroffene Labor eine Bewilligung des Bundesamts für Veterinärwesen zur Durchführung der Tests besitzt. Mangels freier Wahlmöglichkeiten im Falle obligatorischer Tests beschränkt sich der sachlich relevante Markt somit auf die freiwilligen Tests.

35. Hinsichtlich der Testart ist der sachlich relevante Markt ferner einzuschränken auf die vom Bundesamt für Veterinärwesen validierten Tests, das heisst den Prionics- und den BioRad-Test (wie erwähnt, stellen die herkömmlichen mikroskopischen Tests wegen der längeren Dauer bis zum Erhalt des Testresultats für die Schlachthöfe keine Alternative zu den Schnelltests dar). Als Marktgegenseite der Labors treten formell die Schlachthöfe auf. Wie noch zu zeigen ist, ist deren Nachfrage jedoch im Wesentlichen durch die Grossverteiler induziert; letztere treten somit faktisch als indirekte Nachfrager von BSE-Tests gegenüber den Labors auf.

36. Die Schlachthöfe und indirekt auch die Migros bieten den Labors Absatzwege für BSE-Tests an, indem sie solche durchführen lassen. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission werden deshalb die Nachfrager bestimmter Güter oder Dienstleistungen bei Vorliegen einer Nachfragemacht-Problematik als Anbieter von Vertriebswegen betrachtet (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz. 84; Spitalisten bei Halbprivatversicherungen, RPW 1999/2, S. 230, Rz. 50; Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 510, Rz. 27.). Im Folgenden werden die Labors daher als Nachfrager und die Schlachthöfe (bzw. indirekt die Migros) als Anbieter von Vertriebswegen für BSE-Tests bezeichnet.

37. Die Migros bestreitet das Vorliegen eines Marktes für die Durchführung von BSE-Tests (Rechtsgutachten Immenga, S. 7 ff.). Sie vertritt die Ansicht, dass ein Markt für chemische Analysedienstleistungen abzugrenzen ist. Begründet wird dies dadurch, dass für chemische Analysemethoden alternative Absatzkanäle existieren würden und die Absatzwege für BSE-Tests somit mit anderen Absatzkanälen substituierbar seien. Diese Argumentation verkennt, dass die Labors Absatzwege für BSE-Tests suchen, und zwar unabhängig vom Absatz anderer Analysen. Stehen den Labors aus irgendwelchen Gründen keine Absatzwege für BSE-Tests zur Verfügung, so müssen sie auf die Durchführung von BSE-Tests verzichten. Absatzwege für BSE-Tests sind deshalb mit Absatzwegen für chemische Analysen nicht substituierbar.

Beim sachlich relevanten Markt handelt es sich somit um den Markt für den Absatz von freiwilligen BSE-Schnelltests, welche durch das Bundesamt für Veterinärwesen validiert worden sind.

#### **B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

38. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leis-

---

tungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

### **a) Frischfleisch-Distribution**

39. Schlachthöfe und Fleischhandelsbetriebe fragen in erster Linie Vertriebskanäle zu den Schweizer Kunden nach (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, Rz. 95). Somit ist der Markt grundsätzlich national abzugrenzen. Dafür spricht, dass grössere Fleischverarbeitungs- und -handelsbetriebe überregional oder national tätig sind. Aufgrund von Transportzeiten und -kosten könnte der Markt allenfalls regional eingeschränkt werden. Die Ermittlungen haben gezeigt, dass eine regionale Marktabgrenzung im vorliegenden Fall nicht zu anderen Schlussfolgerungen führen würde.

40. Die Migros macht geltend, die Beschränkung des relevanten Marktes auf die Schweiz sei aufgrund von Importen und Exporten nicht sachgemäss. Dem steht jedoch das tatsächliche Nachfrageverhalten gegenüber. Keiner der befragten Schlachthöfen beschrieb das Einzugsgebiet seiner Abnehmer als international. Sämtliche eingegangenen Antworten bezeichneten die Schweiz oder eine Region als das Gebiet ihrer Abnehmer. Einzelne Schlachthöfe machen logistische Gründe und Transportzeiten für die Beschränkung des Absatzgebietes geltend. Gemäss Micarna, einem Schlachthof des Migros-Genossenschafts-Bundes, war der Export aus preislichen und strukturellen Gründen zum damaligen Zeitpunkt nicht möglich. Auch die Bell-Gruppe operiert auf nationalem Gebiet.

41. Der Markt für die Distribution von Frischfleisch wird deshalb als höchstens national abgegrenzt. Der Ausgang dieses Verfahrens erfährt keine Änderung, wenn regionale Märkte abgegrenzt werden. Daher kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden.

### **b) BSE-Tests**

42. Die Labors beschreiben ihr Einzugsgebiet in der Regel als mehrere Regionen beziehungsweise Kantone umfassend bis schweizweit. Für die Labors dürfte es nicht möglich sein, grenzübergreifend kommerziell tätig zu sein, da für Risikomaterial ein grundsätzliches Import-/Exportverbot besteht (Ausnahmen sind nur zu Forschungszwecken möglich) und zudem Testverfahren und Labor durch das Bundesamt für Veterinärwesen anerkannt werden müssten.

43. Allfällige Beschränkungen des räumlichen Einzugsbereichs begründen die Labors mit der Dauer und den Kosten für den Transport. Aufgrund der knappen Zeitspanne zwischen der Absendung des Testmaterials (Hirnstammproben) beim Schlachthof und dem erwünschten Vorliegen der Resultate sowie angesichts der Testdauer von mehreren Stunden sind die Möglichkeiten bezüglich der Transportdauer eingeschränkt. Für ein Laboratorium, das in der Zentralschweiz lokalisiert ist, sind alle Landesgegenden in etwa ein bis zwei Stunden erreichbar,

während dies auf Labors, die in äusseren Landesgegenden situiert sind, nicht zutrifft. Die zurzeit tätigen Labors sind in der Nord-, Nordost-, Zentral- und Westschweiz angesiedelt. Lediglich für in abgelegenen Regionen situierte Schlachthöfe dürfte es unmöglich sein, auf jedes dieser Labors zurückzugreifen. Grundsätzlich kann daher davon ausgegangen werden, dass der räumlich relevante Markt gesamtschweizerisch zu definieren ist.

### **B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung**

44. Die Migros wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

#### **B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb**

45. Im folgenden wird zunächst auf die Marktstellung der Migros auf dem Markt für Frischfleisch-Distribution eingegangen, bevor der Markt für die Durchführung von BSE-Tests näher beschrieben wird.

##### **a) Frischfleisch-Distribution**

46. Zur Ermittlung der Marktstellung von Migros wird im Folgenden auf Marktanteilszahlen auf der Absatzseite zurückgegriffen.

47. Die Migros ist mit Abstand der grösste Verteiler von Rindfleisch, Frischfleisch, Frischprodukten beziehungsweise Nahrungsmitteln im Detailhandel (siehe Tabelle 1).

48. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nur etwa 55% des in der Schweiz konsumierten Fleisches über den Detailhandel an die Konsumenten gelangen. Rund 45% werden von der Gastronomie verarbeitet. Unter Berücksichtigung der Gastronomie hat die Migros in der Distribution von Frischfleisch einen Marktanteil von ungefähr [...]% ([...]% x 55%)<sup>2</sup>.

49. Die Marktstellung der Migros ist jedoch stärker, als dass ihr Marktanteil vermuten lässt. Einerseits bezieht ein nicht zu vernachlässigender Teil der Gastrobetriebe Frischfleisch im Detailhandel (z.B. bei Prodega). Daher dürfte der tatsächliche Marktanteil der Migros grösser als die geschätzten [...]% sein. Andererseits handelt es sich bei Gastro-Betrieben um eine Vielzahl kleiner und kleinster Anbieter für Absatzkanäle von Frischfleisch. Die Substituierbarkeit der Migros als Absatzkanal für Frischfleisch durch eine grosse Zahl Gastro-Betriebe ist daher stark eingeschränkt.

<sup>2</sup> Der Marktanteil der Migros wird durch diese Berechnungsmethode unterschätzt, da ein nicht unwesentlicher Teil der Gastronomie Fleisch aus dem Detailhandelskanal bezieht.

**Tabelle 1: Marktanteile der Grossverteiler im Detailhandel, 2000 (ohne Gastronomie)**

	Migros	Coop	Grossverteiler (Migros und Coop)
<b>Rindfleisch<sup>1)</sup></b>	[40%-50%]	21%	[61%-71%]
<b>Frischfleisch<sup>1)</sup></b>	[40%-50%]	23,6%	[63%-73%]
<b>Frischprodukte<sup>2)</sup></b>	? 40%	20%-29%	> 60%
<b>Nahrungsmittel (Frisch- und Tiefkühlprodukte)<sup>2)</sup></b>	? 40%	30 - 39%	> 70%

<sup>1)</sup> Daten: eigene Erhebung

<sup>2)</sup> Daten: Detailhandel Schweiz 2002/2003, IHA-GfK Hergiswil, S. 55

50. Sowohl die Migros als auch Coop weisen einen hohen vertikalen Integrationsgrad auf und besitzen eigene Fleischverarbeitungsbetriebe (Schlachthöfe). Die Migros bezieht etwa [...] % des Gesamtabsatzes von Rind- beziehungsweise Frischfleisch von ihrem eigenen Zulieferbetrieb (Micarna). Coop bezieht Frischfleisch seit Januar 2001 ausschliesslich von der eigenen Bell-Gruppe. Im Bereich des Frischfleischs tritt Coop somit nicht als Anbieter von Vertriebskanälen gegenüber unabhängigen Schlachthöfen auf. Die Stellung der Migros ist daher auch aus diesem Grund stärker, als die obige Marktanteilsberechnung vermuten lässt.

51. Neben den Grossverteilern Migros und Coop ist eine Reihe weiterer Unternehmen im Bereich der Frischfleisch- beziehungsweise Nahrungsmitteldistribution tätig, unter anderem Carrefour/Jumbo, Waro, Manor, Denner, Volg, Spar sowie Fachgeschäfte (Metzgereien). Keiner dieser Anbieter verfügt jedoch über einen Marktanteil von über 3%. Die Migros ist somit mit Abstand der grösste Anbieter von Vertriebskanälen für Frischfleisch in der Schweiz.

52. Die Migros verfügt im Gegensatz zu anderen Anbietern von Vertriebskanälen für Rindfleisch über ein ausgesprochen dichtes Filialnetz sowie über ein grosses Sortiment. Dies verleiht ihr eine ausgesprochen starke Stellung in der Frischfleisch-Distribution.

53. Sämtliche befragten Schlachthöfe beschreiben die Nachfrageentwicklung für Rindfleisch als rückläufig oder zumindest stagnierend. Diese Einschätzung wird durch Daten der Proviande bestätigt ([http://www.proviande.ch/de/pdf/Fleischmarkt\\_2001.pdf](http://www.proviande.ch/de/pdf/Fleischmarkt_2001.pdf), S. 21). Dies trug zur Erschwerung der Substituierbarkeit von Absatzkanälen für Schlachthöfe bei. Bei gesättigten Marktverhältnissen ist es für Schlachthöfe schwierig, neue Absatzkanäle zu finden.

54. Aufgrund der starken Stellung der Migros in der Distribution von Frischfleisch sowie der Schwierigkeit für Schlachthöfe, bestehende Absatzkanäle zu substituieren, verfügt die Migros auf dem Markt für Distribution von Rindfleisch über eine marktmächtige Stellung.

55. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Migros offenbar in der Lage ist, ihren Lieferanten Bedingungen aufzuerlegen, die über diejenigen ihrer Konkurrenten hinausgehen (vgl. Rz. 59).

#### **b) BSE-Tests**

56. In der Schweiz sind neun Labors vom Bundesamt für Veterinärwesen für die Durchführung von BSE-Tests zugelassen, wobei zum Zeitpunkt der Untersuchung lediglich der Prionics-Check zur Anwendung kam. Dabei ist die Migros mit SOTS selbst auf diesem Markt aktiv. Mit einem Marktanteil von etwa [...] % ist sie dabei der grösste Anbieter (bzw. Nachfrager von Absatzkanälen).

57. Marktgegenseite der Labors sind die Schlachthöfe, welche die geschlachteten Rinder zum Teil aufgrund der Abnahmebedingungen ihrer Kunden testen lassen. Sie bieten den Labors somit Absatzkanäle für BSE-Tests an.

58. Mehrere Distributoren von Rindfleisch verlangen von den Schlachthöfen die Einhaltung spezieller Abnahmebedingungen. So verlangen zum Beispiel Manor, Jumbo, Coop, Migros sowie andere Detail- und Fachhändler seit Februar 2001 die Durchführung von freiwilligen, vom Bundesamt für Veterinärwesen nicht vorgeschriebene BSE-Tests, um die Qualität des von ihnen verkauften Fleisches sicherzustellen.

59. Im Gegensatz zu ihren Konkurrenten schreibt die Migros ihren Lieferanten darüber hinaus vor, in welchen Labors die Tests durchzuführen sind, welches Testverfahren anzuwenden ist und wie hoch der zu vergütende Preis ist. Nach Aussage der Migros sowie mehrerer Lieferanten wird das Fleisch von Schlachthöfen, welche die von der Migros aufgestellten Bedingungen nicht erfüllen, nicht abgenommen. Dies stellt eine eigentliche Boykott-Drohung dar, indem die Lieferanten vor die Wahl gestellt sind, entweder die Bedingungen vollumfänglich zu erfüllen, oder aber kein Fleisch mehr an die Migros liefern zu können.

60. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass das an die Migros gelieferte Rindfleisch im Schlachtprozess vom übrigen Fleisch nicht immer getrennt werden kann. Nach Angabe der Migros kann *"ein Schlachthof in der Regel nicht von vornherein ausschliessen, dass ein Teil eines Rindes in den Migros-Kanal gelangt. Aufgrund von Nachbestellungen (z.B. wegen besonders gut laufender Aktionen) ist es möglich, dass ein Schlachthof unerwartet und nicht vorkalkuliert Fleisch in den Migros-Kanal liefert. Damit auch in diesen Fällen vermieden werden kann, dass aufgrund von 'parallelen' Schlachtungen - in der Hitze*

---

*des Geflechtes - nicht doch ungetestetes Fleisch über den Migros-Kanal verkauft wird, muss in der Regel alles geschlachtete Rindfleisch getestet worden sein.*" Ein Schlachthof, welcher die Migros beliefern will, muss deshalb sämtliches Rindfleisch in dem von der Migros bezeichneten Labor zu den von der Migros bestimmten Bedingungen testen lassen. Somit gelten die von der Migros aufgestellten Bedingungen für sämtliche Schlachthöfe, welche direkt oder indirekt die Migros beliefern.

61. Die Migros kann dadurch einen wesentlichen Teil der Nachfrage nach BSE-Tests direkt steuern. Die direkte Nachfrage nach BSE-Tests durch die Migros sowie die Nachfrage der Lieferanten der Migros, welche durch diese gesteuert wird, macht gemäss den Ermittlungen der Wettbewerbskommission mehr als [...]% der Gesamtnachfrage aus.

62. Die Abklärungen haben ergeben, dass sich auch einzelne Schlachthöfe der Coop-Gruppe an die von der Migros aufgestellten Bedingungen halten, obwohl Coop nach eigenen Angaben seinen eigenen Schlachthöfen keine Auflagen bezüglich des Testverfahrens oder der Labors macht. Gemäss den Ermittlungen der Wettbewerbskommission hat mindestens ein Schlachthof der Coop-Gruppe den Vertrag mit der Eurofins gekündigt, was nach Aussage der Eurofins auf Druck von der Migros geschah. Die Coop-Gruppe ist neben der Migros mit einem Anteil von knapp 28% der Gesamtnachfrage mit Abstand der grösste Nachfrager nach BSE-Tests.

63. Die übrigen [...]% der Nachfrage, welche weder zur Coop-Gruppe gehören noch die Abnahmebedingungen der Migros zu erfüllen haben, bestehen aus vielen kleinen und kleinsten Metzgereien und Schlachtbetrieben. Viele von ihnen lassen nur einige wenige Rinder pro Jahr testen. Sie fallen als alternative Absatzkanäle zu Migros und Coop kaum in Betracht und vermögen die Migros somit nicht zu disziplinieren.

64. Die Migros kann sich daher in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten. Dies äussert sich unter anderem darin, dass die Migros in der Lage ist, den Preis für BSE-Tests unilateral festzulegen. Dieser belief sich zunächst auf CHF [...] pro Test und wurde von der Migros per Juli 2001 auf CHF [...] pro Test gesenkt. Die Migros nimmt als indirekter Nachfrager von BSE-Tests (bzw. als Anbieter von Absatzkanälen für BSE-Tests) somit eine marktbeherrschende Stellung ein.

65. Durch die von der Migros aufgestellte Laborzuteilung und die Preisfixierung wird der wirksame Wettbewerb zwischen den Labors faktisch beseitigt.

#### **B.3.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb**

66. Nachdem festgestellt worden ist, dass kein ausreichender aktueller Wettbewerb vorhanden ist, stellt sich die Frage, ob potenzielle

---

Wettbewerber die Migros als Anbieterin von Absatzkanälen für BSE-Tests in ausreichendem Mass disziplinieren können.

67. Es genügt dabei nicht, wenn neue Schlachthöfe in den Markt eintreten, welche den Labors alternative Absatzkanäle für BSE-Tests zur Verfügung stellen könnten. Diese Schlachthöfe müssten auch in der Lage sein, das verarbeitete Fleisch abzusetzen.

68. Sofern diese neuen Schlachthöfe die Migros beliefern wollen, müssen sie deren Abnahmebedingungen akzeptieren, womit sich an der marktbeherrschenden Stellung der Migros nichts ändern würde. Coop fällt jedoch als Abnehmer von Rindfleisch ausser Betracht, da sie Fleisch nur von gruppeneigenen Schlachthöfen bezieht. Dazu kommt, dass sich einzelne Schlachthöfe der Coop-Gruppe ebenfalls an das von der Migros errichtete Testregime halten (vgl. Rz. 62).

69. Ein potenzieller Konkurrent müsste also ein eigenes Vertriebsnetz aufbauen, welches genügend gross ist, um die Migros als indirekte Nachfragerin von BSE-Tests zu disziplinieren. Wie die Wettbewerbskommission bereits im Fall Coop/EPA festgehalten hat, existieren auf nationaler Ebene jedoch hohe strukturelle, administrative und strategische Markteintrittsbarrieren, weshalb in den kommenden Jahren ein Marktzutritt unwahrscheinlich erscheint (vgl. RPW 2002/3, S. 518, Rz. 55 ff.).

70. Schliesslich wäre denkbar, dass eine Detailhandelskette, welche bisher kein Frischfleisch vertrieben hat, die Distribution von Frischfleisch aufnehmen könnte. Mögliche Kandidaten wären insbesondere Pick Pay, Jelmoli und Loeb. Es ist durchaus denkbar, dass diese Unternehmen innert relativ kurzer Frist als Distributoren von Rindfleisch tätig werden könnten. Aufgrund der geringen Marktanteile dieser Unternehmen von weniger als 2%<sup>3</sup> im Detailhandel wären sie jedoch nicht in der Lage, die Migros zu disziplinieren.

### **B.3.1.2.3 Zwischenergebnis**

71. Aus den erwähnten Gründen nimmt die Migros auf dem Markt für den Absatz von BSE-Tests eine marktbeherrschende Stellung ein.

## **B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen**

### **B.3.2.1 Behinderungs- oder Benachteiligungstatbestände**

72. 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. In Artikel 7 Absatz 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.

<sup>3</sup> Quelle: IHA GfM AG: "Detailhandel Schweiz 2002/03", S. 43

73. Nach eigenen Angaben schloss die Migros mit den Labors mündliche Rahmenverträge über eine Mindestmenge an Tests und den Preis pro Test ab. Damit die Migros ihre Vereinbarung gegenüber den Labors einhalten kann, schreibt sie den Schlachthöfen vor, welche Bedingungen sie hinsichtlich der BSE-Tests zu erfüllen haben, damit sie Rindfleisch an die Migros liefern dürfen. Direkte Marktgegenseite der Migros sind somit die Schlachthöfe (und nicht die Labors, wie das Gutachten Immenga, S. 5, annimmt). *Indirekt* wirkt sich jedoch das Regime, das die Migros den Schlachthöfen auferlegt (Vorschreiben der Testart, des Testlabors sowie des für den Test zu bezahlenden Preises), auf die Labors aus. Die Schlachthöfe werden dabei von der Migros gleichsam als *Instrument* eingesetzt; mit ihrem Verhalten gegenüber den Labors handeln diese nicht nach eigenem Willen und reagieren insbesondere nicht auf wettbewerbliche Anreize. Anstatt das Labor nach Preis und Qualität seiner Leistungen auszuwählen, folgen sie den Vorgaben der Migros.

74. Da die Schlachthöfe in diesem Sinne von der Migros fremdgesteuert werden und sich die wettbewerblichen Wirkungen des Verhaltens der Migros erst auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt (Markt für BSE-Tests) manifestieren, rechtfertigt es sich, vorliegend das Verhalten der Schlachthöfe *gegenüber den Labors* der Migros anzurechnen und im Lichte von Artikel 7 KG zu betrachten. Da die Sachverhaltsabklärungen ergeben haben, dass die Schlachthöfe die Weisungen der Migros tatsächlich umsetzen, braucht dabei nicht geklärt zu werden, ob die Schlachthöfe dies aus einer Abhängigkeit gegenüber der Migros tun, das heisst keine Alternative haben. Eine eigentliche Beherrschung des Marktes für Rindfleisch-Distribution durch die Migros ist mit anderen Worten nicht notwendig. Vorausgesetzt ist einzig, dass die Migros auf das Verhalten der Schlachthöfe Einfluss hat und dafür sorgen kann, dass ihr Regime stabil ist. Vorliegend ist dies anzunehmen, da sich die Migros gegenüber den Schlachthöfen (mindestens) in einer marktmächtigen Position befindet. Auf diese Weise kann die Migros das Verhalten der Schlachthöfe steuern und tritt gegenüber den Labors indirekt durch alle dem Regime angeschlossenen Schlachthöfe auf, wobei ihr, wie gezeigt (Rz. 56 ff.), eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zukommt.

75. Die besonderen Missbrauchstatbestände gemäss Artikel 7 Absatz 2 KG sehen keine indirekte Ausübung von Marktmacht vor. Der vorliegende Tatbestand lässt sich aber ohne weiteres unter den Auffangtatbestand von Artikel 7 Absatz 1 KG subsumieren. Nach dieser Bestimmung liegt ein unzulässiges Verhalten insbesondere vor, wenn andere Unternehmen missbräuchlich in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dies ist vorliegend der Fall. Die von der Migros diktierten Abnahmebedingungen für Schlachthöfe führen faktisch zu einer Eliminierung des Wettbewerbs zwischen den Labors. Dies gilt einerseits für die von der Migros vorgeschriebenen Preise. Ei-



ne Unterbietung des vorgegebenen Preises, die nach Angaben der Migros möglich wäre (Rz. 44), erübrigt sich, wenn die Schlachthöfe von einer festen Zuteilung der Labors ausgehen und sich durch vorteilhafte Preise nicht abwerben lassen. Ein Preiswettbewerb findet denn auch nicht statt. Es findet zudem eine fixe Aufteilung der Geschäftspartner statt, welche dazu führt, dass auch andere Formen von Wettbewerb (namentlich Qualitätswettbewerb) obsolet werden. Im Weiteren sind die Labors von einem Marktausschluss bedroht. Einem Labor, welches bei der Zuteilung durch die Migros nicht berücksichtigt worden ist (wie z.B. Eurofins und Interlabor Belp AG), wird die Aufnahme beziehungsweise Ausübung des Wettbewerbs faktisch verunmöglicht. Die hohen Investitionen, welche im Hinblick auf die Durchführung von BSE-Tests getätigt werden müssen, können mit den Restaufträgen von Schlachthöfen, welche nicht an die Migros oder Coop liefern, nicht rentabilisiert werden. Entsprechend kommt es zu Marktaustritten (vgl. Rz. 3). Neue Zutritte in den Markt werden massiv erschwert. Darin liegt eine wesentliche Behinderung der betroffenen Labors in der Aufnahme und Ausübung von Wettbewerb auf dem Markt für BSE-Tests, und somit - wie zu zeigen sein wird - eine missbräuchliche Verhaltensweise gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG.

76. Die Sachlage wäre möglicherweise anders zu beurteilen, wenn die Auswahl der Labors in einem wettbewerbsneutralen (d.h. nicht diskriminierenden), periodisch wiederholten Ausschreibungsverfahren erfolgen würde. Ein Preis- und Qualitätswettbewerb würde dann zumindest jeweils in der Ausschreibungsphase stattfinden. Vorliegend haben die Abklärungen jedoch ergeben, dass die Zuteilung einmalig und fix erfolgte, so dass der Wettbewerb zwischen den Labors, wie gezeigt wurde, beseitigt worden ist. Im Übrigen erscheint nach dem Gesagten fraglich, ob die Qualität für die Zuteilung massgebend war; dass der von den Labors verlangte Preis eine Rolle gespielt hätte, wird von der Migros nicht vorgebracht und ist nicht anzunehmen, da der Preis von der Migros für alle Labors einheitlich fixiert wurde.

77. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2003 hat die Migros angekündigt, dass sie die Neuvergabe der BSE-Tests plane und sämtliche vom Bundesamt für Veterinärwesen validierten Labors zur Offertstellung einladen werde. Unter der Voraussetzung, dass die Neuvergabe wettbewerbsneutral und nicht diskriminierend erfolgt, fällt die Unzulässigkeit des Verhaltens dahin. Die Migros hat im erwähnten Schreiben allerdings ausgeführt, dass sie gleichzeitig prüfen werde, ob es möglich und sinnvoll ist, sämtliche Tests durch ihr eigenes Labor (SQTS) durchführen zu lassen. Sollten die unabhängigen Schlachthöfe mittels Boykottandrohungen dazu gebracht werden, sämtliche Tests bei SQTS durchführen zu lassen, würde dies andere Testlabors in unzulässiger Weise in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern. Zusätzlich wäre zu prüfen, ob der Tatbestand des Koppelungsgeschäfts gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG erfüllt wäre.

---

### B.3.2.2 Missbräuchlichkeit/Vorliegen sachlicher Gründe

78. Die Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme und Ausübung von Wettbewerb ist nach Artikel 7 KG unzulässig, wenn sie auf dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beruht. Die Kausalität zwischen Marktdominanz und wettbewerbsschädlichem Verhalten ist vorliegend gegeben. Wie soeben dargelegt wurde, ermöglicht es die marktbeherrschende Stellung der Migros auf dem Markt für den Absatz von freiwilligen BSE-Schnelltests (vgl. Rz. 71), vermittelt der Schlachthöfe die Labors in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

79. Missbräuchlich ist dies dann, wenn keine sachlichen Gründe (so genannte "legitimate business reasons") für das Verhalten der Migros vorliegen. Die Migros begründet die Bedingung, dass der Prionics-Test anzuwenden sei (womit die Interlabor Belp AG vom Markt verdrängt wurde) mit der guten Qualität dieses Testverfahrens. So erlaube dieses, den Testverlauf kontinuierlich zu überwachen und so das Fehlerisiko auf ein Minimum zu beschränken. Auch für die Auswahl der Laboratorien durch die Migros, in welchen die Tests durchzuführen sind (wodurch die Eurofins vom Markt verdrängt wurde), macht die Migros geltend, sie habe sich zur Evaluation an die Erfinderin und Lieferantin des Prionics-Checks - die Prionics - gewendet. Die Prionics habe ihr dann fünf Labors empfohlen. Die Migros habe sich demnach beim Entscheid, welche Labors zu berücksichtigen seien, auf "DIE Expertin" in Sachen Prionics-Check verlassen.

80. Für die Qualitätskontrolle der Tests und der Labors ist das Bundesamt für Veterinärwesen zuständig. In der Kompetenz des BVet liegen neben der Zulassung von Testverfahren (Art. 175 Abs. 3, Art. 297 Abs. 1 Bst. c TSV) und der Anerkennung von Labors (Art. 175 Abs. 3, Art. 312 Abs. 1 und 2 TSV) auch für die begleitende Sicherstellung eines korrekten Ablaufs die Erteilung von Weisungen, welche die Probenentnahmen regeln (Art. 175 Abs. 3, Art. 176 Abs. 1 Bst. c, Art. 297 Abs. 1 Bst. cbisTSV), die Sammlung und Auswertung aller Daten (Art. 297 Abs. 2 Bst. c TSV) sowie die Inspektion der Labors. Dabei kann einem Labor die provisorische Genehmigung jederzeit entzogen werden, wenn das BVet Qualitätsmängel feststellt. Laut Bundesamt für Veterinärwesen zeigten erste Inspektionen im Februar und März 2001 in einigen Labors unterschiedliche Qualitäten in Bezug auf die Testresultat- und Datenqualität. Ein daraufhin durchgeführter Ringversuch führte jedoch in allen Fällen zu zufriedenstellenden Resultaten.

81. Es bestehen somit keine Anzeichen für erhebliche Qualitätsunterschiede zwischen den vom Bundesamt für Veterinärwesen zugelassenen Labors. Es ist zudem davon auszugehen, dass das Bundesamt für Veterinärwesen eingreifen würde, falls Qualitäts- und Sicherheitsstandards eines Labors ungenügend sein sollten. Die von der Migros geltend gemachten Qualitätsunterschiede wurden denn auch bei der Be-

---

fragung anderer Detailhändler und der Schlachthöfe nicht bestätigt. Selbst Prionics gab am 25. Oktober 2001 an, zwischen den Labors würden keine Qualitätsunterschiede bestehen. Ebenfalls war die Migros nicht in der Lage, die Behauptung der Qualitätsunterschiede zu substantiieren sondern beschränkte sich auf den Hinweis, dass im Zeitpunkt der Errichtung ihres Testregimes einzig der Prionics-Test zugelassen war, und dass sie sich bei der Auswahl der Labors von deren "Erfahrung, Renommé und Prädisposition" habe leiten lassen (Rz. 29 ff.). Weshalb andere Testarten beziehungsweise Labors später nicht anerkannt wurden beziehungsweise inwiefern die Kontrolle des Bundesamts für Veterinärwesen über Testverfahren und Labors nicht ausreichen würde, um bezüglich Testverfahren und Labor eine angemessene Qualität zu garantieren (vgl. Swico/Sens, RPW 2002/2, S. 270 ff., Rz. 100 ff.), wird nicht dargetan. Demnach ist davon auszugehen, dass keine Qualitätsunterschiede bestehen, welche rechtfertigen könnten, dass die Migros ihren Rindfleischlieferanten vorschreibt, bei welchem Labor sie die Tests durchführen lassen müssen. Die Festsetzung der Preise, die den Labors für die Tests zu entrichten sind, können mit diesem Argument ohnehin nicht gerechtfertigt werden.

82. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Einführung der flächendeckenden BSE-Tests zur Wiederherstellung des Konsumentenvertrauens und zur Vermeidung drohender Verluste auf dem Rindfleischmarkt dringend war. Um den Testbetrieb raschestmöglich sicherzustellen, war eine längere Evaluation der Labors durch die Migros jedoch nicht möglich (Rz. 24). Zumindest zu Beginn der freiwilligen Tests lagen daher sachliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") für das Vorgehen der Migros vor. Dieses Argument greift aber dann nicht mehr, wenn, als der Testbetrieb bereits sichergestellt worden war, sich neue Interessenten an der Durchführung von Tests an die Migros gewendet haben, wie dies im Fall der Firma Eurofins geschehen ist. Die Migros war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr unter Zeitdruck und hatte keinen sachlichen Grund mehr, weitere Labors kategorisch auszuschliessen. Sie hätte ohne den Testbetrieb zu gefährden, den Schlachthöfen freistellen können, bei welchen der vom Bundesamt für Veterinärwesen anerkannten Labors und zu welchen Konditionen diese ihre Tests durchführen lassen können.

83. An anderer Stelle (Rz. 51 ff.) führt die Migros an, man habe auf die spätere Aufnahme weiterer Labors verzichtet, um den auf der Liste figurierenden Labors die Erzielung eines Gewinns zu ermöglichen, der ihnen die Amortisation der getätigten Investitionen innert angemessener Zeit erlaubt. Hiezu habe sich die Migros in den Rahmenverträgen mit den Labors verpflichtet. Hierin liegt kein sachlicher Grund, welcher das Verhalten der Migros rechtfertigen könnte. Die Sicherung der Marge bestimmter Marktteilnehmer auf Kosten der anderen, welche in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, ist als Zielsetzung wettbewerbsrechtlich gerade verpönt. Grund-

sätzlich soll im freien Spiel von Angebot und Nachfrage der für eine Leistung aufzubringende Preis festgelegt werden, und eine Einschränkung rechtfertigt sich nur dann, wenn sie effizient, das heisst volkswirtschaftlich sinnvoll ist. Der Margenschutz, der zu überhöhten Preisen führt, erfüllt diese Voraussetzung gerade nicht.

84. Selbst wenn man zu Gunsten der Migros davon ausgeht, dass sie aufgrund der Dringlichkeit und zur Beruhigung der Konsumenten dazu gezwungen war, den Labors eine Mindestanzahl Tests zu garantieren, damit diese die notwendigen Investitionen tätigten, so war die fixe Zuteilung der Schlachthöfe auf die Labors spätestens nach Amortisation der Anfangsinvestitionen nicht mehr gerechtfertigt. Die Migros war nach eigenen Angaben gezwungen, den Labors eine Mindestanzahl Tests für eine Testdauer von mindestens einem Jahr zuzugestehen, um diese zu den notwendigen Investitionen zu bewegen (Rz. 29). Daraus folgt, dass seitens der Labors und der Migros mit einer Amortisationsfrist von einem Jahr gerechnet wurde. Spätestens nach Ablauf dieser Frist ist die fixe Laborzuteilung und Preisfestsetzung als unzulässig zu qualifizieren. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die Migros den Markt für BSE-Tests für den Wettbewerb öffnen sollen und die Schlachthöfe entscheiden lassen, bei welchem Labor diese ihr Fleisch testen lassen wollen.

85. Die Migros macht ausserdem geltend, dass sie sämtliche Tests durch ihr eigenes Labor, SQTs, durchführen liesse, wenn die dafür notwendigen Kapazitäten vorhanden wären. Darin ist jedoch ebenfalls kein sachlicher Grund zu erblicken, welcher das den Schlachthöfen aktuell auferlegte Regime rechtfertigen würde.

86. Weitere Gründe, welche das Verhalten der Migros rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Es ist demnach davon auszugehen, dass das Verhalten der Migros spätestens nach Amortisation der Anfangsinvestitionen der Labors missbräuchlich und damit unzulässig war.

87. Die Migros hat jedoch mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 die Rahmenvereinbarung mit den Labors per Ende Januar 2004 gekündigt und wird die BSE-Tests Ende 2003 neu vergeben. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass die Neuvergabe aufgrund objektiver Kriterien und auf nicht diskriminierende Weise erfolgen wird. Damit korrigiert die Migros das unzulässige Verhalten, womit diese Untersuchung gegenstandslos wird.

### **B.3.3 Ergebnis**

88. Insgesamt ergibt sich, dass das Verhalten der Migros hinsichtlich der Zuteilung der Schlachthöfe an bestimmte BSE-Testlabors und der Fixierung der Preise für BSE-Tests zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Beanstandungen gibt. Das Verfahren kann somit als gegenstandslos abgeschrieben werden (vgl. Credit Suisse/Bank Linth, RPW 2003/3, S. 514 ff.).

---

### C. Kosten

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

90. In Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Danach gilt auch als Unterziehung, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt werden muss (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., Rz. 6.1). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

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

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

93. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...].

### D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission nimmt Vormerk, dass die Migros mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 die Rahmenvereinbarung mit den Labors per Ende Januar 2004 gekündigt hat und die BSE-Tests Ende 2003 neu vergeben wird.
  2. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
  3. [Kosten]
  4. [Rechtsmittelbelehrung]
  5. [Eröffnung]
-

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</b>
B 2.3	<b>1. EdF - EDFT</b>

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

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

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

*Stellungnahme vom 25. August 2003*

### **A. Sachverhalt**

1. Am 5. August 2003 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt die Electricité de France (EdF), den Anteil der SA Louis Dreyfus et Cie (LD) von 12,3% an der EDF Trading Limited (EDFT) zu übernehmen.
  2. EDFT ist im Grosshandel von Strom, Erdgas und anderen nicht erneuerbaren Energien tätig. Zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens hält EdF 87,7% des Kapitals und 75,2% der Stimmen an EDFT, LD 12,3% des Kapitals und 24,8% der Stimmen. Weiter besteht zwischen EDFT und LD ein Aktionärsbindungsvertrag.
  3. EdF ist hauptsächlich im Elektrizitätsbereich tätig und befindet sich zu 100% im Eigentum des französischen Staates. EdF ist das grösste Stromversorgungsunternehmen Frankreichs.
  4. EdF kontrolliert gemeinsam mit dem Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW) die Energie Baden-Württemberg AG (EnBW). EnBW besitzt 100% an der EnAlpine Wallis AG und 60% an der EnergieDienst Holding AG. EdF ist weiter mit 20% an der Motor-Columbus AG beteiligt, welche 56,7% an der Atel Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) hält. Weiter ist EdF je zu 50% an den beiden Gesellschaften Société des Forces Motrices du Châtelot und Electricité d'Emosson SA beteiligt.
  5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Juli 2003 der EU-Kommission gemeldet.
-

## B. Erwägungen

### B.1 Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

#### a) Unternehmenszusammenschluss

6. Aufgrund eines Aktionärbindungsvertrages, welcher am 18. Juli 2001 modifiziert wurde, üben EdF und LD bisher die gemeinsame Kontrolle über EDFT aus.

7. Gemäss Artikel 9 Buchstabe d des erwähnten Aktionärsvertrages hat LD das Recht, auf den 13. Dezember 2003 den Vertrag aufzulösen und ihren Anteil für €[...] an EdF zu verkaufen (Put-Option). Am 2. Juni 2003 informierte LD die EDF darüber, dass sie von diesem Recht Gebrauch macht.

8. Nach Vollzug der Transaktion wird EdF 100% an EDFT halten und die alleinige Kontrolle über EDFT ausüben.

9. Es handelt sich daher um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

#### b) Meldepflicht

10. EdF erwirtschaftete in der Schweiz im Jahr 2002 einen Umsatz von rund CHF [...] Mio. (€[...] Mio., Wechselkurs 1 € = CHF 1,467).

11. EDFT erwirtschaftete 2002 in der Schweiz einen Umsatz von rund CHF [...] Mio. (€[...] Mio., Wechselkurs 1 € = CHF 1,467). Darin nicht enthalten ist der Umsatz aus Verkäufen an Unternehmen der EdF-Gruppe.

12. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit erfüllt. Es handelt sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

### B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

#### B.2.1 Relevante Märkte

##### a) Sachlich relevante Märkte

15. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorge-

sehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

16. Praxisgemäss werden im Bereich Elektrizität folgende Märkte abgegrenzt: Erzeugung, Übertragung, Verteilung, Versorgung und Handel (RPW 2002/2, S. 351, Ziff. 23). Relevant sind im vorliegenden Fall die Märkte Stromerzeugung, -versorgung und -handel.

17. Im Bereich Gas lässt sich unter anderem ein Markt für Gasgrosshandel abgrenzen (RPW 2003/1, S. 173).

18. Nach Ansicht der Parteien ist nicht ein Markt für Stromhandel abzugrenzen sondern ein weiter gefasster Markt für Handel von Energieprodukten. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Strom ist für die Nachfrageseite nicht durch andere Energieformen substituierbar (RPW 2001/2, S. 271, Ziff. 98 ff., mit Verweis auf die EU-Rechtsprechung). Auch die Angebotsseite spricht nicht für eine weiter gefasste Marktabgrenzung. So sind auf dem Stromhandelsmarkt auffallend viele Elektrizitätsunternehmen tätig, welche über stromspezifisches Know-how verfügen. Da es im vorliegenden Fall auch bei der Abgrenzung eines Stromhandelsmarktes zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt, kann jedoch auf detaillierte Ausführungen verzichtet werden.

#### **b) Räumlich relevante Märkte**

19. 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).

20. Im Bereich Stromproduktion, -handel und Gasgrosshandel wird für das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben von einem nationalen Markt ausgegangen. Die exakte räumliche Marktabgrenzung kann indes offen bleiben.

21. Im Bereich Stromversorgung ist von regionalen und lokalen Märkten auszugehen, welche jeweils einzelfallspezifisch zu bestimmen sind und nicht grösser sind als das jeweilige Verteilnetz.

#### **B.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

22. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

---



**a) Stromerzeugung**

23. Als die bedeutendsten Unternehmen der Stromerzeugung hat die Wettbewerbskommission im Zusammenschlussvorhaben NOK-Watt folgende Firmen beziehungsweise Verbände ausgemacht: Axpo-Gruppe, Atel, BKW Energie AG (BKW), Swisspower-Verbund und Energie Ouest Suisse (EOS) (RPW 2002/2, S. 352, Ziff. 31). Bezüglich dieser besitzt EdF einzig an Atel eine Minderheitsbeteiligung.

24. In der Schweiz ist EdF ansonsten über die EnBW-Tochterunternehmen EnAlpine und Energiedienst Holding AG tätig. EnAlpine verfügte im Jahr 2002 mit einem Produktionsvolumen von [...] TWh über einen Anteil von rund [0%-10%] an der schweizerischen Stromproduktion. Die Energiedienste Holding AG erzeugte im Jahr 2002 Strom im Umfang von [...] TWh, was einem Anteil von rund [0%-10%] entspricht.

25. EDFT ist im Bereich der Stromerzeugung nicht tätig. Entsprechend kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen.

26. Aufgrund der äusserst geringen Marktanteile und des Fehlens von Marktanteilsadditionen begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Stromproduktion keine beherrschende Stellung. An diesem Umstand ändert sich auch nichts, wenn man die Produktionskapazitäten von EdF im Ausland unter dem Blickwinkel der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt (EdF hat aufgrund von langfristigen Lieferverträgen mit Elektrizitätsunternehmen - u.a. Atel, NOK, EOS - im Jahr 2002 Elektrizität im Umfang von rund [...] TWh in die Schweiz geliefert).

**b) Stromversorgung**

27. EdF ist in der Schweiz über EnBW in der Stromversorgung tätig. Die EnBW-Tochter EnAlpine verkaufte im Jahr 2002 in der Schweiz Elektrizität im Umfang von [...] TWh, hievon [...] im Kanton Wallis. Die EnBW-Tochter Energiedienst Holding AG setzte im Jahr 2002 in der Region Laufenburg [...] GWh Elektrizität ab.

28. Marktanteilsadditionen finden im vorliegenden Fall nicht statt.

29. Da ein Stromversorgungsunternehmen in seinem Versorgungsgebiet oftmals das einzige tätige Unternehmen ist, kommt bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens hinsichtlich des Marktes für Stromversorgung der Veränderung der potenziellen Konkurrenz grosse Bedeutung zu (vgl. RPW 2002/2, S. 353, Ziff. 40 ff.).

30. Als potenzielle Konkurrenten sind dabei insbesondere diejenigen Unternehmen zu betrachten, welche bereits heute in der Stromversorgung in der Schweiz tätig sind. Zu erwähnen sind im vorliegenden Fall namentlich die Unternehmen der Axpo-Gruppe und des Swisspower-Verbunds, die EOS und deren Aktionärsunternehmen sowie die BKW (vgl. RPW 2002/2, S. 353, Ziff. 43). Da EDFT im Bereich Stromversor-

---

gung nicht tätig ist, kommt ihr als potenzieller Konkurrent kaum eine Bedeutung zu. Die potenzielle Konkurrenz wird durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben daher - wenn überhaupt - nur äusserst geringfügig gemindert.

31. Auf den Märkten für Stromversorgung wird demnach - unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung - keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### c) Stromhandel

32. EdF verfügt im Stromhandel über einen Marktanteil von [0%-10%], EDFT über einen solchen von [0%-10%]. Nach dem Zusammenschluss wird EdF demnach über einen Marktanteil von [0%-20%] verfügen. Dieser Marktanteil verbleibt zu gering, als dass eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte.

### d) Gasgrosshandel

33. Im Gasgrosshandel ist EdF einzig über EnBW tätig und dies in äusserst geringem Ausmass. Gemäss Angaben der Parteien entfiel im Jahr 2002 auf EnBW mit einem Volumen von [...] TWh ein Marktanteil von [0%-10%]. Zu Marktanteilsadditionen kommt es nicht.

34. Auf dem Markt für Gasgrosshandel begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben daher keine beherrschende Stellung.

## B.2.3 Ergebnis

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

B 2.3	<b>2. Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart - Raclettekäsegeschäft)</b>
-------	---

*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG*

*Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart*

*Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. März 2003*

## I. Sachverhalt

### 1. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 7. Februar 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die Meldung des Zusammen-

schlussvorhabens Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food AG. Danach beabsichtigte die Emmi-Gruppe (Emmi), den Betrieb Landquart von Swiss Dairy Food AG (SDF), welcher im Bereich Produktion und Affinage von Raclettekäse tätig ist, zu erwerben.

2. Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bildet der Betrieb Landquart, welcher im Bereich der Produktion und Affinage von Raclettekäse tätig ist. Emmi übernimmt dabei sämtliche Anlagen, das gesamte Warenlager, sämtliche Arbeitsverhältnisse sowie sämtliche noch nicht vollzogenen Verträge und Dauerschuldverhältnisse, inklusive Milchproduzentenverträge, des Betriebes in Landquart. Die Betriebsliegenschaften selbst werden von der Genossenschaft Reifungslager Bündnerkäse in Landquart übernommen und von dieser an die Emmi-Gruppe vermietet. Die Emmi-Gruppe ist mit 22% am Genossenschaftskapital beteiligt.

3. Nach Angaben der Parteien ist es Ziel der übernehmenden Gesellschaft, den Bezug von Raclettekäse, welcher Emmi bis jetzt von SDF in Landquart bezog, weiterhin sicherzustellen. Des Weiteren kann Emmi durch die Verlagerung der Produktion nach Landquart bedeutende Produktionskapazitäten im Zusammenhang mit dem Raclettekäse in Emmen freimachen.

## **2. Beteiligte Unternehmen**

4. Meldende Unternehmen sind die Emmi AG, Luzern (als Konzernmutter der Emmi-Gruppe), sowie deren Konzerntochter Emmi Käse AG in Luzern. Die Emmi Gruppe ist das führende Molkerei-Unternehmen der Schweiz. Sie erwirtschaftete 2001 einen konsolidierten Gruppenumsatz von CHF [...] Mio. Mit Ausnahme der Glace-Produktion ist die Emmi-Gruppe in allen Segmenten der Milchverarbeitung tätig. Sie befasst sich insbesondere mit Herstellung und Handel von Frischprodukten (Jogurt, Spezialitäten, Mozzarella, Quark etc.), Molkereiprodukten (Milch, Rahm, Butter, Milchpulver etc.), Käse und Schmelzkäse. Die Emmi AG ist die Konzerngesellschaft der Emmi-Gruppe. Mehrheitsaktionär ist der zentralschweizerische Milchverband (ZMP). Die Emmi Käse AG ist eine 100%ige Konzerntochter. Innerhalb des Emmi-Konzerns obliegt ihr die Käseproduktion.

5. Veräusserndes Unternehmen ist die Swiss Dairy Food AG (SDF) mit Sitz in Ostermundigen. Die SDF ist die Konzerngesellschaft der Swiss Dairy Food Gruppe. SDF kämpft heute um das wirtschaftliche Überleben. Am 22. September 2002 wurde SDF die provisorische und am 22. November 2002 die definitive Nachlassstundung bewilligt.

## **3. Verfahren**

6. Mit Schreiben vom 11. Februar 2003 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung vom 7. Februar 2003. Die Monatsfrist gemäss Artikel 32 Kartellgesetzes (KG; SR 251) endete somit am 10. März 2003 (Art. 20 Abs. 3 VwVG).

---

7. Das Sekretariat führte im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens eine umfangreiche Befragung durch. Es wurden die massgeblichen Raclettekäseproduzenten beziehungsweise Affineure<sup>1</sup>, verschiedene Branchenorganisationen im Bereich der Milchverarbeitung und der Raclettekäseherstellung sowie der Detailhandel befragt.

8. Die für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zuständige Kammer Produktemärkte erfuhr per 1. Januar 2003 eine neue Zusammensetzung ihrer Mitglieder. Zur Wahrung der Kontinuität in der Entscheidfindung beschloss die Weko in ihrer Sitzung vom 3. Februar 2003, dass die vorliegende Angelegenheit von denjenigen Kammermitgliedern geprüft werden solle, die im Jahre 2002 in der Kammer Produktemärkte Einsitz hatten und welche sich daher bereits eingehend mit den vorangegangenen Übernahmen von SDF-Geschäftsbereichen durch die Emmi-Gruppe beschäftigt hatten.

9. Mit Datum vom 5. März 2003 entschied die Weko in einer ausserordentlichen Kammersitzung, das Zusammenschlussvorhaben definitiv ohne Auflagen und Bedingungen für unbedenklich zu erklären.

## **II. Meldepflicht**

10. Auf die Angabe detaillierter Umsatzzahlen kann verzichtet werden, weil Artikel 4 Absatz 3 VKU zur Anwendung gelangt. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss, da die Emmi AG von der Swiss Dairy Food AG bereits deren Sortenkäsegeschäft übernommen hat (RPW 2003/3, S. 529 ff.).

## **III. Erwägungen**

### **A. Vorbemerkungen**

#### **1. Verhältnis KG-Fusionskontrolle zum SchKG-Nachlassverfahren**

11. Befindet sich eine zu übernehmende Gesellschaft in Nachlassstundung und somit bereits in einer Restrukturierungsphase, wie vorliegend SDF, kann sich die Frage stellen, inwieweit das Fusionskontrollrecht überhaupt zur Anwendung gelangt. Gemäss der Kammer Produktemärkte kommt das Kartellgesetz in solchen Fällen jedoch zur Anwendung. Der Zusammenschluss ist daher einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung beziehungsweise einer Marktanalyse zu unterziehen.

---

<sup>1</sup> Als Affinage wird derjenige Produktionsschritt nach der eigentlichen Käseherstellung verstanden, welcher die Reifung des Käses beinhaltet.

12. Zwecks Koordination der beiden Verfahren gelangte das Sekretariat der Weko im vorliegenden Fall daher mit der Aufforderung an den Sachwalter von SDF, Herrn Dr. Rothenbühler, sich über das Vorliegen allfälliger weiterer Kaufangebote für den Betrieb Landquart neben demjenigen von Emmi zu äussern.

13. Gemäss schriftlicher Auskunft von Herrn Dr. Rothenbühler vom 19., 27. und 28. Februar 2003 hat keine andere gültige Offerte vorgelegen. [...] habe mit Datum vom 22. November 2002 eine Offerte für den Betrieb Landquart eingereicht. Der angebotene Preis habe jedoch weniger als 50% desjenigen von Emmi betragen. Das Angebot von [...] sei zudem nie durch einen Finanzierungsnachweis untermauert worden. Die zweite vorhandene Offerte wurde dem Sachwalter von SDF am 2. Dezember 2002 von [...] eingereicht. Das Angebot habe zirka 20% unter dem Angebot von Emmi gelegen. Des Weiteren mangelte es an einer Bestätigung des Verwaltungsrates zum beabsichtigten Geschäft, welche, trotz Aufforderung durch den Sachwalter, nicht nachgereicht worden sei. Insgesamt habe das Angebot von Emmi aus Gläubigersicht "bei weitem die beste Offerte" dargestellt, welches sich in zeitlich engem Rahmen umsetzen lasse und welches erlaube, einen funktionierenden Betrieb nahtlos und ohne Betriebsunterbrüche an eine neue Bewerberin zu übertragen.

14. Auf Nachfrage hin, ob mehr als eine rechtsgenügeliche Offerte vorliege, bestätigte der Sachwalter mit Schreiben vom 5. März 2003, dass "das Angebot der Emmi Gruppe nach wie vor die einzige gültige Offerte für den Erwerb des Betriebes Landquart der Swiss Dairy Food AG darstellt und dass keine anderen gültigen Offerten mehr vorhanden" seien. Die Weko geht somit davon aus, dass nur eine gültige Offerte vorlag.

15. Zum Umstand, dass in einem Nachlassverfahren lediglich ein Kaufangebot unterbreitet wurde, ist ein Zweifaches anzumerken:

?? Die Prüfung der Gültigkeit der Offerten obliegt dem Sachwalter. Den im Auswahlverfahren nicht berücksichtigten Offerenten stehen die Rechtsmittel des Schuld-, Betreibungs- und Konkursrechts zur Verfügung. Das Fusionskontrollverfahren dient nicht dazu, Entscheide des Sachwalters überprüfen zu lassen.

?? Die Mitteilung des Sachwalters an die Wettbewerbskommission, wie viele Kaufofferten im Nachlassverfahren eingegangen sind, wird im Rahmen der allgemeinen Beweiswürdigung entgegen genommen. Bei Vorliegen nur einer gültigen Offerte kann diese Mitteilung zu einer Beschleunigung des Fusionskontrollverfahrens beitragen. Die Wettbewerbskommission berücksichtigt diese Mitteilung, wenn es darum geht zu beurteilen, wem die Marktanteile des zu übernehmenden Unternehmens bei einer Zerschlagung desselben zufallen würden.

---

## 2. Bilaterale Verträge mit der Europäischen Gemeinschaft

16. Seit dem 1. Juli 2002 erfolgt im Bereich des Käsemarktes aufgrund der Bilateralen Verträge mit der Europäischen Gemeinschaft (Käseabkommen, SR 0.916.026.81) in der Schweiz eine stufenweise Marktöffnung. Im Rahmen dieses Abkommens und insbesondere den auf Artikel 3 dieses Abkommens anwendbaren Anhang 3 ist die Schweiz verpflichtet, die auf Käse geschuldeten Einfuhrzölle, die nicht von den Zollfreikontingenten profitieren, jährlich um 20% zu reduzieren. Gleichzeitig hat die Schweiz das gesamte Zollkontingent für Käse um insgesamt 2'500 Tonnen pro Jahr zu erhöhen, wobei die Liberalisierung des gesamten Käsemarktes am 1. Juni 2007 in Kraft sein wird.

17. Ausgehend von dieser Liberalisierung erwarten alle befragten Marktteilnehmer einen stark zunehmenden Importdruck, da der Preis für Milch in der EU mit rund 50 Rappen pro Kilo rund 30 Rappen tiefer liegt als in der Schweiz.

### B. Marktabgrenzung

#### 1. Sachliche Marktabgrenzung

18. Ein sachlich relevanter 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).

19. Verfolgt man die Käseherstellung bis zur Vermarktung, so lassen sich die folgenden Phasen unterscheiden: Milchproduktion, Käseproduktion, Affinage, Konfektionierung sowie Vertrieb. Für eine detaillierte Darstellung der verschiedenen Marktstufen wird auf den Zusammenschluss Emmi-SDF Sortenkäsegeschäft verwiesen (RPW 2003/3, S. 529 ff.). Diese Aufteilung wird von den in der vorläufigen Prüfung des Sekretariats befragten Unternehmen, den Branchenverbänden sowie Sortenorganisationen geteilt.

20. Die Käseorganisation Schweiz (KOS) unterscheidet fünf wichtige Produktgruppen im Käsebereich: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse. Diese Produktgruppen werden nachfolgend kurz beschrieben und deren Produktionszahlen für das Jahr 2001 in der Schweiz wiedergegeben:

?? **Frischkäse** (35'909 t): davon Mozzarella (12'135 t), Quark (10'197 t) und anderer Frischkäse (13'577 t)

?? **Weichkäse** (6'980 t): bestehend aus Weisseschimmelkäse, Tommes und anderen Weichkäsen

?? **Halbhartkäse** (48'165 t): davon Raclette (14'264 t), Appenzeller (8791 t), Tilsiter (6'168 t), Vacherin fribourgeois (2'071 t), Tête de moine (1'644 t), andere (15'227 t)

---

- ?? **Hartkäse** (80'524 t): davon Emmentaler (45'659 t), Greyerzer (27'040 t); Sbrinz (3'041 t), andere (4'784 t)
- ?? **Schmelzkäse** (19'406 t): davon Fertigfondue (8'416 t), sonstige Schmelzkäse (10'990 t)

21. Aufgrund der durchgeführten Befragung anlässlich der Vorprüfung durch das Sekretariat können zusammenfassend die folgenden fünf sachlich relevanten Märkte unterschieden werden: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse. Diese Marktabgrenzung entspricht auch dem Entscheid Emmi-SDF Sortenkäsegeschäft (RPW 2003/3, S. 529 ff.). Raclette gehört zur Kategorie Halbhartkäse. Ob Raclettekäse einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, kann vorliegend offen gelassen werden. Bezüglich der Wettbewerbsanalyse hat dies keine unterschiedlichen Resultate zur Folge.

## 2. Geografisch relevante Märkte

22. Analog zum Zusammenschluss Emmi-SDF Sortenkäsegeschäft (RPW 2003/3, S. 529 ff.) ist sowohl für den Halbhart- wie auch für den Raclettekäse von einem schweizerischen Markt auszugehen. Für die detaillierte Begründung dieser Marktabgrenzung wird auf den Zusammenschluss Emmi-SDF Sortenkäsegeschäft (RPW 2003/3, S. 529 ff.) verwiesen.

## 3. Marktanalysen auf den betroffenen Märkten

23. 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. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

24. Die nachfolgenden Marktanalysen (jeweils auf den Marktstufen Affinage und Vertrieb) beziehen sich sowohl auf den Raclette- wie auch auf den Halbhartkäsemarkt. Ob Raclettekäse einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, kann vorliegend offen gelassen werden. Bezüglich der Wettbewerbsanalyse hat dies, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, keine unterschiedlichen Resultate zur Folge.

#### 4. Marktanteile Raclette Affinage und Vertrieb (2001, in t und %)

Ge- samt- markt- zahlen CH	Emmi	SDF (Land- quart)*	Emmi & SDF	Crema	Strähl	Fro- malp	Dritte
15'501t 100%	1'504t 9,7%	3'100t 20%	4'604t 29,7%	2'201t 14,2%	604t 3,9%	1'008t 6,5%	2'480t 16%

\*Tonnagen für 2001, exkl. Export ca. 200 t

25. Wenn von einem Markt für Raclettekäse ausgegangen wird, führt der geplante Zusammenschluss zu folgenden Marktanteilsadditionen: 9,7%+20% im Jahre 2001. SDF nimmt eine wichtige Stellung im Bereich Raclettekäse ein. Weitere wichtige Wettbewerber sind vorhanden (Crema mit 14,2%, Fromalp mit 6,5% und Strähl mit 3,9%).

26. Ein wesentliches und allgemeines Merkmal des aktuellen Schweizerischen Käsemarktes ist eine Produktionsüberkapazität. Die meisten Marktteilnehmer sind daher in der Lage, ihre Produktion noch zu steigern. Eine Preiserhöhung eines Marktteilnehmers wäre daher unprofitabel, da die anderen Wettbewerber mit einer Produktionssteigerung kurzfristig reagieren und somit ihre Ware ohne Preiserhöhung anbieten könnten.

27. Die vorherrschende Überkapazität und die mangelnde Nachfrage hat auch einen Lagerüberschuss zur Folge. Die meisten Marktteilnehmer könnten daher bei einer allfälligen Preiserhöhung eines Wettbewerbers auf ihre Lager zurückgreifen, ihre Verkäufe steigern und den Marktpreis somit stabil halten.

28. Eine Preiserhöhung durch Emmi infolge des Zusammenschlusses ist daher auszuschliessen. Auf einem eng definierten Markt wie demjenigen des Raclettekäses kann die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Emmi somit verneint werden.



## 5. Marktanteile Affinage Halbhartkäse (2001, in t und %)

Total Produktion CH	Emmi	SDF (Landquart)*	Emmi & SDF	Crema	Strähl	Fromalp	Dritte
48'100t 100%	11'750t 24,4%	3'300t 6,9%	15'050t 31,3%	3'600t 7,5%	2'050t 4,3%	1'700t 3,5%	25'700t 53,4%

Quelle: für Crema, Strähl, Fromalp: Baker & Mc Kenzie

\*Tonnagen für 2001, inkl. Export ca. 200 t

29. Wenn von einem Markt für Halbhartkäse ausgegangen wird (und auf Stufe Affinage gemessen wird), führt der geplante Zusammenschluss im Vergleich zur Analyse des Raclettekäsemarktes zu ähnlichen Marktanteilsadditionen (24,4%+6,9% im Jahre 2001). Weitere Wettbewerber sind vorhanden (Crema mit 7,5%, Strähl mit 4,3% und Fromalp mit 3,5% Marktanteilen). Global bleiben Dritte mit über 50% Marktanteilen wichtige Alternativen.

30. Im Übrigen gelten dieselben Argumente in Bezug auf Überkapazitäten, Lager und die Konsequenzen für allfällige Preiserhöhungen beziehungsweise eine marktbeherrschende Stellung wie bereits oben (vgl. Rz. 26 ff.) ausgeführt. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Emmi nach dem Zusammenschluss ist somit ausgeschlossen.

## 6. Marktanteile Vertrieb Halbhartkäse (2001, in t und %)

Total Produktion CH	Emmi	SDF (Landquart)*	Emmi & SDF	Crema	Strähl	Fromalp	Dritte
48'100t 100%	11'750t 24,4%	3'300t 6,9%	15'050t 31,3%	3'600t 7,5%	2'050t 4,3%	1'700t 3,5%	25'700t 53,4%

Quelle für Crema, Strähl, Fromalp: Baker & Mc Kenzie

\*Tonnagen für 2001, inkl. Export ca. 200 t

31. Wenn von einem Markt für Halbhartkäse ausgegangen wird und die Marktverhältnisse auf Stufe Vertrieb analysiert werden, führt der geplante Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen von 36,3%+6,9% im Jahre 2001. Die Addition ist hier höher als auf Stufe Affinage. Dafür gibt es zwei wichtige Gründe: Erstens wird ein wesentlicher Teil der Schweizer Produktion exportiert und zweitens lässt Emmi einen Teil seiner Verkäufe extern affinieren. Aber auch hier sind weitere Wettbewerber vorhanden (Crema mit 8%, Strähl mit 4,6% und Fro-

malp mit 3,8% Marktanteilen). Global bleiben Dritte mit rund 40% Marktanteilen wichtige Alternativen.

32. Im Übrigen gelten dieselben Argumente in Bezug auf Überkapazitäten, Lager und die Konsequenzen für allfällige Preiserhöhungen beziehungsweise eine marktbeherrschende Stellung wie bereits oben (vgl. Rz. 26 ff.) erwähnt. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Emmi ist somit nicht gegeben.

33. Infolge der Liberalisierung des Käsebereichs ist ein stark zunehmender Importdruck zu erwarten, welcher eine Verstärkung des Wettbewerbs nach sich ziehen wird.

#### IV. Ergebnis

34. Angesichts der Tatsache, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktabgrenzung (Raclettekäse- oder Halbhartkäsemarkt) keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Emmi zur Folge hat, kann dieses von der Wettbewerbskommission ohne Auflagen und Bedingungen für unbedenklich erklärt werden.

B 2.3	<b>3. Emmi AG/Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermundigen)</b>
-------	--

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2002 betreffend Zusammenschlussvorhaben Emmi AG/Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermundigen)*

#### I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

##### 1.1. Sachverhalt

1. Am 11. Dezember 2002 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der Emmi AG und der Emmi Frischprodukte AG (nachfolgend "Emmi") einerseits und der Swiss Dairy Food AG (nachfolgend "SDF") andererseits. Danach beabsichtigt Emmi, den Betrieb am Standort Ostermundigen der SDF (nachfolgend "Betrieb OM") zu übernehmen und ab 1. Januar 2003 im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu betreiben.

2. Der SDF wurde am 22. September 2002 die provisorische und am 22. November 2002 die definitive Nachlassstundung gewährt. Aufgrund ihrer angespannten finanziellen Lage beabsichtigt SDF, den Be-

trieb OM (inkl. einzelner Anlagen, welche sich gegenwärtig an einem Standort in Gossau befinden, aber im Laufe des Dezembers 2002 nach Ostermundigen verschoben werden) zu verkaufen.

3. Gemäss Angaben der Parteien verfolgt die übernehmende Gesellschaft mit dem Kauf eine Vergrösserung beziehungsweise einen teilweisen Ersatz ihrer Produktionskapazitäten.

### **1.2. Die beteiligten Unternehmen**

4. Meldendes Unternehmen ist die Emmi AG, Luzern (als Konzernmutter der Emmi-Gruppe), sowie die Emmi Frischprodukte AG, Luzern (als Tochtergesellschaft der Emmi AG). Die Emmi Gruppe ist das führende Molkerei-Unternehmen der Schweiz. Sie erwirtschaftete 2001 einen konsolidierten Gruppenumsatz von CHF [...] Mio. Mit Ausnahme der Glace-Produktion ist die Emmi-Gruppe in allen Segmenten der Milchverarbeitung tätig. Sie befasst sich insbesondere mit Herstellung und Handel von Frischprodukten (Jogurt, Spezialitäten, Mozzarella, Quark etc.), Molkereiprodukten (Milch, Rahm, Butter, Milchpulver etc.), Käse und Schmelzkäse (Zingg AG).

5. Veräusserndes Unternehmen ist die Swiss Dairy Food AG (SDF) mit Sitz in Ostermundigen. Die SDF entstand aus dem Zusammenschluss der Toni AG mit zahlreichen Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG, und "war nach diesem Zusammenschluss rein nach der Papierlage Marktleader" (vgl. RPW 1999/1, S. 93). In der Folge ist es ihr nach Aussagen der Parteien jedoch nie gelungen, die mit der Fusion übernommenen Altlasten in den Griff zu bekommen. Über die SDF wurde am 22. November 2002 die definitive Nachlassstundung bewilligt.

6. Der Betrieb der SDF in Ostermundigen ist im Bereich der Produktion von Jogurt, Milchdrinks in Flaschen, Kaffeerahm, Quark, Eiscreme sowie der Abfüllung von UHT Bio-Milch tätig.

### **1.3. Kontrollerwerb**

7. Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist der Kauf des Betriebs OM. Gemäss Entwurf des Kaufvertrags zwischen SDF und Emmi vom 10. Dezember 2002 übernimmt Emmi insbesondere das Warenlager Ostermundigen, sämtliche Anlagen, Einrichtungen und andere Mobilien, sämtliche Rezepturen für die Produktion der Produkte des Betriebs OM, sämtliche Markenrechte sowie auch sämtliche Arbeitsverträge. Es findet dementsprechend ein Kontrollerwerb über einen Teil der SDF gemäss Artikel 3 Absatz 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) statt.

8. Das vorliegende Vorhaben erfüllt somit den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

---

## II. MELDEPFLICHT

9. Die Emmi hat im Jahr 2002 bereits das Sortenkäsegeschäft der SDF übernommen. Diese Übernahme wurde der Wettbewerbskommission am 26. Juni 2002 gemeldet. Mit Entscheid der Wettbewerbskommission vom 18. September 2002 wurde der Zusammenschluss bewilligt.

10. Finden zwischen denselben Unternehmen innerhalb von zwei Jahren zwei oder mehr Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen statt, so sind diese Vorgänge für die Umsatzberechnung als einziger Zusammenschluss anzusehen (Art. 4 Abs. 3 VKU). Somit ist diese zweite Transaktion zwischen der Emmi und der SDF unabhängig von den Umsätzen des Betriebs OM im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 KG meldepflichtig.

## III. ERWÄGUNGEN

### 3.1 Sachlich relevante Märkte

11. 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).

12. Analog dem Fall Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 101 f.) hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Auswirkungen sowohl auf die Absatzmärkte (vgl. Rz. 15 ff.) wie auch auf die Beschaffungsmärkte (vgl. Rz. 29 f.) der beiden Unternehmen. Die nachfolgenden Erwägungen werden deshalb nach Absatz- und Beschaffungsmärkten getrennt.

#### 1) Absatzmärkte

13. Die Marktgegenseite der Emmi beziehungsweise der SDF sind Detailhändler, Grossisten und Gastronomiebetriebe (Restaurants, Hotels, Kantinen, Spitäler etc.), welche Jogurt, Milchdrink, Kaffeerahm und Quark nachfragen. Zusätzlich zu den erwähnten Produkten fragt der Detailhandel, der über keine eigenen Produktionsstätten von Milchprodukten verfügt, Produktionskapazitäten für die Herstellung von Eigenmarken (Jogurt, Milchdrinks etc.) nach.

14. Die meisten Milchverarbeitungsbetriebe sind so ausgelegt, dass nicht nur ein Milchprodukt hergestellt wird, sondern auch eine Vielzahl von Milchprodukten mit der gleichen Anlage produziert werden. Neben der Milchabfüllung wird somit in derselben Anlage auch Jogurt, Rahm, Milchdrink, Quark und so weiter hergestellt. Es ist deshalb von einer hohen Angebotssubstituierbarkeit auszugehen. Das bedeutet, dass bei einem Zusammenschluss von Milchverarbeitungsanlagen oft ein Bündel von Milchprodukten betroffen ist. Diesen Sachverhalt gilt es bei der Beurteilung des hier vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zu berücksichtigen.

15. Laut Aussagen der Parteien werden vom Zusammenschluss folgende Absatzmärkte erfasst:

- Jogurtmarkt
- Milchdrinks in Flaschen
- Kaffeerahm
- Quark
- Milchabfüllung
- Lohnherstellung von Eiscreme

Wie eine Umfrage des Sekretariats gezeigt hat, ist diese sachliche Marktabgrenzung grundsätzlich unbestritten. Im Folgenden wird deshalb diese Marktabgrenzung übernommen.

#### a) Jogurtmarkt

16. In der Schweiz wurden im Jahr 2001 rund 130'000 Tonnen Jogurt produziert. Dabei wurden rund 3% der im selben Zeitpunkt anfallenden Milchmenge verbraucht<sup>1</sup>. Der Jogurtmarkt ist geprägt von einer Vielzahl von Produzenten, die ein differenziertes Markenprodukt in verschiedenen Aromen, mit oder ohne Fruchtanteil und unterschiedlichem Fettgehalt anbieten.

17. Im **Detailhandelsmarkt** für Jogurt hat Migros im Jahr 2001 einen Marktanteil von 40%, Coop 21%, Swiss Diary Food 12%, Nestlé-Hirz 11%, Emmi 5% und AZM 4%.

18. Die Nachfragestruktur des Detailhandels unterscheidet sich von der Nachfragestruktur der **Gastronomiebetriebe** insbesondere im Bezug auf die Gebindegrösse; deshalb wird ein sachlich relevanter Markt für Jogurt, die von Gastronomiebetrieben nachgefragt werden, unterschieden. Die auf diesem Markt umgesetzte Jogurtmenge betrug im Jahr 2001 rund 4'000 Tonnen oder rund 3% der im selben Jahr produzierten Gesamtmenge von Jogurt.

19. Wie bereits erwähnt, fragen diejenigen Detailhandelsunternehmen, die über keine eigenen Produktionsstätten für Jogurt verfügen, diese Kapazitäten auf dem Markt für die Herstellung von Jogurt nach. Die meisten Jogurthersteller in der Schweiz produzieren neben ihren Eigenmarken auch Jogurtmarken für Dritte (**Lohnherstellung**). SDF produziert neben ihrer Eigenmarke Toni in Ostermundigen insbesondere Naturaplan-Jogurt für Coop. Emmi produziert ihrerseits Jogurts im Auftrag für Usego/Coraviso, Manor, Migros und Coop. Die Produktionsanteile für Jogurt im Jahr 2001 belaufen sich für Migros auf 38%, für Emmi auf 23%, für SDF auf 15%, für Nestlé Hirz auf 11%, für AZM und LRG jeweils auf 4%.

<sup>1</sup> Bei einer Milchmenge von 3'234'063 Tonnen wurden im Jahr 2001 44% für Käse, 2% für Jogurt, 1% für Quark, 14% für Konsummilch, 14% für Butter, 10% für Dauermilchwaren und andere verwertet (vgl. Statistiken der Treuhandstelle Milch, [www.tsm-gmbh.ch](http://www.tsm-gmbh.ch)).

**b) Milchdrinks in Flaschen**

20. Der Markt für Milchdrinks in Flaschen unterscheidet sich aus der Sicht der Nachfrager vom Markt für Jogurt, obwohl sicherlich Überschneidungen möglich sind, insbesondere im Bereich Flüssigjogurt in Flaschen. Der Schweizerische Markt für Milchdrinks ist im Vergleich zu den 130'000 Tonnen Jogurt, die im Jahr 2001 hergestellt wurden, mit rund 15'000 Tonnen ein relativ kleiner Markt. Es handelt sich aber um einen innovationsreichen Markt mit einer relativ hohen Wertschöpfung, weshalb er für die Unternehmen dementsprechend wichtig ist.

21. Analog zum Jogurtmarkt sind die meisten Produzenten von Milchdrinks nicht nur auf dem Detailhandelsmarkt mit ihren Eigenmarken präsent, sondern bieten auch Produktionskapazitäten für die Herstellung von Milchdrinks für Dritte an. So sind beispielsweise SDF mit ihrem Toni Müesli Drink und Emmi mit ihrem Emmi Bifidus Drink direkt auf dem Detailhandelsmarkt aktiv und produzieren ebenfalls Milchdrinks in Lohnherstellung für Migros und Coop.

22. Die Produktionsmenge von Milchdrinks in Flaschen belief sich im Jahr 2001 auf rund 15'000 Tonnen. Davon entfallen 28% auf SDF, 27% auf Migros, 24% auf Emmi, 11% auf AZM und 10% auf übrige Produzenten.

**c) Kaffeerahm**

23. Der Verbrauch von Kaffeerahm stagniert gemäss einer Studie des Marktforschungsinstituts IHA-Gfk. Im Jahr 2001 wurden in der Schweiz noch rund 14'000 Tonnen Kaffeerahm umgesetzt. Davon produzierte Migros rund 38%, SDF 32%, Emmi 9%, AZM 8% und Crèmo rund 6%. Neben Migros, die nur Kaffeerahm für die Eigenproduktion herstellt, produzieren SDF und Emmi neben ihren Eigenmarken beide für Coop.

**d) Quark**

24. Quark ist ebenfalls ein sachlich relevanter Markt, auf dem in der Schweiz im Jahr 2001 rund 20'000 Tonnen umgesetzt wurden. Quark wird sowohl in einer Vielzahl von Aromen, mit Früchten als auch mit verschiedenem Fettgehalt angeboten. Die Marktanteile verteilen sich auf Migros mit 45%, Emmi mit 28%, SDF mit 11%, Nestlé Hirz mit 5% sowie LRG mit 4%. Vor allem die grossen Quarkproduzenten produzieren neben ihren Eigenmarken auch für den Detailhandel, insbesondere für Migros, Coop, Denner und und so weiter.

**e) Milchabfüllung**

25. Der sachlich relevante Markt für Milchabfüllung umfasste im Jahr 2001 gesamtschweizerisch rund 550 Millionen kg Milch. Davon füllen Emmi und SDF rund 91 Millionen kg oder rund 17% ab.

---

## **f) Lohnherstellung für Eiscreme**

26. Schlussendlich ist der Markt für die Herstellung von Eiscreme hervorzuheben. Die Marktanteile von Emmi und SDF können vernachlässigt werden, weil von einem europäischen Markt auszugehen ist.

### **2) Beschaffungsmarkt**

27. Marktgegenseite auf dem Beschaffungsmarkt sind - analog zum Entscheid Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 105 f.) - die Milchproduzenten. Milch ist der Rohstoff für Jogurt, Milchdrink, Kaffeerahm und Quark und wird vom Milchproduzenten bei den lokalen Milchgenossenschaften abgeliefert oder wird direkt vom Milchverarbeiter beim Milchproduzenten abgeholt (Hofabfuhr).

28. Die im Jahr 2001 produzierte Milchmenge beträgt rund 3,2 Milliarden Liter (Gesamtmilchmenge). Davon wurden im selben Zeitraum von SDF in der Produktionsanlage Ostermundigen rund 69 Millionen Liter oder rund 2% der Gesamtmilchmenge nachgefragt. Emmi und SDF haben im Jahr 2001 rund 469 Millionen Liter Milch oder rund 12,5% der Gesamtmilchmenge verarbeitet.

### **3.2 Räumlich relevante Märkte**

29. 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).

#### **1) Absatzmärkte**

30. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen insbesondere die Milchkontingentierung erschweren die Importe von Milchprodukten, wie Jogurt, Milchdrinks, Kaffeerahm und so weiter durch Zollrestriktionen. Einzig die Märkte für Käse wurden im Rahmen der Bilateralen I europäisch geöffnet. Die Märkte für Jogurt und ähnliche Milchprodukte sollten im Rahmen der Bilateralen II geöffnet werden. Der Ausgang der Verhandlungen ist zurzeit jedoch noch nicht abschätzbar. De facto besteht somit für die Milchprodukte wie Jogurt, Milchdrinks, Kaffeerahm und Quark ein räumlich relevanter Markt Schweiz. Dies wurde auch durch die vom Sekretariat durchgeführte Umfrage bei den wichtigsten Herstellern von Jogurt, Milchdrink, Kaffeerahm und Quark, bei den grössten Detailhändlern sowie bei Schweizer Milchproduzenten (SMP PSL) bestätigt.

#### **2) Beschaffungsmärkte**

31. Die heutigen Transportmöglichkeiten erlauben es den Abnehmern, den Rohstoff Milch aus der ganzen Schweiz zu beziehen. Es kann deshalb auch bezüglich der Beschaffungsmärkte von einem nationalem Markt ausgegangen werden.

---

### 3.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

32. 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. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

33. Betroffen sind vorliegend die Märkte für die Produktion von Joghurt, Milchdrinks in Flaschen, Kaffeerahm in Flaschen und Quark. Unten stehende Tabelle 1 zeigt die Produktionsanteile in Prozent von Emmi und SDF, unterschieden in Eigenmarken und Lohnabfüllung.

Tabelle 1: Produktionsanteile im Jahr 2001 von Emmi und SDF in Prozent

Produktionsanteile (%) Emmi und SDF	Gesamt	Eigenmarken	Lohnabfüllung
Joghurt	38	19	19
Milchdrink in Flaschen	52	23	29
Kaffeerahm	41	21	20
Quark	39	9	30

34. Obwohl bei einer ersten Betrachtung der Marktanteile der oben aufgeführten betroffenen Märkte zwar hervorgeht, dass vorliegender Zusammenschluss aufgrund von **hohen Marktanteilsadditionen** eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte, führt eine Detailbetrachtung zu einem differenzierten Bild:

35. Die hohen Produktionsmarktanteile für **Joghurt** von 38% werden relativiert, wenn die Spalten drei und vier von Tabelle 1 in Betracht gezogen werden. So zeigt sich, dass Emmi und SDF zusammen nur rund 19% Eigenmarken produzieren. Die restlichen 19% der Schweizerischen Joghurtproduktion werden im Auftrag Dritter getätigt (**Lohnabfüllung**). Dabei werden Joghurts für Coop, Migros, Manor und so weiter produziert. Diese 19% der Schweizerischen Joghurtproduktion, welche im Auftrag Dritter ausgeführt werden, können gemäss einer Umfrage des Sekretariats vom Detailhandel relativ kurzfristig (innerhalb von 8-12 Monaten) umdisponiert werden. Der Detailhandel mit Migros, Coop und Denner wird deshalb die starke Verhandlungsposition gegenüber den Joghurtproduzenten einsetzen und als **starke Marktgegenseite** auch den Produzent wechseln, wenn entweder der



Preis zu hoch ist oder die Qualität nicht mehr stimmt. Ein Produzentenwechsel ist auch ohne Probleme möglich und wird auch gemäss einer Umfrage des Sekretariats häufig vorgenommen, insbesondere weil der Schweizer Jogurtmarkt hohe Überkapazitäten aufweist und aufgrund der hohen Angebotssubstituierbarkeit (vgl. Rz. 14). Gemäss der Meldung des Zusammenschlussvorhabens SDF/Emmi vom 12. Dezember 2002 werden rund 50% der Jogurtproduktionskapazitäten nicht genutzt. Eine Reihe von Jogurtproduzenten, insbesondere Nestlé, AZM und LRG, ist demnach fähig, den Jogurtoutput substantziell zu erhöhen und stellt deshalb **potenzielle Konkurrenz** dar. Die Möglichkeit des Detailhandels problemlos den Jogurtproduzenten zu wechseln, erzeugt hohen Wettbewerbsdruck.

36. Zu Wettbewerbsdruck im Jogurtmarkt führt auch die Tatsache, dass die Produktion von Jogurt kein spezifisches Know-how und langjährige Erfahrungen erfordert. Jogurt ist ein "Commodity"-Produkt, das mit gewissen Anfangsinvestitionen problemlos hergestellt werden kann. Wie die Umfrage des Sekretariats gezeigt hat, kann ein grosser Detailhändler innerhalb von zwei Jahren eine neue Produktionsanlage aufstellen und betreiben oder ein bestehendes Werk ausbauen.

37. Die Wettbewerbsverhältnisse sind in den Produktionsmärkten für **Milchdrink** in Flaschen, für **Kaffeerahm** und **Quark** ähnlich wie im Markt für Jogurt. Neben der Herstellung von Eigenmarken ist der Anteil der Lohnabfüllung gemessen an der Gesamtproduktionsmenge von Emmi und SDF auf dem Milchdrinkmarkt mit 29%, auf dem Kaffeerahmmarkt mit 20% und dem Quarkmarkt mit 30% hoch. Der Detailhandel als **starke Marktgegenseite** ohne eigene Milchverarbeitung kann den Kaffeerahm, Quark oder Milchdrinks bei einer Reihe von Anbietern beziehen. Neben Emmi und SDF produzieren Nestlé-Hirz, AZM, LRG und Cremo Kaffeerahm, Quark oder Milchdrinks. Gemäss einer Umfrage des Sekretariats ist ein Wechsel des Milchverarbeiters problemlos möglich und wird auch praktiziert.

38. Gleich wie im Jogurtmarkt gibt es im Markt für die Herstellung von Milchdrink, Kaffeerahm und Quark hohe **Überkapazitäten**. Die Anbieter von Milchverarbeitungsleistungen sind aufgrund der hohen Überkapazitäten hohem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Der Detailhandel wird die Anbieter von Milchverarbeitungsleistungen tendenziell gegeneinander auszuspielen versuchen und wenn nötig den Anbieter auch wechseln.

39. Das Know-how und die notwendige Erfahrung für die Herstellung von Milchdrink, Kaffeerahm und Quark können gemäss einer Umfrage des Sekretariats als gering betrachtet werden. So ist von relativ **hoher potenzieller Konkurrenz** auszugehen, da ein Markteintritt in weniger als zwei Jahren erfolgen kann.

---

#### IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN

40. Die vorläufige Prüfung des Sekretariats ergibt keine Anhaltspunkte gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG für eine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung aus den genannten Gründen.

41. Somit ist auf die Eröffnung einer Prüfung im Sinne von Artikel 10 in Verbindung mit Artikel 33 KG zu verzichten.

B 2.3	<b>4. Edipresse/Ringier – Le Temps</b>
-------	--

*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 33 KG*

*Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et 33 LCart*

*Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 33 LCart*

*Décision selon l'article 10 alinéa 2 LCart du 20 octobre 2003*

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

1. Le 9 juillet 2003, Edipresse Publications SA (ci-après: Edipresse), Ringier SA (ci-après: Ringier) et Le Nouveau Quotidien ERL SA (ci-après: NQ) ont remis à la Commission de la concurrence la notification d'une opération de concentration.

2. La concentration envisagée porte sur le contrôle de la SA Le Temps (ci-après: LT). Jusqu'à maintenant, LT est contrôlée conjointement par NQ (47%) d'une part et Nalage SA (26,76%), en raison d'une convention d'actionnaires conférant à Nalage SA le droit de bloquer les décisions stratégiques prises par le conseil d'administration de LT. Le solde des actions LT est détenu par la Société éditrice du Monde SAS (20,24%) et la société des rédacteurs du quotidien *Le Temps* (6%). NQ est pour sa part détenue par Edipresse (80%) et Ringier (20%).

3. L'opération envisagée consiste dans une première phase en une augmentation de la participation de Ringier dans NQ, de manière à en acquérir le contrôle conjoint avec Edipresse (50%-50%). Le président du conseil d'administration de NQ devra, selon le vœux des parties, être indépendant d'Edipresse et de Ringier. Dans une seconde phase, NQ rachètera une partie des actions LT détenues par Nalage SA (20,66%) et la Société éditrice du Monde SAS (15%), de manière à détenir en fin de compte 82,66% de LT.

4. Edipresse Publications SA est une filiale de Presse Publications SR SA, elle-même détenue à 100% par Edipresse SA. Elle regroupe l'essentiel de l'activité d'édition des quotidiens et périodiques du groupe Edipresse en Suisse. Elle édite en particulier les quotidiens *24 Heures*, *Le Matin*, *La Tribune de Genève* ainsi que divers magazines (*Bilan*, *Femina*, *TVGuide*, *Télé Top Matin*, *Optima*, *Tendance Déco*, notamment).

5. Ringier SA regroupe les activités d'édition du groupe Ringier. En Suisse romande, Ringier a édité le journal dominical dimanche.ch jusqu'à fin juin 2003. Les publications actuelles de Ringier en français sont les magazines *edelweiss*, *L'Hebdo*, *L'Illustré*, *TV8* et *Montres Passion*.
  6. Le Nouveau Quotidien ERL SA n'a plus d'activité d'édition depuis la fondation du Temps, auquel elle a cédé la plupart de ses actifs et passifs en mai 1998. NQ détient actuellement 47% de LT sur laquelle elle exerce un contrôle commun en vertu d'une convention d'actionnaires avec Nalage SA.
  7. Les parties ont demandé à pouvoir réaliser provisoirement un élément de la concentration consistant en le remplacement du supplément TV du *Temps*, *TéléTemps*, par la publication de Ringier *TV8*. Par décision du 21 juillet 2003, la Commission de la concurrence a accédé à cette demande. Elle a considéré que l'accord portant sur l'encartage de *TV8* permet à LT de réaliser sans délai une importante mesure d'économie et que l'accord revêt un caractère secondaire par rapport à l'ensemble du projet de concentration et pourrait en être séparé si la concentration devait être interdite ou soumise à conditions ou charges à l'issue de la procédure.
  8. Dans le cadre de l'examen préalable, le secrétariat de la Comco a recueilli des informations auprès de divers éditeurs romands de presse écrite. Estimant qu'il existait des indices de renforcement d'une position dominante à l'issue de la procédure d'examen préalable, la Commission de la concurrence a décidé, le 7 août 2003, de procéder à un examen approfondi de l'opération de la concentration. L'ouverture de cette procédure a été publiée dans la FOSC (édition du 22.08.03) et dans la FF (édition du 26.08.03).
  9. Le secrétariat de la Comco a invité les parties à discuter d'une éventuelle adaptation des charges imposées par la Comco à LT dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997.
  10. Il a en outre effectué des investigations complémentaires, notamment auprès de *l'AGEFI*. Celui-ci s'est vivement opposé à l'opération de concentration envisagée, estimant qu'elle contreviendrait d'une part à la décision LE TEMPS de la Comco du 1<sup>er</sup> décembre 1997 (DPC 1998/1, p. 40 ss.) et viserait, d'autre part, à supprimer toute concurrence sur le marché déterminant en Suisse romande, dans la mesure où l'alliance entre Edipresse et Ringier permettrait de réduire à néant la capacité concurrentielle de *l'AGEFI*.
  11. Par courrier du 26 septembre 2003, *l'AGEFI* a proposé à la Comco un "plan alternatif" à l'opération de concentration envisagée: dans cette option, *l'AGEFI* rachèterait *Le Temps* et le publierait à côté de son propre quotidien ou fusionnerait les deux titres, afin d'éviter que le sauvetage du titre ne se fasse par Edipresse et Ringier, déjà bien im-
-

plantés en Suisse romande. La proposition alternative n'est pas l'objet de la présente procédure.

## **B. En droit**

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

12. La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou public qui sont partie à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

#### **B.1.1 Entreprise**

13. Selon le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

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

14. L'opération soumise à la Commission de la concurrence consiste d'une part en l'accession par Ringier au contrôle conjoint de NQ, suivie d'une prise de contrôle de LT par NQ (cf. ch. 3 ci-dessus).

15. Il s'agit dès lors bien d'une acquisition de contrôle au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart et 1 OCCE (Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, RS 251.4).

### **B.2 Prescriptions réservées**

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

### **B.3 Obligation de notifier**

17. Dans la décision qu'elle avait rendue lors de la création du quotidien *Le Temps*, le 1<sup>er</sup> décembre 1997 (DPC 1998/1, p. 40 ss., en particulier ch. 96.1 a-b, p. 61), la Comco a constaté que LT détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse de Suisse romande et que la position dominante détenue par le groupe Edipresse sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration.

18. La concentration dont il est question ici concerne le même marché ou un marché voisin, si bien qu'elle est soumise à l'obligation de notifier en application de l'article 9 alinéa 4 LCart.

---

19. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997, la Comco avait en outre imposé une charge selon laquelle toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de LT est soumise à l'autorisation préalable de la Comco (DPC 1998/1, ch. 96.3.a, p. 61). L'opération de concentration qui fait l'objet de la présente procédure doit dès lors également être soumise à la Comco sur cette base.

20. On peut donc en l'espèce laisser ouverte la question de savoir si les valeurs-seuils de l'article 9 alinéas 1 et 2 LCart sont également atteintes, la concentration devant de toute façon être notifiée en vertu de l'article 9 alinéa 4 LCart et de la charge contenue dans la décision de la Comco du 1<sup>er</sup> décembre 1997.

#### **B.4 Examen**

21. La Comco peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (art. 10 al. 2 let. a LCart).

22. Afin de déterminer si la concentration crée ou renforce une position dominante, il faut dans un premier temps délimiter les marchés de référence. Dans une seconde phase, il y a lieu d'examiner les effets de la concentration sur la position des entreprises notifiantes sur ces marchés.

##### **B.4.1 Marchés de référence**

###### **B.4.1.a Marchés des produits**

23. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

24. S'agissant de la presse écrite, la pratique constante de la Comco distingue entre le marché des lecteurs, le marché des annonces et, cas échéant, le marché de l'imprimerie (DPC 2003/1, ch. 33, p. 182 et références citées).

###### **B.4.1.a.a Marché des lecteurs**

25. Les produits de références sont définis par les titres de presse directement concernés par l'opération de concentration envisagée. Il s'agit donc ici du quotidien *Le Temps*.

26. L'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE commande d'examiner quels sont les produits et services qui, du point de vue des lecteurs seraient substituables aux produits de référence. Le cercle des médias entrant en ligne de compte comme substituts est fonction des domaines d'intérêts ainsi que du degré et de la fréquence des besoins d'information des lecteurs concernés.

---

27. Le marché de la presse écrite peut être divisé en plusieurs segments, non substituables entre eux. La Comco a jusqu'à maintenant distingué les segments suivants:

- ?? presse quotidienne d'analyse à caractère supra-régional
- ?? presse quotidienne d'analyse à caractère régional
- ?? presse quotidienne d'analyse à caractère local
- ?? presse quotidienne dite "populaire" à caractère supra-régional
- ?? presse périodique
- ?? presse spécialisée

28. Dans sa décision LE TEMPS du 1<sup>er</sup> décembre 1997, la Comco a défini le quotidien *Le Temps* comme un quotidien de langue française d'envergure supra-régionale ne paraissant qu'en semaine. Il s'agit d'un journal à contenu hétérogène offrant aussi bien de l'information (politique, sociale, économique, culturelle, sportive et faits divers) que des espaces publicitaires. L'information traitée est essentiellement nationale et internationale. Le public visé est plutôt aisé, cultivé et universitaire. *Le Temps* est dès lors situé sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux à contenu hétérogène, offrant des analyses destinées à un lectorat de formation supérieure (DPC 1998/1, ch. 30 s., p. 45 s.).

29. Les quotidiens édités par Edipresse n'entrent pas dans la même catégorie que *Le Temps*. En effet, *24Heures* et *La Tribune de Genève* sont des quotidiens à vocation régionale, *Le Matin* et *Le Matin Dimanche* entrent dans le segment des quotidiens dits populaires (presse de boulevard). Ringier n'édite aucun quotidien en Suisse romande.

30. Les magazines et périodiques édités par Ringier (*L'Hebdo*, *L'Illustré*, *edelweiss*, *Montres Passion*, *TV8*) et Edipresse (*Bilan*, *Femina*, *TVGuide*, *Télé Top Matin*, *Optima*, *Tendance Déco*) appartiennent à la catégorie distincte de la presse périodique et/ou spécialisée, qui n'est pas substituable à la presse quotidienne.

31. Les médias électroniques tels la télévision, la radio et Internet sont considérés de manière constante par la Comco comme des moyens d'information complémentaires à la presse écrite, pour laquelle ils ne constituent pas des substituts (DPC 2003/1, ch. 61, p. 168 et références citées).

32. Le marché de référence s'agissant des lecteurs peut donc être défini de la même manière que dans la décision LE TEMPS du 1<sup>er</sup> décembre 1997 comme celui des journaux quotidiens supra-régionaux à contenu hétérogène offrant des analyses destinées à un lectorat de formation supérieure (DPC 1998/1, ch. 35, p. 47).

---

#### **B.4.1.a.b Marché des annonces**

33. Outre une partie rédactionnelle, *Le Temps* offre des espaces publicitaires destinés aux annonceurs. L'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE commande dès lors d'examiner quels sont les produits et les services qui, du point de vue des annonceurs, seraient substituables aux produits de référence.

34. La Comco fait en principe la distinction sur le marché des espaces publicitaires entre le marché des annonces à caractère régional et local d'une part et le marché des annonces à caractère national d'autre part.

35. Le marché national des annonces comprend la mise à disposition d'espaces publicitaires pour des annonces s'adressant à l'ensemble des consommateurs suisses, ou à tout le moins à l'ensemble des consommateurs d'une région linguistique.

36. Pour les annonceurs désirant atteindre l'ensemble des consommateurs suisses ou d'une région linguistique, de nombreux médias sont à disposition (presse écrite, radio, télévision, Internet, affichage etc.). La Comco admet généralement que la stratégie des entreprises désirant atteindre l'ensemble des consommateurs suisses ou d'une région linguistique est basée sur une complémentarité de ces divers vecteurs publicitaires (Mediamix). Il y a donc lieu de considérer tous ces types de vecteurs publicitaires comme partiellement substituables.

37. Les annonceurs sur le marché des annonces régionales et locales visent à atteindre une population restreinte, limitée à une région spécifique. Le marché des annonces régionales et locales est concentré dès lors dans les journaux à vocation régionale et locale, les radios et télévisions locales, les journaux d'annonces, l'affichage et la publicité directe. Ces canaux publicitaires sont en concurrence mais se complètent également. On admet dès lors en principe que ces vecteurs publicitaires constituent des substituts, quoi qu'imparfaits, à la presse écrite sur le marché des annonces régionales et locales.

38. En l'espèce, *Le Temps* offre essentiellement des espaces pour la publicité nationale; étant un quotidien supra-régional, il n'intéresse que de manière marginale les annonceurs locaux. Trois secteurs de marché prépondérants pour *Le Temps* ont été déterminés par la Comco dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997: le marché des annonces financières, des offres d'emplois pour cadres et de la publicité pour les produits de luxe (par opposition aux biens de consommation courante).

39. Dans ces trois domaines, la Comco avait relevé qu'il existe une certaine substituabilité avec la presse quotidienne régionale et les publications périodiques ou spécialisées. En revanche, les médias électroniques ne peuvent être considérés comme des substituts dans aucun de ces domaines (DPC 1998/1, ch. 44 s., p. 48).

---

40. Le marché de référence s'agissant des annonces peut être défini comme celui de la mise à disposition d'espaces publicitaires pour des annonces à caractère national dans les segments des annonces financières, les offres d'emploi pour cadres et la publicité pour produits de luxe.

#### **B.4.1.a.c Marché de l'imprimerie**

41. La Commission distingue le marché de l'impression des journaux et le marché de l'impression des autres produits. Sur le marché de l'impression de journaux, elle distingue encore entre le marché de l'impression des journaux soumis à un impératif temporel, tels les quotidiens, qui doivent être imprimés la nuit, du marché de l'impression des journaux non soumis à un impératif temporel. Ces marchés ne sont pas substituables.

42. En l'espèce, *Le Temps* est un quotidien paraissant six jours par semaine. Le marché de référence doit être défini comme le marché de l'impression de journaux soumis à un impératif temporel.

#### **B.4.1.b Marché géographique**

43. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

##### **B.4.1.b.a Marché des lecteurs**

44. Le marché géographique des lecteurs recoupe la zone de distribution du produit de presse en cause.

45. En l'espèce, *Le Temps* est diffusé dans l'ensemble de la Suisse romande, qui constitue dès lors le marché géographique de référence.

##### **B.4.1.b.b Marché des annonces**

46. Le marché géographique des annonces est fonction de la zone de diffusion des vecteurs de messages publicitaires entrant en ligne de compte comme concurrents du titre de référence. Il est donc régional/local lorsqu'il s'agit d'annonces à caractère régional/local ou national, respectivement restreint à une région linguistique, s'il concerne les annonces à caractère national.

47. En l'espèce, le marché des annonces peut être limité à la Suisse romande, comme dans la décision de la Comco du 1<sup>er</sup> décembre 1997 (DPC 1998/1, ch. 46, p. 49).

##### **B.4.1.b.c Marché de l'imprimerie**

48. La Commission distingue le marché géographique des journaux quotidiens de celui des autres produits d'impression. En ce qui concerne les journaux quotidiens, dont l'impression est soumise à des impératifs de temps, il importe que le lieu de situation de l'imprimerie

---



ne soit pas trop éloigné de la zone de diffusion principale du titre considéré.

49. En l'espèce, le marché géographique de l'impression peut être limité à la zone de diffusion du quotidien *Le Temps*, soit la Suisse romande.

#### **B.4.2 Evaluation de l'état de la concurrence après la réalisation de la concentration**

##### **B.4.2.a Marché des lecteurs**

###### **I. Concurrence actuelle**

50. Depuis son lancement en 1997, *Le Temps* est le seul quotidien d'analyse supra-régional en Suisse romande. LT détient dès lors une position dominante sur le marché de référence. Cette position dominante a été constatée par la Comco dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997 (DPC 1998/1, ch. 47 ss., p. 49 ss.; ch. 57, p. 52; ch. 96, p. 61).

51. Les quotidiens régionaux édités par Edipresse, en particulier *24 Heures*, *La Tribune de Genève* et *Le Matin* ne sont pas des concurrents directs au *Temps*. Ils sont situés sur des marchés des lecteurs différents (quotidiens d'analyse à caractère régional; quotidien supra-régional de type "boulevard"). Ils peuvent constituer un complément au *Temps* dans leurs zones de diffusion respectives, s'agissant d'un lectorat désireux d'être informé tant sur l'actualité internationale et économique que régionale et faits divers ("boulevard").

52. On notera néanmoins que, s'ils ne sont pas des substituts au *Temps* au sens de l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE, *24 Heures* et *La Tribune de Genève* sont de meilleurs substituts au *Temps* que *Le Matin*. En effet, si *Le Temps* venait à disparaître, il est probable qu'une majorité de ses lecteurs se tourne vers ces deux quotidiens régionaux. Cas échéant, ils pourraient renforcer leurs rubriques économiques afin de satisfaire les besoins du lectorat du *Temps*.

53. Le quotidien *AGEFI* ne constitue pas un produit substituable au *Temps*. Il s'agit en effet d'un quotidien spécialisé dans l'information financière et bancaire, entrant dans le segment de marché "presse spécialisée" de portée supra-régionale. Le prix élevé de son abonnement le place également dans une catégorie différente des quotidiens généralistes tels *Le Temps*. Il représente néanmoins un complément au *Temps* pour un lectorat spécialisé dans la finance et les banques.

54. Les magazines et périodiques édités en Suisse romande ne peuvent également pas être considérés comme totalement substituables au *Temps*. Ils sont situés sur un autre marché de référence s'agissant de leur lectorat. En effet, de par leur périodicité, ces magazines et périodiques approfondissent certaines informations déjà parues dans les quotidiens, et attirent dès lors un lectorat différent.

---

55. S'ils ne constituent pas de bon substituts au quotidien *Le Temps*, dans la mesure où ils sont situés sur des marchés voisins de celui de référence, ces vecteurs d'information (quotidiens régionaux, *AGEFI*, magazines, médias électroniques) exercent néanmoins une influence sur LT (cf. ch. 66 ci-dessous).

56. La situation de la concurrence actuelle ne sera pas modifiée par l'augmentation de la participation de Ringier dans LT. En particulier, Ringier n'édite aucun quotidien entrant en concurrence avec *Le Temps* en Suisse romande, si bien que la situation de la concurrence actuelle sur le marché de référence n'est pas modifiée.

57. S'agissant du cas particulier de *l'AGEFI*, la situation concurrentielle ne sera pas non plus modifiée par la concentration envisagée. En effet, le lectorat auquel s'adressent *l'AGEFI* et *Le Temps* ne se recoupe que partiellement, seul le lectorat composé des personnes intéressées par des informations économiques pointues entrent en ligne de compte. Le fait que *l'AGEFI* soit en situation de concurrence sur le créneau spécifique de l'information économique avec *Le Temps* ne sera pas modifié par l'opération envisagée, cette situation de concurrence existant déjà actuellement.

58. Enfin, on notera qu'en cas de disparition du *Temps*, ses lecteurs se reporteraient majoritairement sur les quotidiens régionaux, offrant une information généraliste, y compris économique, et non sur un quotidien spécialisé tel *l'AGEFI*.

## II. Concurrence potentielle

59. En 1997 déjà, la Comco avait estimé que de nouvelles entrées sur le marché apparaissaient comme très improbables (DPC 1998/1, ch. 51 ss., p. 50 ss.; ch. 58, p. 52). La presse romande connaît depuis de nombreuses années déjà des restructurations dues en grande partie aux difficultés économiques rencontrées par les éditeurs, notamment en raison de la baisse des revenus provenant de la mise à disposition d'espaces publicitaires.

60. *Le Temps* est le résultat de la "fusion" des quotidiens *Le Nouveau Quotidien* et *Le Journal de Genève*, dont l'existence indépendante était rendue impossible au vu des déficits chroniques enregistrés. LT est à l'heure actuelle également dans une situation financière très difficile. La perte au bilan 2002 s'élève en effet à CHF [...]. Au vu de ces résultats, certains de ses actionnaires (Nalage SA et la société editrice du Monde SAS) ont décidé de ne plus participer au financement de LT et de s'en retirer.

61. Les risques liés à une entrée sur le marché sont très importants, et il apparaît que les éditeurs ne sont actuellement pas prêts à les assumer. En 1997 déjà, la Comco a estimé que le marché romand n'était pas assez grand pour permettre l'exploitation rentable de deux quoti-

diens supra-régionaux de la catégorie du *Temps*. Cette constatation est toujours actuelle.

62. Depuis le lancement du *Temps*, Ringier détient une participation de 20% dans NQ. De ce fait, Ringier n'était déjà pas un concurrent potentiel de LT en 1997 sur le marché de référence: on voit en effet mal un actionnaire s'engager dans le lancement d'un produit concurrent à celui auquel il participe, même de manière minoritaire. L'augmentation de sa participation indirecte dans LT n'a dès lors aucune influence sur sa qualité de concurrent potentiel sur le marché de référence. La concentration n'aura dès lors pas d'effet négatif sur la concurrence potentielle exercée par Ringier sur le segment spécifique des quotidiens d'analyse à caractère supra-régional.

63. En revanche, il y a lieu d'admettre que les parties sont, ou ont été par le passé, en concurrence sur d'autres segments de la presse écrite, en particulier sur le marché de la presse dominicale, la presse spécialisée (presse féminine, TV) et des périodiques. La concentration, en resserrant la collaboration d'Edipresse et Ringier dans la gestion du *Temps*, pourrait conduire indirectement à une réduction de cette concurrence.

64. Depuis 1997, le principal changement dans le domaine de la presse romande est l'arrivée du groupe Hersant, qui a racheté les quotidiens régionaux *La Côte*, *L'Express* et *L'Impartial* en 2002 (DPC 2002/2, p. 316 ss.). Cette récente entrée sur le marché renforce la concurrence potentielle exercée sur LT, respectivement sur Edipresse et Ringier, dans la mesure où il ne peut être exclu qu'Hersant s'intéresse à terme à augmenter et diversifier ses activités en Suisse romande.

### III. Autres facteurs à prendre en considération

65. Depuis sa décision BERNER OBERLAND MEDIEN AG (DPC 2000/3, p. 414 ss.), la Comco prend en considération, outre la concurrence potentielle dans le cadre de l'évaluation des effets sur la concurrence d'une concentration donnée, des éléments tels que la possibilité de se tourner vers d'autres supports d'information, l'influence du marché des annonces sur celui des lecteurs et l'évolution probable du marché.

66. En l'espèce, de nombreuses possibilités de se tourner vers d'autres médias de la presse écrite sont données et induisent ainsi une pression non négligeable sur *Le Temps*. On notera que si le marché des quotidiens régionaux dans les régions de Genève et Lausanne est dominé par Edipresse (*24 Heures* et *La Tribune de Genève*), *Le Courrier* et *l'AGEFI* constituent toutefois une alternative indépendante des parties à la concentration. Le reste de la Suisse romande dispose de quotidiens régionaux indépendants des parties à la concentration (*Le Nouvelliste* en Valais, *L'Express* et *L'Impartial* dans le canton de Neuchâtel, *La Liberté* à Fribourg, *Le Journal du Jura* et le *Quotidien Jurassien* dans le Jura Bernois et le Canton du Jura). Dans une moindre mesure, les

---

grands quotidiens alémaniques, tels la *NZZ* ou le *Tages Anzeiger* peuvent entrer en ligne de compte, dans la mesure où le lectorat du *Temps* est constitué de cadres et personnes issues du milieu universitaire, maîtrisant une autre langue nationale. Du côté des magazines d'information, bien que réduites, des alternatives existent également hors les publications d'Edipresse et de Ringier. On notera en particulier les nombreux magazines français distribués en Suisse romande (*L'Express*, *Le Nouvel Observateur* etc.). Les médias électroniques, télévision, radio et Internet, suisses ou étrangers (en particulier les télévisions et radios françaises) indépendants des parties à la concentration sont nombreux en Suisse romande.

67. La pression du marché des annonces sur le marché des lecteurs est très importante dans le domaine de la presse quotidienne. En effet, les recettes d'un tel produit sont constituées de 50%-80% par les revenus tirés de la mise à disposition d'espaces publicitaires. Ces recettes sont liées à la qualité du quotidien et à son lectorat, qui seuls attirent les annonceurs. La chute des recettes publicitaires ressentie actuellement impose aux éditeurs de maintenir leur produit à un bon niveau, afin de maintenir son lectorat, et partant ses annonceurs.

68. Le marché sur lequel se situe *Le Temps* ne peut être élargi indéfiniment. La Comco avait déjà admis lors de son lancement qu'il n'y avait sur ce marché de la place que pour un seul quotidien. Il s'avère qu'Edipresse seul n'est pas à même de supporter le financement du *Temps* et qu'il est indispensable de trouver d'autres actionnaires prêts à le soutenir à l'avenir, jusqu'à ce qu'un équilibre financier puisse être trouvé. Ringier s'est montré disposé à investir dans LT. Cet engagement, couplé à des mesures d'économies au sein de LT devrait permettre de maintenir à terme le seul produit présent sur le marché romand des quotidiens d'analyse à caractère supra-régional.

#### **B.4.2.b Marché des annonces**

##### **I. Concurrence actuelle**

69. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997, la Comco avait relevé que les possibilités de substitution et le nombre de concurrents apparaissaient comme suffisamment importants en ce qui concerne le marché des annonces pour les produits de luxe. La Comco avait estimé que LT détiendrait une forte position dans le domaine des offres d'emploi pour cadres. Elle relevait toutefois l'importance croissante d'Internet sur ce marché. La Comco n'excluait pas que LT puisse détenir une position dominante dans le domaine des annonces financières. Toutefois, elle avait également admis que la situation concurrentielle sur ces marchés n'était pas modifiée, si bien que l'opération ne créait ni ne renforçait une position dominante (DPC 1998/1, ch. 90 ss., p. 59 s.).

70. L'opération de concentration qui fait l'objet de la présente procédure ne modifiera en rien la situation de la concurrence sur les mar-

chés des annonces financières et des offres d'emploi pour cadres. En effet, Ringier n'édite à l'heure actuelle aucun support pour de tels types d'annonces.

71. S'agissant des annonces pour produits de luxe, il y a lieu de constater que les principaux concurrents du Temps sur ce marché sont les magazines et périodiques. Ringier et Edipresse éditent chacune quelques magazines destinés à la Suisse romande. Il n'y a pas lieu de revenir sur les magazines publiés par Edipresse, qui étaient déjà présents sur le marché lors du lancement du quotidien *Le Temps* en 1997.

72. S'agissant de Ringier, la concentration envisagée ne conduira qu'à une addition de parts de marché très limitée. Certes, *edelweiss*, *Montres Passion* et, dans une moindre mesure, *L'Hebdo* contiennent des annonces pour des produits de luxe, mais ils ne peuvent être considérés comme des substituts parfaits au *Temps* pour les annonceurs. D'une part, ils s'adressent à des publics différents, ces magazines n'étant pas situés sur le même marché des lecteurs que *Le Temps* (cf. ch. 30 ci-dessus). Leur périodicité (10 numéros par an pour *edelweiss* et 2 numéros annuels pour *Montres Passion*), ne permet en outre pas aux annonceurs une visibilité aussi grande que celle qui leur permet un quotidien comme *Le Temps*. Par ailleurs, *L'Hebdo*, qui apparaît plus proche du *Temps* de par son contenu, ne contient que peu d'annonces pour des produits de luxe; elles ne représentent en effet que 5% des espaces publicitaires mis à disposition des annonceurs. On relèvera enfin la présence de nombreux magazines français distribués en Suisse romande, dont certains ont même développé une partie spéciale "Suisse" (*Elle*, notamment), qui constituent des concurrents importants pour les multinationales du luxe désirant atteindre la population suisse romande.

73. Il y a lieu dès lors de considérer que la concurrence sur le marché des annonces pour les produits de luxe ne sera pas modifiée par la concentration envisagée, les additions de part de marché marginales de Ringier sur ce marché ne mèneront en particulier pas à la création d'une position dominante.

## II. Concurrence potentielle

74. Au cours des dernières années, la presse quotidienne a enregistré une importante diminution des volumes publicitaires. Ce recul peut être expliqué d'une part par la mauvaise conjoncture économique, mais aussi par une tendance générale des annonceurs à recourir à d'autres médias, en particulier aux médias électroniques pour atteindre leur public cible (DPC 1998/1, ch. 92, p. 60).

75. Comme sur le marché des lecteurs, Ringier n'était déjà pas un concurrent potentiel de LT sur le marché des annonces lors de son lancement. La concentration dont il est question ici ne réduit donc pas la concurrence potentielle sur le marché de référence (cf. ch. 62 ci-

---

dessus). Les considérations développées en relation avec les marchés des lecteurs connexes (cf. ch. 63 ci-dessus) sont également valables pour le marché des annonces.

76. Il existe dès lors un risque de réduction de la concurrence potentielle, dans la mesure où la coopération d'Edipresse et Ringier dans le cadre du *Temps* pourrait avoir des effets sur les marchés connexes à celui de référence.

#### **B.4.2.c Marché de l'imprimerie**

77. *Le Temps* est actuellement imprimé par Edipresse, sur ses propres installations d'impression. Il en sera de même après l'augmentation de Ringier au capital de LT. Ringier n'édite aucun produit de presse soumis à des impératifs de temps en Suisse romande.

78. Les magazines de Ringier sont imprimés en Suisse alémanique, sans impératif de temps, sur les installations de Ringier. Il n'est pas prévu de modifier cet état de fait au delà de la réalisation de la concentration envisagée.

79. La Comco a en outre déjà eu l'occasion de relever que sur le marché de l'impression des journaux soumis à des impératifs de temps, chaque éditeur dispose de ses propres installations. Ce marché n'est donc pas réellement soumis à la concurrence (DPC 2003/1, ch. 136, p. 201).

80. La concentration envisagée n'aura donc aucun effet sur la position concurrentielle des parties sur le marché de l'impression des journaux soumis à un impératif de temps.

#### **B.5 Respect des garanties d'indépendance imposées par la Comco dans sa décision du 1er décembre 1997**

81. Lors du lancement du quotidien *Le Temps* en 1997, la Comco avait relevé le risque de coordination des comportements concurrentiels pouvant exister entre LT et des autres unités d'entreprise du groupe Edipresse actives sur les marchés voisins. Pour limiter ces risques et garantir l'indépendance de LT face à Edipresse, la Comco avait lié son autorisation à diverses charges et conditions. La Comco avait en effet exigé que le Président du conseil d'administration de LT soit indépendant de ses deux actionnaires principaux, LQ et la SA du Journal de Genève et Gazette de Lausanne, et que tous les changements d'actionnaires au sein de LT lui soient soumis pour approbation préalable.

82. Ces charges et conditions ont été imposées principalement pour éviter qu'Edipresse, disposant déjà d'une position forte sur le marché de la presse en Suisse romande, ne prenne le contrôle de fait de LT. D'un contrôle conjoint avec la SA du Journal de Genève et Gazette de Lausanne, Edipresse a passé dans un premier temps à un contrôle conjoint avec Nalage SA en octobre 2001. Cette modification a été approuvée par la Comco le 1<sup>er</sup> octobre 2001 (décision non publiée). L'opé-

---

ration envisagée maintenant ne constitue qu'un nouveau changement du partenaire d'Edipresse dans LT.

83. La concentration envisagée ne permet pas à Edipresse de renforcer sa position dans LT. Au contraire, elle a pour effet de réduire la participation indirecte d'Edipresse à LT de 47% à un peu moins de 42%. En outre elle place Edipresse face à l'un des "poids lourds" de la presse en Suisse, Ringier. Les parties sont donc de forces égales au sein de NQ et il n'y a pas lieu de craindre que Ringier soit influencé et se range systématiquement à l'avis d'Edipresse en ce qui concerne la gestion de LT.

84. Les parties ont prévu un mécanisme qui permet de maintenir l'indépendance de LT face à Edipresse. En effet, il est prévu que le Conseil d'administration de NQ soit composé de sept membres, soit trois représentants d'Edipresse, trois représentants de Ringier et un Président indépendant des actionnaires. Les décisions stratégiques relatives à NQ et LT feront l'objet d'un droit de blocage de chacune des parties. Le risque qu'Edipresse dicte seule la position que devra adopter NQ dans la gestion de LT est ainsi écarté, pour autant toutefois que cette solution soit maintenue à long terme.

85. Afin de garantir à long terme l'indépendance de LT face à ses deux actionnaires principaux, regroupés désormais au sein de NQ, la Comco estime qu'il est nécessaire d'adapter les charges imposées dans sa décision LE TEMPS du 1<sup>er</sup> décembre 1997 à la nouvelle situation. En effet, les dispositions prises par les parties pourraient être modifiées si elles n'étaient pas fixées strictement par la Commission de la concurrence.

86. Les deux charges précitées devront dès lors être élargies à NQ, en ce sens que toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote au sein de la société "Le Nouveau Quotidien ERL SA" doit être soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence et que le Président du Conseil d'administration de la société "Le Nouveau Quotidien ERL SA" doit obligatoirement être une personne indépendante de ses actionnaires principaux, Edipresse et Ringier. Entendues sur ce point le 4 septembre 2003, les parties ne se sont pas opposées à un tel élargissement.

## **B.6 Coopérations entre Edipresse et Ringier sur d'autres marchés**

87. Comme relevé plus haut (cf. ch. 63 ci-dessus), Edipresse et Ringier sont en concurrence directe ou potentielle sur des marchés connexes au marché de référence.

88. La coopération étroite de ces deux éditeurs dans le cadre du *Temps* crée un risque de coopérations futures sur d'autres marchés, qui pourraient s'avérer préjudiciables à la concurrence.

---

89. Dès lors, la Commission de la concurrence estime qu'il est nécessaire qu'elle soit informée par les parties de tout accord futur de coopération passé par les parties en relation avec leurs produits de presse écrite. L'annonce a pour but de permettre à la Commission d'avoir connaissance des accords passés entre les parties afin de pouvoir le cas échéant mener une enquête sur la conformité de ceux-ci avec la LCart. Cette annonce ne doit dès lors pas être assimilée à une notification au sens de l'article 9 LCart, les coopérations prévues n'auront pas à faire l'objet d'une autorisation préalable de la Comco.

### **C. Frais**

90. Conformément à l'article 2 de l'Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart, RS 251.2), celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter d'un émolument. En l'espèce, les parties ont occasionné la procédure d'examen de leur projet de concentration. Elles sont dès lors assujetties à l'émolument.

91. On notera encore que, s'agissant d'une procédure d'examen au sens de l'article 33 LCart, l'article 3 alinéa 2 lettre c de l'Ordonnance sur les émoluments LCart qui exempte de l'émolument les entreprises qui entendent procéder à une concentration, lorsqu'il ne ressort de l'examen préalable aucun indice de création ou de renforcement d'une position dominante, ne peut trouver application en l'espèce.

92. Les parties sont dès lors tenues de s'acquitter d'un émolument, calculé en fonction du temps consacré à l'affaire, à raison de CHF 130.- de l'heure, aucun motif ne justifiant ici une réduction ou une augmentation de cette base de calcul (art. 4 Ordonnance sur les émoluments LCart).

93. Pour les [...] heures consacrées à l'affaire, l'émolument se monte en conséquence à CHF [...].

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

95. Le total des frais de la procédure, soit CHF [...], est mis à la charge des parties, à raison d'un tiers chacune, solidairement entre elles.

### **D. Dispositif**

Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence

1. autorise l'opération de concentration notifiée par Edipresse Publications SA, Ringier SA et Le Nouveau Quotidien ERL SA le 9 juillet 2003;
2. assortit son autorisation des charges suivantes:
  - a) Toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote au sein de la société "Le Nouveau Quoti-



dien ERL SA" est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence.

b) Le Président du Conseil d'administration de la société "Le Nouveau Quotidien ERL SA" doit obligatoirement être une personne indépendante de ses actionnaires principaux.

c) Tout accord futur de coopération passé entre les parties en relation avec leurs produits de médias en langue française distribués en Suisse, devra être annoncé préalablement à la Commission de la concurrence (cf. ch. 89 ci-dessus).

d) Les charges imposées par la Commission de la concurrence à la SA Le Temps dans sa décision LE TEMPS du 1<sup>er</sup> décembre 1997 (DPC 1998/1, p. 61, ch. 3a et 3b) restent valables en ce sens que :

i) toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société "Le Temps SA" est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence;

ii) le Président du Conseil d'administration de la société "Le Temps SA" doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux de la société "Le Nouveau Quotidien ERL SA".

3. [Frais de procédure]

4. [Voies de recours]

5. [Notification]

B 2.3	<b>5. Alcan/Pechiney</b>
-------	--------------------------

*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 30 septembre 2003*

## **I Opération de concentration envisagée**

1. Le 1<sup>er</sup> septembre 2003, la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) a reçu une notification annonçant que Alcan Inc. (ci-après: Alcan) prévoyait d'acquérir le contrôle de la société Pechiney (ci-après: Pechiney) au moyen d'une offre publique d'achat (OPA).

2. Alcan est une société canadienne cotée en bourse, ayant son siège à Montréal. Elle est active dans l'industrie de l'aluminium, à tous les échelons du marché. Son activité comprend l'extraction de la bauxite,

le raffinage d'alumine, la production de l'aluminium primaire et secondaire, l'extrusion, la fabrication de produits laminés et l'emballage.

3. Basée à Paris, Pechiney est une entreprise française, spécialisée également dans l'industrie de l'aluminium. Elle est active dans la production d'alumine, de l'aluminium primaire et secondaire, des produits laminés et extrudés. Elle est également présente dans le secteur de l'emballage, y compris la production d'aérosol, de bouteilles plastiques, de récipients cosmétiques plastiques et d'emballages flexibles et du commerce international.

4. L'opération de concentration fait suite au lancement d'Alcan d'une OPA sur l'ensemble des actions de Pechiney. Cette OPA fut rejetée dans un premier temps par le conseil d'administration de Pechiney qui considérait que le prix de l'action était sous-évalué. Ne trouvant cependant pas de meilleure offre sur le marché, il l'a acceptée par la suite.

5. Le but visé par l'opération est de consolider à l'échelle mondiale la place de Alcan dans l'industrie de l'aluminium, notamment grâce à l'acquisition de certaines activités de Pechiney dans le domaine des produits laminés qu'Alcan ne produit pas actuellement. Alcan souhaite également créer des synergies dans les fonderies d'aluminium et augmenter la capacité de production de certaines usines du groupe fusionné.

6. Le 4 octobre 1999, la Comco avait déjà reçu la notification de la concentration Alcan/Pechiney/Algroup qu'elle avait acceptée au cours de l'examen préliminaire (DPC 1999/4 Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604 ss.). Alcan a cependant abandonné ses plans pour acquérir Pechiney afin d'éviter la perspective d'une décision de la Commission européenne de bloquer la fusion. En revanche, la fusion Alcan/Algroup a été autorisée et réalisée.

7. Depuis 1999, le marché de l'industrie d'aluminium a connu, outre la fusion entre Alcan et Algroup, certaines restructurations importantes, notamment le rachat de Vaw par Norsk Hydro Aluminium, qui a été autorisé en 2002 (DPC 2002/2 Norsk Hydro/Vaw, p. 325) et l'acquisition d'Alcan des activités d'emballage flexible de Norsk Hydro, début 2003, qui n'a pas été notifiée en Suisse.

8. Le projet de concentration a été notifié à la Commission européenne le 14 août 2003.

## **II Obligation de notifier**

9. Les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires de CHF [...] mia. en 2002. Le chiffre d'affaires individuel en Suisse d'Alcan est de CHF [...] mio. et celui de Pechiney en Suisse est supérieur à CHF [...] mio. Ces chiffres dépassent les seuils prévus à l'article 9 alinéa 1 lettre a de la Loi sur les cartels (ci-après: LCart).

---

10. Une opération par laquelle une entreprise acquiert, notamment par prise de participation au capital, le contrôle direct ou indirect d'une entreprise jusque-là indépendante est considérée comme une concentration d'entreprise au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre a LCart.

11. Compte tenu de ce qui précède, il s'agit d'une opération de concentration soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

### **III Examen**

#### **1 Marché de référence**

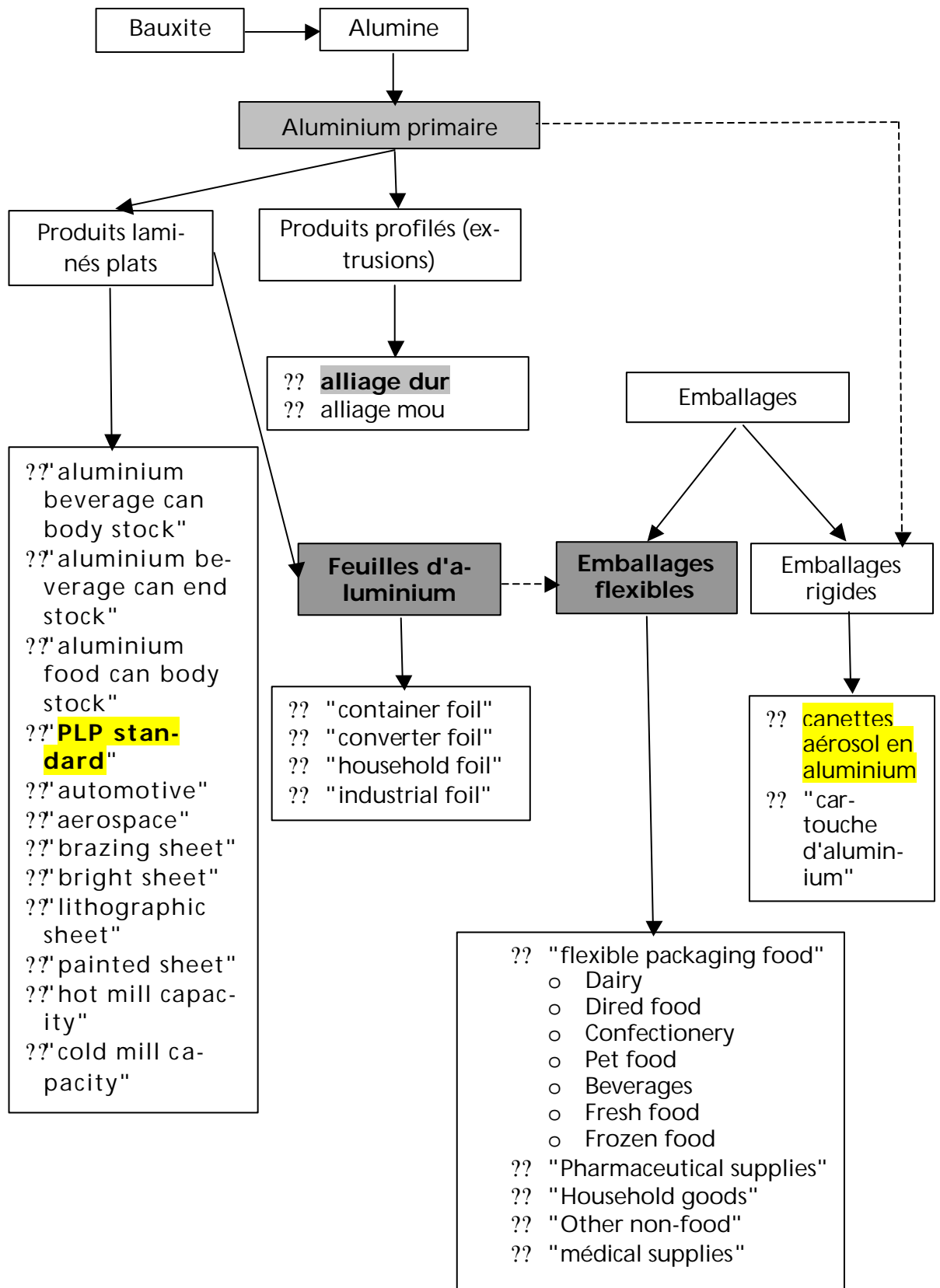
12. L'article 11 alinéa 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après: OCCE) indique que les marchés de référence doivent être délimités dans leur dimension matérielle (marché des produits) et géographique (marché géographique).

##### **1.1 Marché des produits**

13. Les marchés concernés par la présente concentration font partie de l'industrie de l'aluminium. L'aluminium n'existe pas à l'état pur dans la nature mais se présente sous forme d'oxydes. La source la plus rentable de l'aluminium est la bauxite. Ce minerai est facile à extraire mais sa transformation en aluminium est plus complexe. Elle comprend deux phases: un procédé chimique permet de dégager l'alumine (oxyde d'aluminium) de la bauxite, suivi d'un procédé électrolytique permettant de transformer l'alumine en aluminium. La grande partie de l'alumine est utilisée pour produire de l'aluminium (smelter grade aluminium) et le reste est transformé pour l'industrie chimique (chemical grade alumina).

14. Le métal est ensuite coulé en lingots de formes, de grandeurs et de compositions diverses, adaptés à de nombreux usages. Les lingots sont en suite transformés en tôle ou en profilés destinés à différentes industries.

**Schéma 1 (en gris: marchés touchés en Suisse)**



15. On peut distinguer plusieurs marchés qui sont touchés en Suisse par la présente concentration:

?? **Technologie de production d'alumine:** Il s'agit du savoir-faire permettant la production d'alumine. Elle se caractérise par la vente de techniques et l'assistance technique aux usines de production d'alumine. A cela s'ajoutent, les services d'étude de faisabilité, de démarrage et de modernisation de la nouvelle unité de production.

?? **Alumine:** Elle est de l'oxyde d'aluminium extrait de la bauxite (cf. chiffre 13). Elle est ensuite transformée en aluminium primaire par un procédé électrolytique. Ce marché peut être subdivisé en deux, à savoir celui de l'alumine pour l'industrie chimique (chemical grade alumina) et celui de l'alumine spécifique à l'industrie de l'aluminium (smelter grade alumina), marchés qui se distinguent notamment par leur champ d'application et leur constitution spécifique (cf: case No COMO/M.1693 Alcoa/Reynolds).

?? **Technologie de production d'aluminium primaire:** Il s'agit du savoir-faire pour la mise en place d'équipements spécifiques et de l'assistance technique pour les usines d'électrolyse qui fabriquent de l'aluminium primaire. Pechiney est leader mondial dans ce domaine. 80% des installations de production d'aluminium installées dans le monde occidental depuis 1991 fonctionnent sous sa technologie.

?? **Aluminium primaire:** Il est obtenu directement à partir de l'alumine par électrolyse. Cette dernière opération permet de séparer l'oxygène de l'aluminium, processus demandant une quantité importante d'électricité. L'aluminium en fusion peut atteindre différents degrés de pureté et être mélangé ou non à d'autres produits pour obtenir l'alliage voulu (cf. Case. No COMP/M:2404 Elkem/SAPA).

16. A partir de l'aluminium primaire, plusieurs types de produits peuvent être constitués, qui forment chacun des marchés relevant.

?? **Produits profilés (extrusions):** Ces produits (25% de l'aluminium primaire) sont usinés à partir d'aluminium primaire pressé dans une matrice pour lui donner la forme voulue. On distingue deux marchés des produits d'aluminium profilé: les profilés en alliage tendre (soft alloy extrusion) et ceux en alliage dur (hard alloy extrusion) (cf. case NO M.675 Alcoa/Alumix). Ces deux types de produits se différencient principalement par leur résistance permettant différents types d'applications. Les profils tendres sont utilisés, entre autres, dans la construction et les profilés en alliage dur sont utilisés, entre autres, dans l'industrie aéronautique et de la défense. Du point de vue de l'offre, les équipements ne permettent pas de produire les deux types de produits profilés. En effet,

---

la production de profilés en alliage dur, contrairement aux alliages doux, exige des presses à haute puissance ainsi que des instruments permettant de tester les produits usinés.

?? **Produits laminés plats** (ci-après: PLP): Ces produits semis-finis peuvent varier en taille, forme et compositions suivant la demande. Ils sont utilisés pour un grand nombre d'applications, telles que l'emballage (packaging), la construction automobile ou l'industrie aéronautique. Une évolution de la jurisprudence européenne (cf.: Case No COM/M.1663 Alcan/Alusuisse) a distingué parmi ces PLP, différentes catégories de produits, en raison principalement de leurs applications spécifiques. Ils sont énoncés dans le schéma 1 ci-dessus.

Même avec une délimitation de marché très étroite, seul le marché des PLP standards est affecté en Suisse. Ainsi, la question de savoir si ces segments de marchés constituent des marchés relevant peut rester ouverte.

Les PLP standards sont constitués de tous les PLP qui n'ont pas d'application prédéfinie telle que les autres catégories énoncées dans le schéma 1. Les PLP standards ne posent pas de problèmes quant à la spécificité de leur unité de production. Ils peuvent être façonnés par la grande majorité des laminoirs produisant des PLP standards.

?? **Feuilles d'aluminium:** Elles sont produites à partir de PLP standards dans des installations ad hoc. Ce produit est caractérisé par sa finesse. L'épaisseur des feuilles d'aluminium varie habituellement entre 200 et 5 microns. C'est principalement l'industrie de l'emballage qui utilise ces produits. Une segmentation plus fine des marchés peut être proposée en raison principalement de leurs applications spécifiques. Ces différents segments sont également énoncés dans le schéma 1 ci-dessus.

La question de savoir si ce marché peut être segmenté peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la solution retenue, la concentration ne pose pas de problème dans ce marché.

17. Dans le domaine de l'emballage, on distingue les marchés de produit pertinents suivants (DPC 1999/4, Alcan/Pechiney/Algroup, p.604):

?? **Emballage souple:** il est composé d'un éventail d'emballages utilisés dans le commerce de détail alimentaire ou non alimentaire. Il est fabriqué à partir de bandes fines de différents matériaux, tels que des films plastiques ou de celluloses et des feuilles d'aluminium. Ces dernières matières peuvent aussi être combinées. Une segmentation plus fine des marchés peut être proposée en raison principalement de leurs applications spécifiques. Ces différents segments sont également énoncés dans le schéma 1 ci-dessus.

---

- ?? **Emballage rigide:** ils sont composés d'un éventail d'emballages utilisés dans le commerce de détail. Dans ces précédentes décisions (cf. Case No COM/M.1663 Alcan/Alusuisse), la Commission européenne distingue notamment deux sous-marchés en raison principalement de leurs applications spécifiques et de leurs caractéristiques différentes. Il s'agit des marchés suivants:
- Canettes aérosol en aluminium: Elles forment un marché distinct des canettes aérosol en fer blanc, notamment en raison de leur résistance et de leur caractéristique technique impliquant différentes applications.
  - Cartouches d'aluminium.

## 1.2 Marché géographique

- ?? **Technologie de production d'alumine et d'aluminium:** le marché est mondial dans la mesure où le bien est immatériel et peut être vendu dans le monde entier.
- ?? **Alumine pour l'industrie chimique:** La spécificité de l'industrie chimique et plastique utilisant de l'alumine réside dans le fait que les livraisons ont lieu en temps continu (just-in-time) et en quantités peu importantes. Dans ces conditions, les coûts de transports ne permettent pas économiquement la livraison sur de très longues distances. Pour cette raison, le marché géographique pertinent se limite à l'Espace économique européen (solution retenue par la Commission européenne, case No COMO/M.1693 Alcoa/Reynolds). La question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus étroite ou plus large peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration envisagée ne posera pas de problème en Suisse sur ce marché.
- ?? **Aluminium primaire:** Au vu d'une part, de la localisation des sites de production de l'aluminium primaire qui sont pour la plupart situés dans les pays de l'Est en Australie et au Moyen Orient, et d'autre part, des régions d'importations principales que sont les USA, l'Europe et le Japon, le marché géographique pertinent est mondial (cf. DPC 1994/4, Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604, Case No IV/M.1161 Alcoa/Alumax).
- ?? **Produits profilés, produits laminés, feuille d'aluminium et emballage souple et semi-rigide :** Au vu des flux marchands entre Etats, des coûts de transports, le marché géographique pour ces différents produits est au moins égal à l'Espace économique européen, la Suisse étant incluse. (cf. DPC 1999/4, Alcan/Pechiney/Algroup, p. 604, case No M.675 Alcoa/Alumix, Case No COM/M.1663 Alcan/Alusuisse, case No M.1161 Alcoa/Alumax, case No M.1003 Alcoa/Inespal).
-

## 2. Analyse concurrentielle horizontale

18. Parmi les marchés touchés en Suisse définis ci-dessus, sont affectés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE les marchés de produits suivants:

- ?? aluminium primaire
- ?? les produits profilés en alliage dur
- ?? parmi les produits laminés plats (PLP): les produits laminés plats standard
- ?? les feuilles d'aluminium
- ?? parmi les emballages rigides: les canettes aérosol en aluminium
- ?? les emballages souples.

19. A titre préliminaire, il convient de souligner que les données de parts de marché en Suisse ne sont pas toujours très précises. En effet, comme pour l'ensemble des produits, le marché géographique est au moins européen, les parties ne disposent pas de chiffres précis pour chaque pays ou alors uniquement des estimations. Les parts de marché en Suisse doivent donc être prises en compte avec précaution.

### 2.1 Aluminium primaire

20. D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché de l'aluminium primaire peut être écartée pour les raisons suivantes:

- ?? L'addition de part de marché [...] ne permettra pas à la nouvelle entité de se comporter de manière indépendante.
- ?? La concurrence actuelle est forte. Tous les grands producteurs sont présents sur ce marché, notamment, Alcoa (13%), qui restera leader sur ce marché, Rusal (8%), Hydro Aluminium (5%), BHB Bil-liton (4%) et Comalco (3%).

**Tableau 1: part de marché de l'aluminium primaire (2002)**

<b>Aluminium primaire (production)</b>	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	Total
Sur le marché relevant: monde	~0%-10%?	~0%-10%?	~10%-20%?
En Suisse (en terme de vente)	~10%-20%?	~0%-10%?	~10%-30%?



## 2.2 Les produits profilés en alliage dur ("hard alloy extrusion")

21. D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché des produits profilés en alliage dur peut être écartée pour les raisons suivantes:

- ?? Malgré l'importante addition de part de marchés que crée la fusion, la présence sur le marché de concurrents ayant des parts de marché élevées est à même d'exercer une pression concurrentielle sur Alcan/Pechiney. Il s'agit, entre autres, d'Alcoa (15%), de Fuch (14%), de Corus (11%), d'Eural (11%) et de Metalba, Aluhette et Unna (ces trois derniers producteurs ayant ensemble plus de 10% de part de marché).
- ?? Le marché est caractérisé par un grand nombre d'acteurs (notamment des petits producteurs spécialisés) qui se font une forte concurrence.
- ?? Les produits qu'Alcan et Pechiney fabriquent ne sont pas destinés au même usage et sont plutôt complémentaires. Pechiney est spécialisé dans les produits de l'industrie aérospatiale et de la défense alors qu'Alcan produit plus spécifiquement pour l'industrie automobile.

**Tableau 2: part de marchés de produits profilés en alliage dur (2002)**

Produits profilés en alliage dur (production)	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	Total
Sur le marché relevant: Europe de l'Ouest	10%-15%?	10%-20%?	20%-30%?
En Suisse	20%-30%?	10%-15%?	20%-30%?

## 2.3 Produits laminés plats standards

22. Les informations recueillies par le secrétariat ont permis de constater les éléments suivants:

- ?? L'addition de part de marchés que crée la fusion est très importante. Les concurrents sur ce marché sont, entre autres, Hydro Aluminium (22,9%), Alcoa (12,6%) et Corus, Elval, Austria Metal (ces trois derniers producteurs ayant ensemble plus de 19% de part de marché). Même s'il reste sur le marché des concurrents qui ont des parts de marché relativement élevées, il n'est pas certain que ceux-ci puissent exercer un effet disciplinaire sur le comportement d'Alcan/Pechiney.

- ?? Les parts de marché indiquées dans le tableau 3 devraient être relativisées dans la mesure où une partie de la production réalisée dans l'EEE + Suisse est vendue à l'extérieure. De plus, une part de plus en plus significative des PLP est importée dans l'EEE en provenance d'Europe de l'Est et centrale (Russie, Turquie) et du Moyen-Orient. Le pendant de cette affirmation est que le marché géographique pertinent retenu ici et dans les précédents cas est plus étroit que ne pourraient l'indiquer ses importations. Cependant, il n'est pas sur que ce volume d'importation soit à même de changer la situation concurrentielle sur le marché relevant.
- ?? La substitution à l'offre est importante entre les différentes unités de production de PLP. Les producteurs de PLP peuvent produire un large éventail de PLP. Cependant, même si cette industrie est chroniquement en surcapacité, il n'est pas certain que cette capacité de changement exerce un effet disciplinaire dans les différents sous-marchés qui empêcherait Alcan/Pechiney de ne pas abuser d'un pouvoir de marché sans provoquer une réaction, comme l'entrée sur ce marché d'un concurrent.

**Tableau 3: part de marchés des produits laminés plats standard (2002)**

PLP standard (production)	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	Total
Sur le marché relevant: Europe de l'Ouest	20%-30%?	10%-20%?	30%-40%?
En Suisse	20%-30%?	0%-10%?	30%-40%?

23. Ainsi, au vu de ce qui précède, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché des PLP standards ne peut être écartée.

24. Afin de dissiper les préoccupations identifiées par la Commission européenne et par la Comco quant aux effets de la fusion pour la concurrence, Alcan a proposé une série d'engagements. Ceux-ci visent à réduire les parts de marché de l'entreprise fusionnée sur les différents marchés problématiques.

25. Alcan propose deux programmes de désinvestissement. Il s'agit:

- ?? soit de céder les unités de production appartenant à Pechiney de Neuf-Brisach et Annecy (France)
- ?? soit de céder les unités de production appartenant à Alcan de Norf et Göttingen (Allemagne).

26. D'un point de vue purement quantitatif, la cession de l'un ou l'autre des paquets de désinvestissements diminuerait l'addition des parts

de marché sur le marché PLP à moins de 35% (sauf pour les "beverage can body" mais non affecté en Suisse).

27. Cependant, ces propositions de désinvestissement doivent être améliorées dans la mesure où elles n'assurent pas la viabilité à long terme et donc la compétitivité des actifs cédés, compris comme devant constituer un acteur indépendant sur le marché des PLP.

28. Afin d'assurer cette indépendance et cette compétitivité, il faut notamment:

?? (en amont) assurer en partie l'approvisionnement en matériaux (lingot d'aluminium) indispensable à la production de PLP.

?? (en aval) assurer que les unités de production de PLP cédées auront dans un premier temps un débouché garanti.

?? avoir à disposition le "know-how", c'est-à-dire des unités de recherche et développement appartenant soit à Alcan soit à Pechiney, pour garantir à long terme la viabilité et donc le développement des unités de production.

29. Pour assurer les trois points susmentionnés, Alcan a convenu avec la Commission européenne, le 19 septembre 2003, un nouveau programme de désinvestissement qui a été repris intégralement par la Comco, dans la mesure où ces engagements règlent également le problème en Suisse. Il s'agit de:

a. Donner la possibilité à l'acquéreur d'acheter l'usine de Latchford (Grande-Bretagne) qui recycle l'aluminium et produit des lingots appartenant à Alcan. Cette acquisition lui permettra de s'approvisionner en matériel de base (notamment en lingots d'aluminium) de manière partiellement indépendante.

b. Transférer les ressources nécessaires (technique et personnel) en termes de recherche et développement localisées, soit dans le centre de recherche de Voreppe (France) appartenant à Pechiney, soit dans celui d'Alcan de Neuhausen (Suisse). Ce transfert assurera à l'acquéreur des compétences suffisantes en R&D, technologie et connaissance du marché, ceci pour un large éventail de PLP. De telles compétences sont indispensables pour permettre la viabilité à long terme des actifs désinvestis compris comme unité de production autonome.

c. Céder à l'acheteur, soit l'usine de laminage à froid de Nachtersedt (Allemagne) d'Alcan en plus de Norf et Göttingen, soit remplacer dans l'offre de désinvestissement du paquet Pechiney, l'unité de production d'Annecy par celle de Rugles (laminoir de feuille mince, France) et laisser en sus à l'acheteur l'option d'acheter les actifs d'Annecy. Ces acquisitions donneront un débouché (client) de base pour la production de PLP. Seule 20% de la production de Norf, respectivement de Neuf-Brisach serait vendue à Alcan/Pechiney, ce qui diminuerait leur dépendance envers cette dernière. Par ailleurs, une période

---

de transition de trois ans est prévue durant laquelle les achats de PLP doivent être garantis par la nouvelle entité.

30. Ainsi, Alcan s'engage à fournir les ressources nécessaires au futur acheteur en termes de recherche et développement et technologie, pour qu'il soit en mesure de produire des PLP de manière compétitive et indépendante pour être viable à long terme et perpétuer la R&D.

31. L'ensemble de ces conditions garantira qu'un nombre suffisant d'acteurs compétents continueront d'exister sur le marché pour discipliner le comportement d'Alcan/Pechiney.

32. Par conséquent, les parts de marché de la nouvelle entité sur tous les PLP seront les suivantes:

<b>PLP standard</b> (production)	Alcan + Pechiney Sans désinvestissement	Avec la cession de Neuf - Brisach, Ru- gles avec ou sans Annecy	Avec la ces- sion de Norf, Nachterstedt et Göttingen
PLP standard	~30%-40%?	[30-40%] ([30%-40%] si Annecy est vendu)	~30%-40%?
Tous les PLP	~40%-50%?	[30-40%] ([30%-40%] si Annecy est vendu)	~30%-40%?

33. L'augmentation de part de marché résultant de la concentration sera ainsi au maximum de [0%-10%] pour les PLP standards si c'est le programme de désinvestissement de Pechiney (sans Annecy) qui est choisi.

34. Ainsi, au vu de ce qui précède et compte tenu des engagements pris par Alcan, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché des PLP standard peut être écartée.

35. Les engagements d'Alcan résolvent les problèmes que le projet de concentration est susceptible de poser non seulement sur le marché relevant mais aussi en Suisse en raison de la délimitation géographique des marchés concernés qui est au moins européenne.

#### **2.4 Canettes aérosol en aluminium**

36. L'enquête menée par le secrétariat a mis en évidence les éléments suivants:

?? Malgré l'importante addition de part de marché que créerait la fusion, il reste sur le marché de nombreux concurrents ayant des parts de marché relativement élevées. Il s'agit, entre autres, des concurrents Nussbaum (11%) et Emesa (12%).

?? D'après les renseignements donnés par les parties, la concurrence ne s'exercerait pas uniquement au niveau des canettes aérosol en aluminium mais également au niveau d'autres produits en acier, fer blanc ou en plastique qui sont substituables ou qui, dans tous les cas, exercent une pression concurrentielle. En effet, une partie des produits conditionnés sous forme d'aérosol le sont dans d'autres "matières" que l'aluminium. Une telle assertion modifierait la définition du marché et par là entraînerait une diminution des parts de marché de la nouvelle entité. La Comco considère que le marché pertinent se limite uniquement aux canettes aérosol en aluminium (cf. ch.17).

**Tableau 4: part de marchés des canettes aérosol en aluminium (2002)**

<b>canettes aérosol en aluminium (production)</b>	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	total
Sur le marché relevant: EEE	?20%-30%?	?20%-30%?	?40%-50%?
En Suisse	?20%-30%?	?10%-20%?	?30%-40%?

37. Cependant, la question de savoir si la concentration pourrait créer une position dominante sera écartée dans la mesure où Alcan a proposé un engagement de désinvestissement qui enlève la totalité des chevauchements. Alcan propose deux alternatives:

- ?? soit de céder la totalité des activités de Pechiney dans ce marché,
- ?? soit de céder la totalité des activités d'Alcan dans ce marché.

38. Les désinvestissements proposés par Alcan réduiraient les parts de marché de la nouvelle entité comme suit:

<b>canettes aérosol en aluminium (production)</b>	Part de marché Alcan + Pechiney sans désinvestissement	Avec la cession des activités de Pechiney (-[20-30%])	Avec la cession des activités d'Alcan (-[20-30%])
Canettes aérosol en aluminium	?40%-50%?	?20%-30%?	?20%-30%?

39. L'un ou l'autre de ces désinvestissements diminuerait les parts de marchés de telle sorte qu'il n'y aura même plus de chevauchement, vu que l'une ou l'autre des entreprises participantes se retirera du marché. La création ou le renforcement d'une position dominante sera dès lors exclue.

40. Les engagements d'Alcan résolvent les problèmes que le projet de concentration est susceptible de poser non seulement sur le marché relevant mais aussi en Suisse en raison de la délimitation géographique des marchés concernés qui est au moins européenne.

## 2.5 Emballage flexible

41. D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché de l'emballage flexible peut être écartée pour les raisons suivantes:

- ?? L'addition de part de marché [...] ne permettra pas à la nouvelle entité de se comporter de manière indépendante.
- ?? Il reste sur le marché de nombreux acteurs qui ont des parts de marché suffisamment élevées pour exercer un effet disciplinaire sur le comportement d'Alcan/Pechiney. Il s'agit, entre autres, des concurrents Amcor (15%) et Constantia (7%).
- ?? La demande dispose d'un pouvoir de négociation suffisamment fort pour discipliner le comportement de ces fournisseurs. Il s'agit pour une grande partie des multinationales des différents secteurs intéressés tel que Nestlé, masterfoods/Mars, British American Tobacco, GlaxoSmithKline, Pfizer, Hoffman Laroche etc.
- ?? Seuls pour trois types d'emballage flexible, la concentration crée un chevauchement de part de marché sensible. Il s'agit précisément de trois types de sous-produit pour lesquels la demande dispose d'une puissance d'achat importante: Dairy flexible packaging, diaries flexible packaging, (industrie alimentaire) et pharmaceuticals flexible packaging.

**Tableau 5: part de marchés des emballages flexibles**

<b>Emballages flexibles</b> (production)	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	total
Sur le marché relevant: EEE	?10%-20%?	?0%-10%?	?10%-20%?
En Suisse	?20%-30%?	?0%-10%?	?20%-30%?

## 2.6 Feuilles d'aluminium

42. D'après les informations recueillies par le secrétariat, l'hypothèse d'une création de position dominante sur le marché des feuilles d'aluminium peut être écartée pour les raisons suivantes:

- ?? Malgré l'importante addition de part de marchés que créerait la fusion, il reste sur le marché des concurrents qui ont des parts de marchés suffisamment élevées pour exercer un effet disciplinaire sur le comportement d'Alcan/Pechiney. Il s'agit, entre autres, des concurrents Hydro Aluminium (26 %), Alcoa (6%), Elval (7%) et Comital (6%).
- ?? Etant donné la surcapacité des moyens de production des feuilles d'aluminium dans l'industrie, les concurrents sont à même d'augmenter sans investissement leur production de feuille d'aluminium et par là de discipliner le comportement d'Alcan/Pechiney.
- ?? Etant donné le haut degré de substituabilité de l'offre, les producteurs de feuilles d'aluminium peuvent offrir l'ensemble de la gamme de produits. Pour cette raison, seules les parts de marchés des feuilles d'aluminium pris dans leur ensemble sont indiquées dans le tableau 6.

**Tableau 6: part de marchés des feuilles d'aluminium en terme de vente (2002)**

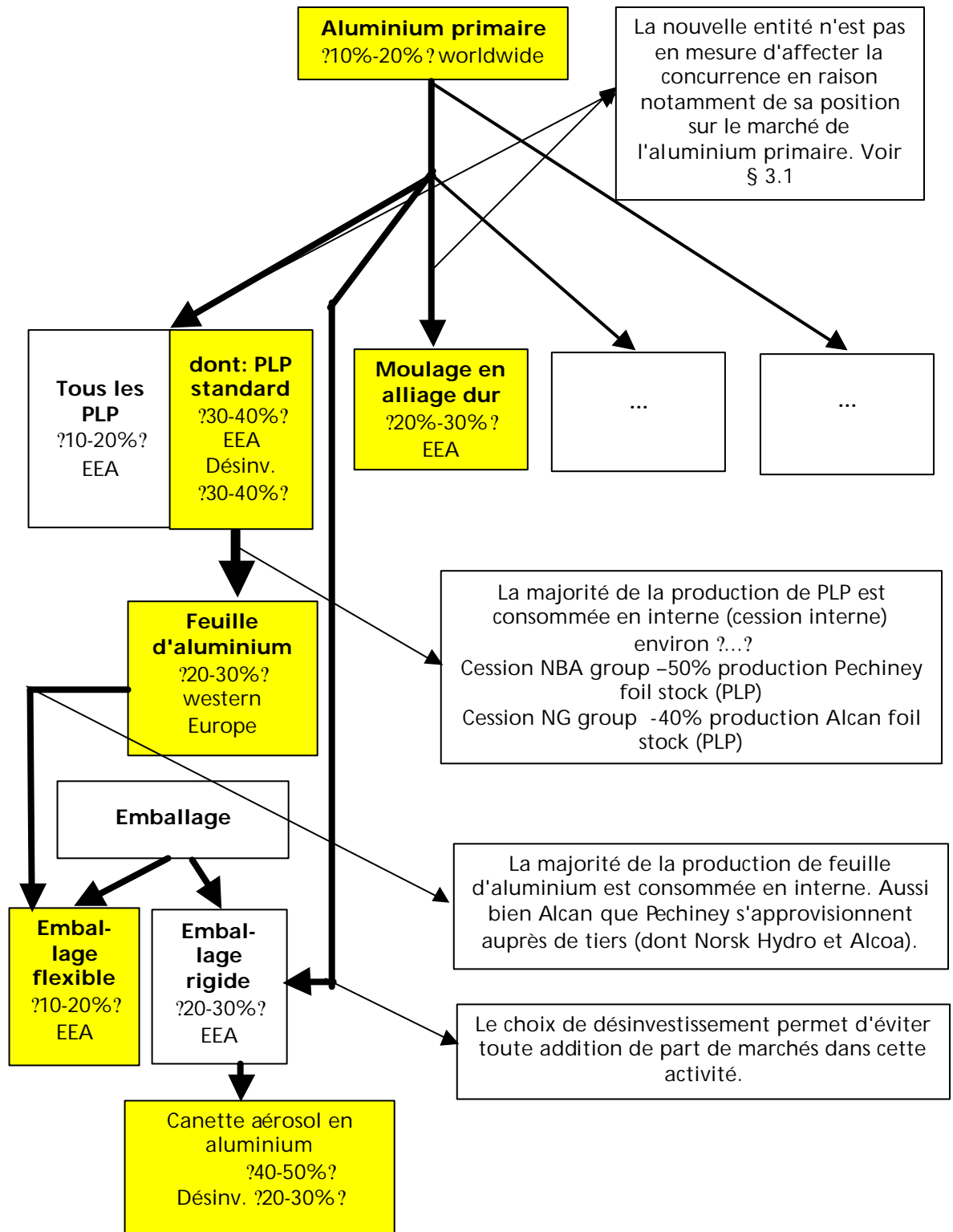
<b>Feuilles d'aluminium</b>	Part de marché d'Alcan	Part de marché de Pechiney	total
Sur le marché relevant: EEE	?10%-20%?	?10%-20%?	?20%-30%?
En Suisse	?10%-20%?	?2%-30%?	?30%-40%?

## 3. Analyse concurrentielle verticale (effet en aval et en amont)

43. Au vu du niveau d'intégration verticale de l'industrie, il convient de poursuivre l'analyse concurrentielle concernant les effets de la concentration sur les liens entre les marchés situés à différents stades de production. Il convient notamment d'examiner si une part de marché importante sur un marché peut permettre un comportement anti-concurrentiel sur les marchés en aval ou en amont. Les engagements d'Alcan sont pris en compte dans l'analyse.

44. Le schéma ci-dessous résume les différents stades de production (en gris les marchés affectés):

**Schéma 2**





### 3.1 Effet vertical entre les différents échelons du marché

45. Une grande partie de la production européenne d'aluminium primaire d'Alcan est cédée en interne pour sa propre production de PLP. Cela ne suffisant pas, Alcan est obligé de se fournir en aluminium primaire auprès d'autres fournisseurs concurrents (Hydro aluminium, Elkem, Rusal, etc.) pour produire ses PLP.

46. En revanche, la production d'aluminium primaire de Pechiney excède sa consommation interne, ce qui lui permet d'en vendre à des tiers. Cependant, la quantité vendue en externe n'est pas à même de constituer un pouvoir de marché pouvant influencer sur le marché en aval.

47. La majorité des PLP standards fabriqués par Alcan et Pechiney pour la production de feuille d'aluminium est également cédée en interne [...]. Seule une quantité marginale est vendue à des tiers, composés essentiellement de producteurs concurrents sur le marché en aval (feuilles d'aluminium). Par ailleurs, d'autres producteurs, comme Hydro aluminium, Alcoa, Corus, fournissent également en PLP standard les producteurs de feuilles d'aluminium. Ainsi, la quantité vendue en externe n'est pas à même de constituer un pouvoir de marché pouvant influencer sur le marché en aval.

48. Une grande partie de la production européenne d'aluminium primaire d'alliage dure d'Alcan et Pechiney est cédée en interne. Ainsi, la quantité vendue en externe n'est pas à même de constituer un pouvoir de marché pouvant influencer sur le marché en aval. Par ailleurs, en raison du nombre élevé de demandeurs et d'offreurs qui ne sont pas intégrés sur le marché de l'aluminium (primaire) en alliage dure, la nouvelle entité ne sera pas en mesure de se comporter de manière indépendante sur ces deux marchés.

49. La majorité de la production d'Alcan de feuilles d'aluminium utilisées pour la production d'emballage flexible (converter foil) est cédée en interne. Seule une petite quantité est vendue à des tiers (notamment à Pechiney), qui sont par ailleurs leurs concurrents (Alcoa, Hydro aluminium) sur le marché en aval de l'emballage flexible. Ceci dit, aussi bien Alcan que Pechiney achètent à des fournisseurs tiers des feuilles d'aluminium pour leur production d'emballage. Ainsi la quantité de feuille d'aluminium vendue en externe n'est pas à même de constituer un pouvoir de marché pouvant influencer sur le marché en aval de l'emballage flexible.

50. Ceci étant, au vu, d'une part, de l'importance de leur consommation interne et, d'autre part, de leur besoin pour leur propre production, la nouvelle entité ne sera pas en mesure d'affecter la concurrence sur les différents échelons de marché.

---

#### IV. Conclusion

51. La Comco a pris acte qu'Alcan s'est engagée, pour résoudre les problèmes concurrentiels dans le marché des PLP, à:

- ?? soit céder les unités de production appartenant à Pechiney de Neuf-Brisach et de Rugles et laisser en sus à l'acheteur l'option d'acheter les actifs d'Annecy;
- ?? soit céder les unités de production appartenant à Alcan de Norf et Göttingen et de Nachterstedt;
- ?? donner la possibilité à l'acquéreur d'acheter l'usine de recyclage de Latchford (Grande-Bretagne);
- ?? transférer les ressources nécessaires (technique et personnel) en termes de recherche et développement localisées, soit dans le centre de recherche de Voreppe (France) appartenant à Pechiney, soit dans celui d'Alcan de Neuhausen (Suisse).

52. La Comco a pris acte qu'Alcan s'est engagée, pour résoudre les problèmes concurrentiels dans le marché des canettes aérosols en aluminium, à soit:

- ?? céder la totalité des activités de Pechiney dans ce marché,
- ?? céder la totalité des activités d'Alcan dans ce marché.

53. Les engagements d'Alcan résolvent les problèmes que le projet de concentration est susceptible de poser non seulement sur le marché relevant mais aussi en Suisse en raison de la délimitation géographique des marchés concernés qui est au moins européenne.

54. Compte tenu de ce qui précède, l'opération de concentration envisagée n'est dès lors pas en mesure de créer ou renforcer une position dominante d'Alcan/Pechiney tant sur les marchés relevant que sur le marché suisse.

55. L'article 38 alinéa 1 lettre a LCart qui dispose que la Comco peut rapporter une autorisation lorsque les entreprises participantes ont fourni des indications inexactes est applicable.

56. Sur la base de ces considérations, le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi au sens de l'article 10 LCart ne sont pas remplies.

---

B 2.3	<b>6. Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG</b>
-------	--

*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 gemäss Artikel 16 Abs. 1 VKU vom 20. Oktober 2003*

## **A SACHVERHALT**

1. Am 24. September 2003 ist bei der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen, wonach die Firma Ringier AG die Kontrolle über die Bolero Zeitschriftenverlag AG erwerben soll. Zu diesem Zweck wurde am 19. September 2003 zwischen der Ringier AG und den jetzigen Eigentümern der Bolero Zeitschriftenverlag AG ein Aktienkaufvertrag über den Erwerb sämtlicher Aktien der Bolero Zeitschriftenverlag AG abgeschlossen.

2. Die **Ringier AG** (nachfolgend Ringier) ist eine Konzerngesellschaft der Ringier Holding AG, der obersten Konzerngesellschaft der Ringier Gruppe. In der Ringier AG sind die Verlagsaktivitäten der Ringier Gruppe im In- und Ausland zusammengefasst. Ringier ist Herausgeberin der in der Deutschschweiz erscheinenden Zeitungen "Blick", "SonntagsBlick" und "Cash", sowie der Zeitschriften "Betty Bossi", "edelweiss", "Gesundheit Sprechstunde", "Glückspost", "Schweizer Illustrierte" und verschiedener TV Zeitschriften.

3. Unter dem Namen RingierTV ist Ringier zudem auf dem Schweizer Fernsehmarkt tätig. Des Weiteren hält Ringier Beteiligungen an verschiedenen Internetplattformen.

4. Mit dem Bereich Ringier Print ist Ringier im Bereich des Druckes von Zeitungen und Zeitschriften beziehungsweise des Akzidenzdrucks tätig. Es werden sowohl Aufträge der eigenen Verlage, wie auch von Drittkunden bearbeitet.

5. Die **Bolero Zeitschriftenverlag AG** (nachfolgend Bolero) ist die Inhaberin der Verlagsrechte der Zeitschrift "Bolero". Dabei handelt es sich um ein monatlich in der Schweiz erscheinendes Magazin für Mode, Beauty und Lifestyle. Das Magazin erscheint in deutscher Sprache. Weiter gibt Bolero ein- bis zweimal pro Jahr Sonderhefte heraus, so "BoleroMen" zum Thema Männer, "Blush" zum Thema Beauty und "Sign" zum Thema Wohnen.

6. Druck und Fertigstellung der Zeitschriften von Bolero finden ausser Haus, bei der Druckerei Winterthur dw AG (eine Tochtergesellschaft von Ringier), statt.

7. Neben der Verlagstätigkeit ist Bolero Veranstalterin des jährlich stattfindenden Modeanlasses "Prix Bolero". Schliesslich ist Bolero über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft B. Online GmbH im Internet-Bereich tätig. Diese GmbH betreut die Internetaktivitäten der Printprodukte und des "Prix Bolero" und beliefert Dritte mit Webinhalten.

## **B MELDEPFLICHTIGER UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLUSS**

8. Nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG gilt der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

9. Durch den Aktienkaufvertrag vom 19. September 2003 wird der Kauf sämtlicher Aktien der Bolero durch Ringier geregelt. Das Vorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG zu qualifizieren.

10. Da das Verpflichtungsgeschäft für das Zusammenschlussvorhaben vom 19. September 2003 datiert ist, sind die Umsätze des Geschäftsjahres 2002 massgebend (Art. 9 Abs. 1 KG). Die Umsätze der Betroffenen Unternehmen sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst (Angaben in CHF Mio.).

	<b>Weltweit</b>	<b>Schweiz</b>
<b>Ringier</b>	1'033,3	582,6
<b>Bolero</b>	[...]	[...]
kumuliert	[...]	[...]

11. Ringier und Bolero sind Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Beurteilung der Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens das Zwanzigfache der in diesem Bereich getätigten Umsätze massgebend.

12. Diese mit dem Faktor Zwanzig multiplizierten Umsätze von Ringier und Bolero überschritten im Jahr 2002 die unter Artikel 9 Absatz 1 KG genannten Aufgreifschwelle klar. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

## **C BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS**

13. Im Mittelpunkt des Zusammenschlussvorhabens steht die Verlagsaktivität bezüglich der Zeitschrift "Bolero". Von der Übernahme ist im Wesentlichen ein bestimmtes Segment des Zeitschriftenmarktes be-

rührt. Beide beteiligten Unternehmen betreiben zudem in geringem Umfang Internetaktivitäten. Die mit diesen Aktivitäten generierten Umsätze sind jedoch vernachlässigbar.

14. Nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission werden bei Medienzusammenschlüssen Lesermärkte, Anzeigemärkte und Märkte für den Druck von Zeitungen und Zeitschriften beziehungsweise für Akzidenzdruck unterschieden (vgl. z.B. *Edipresse-Corbaz*, RPW 2003/1, S. 182 ff., *NZZ-LZ Medien Holding*, RPW 2002/2, S. 341 ff., od. *Berner Oberland Medien*, RPW 2000/3, S. 422 ff.).

15. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen 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 (nachfolgend betroffene Märkte). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

16. Da Bolero ihre Zeitschriften bei einer Tochtergesellschaft von Ringier drucken lässt, kommt es durch den Verkauf von Bolero zu keinerlei Änderungen, welche die Druckereimärkte beeinflussen könnten. Im vorliegenden Fall kann daher auf die Abgrenzung von Druckereimärkten verzichtet werden.

### **C.1 Lesermärkte**

#### *Sachlich relevanter Markt*

17. Der sachlich relevante 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).

18. Mode-, Beauty- und Lifestyle-Magazine (nachfolgend Mode-Magazine) wie zum Beispiel Bolero zeichnen sich durch einen Einzelverkaufspreis in der mittleren bis höheren Preislage und eine gehobene bis luxuriöse Heftqualität (Hochglanz) aus. Die werbemässige Positionierung ist ausgerichtet auf klassische Werbung mit dem Schwerpunkt Image-Kampagnen und PR mit stark internationaler Ausprägung. Das Zielpublikum sind in erster Linie Frauen jeden Alters mit mittleren bis höheren Einkommen.

19. Mode-Magazine sind abzugrenzen von der so genannten "Yellow Press". Diese richtet sich mit einem günstigen Einzelverkaufspreis und geringerer Heftqualität sowie häufigerer Erscheinungsweise an ein anderes Publikum. Dies zeigt sich vor allem im Anzeigenteil, wo Anzeigen zum Beispiel von Versandhäusern, sowie Aktions- und Rubrikeninserate dominieren. Als Beispiele können klassische Frauenzeit-

schriften wie "Neue Post", "Glückspost", "Glücksrevue" oder "Bild der Frau" genannt werden. Aufgrund der unterschiedlichen Produktmerkmale und Zielgruppen ist von einem getrennten Markt für Frauenzeitschriften (im Sinne der Yellow Press) und Mode-Magazine auszugehen.

20. Im Folgenden wird deshalb von einem sachlich relevanten Markt für Mode-Magazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise ausgegangen.

#### *Räumlich relevanter Markt*

21. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

22. Im Bereich der Mode-Magazine für ein weibliches Publikum kann für den Lesermarkt von einer sprachregionalen Ausdehnung "Deutschschweiz", allenfalls "deutschsprachiger Raum" ausgegangen werden. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Lesermarktes kann jedoch offen bleiben, da selbst bei der engeren Marktdefinition "Deutschschweiz" keine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird (vgl. Rz. 26).

#### *Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss in den Lesermärkten*

23. Ringier verfügt im relevanten Markt für Mode-Magazine über die Zeitschrift "edelweiss". Da diese Zeitschrift (in deutscher Sprache) erst im Frühjahr 2003 lanciert wurde, liegen weder gesicherte Leserzahlen noch eine beglaubigte Auflagenzahl vor. Wie auf der Website von Ringier publiziert ([www.ringier.ch](http://www.ringier.ch)), beträgt die momentane Druckauflage von "edelweiss" 60'000 Exemplare, wovon der Grossteil zu Promotionszwecken gratis (Zielversand) abgegeben wird. Die verkaufte Auflage beträgt schätzungsweise [...] Exemplare (Abonnements- und Kioskverkauf), wovon [...] Schnupperabonnemente sind.

24. Bolero erreichte im Jahr 2002, mit einer von der AG für Werbemedienforschung (nachfolgend WEMF) beglaubigten Auflage von 22'473 Exemplaren, rund 91'000 Leserinnen und Leser.

25. Nebst "Bolero" und "edelweiss" existiert mit "Annabelle" ein weiteres rein schweizerisches Mode-Magazin. Mit einer Auflage von 73'700 Exemplaren ist die von der Tamedia AG herausgegebene "Annabelle" Marktführerin. Des Weiteren sind zahlreiche deutsche Zeitschriften beziehungsweise internationale Zeitschriften mit deutscher Ausgabe auf dem Schweizer Markt vertreten. Davon besitzen einige einen speziellen Schweizer Splitteil. Andere werden in der für Deutschland produzierten Fassung vertrieben. In der Deutschschweiz sind die folgenden Mode-Magazine auf dem Markt vertreten:

Titel	Herkunft	EW	Auflage Schweiz	%			Leser Schweiz	%		
				20-30	40-50	70-80		20-30	30-40	70-80
Anna- belle	Schweiz	14- täglich	73'700	20-30	40-50	70-80	328'000	20-30	30-40	70-80
Bolero	Schweiz	monat- lich	22'473	0-10	10-20	20-30	91'000	0-10	0-10	10-20
edel- weiss <sup>1</sup>	Schweiz	monat- lich	[...]	0-10	0-10	0-10	[...]	0-10	0-10	0-10
Brigitte	Deutsch- land, Split Schweiz	14- täglich	24'190	0-10	10-20		163'000	10-20	10-20	
Cosmo- politan	Deutsch- land, Split Schweiz	monat- lich	23'340	0-10	10-20		182'000	10-20	10-20	
freundin	Deutsch- land, Split Schweiz	14- täglich	19'770	0-10	10-20		181'000	10-20	10-20	
Elle d	Deutsch- land, Split Schweiz	monat- lich	7'581	0-10	0-10		15'000 <sup>2</sup>	0-10	0-10	
Brigitte Young Miss	Deutsch- land	14- täglich	5'578	0-10			11'000 <sup>2</sup>	0-10		
Für Sie	Deutsch- land	14- täglich	3'985	0-10			8'000 <sup>2</sup>	0-10		
Woman	Deutsch- land	14- täglich	6'837	0-10			14'000 <sup>2</sup>	0-10		
Allegra	Deutsch- land	monat- lich	5'360	0-10			12'000 <sup>2</sup>	0-10		
AMICA	Deutsch- land	monat- lich	5'837	0-10			12'000 <sup>2</sup>	0-10		
burda mode- magazin	Deutsch- land	monat- lich	5'575	0-10			11'000 <sup>2</sup>	0-10		
InStyle	Deutsch- land	monat- lich	18'436	0-10			37'000 <sup>2</sup>	0-10		
MADA- ME	Deutsch- land	monat- lich	2'675	0-10			5'000 <sup>2</sup>	0-10		
Marie Claire	Deutsch- land	monat- lich	3'544	0-10			7'000 <sup>2</sup>	0-10		

MAXI	Deutschland	monatlich	4'582	0-10	9'000 <sup>2</sup>	0-10
Petra	Deutschland	monatlich	7'671	0-10	15'000 <sup>2</sup>	0-10
SHAPE	Deutschland	monatlich	9'433	0-10	19'000 <sup>2</sup>	0-10
Style	Deutschland	monatlich	2'000	0-10	4'000 <sup>2</sup>	0-10
Vogue	Deutschland	monatlich	6'170	0-10	12'000 <sup>2</sup>	0-10
<b>Gesamt</b>			[...]	<b>100 100 100</b>	[...]	<b>100 100 100</b>

Quelle: WEMF MACH Basic, Kiosk-Angaben. Die Zahlen beziehen sich mit Ausnahme von "edelweiss" auf das Jahr 2002.

26. Konkret lassen die unter Randziffer 25 dargestellten Zahlen die folgenden Schlussfolgerungen zu:

?? Auf der Basis der Anzahl Leser erreichen Ringier und Bolero einen kumulierten Marktanteil für Mode-Magazine von [10%-20%]. Betrachtet man nur die Titel mit einem redaktionell auf die Schweiz zugeschnittenen (Teil-)Inhalt - blendet also die in der Schweiz verkauften rein deutschen Titel aus -, so erreichen die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von [10%-20%]. In beiden Fällen entsteht kein betroffener Markt.

Ein ähnliches Bild zeigt sich, wenn man auf die Auflagenzahlen abstellt. Auf der Basis der verkauften Auflagen erreichen die beteiligten Unternehmen einen kumulierten Marktanteil von [10%-20%] respektive [10%-20%].

<sup>1</sup> Da "edelweiss" erst seit Februar 2003 erscheint, liegen keine gesicherten Leser- und Auflagenzahlen vor. Die Angabe der Auflage basiert auf der aktuellsten (5.), bisher bestverkauften Ausgabe. Darin sind [...] Schnupperabonnemente enthalten. Ringier macht momentan zusätzlich einen Zielversand, um einen Abonnentenstamm aufzubauen. Bei der Leserzahl handelt es sich um eine Schätzung von Ringier.

<sup>2</sup> Für diese Titel wird keine schweizerische Leserzahl erhoben. Im Sinne einer eher konservativen Annahme wird von mindestens zwei Leserinnen pro verkauftes Exemplar ausgegangen. Tatsächlich dürfte die Leserzahl deutlich höher liegen. Nach Aussage der Parteien liegen Leserzahlen erfahrungsgemäss drei- bis viermal höher als die Auflage.



?? Würde man nur die rein schweizerischen Mode-Magazine betrachten, so kämen Ringier und Bolero auf einen gemeinsamen Marktanteil (gemessen an der Anzahl Leser) von [20%-30%]. Auch wenn hier ein betroffener Markt entstünde, wäre auszuschliessen, dass der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung von Ringier führe. Der überragende Marktanteil von Annabelle [70%-80%] verunmöglicht, dass sich Ringier in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann.

Die Überlegungen würden ihre Gültigkeit behalten, betrachtete man die Anzahl verkaufter Exemplare. Ringier und Bolero kommen auf einen Marktanteil für rein schweizerische Mode-Magazine von gemeinsam [20%-30%], Annabelle auf einen Marktanteil von [70%-80%].

27. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass je nach dem, wie eng der sachlich relevante Markt abgegrenzt wird, entweder keine betroffenen Lesermärkte im Sinne der schweizerischen Fusionskontrolle vorliegen oder aber keine marktbeherrschende Stellung begründet wird.

## **C.2 Anzeigemärkte**

### *Sachlich relevanter Markt*

28. Mode-Magazine bieten eine ideale Plattform für internationale Kosmetik- und Luxusgüterkonzerne, um ihre neuen Produkte - vor allem aber auch immer wieder ihren Markennamen - einer (meist) weiblichen Kundschaft bekannt zu machen. Bei Inserenten in Zeitschriften wie "Bolero", "edelweiss" oder "Annabelle" handelt es sich daher vor allem um grosse internationale Firmen wie L'Oreal, Lancaster, Clarins, Estée Lauder, Gucci und so weiter.

29. Auch wenn das Mode-Magazin nicht der einzige mögliche Werbeträger für Kosmetik und Luxusgüter darstellt und teilweise durch das Plakat, den Fernsehspot oder die Eventwerbung substituiert wird, soll hier im Sinne einer engen Marktabgrenzung von einem sachlich relevanten Markt für Inserate von Firmen aus der Kosmetik- und Luxusgüterindustrie in Mode-Magazinen ausgegangen werden.

30. Das Leserprofil der anderen von Ringier kontrollierten Titel (insbesondere "Glückspost" und "Schweizer Illustrierte") unterscheidet sich wesentlich vom Leserprofil eines Mode-Magazins. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Titel für die Inserenten in "Bolero" respektive "edelweiss" keine (zumindest keine nahen) Substitute darstellen. Würden diese Titel dennoch in die Marktabgrenzung miteinbezogen, so änderte sich an der Beurteilung der Marktstellung nichts, da in direkter Konsequenz zur Erweiterung der Marktabgrenzung weitere - nicht von Ringier kontrollierte - Titel wie "Schweizer Familie", "Neue Post", "Glücksrevue" oder "Bild der Frau" zu berücksichtigen wären.

---

*Räumlich relevanter Markt*

31. Die Industrie für Kosmetik und Luxusgüter ist weitgehend internationalisiert. Die fraglichen Produzenten verkaufen ihre Produkte europaweit, wenn nicht sogar weltweit. Daraus kann nun jedoch nicht geschlossen werden, dass Verkaufsstrategien weltweit identisch sein können. Strategien müssen den einzelnen Zielgebieten angepasst werden. Es ist davon auszugehen, dass auch innerhalb von Europa starke soziokulturelle Unterschiede bestehen, die nach einer Diversifizierung der Werbestrategien verlangen, welche über das bloße Übersetzen der Werbebotschaften hinaus geht.

32. Aus Gesagtem folgt, dass eine Abgrenzung des räumlich relevanten Anzeigemarktes auf Europa zu weit wäre. Eine Abgrenzung auf den deutschsprachigen Raum wäre zu diskutieren. Hier wird jedoch im Sinne einer engen Marktabgrenzung davon ausgegangen, dass der räumlich relevante Anzeigemarkt lediglich die Deutschschweiz umfasst. Die genaue Abgrenzung des räumlich relevanten Anzeigemarktes kann jedoch offen bleiben, da selbst bei enger Marktdefinition kein betroffener Markt entsteht (vgl. Rz. 35).

*Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss in den Anzeigemärkten*

33. Der Marktabgrenzung folgend können nur Mode-Magazine Teil des räumlich relevanten Anzeigemarktes sein, welche sich ganz an eine schweizerische Leserschaft richten oder aber mindestens einen speziellen Schweizer Splitteil besitzen. Magazine, die in der für Deutschland produzierten Fassung vertrieben werden, stellen für die Inserenten keinen vergleichbaren Kanal dar, um sich speziell an Deutschschweizer Kundinnen und Kunden zu richten.

34. Im Jahr 2002 erzielten die deutschsprachigen rein schweizerischen Mode-Magazine und die deutschsprachigen Mode-Magazine mit Schweizer Splitteil einen Anzeigenerlös wie folgt:

Titel	Auflage, alle deutsch- sprachigen Aus- gaben	Auflage Schweiz	Anzeigen- erlös, alle deutsch- sprachigen Aus- gaben (in Mio. CHF)	Anzeigen- erlös Schweiz <sup>1</sup> (in Mio. CHF)	%
Annabelle	73'700	73'700	[...]	[...]	60-70 80-90
Bolero	22'473	22'473	[...]	[...]	0-10 10-20
edelweiss <sup>2</sup>	[ ... ]	[ ... ]	[...]	[...]	0-10 0-10
Brigitte	800'743	24'190	[...]	[...]	0-10
Cosmopolitan	360'482	23'340	[...]	[...]	0-10
freundin	786'449	19'770	[...]	[...]	0-10
Elle d	214'043	7'581	[...]	[...]	0-10
<b>Gesamt</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>	<b>100 100</b>

Quelle: Auflage Schweiz: WEMF MACH Basic; Auflagen Deutschland: Mediendatenbuch; Werbeausgaben: Mediafocus. Die Zahlen beziehen sich mit Ausnahme von "edelweiss" auf das Jahr 2002.

35. Konkret lassen die unter Randziffer 34 dargestellten Zahlen die folgenden Schlussfolgerungen zu:

- ?? Auf der Basis "Anzeigenerlös Schweiz" erreichen Ringier und Bolero einen kumulierten Marktanteil für Inserate in Mode-Magazinen mit einem auf die Schweiz zugeschnittenen Redaktionsteil von [10%-20%]. Es entsteht kein betroffener Markt im Sinne des KG.
- ?? Würde man nur Inserate in rein schweizerischen Mode-Magazinen betrachten, so kämen Ringier und Bolero auf einen gemeinsamen Marktanteil von [10%-20%]. Auch hier entstünde kein betroffener Markt.

<sup>1</sup> Die Werte "Anzeigenerlös Schweiz" werden wie folgt berechnet: (Anzeigenerlös, alle deutschsprachigen Ausgaben)/(Auflage, alle deutschsprachigen Ausgaben)\*(Auflage Schweiz).

<sup>2</sup> Da "edelweiss" erst seit Februar 2003 erscheint, liegen keine gesicherten Auflagezahlen und kein gesicherter Anzeigenerlös vor. Die Angabe der Auflage basiert auf der aktuellsten (5.), bisher bestverkauften Ausgabe. Darin sind [...] Schnupperabonnemente enthalten. Beim Anzeigenerlös handelt es sich um den von Ringier erwarteten Erlös für das Jahr 2003.

36. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass durch das Zusammenschlussvorhaben keine betroffenen Anzeigemärkte entstehen.

## **D ERGEBNIS**

37. 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 nicht gegeben. Das Zusammenschlussvorhaben kann als unbedenklich bezeichnet werden.

B 2	<b>4. Sanktionen Sanctions Sanzioni</b>
B 2.4	<b>1. Swisscom-Werbebeilagen</b>

*Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung; Art. 50 KG*

*Inobservation contre un accord amiable; art. 50 LCart*

*Infrazione con il conciliazioni dell'autorità; art. 50 LCart*

*Verfügung vom 6. Oktober 2003 in Sachen Verwaltungssanktion gemäss Artikel 50 Kartellgesetz betreffend Sanktionsverfahren gegen Swisscom-Werbebeilagen wegen eines möglichen Verstosses gegen eine einvernehmliche Regelung*

### **A. Sachverhalt**

1. Am 5. Dezember 2001 eröffnete die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) gegen die Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG) betreffend das Beilegen von Werbeunterlagen zu den Rechnungen für die Anschlussgebühr. Die vorangehende Vorabklärung hatte Anhaltspunkte ergeben, dass insbesondere die systematische Abwerbung von Carrier Preselection-Kunden (nachfolgend: CPS-Kunden) über diesen Werbekanal möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG darstellt.

2. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2001 signalisierte das Sekretariat der Weko (nachfolgend: Sekretariat) der Swisscom, dass es die Möglichkeit sehe, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken mittels Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zu beseitigen. Am 14. Januar 2002 unterbreitete Swisscom dem Sekretariat einen ersten schriftlichen Vor-

schlag für eine einvernehmliche Regelung. Es wurde für den 28. Januar 2002 ein Sitzungstermin vereinbart, um diesen Vorschlag zu diskutieren.

3. Am 28. Januar 2002 fand die Sitzung in den Räumlichkeiten der Weko statt, anlässlich welcher die relevanten Eckpunkte einer einvernehmlichen Regelung diskutiert und das weitere Vorgehen besprochen wurden. Mit Schreiben vom 29. Januar 2002 liess das Sekretariat der Swisscom eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Sitzung vom 28. Januar 2002 zukommen, mit der Bitte um Stellungnahme zum darin enthaltenen Entwurf einer einvernehmlichen Regelung. Am 28. Februar 2002 nahm Swisscom schriftlich Stellung zu diesem Entwurf und unterbreitete einen Alternativvorschlag.

4. Mit Schreiben vom 4. März 2002 bat das Sekretariat um eine weitere Stellungnahme und insbesondere um Begründung, weshalb der Alternativvorschlag in einigen zentralen Aspekten von der am 28. Februar 2002 gemeinsam skizzierten Grundstruktur einer einvernehmlichen Regelung abweiche. Am 18. März 2002 erläuterte die Swisscom in ihrer Stellungnahme, dass der anlässlich der Sitzung mit dem Sekretariat erarbeitete Vorschlag mit technischen Schwierigkeiten behaftet sei und deshalb kaum beziehungsweise nur unter Inkaufnahme eines unverhältnismässigen Aufwandes umzusetzen sei. Insbesondere das Beilegen von vorgedruckten Antwortkarten, mit welchen die Kunden den Verzicht auf Werbung der Swisscom mitteilen könnten, sei laut Swisscom nicht durchführbar. Deshalb schlug Swisscom anstelle des Beilegens von Antwortkarten vor, künftig auf das Beifügen von auf CPS-Kunden zugeschnittene Werbung zu verzichten.

5. Mit Schreiben vom 20. März 2002 erklärte sich das Sekretariat mit dem Vorschlag der Swisscom grundsätzlich einverstanden und erläuterte, dass jegliche direkt auf Abwerbung von CPS-Kunden ausgerichtete Unterlagen künftig nicht mehr beigelegt werden dürften. Ebenfalls am 20. März 2002 unterbreitete das Sekretariat Tele 2 den Vorschlag zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 12. April 2002 nahm Tele 2 Stellung zum Entwurf der einvernehmlichen Regelung.

6. Am 6. Mai 2002 genehmigte die Weko die einvernehmliche Regelung und eröffnete gleichentags den Parteien die entsprechende Verfügung. Mit der einvernehmlichen Regelung verpflichtete sich Swisscom, künftig den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen.

7. Am 28. Juni 2002 wurde dem Sekretariat von privater Seite zuge tragen, dass die Swisscom der Anschlussrechnung des Monats Mai 2002 (Versand im Juni 2002) erneut an CPS-Kunden gerichtete Werbung (Einlageblatt Format A5 "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?") beigelegt habe.

---

8. Mit Schreiben vom 1. Juli 2002 brachte das Sekretariat den Sachverhalt bezüglich angeblich erneuter spezifisch an CPS-Kunden gerichteter Rechnungsbeilage der Swisscom zur Kenntnis und bat sie um entsprechende Stellungnahme. Gleichzeitig wurden Swisscom erste Fragen zur Abklärung des Sachverhalts gestellt. Mit Schreiben vom 19. August 2002 nahm Swisscom zum fraglichen Sachverhalt Stellung und beantwortete die entsprechenden Fragen. Im Wesentlichen machte Swisscom geltend, dass es sich bei der Angabe einer speziellen Gratisnummer für CPS-Kunden um eine administrative Massnahme handle, welche einem effizienteren Prozessablauf und der Erhöhung der Kundenzufriedenheit gedient habe.

9. Am 27. August 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Weko ein Sanktionsverfahren nach Artikel 50 KG wegen eines möglichen Verstosses der Swisscom gegen die einvernehmliche Regelung vom 6. Mai 2002. Mit Schreiben vom selben Tag wurde Swisscom darüber in Kenntnis gesetzt und zu einem Gespräch in den Räumlichkeiten der Weko eingeladen. In der Folge wurde als Termin der 11. September 2002 vereinbart.

10. Am 11. September 2002 fand das besagte Gespräch statt, an welchem Swisscom über das weitere Vorgehen informiert wurde. Die Sitzung diene dazu abzuklären, ob allenfalls eine Strafsanktion nach Artikel 54 KG gegen Verantwortliche der Swisscom in Erwägung zu ziehen sei. An der Sitzung nahmen von Seiten der Swisscom der Chief Executive Officer und der Head of Retail Business der Swisscom Fixnet AG sowie ein Vertreter des Group Legal Service der Swisscom teil. Aufgrund der Ergebnisse der Sitzung sowie den von Swisscom am 13. September 2002 eingereichten Unterlagen teilte das Sekretariat am 16. September 2002 mit, dass keine Anhaltspunkte für eine vorsätzliche Verletzung der einvernehmlichen Regelung durch bestimmte Entscheidungsträger der Swisscom vorliegen.

11. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2002 versandte das Sekretariat einen Fragebogen an Swisscom, welcher der Abklärung des möglichen Verstosses gegen die einvernehmliche Regelung sowie der Schätzung beziehungsweise Substantiierung eines allfälligen Gewinns aus dem möglichen Verstoß diene. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 beantwortete Swisscom die ihr im Fragebogen vom 29. Oktober 2002 gestellten Fragen.

12. Der Antrag des Sekretariats vom 4. Juni 2003 wurde Swisscom mit gleichem Datum mit der Aufforderung zugestellt, sich zum Antrag schriftlich zu äussern (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Swisscom wurde gleichzeitig ein Aktenverzeichnis zugestellt und Gelegenheit gegeben, Akteneinsicht zu nehmen. Swisscom hat mit Schreiben vom 5. August 2003 im Wesentlichen wie folgt zum Antrag des Sekretariats Stellung genommen. Es liege keine Verletzung der einvernehmlichen Regelung vor, da diese eine Rückgewinnung von CPS-Kunden zulasse. Das Sank-

tionsverfahren sei deshalb einzustellen. Im Weiteren sei die Bemessung der Verwaltungsanktion unverhältnismässig.

13. Am 18. August 2003 hat eine Anhörung im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG von Vertretern von Swisscom stattgefunden. Anlässlich dieser Anhörung hat Swisscom ihre Sichtweise vorgetragen und die Vertreter der Wettbewerbsbehörden hatten Gelegenheit, Fragen zu stellen.

14. Auf einzelne Aktenstücke und Ausführungen wird, soweit notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen an entsprechender Stelle eingegangen beziehungsweise verwiesen.

## **B. Erwägungen**

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

### **B.1 Geltungsbereich**

16. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Swisscom ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.2 Verstoss gegen einvernehmliche Regelung**

17. Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns belastet. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes in der Schweiz. Artikel 9 Absatz 3 KG ist sinngemäss anwendbar (Art. 50 KG).

#### **B.2.1 Tatbestandselemente**

18. Voraussetzung zur Anwendung von Artikel 50 KG ist das Bestehen einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder eines Entscheids der Rechtsmittelinstanzen. In diesem Fall liegt eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 Absatz 2 KG vor, welche mit Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Mai 2002 genehmigt wurde. Diese Verfügung ist mangels Einreichens einer Beschwerde in Rechtskraft erwachsen. Auf mögliche Sanktionen wurde Swisscom im Übrigen in

---

Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. Mai 2002 aufmerksam gemacht.

19. Ein Verstoss muss gemäss Artikel 50 KG durch ein Unternehmen erfolgen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Artikel 2 Absatz 1 KG abgestellt. Swisscom ist wie vorstehend erwähnt als solches Unternehmen zu qualifizieren. Die in Frage stehende Verletzungshandlung, nämlich das Versenden des Einlageblattes "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?" (nachfolgend: Einlageblatt) im Juni 2002, erfolgte durch die formelle Adressatin der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung, nämlich durch Swisscom.

20. Weiteres Tatbestandselement nach Artikel 50 KG ist, dass ein Verstoss durch ein Unternehmen zu seinem Vorteil erfolgen muss. Dieser Vorteil kann beispielsweise finanzieller Natur sein. Swisscom hat nach eigenen Angaben annähernd zweitausend Kunden aus dieser Werbeaktion gewonnen, woraus für Swisscom ein entsprechender Gewinn resultiert. Das Tatbestandselement, dass ein Verstoss eines Unternehmens zu seinem Vorteil erfolgen muss, ist damit ohne weiteres erfüllt.

### **B.2.2 Verletzungshandlung im engeren Sinn**

21. Swisscom verpflichtete sich mit der von der Weko am 6. Mai 2002 genehmigten einvernehmlichen Regelung, künftig den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen und verpflichtete sich insbesondere, auf das Beilegen von so genannten CPS-Aufhebungsformularen zu verzichten (Ziffern 2.a und b des Dispositivs der von der Weko am 6. Mai 2002 genehmigten einvernehmlichen Regelung).

22. Bei einem Verstoss gegen eine von der Weko genehmigte einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG ist zunächst deren möglicher Inhalt zu betrachten (vgl. DUCREY in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 Rz. 4). Ausgangspunkte zur Qualifikation, ob ein Verstoss vorliegt, sind damit der Wortlaut des Dispositivs der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung sowie die Entstehungsgeschichte der einvernehmlichen Regelung.

23. Das Einlageblatt "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?" wurde im Juni 2002 als Beilage mit der Rechnung für den Telefonanschluss an alle Anschlusskunden, davon [...] CPS-Kunden, verschickt. Es handelt sich damit um Werbung, welche den Rechnungen für den Telefonanschluss beigelegt wurde. Im Folgenden ist zu prüfen, ob es sich bei dieser Werbung um spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung handelt.

24. Beim Einlageblatt handelt es sich um einen vor- und rückseitig bedruckten Farbdruk im Format A5 mit dem Titel "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?". Im ersten Abschnitt wird auf die neue Tarifstruktur hingewiesen, mit welcher Swisscom als erste Anbieterin den

---



Einheitspreis eingeführt habe. Unter der Überschrift "Vergleichen lohnt sich!" werden anhand von vier Gesprächsbeispielen mit entsprechenden Grafiken die Preise von Swisscom mit denjenigen von Sunrise und Econophone verglichen. Auf der Rückseite wird unter den entsprechenden Überschriften auf die hohe Qualität, die exklusiven Zusatzdienstleistungen und die Zuverlässigkeit von Swisscom als Partner hingewiesen. Im vorletzten Abschnitt wird für Fragen zu Festnetzpreisen und Spezialangeboten die Gratisnummer 0800 86 87 88 angegeben. Am Ende des Textes wird in einem separaten Abschnitt auf eine spezielle Gratisnummer, nämlich 0800 715 015 (nachfolgend: Gratisnummer) für Kunden mit Carrier Preselection bei einem anderen Anbieter hingewiesen.

25. Das Einlageblatt mit dem Titel "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?" richtet sich dem Titel und dem Inhalt entsprechend in erster Linie an Telefoniekunden von Swisscom, um diese von einem Wechsel zu einem anderen Anbieter abzuhalten. Angesichts des nach Angaben von Swisscom weiter anhaltenden Verlusts von Festnetztelefoniekunden ist es eines der Ziele von Swisscom, diese Kundenabwanderung in Grenzen zu halten. Diesbezüglich handelt es sich damit um die Absicht einer reinen Retention von Kunden, welche aus Sicht der Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 nicht als problematisch anzusehen ist. Andererseits wurden jedoch vom Einlageblatt auch Carrier Preselection Kunden angesprochen.

26. In diesem Zusammenhang ist auf den Ausgangspunkt der Untersuchung, welche zur einvernehmlichen Regelung führte, zurückzukommen. Swisscom versandte ursprünglich unterschiedliche Rechnungsbeilagen für ihre Kunden und für CPS-Kunden. Mit der abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung sollten vor allem auch solche Werbepraktiken mit unterschiedlicher Werbung für die beiden Segmente unterbunden werden. Swisscom hat bei der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung mit Schreiben vom 28. Februar 2002 darauf hingewiesen, dass Swisscom- und CPS-Kunden die gleichen Werbebeilagen erhalten und keine auf CPS-Kunden zugeschnittene Werbung mehr verschickt werden sollte. Aus der Tatsache, dass diese Ausführungen innerhalb des gleichen Satzes gemacht wurden, lässt sich schliessen, dass die Bewerbung von CPS-Kunden mit separatem Werbematerial als das eigentliche wettbewerbsrechtliche Problem angesehen wurde. Mit Blick auf das versandte Einlageblatt lässt sich feststellen, dass für Telefoniekunden und CPS-Kunden die gleiche Werbebeilage versandt wurde, was darauf hindeutet, dass CPS-Kunden eben nicht mit spezifischen Argumenten angesprochen werden sollten.

27. Bezüglich der Angabe einer speziellen Gratisnummer für CPS-Kunden hat Swisscom geltend gemacht, dass eine solche angegeben worden sei, um den spezifischen Fragestellungen von CPS-Kunden nachzukommen. Namentlich würden von CPS-Kunden Schnittstellen-

probleme mit anderen Fernmeldediensteanbietern angesprochen werden, weshalb eine entsprechende spezielle Telefonnummer angegeben worden sei.

28. Im Weiteren ist dementsprechend zu fragen, wie die Tatsache zu werten ist, dass sich teilweise auch CPS-Kunden vom Einlageblatt angesprochen fühlten. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat in diesem Zusammenhang mit Schreiben 20. März 2002 festgehalten, dass Swisscom weiterhin alle Rechnungsempfänger über eigene Produkte informieren dürfe. Dies heisst, dass auch CPS-Kunden über Swisscom-Produkte informiert werden durften, was impliziert, dass daraus auch gewisse Wechsel zu Swisscom resultieren konnten.

29. Aus den genannten Gründen lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die Wettbewerbskommission die Voraussetzungen für den Verstoß gegen die einvernehmliche Regelung als nicht gegeben erachtet. Das Einlageblatt kann nicht als spezifisch auf die Abwerbung von CPS-Kunden ausgerichtete Werbung angesehen werden.

### **B.3 Ergebnis**

30. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass Swisscom mit dem Versand des Einlageblattes "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?" im Juni 2002 als Beilage mit der Rechnung für den Telefonanschluss nicht gegen Ziffer 2.a. des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Mai 2002, mit welcher die einvernehmliche Regelung genehmigt wurde, verstossen hat.

### **C. Kosten**

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

32. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Gemäss Entscheid des Bundesgerichts im Fall BKW FMB Energie AG (abgedruckt in RPW 2002/3, S. 538 ff.) ist das Verursacherprinzip gemäss Artikel 2 KG-Gebührenverordnung im Sinne des Unterliegerprinzips zu interpretieren. Demgemäss besteht keine Gebührenpflicht, wenn sich die Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Untersuchung nicht bestätigen. Im vorliegenden Fall sind daher keine Gebühren zu sprechen.

### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

---

1. Das Sanktionsverfahren wird eingestellt.
2. Gebühren werden keine erhoben.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

<b>B 3</b>	<b>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	<b>1. Abschreibungsverfügung i.S. Privatkliniken vs. Krankenversicherer und Konsorten im Kanton Aargau</b>

*Abschreibungsverfügung vom 10. Oktober 2003 in Sachen Klinik im Schachen in Aarau (Beschwerdeführer 1), Klinik Sonnenblick in Wettingen (Beschwerdeführer 2), Klinik Schützen in Rheinfelden (Beschwerdeführerin 3) und Klinik Villa im Park in Rothrist (Beschwerdeführerin 4) (Verwaltungsbeschwerde vom 8. November 2001) gegen Aargauischer Krankenkassenverband in Baden (Beschwerdegegner 1), Concordia in Luzern (Beschwerdegegnerin 2), Unimedes in Luzern (Beschwerdegegnerin 3), CSS in Luzern (Beschwerdegegnerin 4), Helsana in Zürich (Beschwerdegegnerin 5), Aargauischer Aerzteverband in Baden (Beschwerdegegner 6) und Wettbewerbskommission in Bern (Vorinstanz) (Verfügung vom 1. Oktober 2001) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

**Nach Einsicht in:**

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2001 in Sachen Untersuchung betreffend den Zusatzversicherungsbe-  
reich im Kanton Aargau, mit welcher die Wettbewerbskommission die von der Klinik im Schachen (Aarau), der Klinik Sonnenblick (Wettingen), der Klinik Schützen (Rheinfelden) und der Klinik im Park (Rothrist) gestellten Anträge auf Sistierung und Einstellung der Untersuchung abwies und auf die Anträge auf Eröffnung einer Untersuchung beziehungsweise Ausdehnung des Untersuchungsgegenstandes auf den Bereich der öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken nicht eintrat,
- die hiegegen von der Klinik im Schachen (Aarau), Klinik Sonnenblick (Wettingen), Klinik Schützen (Rheinfelden) und Klinik im Park (Rothrist) (Beschwerdeführerinnen) am 8. November 2001 bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingereichte Ver-

- waltungsbeschwerde, mit welcher sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der Abweisung des Sistierungs- und Einstellungsantrags beziehungsweise des Nichteintretens auf den Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung im Bereich der öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken beantragten,
- die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001,
  - die Vernehmlassung des Aargauischen Krankenkassenverbands vom 7. Februar 2002,
  - die übrigen sich bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befindlichen Akten

**und in Erwägung:**

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist (Art. 44 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, KG; SR 251 i.V.m. Art. 44 ff. und 71a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren VwVG, SR 172.021 sowie Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass Gegenstand der angefochtenen Verfügung das Ergebnis der Untersuchung betreffend den Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken ist und dass dieser Vertrag per 1. Januar 1999 zwischen dem Aargauischen Ärzteverband als Vertreter der Ärzte/Ärztinnen, den Privatkliniken sowie mehreren Krankenversicherern (Helsana Versicherungen AG, Konkordia, Unimedes, Visana Bern, diverse dem aargauischen Krankenkassen-Verband angeschlossenen Krankenversicherer) in Kraft trat;

dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission gemäss Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 eine Untersuchung eröffnet hat, welche den zwischen dem Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau, den der Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser (VAKA) angeschlossenen Spitälern (sofern sie schriftlich bei der VAKA den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben) und mehreren Krankenversicherern (CSS Versicherungen, Helsana Versicherungen AG, Konkordia, Unimedes, Visana Bern, diverse dem aargauischen Krankenkassen-Verband [neu: santésuisse Aargau-Solothurn] angeschlossenen Krankenversicherer) per 1. Oktober 1998 in Kraft getretenen Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in öffentlichen Spitälern zum Gegenstand hat (vgl. BBl 2003, 69);

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die gegen die angefochtene Verfügung vom 1. Oktober 2001 gerichtete Beschwerde der Krankenversicherer (vgl. Beschwerdeverfahren FB/2001-007) teil-

---

weise gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen hat, unter anderem mit der Anweisung, die Prüfung des Kollektivvertrags zwischen Krankenversicherern, Leistungserbringern und Privatkliniken sei in Verbindung mit der laufenden Untersuchung der Wettbewerbskommission betreffend den Kollektivvertrag mit den öffentlichen Spitälern vorzunehmen (vgl. Beschwerdeentscheid FB/2001-007 E. 9.4.);

dass dadurch das mit der Beschwerde vom 8. November 2001 vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingeleitete Beschwerdeverfahren bezüglich der Anträge auf Einstellung beziehungsweise Sistierung der Untersuchung im Bereich der Privatkliniken sowie bezüglich der Anträge auf Eröffnung einer Untersuchung beziehungsweise Ausdehnung des Untersuchungsgegenstandes auf die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gegenstandslos geworden und das Verfahren entsprechend abzuschreiben ist;

dass bei einer Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit - wenn wie hier der mutmassliche Ausgang des Prozesses nicht ohne weiteres feststellbar ist - nach allgemeinen prozessrechtlichen Kriterien diejenige Partei kostenpflichtig wird, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass der Prozess gegenstandslos geworden ist (BGE 118 Ia 488 E. 4a; Beschluss des Bundesgerichts vom 1. April 1998 i. S. F. AG E. 2 b aa, 2A.112/1998/kl; vgl. auch THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 1 ff. zu Artikel 110, S. 766 ff.);

dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung wichtige Aspekte zur Beurteilung des umstrittenen Halbprivatversicherungsvertrags ausser Acht gelassen hat;

dass insofern das Verhalten der Vorinstanz für das Gegenstandsloswerden des vorliegenden Beschwerdeverfahrens kausal ist und die Vorinstanz grundsätzlich kostenpflichtig wird;

dass der Vorinstanz keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 2 VwVG) und den Beschwerdeführerinnen der am 22. November 2001 geleistete Kostenvorschuss aus der Bundeskasse zurückzuerstatten ist (Art. 5 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0);

dass aufgrund dieses Ausgangs des Verfahrens den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen, welchen damit notwendige und verhältnismässig hohe Kosten erwachsen sind, eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG);

---

dass der Vertreter der Beschwerdeführerinnen keine Kostennote eingereicht hat, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt wird (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung);

dass dem Aargauischen Ärzteverband (AAV) als Beschwerdegegner 6 aufgrund der fehlenden Beteiligung an diesem Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung auszurichten ist;

dass den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern 1 bis 5, welche sich an diesem Beschwerdeverfahren mit Stellungnahme vom 7. Februar 2002 beteiligt haben, notwendige und verhältnismässige hohe Kosten erwachsen sind und ihnen deshalb eine Parteientschädigung auszurichten ist;

dass der Vertreter der Beschwerdegegner 1 bis 5 keine Kostennote eingereicht hat, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt wird (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung);

**wird verfügt:**

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
  2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 22. November 2001 geleistete Kostenvorschuss wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.
  3. Den Beschwerdeführerinnen und den Beschwerdegegnern 1 bis 5 wird zu Lasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von je CHF [...], insgesamt CHF [...] zugesprochen.
  4. [Rechtsmittelbelehrung]
  5. [Eröffnung]
-

B 3	<b>2. Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau</b>
-----	--

*Beschwerdeentscheid vom 10. Oktober 2003 in Sachen Aargauischer Krankenkassenverband in Baden (Beschwerdeführer 1), Concordia in Luzern (Beschwerdeführerin 2), CSS in Luzern (Beschwerdeführerin 3), Helsana in Zürich (Beschwerdeführerin 4), Unimedes in Luzern (Beschwerdeführerin 5) (Verwaltungsbeschwerde vom 7. November 2001) gegen Aargauischer Ärzteverband in Baden (Beschwerdegegner 1), Klinik im Schachen in Aarau (Beschwerdegegnerin 2), Klinik Sonnenblick in Wettingen (Beschwerdegegnerin 3), Klinik Villa im Park, in Rothrist (Beschwerdegegnerin 4), Klinik Schützen in Rheinfelden (Beschwerdegegnerin 5) und Wettbewerbskommission in Bern (Vorinstanz) (Verfügung vom 1. Oktober 2001) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

#### **Es hat sich ergeben:**

A. Per 1. Januar 1999 trat im Kanton Aargau zwischen dem Aargauischen Ärzteverband als Vertreter der ÄrztInnen (Baden-Dättwil, nachfolgend AAV), den vier Privatkliniken Klinik in Schachen (Aarau), Klinik Sonnenblick (Wettingen), Klinik Villa im Park (Rothrist), Klinik Schützen (Rheinfelden) sowie mehreren Krankenversicherern - Helsana Versicherungen AG (Zürich), Concordia (Luzern), Unimedes (Luzern) und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherern, alle vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband Baden (nachfolgend AKV), - soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärten - ein Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken (nachfolgend Halbprivatversicherungsvertrag) in Kraft. Die CSS Versicherungen (Luzern) traten dem Vertrag per 1. Januar 2000 bei.

Am 21. August 1998 ersuchte der AAV das Sekretariat der Wettbewerbskommission, den Halbprivatversicherungsvertrag auf unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne der kartellrechtlichen Rechtsordnung zu überprüfen und eine Untersuchung über allfällige Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen. In seinem Gesuch bezog sich der AAV auf die vorangehende Fassung des Halbprivatversicherungsvertrages vom 1. Juli 1998 und erklärte in seinem Schreiben vom 20. Dezember 1999, dass seine Ausführungen auch für die Vertragsversion vom 1. Januar 1999 Gültigkeit hätten.

Das Sekretariat eröffnete am 8. Oktober 1999 eine Vorabklärung, welche die Absprache zwischen den Parteien sowie den Halbprivatversicherungsvertrag zum Gegenstand hatte. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eröffnete das Sekretariat am 12. Mai 2000 eine Untersuchung. Besagte Eröffnung

wurde am selben Tag den Parteien mitgeteilt und anschliessend im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 23. Mai 2000 sowie im Bundesblatt vom 30. Mai 2000 bekannt gegeben.

Mit Schreiben vom 1. März 2001 schlug das Sekretariat den Krankenversicherern vor, wie es die als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Tatsachen zu behandeln gedachte. In ihrer Stellungnahme vom 23. März 2001 lehnten die Krankenversicherer den Vorschlag mit der Begründung ab, dass die fraglichen Zahlen im Rahmen der Akteneinsicht auch nicht in umschriebener Form offen zu legen seien. Bei einem Festhalten des Sekretariats an seinem Vorschlag ersuchten die Krankenversicherer um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Eine einvernehmliche Lösung zur Behandlung der Geschäftsgeheimnisse wurde anschliessend auf dem telefonischen und schriftlichen Weg gefunden. Am 19. April 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse an die Krankenversicherer, welche unangefochten blieb.

Am 13. Juni 2001 wurde der Antrag des Sekretariats (Verfügungsentwurf) den Parteien zugestellt.

In ihrer Stellungnahme vom 28. August 2001 beantragten die Krankenversicherer:

- "1. Es sei festzustellen, dass der untersuchte Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des KG falle;
2. Es sei festzustellen, dass die Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) Wettbewerb mit Bezug auf die klassische Halbprivatversicherung nicht zulasse;
3. Eventualiter habe die Behörde in Anwendung der Untersuchungsmaxime die Gesetzmässigkeiten des hier vorliegenden Marktes und die Auswirkungen (Mechanismen) der Abgeltung von Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und Zusatzversicherungsleistungen im Spitalbereich zu analysieren und in ihrem Entscheid zu berücksichtigen und nach neuer Definition des sachlich relevanten Marktes den Vertrag aus Effizienzgründen für zulässig zu erklären;
4. Die Untersuchung sei einzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Mit Verfügung vom 1. Oktober 2001 erklärte die Wettbewerbskommission den von ihr beurteilten Halbprivatversicherungsvertrag und die damit verbundenen Abreden auf Stufe der Ärzte/Ärztinnen, Krankenversicherer und Privatkliniken sowie zwischen Ärzten/Ärztinnen, Krankenversicherern und Privatkliniken als unzulässig. Im Übrigen wies

---



sie beide Feststellungsbegehren sowie das Eventualbegehren der Krankenversicherer ab.

Was den Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften anbelangt, vertrat die Wettbewerbskommission die Auffassung, dass es im von ihr beurteilten Markt der Halbprivatversicherungen im Gesundheitswesen keine Vorschriften gebe, die Wettbewerb nicht zuliesse. In ihrer Begründung wies sie auf die in der Gesundheitsversorgung geltenden Vorschriften hin. Dabei unterschied sie zwischen dem Grundversicherungs- sowie Zusatzversicherungsbereich. Der eine unterliege dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), der andere dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Letzteres gewähre weitgehend Vertragsfreiheit, denn es sei im Gegensatz zum Grundversicherungsbereich nicht auf Gesetzesstufe vorgesehen, dass mehrere Versicherer und Leistungserbringer gemeinsam oder deren Verbände Tarifverhandlungen führten. Das VVG kenne keine Vorschriften, welche Versicherungsleistungen anzubieten seien und nach welchen Verfahren die Leistungen durch Prämien finanziert würden.

Grundsätzlich liessen die Bestimmungen im VVG sowohl auf Stufe der Ärzte/Ärztinnen, der Privatkliniken, der Krankenversicherer sowie zwischen den Krankenversicherern, Privatkliniken und Ärzten/Ärztinnen Wettbewerb zu. Zwar seien gewisse Koppelungen zwischen dem Bereich der Grund- und der Zusatzversicherung vorhanden. Zum Beispiel werde in der Grundversicherung durch die Spitalliste geregelt, welche Kliniken zu Lasten der Grundversicherung tätig sein könnten, und damit werde es für den Krankenversicherer faktisch schwierig sein, gerade in der Zusatzversicherung einzelne Kliniken auszuschliessen, da die Wahlfreiheit in der Halbprivatversicherung ein wesentliches Element darstelle. Trotzdem hätten die Krankenversicherer und die Leistungserbringer die Möglichkeit, je Krankenversicherer und Leistungserbringer verschiedene Tarife auszuhandeln. Eine verbindliche Festlegung der Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber Patienten/Patientinnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken beziehungsweise eine Fixierung der Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen im Sinne der Wettbewerbsabreden sei nicht gesetzlich vorgesehen und dränge sich trotz der Koppelungen zwischen Grund- und Zusatzversicherung nicht auf.

Gestützt auf das Krankenversicherungsgesetz (Art. 102) bestehe für die Krankenversicherer faktisch der Zwang, mit jedem Leistungserbringer einen Tarifvertrag abzuschliessen, zumindest wenn die Krankenversicherer ein solches Versicherungsangebot vor Einführung des KVG angeboten hätten und dies die Versicherten weiterhin wünschten. Dieser Artikel zwingt aber weder zu Wettbewerbsabreden, noch untersagt er, dass je Leistungserbringer und je Krankenversicherer unterschiedliche Tarife ausgehandelt werden könnten.

---

Trotz des geschilderten faktischen Zwangs aufgrund von Artikel 102 des Krankenversicherungsgesetzes sei eine preisorientierte Lenkung der Versicherten durch die Krankenversicherer dergestalt möglich, dass die Versicherten aufgrund unterschiedlicher Zusatzversicherungsprämien bestimmte Leistungserbringer bevorzugen sollten, und damit die Leistungserbringer in dieser Weise in Preiskonkurrenz stünden. Damit könnten mit allen Leistungserbringern Verträge abgeschlossen werden, aber je nach Versicherungsangebot werde lediglich ein Teil der Leistungserbringer in diesem Angebot - mit einer entsprechend tieferen Prämie - berücksichtigt.

Die Wettbewerbskommission definierte den sachlich relevanten Markt für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Ärzte/Ärztinnen, für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken und für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer als den Markt für Vertriebswege für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsleistungen, da in Bezug auf die Aushandlung der Tarife und Konditionen sich die Leistungserbringer und die Krankenversicherer gegenüberstünden. Die Wettbewerbskommission ist der Meinung, dass der Wettbewerb auf Stufe der Versicherungsangebote und deren Preise hier nicht als Argument für Wettbewerb betreffend die Abreden auf Stufe Ärzte/Ärztinnen, Privatkliniken und Krankenversicherer angeführt werden könne. Hingegen werde der sachlich relevante Markt betreffend die Wettbewerbsabrede zwischen den Ärzten/Ärztinnen, den Privatkliniken und den Krankenversicherern, in welcher die Versicherten die Marktgegenseite bildeten, als den Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen definiert. Es ergebe sich aus den Akten, dass alle Versicherungsangebote, welche sich auf die Anspruchnahme von medizinischen Leistungen im Halbprivatbereich in den Privatkliniken bezögen, damit abgeschlossen seien. Diesbezüglich seien im relevanten Markt weder weitere Verträge zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern noch eine buchhalterische Trennung der betreffenden Versicherungsangebote vorhanden. Der Umstand, dass die Versichertenzahl in der halbprivaten und privaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau relativ stabil sei, deute darauf hin, dass es sich bei diesen Versicherungsprodukten um keine Substitute handle. Im relevanten Markt lägen keine Verträge im Bereich der privaten Zusatzversicherung vor. Zudem würden in der Zusatzversicherung und auch mit dem vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrag zusätzliche Leistungen zur Grundversicherung versichert. So möge zum Beispiel eine "Geburt vaginal" medizinisch gesehen in der Grund- sowie in der Zusatzversicherung die gleiche Leistung darstellen und insofern würden sich die angebotenen Leistungen in beiden Versicherungsarten decken. Jedoch sei der genannte Eingriff im Bereich der Zusatzversicherung mit verschiedenen Zusatzleistungen verbunden, wie beispielsweise die freie Arzt- oder Spitalwahl, die Kontinuität der ärztlichen Behandlung, erweiterter

---

Komfort bei Unterkunft und Verpflegung oder der Einfluss auf den Operationstermin. Dies drücke sich in den unterschiedlichen Prämien der Grund- und Zusatzversicherung aus. In der Folge lägen markante Unterschiede zwischen Grund- und Zusatzversicherung vor, weshalb das Eventualbegehren abgewiesen worden sei.

B. Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission erhoben der Aargauische Krankenkassenverband (AKV) sowie Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, CSS Versicherung, Helsana Versicherungen AG und Unimedes (Beschwerdeführer), alle vertreten durch Rechtsanwalt [...], am 7. November 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin beantragten sie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter stellten sie den Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und die Sache zur Ausarbeitung einer einvernehmlichen Lösung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter beantragten sie, die Verfügung sei aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz anzuweisen, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen und unter gutachterlichem Beizug eines "Gesundheitsexperten" zu ergänzen und abzuschliessen.

Den eigentlichen materiellen Ausführungen schickten die Beschwerdeführer einige Bemerkungen über die Hintergründe des Verfahrens voraus. Darin hielten sie fest, dass die Loslösung des gesamten Zusatzversicherungsbereichs aus staatlich verordneten Grundprinzipien aus dem alten Krankenversicherungsgesetz nicht konsequent vollzogen worden sei. Die Verhältnisse vor der Inkraftsetzung des neuen Krankenversicherungsgesetzes hätten dazu geführt, dass bei Nichtvorliegen von Tarifverträgen die Leistungserbringer praktisch unbeschränkt Rechnung hätten stellen können. In diesem konkreten Fall könne davon ausgegangen werden, dass sich die Leistungserbringer in einer marktbeherrschenden Stellung befänden. Die Beschwerdeführer könnten aufgrund faktischer und rechtlicher Zwänge (z.B. Kontrahierungszwang im Krankenversicherungsgesetz mit Reflexwirkung auf das Versicherungsvertragsgesetz) ineffizient arbeitende Leistungserbringer mit Wettbewerb nicht zu besserer Leistung beziehungsweise zu tieferen Preisen ankurbeln. Im Gegenteil, sie seien noch gezwungen, mit allen Leistungserbringern zusammen zu arbeiten. Läge kein Vertrag vor, so würden die Leistungserbringer wie auch die Patienten für bezogene Leistungen beliebig Rechnungen stellen. Die vorgenannte marktbeherrschende Position der Leistungserbringer habe die Beschwerdeführer gezwungen, konzentriert aufzutreten, da sonst gar kein Tarifvertrag entstanden wäre. Staatliche Regeln und dadurch verursachte faktische Zwänge auf die Verhandlungsfreiheit der Beschwerdeführer betreffend das Zusatzversicherungsprodukt "klassische Halbprivatversicherung" schränkten den Handlungsspielraum der Beschwerdeführer stark ein.

---

In erster Linie rügten die Beschwerdeführer die Verletzung vom Bundesrecht durch Nichtanwendung von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes durch die Wettbewerbskommission. Beim hier vorliegenden Vertrag handle es sich um ein Produkt der klassischen Halbprivatversicherung. Dieses kennzeichne sich durch volle Wahlfreiheit des Versicherten sowie volle Kostenübernahme. Mit ihrer Verfügung verletze die Wettbewerbskommission Bundesrecht, weil sie zum Beispiel unberücksichtigt lasse, dass aufgrund des faktischen Kontrahierungszwangs auch in der klassischen Halbprivatversicherung der Wettbewerb durch staatliche Ordnungsvorschriften verzerrt und eingeschränkt werde. Es sei hier zu berücksichtigen, dass aufgrund der garantierten vollen Kostenübernahme und der freien Arztwahl die Leistungserbringer in einer stärkeren beziehungsweise übermächtig starken Verhandlungsposition gegenüber den Versicherern seien.

Insbesondere verkenne die Wettbewerbskommission den Zusammenhang zwischen der KVG-Grundversicherung, der KVG-Leistung, Zusatzversicherung und über das KVG hinausgehende Leistungen. Die zentrale Vorschrift des Tarifschutzes im KVG bleibe bei der Darstellung des Sachverhaltes völlig unberücksichtigt, und die Wettbewerbskommission nehme keine Kenntnis davon, dass sich der vorliegende Vertrag explizit auf KVG-Leistungen beziehe und die Kostenübernahme von Nichtpflichtleistungen ausschliesse.

Vorliegend kollidierten Wettbewerbsbeschränkungs- und Verwaltungsrecht. Werde von der Sichtweise ausgegangen, wonach das Gericht die Frage zu prüfen habe, ob in einem gegebenen Fall überhaupt eine Kollision zu verzeichnen sei, dann zeige die angefochtene Verfügung, wie wenig sorgfältig Sinn und Zweck der einzelnen Teilordnungen von der Vorinstanz analysiert worden seien. Zweck der sozialen Krankenversicherung mit ihren Auswirkungen auf die Zusatzversicherung sei es, eine lückenlose medizinische Grundversorgung der gesamten Bevölkerung zu gewährleisten und die Kostensteigerung im Gesundheitswesen durch mehr Wettbewerb zu dämpfen. Das vorliegende Einschreiten der Wettbewerbsbehörde führe nicht zu einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Vielmehr werde die Kostensteigerung im Gesundheitswesen durch den angestrebten vertragslosen Zustand nicht gedämpft und die medizinische Grundversorgung der gesamten Bevölkerung würde gefährdet, wenn aufgrund wettbewerbsrechtlicher Massnahmen unnötig weitere Prämien erhöhungen in Kauf genommen würden. Wie die Statistik zeige, sei in absehbarer Zeit mit einer weiteren Abnahme der Versicherten mit klassischer Halbprivatversicherung zu rechnen, womit die heutigen Quersubventionierungen von der Zusatzversicherung in die soziale Versicherung entfielen. An diesem Beispiel könne erkannt werden, dass trotz der juristischen Trennung der Zusatz- von der sozialen Krankenversicherung alles noch stark zusammenhänge. Dies treffe insbesondere auf die Trennung zwischen Pflicht- und Nichtpflichtleistungen zu. Aus diesem

Grund sind die Beschwerdeführer der Meinung, die Vorinstanz habe bei der Sachverhaltsermittlung diesem komplexen Zusammenhang zu wenig Rechnung getragen. Für die Beschwerdeführer stehe ausser Frage, dass zum Beispiel die im KVG stipulierte freie Arzt- und Spitalwahl der Versicherten unmittelbar auch den Wettbewerb für das hier relevante Produkt der klassischen Halbprivatversicherung arg beschränke.

Im Weiteren erachteten die Beschwerdeführer die angefochtene Verfügung als unangemessen. In dieser Hinsicht bemängelten sie, dass die Wettbewerbskommission nicht erwogen habe, anstatt der Unzulässigkeitserklärung der Vereinbarungen eine einvernehmliche Lösung vorzuschlagen. Ein Kompromiss durch Anpassung der Vereinbarung wäre die wesentlich angemessenere Lösung. In ihrer Verfügung habe sich die Vorinstanz einfach über die durch das Krankenversicherungsgesetz geschaffenen faktischen und rechtlichen Zwänge hinweggesetzt, welche den Wettbewerb im Bereich der Zusatzversicherungen verzerrten und erschwerten.

Überdies beanstandeten die Beschwerdeführer, dass die Wettbewerbskommission bei der Feststellung des Sachverhalts rechtlich relevante Elemente nicht berücksichtigt oder falsch wiedergegeben habe. Bezüglich ihrer Darstellung des Zwecks und Anwendungsbereichs der einschlägigen Gesetzgebung (Krankenversicherungs-, Versicherungsvertrags-, Kartellgesetz) verwiesen die Beschwerdeführer auf ihre Stellungnahme vom 28. August 2001 an die Vorinstanz. Insbesondere habe die Wettbewerbskommission das Argument des faktischen Zwanges nach Artikel 102 des Krankenversicherungsgesetzes sowie des Kontrahierungszwanges nicht richtig verstanden. Gestützt auf die genannte Bestimmung seien die Beschwerdeführer gezwungen, mit ganz bestimmten Leistungserbringern Geschäftsbeziehungen einzugehen, ungeachtet der guten oder schlechten Vertragsbedingungen. Unter diesen Umständen könne Wettbewerb nicht spielen. Mit Bezug auf die klassische Halbprivatversicherung seien tatsächlich gewisse Koppelungen zwischen Grund- und Zusatzversicherung vorhanden. Da diesen Koppelungen für die Beurteilung der Frage nach dem Vorbehalt der öffentlich-rechtlichen Vorschriften gegenüber der Kartellgesetzgebung entscheidende Bedeutung zukomme, hätte sie die Vorinstanz von Amtes wegen prüfen müssen. In diesem Fall hätte sie eingesehen, dass die Beschwerdeführer keinen vernünftigen Ermessensspielraum betreffend Verhandlungen mit Leistungserbringern im klassischen Halbprivatbereich hätten. Ausserdem werfen die Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, den Tarifschutz gemäss dem Krankenversicherungsgesetz nicht in der Sachverhaltsdarstellung gewürdigt zu haben. Nachdem jeder Tarif im vorliegenden Halbprivatvertrag auch einen OKP-Teiltarif (d.h. Teiltarif gemäss der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung) beinhalte, seien die Parteien in ihrer Preisgestaltung nicht frei. Ebenfalls habe die Wettbewerbskommission den Leistungs-

---

auftrag der Privatspitäler zu wenig berücksichtigt, welche im Kanton Aargau auf den Spitallisten aufgeführt seien.

Weitere fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen würden sich in den Randziffern 47, 53, 56, 60, 87 und 132 der Verfügung befinden. Falsch sei die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Versicherten aufgrund unterschiedlicher Zusatzversicherungsprämien bestimmte Leistungserbringer bevorzugen sollten, damit die Leistungserbringer in dieser Weise in Preiskonkurrenz stünden, denn gestützt auf die Merkmale des Halbprivatversicherungsvertrags (volle Kostenübernahme und volle Freiheit in der Arztwahl) sei es faktisch unmöglich, mit Prämien Patienten zu steuern (Rz. 47).

Ausserdem werfen die Beschwerdeführer vor, die Umschreibung des relevanten Marktes auf Seiten der Vorinstanz sei konstruiert, theoretisch und falsch. Die Versicherer böten nicht wirklich Vertriebskanäle für medizinische Leistungen an. Vielmehr würden diese Leistungen gleichermassen auch dann vertrieben, wenn keine Zusatzleistungsverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern existierten. Diese Leistungen würden auch ohne Verträge zwischen Leistungserbringern und Versicherern vom Versicherer finanziert (Rz. 53 und implizite Rz. 56).

Die Behauptung der Vorinstanz, wonach eine "Geburt vaginal" im Bereich der Zusatzversicherung mit verschiedenen Leistungen verbunden sei, wie beispielsweise die freie Arzt- oder Spitalwahl, die Kontinuität der ärztlichen Behandlung, erweiterter Komfort bei Unterkunft und Verpflegung oder der Einfluss auf den Operationstermin, sei insofern zu ergänzen, als der Vertrag lediglich eine Hotellerietaxe beinhalte und die von der Vorinstanz aufgeführten Kategorien in keiner Weise regle (Rz. 60).

Dass zwischen Privatkliniken und öffentlichen sowie öffentlich subventionierten Spitälern kein Preiswettbewerb vorliege, sei nicht auf die Analogie der Verträge zurückzuführen, wie dies die Vorinstanz behauptet, sondern darauf, dass Wettbewerb in der Halbprivatversicherung mit voller Kostendeckung nicht möglich sei (Rz. 87).

Entgegen der Aussage der Vorinstanz sei es unmöglich, Marktgleichgewicht zu schaffen, indem die Versicherer prospektive Vergütungsformen anwenden oder von sich aus einfach bilateral verhandeln würden. Auch wenn bei den Versicherern der Wille zur bilateralen Verhandlung vorhanden sei, seien sie daran verhindert, weil der einzelne Versicherer dem einzelnen Leistungserbringer gegenüber zu wenig Gewicht habe. Wenn die Wettbewerbskommission behauptete, beim Bestehen der Abreden auf Stufe der Ärzte oder Privatkliniken hätten die Krankenversicherer mit Wettbewerbsnachteilen zu rechnen, zeige dies, dass sie die Sachlage nicht richtig erkannt habe, denn es sei der vertragslose Zustand, welcher den Krankenversicherern grosse Wettbewerbsnachteile bringe (Rz. 132).

---

C. Am 21. Dezember 2001 liess sich die Wettbewerbskommission in abweisendem Sinne zur Beschwerde vernehmen. Grundsätzlich hielt die Vorinstanz an der in der angefochtenen Verfügung angeführten Begründung fest.

Weiter führte sie aus, sie habe nicht verkannt, dass die Leistungserbringer gegenüber den Krankenversicherern gewisse Marktvorteile besitzen würden. Dies könne das koordinierte Vorgehen der Krankenversicherungen aber nicht rechtfertigen. In diesem Sinne sei auf den entsprechenden Schutz im Kartellgesetz (Art. 7) hinzuweisen.

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer, wonach es zur Vermeidung des vertragslosen Zustands notwendig sei, gemeinsame Verhandlungen vorzunehmen, wendet die Wettbewerbskommission ein, dass im jetzigen Zeitpunkt bereits zwischen 5% und 50% aller Verhandlungen bilateral, das heisst zwischen einem Krankenversicherer und einem Leistungserbringer, geführt würden. Im Übrigen beziehe sich die angefochtene Verfügung nicht auf den Inhalt des vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrags, sondern auf den gemeinsamen Abschluss und die gemeinsame Befolgung dieses Vertrages, welcher eine unzulässige Abrede im Sinne des Kartellgesetzes darstelle. Aus diesem Grund sei die Problematik um den Tarifschutz sowie die Spitalfinanzierung nicht relevant. Dasselbe gelte auch hinsichtlich der Frage, ob sich der Halbprivatversicherungsvertrag auf Leistungen der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) beziehe oder nicht.

Die Wettbewerbskommission vertritt die Ansicht, dass die Beschwerdeführer den Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des Kartellgesetzes falsch auslegten. Der Gesetzestext spreche ausdrücklich von Vorschriften, die auf einem bestimmten Markt Wettbewerb nicht zulassen würden. Demnach habe sie bei ihrer Tätigkeit Gesetzesnormen zu beachten, in denen der politische Wille des Gesetzgebers, in einem bestimmten Bereich Wettbewerb auszuschliessen, zum Ausdruck komme. Das sei hier nicht der Fall, denn ein Wettbewerbsverhalten sei unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften durchaus möglich. Es gehöre zu den Aufgaben der Wettbewerbskommission, in Anwendung des Kartellgesetzes dem freien Wettbewerb zum Durchbruch zu verhelfen.

Zur Rüge der Unangemessenheit der Verfügung im Sinne des Treffens einer einvernehmlichen Regelung ergänzt die Vorinstanz, die Beschwerdeführer hätten im Untersuchungsverfahren keinen entsprechenden Antrag gestellt. Das sei lediglich bei Unimedes der Fall, welche am 8. März 2001 von sich aus den Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung gebracht habe. Dieses Gesuch sei am 21. März 2001 abgelehnt worden, worauf die Gesuchstellerin nicht an ihrem Gesuch festgehalten habe und keine Reaktion auf Seiten der Krankenversicherer gefolgt sei. Das Gesetz verpflichte die Wettbewerbsbehörden nicht, eine einvernehmliche Lösung zu treffen. Gestützt darauf könn-

---

ten die Verfahrensbeteiligten es unterlassen, einen solchen Antrag zu stellen. In casu liesse sich die von den Beschwerdeführern beantragte Lösung auch nicht mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbaren, zumal sie sich während des Verfahrens nie ernsthaft darum bemüht hätten. In dieser Hinsicht sei es dem Sekretariat nicht vorzuwerfen, es habe seine Pflichten verletzt, weil es eine solche nicht selbst angeregt habe.

D. Mit Brief vom 21. Februar 2002 erklärten die vier Privatkliniken, vertreten durch Rechtsanwalt [...], ihren Verzicht auf Vernehmlassung zur vorliegenden Beschwerde. Damit würden sie die Ausführungen der Beschwerdeführer nicht anerkennen, insbesondere betreffend ihre Behauptung, wonach die Leistungserbringer über eine marktbeherrschende Position verfügen sollten. Hiezu verwiesen sie auf ihre Eingabe vom 30. Oktober 2000 im vorinstanzlichen Verfahren.

Der Aargauische Ärzteverband liess sich nicht vernehmen.

E. Mit Schreiben vom 13. August 2003 wurde den Beschwerdeführern mitgeteilt, dass in dieser Angelegenheit keine öffentliche Verhandlung vorgesehen ist.

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

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2001 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführer sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

---



2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG). Vorbehalten sind nach 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).

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).

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). Eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt vermutungsweise vor, sofern Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind Wettbewerbsabreden dann gerechtfertigt, wenn sie: (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

Nach Artikel 6 Absatz 1 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. In Betracht gezogen werden unter anderem insbesondere Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezüglicher Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen (Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG).

3. Der in der angefochtenen Verfügung als unzulässig erklärte Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivat-Abteilung in den Privatspitälern des Kantons Aargau wurde von vier Privatkliniken - Klinik im Schachen (Aarau), Klinik Sonnenblick (Wettingen), Klinik Villa im Park (Rothrist), Klinik Schützen (Rheinfelden) -, dem Aargauischen Ärzteverband, der Helsana Versicherungen AG, der Konkordia, der Unimedes (der Unimedes angeschlossenen Versicherer

durch Unimedes), den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband (AKV) angeschlossenen Versicherern, soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben, abgeschlossen (Art. 1 des Vertrages). Der Vertrag gilt für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung (2er-Zimmer und freie Arztwahl) behandeln lassen (Art. 2). Dabei verpflichten sich die Privatkliniken, den Versicherten Aufnahme in einem Zweibettzimmer zu gewähren und den Eintritt eines Patienten dem Versicherer umgehend anzumelden. Ihrerseits haben die Krankenversicherer die volle Übernahme der Kosten zu gewährleisten (Art. 3 und 4). Der Anhang zum Vertrag enthält die versicherten medizinischen Leistungen und die Tarife zu deren Abgeltung. Die Wettbewerbskommission qualifiziert diesen Vertrag als vierfache Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, nämlich als Abrede unter den Ärzten/Ärztinnen, den Privatkliniken, den Krankenversicherern sowie als Abrede zwischen diesen drei Gruppen von Vertragsparteien, und sie beurteilt in der Folge deren Zulässigkeit im Lichte von Artikel 5 KG.

4. Die Beschwerdeführer bestreiten diese rechtliche Qualifikation nicht, machen aber geltend, dass das Kartellgesetz auf den fraglichen Vertrag aufgrund des Vorbehaltes von Artikel 3 Absatz 1 KG nicht anwendbar sei. Die Untersagung des Vertrages gestützt auf Artikel 5 KG sei demzufolge bundesrechtswidrig. Somit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob Vorschriften bestehen, die nach Artikel 3 Absatz 1 KG Wettbewerb nicht zulassen und damit die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen.

4.1. Die Wettbewerbskommission geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass es im Markt der Halbprivatversicherungen im Gesundheitswesen keine Vorschriften gebe, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Grundversicherungsbereich unterstehe dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), wohingegen der Zusatzversicherungsbereich dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) unterliege. Das VVG gewähre weitgehend Vertragsfreiheit und im Gegensatz zum Grundversicherungsbereich sei auf Gesetzesstufe nicht vorgesehen, dass mehrere Versicherer und Leistungserbringer gemeinsam oder deren Verbände Tarifverhandlungen führten. Obwohl gewisse Kopplungen zwischen dem Grund- und Zusatzversicherungsbereich vorhanden seien, sei eine verbindliche Festlegung der Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber Patienten/Patientinnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken beziehungsweise eine Fixierung der Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen im Sinne der Wettbewerbsabreden nicht gesetzlich vorgesehen und dränge sich nicht auf. Artikel 102 KVG zwingt weder zu Wettbewerbsabreden, noch untersagt er, dass je Leistungserbringer und je Krankenversicherer unterschiedliche Tarife ausgehandelt werden könnten. Eine preisorientierte

Lenkung sei dergestalt möglich, dass die Versicherten aufgrund unterschiedlicher Zusatzversicherungsprämien bestimmte Leistungserbringer bevorzugen sollten und damit die Leistungserbringer in dieser Weise in Preiskonkurrenz stünden. Daher könnten mit allen Leistungserbringern Verträge abgeschlossen werden, aber je nach Versicherungsangebot werde lediglich ein Teil der Leistungserbringer in diesem Angebot mit einer entsprechenden Prämie berücksichtigt.

Die Beschwerdeführer weisen demgegenüber darauf hin, beim umstrittenen Vertrag handle es sich um ein Produkt der klassischen Halbprivatversicherung, welches sich durch volle Wahlfreiheit des Versicherten sowie volle Kostenübernahme kennzeichne. Aufgrund der Nichtanwendung von Artikel 3 KG verletze die Wettbewerbskommission Bundesrecht, weil sie zum Beispiel unberücksichtigt lasse, dass durch den faktischen Kontrahierungszwang auch in der klassischen Halbprivatversicherung der Wettbewerb durch staatliche Ordnungsvorschriften verzerrt und eingeschränkt werde. Aufgrund der garantierten vollen Kostenübernahme und der freien Arztwahl seien die Leistungserbringer in einer stärkeren Verhandlungsposition gegenüber den Versicherern. Insbesondere verkenne die Wettbewerbskommission den Zusammenhang zwischen der KVG-Leistung, Zusatzversicherung und über das KVG hinausgehende Leistungen. Die zentrale Vorschrift des Tarifschutzes im KVG bleibe unberücksichtigt, und die Wettbewerbskommission nehme keine Kenntnis davon, dass sich der vorliegende Vertrag explizit auf KVG-Leistungen beziehe und die Kostenübernahme von Nichtpflichtleistungen ausschliesse. Das Einschreiten der Wettbewerbskommission führe nicht zu einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung, im Gegenteil, denn die Kostensteigerung im Gesundheitswesen werde durch den angestrebten vertragslosen Zustand nicht gedämpft und die medizinische Grundversorgung der gesamten Bevölkerung werde gefährdet, wenn aufgrund wettbewerbsrechtlicher Massnahmen unnötig weitere Prämien erhöhungen in Kauf genommen würden.

4.2. Nach Artikel 3 Absatz 1 KG haben Vorschriften gegenüber dem Kartellgesetz den Vorrang, "soweit sie auf einem bestimmten Markt Wettbewerb nicht zulassen". Das Gesetz nennt als Beispiele eine staatliche Markt- oder Preisordnung und die Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten. Die Botschaft zum Kartellgesetz führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit für wettbewerbliches Verhalten Raum bleibe, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 468 ff., insbesondere S. 539 f.). In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen (PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, *Droit de la concurrence*, 2002

Basel, Rz. 35 zu Art. 3 KG; BRUNO SCHMIDHAUSER in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 3, Rz. 6; W. A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1994, S. 277 ff.; für eine restriktive Auslegung der Vorbehalte auch RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 166 ff., insbesondere S. 215 ff., 231 ff.). Auch die von den Beschwerdeführern zitierte Auslegung von AMSTUTZ führt - mindestens im vorliegenden Fall - zu keinem anderen Ergebnis. AMSTUTZ geht davon aus, dass eine Kollisionsnorm, wie sie Artikel 3 Absatz 1 KG darstelle, eine Verweisungsnorm sei, die in der Regel nicht selbst bestimme, unter welchen genauen Voraussetzungen einer Teilrechtsordnung der Vorrang einzuräumen sei. Deshalb müsse die Verweisung "mit Blick auf den "sozialen Gesamteffekt" der um Durchsetzung ringenden Teilrechtsordnungen konkretisiert werden" (MARC AMSTUTZ, Form und Funktion im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, SZW/RSDA 5/2001, S. 255). Dabei ist es aber auch nach AMSTUTZ letzten Endes für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes entscheidend, ob den Unternehmen bei der Festlegung der wettbewerbsausschliessenden Regulierungsparameter Autonomie zukommt (a.a.O., S. 258 f.; auch schon MARC AMSTUTZ, Neues Kartellrecht und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996, S. 883 ff.). Überdies ist dazu anzumerken, dass ein "sozialer Gesamteffekt" nur massgeblich sein kann, soweit er aus den gesetzlichen Vorschriften ableitbar ist. Zudem ist dabei jedenfalls auch zu berücksichtigen, dass das Gesetz zu bestimmen hat, welche Mittel zur Verwirklichung der gesetzlichen Ziele eingesetzt werden sollen, mit anderen Worten, ob wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Widerspruch zum Kartellgesetz verwendet werden dürfen. Für die rechtsanwendenden Behörden kann es dabei nicht darauf ankommen, ob die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele mit den von ihm gewählten Mitteln auch tatsächlich erreicht werden (vgl. dazu BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum Kartellgesetz, Art. 3, Rz. 13).

Die Beschwerdeführer berufen sich des Weiteren auf BGE 127 II 32. Diesem Urteil lag jedoch ein wesentlich anderer Sachverhalt zu Grunde. Dort ging es um die Frage, ob durch Verordnung eine umfassende Gebührenordnung vorgegeben sei und deshalb die Preisgestaltung nicht einer kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen könne. Hier sind die im umstrittenen Vertrag festgelegten Tarife in keiner Weise staatlich vorgeschrieben. Die Beschwerdeführer behaupten lediglich, dass sie mit Rücksicht auf die durch die Grundversicherung gegebenen Verhältnisse nicht anders als kollektiv ausgehandelt werden könnten.

Die Wettbewerbskommission hatte sich schon in mehreren Entscheiden mit der Tragweite von Artikel 3 Absatz 1 KG zu befassen. Sie hat dabei jeweils eingehend geprüft, ob die durch andere Erlasse vorgeschriebenen Verhaltensweisen Situationen schaffen, die den Wettbewerb ausschliessen. Kam sie dabei zum Schluss, dass Wettbewerb noch möglich sei, hat sie das Kartellgesetz angewendet, selbst wenn die

Handlungsfreiheit der einzelnen Akteure im Wettbewerb durch die fraglichen Vorschriften eingeschränkt wurde (vgl. RPW 1997, S. 161 ff., S. 481 ff.; RPW 1999, S. 220 ff.; RPW 2000, S. 320 ff.; vgl. auch die Darstellungen der Praxis in RENTSCH, a.a.O., S. 205, und MARGARETA LAUTERBURG, Gesundheits- und Versicherungsmärkte - kartellrechtliche Fragen in der Praxis der Wettbewerbsbehörde [Wettbewerbskommission und Sekretariat] in BARBARA HÜRLIMANN/TOMAS POLEDNA/MARTIN RÜBEL [Herausgeber], Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, S. 110 ff.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat ebenfalls festgehalten, dass dem Wettbewerbsprinzip auch im Falle von Interventionen des Staates so weit als möglich zum Durchbruch verholfen werden soll. "Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, S. 112 f.). Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichtthin anzunehmen (vgl. BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Art. 3 al. 1, Rz. 35)" (RPW 2002/4, S. 666).

4.3. Es ist nachstehend zu prüfen, ob Vorschriften bestehen, aus denen sich nach Artikel 3 Absatz 1 KG ergibt, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausgeschlossen ist.

4.3.1. Im Unterschied zum früheren Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung (BG über die Kranken- und Unfallversicherung, KUVG; AS 1959 858 und nachfolgende Änderungen) unterstellt Artikel 12 Absatz 3 des neuen Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) Zusatzversicherungen dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG, SR 221.229.1).

Während das KVG für die Grundversicherung sowohl einen Tarifschutz als auch einen Kontrahierungszwang gegenüber den Versicherten und den zugelassenen Leistungserbringern vorsieht, belässt das VVG den Versicherern wie den Versicherten die Freiheit zum Abschluss von Zusatzversicherungen und es enthält keinerlei Einschränkungen der Preisbildung für die versicherten Leistungen. Das VVG schränkt somit den Wettbewerb unter Versicherern und Leistungserbringern nicht ein und schliesst die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus. Das wird von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet. Vielmehr machen sie geltend, dass der für die Grundversicherung vorgeschriebene Tarifschutz und Kontrahierungszwang den Wettbewerb in der Zusatzversicherung derart einschränke, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar sein könne.

4.3.2. Das KVG verpflichtet Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, sich im Umfang der Grundversicherung bei einer Krankenkasse zu versichern (Art. 3 KVG). Die Krankenkassen sind ihrerseits verpflichtet, jede versicherungspflichtige Person aufzunehmen (Art. 4 Abs. 2 KVG).

---

Die Versicherten können unter den zugelassenen Leistungserbringern frei wählen und die Versicherer sind zur Übernahme der nach dem massgeblichen Tarif berechneten Kosten verpflichtet (Art. 41 KVG).

Das KVG regelt für die Grundversicherung in Artikel 43 ff. Tarife und Preise für die versicherten Leistungen. Artikel 43 Absätze 2 und 3 KVG sehen verschiedene Tarifgestaltungsmöglichkeiten vor: Zeit-, Einzelleistungs- und Pauschaltarif (Kopf-, Tages- und Fallkostenpauschale). Für die stationäre Behandlung sollen Pauschalen vereinbart werden (Art. 49 Abs. 1 KVG). Diese Arten der Entschädigung sind gemäss KVG sowohl im ambulanten als auch im stationären Bereich in Tarifverträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern festzulegen, es sei denn, das Gesetz schreibe behördliche Tarife vor (Art. 43 Abs. 4 KVG). Tarifvertragsparteien sind einerseits einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände und andererseits einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände (Art. 46 Abs. 1 KVG). Jeder zugelassene Leistungserbringer und jeder zugelassene Krankenversicherer kann demnach für sich allein oder zusammen mit anderen Vertragspartnern sein (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1998, S. 149). Zur Förderung des Preiswettbewerbs unter den Leistungserbringern verbietet Artikel 46 Absatz 3 KVG diskriminierende Tarifmassnahmen durch Sondervertragsangebote zu Lasten von Verbandsmitgliedern, Verpflichtungen auf bestehende Verbandsverträge, Konkurrenzverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern sowie Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln. Diese Bestimmung wurde erst in den parlamentarischen Beratungen aufgrund der Empfehlungen der Kartellkommission aufgenommen (vgl. VKKP 2/1993, S. 17 ff.).

Das KVG fordert die betriebswirtschaftliche Bemessung der Tarife aufgrund transparenter Kostengrundlagen (Art. 43 Abs. 4, 49 Abs. 6, 7 und 50 KVG). Die Tarifverträge sind von der zuständigen Kantonsregierung oder, sofern es sich um gesamtschweizerische Regelungen handelt, vom Bundesrat auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz und auf ihre Wirtschaftlichkeit und Billigkeit zu überprüfen und zu genehmigen (Art. 46 Abs. 4 KVG). Können sich Versicherer und Leistungserbringer nicht auf einen Tarifvertrag einigen, setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten die Tarife fest (Art. 47 KVG).

Unter dem Titel "Tarifschutz" erklärt das KVG die Tarife für verbindlich, das heisst die Leistungserbringer dürfen keine über die vertraglichen oder behördlichen Tarife hinausgehenden Vergütungen in Rechnung stellen (Art. 44 Abs. 1 KVG). Über die Tarife der sozialen Krankenversicherung hinausgehende Honorarabsprachen sind nur im Rahmen von Privatpatientenverhältnissen möglich.

4.3.3. Im Unterschied zum KVG enthält das VVG keine Regeln über die Beziehungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern. Es besteht Vertragsfreiheit sowohl in der Wahl der Leistungserbringer als

auch in der Abgeltung ihrer Leistungen. Nur das Verhältnis zwischen Versicherern und Versicherten unterliegt gewissen zwingenden Bestimmungen (Art. 97 und 98 VVG), und die Aufsichtsbehörde prüft in einem Genehmigungsverfahren, ob die Prämien einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleisten (Art. 20 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen, Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01). Auch das KVG unterwirft die Prämien der Grundversicherung einer behördlichen Genehmigung (Art. 61 Abs. 4 KVG).

4.3.4. Der Gesetzgeber hat somit für die Grundversicherung nicht nur Kollektivverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern ausdrücklich zugelassen, sondern er hat gleichzeitig den Behörden Kontroll- und Interventionsbefugnisse übertragen, die ein befriedigendes Funktionieren des Tarifwesens, das heisst die Sicherstellung der medizinischen Versorgung zu angemessenen Preisen, gewährleisten sollen. Für die Zusatzversicherungen dagegen hat er die Beziehungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern nicht geregelt und somit gänzlich dem Wettbewerb überlassen. Darin eine Lücke zu sehen, die aufgrund von Rückwirkungen der Ordnung der Grundversicherung auf die Zusatzversicherungen oder der Ähnlichkeit der Strukturen in beiden Bereichen vom Richter durch eine implizite Ausnahme der klassischen Halbprivatversicherung vom Kartellgesetz im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu schliessen ist, würde bedeuten, dass den Kollektivvertragsparteien im Unterschied zum KVG bei der Gestaltung der Tarife freie Hand gegeben wird, weil sie weder den behördlichen Kontrollen nach KVG noch den Regeln des KG unterstehen würden. Weder das KVG noch das VVG oder das VAG enthalten irgendwelche Anhaltspunkte, dass eine solche Ordnung in der Absicht des Gesetzgebers liegt.

Hätte der Gesetzgeber für die klassische Halbprivatversicherung gleich wie in der Grundversicherung Kollektivverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern allgemein zulassen wollen, hätte er mit Sicherheit nicht bloss eine Ausnahme nach Artikel 3 Absatz 1 KG statuiert, sondern er hätte gleichzeitig die für die Grundversicherung geltenden behördlichen Kontroll- und Interventionsbefugnisse auf die Halbprivatversicherungen ausgedehnt. Auf dem Wege der Gesetzesauslegung ist jedoch eine solche Unterstellung von Halbprivatversicherungsverträgen unter das KVG nicht zu erreichen. Dies würde dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 3 KVG widersprechen und ist auch mit einer teleologischen Auslegung, die allenfalls ein einschränkendes Verständnis des Wortlauts begründen könnte, nicht zu rechtfertigen (vgl. zur Frage der Zulässigkeit der Lückenfüllung und der teleologischen Reduktion BGE 128 I 34, S. 42 mit Hinweisen). Das KVG regelt die soziale Krankenversicherung, die für jeden Einwohner den Zugang zu einer qualitativ und quantitativ hoch stehenden medizinischen Ver-

sorgung gewährleistet (Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992, 98). Dabei wurden verschiedene Massnahmen zur Kosteneindämmung getroffen, um die finanzielle Belastung der verschiedenen Kostenträger nicht unbeschränkt anwachsen zu lassen (Botschaft a.a.O., 96, 126 ff.) Für die Zusatzversicherungen wurden dagegen mit der Unterstellung unter das VVG Art und Umfang der versicherten Leistungen der freien Wahl der Versicherten und der Versicherer überlassen und die Gesetzgebung enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dabei ein Zweck verfolgt wurde, der über die allgemein für Versicherungen geltenden Regeln hinausgeht.

Somit lässt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Zweck der gesetzlichen Regeln im KVG, VVG und VAG über die Preisbildung für die in der Grund- und Zusatzversicherung versicherten Leistungen eine Ausnahme der klassischen Halbprivatversicherung vom Kartellgesetz im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ableiten.

4.3.5. Als Nächstes ist zu prüfen, ob aus dem im KVG verankerten Kontrahierungszwang ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nach Artikel 3 Absatz 1 KG abgeleitet werden kann.

4.3.5.1. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass im Kanton Aargau für die klassische Halbprivatversicherung faktisch ein Kontrahierungszwang der Versicherer gegenüber den Leistungserbringern im Sinne von Artikel 41 KVG bestehe. Da alle Privatspitäler zugelassen seien und somit den Grundversicherten mit Kostenübernahmepflicht der Krankenversicherungen offen stünden, müssten alle auch als Leistungserbringer der Halbprivatversicherung zugänglich sein, denn die Halbprivatversicherung wäre nicht attraktiv, wenn sie eine im Vergleich zur Grundversicherung eingeschränkte Spitalwahl bieten würde.

Ferner machen die Beschwerdeführer geltend, dass ihnen auch rechtlich ein Kontrahierungszwang auferlegt sei, soweit sie vor dem Inkraft-Treten des KVG Halbprivatversicherungspolice mit uneingeschränkter Spitalwahl abgeschlossen hätten und diese nun nach Artikel 102 Absatz 2 KVG weiterführen müssten.

Nach Meinung der Beschwerdeführer werden sie dadurch gegenüber den Leistungserbringern in die gleiche Situation gestellt wie in der Grundversicherung, weshalb ihnen auch gleich wie in der Grundversicherung erlaubt sein müsse, die Tarife in Kollektivabreden festzulegen.

4.3.5.2. Auch hier sind indessen die oben dargelegten Erwägungen entscheidend (E. 4.3.2., 4.3.3.). Daraus, dass der Gesetzgeber für die Versicherer Verhältnisse geschaffen hat, welche in gewissen Beziehungen ihrer Stellung in der Grundversicherung ähnlich sind, kann nicht geschlossen werden, dass er ihnen stillschweigend auch die in der Grundversicherung ausdrücklich eingeräumte Freiheit zu Kollektivver-



trägen gewährt. Diese Freiheit ist in der Grundversicherung eingebettet in behördliche Kontroll- und Interventionsbefugnisse, auf die der Gesetzgeber im Bereich der Zusatzversicherungen durch die Unterstellung unter das VVG und das VAG verzichtet hat. Für die klassische Halbprivatversicherung eine implizite Ausnahme vom Kartellgesetz anzunehmen, würde für die Vertragsparteien einen Freiraum schaffen, der grösser ist als für alle anderen Versicherungen, was nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen kann. Eine Unterstellung unter das KVG entgegen dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 3 KVG ist jedenfalls mit dem bloss faktischen Kontrahierungszwang nicht zu rechtfertigen, denn im Unterschied zur Grundversicherung können Versicherte und Versicherer frei entscheiden, ob sie den Deckungsumfang der klassischen Halbprivatversicherung erwerben oder gewähren wollen. Die Zwecksetzungen des KVG, welche die Zulassung von Kollektivverträgen und die behördliche Aufsicht begründen, lassen sich deshalb nicht auf die Halbprivatversicherung übertragen.

Näher bei der Grundversicherung liegt dagegen die nach Artikel 102 Absatz 2 KVG dem rechtlichen Kontrahierungszwang unterworfenen Halbprivatversicherung. Die Frage stellt sich, ob es nicht folgerichtig wäre, diejenigen Zusatzversicherungen dem KVG zu unterstellen, für die Artikel 102 Absatz 2 KVG den Versicherern einen der Grundversicherung ähnlichen Kontrahierungszwang gegenüber den Versicherten und damit auch gegenüber den von den Versicherten wählbaren Leistungserbringern auferlegt. Eine Unterstellung unter das KVG könnte insbesondere mit den Problemen gerechtfertigt werden, die entstehen, wenn es nicht gelingt, zwischen Versicherern und Leistungserbringern Tarife zu vereinbaren. Artikel 47 Absatz 1 KVG gibt im Bereich der Grundversicherung für diesen Fall der Kantonsregierung die Kompetenz, den Tarif festzusetzen. Im Unterschied zur Grundversicherung handelt es sich aber auch hier um eine vom Versicherten frei wählbare Versicherungsdeckung, und der Kontrahierungszwang des Versicherers erstreckt sich nur auf Policen, die noch unter dem alten KUVG abgeschlossen worden sind. Der grundsätzliche Entscheid des Gesetzgebers, die Zusatzversicherungen dem VVG und damit auch dem KG zu unterstellen, erscheint deshalb nicht im Widerspruch zum Zweck des Gesetzes, das nur für die Grundversicherung mit dem Mittel der Versicherungspflicht die medizinische Versorgung sicherstellen will und als Korrelat dazu Regeln und Kontrollen für die Bildung der Versicherungsprämien und der Preise der versicherten Leistungen vorsieht. Für die Zusatzversicherung wird dagegen durch Artikel 102 Absatz 2 KVG lediglich der bisherige Leistungsumfang garantiert, was aber nicht notwendigerweise vom allgemeinen Versicherungsrecht abweichende Regeln über Prämien und Preise verlangt, da der Versicherte nicht verpflichtet ist, sich die Versicherungsdeckung zu erhalten. Für diese Auslegung spricht auch, dass in der Botschaft ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass der Anspruch auf die Fortführung des bisherigen

---

Versicherungsschutzes sich nicht auf die Höhe der Prämien erstreckt (Botschaft a.a.O., 214). Wenn somit der Gesetzgeber die Festsetzung der Prämien nicht dem KVG sondern dem VVG und VAG unterstellte, darf auch angenommen werden, dass er die Bildung der Preise für die versicherten Leistungen dem VVG entsprechend dem Markt überlassen wollte.

Auch der Bundesrat geht davon aus, dass das geltende KVG die Kosteneindämmung im stationären Bereich für die in halbprivaten und privaten Spitalabteilungen erbrachten Leistungen dem Wettbewerb überlassen habe, während die Kosten der allgemeinen Abteilungen durch die Spitalplanung zu beeinflussen seien, indem dafür die Kantone quantitativ beschränkte und auf einen Leistungsauftrag abgestützte Spitallisten zu erstellen hätten (Botschaft vom 18. September 2000 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, BBl 2001, 779).

5. Somit ist die Zulässigkeit des fraglichen Vertrages unter dem Kartellgesetz zu prüfen. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegt. Der umstrittene Vertrag regelt die von den Versicherern zu vergütenden Preise der stationären Gesundheitsdienstleistungen, die von klassischen Halbprivatpolicen gedeckt sind. Es liegt somit eine rechtlich erzwingbare Abrede vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt, indem sie die Preise bestimmter Dienstleistungen für alle Vertragsparteien verbindlich festlegt.

Die Wettbewerbskommission hat im umstrittenen Vertrag aber nicht eine sondern vier verschiedene Abreden gesehen, nämlich je eine zwischen den Ärzten/Ärztinnen, zwischen den Privatkliniken und zwischen den Versicherern und schliesslich noch eine Abrede unter diesen drei Gruppen von Vertragsparteien (Verfügung Rz. 31 ff.). Eine derartige Aufteilung eines einzigen Vertrages ist nützlich für die Darstellung der betroffenen Märkte. Sie darf aber nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der Vertrag für die Beurteilung seiner Zulässigkeit nach dem Kartellgesetz in diese vier Abreden aufzuspalten ist.

Die Parteien haben einen einzigen Vertrag ausgehandelt und sich auf nichts anderes verpflichtet als diesen einen Vertrag. Es ist zwar mit Sicherheit anzunehmen, dass Gruppen mit gleicher Interessenlage sich vor und während der Vertragsverhandlungen zu koordinieren suchen. Ob und wie weit sich diese Koordinierungsbemühungen zu Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG verdichten, wurde nicht abgeklärt. Dass sie dies tun, erscheint als sehr zweifelhaft, denn die Koordinierung erfolgt im Hinblick auf den angestrebten Vertragsabschluss und hat wohl kaum eine davon unabhängige Bedeutung. Sie kann deshalb auch für sich allein keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder beabsichtigen. Es ist somit nicht angängig, bei der Beurteilung des vorliegenden Vertrages Horizontalabreden etwa zwischen den ÄrztInnen

---

oder zwischen den Privatkliniken für sich allein als unzulässig zu erklären, denn diese haben nur als Teil des umstrittenen Vertrages Bestand und ihre Zulässigkeit ist nur im Hinblick auf die Zulässigkeit des ganzen Vertrages zu beurteilen.

6. Als Nächstes ist die Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht zu prüfen.

6.1. Der sachlich relevante Markt wird nach ständiger, unangefochtener Praxis in Analogie zu Artikel 11 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) als Markt aller Waren oder Leistungen definiert, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

6.1.1. Die Wettbewerbskommission geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass in den drei Abreden auf Stufe Ärzte/Ärztinnen, Privatkliniken und Krankenversicherer sich die Leistungserbringer und die Krankenversicherer gegenüber stehen. Die Krankenversicherer sind nach Ansicht der Wettbewerbskommission die Anbieter und die Leistungserbringer die Nachfrager von Vertriebswegen für die vom Vertrag erfassten Gesundheitsleistungen. Der sachlich relevante Markt sei somit der Markt von Vertriebswegen für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen. Bei der Abrede zwischen Ärzten/Ärztinnen, Privatkliniken und Krankenversicherern bilden die Versicherten die Marktgegenseite. Der sachlich relevante Markt bestehe folglich im Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen. Darin seien alle Versicherungsangebote enthalten, die sich auf die Anspruchnahme medizinischer Leistungen im Halbprivatbereich in den Privatkliniken bezögen.

Die Beschwerdeführer sind indessen der Meinung, die Wettbewerbskommission habe den auf den vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrag zugeschnittenen sachlich relevanten Markt falsch umschrieben. Sie begründen dies damit, dass die Versicherer nicht wirklich Vertriebskanäle für medizinische Leistungen anböten. Diese Leistungen würden gleichermassen auch dann vertrieben, wenn keine Zusatzleistungsverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern existierten und diese Leistungen würden auch ohne Verträge zwischen Leistungserbringern und Versicherern vom Versicherer finanziert. Ausserdem müsse das Konzept dieser Marktdefinition im Sinne der Vertriebswege unbedingt überdacht werden, denn Nachfrager sei unter ökonomischen Gesichtspunkten der Zahler oder der potenzielle Zahler einer Leistung. Das treffe keineswegs auf die Leistungserbringer zu. Es müsse vielmehr gefragt werden, wer die Anbieter der Vertriebsleistungen seien, wenn es keine Verträge mit den Versicherern gebe und weshalb diese anderen Anbieter in der Marktumschreibung nicht als Marktteilnehmer erwähnt würden. Im Falle, dass dieser Umschreibung Relevanz zukommen sollte, ergäbe sich direkt, dass es sich um den

---

KVG-Bereich handle, denn die im Halbprivatbereich erbrachten stationären Leistungen seien in der überwiegenden Mehrheit KVG-Leistungen, womit auf diesem Markt das KVG anzuwenden wäre und nicht das VVG. Das KG wäre wohl nicht anwendbar (Beschwerde S. 15 f.).

Es ist an sich richtig, dass bei einem vertragslosen Zustand, das heisst bei einem ersatzlosen Hinfall des in Frage stehenden Vertrages, die Gesundheitsleistungen gleichwohl vertrieben würden. Die Versicherer hätten jedoch auch in dieser Situation die gleiche Funktion, denn sie bieten mit der von ihnen gewährten Versicherungsdeckung den Leistungserbringern Vertriebswege an, unabhängig davon, ob ein Tarifvertrag besteht oder nicht. Aus dieser Marktumschreibung auf die Anwendbarkeit des KVG zu schliessen, geht fehl. Die Abgrenzung von KVG und VVG ergibt sich aus Artikel 12 Absatz 3 KVG, der Zusatzversicherungen ausdrücklich dem VVG zuweist. Selbst wenn die Zusatzversicherung in der überwiegenden Mehrheit KVG-Leistungen decken würde, wäre sie nicht dem KVG zu unterstellen, denn das KVG unterscheidet sie durch ihre Zusatzleistungen von der Grundversicherung und unterstellt nur diese dem KVG.

6.1.2. Diese Umschreibung des sachlich relevanten Marktes schliesst alle von Halbprivatversicherungen gedeckten stationären Gesundheitsdienstleistungen ein. Sie erstreckt sich somit nicht nur auf die vom umstrittenen Vertrag erfassten klassischen, sondern auch auf alle anderen - das heisst die so genannten alternativen - Halbprivatversicherungen. Hingegen betrachtet die Wettbewerbskommission Privat- und Grundversicherung als gesonderte Märkte (Verfügung Rz. 60). Dies zu Recht, denn diese Versicherungsarten decken unterschiedliche Ansprüche der Versicherten auf stationäre Gesundheitsdienstleistungen ab, die sich in erster Linie durch den Hotelleriekomfort (Bettenzahl pro Zimmer und Verpflegung) unterscheiden und - mindestens für die Privatversicherung - auch die ärztlichen Leistungen betreffen. Natürlich überlegt sich der Versicherungskunde, welche Art von Versicherungsdeckung für Spitalbehandlungen er erwerben will und in dieser Beziehung sind auch diese drei Versicherungsarten substituierbar, das heisst, es liegt ein Markt für die Versicherung stationärer Gesundheitsdienstleistungen insgesamt vor. Die drei Arten von Versicherungsprodukten bilden aber je eine Gruppe, die sich klar von den anderen beiden abhebt und in sich eine bedeutend höhere Substituierbarkeit bietet.

6.2. Als räumlich relevanten Markt bezeichnet die Wettbewerbskommission das Gebiet des Kantons Aargau. Zwar regelt der fragliche Vertrag die Tarife für halbprivat versicherte Patienten/Patientinnen aus der ganzen Schweiz, die sich unabhängig von ihrem Wohnsitz in den aargauischen Privatkliniken behandeln lassen können, ebenso wie die halbprivat versicherten Patienten/Patientinnen mit Wohnsitz im Kan-

---

ton Aargau, die Spitalpflege in anderen Kantonen beanspruchen dürfen. Die Patienten/Patientinnen bevorzugen jedoch in der Regel - meist aufgrund der geografischen Nähe zum Wohnort - Spitäler innerhalb des Wohnsitzkantons, weshalb sich die Beschränkung des räumlich relevanten Marktes auf den Kanton Aargau rechtfertigt und von den Beschwerdeführern auch nicht bestritten wird.

7. Als Nächstes ist die Zulässigkeit des fraglichen Vertrages nach Artikel 5 KG zu prüfen. Bevor aber auf die einzelnen Tatbestandselemente von Artikel 5 KG eingegangen werden kann, sind einige Vorfragen klarzustellen.

7.1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat schon mehrfach festgehalten, dass die Anwendung des Kartellgesetzes Ermessensspielräume belässt und dass es nicht die Aufgabe der Rekurskommission ist, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Wettbewerbskommission zu setzen. Kam sie zum Schluss, dass ein Entscheid der Wettbewerbskommission fehlerhaft war und die Behebung des Fehlers die Ermittlung und Beurteilung weiterer Sachverhalte erforderte, hat sie die Sache jeweils zur Neuurteilung an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen (vgl. RPW 1998/4, S. 677; 1999/3, S. 520; 2000/3, S. 476; 2000/4 S. 736).

7.2. Die Wettbewerbskommission hat die vier von ihr im umstrittenen Vertrag festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Abreden gesondert auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 5 KG untersucht. Für die Abreden zwischen den Ärzten/Ärztinnen, zwischen den Privatkliniken und zwischen den Versicherern kommt sie zum Schluss, dass diese aufgrund von Artikel 5 Absatz 3 KG unzulässig sind. In allen drei Fällen handle es sich um horizontale Preisabreden, bei denen kein wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb vorhanden sei (Verfügung Rz. 69 ff.).

Anders beurteilt die Wettbewerbskommission dagegen die Abrede unter den Ärzten/Ärztinnen, den Privatkliniken und den Versicherern. Zwar handle es sich auch hier um eine Preisabrede, doch sei die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG einer Beseitigung des Wettbewerbs nicht gegeben, da unter den Versicherern ein durch die Abrede zwar eingeschränkter aber doch immerhin wirksamer Wettbewerb um die Versicherungskunden bestehe (Verfügung Rz. 108 ff.). Die Wettbewerbskommission prüft die Abrede in der Folge auf ihre Zulässigkeit nach Artikel 5 Absatz 1 und 2 KG. Wäre die Wettbewerbskommission in der gesonderten Beurteilung der vier Abreden konsequent, könnte sie sich diese Prüfung jedoch ersparen, denn mit der Unzulässigkeit auch nur einer der drei horizontalen Abreden würde der umstrittene Vertrag zwangsläufig dahinfallen, weil er ohne die Zustimmung der Angehörigen der drei Gruppierungen zu den ausgehandelten Tarifen die von den Parteien gewollte Substanz verlieren würde. Damit würde der für die Beurteilung des Vertrages wichtigste Teil, nämlich seine Auswirkungen auf die Versicherten, von der Prü-

---

fung ausgeschlossen, was die Wettbewerbskommission richtigerweise nicht getan hat. Der umstrittene Vertrag ist somit insgesamt, das heisst, ausschliesslich als Vertikalabrede, auf seine Vereinbarkeit mit Artikel 5 KG zu prüfen.

7.3. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Gegenstand des fraglichen Vertrages und der sachlich relevante Markt nicht identisch sind (vgl. oben E. 6.1.2.). Vertragsgegenstand ist die Abgeltung der Spitalbehandlung von Versicherten, die über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung (2er-Zimmer und freie Arztwahl) behandeln lassen (Art. 2 des Vertrages). Für die Beschwerdeführer ist klar, dass damit nur der von ihnen so genannte klassische Halbprivatversicherungsvertrag gemeint ist, das heisst der Versicherungsvertrag, der die Behandlung in einer Halbprivatabteilung eines vom Versicherten frei wählbaren, im Kanton Aargau oder auch in der übrigen Schweiz zugelassenen Spitals in einem 2er-Zimmer mit freier Arztwahl und voller Kostenübernahme abdeckt. Sie stellen allerdings die Genauigkeit dieser Umschreibung selbst in Frage, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 28. August 2001 zum Verfügungsentwurf der Wettbewerbskommission (im Folgenden "Stellungnahme" zitiert) darauf hinweisen, dass der Begriff der Halbprivatabteilung nicht eindeutig definiert und deshalb zu vermeiden sei (Stellungnahme S. 18). Die Frage, wie der Vertragsgegenstand zu verstehen ist, wenn der in der vertraglichen Umschreibung von Artikel 2 verwendete Schlüsselbegriff nicht eindeutig und zu vermeiden sei, wird im ganzen Verfahren weder gestellt noch beantwortet, was darauf schliessen lässt, dass der Vertrag sowohl für die Vertragsparteien als auch die Wettbewerbskommission unstreitig hinreichend klar ist.

Der sachlich relevante Markt wird in der angefochtenen Verfügung als Markt für im Halbprivatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen bezeichnet (Rz. 57). Er beschränkt sich somit nicht nur auf Leistungen, die von Versicherungspolice mit freier Arzt- und Spitalwahl sowie voller Kostenübernahme - der klassischen Halbprivatversicherung - gedeckt sind, sondern auch auf Leistungen für Versicherte mit eingeschränkter Wahl oder besonderen Formen der Kostenübernahme oder -beteiligung. Die Beschwerdeführer und die Wettbewerbskommission sprechen von alternativen Spitalzusatzversicherungen (Verfügung Rz. 60). Auch wenn die Wettbewerbskommission diese alternativen Zusatzversicherungen in Übereinstimmung mit den Beschwerdeführern nur für wenig verbreitet ansieht (Verfügung Rz. 60, Stellungnahme S. 23), sind sie doch wenigstens potenziell ein bedeutendes Konkurrenzprodukt zur klassischen Halbprivatversicherung. Die Wettbewerbskommission selbst verweist ja die Beschwerdeführer auf die Möglichkeit, mit solchen Versicherungsangeboten dem faktischen und rechtlichen Kontrahierungszwang im Bereich der klassischen Halbprivatversicherung auszuweichen (Verfügung Rz. 47). Ist aber der Geltungsbereich des fraglichen Vertrages enger als der sachlich rele-

vante Markt, kann nicht von einer marktumfassenden Abrede gesprochen werden (so die Verfügung Rz. 132 Buchstabe a letzter Gedankenstrich). Vielmehr belässt der Vertrag den Parteien die Möglichkeit, alternative Zusatzversicherungen anzubieten und die dafür massgeblichen Tarife mit den Leistungserbringern auszuhandeln. Ein zumindest potenzieller Wettbewerb besteht somit schon heute, was bei der Beurteilung der Effizienzgewinne durch den fraglichen Vertrag zu berücksichtigen ist.

8. Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Abrede nach Artikel 5 KG ist zweckmässigerweise die Frage voranzustellen, ob eine Preisabrede vorliegt, die nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG die Vermutung begründet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Wettbewerbskommission geht zutreffend davon aus, dass die Abrede durch die Vereinheitlichung der Spitalbehandlungspreise, welche die Versicherer zu übernehmen haben, den Wettbewerb unter den Versicherern um die Versicherungskunden zwar einschränkt aber nicht ausschliesst.

Weiter stellt die Wettbewerbskommission zutreffend fest, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich sei, da im Bereich der halbprivaten Spitalbehandlung die Privatkliniken im Kanton Aargau einen Marktanteil von einem Drittel haben und der Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern vollständig beseitigt und unter den Versicherern weitgehend eingeschränkt sei (Verfügung, Rz. 121 ff.).

9. Bewirkt eine Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, ist nach Artikel 5 Absatz 2 KG zu prüfen, ob sie sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass der Kollektivvertrag zu günstigeren Tarifen führe, da die gesetzliche Ordnung der Grundversicherung im KVG eine derart schwache Stellung der Versicherer im Bereich der klassischen Halbprivatversicherung bewirke, dass sie in Einzelverhandlungen den Preisforderungen der Leistungserbringer ohnmächtig ausgeliefert wären. Sie leiten daraus - wie oben dargelegt (E. 4) - zu Unrecht ab, dass der fragliche Vertrag nach Artikel 3 Absatz 1 KG von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen sei. Das Argument eines für die Versicherten besseren Ergebnisses ist jedoch unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob der Kollektivvertrag nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG notwendig ist, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken. Dies hat die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung getan (Ziff. 130 ff.).

9.1. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass der Aufwand für Einzelverhandlungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern bedeutend grösser wäre als die für den fraglichen Vertrag geführten Kollektivverhandlungen. In ihrer Antwort auf den Fragebogen, den die Wettbewerbskommission im Laufe der Untersuchung verschickt

hat, wiesen sie darauf hin, dass die Versicherer auf die ganze Schweiz gerechnet 3'223'760 Verhandlungen führen müssten. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf bezeichneten sie den Aufwand von Einzelverhandlungen als "enorm", was "massive Verhandlungskosten" zur Folge hätte, welche die Versicherten über die Prämien tragen müssten.

Die Wettbewerbskommission anerkannte in der angefochtenen Verfügung, dass der Aufwand für Einzelverhandlungen grösser wäre. Sie hielt dem aber entgegen, dass Einzelverhandlungen nicht heisse, dass jeder Versicherer mit jedem Spital sowie mit jeder Belegärztin und jedem Belegarzt Tarife aushandeln müsse. Vielmehr könnte jeder Versicherer die Tarife mit jedem Spital und seinen Belegärzten/Belegärztinnen vereinbaren und kleinste Versicherer könnten sich zu Einkaufsgemeinschaften zusammenschliessen (Rz. 133, Buchstabe a; Rz. 132 Buchstabe b). Zudem müssten die Einsparungen kollektiver Verhandlungen die Kosten der sich aus dem Kollektivvertrag ergebenden Standardisierung und Preisnivellierung aufwiegen, damit sie nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG als Rechtfertigung des Kollektivvertrages in Betracht zu ziehen wären (Rz. 132, Buchstabe a). Selbst dann wäre allerdings nicht einsichtig, weshalb zur Erzielung dieser Einsparungen marktumfassende Abreden notwendig seien (Rz. 132, Buchstabe a am Ende).

Allerdings sind die Abreden nicht marktumfassend, wie oben festgestellt wurde (E. 7.3.). Die Unzulässigkeit einer Abrede setzt aber nach Artikel 5 Absatz 1 KG nicht den Ausschluss sondern lediglich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus, und diese ist angesichts des Marktanteils der Leistungen, deren Abgeltung vom fraglichen Vertrag geregelt wird, zweifellos gegeben. Die Wettbewerbskommission hat daher zu Recht die Folgerung gezogen, dass Kostensparnisse bei den Verhandlungen allfälligen Effizienzverlusten durch das Verhandlungsergebnis, das heisst höheren Preisen der Leistungserbringer als Folge des Kollektivvertrages, einander gegenübergestellt werden müssen. Weder das eine noch das andere lässt sich aufgrund der Akten beziffern. Doch kann dies nicht davon entbinden, die von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG geforderte Effizienzprüfung vorzunehmen, was bedingt, dass die Kosten senkenden oder steigernden Wirkungen der Abreden so gut als möglich eingeschätzt werden.

9.2. Elemente für diese Kostenschätzungen könnten unter anderem aus einem Vergleich mit den Kosten der in Einzelverhandlungen vereinbarten Tarife alternativer Halbprivatversicherungen gewonnen werden. Aufschlüsse könnten auch Analysen der Kosten von Halbprivatversicherungen in anderen Kantonen, in denen im grösserem Umfang Einzelverträge bestehen, geben. Was insbesondere den Verhandlungsaufwand angeht, könnte immerhin die Grössenordnung ermittelt werden, indem die feststellbaren Kosten der Kollektivverhandlung mit

---



der Anzahl der notwendigen Einzelverhandlungen multipliziert und für den Aufwand, der den Vertragsparteien aus der Teilnahme an den Kollektiverhandlungen entstanden ist, ein entsprechender Abzug gemacht wird.

Ein gewisser Mehraufwand würde bei den Spitälern auch dadurch entstehen, dass sie mit den einzelnen Versicherern nach verschiedenen Tarifen abrechnen und in ihrer Budgetierung die unterschiedlichen Deckungsbeiträge und Risiken prospektiver Vergütungsformen - etwa von Fall- oder Kopfpauschalen - berücksichtigen müssten. Für die Kosten von Spitälern und Versicherern fällt zudem ins Gewicht, dass prospektive Vergütungsformen wesentlich stärker ausgebaute Qualitätssicherungssysteme bedingen als die Anwendung von Tarifen für Einzelleistungen (vgl. die in der Verfügung S. 43, Fn. 29 zitierten ROBERT E. LEU u.a., Spitalfinanzierung im Umbruch, Interpharma, Basel 1999, S. 43; zu den Schwierigkeiten der Versicherer, solche Qualitätskontrollen durchzusetzen vgl. Bericht des EDI für die Bundesratsklausur vom 22. Mai 2002, Soziale Krankenversicherung, Analyse, S. 20, abrufbar unter [www.bsv.admin.ch/blind/aktuell/presse/2002/d/02052301.pdf](http://www.bsv.admin.ch/blind/aktuell/presse/2002/d/02052301.pdf)). Geht man allerdings davon aus, dass der Verhandlungs- und Verwaltungsaufwand jedenfalls nur einen Bruchteil der von den Versicherern den Leistungserbringern insgesamt bezahlten Entgelte ist, kann auf diese Kostenschätzungen verzichtet werden, wenn es sich ergeben sollte, dass - entgegen der Meinung der Beschwerdeführer - die einzeln ausgehandelten Tarife gesamthaft eindeutig tiefer wären als diejenigen des fraglichen Kollektivvertrages oder dass die kostengünstigeren Leistungserbringer als Folge der Differenzierung der Tarife und der Versicherungspolice mehr Umsatz erzielen würden.

9.3. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Leistungserbringer aufgrund des faktischen und rechtlichen Kontrahierungszwangs der Versicherer sowie infolge anderer Besonderheiten des Gesundheitsmarktes eine übermächtige Verhandlungsposition hätten, was ohne gemeinsames Vorgehen der Versicherer mit Sicherheit zu höheren Tarifen und in einem vertraglosen Zustand zu höheren Preisen führen würde. Die Wettbewerbskommission geht in der angefochtenen Verfügung dagegen davon aus, dass die durch den Kollektivvertrag bewirkte Standardisierung und Nivellierung der Tarife zu insgesamt höheren Kosten führe (Verfügung Rz. 132, Buchstabe a). Ferner sei anzunehmen, dass die gemeinsam ausgehandelten Preise weder optimale Anreize für effizientes Handeln auf Stufe der Leistungserbringer und Krankenversicherer vermitteln, noch den Präferenzen der Versicherten beziehungsweise der Versichertenstruktur der Krankenversicherer entspreche (Verfügung Rz. 132, Buchstabe b, letzter Absatz). Mit anderen Worten ist die Wettbewerbskommission der Meinung, dass der Kollektivvertrag keine bessere Allokation der Ressourcen bewirke als der Wettbewerb, der sich aus Einzelverhandlungen ergeben würde.

---

9.3.1. Will ein Versicherer eine klassische Halbprivatversicherung anbieten, muss er im Kanton Aargau die Kosten sämtlicher Leistungserbringer im stationären Bereich übernehmen. Insofern kann von einem faktischen Kontrahierungszwang gesprochen werden. Hat er vor dem In-Kraft-Treten des KVG bereits solche Policen abgeschlossen, ist er nach Artikel 102 Absatz 2 KVG verpflichtet, diese Versicherungsverträge so lange, als es der Versicherte wünscht, weiter zu führen. Er steht somit hinsichtlich solcher Policen aus der Zeit des alten KUVG gegenüber den Versicherten und folglich auch gegenüber den Leistungserbringern unter einem rechtlichen Kontrahierungszwang.

Diese Kontrahierungszwänge geben den Leistungserbringern eine starke Stellung in Tarifverhandlungen und auch in ihren Preisforderungen, sollte es nicht zu Tarifverträgen kommen. Ihre Forderungen werden nur dadurch begrenzt, dass als Folge der entsprechend hohen Prämien die Attraktivität der klassischen Halbprivatversicherung für die Versicherungskunden geringer wird und somit die Zahl der Halbprivatpatienten abnimmt. Da sich aber die Kosten nur als Gesamtsumme in den Prämien niederschlagen, ist es für den einzelnen Leistungserbringer verlockend, seine Forderungen hoch zu schrauben in der Annahme, dass diese das Gesamtergebnis, das heisst die Prämienhöhe, nicht derart beeinflussen, dass das Interesse der Versicherten an der klassischen Halbprivatversicherung wesentlich vermindert wird. Er wird davon ausgehen, dass es den Versicherern angesichts der Präferenz der Versicherten für eine umfassende Wahlfreiheit, die sie ja auch in der Grundversicherung haben, äusserst schwer fallen wird, einen einzelnen Leistungserbringer wegen zu hoher Forderungen auszuschliessen. Der Leistungserbringer wird dieses geringe Risiko gegen die Gewinnchancen hoher Preise abwägen. Im Unterschied zu einem bloss zweiseitigen Verhältnis, wie zum Beispiel in einer reinen Verkäufer-Käufer-Beziehung, bringen ihm tiefere Preise keinerlei Vorteile, denn sie verbessern seine Chancen, damit höhere Umsätze zu erzielen, in keiner Weise. Höhere Preise dagegen erhöhen seine Erträge und erlauben es ihm, seine Chancen für Umsatzsteigerungen sogar zu verbessern, indem er die grösseren Erträge zur Verbesserung seiner Leistungen einsetzt. Die Situation ist zudem insofern paradox, als ein Leistungserbringer desto höhere Preise verlangen kann, je kleiner sein Marktanteil ist, denn je kleiner der Marktanteil, desto weniger wirken sich die Preise auf die Prämienhöhe aus und desto geringer ist das Risiko, vom Versicherer aus der Versicherungsdeckung herausgenommen zu werden. Verhandeln die Leistungserbringer - wie es die angefochtene Verfügung verlangt - mit jedem Versicherer einzeln und ohne sich untereinander zu koordinieren, besteht somit eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass die Tarife insgesamt höher ausfallen als bei einem Kollektivvertrag, denn es bestehen in dieser Konstellation für die Leistungserbringer sehr starke Anreize für hohe Forderungen und keine Belohnung für tiefe Preise. Verhandeln sie dagegen gemeinsam, kön-

---

nen sie die Folgen ihrer Forderungen für die Prämienhöhe abschätzen und übermässige Forderungen aller oder Einzelner im gemeinsamen Interesse an der Aufrechterhaltung einer attraktiven klassischen Halbprivatversicherung zurückbinden. Die Versicherer ihrerseits haben gemeinsam mehr Verhandlungsmacht, da die kollektive Drohung, einen übermässig teuren Anbieter aus der Halbprivatversicherung auszuschliessen - und dabei den Verzicht auf die umfassende Wahlfreiheit der klassischen Halbprivatversicherung in Kauf zu nehmen -, mehr Gewicht hat als die gleiche Drohung eines einzelnen Versicherers. Beim rechtlichen Kontrahierungszwang nach Artikel 102 Absatz 2 KVG ist ihnen allerdings dieses Mittel verwehrt. Die gegenseitige Information und der Gruppendruck von Kollektivverhandlungen wirken aber auch hier dämpfend auf die Preisforderungen, denn es liegt im Interesse aller Beteiligten, auch die von Artikel 102 Absatz 2 KVG erfassten Zusatzversicherungen zu annehmbaren Prämien anbieten zu können.

Die Wettbewerbskommission anerkennt "gewisse Marktvorteile" der Leistungserbringer. Diese ergäben sich aus der Präferenz der Versicherten für eine alle Leistungserbringer umfassende Spital- und Belegarztwahl, das heisst für die klassische Halbprivatversicherung, ferner aus der engeren Bindung der Versicherten an die Leistungserbringer als an die Versicherer, der fehlenden Kostentransparenz der Spitäler, dem fehlenden Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern und schliesslich der Bestimmungsmacht der Leistungserbringer über die Menge der medizinischen Leistungen (Verfügung Rz. 132, Buchstabe b, erster Absatz). Trotzdem ist sie der Meinung, dass der Wettbewerb bessere Resultate bringe als der Kollektivvertrag. Einzelverhandlungen seien möglich, wie die Auskünfte der Versicherer über die Verhältnisse in anderen Kantonen zeigten, und auch mit der Verwendung prospektiver Verfügungsformen sei ein Marktmachtausgleich zu schaffen (Verfügung Rz. 132, Buchstabe b, zweiter Absatz). In der Vernehmlassung zur Beschwerde hat sie hinzugefügt, dass sich die Krankenversicherer auch gestützt auf Artikel 7 KG dagegen wehren könnten, wenn die Leistungserbringer ihre Marktmacht missbrauchen sollten (Rz. 6, 35).

Im Folgenden ist im Einzelnen zu prüfen, wie sich der Kollektivvertrag auf die Tarife der Leistungserbringer auswirkt und ob diese Tarife höher oder tiefer sind als diejenigen, die sich mutmasslich ergäben, wenn nach den Vorgaben der angefochtenen Verfügung Einzelverhandlungen an die Stelle des Kollektivvertrages treten würden.

9.3.2. Für die Grundversicherung hat der Gesetzgeber Kollektivverträge zugelassen (Art. 46 Abs. 1 KVG). Der Bundesrat hat seinen Vorschlag zu dieser Regelung damit begründet, dass bisher Tarifvereinbarungen überwiegend durch Verbandsverträge getroffen worden seien und dass diese vermutlich auch weiterhin eine wichtige Rolle spielen werden. Dagegen sei prinzipiell nichts einzuwenden, denn diese "erlauben ja eine durchaus wünschenswerte Konzentrierung, Harmonisie-

---

rung und Rationalisierung im Tarifwesen. Ausserdem werden sie in der Regel von ungefähr gleich gewichtigen Partnern ausgehandelt. Dies erhöht die Chance einer weit gehenden Ausgewogenheit ihres Inhalts" (Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 178). Tatsächlich ist der Verbandsvertrag auch heute noch "fast immer der Fall" (Bericht des EDI, Anhang II, a.a.O., S. 10). Das Gesetz schafft aber keinen Verbandszwang und stellt gewisse Regeln zum Schutz von Aussenseitern auf (Art. 47 Abs. 2 und 3 KVG), und es erlaubt auch alternative Vergütungsformen (Art. 43 Abs. 3 KVG) und Versicherungen mit eingeschränkter Wahlfreiheit (Art. 41 Abs. 4 KVG). Gesetzgeber und Exekutive sind somit der Ansicht, dass für die Grundversicherung Kollektivverträge neben der Freiheit zum Abschluss von Einzelverträgen ein geeignetes Instrument zur Verwirklichung einer effizienten Ordnung sind und sie sehen keinerlei Nachteile darin, dass diese in der Praxis regelmässig bevorzugt werden.

Die Stellung der Anbieter von klassischen Halbprivatpolicen ist im Kanton Aargau im Wesentlichen gleich wie diejenige der Versicherer in der vom KVG geregelten Grundversicherung. Sie sind einerseits gegenüber allen Leistungserbringern kontrahierungspflichtig. Andererseits steht es ihnen frei, auch Policen mit eingeschränkter Wahl anzubieten und entsprechende Tarife einzeln mit den Leistungserbringern auszuhandeln. Der Kollektivvertrag schränkt sie dabei in keiner Weise ein.

Wenn die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung die Effizienz des Kollektivvertrages mit dem Argument in Abrede stellt, dass Einzelverträge möglich seien und in anderen Kantonen zum Teil Anwendung fänden, hält sie lediglich einen unbestrittenen Sachverhalt fest, der nichts über die Effizienz des vorliegenden Kollektivvertrages aussagt. Sollte damit gemeint sein, dass Einzelverträge wegen des damit verbundenen stärkeren Wettbewerbs in jedem Fall effizienter sind als ein Kollektivvertrag, so steht dies im Widerspruch zu den Vorstellungen des Gesetzgebers bei der Regelung der Grundversicherung, die darauf hindeuten, dass die Besonderheiten des Gesundheitsmarktes solche pauschalen Annahmen eher widerlegen als bestätigen.

9.3.3. Als weiteres Instrument zum Ausgleich der Verhandlungsmacht in Einzelverhandlungen nennt die Wettbewerbskommission - unter Hinweis auf die Ausführungen von LEU - prospektive Vergütungsformen. Der zitierte Autor bezeichnet als im Vordergrund stehende Systeme solcher prospektiver Vergütungsformen Fallkostenpauschalen, Abteilungspauschalen, oder Patient-Management Categories, bei denen kostenbestimmende Faktoren der Patienten, wie Alter, Geschlecht und psychische Verfassung, berücksichtigt werden (LEU u.a., a.a.O., S. 42; vgl. z.B. auch WILLY OGGIER, Spitalfinanzierungsmodelle

für die Schweiz, Bern 1999). Es ist unbestritten, dass der Kollektivvertrag die Vertragsparteien in keiner Weise daran hindert, Einzelverträge abzuschliessen und dass dabei beliebige Tarifierungsformen vereinbart werden können. Die Versicherer bieten neben der klassischen Halbprivatversicherung auch andere Halbprivatpolicen an. Diese alternativen Halbprivatversicherungen haben aber wenig Verbreitung gefunden (Stellungnahme S. 6 f.). Die von den Beschwerdeführern genannten Modelle haben allerdings nur Einschränkungen der Wahlfreiheit oder Risikobeteiligungen der Versicherten (Stand-by-Tarif, Joker-Versicherung) zum Inhalt. Die Wettbewerbskommission ist der Frage nicht nachgegangen, weshalb prospektive Vergütungsformen nicht verwendet werden und weshalb die angebotenen Policen so wenig Anklang finden. Die Abklärung dieser Fragen könnte aber Aufschluss geben über die Effizienz des Kollektivvertrages, der die Grundlage der klassischen Halbprivatversicherung bildet, die mit diesen bestehenden und potenziellen Angeboten in Konkurrenz steht.

9.3.4. Zu den prospektiven Vergütungsformen weist die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde (Rz. 35) darauf hin, dass schon der streitige Kollektivvertrag Fallpauschalen vorsehe und dass sich auch in der Grundversicherung eine Tendenz zu leistungsbezogenen Finanzierungsmodellen abzeichne, wobei sie eine Publikation von KOCH anführt. Daraus ergibt sich die von der Wettbewerbskommission nicht behandelte Frage, wie viel Spielraum den Versicherern verbleibt, um in den von der Wettbewerbskommission verlangten Einzelverträgen an Stelle der 23 im Kollektivvertrag vereinbarten Fallpauschalen andere, günstigere Pauschalen auszuhandeln, die attraktive Alternativen zur klassischen Halbprivatversicherung erlauben würden. Der zitierte Aufsatz von KOCH zeigt, dass Pauschalen nur für die Grundversicherung ganzer Kantone oder von grossen Spitälern berechnet worden sind, so unter anderem vom Kantonsspital Aarau (VINCENT KOCH, Überblick über die in den Akutspitälern der Schweiz angewandten Arten von Pauschaltarifen, in: Soziale Sicherheit, 2/2001, S. 63 ff.). Es fällt auch auf, dass Versuche mit solchen Abgeltungsmodellen nur in öffentlichen Spitälern durchgeführt wurden, so dass das Risiko von Fehleinschätzungen letzten Endes immer beim Staat als Eigentümer lag und nie von einem privaten Investor übernommen wurde. Die Privatspitäler sind möglicherweise gar nicht in der Lage, sich auf Einzelverhandlungen über solche prospektiven Vergütungsformen einzulassen, da ihre Patientenzahlen für deren Berechnung zu gering sind und der erforderliche Ausbau der Kostenerfassung zu aufwändig ist. KOCH vermerkt auch, dass die Versicherer in zwei Fällen - nämlich gegen die öffentlichen Spitäler im Kanton Zürich und Thurgau - Beschwerde gegen die Einführung von Pauschaltarifen eingereicht haben, was vermuten lässt, dass solche Tarifberechnungen - selbst wenn sie von den grössten Spitälern der Schweiz stammen - wenig transparent und auch nicht unbedingt kostensenkend sind.

---

Die Wettbewerbskommission erwartet ferner, dass die Versicherer in Einzelverhandlungen Tarife erzielen würden, die günstiger wären, weil sie der Versichertenstruktur des einzelnen Versicherers entsprechend bemessen werden könnten (Verfügung Rz. 132, Buchstabe a, erster Gedankenstrich). Der Versichertenstruktur könne prämienvirksam nur im Rahmen von Kostenbeteiligungen oder genauer Risikobeteiligungen der Leistungserbringer Rechnung getragen werden. Die in der Verfügung zitierten Breyer und Zweifel nennen als einziges Beispiel die in den USA entwickelte Health Maintenance Organization (HMO) (FRIEDRICH BREYER/PETER ZWEIFEL, Gesundheitsökonomie, 3. A., Berlin 1999, 299). Dazu ist allerdings einschränkend zu präzisieren, dass damit nur HMOs gemeint sind, die auf einem "Capitation"-Modell basieren, das heisst auf Kopfpauschalen, die einer Gruppe von Leistungserbringern für die von ihnen betreuten Versicherten unabhängig von den tatsächlich erbrachten medizinischen Leistungen ausbezahlt werden, denn nur solche Kopfpauschalen beteiligen die Leistungserbringer am versicherten Risiko und erlauben damit eine Abstufung der Tarife nach Versichertenstruktur (zur Terminologie, die HMO und Managed Care als synonym versteht und darunter auch ganz andere Steuerungsmodelle als nur Kopfpauschalen subsumiert vgl. LEO BUCHS, Managed Care, in: GERHARD KOCHER/WILLY OGGIER (Herausgeber), Gesundheitswesen Schweiz 2001/2002, Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer, Solothurn 2001, S. 135 ff., insbesondere S. 138). Obwohl in der Schweiz als erstem europäischen Land seit 1990 mit HMO-Modellen gearbeitet wird, gibt es nach BUCHS lediglich rund dreissig von Krankenkassen betriebene HMOs, die alle in grösseren Städten liegen, und erst eine einzige ärzteigene HMO in Zürich (a.a.O., S. 141). OGGIER merkt an, dass sich nach den Erfahrungen in den USA Capitation-Modelle nur schrittweise realisieren lassen dürften (a.a.O., S. 27). BREYER und ZWEIFEL sind noch vorsichtiger, indem sie es als fraglich bezeichnen, ob sich HMOs ausserhalb der USA durchsetzen werden, vor allem weil die Kostenersparnisse der HMOs sich wegen der in Europa verbreiteten Subventionierung der Spitäler in zu wenig günstigeren Prämien niederschlagen würden, um für die Versicherten attraktiv zu sein (a.a.O., S. 309 f.; wörtlich gleich die 4. A., 2003, S. 417; gleiche Erwägung auch in ROBERT E. LEU, STEPHAN HILL, Sechs Jahre KVG - Gesundheitspolitik am Scheideweg, Interpharma, Basel 2002, S. 47). Was Vergütungssysteme für Spitäler im Besonderen angeht, kommen diese Autoren zudem in der dritten Auflage zum Schluss, dass in Anbetracht der Marktstrukturen administrierte Preise zum besten Resultat führen (S. 359). In der vierten Auflage äussern sie sich nicht mehr zum Preisbildungsmechanismus und empfehlen Fallpauschalen, aber auch dies nur unter der Voraussetzung, dass hinreichende Patientendaten und Qualitätssicherungen bestehen (S. 393). Die von der Wettbewerbskommission ebenfalls zitierte Untersuchung von KOCH scheint diese Skepsis zu bestätigen. Er und ebenso OGGIER nennen keinerlei in der Schweiz angewandte oder in Entwicklung befindliche Vergütungs-

formen von stationären Gesundheitsdienstleistungen, die Kopfpauschalen enthalten. Jedenfalls gehen HMO- oder Managed-Care-Systeme immer vom ambulanten Bereich aus, und es ist nicht ersichtlich, ob und inwiefern in der Schweiz auch schon Spitäler als Risikoträger einbezogen worden sind. Auch die Vorschläge des Bundesrates für eine vorsichtig dosierte Förderung von Hausarzt- und HMO-Modellen beschränken sich auf den ambulanten Bereich (Botschaft vom 18. September 2000, BBI 2001 781). Selbst im ambulanten Bereich besteht gegenüber Kopfpauschalen Zurückhaltung und die Versicherer sind nicht sicher, ob sie mit HMO-Modellen angesichts der Risikoselektion der Versicherten tatsächlich Kostensenkungen realisieren können (vgl. BUCHS, a.a.O., S. 142; RITA BAUR, ULRIKE BRAUN, Bestandesaufnahme besonderer Versicherungsformen in der obligatorischen Krankenversicherung, in Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht 15/00, Bern 2000, S. 31, 38). Dass die Versicherer nach einer Aufhebung des Kollektivvertrages vermehrt Einzelverträge abschliessen können, die dank einer Berücksichtigung der Versichertenstruktur effizienter sind, muss deshalb bezweifelt werden.

9.3.5. Was die Nachfrage der Versicherten angeht, anerkennt die Wettbewerbskommission deren eindeutige Präferenz für die klassische Halbprivatversicherung. Die freie Spitalwahl, die bei Belegarztkliniken zudem mit der freien Arztwahl gekoppelt sei, stelle für die Versicherten das wichtigste Element der Zusatzversicherung dar (Verfügung Rz. 86, Buchstabe b). Das ist plausibel, wenn man bedenkt, dass die Versicherten weder den Zeitpunkt noch den Grund ihres Bedarfs nach einer Spitalbehandlung im Voraus kennen können. Sie haben deshalb ein grosses Interesse an der uneingeschränkten Wahlfreiheit, damit sie bei einer Erkrankung möglichst rasch die für ihre Krankheit beste vorhandene Spitalpflege vorzugsweise in der Nähe ihres Wohnortes erhalten. Um den Spielraum der Versicherer für alternative Halbprivatpolicen abzuschätzen, ist es notwendig, das Angebot an Spitalbetten in 2er-Zimmern und die Spezialisierung der aargauischen Spitäler zu berücksichtigen. Es ist möglich, dass lediglich einige kleinere Spitäler ausgeschlossen werden könnten, was nur unbedeutend geringere Prämien für die Einschränkung der Wahlfreiheit erlauben würde. Solche Policen wären deshalb zu wenig attraktiv.

Zu prüfen ist dabei auch, in welchem Masse die kantonale Spitalplanung die Verfügbarkeit von Spitalbetten beschränkt, was das Interesse der Versicherten an der uneingeschränkten Wahlfreiheit verstärken würde. Zwar hat der Bundesrat in seiner Rekurspraxis entschieden, dass die Kantone die Zulassung von Halbprivat- und Privatabteilungen nur von den vom KVG verlangten qualitativen Voraussetzungen, nicht aber vom Bedarf und von Leistungsaufträgen abhängig machen dürfen (Botschaft vom 18. September 2000 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, BBI 2001 779 und dort zitierte Bundesratsentscheide). Der Kanton Aargau hat sich indessen für

eine integrierte Spitalplanung entschieden, in der nicht nach Spitalabteilungen unterschieden wird (vgl. den Hinweis im Rekursentscheid des Bundesrates vom 23. Juni 1999, RKUV 4/1999, S. 363). Somit wird in diesem Kanton auch das Angebot an Halbprivatabteilungsbetten durch die Spitalplanung gesteuert und ist deshalb vermutlich von Bedeutung für den Entscheid der Versicherungskunden für eine Police mit voller oder eingeschränkter Wahlfreiheit. Die integrierte Spitalplanung soll nach dem Antrag des Bundesrates künftig den Kantonen durch das KVG verbindlich vorgeschrieben werden, so dass für die Planung des Kantons Aargau keine Systemänderung zu erwarten ist (vgl. die zitierte Botschaft a.a.O.).

9.3.6. Die kantonale Spitalplanung ist noch in anderer Hinsicht für die Beurteilung der Effizienz des streitigen Kollektivvertrages von Bedeutung. Wenn die Bettenzahl durch behördliche Vorgaben bestimmt und auf die Spitäler verteilt wird, ist das Steuerungspotenzial des Wettbewerbs durch Einzelverträge eng begrenzt oder sogar aufgehoben. Die Wettbewerbskommission legt in der angefochtenen Verfügung grosses Gewicht darauf, dass es bei der Aufhebung des Kollektivvertrages vor allem darum gehe, dessen standardisierende und nivellierende Wirkung zu beseitigen und durch Einzelverträge optimale Anreize für effizientes Handeln der Leistungserbringer und Versicherer zu schaffen (Rz. 132, Buchstabe a). Der Preiswettbewerb kann aber keine Allokationswirkung haben, wenn die Angebotsmenge für die einzelnen Anbieter von den Behörden festgelegt wird. Schon ohne Berücksichtigung der Spitalplanung erachtet die Wettbewerbskommission die Möglichkeiten von Umsatzverlagerungen zu den öffentlichen Spitälern mit einem Marktanteil von immerhin zwei Dritteln für sehr beschränkt (Verfügung Rz. 86, Buchstabe a). Zieht man dazu noch die auf Kosteneindämmung ausgerichtete und daher von der Zielsetzung her restriktiv angelegte Spitalplanung in Betracht, erscheint eine Lenkungsfunction des Preiswettbewerbs als eher unwahrscheinlich. Jedenfalls kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Aushandlung von Einzelverträgen bei einem quantitativ begrenzten Angebot und unelastischer Nachfrage zu höheren Preisen führen wird, weil die Machtbalance und der Gruppendruck kollektiver Verhandlungen wegfällt (vgl. oben E. 9.3.1.).

Eine weitere Besonderheit des vorliegenden Marktes liegt darin, dass der Preiswettbewerb der Leistungserbringer sich nur über die Versicherungsprämien auf die Leistungsbezüger auswirkt. Die Lenkungsfunction des Preiswettbewerbs ist deshalb nicht in gleicher Weise unmittelbar wirksam wie in einem Markt, wo sich Verkäufer und Käufer gegenüberstehen. Dazu kommt, dass Mengensteuerung weitgehend in der Hand der Leistungserbringer liegt. Die Preisunterschiede müssen sehr bedeutend sein, um sich in den Prämien niederzuschlagen und es besteht für die Versicherer immer das Risiko, dass sie durch eine Mengenausweitung kompensiert werden. So weist OGGIER darauf hin, dass



die Gefahren einer potenziellen Mengenausweitung in den von ihm dargestellten Fällen von neuen Abgeltungsmodellen nicht untersucht worden seien (a.a.O., S. 117, vgl. auch S. 128 f. zu den diesbezüglichen Befürchtungen der Versicherer). Zu berücksichtigen ist auch, dass nach Angaben der Versicherer die Prämien in der Regel für die ganze Schweiz festgelegt werden (Antwort der Unimedes vom 23. November 1999 auf die Umfrage in der Vorabklärung, Ziff. 12). Das mindert die Erheblichkeit der Preise einzelner Leistungserbringer für die Prämien ganz wesentlich. Die Annahme der Wettbewerbskommission, dass bei Einzelverträgen ein effizienterer Wettbewerb stattfinde als mit dem Kollektivvertrag, bedarf deshalb einer Analyse der Zusammenhänge von Preis- und Prämienstrukturen, die in der angefochtenen Verfügung nicht zu finden ist.

9.3.7. Die Wettbewerbskommission unterstreicht in ihrer Vernehmlassung, dass es bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Kollektivvertrages nach Artikel 5 KG nicht um dessen Inhalt sondern um die Gemeinsamkeit des Vertragsabschlusses und der Vertragsbefolgung gehe (Rz. 9, Buchstabe a). Nun ist aber für die Effizienzprüfung nach Artikel 5 Absatz 2 KG der Inhalt des Vertrages sehr wohl relevant. Möglicherweise will die Wettbewerbskommission damit sagen, dass die Allokationsfunktion des Preiswettbewerbs von einer derart übertragenden Bedeutung sei, dass auch eine Erhöhung der Prämien für die klassische Halbprivatversicherung als Folge von Einzelverhandlungen hinzunehmen sei, weil dadurch der Spielraum für alternative Halbprivatversicherungen grösser werde. Die gestiegenen Prämien für klassische Halbprivatversicherungen würden alternative Halbprivatversicherungen für die Versicherten attraktiver als heute machen und damit die Umsätze der billigeren Spitäler, deren Leistungen durch die alternativen Policen gedeckt sind, steigern. Abgesehen davon, dass solche Verlagerungen in Anbetracht der Versichertenpräferenzen und der Spitalplanung eher unwahrscheinlich sind (siehe oben E. 9.3.5, 9.3.6.), ist ein derartiges Effizienzverständnis vor allem im Bereich der unter Artikel 102 Absatz 2 KVG geführten Policen fragwürdig. Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass die Verpflichtung der Versicherer nach Artikel 102 Absatz 2 KVG, bestehende klassische Halbprivatpolicen weiter zu führen, zwar eine Kontrahierungspflicht gegenüber allen zugelassenen Leistungserbringern zur Folge habe, was aber nicht heisse, dass die Tarife dafür in einem Kollektivvertrag festzulegen seien. Vielmehr hätten die Versicherer auch hier die Möglichkeit einer preisorientierten Lenkung der Versicherten durch das Angebot von alternativen Policen (Verfügung Rz. 46 f.). In der Vernehmlassung fügt sie hinzu, dass es sich bei Artikel 102 KVG um eine Übergangsbestimmung handle, die mit der Zeit ohnehin an Bedeutung verliere (Rz. 14). Das ändert aber nichts daran, dass die Versicherer verpflichtet sind, solche Policen weiter zu führen, so lange es die Policeninhaber wünschen. Nach Aussage der Beschwerdeführer wird die klassische

Halbprivatversicherung aufgrund von Artikel 102 Absatz 2 KVG sogar weiterhin die am weitesten verbreitete Art der Halbprivatversicherung sein (Stellungnahme S. 36).

Zwar gibt das Gesetz den Versicherten keine Garantien über die Höhe der Prämien, was angesichts der Ungewissheit über die Kostenentwicklung der Spitalpflege auch schwer möglich gewesen wäre (vgl. Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 214). Es kann aber nicht im gesetzgeberischen Sinn dieser Besitzstandsgarantie liegen, die Erhaltung des Besitzstandes zu verteuern, um für die Inhaber den Verzicht darauf attraktiver zu machen. Sollte die Wettbewerbskommission auch bei erneuter Prüfung der Effizienz des Kollektivvertrages zum Schluss gelangen, dass die Voraussetzungen von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG nicht erfüllt sind, dann hätte sie gleichwohl die Effizienz des Vertrages unter Beschränkung seiner Anwendung auf die unter Artikel 102 Absatz 2 KVG fallenden Policen unter diesem Gesichtspunkt gesondert zu beurteilen. Erlaubt der Kollektivvertrag für die Inhaber solcher Policen tiefere Prämien als Einzelverträge, wäre eine Prämienerrhöhung, die sich als Folge der Aufhebung des Kollektivvertrages ergeben könnte, wohl kaum zu rechtfertigen. Eine solche Prämienerrhöhung ist aber umso wahrscheinlicher, als in Anbetracht des rechtlichen Kontrahierungszwangs die Verhandlungsmacht der einzelnen Leistungserbringer hier noch weitaus stärker überwiegt als bei den übrigen Halbprivatversicherungen und die Transparenz und der Gruppendruck, welche nur in Kollektivverhandlungen geschaffen werden können, die einzigen Mittel sind, um übertriebene Forderungen zu mässigen.

9.3.8. Die Beschwerdeführer rügen mehrfach, dass die Wettbewerbskommission die Zusammenhänge von Grund- und Zusatzversicherungen - sie sprechen meist von "Koppelungen" - nicht genügend berücksichtigt habe. Sie weisen dabei unter anderem darauf hin, dass die medizinischen Leistungen durch die Grundversicherung vorgegeben seien, deren Preise aber bei der Halbprivatversicherung durch die Leistungserbringer beliebig festgesetzt werden könnten, da diese hier im Unterschied zur Grundversicherung keinen behördlichen Kontrollen und Vorschriften unterworfen seien. Der streitige Kollektivvertrag umfasse nur zusätzliche Leistungen zur Grundversicherung, die den Spitalkomfort (2er Zimmer) und die freie Wahl unter den Belegärzten, soweit das betreffende Spital diese überhaupt anbiete, betreffe (Stellungnahme S. 7 f.; Beschwerde S. 9). So sei der in der Verfügung gemachte Hinweis auf Zusatzleistungen, die über den Hotelkomfort und die Belegarztwahl hinausgingen, falsch (Verfügung Rz. 60, Beschwerde S. 16 f.). Die Wettbewerbskommission hält in ihrer Vernehmlassung daran fest, "dass medizinisch gesehen gleiche Leistungen der Grund- und Zusatzversicherung im Bereich der Zusatzversicherung mit verschiedenen Zusatzleistungen verbunden sind" (Rz. 33). Sie nennt aber im Gegensatz zur angefochtenen Verfügung keine Beispiele mehr, was

sie auch gar nicht kann, denn der Vertrag spezifiziert keinerlei solche Zusatzleistungen. Die Divergenz mag daher kommen, dass der Vertrag in Artikel 2 seinen Geltungsbereich als die Behandlung in einer Halbprivatabteilung umschreibt. Die Wettbewerbskommission geht anscheinend unausgesprochen davon aus, dass dieser Begriff auch andere Zusatzleistungen als nur den Hotelkomfort umfasst, während die Beschwerdeführer schon in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf darauf hingewiesen haben, dass der Begriff nicht eindeutig definiert und deshalb zu vermeiden sei und dass die medizinischen Leistungen nicht über die Grundversicherung hinausgingen (Stellungnahme, S. 18, 20; vgl. auch oben E. 7.3.).

Die Wettbewerbskommission hat nicht abgeklärt, ob und um wie viel höher die im Vertrag vereinbarten Tarife für die medizinischen Leistungen im Vergleich zu denjenigen der Grundversicherung sind. Sie geht aber davon aus, dass sie höher sind, wenn sie feststellt, dass die von ihr angenommenen Zusatzleistungen die höheren Tarife für die Leistungserbringer rechtfertigen (Vernehmlassung Rz. 33). Sie nimmt also an, dass Zusatzleistungen erbracht werden, obwohl die Beschwerde führenden Versicherer ihre Existenz bestreiten und der Kollektivvertrag sie nicht benennt, weshalb die Leistungserbringer nicht verpflichtet sind, sie zu erbringen. Damit bleibt die Frage, weshalb die Versicherten die Prämien für die höheren Tarife des Kollektivvertrages bezahlen, wenn ihnen diese Halbprivatversicherung ausser der Hotellerie und der Belegarztwahl gar keine Zusatzleistungen bringt. Eine Erklärung mag sein, dass sie von den Leistungserbringern und den Versicherern im Unklaren gelassen werden. Darin eine mit dem Kollektivvertrag verbundene und daher nach dem Kartellgesetz zu prüfende Abrede zu vermuten, erscheint sowohl vom Sachverhalt als auch von der rechtlichen Beurteilung her unbegründet. Wenn die Versicherten tatsächlich getäuscht würden, wäre dieses Verhalten - unabhängig davon, ob es auf Abreden beruht - nach dem BG gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen (UWG; SR 241).

Wenn die im Kollektivvertrag vereinbarten höheren Tarife für medizinische Leistungen nicht mit Zusatzleistungen zu erklären sind und keine Täuschung der Versicherten vorliegt, muss es erstaunen, dass Halbprivatversicherungen, welche ausschliesslich die Hotellerieleistungen des Spitals abdecken, keine bedeutende Konkurrenz der klassischen Halbprivatversicherung sind. Sie werden nach Angaben der Beschwerdeführer angeboten, und trotzdem bleibt die klassische Halbprivatversicherung die am meisten nachgefragte Halbprivatpolice (Stellungnahme S. 6 f.). Der einzige zusätzliche Vorteil der klassischen Halbprivatversicherung besteht - soweit vom Spital angeboten - in der Wahlfreiheit unter den BelegärztInnen. Auch wenn diese Wahlfreiheit von den Versicherten geschätzt werden mag, wird sie den wohl erheblichen Unterschied in den Prämien, die sich aus den unterschiedlichen Tarifen für die medizinischen Leistungen ergeben müssten, nicht er-

klären können. Vielleicht sind aber die Prämienunterschiede gar nicht so gross, weil der Kollektivvertrag bedeutend tiefere Tarife bewirkt, als die Versicherer in Einzelverträgen erzielen können. Dies würde die These der Beschwerdeführer bestätigen, wonach der Kollektivvertrag effizienter sei als Einzelverträge.

9.3.9. Aus der Beschwerde ergibt sich allerdings noch eine weitere Erklärung. Dort wird ausgeführt, dass die Spitaltarife der Grundversicherung "in keiner Weise kostendeckend sind", was "die Leistungserbringer dazu zwingt, im Zusatzversicherungsbereich Preise für die Behandlung von Zusatzversicherten durchzusetzen, welche weit über den Wert der eigentlichen Nichtpflichtleistungen hinausgeht" (S. 9, vgl. auch S. 17). Die Beschwerdeführer bemessen diese Quersubventionierung als derart gross, dass sich als Folge der angefochtenen Verfügung eine Kostensteigerung in der Grundversicherung ergebe, weil die Aufhebung des Kollektivvertrages die Prämien für die Halbprivatversicherung steigen lasse, was einen Rückgang der halbprivat Versicherten und damit einen Schwund der Quersubventionierung bewirken werde (S. 11, zur Quersubventionierung, vgl. auch ROBERT E. LEU, STEPHAN HILL, Sechs Jahre KVG - Gesundheitspolitik am Scheideweg, Interpharma, Basel 2002, S. 47 ff., wo diese auf CHF 1 mio. beziffert wird). Die Wettbewerbskommission hält dem lediglich entgegen, dass dies für die Beurteilung der Zulässigkeit des Kollektivvertrages nicht relevant sei (Vernehmlassung Rz. 33).

Es leuchtet ein, dass eine Unterdeckung der Kosten im Bereich der Grundversicherung für die Leistungserbringer ein Motiv ist, um im Halbprivatbereich Kostenbeiträge für die Behandlung grundversicherter Patienten zu suchen. Das ist aber nur eine Umverteilung und keine Senkung von Kosten und kann deshalb nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ein kartellistisches Vorgehen nicht rechtfertigen. Dies kann verdeutlicht werden, indem man bedenkt, dass der Zwang zur Quersubventionierung die Spitäler nicht in gleicher Weise trifft. Je kleiner in einem Spital der Anteil des Umsatzes mit Patienten der Grundversicherung ist, desto geringer ist sein Bedarf an Quersubventionen. Die Privatkliniken erbringen 42% ihrer Gesamtleistungen im halbprivaten Bereich im Vergleich zu 14% der öffentlichen Spitäler (Verfügung Rz. 86, Buchstabe d). Soweit der Kollektivvertrag bei der Tarifierung den Bedarf nach Quersubventionen berücksichtigt, stellt er deshalb die Privatkliniken besser als die öffentlichen Spitäler, weil er ihnen im Verhältnis zu ihrer Unterdeckung in der allgemeinen Abteilung grössere Deckungsbeiträge der Halbprivatabteilung gewährleistet. Benützen die Versicherer bei Einzelverhandlungen diese bessere Situation der Privatkliniken, um tiefere Tarife durchzusetzen, könnten sie theoretisch die Prämien für die Versicherten senken, welche die Privatkliniken bevorzugen, und sie würden damit die öffentlichen Spitäler unter Druck setzen, sich andere Finanzierungsquellen für die Unterdeckung in der Grundversicherung zu suchen. Das ist aber Theorie, denn die

Privatkliniken würden sich gegen tiefere Tarife unter Berufung auf ihren Wettbewerbsnachteil in der Finanzierung wehren und die Versicherer könnten die öffentlichen Spitäler mit Rücksicht auf ein quantitativ und qualitativ ausreichendes Leistungsangebot nicht aus der Halbprivatversicherung ausschliessen (zur Benachteiligung der Privatkliniken im geltenden System, vgl. LEU, HILL, a.a.O., S. 49 f.).

Die Quersubventionierung spricht somit unter dem Gesichtspunkt der Kosteneffizienz nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG weder für noch gegen den Kollektivvertrag. Sie vermag aber möglicherweise zu erklären, weshalb eine reine Hotellerieversicherung wenig verbreitet ist. Da alle Spitäler - wenn auch in unterschiedlichem Masse - bei den heute geltenden Tarifordnungen quer subventionieren müssen, sind sie wenig geneigt, den Versicherern Tarife nur für Unterkunft und Verpflegung anzubieten. Die von den Kosten her günstigste Variante der Halbprivatversicherung mit dem Vorteil gleichwertiger medizinischer Leistungen, fällt daher als Konkurrenz zur klassischen Halbprivatversicherung kaum in Betracht, was die Möglichkeiten einer Effizienzsteigerung durch alternative Halbprivatversicherungen ganz erheblich einschränkt.

9.4. Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die Prüfung der Effizienz des streitigen Kollektivvertrages nicht vorgenommen werden kann, ohne das Angebot der öffentlichen Spitäler zu berücksichtigen. Auch wenn auf die Privatkliniken ein Drittel der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen entfällt, vermag ihr Angebot sowohl nach der Bettenverfügbarkeit als auch nach den Spezialitäten der medizinischen Dienstleistungen nicht zu genügen, um eine ausreichende Deckung für eine Halbprivatpolice zu bieten, ganz abgesehen davon, dass im Wettbewerbsmodell der Wettbewerbskommission die Versicherer nur mit den effizientesten der vier Privatkliniken zusammenarbeiten sollten. Deshalb ist für die Ausgestaltung des Deckungsbereichs alternativer Halbprivatversicherungen auch ein breiter Einbezug öffentlicher Spitäler erforderlich. Umfang und Inhalt dieses Einbezugs wird hauptsächlich bestimmt durch Tarifierungssysteme und -vereinbarungen der öffentlichen Spitäler. Diese sind Gegenstand einer gegenwärtig laufenden Untersuchung der Wettbewerbskommission (vgl. BBl 2003 69). Die vertiefte Prüfung des streitigen Kollektivvertrages ist deshalb in Verbindung mit der laufenden Untersuchung des Kollektivvertrages mit den öffentlichen Spitälern vorzunehmen und die Entscheidungen sind unter Würdigung des gesamten aargauischen Marktes der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen zu treffen.

9.5. In ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde weist die Wettbewerbskommission darauf hin, dass der von den Beschwerdeführern befürchteten Marktmacht der Leistungserbringer allenfalls gestützt auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Ar-

tikel 7 KG begegnet werden könne (Rz. 6, 35). Wie schon erwähnt, schafft die klassische Halbprivatversicherung die paradoxe Situation, dass die Verhandlungsmacht eines Leistungserbringers desto grösser ist, je kleiner sich sein Marktanteil bemisst (E. 9.3.1.). Wenn die angefochtene Verfügung bestehen bleibt, wird der Leistungserbringer sich darauf berufen, dass der relevante Markt nicht nur die von der klassischen Halbprivatversicherung gedeckten stationären Gesundheitsdienstleistungen, sondern sämtliche im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen umfasst (Verfügung Rz. 60). In diesem Markt kann sich der einzelne Leistungserbringer keineswegs in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern bewegen. Sein grosser Spielraum in den Tarifverhandlungen ergibt sich vielmehr aus der Präferenz der Versicherten und der geringen Wirkung der Tarife des einzelnen Leistungserbringers auf die Prämien. Nützen alle Leistungserbringer diesen Spielraum in gleicher Weise aus, wird die klassische Halbprivatversicherung unattraktiv und die Versicherten weichen auf alternative Halbprivatversicherungen aus. Es spielt somit der normale, vom Kartellgesetz angestrebte Mechanismus von Angebot und Nachfrage und Artikel 7 KG kann wegen fehlender Marktmacht des einzelnen Leistungserbringers keine Anwendung finden.

10. Die Beschwerdeführer rügen die angefochtene Verfügung auch als unverhältnismässig.

10.1. Sie machen geltend, die Verfügung der Wettbewerbskommission sei unangemessen, weil die Vorinstanz von der in ihrem Ermessen liegenden Möglichkeit, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen, keinen Gebrauch gemacht habe. Eine solche dränge sich aber im vorliegenden Fall auf, denn, statt die durch das KVG geschaffenen faktischen und rechtlichen Zwänge, welche den Wettbewerb im Zusatzversicherungsbereich verzerrten und erschwerten, zu ignorieren, wäre ein Kompromiss durch Anpassung der Vereinbarung die wesentlich angemessenere und konstruktivere Lösung gewesen. Für den Fall, dass sie mit ihrem Aufhebungsantrag nicht durchdringen, stellen die Beschwerdeführer das Rechtsbegehren, die Verfügung sei aufzuheben und die Sache zur Ausarbeitung einer einvernehmlichen Lösung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Diesem Vorwurf hält die Wettbewerbskommission entgegen, dass lediglich Unimedes während der Untersuchung einen solchen Antrag gestellt habe, welcher am 21. März 2001 abgewiesen worden sei. In der Folge habe Unimedes an ihrem Gesuch nicht mehr festgehalten und die Krankenversicherer seien nicht wieder darauf zurückgekommen. Weiter führt die Vorinstanz aus, die einvernehmliche Regelung im Sinne des Kartellgesetzes stelle eine so genannte Kannvorschrift dar. Demgemäss bestehe keine Verpflichtung zum Vorschlag einer solchen, noch könnten die Beschwerdeführer einen solchen Anspruch

---

geltend machen. Im Übrigen lasse sich der erst in diesem Verfahrens-stadium erhobene Vorwurf schwer mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbaren, da die Beschwerdeführer während des Verfahrens keine Anstrengungen gemacht hätten, eine solche Regelung anzuregen. Die angerufene kartellrechtliche Bestimmung stelle keine mildere Massnahme dar, sondern nur eine alternative Regelung zur Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung. Zudem diene sie einer informellen Verfahrenserledigung im Fall der Kooperation der Beteiligten. Im vorliegenden Fall sei der Raum für eine einvernehmliche Lösung äusserst gering gewesen, denn nicht der Inhalt des Halbprivatversicherungsvertrags bilde den Gegenstand der Untersuchung, sondern das gemeinsame Auftreten beim Aushandeln der Vereinbarung.

Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 KG). Zum Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung können sämtliche Massnahmen gehören, die geeignet sind, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen (JÜRIG BORER, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 29 KG). Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut keine Verpflichtung zum Abschluss der Untersuchung mittels einvernehmlicher Regelung ableiten. Es trifft aber nicht zu, dass Gegenstand der Untersuchung nicht der Inhalt des Kollektivvertrages sondern nur das gemeinsame Aushandeln ist. Im Rahmen der Effizienzprüfung nach Artikel 5 Absatz 2 KG muss sehr wohl der Inhalt des Vertrages untersucht werden. Nur wenn die Untersuchung ergibt, dass die wettbewerbsbeschränkende Abrede wegen des koordinierten Vorgehens in jedem Fall zu einem ineffizienten Ergebnis führt, wäre die Abrede an sich, das heisst auch mit einem veränderten Inhalt nach Artikel 5 Absatz 2 KG, unzulässig. Nun ist aber im vorliegenden Fall die Effizienz der Abrede unter den oben (E. 9.) genannten Gesichtspunkten erneut zu prüfen. Dabei kann es sich ergeben, dass nicht das koordinierte Vorgehen sondern nur Teile des Inhalts des Kollektivvertrages Effizienz mindernd und daher unzulässig sind. In diesem Fall wäre eine einvernehmliche Regelung über eine Änderung der beanstandeten Vertragsteile in Betracht zu ziehen.

10.2. Die Verhältnismässigkeit der Verfügung ist unter zwei weiteren Gesichtspunkten zu prüfen. Die Beschwerdeführer weisen auf die Kosten steigernden Folgen eines vertragslosen Zustandes hin (Beschwerde S. 10 f., 17 f.). Die Wettbewerbskommission hält dem entgegen, dass die Aufhebung des Kollektivvertrages nicht zwangsläufig Vertragslosigkeit bedeute, da - wie die Verhältnisse in anderen Kantonen zeigten - die Versicherer in Einzelverträgen Tarife aushandeln könnten (Vernehmlassung Rz. 8).

Mit dem In-Kraft-Treten der angefochtenen Verfügung würde der Kollektivvertrag aufgehoben und Unternehmen, die ihn trotzdem weiter-

hin befolgten, würden sich nach Artikel 50 KG strafbar machen. Damit wäre der vertragslose Zustand gegeben. Dieser ist aber für alle Beteiligten mit Unsicherheiten verbunden, die wahrscheinlich zu Preiserhöhungen und Leistungseinschränkungen führen würden. So müssten die Versicherer zum Beispiel ihre Versicherungspolizen abändern, um die volle Kostenübernahme bei übersetzten Preisen ablehnen zu können. Eine solche Folge würde im Widerspruch stehen zu den Effizienzüberlegungen, die der Unzulässigerklärung des Kollektivvertrages nach Artikel 5 Absatz 2 KG zu Grunde liegen. Den Beteiligten ist deshalb eine angemessene Frist zur Aushandlung von Einzelverträgen einzuräumen. Der Zeitaufwand dafür ist nicht gering einzuschätzen, vor allem wenn die von der Wettbewerbskommission empfohlenen prospektiven Vergütungsformen Verwendung finden sollen (Verfügung Rz. 132 Buchstabe b, 2. Absatz, 1. Gedankenstrich; vgl. hiezu oben E. 9.3.1.). Der Bundesrat sieht beispielsweise vor, den Versicherern für die Einführung besonderer Versicherungsformen für grundversicherte ambulante Behandlungen zwei Jahre einzuräumen (Botschaft vom 18. September 2000, BBl 2001 798).

10.3. Die Frage der Verhältnismässigkeit stellt sich auch im Hinblick auf die in der parlamentarischen Beratung befindlichen Änderungen in der Spitalfinanzierung. Staatliche Subventionen einzelner Unternehmen oder von Unternehmensgruppen schliessen die Anwendung des Kartellgesetzes nicht aus, selbst wenn die Subventionen die Allokationsfunktion des Wettbewerbs verfälschen. Das mag wettbewerbspolitisch unter den Gesichtspunkten sowohl der Ökonomie als auch der Gerechtigkeit unbefriedigend sein, denn dass der mit dem Kartellgesetz durchgesetzte Wettbewerb nicht den effizientesten sondern den am besten subventionierten Anbieter fördert, ist ökonomisch nicht sinnvoll und kann je nach den Kriterien der Subventionierung das Gerechtigkeitsempfinden verletzen. Wenn aber der Gesetzgeber dem beim Erlass einer Subventionsregelung keine Rechnung tragen will, kann die Rechtsanwendung dies nicht korrigieren.

Die Wettbewerbskommission hat die Frage allfälliger Wettbewerbsverzerrungen durch die Spitalfinanzierung im Kanton Aargau nicht untersucht. Sollten solche bestehen, käme die von ihr erwartete Effizienzförderung durch die Aufhebung des Kollektivvertrages aus den genannten Gründen nicht oder nur eingeschränkt zum Tragen. Mit den vorgeschlagenen Änderungen des KVG sollten solche Wettbewerbsverzerrungen dahinfallen, indem für die Subventionierung nur noch die Deckung der Behandlung durch die Grundversicherung massgeblich sein wird und die heute bestehenden Unterscheidungen von Allgemein- und Halbprivatabteilung sowie von öffentlichen und privaten Spitälern aufgehoben werden. Gleichzeitig wird auch klar gestellt, dass alle von der Grundversicherung gedeckten medizinischen Leistungen über diese abgerechnet werden sollen, was Transparenz schafft über die halbprivat versicherten Zusatzleistungen und den



Zwang zu Quersubventionierungen beseitigt (Botschaft vom 18. September 2000, S. 764 f., 790 f.). Angesichts dieser möglichen Änderungen wäre es unverhältnismässig, für die verbleibende Zeit mit der angefochtenen Verfügung eine Ordnung zu erstellen, welche die durch Subventionen geschaffenen und deshalb im Blickpunkt der KVG Revision stehenden Ineffizienzen möglicherweise verstärkt wirksam werden liesse, indem Leistungserbringern, die heute noch durch wettbewerbsverzerrende Subventionen begünstigt sind, bessere Chancen für Umsatzsteigerungen verschafft würden.

11. Die Beschwerdeführer rügen schliesslich, dass die Wettbewerbskommission den Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft darstelle und durch Übergehung des Antrags der Beschwerdeführer auf vollständige Sachverhaltsfeststellung das rechtliche Gehör verletzt habe.

In den vorstehenden Erwägungen wurden die von den Beschwerdeführern als relevant bezeichneten Sachverhaltselemente berücksichtigt. Im Übrigen steht es den Beschwerdeführern frei, in der wieder aufgenommenen Untersuchung der Wettbewerbskommission Beweisangebote zu stellen. Ob die Wettbewerbskommission - entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführer - im weiteren Verfahren Experten beiziehen will, ist ihrem Ermessen anheim gestellt.

12. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen ist.

13. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführer, die nicht mit ihrem Haupt- sondern mit ihrem Eventualantrag durchdringen konnten, als teilweise obsiegend. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, ihnen die Verfahrenskosten lediglich zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem am 15. November 2001 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Der Wettbewerbskommission als zum Teil unterliegender Partei sind keine Verfahrenskosten aufgrund ihrer Stellung als Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Den Beschwerdeführern, welche sich anwaltlich vertreten liessen, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihnen ist zu Lasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

Gestützt auf dieses Ergebnis sowie auf den Umstand, dass sich die Beschwerdegegner an vorliegendem Beschwerdeverfahren nicht beteiligt haben - die vier Privatkliniken (Beschwerdegegnerin 2 bis 5) verzichte-

ten mit Schreiben vom 21. Februar 2002 auf die Einreichung einer Stellungnahme, wohingegen der Aargauische Ärzteverband (Beschwerdegegner 1) sich innert der von der Rekurskommission hiefür gesetzten Frist nicht vernehmen liess - , rechtfertigt es sich, ihnen keine Parteientschädigung auszurichten.

**Demnach entscheidet die  
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2001 wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

2. [Kosten]

3. Den Beschwerdeführern wird zu Lasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von je CHF [...], insgesamt CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer), zugesprochen.

Den Beschwerdegegnern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

B 3	<b>3. Fahrlehrer im Kanton Graubünden</b>
-----	---

*Beschwerdeentscheid vom 18. September 2003 in Sachen [...] (Beschwerdeführer) (Verwaltungsbeschwerde vom 26. Januar 2003) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 6. Januar 2003) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

**Es hat sich ergeben:**

A. Im Frühjahr 1997 wandte sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) an die schweizerischen Fahrlehrerverbände mit dem Ziel, deren Statuten an das revidierte Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) anzupassen. Das entsprechende Verfahren, welches namentlich Preisvorgaben durch die Verbände beseitigte, dauerte bis Ende des Jahres 1998.

In einem an alle schweizerischen Fahrlehrerverbände gerichteten Schreiben des Sekretariats vom 22. September 2000 wird auf einen Entscheid der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 8. Mai 2000 hingewiesen. Darin wird die Unzulässigkeit der Preisempfehlungen der Association fribourgeoise des écoles de conduite festgestellt und deren Mitgliedern verboten, sich explizit oder implizit über die Höhe ihrer Preise zu verständigen (RPW 2000/2, S. 167 ff.; RPW 2001/1, S. 200

ff.). Die Fahrlehrerverbände wurden vom Sekretariat aufgefordert, ihre statutarischen Bestimmungen im Lichte dieser Entscheidung zu prüfen und die aktuellen Statuten einzureichen.

Die erneute Prüfung der Verbands-Statuten ergab, dass keine formellen Preisvorgaben mehr existierten. Dagegen ergaben Abklärungen in Kantonen, in denen der jeweilige Verband vormals Preisempfehlungen abgegeben hatte, Indizien für das Weiterbestehen von Preisabsprachen. Am 29. März 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung betreffend die Fahrschulen im Kanton Graubünden, um abzuklären, ob die Abschaffung der statutarisch vorgesehenen Preisempfehlung zu einer Verstärkung des Wettbewerbs unter den Fahrlehrern geführt hatte, oder ob die ehemals empfohlenen Preise immer noch mehrheitlich angewendet wurden. Das Sekretariat befragte zu diesem Zweck praktisch alle im Kanton Graubünden tätigen Fahrlehrer, den Autofahrlehrerverband des Kantons Graubünden und des Fürstentums Liechtensteins (AVGL) sowie die Migros-Klubschule. Die Vorabklärungen ergaben Anzeichen für das Vorhandensein einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Autofahrlektionen (Kat. B) sowie auf dem Markt für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht.

Am 15. November 2001 eröffnete das Sekretariat, mit Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums der WEKO, gegen den AVGL und seine in der Schweiz ansässigen Aktivmitglieder eine Untersuchung betreffend die Preisgestaltung für den Fahrunterricht im Kanton Graubünden. Die Eröffnung der Untersuchung wurde im Bundesblatt (BBl 2001 VII 6291) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB 2001 Nr. 233, S. 9467) publiziert.

Zur Vervollständigung der in der Vorabklärung getätigten Sachverhaltserhebungen holte das Sekretariat erneut Auskünfte bei den im Kanton Graubünden tätigen und in der Schweiz ansässigen Fahrlehrern ein, wobei zwischen Mitgliedern des AVGL und Nichtmitgliedern des AVGL unterschieden wurde. Den bereits im Rahmen der Vorabklärung befragten Fahrlehrern wurde die Übernahme jener Akten in die Untersuchung angekündigt. Auch dem AVGL und der Migros-Klubschule wurden Ergänzungsfragen unterbreitet.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2002 unterbreitete das Sekretariat dem AVGL einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG zur Beseitigung der festgestellten, nach Ansicht des Sekretariats unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen. Es forderte den AVGL auf, mitzuteilen, ob er zu der vorgeschlagenen Regelung Hand biete und bereit sei, seine Mitglieder zum Zweck der Eingehung dieser einvernehmlichen Regelung zu vertreten. Am 5. März 2002 unterbreitete das Sekretariat den Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung auch den einzelnen Fahrlehrern und forderte sie auf, mitzu-

---

teilen, ob sie mit einer Vertretung durch den AVGL zum Zweck der Eingehung dieser Regelung einverstanden seien.

Die Vertreter des AVGL teilten am 26. März 2002 mit, der AVGL sei gemäss Generalversammlungsbeschluss vom 23. März 2002 bereit, auf Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung einzutreten, ohne dass damit die Anerkennung eines Verstosses gegen das Kartellgesetz verbunden sei. Von den Fahrlehrern erklärten sich 15 mit einer Vertretung durch den AVGL zum Zweck des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung einverstanden; sieben Fahrlehrer erklärten sich nicht einverstanden; die restlichen Fahrlehrer enthielten sich einer Antwort. Das Sekretariat teilte daher dem AVGL und den Fahrlehrern am 11. April 2002 mit, dass es darauf verzichte, den Versuch einer einvernehmlichen Regelung weiter zu verfolgen, wobei es den Parteien freistehe, einen gemeinsamen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung zu unterbreiten. Nachdem das Sekretariat die Untersuchung zu Ende geführt und den Antrag an die WEKO vorbereitet hatte, ersuchte der AVGL noch einmal um Aufnahme von Verhandlungen für eine einvernehmliche Regelung mit ihm und mit den von ihm vertretenen Mitgliedern, wobei 38 von 45 Fahrlehrern sowie der Verband zu dieser Hand boten. Mit Datum vom 12. November 2002 beziehungsweise 11. Dezember 2002 kam die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat einerseits und dem AVGL und den von ihm vertretenen Mitgliedern andererseits zu Stande. Die an der einvernehmlichen Regelung beteiligten Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariats). Die sieben Fahrlehrer, darunter [...], welche sich an der einvernehmlichen Regelung nicht beteiligten, liessen sich zum Verfügungsentwurf ebenfalls nicht vernehmen.

Am 6. Januar 2003 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit dem folgenden Dispositiv (Auszug):

"[...]

II. Gegen die Mitglieder des AVGL, die an der mit dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung nicht als Partei beteiligt sind:

1. Die Befolgung der ehemals vom AVGL abgegebenen Preisempfehlung durch die Mitglieder des AVGL sowie der an Generalversammlungen des AVGL durch dessen Präsidenten erfolgte Aufruf an die Mitglieder, diese Preise einzuhalten, sind unzulässig.
  2. Die Befolgung einer durch den AVGL an seine Mitglieder abgegebenen Kalkulationshilfe, welche die Berechnung eines konkreten Preises für Lektionen aufzeigt oder ermöglicht, ist unzulässig.
-

3. Den Mitgliedern des AVGL gemäss Anhang II wird verboten, ihre Preispolitik gegenseitig abzustimmen, insbesondere durch Ausrichtung auf die ehemalige Preisempfehlung des AVGL, auf die vom AVGL abgegebene Kalkulationshilfe oder auf einen sonst wie vom AVGL kommunizierten Preis.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise Artikel 54 belegt werden.
5. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der Anordnung gemäss Dispositivziffer 11 zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.
6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden zur Hälfte (CHF [...]) dem AVGL und zum Rest seinen Mitgliedern gemäss Anhang I und II zu gleichen Teilen (je CHF [...]), und unter solidarischer Haftung des AVGL und seiner Mitglieder auferlegt.

[...]"

B. Gegen diese Verfügung erhob [...] (Beschwerdeführer) am 26. Januar 2003 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Er beantragt sinngemäss, die erlassene Verfügung gegen seine Person als Unternehmer und Fahrlehrer sei aufzuheben und das Verfahren, ohne Kostenfolge für ihn, einzustellen. Auch seien die Punkte 1 bis 6 gemäss Dispositiv, Ziffer II, der Verfügung zu streichen. Des Weiteren macht er eine Pauschalentschädigung von CHF [...] für gehabte Bemühungen geltend.

Der Beschwerdeführer bringt vor, der Fahrlehrerverband AVGL habe nach In-Kraft-Treten des Kartellgesetzes die Regelung über die Festsetzung der Tarife in den Statuten gestrichen. Seither sei es jedem Verbandsmitglied freigestellt, wie es seine Preise festlege. Aus früheren Jahren sei bei ihm ein Lektionenpreis für praktischen Fahrunterricht für eine Lektion von 50 Minuten auf CHF [...] festgelegt gewesen. Seit In-Kraft-Treten des Kartellgesetzes habe er die Preise noch nicht geändert, unabhängig davon, wie viel die Mitbewerber für eine Lektion verlangten. Eine Preisabsprache seinerseits habe nicht stattgefunden.

Aufgrund seiner Ausbildung und Tätigkeit sei er in der Lage, eine individuelle Preiskalkulation zu erstellen und schlussendlich auch jene Preise zu verlangen, die sich unter Berücksichtigung aller ihm wichtig erscheinenden Faktoren ergäben. Es könne und dürfe nicht sein, dass er bestraft werde, weil der Verband irgendwelche Kalkulationshilfen abgegeben habe. Aus diesem Grunde habe er der einvernehmlichen Lösung des AVGL mit der WEKO nicht zustimmen können. Es könne

nicht sein, dass eine Kommission die Preise, welche vor In-Kraft-Treten des neuen Gesetzes berechnet worden seien, aufheben und eine Änderung der Preise vorschreiben könne, oder die vorläufige Berechnung der bis zu diesem Zeitpunkt verrechneten Tarife als Verstoß gegen das Kartellgesetz einstufen dürfe. Im Übrigen sei es falsch, wenn diejenigen Fahrlehrer, die mit der einvernehmlichen Lösung nicht einverstanden gewesen seien, die gleichen Kosten bezahlen sollen, wie jene, die dieser Lösung zugestimmt hätten.

Als Beweis seiner Ausführungen, wonach keine Preisabsprache vorliege, bringt der Beschwerdeführer vor, dass er für den theoretischen Verkehrsunterricht CHF [...] pro Lektion verlange, obwohl der Verband diesen Betrag auf CHF [...] festgesetzt habe.

C. Am 17. März 2003 liess sich die Wettbewerbskommission mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde vernehmen. Sie hält unter anderem fest, dass sich die angefochtene Verfügung nicht gegen die Preiskalkulationen richte, die vor In-Kraft-Treten des Kartellgesetzes vorgenommen worden seien. Gegenstand der Verfügung sei die aktuelle, nach In-Kraft-Treten des KG und nach Abschaffung der statutarischen Basis für Preisempfehlungen des AVGL praktizierte Preispolitik der Fahrlehrer. Die angefochtene Verfügung betreffe somit ein Verhalten, das in den zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes von 1995 falle.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers könne auch die Beibehaltung eines ehemals festgesetzten Preises ein kartellgesetzlich relevantes Verhalten darstellen, wenn es eine Verhaltensabstimmung gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG beinhalte. In der angefochtenen Verfügung werde nicht angenommen, dass die Bündner Fahrlehrer explizit verbindliche Einheitspreise vereinbart hätten; vielmehr werde auf das Bestehen einer abgestimmten Verhaltensweise geschlossen.

Nach Ansicht der WEKO basieren die Preise, welche der Beschwerdeführer für praktische Lektionen der Kategorie B sowie für den obligatorischen Verkehrsunterricht verlange, nicht auf einer individuellen Kostenberechnung. Der Beschwerdeführer habe des Weiteren nie auch nur ansatzweise nachzuweisen versucht, dass er sich tatsächlich auf eine unabhängige Kostenberechnung stütze, aus welcher sich ein individueller Idealpreis von CHF [...] ergeben würde. Der Beschwerdeführer, der nach eigenen Angaben die Kalkulationshilfe des AVGL-Präsidenten nicht erhalten habe, sei trotzdem zur Verhaltenskoordination in der Lage, indem er sich an den alten "Standardpreis" gemäss damaliger Empfehlung des AVGL halte, der es ihm ermögliche, seine Kosten hinreichend zu decken, und gleichzeitig einen Preiskampf mit den anderen Fahrlehrern zu vermeiden. Die Preispolitik des Beschwerdeführers beruhe demnach entgegen seinen Ausführungen auf einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, welche nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig sei.

---

Im Übrigen treffe es nicht zu, dass der Beschwerdeführer für die Herausgabe der Kalkulationshilfe durch den Verband bestraft werde. In der angefochtenen Verfügung werde die Abgabe einer Kalkulationshilfe durch den Verband im Dispositivabschnitt I als unzulässig erklärt, womit sie sich an den AVGL und die durch diesen vertretenen, an der einvernehmlichen Regelung beteiligten Fahrlehrer richte. Soweit die Verfügung vom Beschwerdeführer angefochten werde, nämlich bezüglich des unter anderem gegen ihn gerichteten Dispositivabschnitts II, werde die auf verschiedene Koordinationsmittel gestützte Verhaltenskoordination unter den anderen an der abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Fahrlehrer für unzulässig erklärt und untersagt.

Der Tatsache, dass sich die Verfügung zum einen gegen den AVGL und zum anderen gegen dessen Mitglieder richte, werde im Übrigen bei der Kostenverlegung Rechnung getragen. Inwiefern sich eine Bevorzugung der nicht an der einvernehmlichen Lösung Beteiligten gerechtfertigt hätte, werde vom Beschwerdeführer nicht dargetan und sei auch nicht ersichtlich. Angesichts dessen, dass allen Fahrlehrern, gegen die sich die Verfügung richte, dasselbe Verhalten vorgeworfen werde, dränge sich vielmehr eine gleichmässige Kostenverteilung auf.

D. Mit Verfügung vom 16. Juli 2003 wurde der Beschwerdeführer auf sein Recht auf eine öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention hingewiesen. Der Beschwerdeführer hat indessen auf deren Durchführung verzichtet.

Auf die einzelnen Vorbringen 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 prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob 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. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. Januar 2003 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (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).

---

1.2. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG 95, 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 95). Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG 95).

3. In seiner Beschwerde wirft der Beschwerdeführer der Wettbewerbskommission sinngemäss vor, sie habe zu Unrecht die aktuellen Preise für praktischen Fahr- (Kat. B) und obligatorischen Verkehrskundeunterricht, die vor In-Kraft-Treten des Kartellgesetzes berechnet worden seien, aufgehoben beziehungsweise eine Änderung der Preise vorgeschrieben und die bis zu diesem Zeitpunkt verrechneten Tarife als Verstoß gegen das Kartellgesetz gewertet. Für den Fall, dass das Vorgehen entgegen seiner Ansicht zulässig sei, hätte es zumindest Übergangsbestimmungen geben müssen.

3.1. Das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 trat am 1. Februar 1996 (Artikel 18 ff.) beziehungsweise die hier relevanten (materiellen) Bestimmungen traten am 1. Juli 1996 in Kraft. Die Abschaffung der statutarisch vorgesehenen Tarifvorgaben des AVGL erfolgte am 21. März 1998. Demnach fallen die von der WEKO beanstandeten Preise, die nach der erwähnten Statutenänderung berechnet worden sind, in den Geltungsbereich des KG 95. Dabei ist es unerheblich, ob die nunmehr unzulässige Preisgestaltung vor In-Kraft-Treten des KG 95 kalkuliert worden ist, wenn die Beibehaltung der ehemals festgesetzten Preise, wie von der WEKO angenommen, auf einer unzulässigen Verhaltensabstimmung beruht.

3.2. Das Sekretariat der WEKO wurde im Frühjahr 1997 unter anderem beim AVGL vorstellig und forderte diesen auf, seine Statuten an das revidierte Kartellgesetz von 1995 anzupassen. Der Verband und auch die Fahrlehrer waren dementsprechend - und entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers - informiert und hatten genügend Zeit, sich auf die neue Situation einzustellen. Im Übrigen enthält Artikel 62



Absatz 1 KG 95 sehr wohl eine Übergangsbestimmung, gemäss welcher neue Verfahren der WEKO über Wettbewerbsabreden frühestens sechs Monate nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes eingeleitet werden können.

3.3. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers sind die Preise, die vor In-Kraft-Treten des KG 95 kalkuliert und verrechnet worden sind, nicht Teil der angefochtenen Verfügung und sind von der WEKO auch nicht beanstandet worden. Wie oben (vgl. E. 3.1) dargelegt, hat die WEKO jedoch im Zeitpunkt des Verfahrens eine rechtswidrige Verhaltensabstimmung festgestellt. Soweit der Beschwerdeführer eine Rückwirkung der kartellgesetzlichen Bestimmungen geltend macht, erweist sich seine Beschwerde daher als unbegründet.

4. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass seine Lektionenpreise für praktischen Fahr- (CHF [...] für 50 Minuten; Kat. B) und für theoretischen Verkehrsregelunterricht auf eigener Preiskalkulation beruhen - unabhängig davon, wie viel die Mitbewerber für eine Lektion verlangten. Eine Preisabsprache seinerseits habe nicht stattgefunden.

4.1. 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 95). Artikel 4 Absatz 1 KG 95 enthält die Definition des Begriffes "Wettbewerbsabrede" im Sinne dieses Gesetzes. Demnach wird auch ein abgestimmtes Verhalten von Unternehmen gleicher Marktstufen als (horizontale) Wettbewerbsabrede (vgl. BBl 1995 I 545) gewertet. Das vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift erwähnte Argument, eine Preisabsprache habe seinerseits nicht stattgefunden, ist insofern nicht von Bedeutung, als die WEKO in ihrer Verfügung vom 6. Januar 2003 dem Beschwerdeführer eine solche auch nicht unterstellt. Dagegen ist sie von einem abgestimmten Verhalten in Bezug auf die Preise für praktischen Fahr- (Kat. B) und obligatorischen Verkehrskundeunterricht ausgegangen.

4.2. Als Nachweis, dass er an keiner Preisabsprache beteiligt sei, bringt der Beschwerdeführer vor, dass er für den theoretischen Verkehrsregelunterricht CHF [...] pro Lektion verlange, obwohl der AVGL diesen Betrag seinerzeit auf CHF [...] festgesetzt habe. Die WEKO führt in ihrer Vernehmlassung zur angefochtenen Verfügung dazu aus, sie sei nicht davon ausgegangen, dass im Bereich der nicht obligatorischen Theorielektionen eine unzulässige Absprache vorliege. Gegenstand der Verfügung bilden denn auch nur die Preise für praktischen Fahrunterricht (Kat. B) und für obligatorischen Verkehrskundeunterricht; hier weichen die Preise des Beschwerdeführers jedoch nicht von den ehemals empfohlenen Preisen des AVGL ab. Deshalb vermag der Beschwerdeführer mit dem Hinweis, sein Preis für nicht obligatorischen Verkehrsunterricht weiche von dem vom AVGL ehemals vorgegebenen Preis ab, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

---

5. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, aufgrund seiner Ausbildung und Tätigkeit sei er in der Lage, seine persönliche Preiskalkulation zu erstellen.

Allerdings hat der Beschwerdeführer weder im Vorabklärungsverfahren des Sekretariats der WEKO, noch anlässlich von deren Antrag vom 30. Oktober 2002 und auch nicht im Beschwerdeverfahren eine individuelle Kostenberechnung nachgewiesen beziehungsweise nachzuweisen versucht. In dieser Situation hat die WEKO in der angefochtenen Verfügung auf die faktisch gleichförmige Preisgestaltung abgestellt und daraus auf abgestimmte Verhaltensweisen geschlossen. Auch der Beschwerdeführer verrechnet bei den Fahrlektionen (Kat. B) und beim obligatorischen Verkehrskundeunterricht noch immer die damals empfohlenen Preise. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch nach der offiziellen Abschaffung der Tarifempfehlungen des AVGL zur Einhaltung der alten Preisempfehlung aufgerufen worden ist. Zwar kann theoretisch auch der Wettbewerb selber zu einer gewissen Angleichung der Preise führen. In der hier umschriebenen Entwicklung der Dinge erscheint es aber als sehr unwahrscheinlich, dass eine am Wettbewerb orientierte individuelle Preiskalkulation exakt zum vorherigen Kartellpreis führen würde. Es ist daher folgerichtig, dass die WEKO dem Beschwerdeführer abgestimmtes Verhalten vorwirft. Im Übrigen unterstellt die angefochtene Verfügung in keiner Weise, dass der Beschwerdeführer nicht "in der Lage" wäre, eine individuelle Preiskalkulation vorzunehmen.

6. Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren, er dürfe nicht dafür bestraft werden, dass der Verband irgendwelche Kalkulationshilfen abgegeben habe.

Gemäss der angefochtenen Verfügung, mit dem gegen den Beschwerdeführer gerichteten Dispositivabschnitt II, wird die Verhaltenskoordination mit den anderen Fahrlehrern für unzulässig erklärt und untersagt. Dabei ist es unerheblich, auf welches Koordinationsmittel (z.B. Kalkulationshilfe) sich die abgestimmte Verhaltensweise stützt. Der Beschwerdeführer wird im Übrigen nicht für die Abgabe der Kalkulationshilfe bestraft. Die als unzulässig erklärte und untersagte Abgabe einer Kalkulationshilfe durch den AVGL betrifft diesen selber, was bei der Kostenverlegung auch berücksichtigt worden ist.

7. Sodann bringt der Beschwerdeführer vor, es sei falsch, dass diejenigen Fahrlehrer, die der einvernehmlichen Lösung nicht zustimmten, die gleichen Kosten zu bezahlen hätten wie jene, die mit der einvernehmlichen Regelung einverstanden gewesen seien.

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, aus welchem Grund die an der einvernehmlichen Lösung nicht beteiligten Fahrlehrer bei der Kostenverlegung bevorzugt werden sollten. Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich schon deshalb nicht, weil allen Fahrlehrern, ge-

---

gen die sich die Verfügung richtet, dasselbe Verhalten vorgeworfen wird.

8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die von der WEKO festgestellte Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht zu beanstanden ist. Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Rügen daher nicht durchzudringen. Die angefochtene Verfügung erweist sich als rechtskonform. Die dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde ist als unbegründet abzuweisen.

9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 18. Februar 2003 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Eine Parteientschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**Demnach entscheidet die Rekurskommission  
für Wettbewerbsfragen:**

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

B 3	<b>4. Agefi/Edipresse, Ringier S.A., Le Nouveau Quotidien, Comco</b>
-----	--

*Décision sur recours du 17 novembre 2003 en la cause Agefi, Société de l'agence économique et financière S.A. (Recourante; Recours administratif du 22 août 2003) contre Edipresse Publications S.A., Editions Ringier S.A., Le Nouveau Quotidien ERL S.A (Intimés), Commission de la concurrence (Comco; Instance inférieure; Décision du 4 août 2003) en matière de concentration d'entreprises/qualité de partie*

**Vu les faits suivants:**

**A.** Le 9 juillet 2003, les sociétés Edipresse Publications S.A., Ringier S.A. et Le Nouveau Quotidien ERL S.A. notifièrent au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) une opération de concentration en lien avec le journal "Le Temps". Le 18 juillet 2003, le secrétariat fit parvenir aux éditeurs romands ainsi qu'à la Société de l'agence économique et financière S.A. (Agefi) un questionnaire dans l'optique de connaître leur avis quant aux implications de l'opération susmentionnée sur la concurrence. Par courrier du 21 juillet 2003, Agefi demanda au secrétariat qu'il lui reconnaisse la qualité de partie, lui accorde l'accès au dossier et lui notifie la décision finale. Le 22 juillet 2003, le secrétariat répondit à Agefi que la loi sur les cartels dérogeait

à la loi sur la procédure administrative en prévoyant que seules les entreprises participantes ont qualité de parties dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises.

Par décision incidente du 4 août 2003, le secrétariat constata qu'Agefi n'avait pas qualité de partie dans la procédure de concentration Edipresse/Ringier - "Le Temps" et, d'autre part, dit qu'Agefi ne disposait, dans la procédure d'examen préalable, ni du droit de consulter le dossier, ni du droit de se voir notifier la décision finale. Selon le secrétariat, Agefi n'a pas qualité de partie dans ladite procédure, faute de pouvoir être assimilée à une entreprise participante au sens de la législation sur les cartels.

Le 7 août 2003, la Commission de la concurrence (Comco) a décidé de procéder à un examen approfondi du projet de concentration d'entreprises qui doit permettre à Ringier S.A. d'augmenter sa participation dans la société éditrice du quotidien "Le Temps".

**B.** Par écritures du 22 août 2003, mises à la poste le même jour, Agefi recourt contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence. Elle conclut à son annulation, requiert la qualité de partie et, partant, le droit de consulter le dossier et de se voir notifier la décision finale. La recourante fait valoir pour l'essentiel qu'une partie de la doctrine est d'avis que l'intérêt à une procédure rapide ne saurait empêcher de comprendre les aliénateurs éventuels dans les destinataires de la décision de concentration, avec les droits et obligations qui y sont liés. Certains auteurs reconnaîtraient aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits avec une concentration d'entreprises la qualité pour recourir. Le Tribunal fédéral n'aurait cependant pas encore tranché définitivement cette question, bien qu'il aurait déjà précisé que la qualité pour recourir de tiers ne pourrait, en tout état de cause, être admise que de manière très restrictive. Pour Agefi, un consensus se dessine autour du principe que des tiers particulièrement touchés par la concentration peuvent recourir contre les décisions de la Comco. Si l'on accorde la qualité pour recourir aux tiers, celle de partie dans la procédure de première instance devrait, aux yeux de la recourante, aussi leur être reconnue.

Agefi allègue enfin qu'elle serait particulièrement touchée par l'opération de concentration projetée. Seul quotidien supra-régional, spécialisé dans l'information économique et financière, et réellement indépendant de Suisse romande, il serait tenu à une politique de gestion rigoureuse contrairement au journal "Le Temps" qui pourrait se permettre des pertes annuelles de plusieurs millions de francs. La survie d'Agefi serait mise en cause par la concentration envisagée eu égard à la politique agressive dudit journal consistant en des tarifs publicitaires alléchants et des prix de vente avantageux.

**C.** Dans ses observations responsives du 8 septembre 2003, l'autorité intimée confirme en tous points le contenu de la décision attaquée.

---

Selon elle, la question de savoir si la recourante pourrait valablement recourir à l'encontre de la décision rendue à l'issue de la procédure d'examen n'a pas à être traitée dans le cadre de la présente procédure.

Invitées à se prononcer sur la présente procédure, Edipresse Publications S.A., Ringier S.A et Le Nouveau Quotidien ERL S.A. déclarent avoir la qualité de partie et demandent de débouter Agefi de toutes ses conclusions. Selon eux, la lettre de la loi sur les cartels n'admet aucune interprétation quant à la qualité de partie. La recourante entretiendrait manifestement une confusion entre la qualité pour recourir et celle de partie à la procédure de concentration.

Le 1<sup>er</sup> octobre 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé la recourante qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le 20 octobre 2003, la Comco a autorisé l'augmentation de la participation de Ringier S.A. dans la société éditrice du quotidien "Le Temps", sous réserve de diverses charges.

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

### **Considérant en droit:**

1. La Commission de recours pour les questions de concurrence est compétente pour statuer sur le recours dirigé contre les décisions de la Commission de la concurrence ou de son secrétariat (art. 44 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart; RS 251] et art. 44 ss. et 71a ss. de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021] 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]). Elle examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 311, 121 II 72 consid. 1a, 120 Ib 97 consid. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> édition, Berne 1983, p. 73).

1.1. La décision attaquée par laquelle le secrétariat a dénié à Agefi la qualité de partie dans la procédure d'examen de concentration Edipresse/Ringier - "Le Temps" et refusé les garanties de procédure qui s'y rattachent, telles que l'accès au dossier et la notification de la décision, a été prise dans le cadre de la procédure d'examen au terme de laquelle la Comco peut être appelée à interdire ou à autoriser moyennant des charges ou conditions l'opération de concentration projetée (art. 32, 33 et 10 al. 2 LCart). Il s'agit donc d'une décision rendue au cours d'une procédure qu'elle ne termine pas, soit une décision incidente au sens de l'article 45 PA, dès lors qu'elle ne règle qu'une question de procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale (ATF 129 II 183 consid. 3.1, 123 I 325 consid. 3b, 108 Ib 377 consid. 1b;

JAAC 61.60; GYGI, op. cit., p. 141; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 263; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2<sup>ème</sup> édition, Zürich 1998, no 511, p. 184 ss.). Le fait que la décision querellée ne soit pas mentionnée dans la liste des décisions incidentes figurant à l'article 45 alinéa 2 PA n'est pas déterminant. Il est en effet admis qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive, mais uniquement exemplative, comme cela ressort clairement du texte légal par l'emploi des mots "en particulier" et "insbesondere" (JAAC 61.60 consid. 2b).

Conformément à l'article 32 alinéa 1 LCart, il compète à la Comco de décider s'il y a lieu d'ouvrir une procédure d'examen des concentrations d'entreprises. L'article 18 du règlement interne du 1<sup>er</sup> juillet 1996 de la Commission de la concurrence (RS 251.1) précise que la chambre compétente décide s'il y a lieu d'ouvrir une procédure d'examen lors d'une concentration d'entreprises. En vertu de l'article 23 alinéa 1 LCart, la conduite des enquêtes relève, en revanche, de la compétence du secrétariat. Cette disposition énumère les tâches du secrétariat et précise notamment qu'il "prépare les affaires de la commission" et "mène les enquêtes et prend avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure" ("verfahrensleitenden Verfügungen"). Le secrétariat est donc une autorité d'enquête, alors que la Comco est une autorité de décision (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 1995 I 472 en particulier p. 591). La compétence de mener des enquêtes implique en particulier la faculté de prendre des décisions de procédure en lien avec le déroulement de l'activité en question (Commentaire romand, Droit de la concurrence, TERCIER/BOVET [éditeurs], Genève, Bâle, Munich 2002 [ci-après: Commentaire romand], ALESSANDRO BIZZOZERO, ad art. 23, p. 765). Dans le même sens, le Tribunal fédéral a précisé:

Die Untersuchung, die nach Artikel 23 KG dem Sekretariat übertragen ist, hat namentlich die Anhörung der Parteien, die Erhebung von Beweisen und die Abklärung des Sachverhalts zum Gegenstand. Darauf beziehen sich die verfahrensleitenden Verfügungen, die das Sekretariat gemäss Artikel 23 KG zu treffen befugt ist. Es erscheint naheliegend, die Verfügungskompetenz des Sekretariats im Lichte seiner Funktion, nämlich der Durchführung der Untersuchung, zu verstehen. Vorsorgliche Massnahmen stehen nun weniger der Untersuchung als vielmehr dem Sachentscheid nahe. Sie dienen nicht dazu, die Grundlagen für den Endentscheid zu beschaffen und diesen vorzubereiten. Vielmehr haben sie zum Zweck, die Wirksamkeit des Endentscheids zu sichern. Sie erhalten oder schaffen die Sachlage, wie sie teilweise oder ganz durch den Endentscheid hergestellt werden soll (Droit et politique de la concurrence, 1997/4, p. 618).

Prise dans le cadre d'une procédure d'examen d'une concentration d'entreprises, la décision querellée constitue une décision de procédure qui entre dans le champ de compétence du secrétariat. La recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

1.2. Aux termes de l'article 48 lettre a PA "a qualité pour recourir qui-conque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée". Cette disposition soumet la qualité pour agir à deux conditions cumulatives: une atteinte et un intérêt digne de protection. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'intérêt du recourant doit être actuel non seulement au moment où le recours est déposé, mais encore lors du prononcé de la décision sur recours (ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 900; FRITZ GYGI, *op. cit.*, p. 154). Lorsque l'intérêt actuel s'éteint après le début de la procédure, le recours devient sans objet (ATF 123 II 285 consid. 4; GYGI, *op. cit.*, p. 326; KÖLZ/HÄNER, *op. cit.*, no 413, p. 151).

In casu, la Comco a mis fin à la procédure d'examen en autorisant l'opération de concentration sous réserve de diverses charges. Force est ainsi d'admettre que l'intérêt à être reconnu partie dans la procédure d'examen s'est éteint durant la procédure de recours. Le Tribunal fédéral renonce toutefois à l'exigence d'un intérêt actuel quand cette condition empêcherait le contrôle de la légalité d'un acte qui peut se reproduire à nouveau en tout temps et dans des circonstances analogues et qui, en raison de sa brève durée, échapperait toujours à sa censure (ATF 109 Ia 169 consid. 3b; 118 Ib 1 consid. 2b; 111 Ib 56 consid. 2b et 182 consid. 2c). Les conditions pour renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel paraissent remplies dans le cas d'espèce. Il ressort du système mis en place par le législateur pour contrôler les concentrations d'entreprises que le facteur temps joue un rôle déterminant. Dans ce contexte, le Conseil fédéral soulignait dans son message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence que "seule une procédure rapide et discrète pouvait garantir au contrôle des concentrations son caractère préventif" (FF 1995 I p. 597). La loi sur les cartels prévoit d'ailleurs que la Comco dispose d'un délai maximal de quatre mois pour achever l'examen de son enquête (art. 33 al. 3 LCart). Ainsi donc, on peut redouter que les autorités de recours ne soient pas en mesure de statuer - et tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la Comco se prononce avant l'échéance du délai de quatre mois - de sorte que l'acte attaqué échapperait à toute censure. Cependant, point n'est besoin, dans le cas d'espèce, d'examiner plus avant cette question dès lors que, comme nous le verrons ci-après, la Commission de céans n'entre de toute façon pas en matière sur le recours faute d'un préjudice irréparable.

2. Les décisions incidentes ne peuvent pas, en principe, faire l'objet d'un recours séparé, sans quoi le déroulement de la procédure pour-

rait être excessivement ralenti par une multitude de recours (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Vol II, Berne 1991 p. 378; GYGI, *op. cit.*, p. 141; KÖLZ/HÄNER *op. cit.*, no 511, p. 185). Selon l'article 45 alinéa 3 PA, elles doivent être attaquées conjointement avec le recours sur la décision finale. Le recours contre des décisions incidentes n'est donc recevable - séparément du fond - qu'à la double condition que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale (art. 46 let. e PA a contrario) et que la décision incidente entraîne un préjudice irréparable au recourant (art. 45 al. 1 PA).

2.1. La première de ces conditions est réalisée puisque tant la voie du recours administratif auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence que celle de droit administratif au Tribunal fédéral est ouverte contre la décision finale de la Comco portant sur l'interdiction ou l'autorisation assortie de conditions et de charges de la concentration d'entreprises (art. 10 al. 2 LCart en lien avec l'art. 44 LCart).

2.2. La jurisprudence admet qu'il y a préjudice irréparable lorsque le recourant a un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 126 V 244 consid. 2a p. 246 ss., 125 II 620 consid. 2a in fine, 112 Ib 422 consid. 2c, 109 Ib 132 consid. 1a; BOVAY *op. cit.*, p. 345/346; GYGI *op. cit.*, p. 142; KÖLZ/HÄNER, *ibidem*, p. 185). La notion de "préjudice irréparable" n'a pas la même acception dans la procédure du recours administratif ou de droit administratif que dans celle du recours de droit public (avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les adaptations de lois de procédure à la nouvelle Constitution fédérale [RO 2000 416], la notion de "dommage irréparable" figurant à l'article 87 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, OJ [RS 173.110] a été remplacée par celle de "préjudice irréparable" figurant dans la PA à l'art. 45. al.1). Le préjudice doit être juridique dans le cadre du recours de droit public, alors que dans les autres cas un désavantage de fait suffit (KÖLZ/HÄNER, *op. cit.*, no 514 p. 185; ATF 126 I 207 consid. 2, 123 I 325 consid. 3c). Un simple préjudice économique peut être, suivant les circonstances, irréparable (ATF 116 Ib 235). Toutefois, tant dans la procédure de recours de droit administratif que dans celle du recours de droit public, le dommage doit être tenu pour irréparable: il n'est réalisé que lorsque l'intéressé subit un dommage qu'une décision favorable sur le fond ne ferait pas disparaître complètement (ATF 123 I 325, 114 la 179, 99 Ib 413). Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci n'est pas considéré comme un dommage irréparable (ATF 116 II 80 consid. 2c).

La jurisprudence n'a toutefois pas défini de manière précise la notion de préjudice irréparable et elle décide de cas en cas (GABRIEL BOINAY, *La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura*, Porrentruy 1993 ad art. 119 chiffre 7 p 220). C'est ainsi que le Tribunal fé-



déral ne juge pas de l'existence d'un préjudice irréparable selon un critère unique, mais qu'il adopte celui qui s'accorde le mieux avec la nature de la décision attaquée (ATF 110 V 351 consid. 1c, 99 Ib 413 consid. 1b; JAAC 61.60; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990, no. 35, p. 105).

Dans le cas d'espèce, la Comco a soumis l'opération de concentration Edipresse/Ringier - "Le Temps" à un examen approfondi. Elle a en outre autorisé, à titre provisoire, la réalisation anticipée du volet de l'opération concernant TV 8. Dans un communiqué de presse du 22 juillet 2003, elle explique que cette opération revêt un caractère secondaire par rapport à l'ensemble du projet de concentration et pourra être séparée de celui-ci, si la concentration devait être interdite ou soumise à des conditions ou des charges à l'issue de la procédure d'enquête. Dans son recours, Agefi n'explique pas en quoi la décision qu'elle lui cause un préjudice irréparable. Elle ne prétend pas non plus que l'autorisation provisoire lui crée un tel dommage. Elle allègue, en revanche, de manière générale que son avenir économique est mis en péril par ladite opération de concentration arguant du fait que le quotidien "Le Temps" serait présent sur le même marché motif pris que le cercle des lecteurs et des annonceurs serait identique. Aux dires de la recourante, ledit quotidien pourrait poursuivre une politique agressive de tarifs alléchants et de prix avantageux dès lors que, grâce à l'opération de concentration envisagée, il disposerait de moyens importants, alors qu'elle-même est soumise à de stricts impératifs de rendement. Il appartient à la recourante de démontrer à satisfaction de faits en quoi consiste le préjudice prétendument subi (ATF 128 II 353 consid. 3). Or, il ressort de ce qui précède que la recourante n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'un préjudice irréparable sur la base d'éléments spécifiques et concrets. Comme la recevabilité du recours séparé ne doit être admise qu'exceptionnellement afin d'éviter un allongement de la procédure (ATF 128 II 353 consid. 3), il importe d'être particulièrement exigeant sur ce point et, cela, d'autant que l'examen des concentrations d'entreprises se caractérise précisément par la brièveté des délais (art. 32 al. 1, 33 al. 3 LCart).

Au demeurant, le risque d'un tel "préjudice" paraît extrêmement restreint dans la mesure où la loi sur les cartels prévoit la suspension des opérations de concentration durant la procédure d'examen sauf autorisation exceptionnelle de la Comco. En effet, pendant le délai d'un mois suivant la notification, les entreprises participantes doivent s'abstenir de réaliser la concentration, à moins qu'à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 al. 2 LCart). Si la commission ouvre la procédure d'examen, elle décide si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue (art. 33 al. 2 LCart). In casu, il apparaît sur la base des pièces du dossier que les opérations de concentra-

tion sont, pour l'essentiel, suspendues. Force donc est de conclure que la recourante ne subit aucun préjudice irréparable (voir un cas analogue in: JAAC 42 109 consid. 2).

Enfin, il n'est pas exclu pour la recourante de faire trancher la question de la qualité de partie à l'issue de la procédure d'examen. Une décision favorable à Agefi pourrait faire disparaître complètement le "préjudice" puisque celle-ci pourrait exercer après coup ses droits de partie sans aucune restriction. En effet, la décision querellée n'a pas, en elle-même, des conséquences juridiques qu'une décision finale favorable ne pourrait faire disparaître.

Il ressort de ce qui précède que la décision entreprise n'entraîne aucun préjudice irréparable pour la recourante. Son recours doit par conséquent être déclaré irrecevable.

3. Au reste, il sied de relever que même s'il y avait lieu d'entrer en matière sur le présent recours, il devrait être rejeté en bref pour les motifs suivants:

3.1. Les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Comco lorsque le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises participantes atteint certaines valeurs-seuils (art. 9 LCart). Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la Comco lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante; celle-ci peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et qu'elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 1 et 2 LCart).

Le chapitre quatre de la loi sur les cartels consacré aux dispositions de procédure administrative contient des règles spécifiques pour l'examen des concentrations dans les articles 32 à 38 de la loi (section 3). A la réception de la notification d'une concentration d'entreprises, la Comco décide s'il y a lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration. Elle communique l'ouverture de l'examen de la concentration aux entreprises participantes dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration; faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 al. 1 LCart). Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 al. 2 LCart). Si la Comco décide de procéder à un examen, le secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentra-

tion notifiée. La Comco décide, au début de l'examen, si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue. Elle doit achever l'examen dans les quatre mois, à moins d'en être empêchée pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 33 LCart). Les effets de droit civil d'une concentration soumise à l'obligation de notifier sont suspendus, sous réserve de l'écoulement du délai selon l'article 32, 1<sup>er</sup> alinéa, et de l'autorisation de réalisation provisoire. Faute de décision de la commission dans le délai imparti à l'article 33, 3<sup>e</sup> alinéa, la concentration est réputée autorisée, à moins que la commission constate dans une décision qu'elle a été empêchée de conduire l'examen pour des causes imputables aux entreprises participantes (art 34 LCart).

Selon l'article 39 LCart, la loi sur la procédure administrative est applicable aux procédures dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans la loi sur les cartels. La section 4 de la loi sur les cartels consacrée à la procédure et aux voies de droit contient des dispositions particulières concernant la participation de tiers à l'enquête (art. 43 LCart). Cette prescription distingue les participants aux enquêtes concernant les restrictions illicites (art. 43 al.1 LCart), de ceux susceptibles d'être touchés par l'examen des concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart). Aux termes de l'alinéa 4: "Dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de parties". Selon l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4), sont réputées entreprises participantes, en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent et, en cas d'acquisition du contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle (art. 3 al. 1). In casu, il est établi que la recourante ne participe pas à l'opération de concentration Edipresse/Ringier - "Le Temps".

3.2. La recourante soutient cependant que si l'on admet qu'une entreprise non participante, mais particulièrement touchée par une opération de concentration peut recourir contre la décision de la Comco, le statut de partie doit aussi lui être reconnu dans la procédure (d'examen) de première instance. Agefi se réfère à BALZ GROSS qui n'exclut pas pour les tiers la possibilité de participer à la procédure d'examen des concentrations d'entreprises (BALZ GROSS, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, August 1997, ad art. 43, no 38). De l'avis d'Agefi, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché définitivement cette question, "tout en ayant déjà précisé que la qualité pour recourir des tiers ne pourrait en tout état de cause être admise que de manière très restrictive".

L'article 43 LCart vise, comme l'indique la note marginale, la participation de tiers à l'enquête ("Beteiligung Dritter an der Untersuchung"). La teneur de l'alinéa 4 concernant la procédure d'examen des concentrations d'entreprises est claire: par l'emploi des mots "seules" et

---

"sole" dans les versions françaises et italiennes et "nur" dans la version allemande, le législateur a clairement manifesté sa volonté de restreindre le cercle des personnes ayant qualité de partie dans la procédure d'examen, soit dans la phase d'enquête qui précède la décision finale au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart. L'article 43 alinéa 4 LCart a été adopté par les Chambres fédérales tel que proposé par le Conseil fédéral (voir BO CN 1995 vol. III p. 1109 et CE 1995 vol. IV p. 868). Dans ce contexte, ce dernier relevait que la limitation du droit de partie est dans l'intérêt d'une procédure rapide de contrôle des concentrations d'entreprises, tout en soulignant qu'en raison des délais très courts prévus dans la procédure d'examen des concentrations, une vraie participation des tiers à la procédure d'examen n'était pas souhaitable (FF 1995 I 472, en particulier p. 605 et 598 note 211). Comme la teneur de l'article 43 alinéa 4 est absolument claire, il n'y a aucune raison de s'écarter de la lettre de cette disposition qui ne laisse place à aucune exception. Outre le fait que l'application de l'article 6 PA ne serait guère compatible avec une procédure simple et rapide, elle est écartée par l'article 43 alinéa 4 LCart qui déroge à la loi sur la procédure administrative en vertu de l'article 39 LCart, constituant ainsi une *lex specialis* par rapport à l'article 6 PA. Ainsi donc, les tiers concernés ne peuvent pas bénéficier du statut de partie ni des droits qui s'y rattachent. Mais ils disposent uniquement du droit de prendre position par écrit sur la concentration en cause conformément à l'article 33 alinéa 1 LCart.

Les juridictions de recours n'ont pas examiné la portée de l'article 43 alinéa 4 LCart: la question de savoir si cette disposition trouve application dans le cadre de la procédure de recours a été laissée ouverte (ATF 124 II 499 consid. 3a; DPC 1998/114). En revanche, la doctrine majoritaire est d'avis que cette disposition exclut toute possibilité de recours pour les tiers (WALTER A. STOFFEL, *Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen* in: RSDA Numéro spécial 1996. p. 48; FRANCIS NORDMANN, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts* in: *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 172, p. 246; KARL HOFSTETTER/RETO SCHILTKNECHT, *Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz*, in: RDS 93/1997, p. 127). Une autre partie de la doctrine estime que l'intérêt à une procédure accélérée ne devrait pas empêcher de comprendre les aliénateurs et que la qualité pour recourir devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (BALZ GROSS, *op. dt.*, ad art. 43, no 39; voir aussi FRANK SCHERRER, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Diss. Zurich 1996, p. 438, et *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen* in: PJA 11/97, p. 1397). Pour sa part, BENOÎT CARRON observe que la disposition précitée traite

de la "qualité de partie" et non de la "qualité pour recourir", qui continue, selon lui, d'être régie par l'article 48 PA et il ajoute: "il n'est donc pas exclu que d'autres personnes que les entreprises participantes soient habilitées à recourir contre les décisions prises en la matière" (Commentaire romand, BENOÎT CARRON, ad. art. 44, chiffre 21, p. 933).

Comme le suggère Carron, il y a lieu de distinguer l'enquête de la procédure de recours. Pour ce qui concerne la participation à l'enquête, il appert de ce qui précède que l'article 43 alinéa 4 LCart constitue une lex specialis par rapport à l'article 6 PA. La question de savoir si l'article 43 alinéa 4 LCart s'applique également dans le cadre de la procédure de recours n'est pas objet de la présente procédure. L'argument de la recourante selon lequel la qualité pour recourir contre la décision rendue à l'issue de la procédure d'examen détermine le statut de partie dans la procédure (d'examen) de première instance n'est pas soutenable. D'une part, en l'état actuel de la procédure et même dans l'hypothèse d'une application des dispositions usuelles de la PA comme le propose la doctrine minoritaire, il est prématuré, voire impossible, de se prononcer sur la qualité pour recourir d'Agefi dès lors que ce n'est qu'à l'issue de la procédure d'enquête qu'il sera possible d'établir si la recourante a des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent avec la concentration d'entreprises en cause. De plus, il ne faut pas perdre de vue que la qualité de partie confère des garanties de procédure étendues telles que l'accès au dossier. Or, les entreprises participantes à la concentration ont également un intérêt digne de protection à ce que l'accès au dossier soit limité. L'intimée pourrait subir un dommage irréparable dans l'hypothèse d'une décision finale qui nierait finalement la qualité pour agir de la recourante. D'autre part, une telle interprétation violerait la lettre de l'article 43 alinéa 4 LCart et ne serait pas conciliable avec l'exigence d'une procédure simple et rapide.

Au vu de ce qui précède, c'est donc à bon droit que l'instance inférieure a constaté que la recourante ne dispose pas de la qualité de partie dans la procédure de concentration en cause.

4. Il appert de ce qui précède que le recours doit être déclaré irrecevable. Vu l'issue de la procédure, les frais doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 63 al. 1 PA).

L'autorité de recours alloue des dépens à la partie ayant obtenu entièrement ou partiellement gain de cause pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 PA et art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]). Etant donné que les intimés représentés par un avocat obtiennent gain de cause, il se justifie donc de leur allouer des dépens.

---

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

1. Déclare le recours irrecevable.
2. [Frais de procédure]
3. [Voie de recours]
4. [Notification]

B 3	<b>5. Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission</b>
-----	--

*Beschwerdeentscheid vom 17. November 2003 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 5. September 2003) gegen Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 23. September 2002) betreffend vorsorgliche Massnahmen/Kosten*

**Es wird nach Einsicht in:**

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen;
- die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 29. Oktober 2002;
- den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003;
- die dagegen durch die Cablecom GmbH am 31. März 2003 eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde;
- das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. September 2003 (2A.142/2003) sowie
- die übrigen Akten in der Streitsache

**und in Erwägung:**

dass die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 23. September 2002 die Cablecom GmbH im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtete, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf ihrem Kabelnetz zu übertragen (Ziff. 2 des Dispositivs), ohne dies von der Abgabe der Kundenverwaltung (Ziff. 3 des Dispositivs) oder dem Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Box (Ziff. 4 des Dispositivs) abhängig zu machen;

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abwies;

dass dieser Zwischenentscheid von der Cablecom GmbH nicht angefochten wurde;

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in der Hauptsache die von der Cablecom GmbH erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 20. März 2003 abwies und die angefochtene vorsorgliche Massnahme vollumfänglich bestätigte;

dass im erwähnten Entscheid Verfahrenskosten zu Lasten der Cablecom GmbH erhoben wurden und der Teleclub AG zu Lasten der Cablecom GmbH eine Parteientschädigung von CHF [...] zugesprochen wurde;

dass die Cablecom GmbH diesen Entscheid am 31. März 2003 mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht weiterzog;

dass das Bundesgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 5. September 2003 (2A.142/2003) guthiess, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003 vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 2 und 4 aufhob;

dass das Bundesgericht in seinem Urteil der Teleclub AG eine Gerichtsgebühr auferlegte (Ziff. 2 des Dispositivs) und die Akten zur Neuverlegung von Verfahrens- und Parteikosten für das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an diese zurückwies (Ziff. 1b des Dispositivs);

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021);

dass die Teleclub AG aufgrund des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts als unterliegende Partei gilt und demnach die Verfahrenskosten vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen grundsätzlich zu tragen hat;

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Streitsache anders als das Schweizerische Bundesgericht beurteilt hatte, indes gewisse Umstände eine Ermässigung der Verfahrenskosten rechtfertigen (vgl. Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG i.V.m. Art. 4a Bst. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0);

dass die Kosten für die während des hängigen Beschwerdeverfahrens rechtskräftige Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002 weder der

---

damals obsiegenden Teleclub AG noch der heute obsiegenden Cablecom GmbH aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 3 VwVG);

dass somit der Teleclub AG die Kosten für das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (ohne die Kosten für die Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002), ausmachend CHF [...], aufzuerlegen sind, und der Cablecom GmbH der am 21. Oktober 2002 geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] sowie der am 8. April 2003 eingezahlte Restbetrag von CHF [...] zurückzuerstatten sind;

dass bei diesem Verfahrensausgang der Teleclub AG keine Parteient-schädigung gebührt, sondern eine solche vielmehr der obsiegenden Cablecom GmbH zu Lasten der unterliegenden Teleclub AG zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG);

**verfügt:**

1. [Kosten]
2. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	<b>1. Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>

*Sitzung vom 5. September 2003 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG, Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über Kabelnetz), (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003).*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Cablecom GmbH, Zürich, betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem Hauptnetz für die Grobverteilung von (analogen und digitalen) Fernsehsignalen ("backbone") sowie aus zahlreichen regionalen und lokalen Ortsnetzen, über welche die Feinverteilung an die einzelnen Haushalte erfolgt. Seit Juni 2002 ist die



Cablecom auch als Programmveranstalterin konzessioniert. Sie betreibt gestützt hierauf gesamtschweizerisch ein digitales Abonnementsfernsehen (Pay-TV; "Cablecom Digital Cinema"), für das sie ihre - mit dem Branchenverband der Kabelnetzunternehmungen (Swisscable) entwickelte - Digitalplattform "SwissFun" einsetzt. Dabei handelt es sich um eine so genannte Set-Top-Box, das heisst ein Gerät, das die Entschlüsselung und Rückwandlung der im Rahmen des Pay-TV codiert übermittelten digitalen in analoge Signale und deren Freigabe an die Bezugsberechtigten erlaubt ("conditional access system"). Der Cablecom GmbH kommt, was die Übertragung von Fernsehsignalen via Kabel betrifft, eine starke Marktposition zu, indessen nicht als Programmveranstalterin.

## **B.**

Die Teleclub AG, Zürich, bietet als Deutschschweizer Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an. Seit Jahren verbreitet sie analog Pay-TV-Programme über Kabel, wobei sie hiefür unter anderem auch die Netze der Cablecom GmbH benützt. Seit einiger Zeit will sie ihre Programme - der Konzession vom 8. März 2002 entsprechend - zudem in digitaler Form über deren Netze verteilen. Im Rahmen der entsprechenden Verhandlungen konnten sich die Parteien indessen nicht über die dabei zu benutzende Digitalplattform einigen. Die Teleclub AG will ihren Kunden die von ihr entwickelte "ADB"-Set-Top-Box (gratis) zur Verfügung stellen, während die Cablecom GmbH darauf besteht, dass die Aufschaltung über ihre "SwissFun"-Set-Top-Box erfolgt; die Ausgestaltung ihres eigenen Netzes mitsamt den Infrastruktureinrichtungen, wozu die Digitalplattform zähle, sei ausschliesslich ihre Sache.

## **C.**

Am 9. April 2002 gelangte die Teleclub AG mit dem Antrag an die Wettbewerbskommission, gegen die Cablecom GmbH eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) zu eröffnen, was diese am 23. September 2002 tat. Gleichzeitig verpflichtete sie die Cablecom GmbH im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf ihrem Kabelnetz zu übertragen (Ziff. 2 des Dispositivs), ohne dies von der Abgabe der Kundenverwaltung (Ziff. 3 des Dispositivs) oder dem Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Box (Ziff. 4 des Dispositivs) abhängig zu machen. Einer allfälligen Beschwerde hiegegen entzog sie die aufschiebende Wirkung (Ziff. 5 des Dispositivs). Mit Entscheid vom 20. März 2003 bestätigte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf Beschwerde hin diese Verfügung.

---

**D.**

Die Cablecom GmbH hat hiegegen am 31. März 2003 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Entscheid der Rekurskommission und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002, allenfalls lediglich deren Ziffer 4, aufzuheben.

Die Teleclub AG und die Wettbewerbskommission beantragen, die Beschwerde abzuweisen beziehungsweise abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

**E.**

Mit Verfügung vom 7. Mai 2003 lehnte der Abteilungspräsident das mit der Beschwerde verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung ab.

**Das Bundesgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Entscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG i.V.m. Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a). Verfahrensgegenstand bildet eine als Zwischenentscheid zu qualifizierende vorsorgliche Massnahme (vgl. Art. 27 Abs. 1 und Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 u. 45 Abs. 2 Bst. g VwVG; Urteil 2A.198/1997 vom 3. November 1997, E. 2 u. 3, veröffentlicht in ZBI 100/1999 S. 64 ff.). Da gegen den Endentscheid die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben wäre (vgl. Art. 101 Bst. a OG e contrario) und der Beschwerdeführerin insofern ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. hiezu BGE 127 II 132 E. 2a; 125 II 613 E. 2a), als ihr die angeordnete Massnahme (zumindest) einen operationellen Mehraufwand verursacht, ist auf ihre frist- (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) und formgerecht (vgl. Art. 108 OG) eingereichte Eingabe einzutreten.

**1.2** Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen, da die Vernehmlassungen der Wettbewerbskommission und der Beschwerdegegnerin neue Behauptungen enthielten. Ein solcher erübrigt sich indessen: Das Bundesgericht ist im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, falls es sich dabei - wie hier - um eine richterliche Behörde handelt und diese den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Dies schliesst die Berücksichtigung neuer Tatsachen

und Beweismittel im bundesgerichtlichen Verfahren weitgehend aus (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150). Die Beschwerdeführerin hat sich zu den rechtlichen Ausführungen - namentlich zum Verhältnis von Kartell- und Rundfunkrecht beziehungsweise zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) - ausführlich äussern können. Ein zweiter Schriftenwechsel, der nur ausnahmsweise anzuordnen ist (Art. 110 Abs. 4 OG), drängt sich unter diesen Umständen umso weniger auf, als zurzeit bloss eine vorsorgliche Massnahme und nicht der Endentscheid in der Sache selber zur Diskussion steht.

## 2.

Zu Unrecht rügt die Beschwerdeführerin, die Rekurskommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt, indem sie den Entscheid überraschend und für die Parteien unerwartet massgeblich darauf abgestützt habe, dass ihr die Programmkonzession für "Cablecom Digital Cinema" verbiete, das Pay-TV-Angebot vom Kauf oder der Miete der eigenen Set-Top-Box abhängig zu machen: Der Anspruch auf rechtliches Gehör verschafft ein Recht auf vorgängige Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen, falls die urteilende Behörde ihren Entscheid auf eine Begründung stützen will, die von keiner der Parteien angeführt wurde und mit der nicht ernsthaft gerechnet werden musste (BGE 127 V 431 E. 2b/cc in fine S. 435; 126 I 19 E. 2c S. 22 ff.). Vorliegend hatte die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf die fragliche Konzessionsbestimmung hingewiesen und daraus die rechtlichen Schlüsse gezogen, welche sich die Rekurskommission in der Folge zu eigen machte; trotz ihrer Feststellung, dass kartellrechtlich nicht zulässig sein könne, was die Konzession aus wettbewerbsrechtlichen Gründen verbiete, prüfte sie im Übrigen dennoch, ob sich die Verknüpfung von Aufschaltung und Verwendung der "SwissFun"-Box nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, auf sachliche Gründe ("legitimate business reasons") stützen könnte, was sie indessen verneinte. Es kann somit keine Rede davon sein, dass der angefochtene Entscheid auf einer Begründung beruht, welche nicht Gegenstand des Verfahrens gebildet hätte und nicht absehbar gewesen wäre.

## 3.

**3.1** Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen, wie sie hier zur Diskussion stehen, wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137, mit Hinweisen). Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen,

---

die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137 f., mit Literaturhinweisen; 125 II 613 E. 7a S. 623; 119 V 503 E. 3 S. 506). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138; ISABELLE HÄNER, Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren, in: ZSR 1997 II S. 253 ff., dort S. 325 ff.).

**3.2** Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Dem spezifischen öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 1 KG), welches im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren allein die Anordnung vorsorglicher Massnahmen rechtfertigt (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 634; BENOÎT CARRON, in: TERCIER/BOVET [Hrsg.], Droit de la concurrence, Basel 2002, Rz. 78 zu Art. 39 KG; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 332 f.), ist im Rahmen einer *umfassenden* Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Vorausgesetzt ist ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung; zudem muss die Entscheidungsprognose derart eindeutig ausfallen, dass sich die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt (vgl. BENOÎT CARRON, a.a.O., Rz. 76 ff. zu Art. 39 KG; ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 566). Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen (PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic (!) 1998, S. 281 ff., dort S. 288; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 329). Von Massnahmen, die im Resultat wie in ihrer Begründung praktisch dem Endentscheid gleichkommen und ihrerseits irreversible Strukturen schaffen, soll möglichst abgesehen werden, zumal wenn einer allfälligen Beschwerde gleichzeitig, was regelmässig der Fall sein dürfte, die aufschiebende Wirkung entzogen wird, was die Effizienz des Rechtsschutzes gegenüber jenem gegen den Endentscheid zusätzlich beeinträchtigt und den Eingriff mit

Blick auf die kaum rückgängig zu machenden Folgen um so schwerer wiegen lässt. Es ist in dieser Situation möglichst rasch das Untersuchungsverfahren abzuschliessen, so dass sich die erforderlichen wettbewerbsrechtlichen Anordnungen auf eine vollständige und definitive Beurteilung in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht stützen und sinnvollerweise gerichtlich überprüft werden können.

**3.3** Die angefochtene Massnahme genügt diesen Anforderungen nicht und trägt den Interessen der Beschwerdeführerin - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - zu wenig Rechnung: Gegenstand des Untersuchungsverfahrens bildet die Frage, ob und wieweit sie ihre Stellung auf dem Kabelfernsehmarkt missbraucht, wenn sie die Aufschaltung der Programme der Beschwerdegegnerin davon abhängig machen will, dass diese dabei die von ihr und der Swisscable portierte Digitalplattform (Set-Top-Box) "SwissFun" und nicht die eigene, gratis abgegebene "ADB"-Set-Top-Box benützt. Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin kann zwar im Rahmen einer summarischen Prüfung mit den Vorinstanzen davon ausgegangen werden, dass die radio- und fernsehrechtliche Regelung (Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [RTVG; SR 784.40]) die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht ausschliesst (hiez zu E. 4.1) und die Beschwerdeführerin auf dem relevanten sachlichen und örtlichen Markt auch über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wobei in ihrer Haltung, das Signal nur bei Benutzung ihrer eigenen Digitalplattform aufzuschalten, eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), ein unzulässiges Koppelungsgeschäft (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) oder eine Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) liegen könnte (hiez zu E. 4.2), doch ist aufgrund der bisher bloss lückenhaft ermittelten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschliessen, dass hiefür nicht sachliche Gründe - das heisst so genannte "legitimate business reasons" - bestehen (vgl. hiez zu E. 5).

#### 4.

##### 4.1

**4.1.1** Dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gehen Vorschriften vor, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG); dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt; lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen (BENOÎT CARRON, a.a.O., Rz. 35 zu Art. 3 Abs. 1 KG; JÜRIG BORER, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 KG).

---

**4.1.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verbreitung von Programmen über Leitungen werde durch das Radio- und Fernsehgesetz abschliessend geregelt. Sie betreibe ihr Kabelnetz gestützt auf eine Weiterverbreitungskonzession (Art. 39 RTVG), in deren Rahmen sie einer Kontrahierungspflicht für den Anschluss von Liegenschaften (Art. 41 Abs. 1 RTVG) unterstehe, zur Aufschaltung eines Mindestprogrammangebots verpflichtet sei (Art. 42 Abs. 2 RTVG) und nach Massgabe von Artikel 47 RTVG Programme gewisser Veranstalter verbreiten müsse. Soweit keine entsprechende Kontrahierungspflicht bestehe, geniesse sie als Korrelat hiezu den Schutz von Artikel 42 Absatz 1 RTVG, wonach der Konzessionär in der Auswahl der Programme, die er weiterverbreiten wolle, frei sei. Diese Regelung gehe der wettbewerbsrechtlichen vor.

**4.1.3** Der Einwand überzeugt nicht: Zwar regelt das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen - vorab aus medienrechtlichen Gründen -, welche Programme ein Weiterverbreitungskonzessionär aufschalten muss und wo ihm Wahlfreiheit zukommt; dies hindert die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien in diesem Bereich jedoch nicht. Wo rundfunkrechtlich keine Aufschaltspflicht besteht, soll die entsprechende Regelung nicht den Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 KG ausschliessen. Soweit das Rundfunkrecht nicht nur aus medienrechtlichen Gründen eine solche Pflicht verankert, sondern gleich wie das Kartellgesetz Missbräuche von Marktmacht bekämpfen will - etwa in Fällen vertikaler Konzentration, wo ein Kabelnetzbetreiber zugleich als Rundfunkveranstalter auftritt und Konkurrenzangebote von seinem Kabelnetz fernzuhalten versucht (MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, S. 154, Rz. 370) -, mag sich daraus zwar eine überlappende Zuständigkeit von spezialgesetzlicher Aufsichts- und Wettbewerbsbehörde ergeben. Das Bundesgericht hat jedoch bereits im Zusammenhang mit der Interkonktionsregelung im Fernmelderecht festgestellt, dass eine solche sektorielle Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorginge (Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG c. Swisscom AG, E. 6c). Es ist nahe liegend und nicht bundesrechtswidrig, das Verhältnis von Rundfunk- und Wettbewerbsrecht zurzeit in gleicher Weise zu verstehen, zumal auch der Bundesrat in seiner Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (BBl 2003 S. 1569 ff.) hievon ausgeht (S. 1645 ff.).

## 4.2

**4.2.1** 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. Als solche Verhaltensweisen fallen nach Artikel 7 Absatz 2 KG unter anderem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht (Bst. a) und die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Bst. f). Als marktbeherrschend gilt gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG ein Unternehmen, das auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

**4.2.2** Zur Beurteilung, ob ein Unternehmen als marktbeherrschend zu qualifizieren ist und damit der Regelung über unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG unterliegt, kommt es zunächst auf den sachlich und örtlich relevanten Markt an (BORER, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 5 KG; EVELYN CLERC, in: TERCIER/BOVET, a.a.O., Rz. 54 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Vorinstanzen bezeichneten hier denjenigen für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze in der Deutschschweiz als solchen. Dies ist - bei vorläufiger Prüfung - nicht zu beanstanden, auch wenn die Frage des Bestehens wirksamen Wettbewerbs letztlich nicht losgelöst von den Verhältnissen auf dem damit verbundenen Pay-TV-Markt als solchem wird beurteilt werden können ("Essential Facilities Doktrin"), um den es den Beteiligten eigentlich geht und den zurzeit noch die Beschwerdegegnerin dominiert (vgl. E. 5.2.2). Der relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden; massgebend ist die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite (vgl. BGE 129 II 18 E. 7.2 u. 7.3 S. 33 ff.; BORER, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 KG). Es kommt somit darauf an, ob und inwieweit das Opfer der angeblich unzulässigen Verhaltensweise sich dieser entziehen kann, indem es auf andere Anbieter oder funktional gleichwertige andere Leistungen auszuweichen in der Lage ist (EVELYN CLERC, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 4 Abs. 2 KG). Eine solche Alternative dürfte hier zurzeit nicht bestehen, nachdem gemäss den Feststellungen der Vorinstanzen 94% der Fernsehzuschauer über Kabel erschlossen sind und 91% auch tatsächlich auf diesem Weg fern sehen. Dass die Konsumenten auf Satellitenempfang umsteigen würden, ist wegen der damit verbundenen Umrüstkosten und -schwierigkeiten kaum zu erwarten; die Möglichkeit der Übertragung von Fernsehsignalen über Satellit dürfte somit keine ernsthafte Alternative für die Verbreitung von digitalen Pay-TV-Programmen bilden. Die Vorinstanzen konnten deshalb ohne Verletzung von Bundesrecht im jetzigen Verfahrensstadium davon ausgehen, dass für den Programmveranstalter im vorliegenden Zusammenhang die Kabelnetz- nicht durch eine Satellitenverbreitung ersetzt werden kann.

**4.2.3** Bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze dürfte die Beschwerdeführerin auch marktbeherrschend sein: Die

---

Wettbewerbskommission hat festgestellt, Swisscable, der Verband für Kommunikationsnetze, verfüge über einen Marktanteil von 94,5% bei allen Kabelfernsehanschlüssen; Cablecom komme ihrerseits eine Marktabdeckung von 46% zu. Den übrigen Markt teilten sich zahlreiche grössere und kleinere Kabelunternehmen, bei denen es sich aber nicht um eigentliche Konkurrenten handle, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe. Es ist gestützt hierauf anzunehmen, dass sich die Beschwerdeführerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Ihr Verweis auf die disziplinierende Wirkung der Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege, wie terrestrischer Sendeanlagen zur Verbreitung von digitalen Programmen (DVB-T), ändert hieran - zumindest zurzeit - nichts; wie es sich künftig damit verhalten wird, kann vorerst noch dahin gestellt bleiben.

**4.2.4** Damit dürfte die Beschwerdeführerin aber der Regelung von Artikel 7 KG über die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung unterliegen. Die Cablecom verweigert der Teleclub AG die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über ihr Kabelnetz, sofern diese die von ihr entwickelte Digitalplattform "ADB"-Set-Top-Box verwenden will und nicht die cablecom- beziehungsweise swisscable-eigene "SwissFun"-Set-Top-Box. Die Wettbewerbs- und die Rekurskommission erachten es als wahrscheinlich, dass hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise liegt. Unter dem Aspekt der Weigerung, das Signal aufzuschalten, bestehe eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), bezüglich der Forderung nach Verwendung der Set-Top-Box von Cablecom stehe die Würdigung als unzulässiges Koppelungsgeschäft im Vordergrund (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG); betrachte man schliesslich das Anliegen der Beschwerdeführerin, einzig die eigene Set-Top-Box zuzulassen, unter dem Aspekt der Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), so werde ersichtlich, dass bei Einsatz einer einzigen Plattform kein Infrastrukturwettbewerb mehr bestehe.

## 5.

### 5.1

**5.1.1** Die Beschwerdeführerin wendet ein, ihr Verhalten sei unter keinem dieser Gesichtspunkte unzulässig, da es sich auf sachliche Gründe ("legitimate business reasons") stütze. Das gesamte digitale Verbreitungs- und Zulassungssystem für digitales Pay-TV bestehe nicht nur aus dem herkömmlichen Kabelnetz und einer Set-Top-Box. Die Entschlüsselungssoftware müsse mit dem Betriebssystem der Verschlüsselungsstelle kompatibel sein. Soweit sie die Verwendung der "SwissFun"-Plattform beziehungsweise ihrer Set-Top-Box vorschreibe, gehe es ihr nicht darum, die Teleclub AG vom digitalen Pay-TV-Markt zu verdrängen, sondern die Attraktivität ihres Netzes auch für andere Anbieter und die Konsumenten sicherzustellen. Hiefür bedürfe es digi-

---



taler Standards und - damit verbunden - einer einheitlichen Plattform. In netzwerkabhängigen Industrien seien Standardisierungen unvermeidlich und im Interesse der Konsumenten unabdingbar; würden diese nicht durchgesetzt, gingen die Netzwerkeffekte verloren. Sie wünsche eine offene, möglichst vielseitige Verwendbarkeit ihres Netzes, was eine Infrastruktur voraussetze, welche es den Anbietern ermögliche, nicht nur auf der Ebene des Programminhalts, sondern auch auf jener der digitalen Zusatzdienste zueinander in Wettbewerb zu treten. Die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin entspreche diesen Standards nicht, da sie keine interaktiven Nutzungen - insbesondere Pay-per-View-Dienste - zulasse, womit andere Anbieter von Pay-TV-Programmen mit Zusatzdienstleistungen daran gehindert würden, den Kunden der Beschwerdegegnerin als heute marktbeherrschende Anbieterin von Pay-TV-Programmen im Pay-per-Channel-Bereich ein Angebot zu unterbreiten. Zudem sprächen technisch-ökonomische Überlegungen für die Verwendung einer einzigen Plattform. Der Einsatz zweier unterschiedlicher "Conditional Access"(CA)-Systeme über das "Common Interface" (CI) führe längerfristig zu technischen Schwierigkeiten, welche die Netzoperabilität und -integrität in Frage stellten und höhere operative Kosten nach sich zögen. Durch die regelmässigen "Updates" der Betriebssoftware entstünden immer weniger kompatible und damit anfälliger Netzstrukturen, weshalb weltweit denn auch auf keinem grösseren Kabelnetz zwei verschiedene digitale Plattformen dauerhaft zum Einsatz kämen.

**5.1.2** Die Wettbewerbs- und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vermochten hierin keine sachlichen Gründe für das unstrittene Verhalten zu erkennen: Die Beschwerdeführerin verfüge seit dem 26. Juni 2002 selber über eine Konzession für Pay-TV ("Cablecom Digital Cinema"), in der ihr verboten werde, ihr Abonnementsfernseh-Angebot vom Kauf oder der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig zu machen. Was ihr als Programmveranstalterin verboten sei, dürfe sie nicht in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin tun. Selbst wenn sie auf ihre Veranstalterkonzession verzichten würde, sei ihre Forderung nach Verwendung der eigenen Set-Top-Box unberechtigt. Aufgrund der Akten erscheine wenig wahrscheinlich, dass der störungsfreie Betrieb bei Verwendung zweier Plattformen nicht gewährleistet werden könne. Ein allfälliger tatsächlicher Mehraufwand lasse sich durch finanzielle Abgeltungen regeln. Pay-TV-Kunden seien keineswegs gezwungen, mehrere Boxen zu kaufen. Die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin sei geprüft und vom BAKOM als offen befunden worden; sie entspreche dessen Auflagen, indem sie erlaube, auch andere Programmangebote zu empfangen. Dass sie keine interaktive Nutzungen ermögliche, sei ohne Bedeutung. Ob sich die eine oder die andere Plattform durchsetze, müsse der Markt entscheiden und dürfe nicht von der Beschwerdeführerin vorgegeben werden.

---

**5.2** Entgegen der Annahme der Vorinstanzen kann das Bestehen der geltend gemachten "legitimate business reasons", welche im Einzelfall jeweils aufgrund der konkreten Umstände genau zu prüfen sind (vgl. BBI 1995 I S. 569; MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 7/1996 S. 834 ff., dort S. 838 ff.), nicht mit der für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahme erforderlichen Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

**5.2.1** Die Informations- und Kommunikationstechnologien (inkl. Digitalfernseh und Pay-TV) sind in ständiger Entwicklung, wobei sich die daraus ergebenden medienpolitischen und technischen Implikationen rasch wandeln (vgl. ROLF H. WEBER, Informations- und Kommunikationsrecht, 2. Aufl., Basel 2003, Rz. 1 ff.). Zwar hat die Wettbewerbskommission für ihre Einschätzung, dass keine sachlichen technischen Gründe das Verhalten der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen vermöchten, auf Auskünfte des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM) abgestellt, doch waren diese sehr allgemein und vage gehalten; im Übrigen stützte sie sich allein auf Angaben und Gutachten der Beschwerdegegnerin. Die Wettbewerbskommission befürchtet, dass ohne die vorsorgliche Massnahme Cablecom von einem ungerechtfertigten "Infrastrukturvorteil" und einem "First Mover"-Effekt profitieren könnte, da ein Anbieter, der in der Aufbauphase des Marktes über einen Nachteil verfüge, kaum auf eine genügende Anzahl Kunden kommen werde. Da die von ihr getroffene Massnahme aber ihrerseits in die sich ausbildenden Strukturen eingreift und dabei geeignet ist, auf dem digitalen Pay-TV-Markt einen nur schwer reversiblen Zustand zugunsten der Beschwerdegegnerin zu schaffen, bedürfte es für die Anordnung der umstrittenen Massnahme gründlicher technischer Abklärungen, welche zurzeit noch fehlen und dem Untersuchungsverfahren vorbehalten bleiben müssen. Eine gewisse Zurückhaltung der Wettbewerbsbehörden rechtfertigt sich umso mehr, als Gegenstand der Auseinandersetzung *konzessionspflichtige* Tätigkeiten von zwei je marktmächtigen Parteien bilden, welche nicht nur wettbewerbsrechtlichen, sondern auch gewissen medienpolitischen Vorgaben zu gehorchen haben. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden parallel zum BAKOM für einen wirksamen Wettbewerb sorgen sollen, rechtfertigt es sich ohne vertiefte Abklärungen nicht, über eine vorsorgliche, praktisch einem vorgezogenen Endentscheid gleichkommende Massnahme, wettbewerbsrechtlich einen Zustand zu schaffen, welcher den Spielraum der konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden einzuengen geeignet ist.

**5.2.2** Zur Diskussion steht vorliegend aufgrund der Anzeige der Beschwerdegegnerin unmittelbar zwar nur der Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze; dieser kann aber nicht von jenem des Pay-TV als solchem, auf dem die Beschwerdegegnerin über eine marktmächtige Stellung verfügen dürfte, getrennt werden. Wenn die Rekurskommission massgeblich darauf abstellte, dass es der

---

Beschwerdeführerin als Programmveranstalterin *konzessionsrechtlich* nicht erlaubt sei, ihr Abonnementsfernseh-Angebot vom Kauf oder der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig zu machen, so greift sie dem zur Prüfung einer allfälligen Verletzung der entsprechenden Auflage als Programmveranstalterin ausschliesslich zuständigen Bundesamt für Kommunikation vor; im Übrigen verkennt sie, dass für die Beschwerdeführerin an der angestrebten Offenheit der zum Einsatz kommenden Plattform ein zulässiges *kommerzielles* Interesse bestehen kann (vgl. BBI 1995 I S. 569): Wohl ist die Plattform der Beschwerdegegnerin durch das Bundesamt für Kommunikation insofern als offen und zulässig qualifiziert worden, als sie den Empfang allfälliger Pay-TV-Programme anderer Anbieter nicht ausschliesst, doch lässt sie eine interaktive Nutzung, an der die Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin für eine möglichst breite Auslastung ihrer Infrastruktur ein eigenständiges Interesse haben kann, nicht zu. Im Rahmen einer provisorischen Beurteilung erscheint, was die Rekurskommission zu Unrecht nicht weiter geprüft hat, auch nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich, hier dem Pay-TV-Markt, marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirkamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen. Gewisse Anhaltspunkte deuten darauf hin, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdegegnerin darauf ausgerichtet sein könnte, mit Hilfe ihrer Set-Top-Box ihre führende Marktstellung im Pay-TV-Bereich abzusichern: Sie bietet ihr Programm "Pay per Channel" an, wobei die Set-Top-Box im Preis inbegriffen ist und leihweise abgegeben wird, also zurückgegeben werden muss, wenn das Abonnement nicht weitergeführt wird, was zur Folge hat, dass die Set-Top-Box nicht genutzt werden kann, sollte der Konsument den Anbieter wechseln. Anderen Programmanbietern wird es mit dem Einsatz der "ADB"-Set-Top-Box erschwert, den Konsumenten und Abonnenten der Beschwerdeführerin "Pay per View"-Angebote zu unterbreiten, das heisst ihnen einzelne Filme - mit Blick auf die Abfolge der Verwertungsrechte - vor Ausstrahlung "per Channel" gegen Bezahlung anzubieten, müsste der Konsument hierfür doch - mit den für ihn damit verbundenen Kosten und dem entsprechenden Aufwand - allenfalls auf eine andere Set-Top-Box umsteigen.

**5.2.3** Bei dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unsicheren Ausgangslage erscheint es unverhältnismässig, die Beschwerdeführerin vorsorglich zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin mit deren eigenen Plattform auf ihren Netzen zuzulassen: Weder die Beschwerdeführerin noch die -gegnerin stellen selber Set-Top-Boxen her. Die Teleclub AG bietet als Deutschschweizer Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an; in dieser wirtschaftlichen Kerntätigkeit wird sie von der Beschwerdeführerin nicht behindert, soweit sie bereit ist, ihre Aktivität über die "SwissFun"-Plattform abzuwickeln. Die Aufrechter-

haltung der vorsorglichen Massnahme könnte für die Dauer des Verfahrens bewirken, dass in einem weiten Bereich des von der Beschwerdegegnerin beherrschten Pay-TV-Markts Konkurrenzangebote ohne Chancen blieben. Es wird mit der umstrittenen Massnahme ein technisch schwierig abschätzbarer Prozess vorweggenommen, der einer vertieften Abklärung in einem Untersuchungsverfahren bedarf und nicht vor einer solchen eingeleitet werden soll. Die der Beschwerdeführerin auferlegten Konsequenzen wären hinsichtlich der sich ausbildenden Marktstrukturen voraussichtlich schwer reversibel und überwiegen die gegenläufigen Interessen der Beschwerdegegnerin, die ihr Programm analog und unter - allenfalls vorläufigem - Einsatz der "SwissFun"-Plattform auch digital verbreiten kann. Für die Dauer des Verfahrens sind dieser die sich für sie hieraus ergebenden Nachteile - insbesondere der von ihr befürchtete "unselbstständige Auftritt als Gesellschaft" - zuzumuten, nachdem nicht mehr umstritten ist, dass sie ihre Kundenverwaltung nicht an die Beschwerdeführerin abzutreten hat, und auch andere eigenständige "Pay-TV"-Anbieter (Canal + usw.) zurzeit in diesem Rahmen über das Netz der Beschwerdeführerin verbreitet werden. Diese hat erklärt, dass sie die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Plattform sich durchaus als "selbstständige Programmveranstalterin" positionieren lassen wolle (eigenständiges Branding), worauf sie (vorläufig) zu behaften ist. Sollte die Beschwerdeführerin die Verbreitung der digitalen Programme der Beschwerdegegnerin für die Dauer des Verfahrens nicht unter den von ihr zugestandenen Bedingungen sicherstellen oder sie in preislicher Hinsicht von unangemessenen Forderungen abhängig machen, könnte dem - sollte nicht bereits der Sachentscheid selber möglich sein - nötigenfalls im Rahmen einer neuen vorsorglichen Massnahme Rechnung getragen werden.

## 6.

**6.1** Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als begründet. Bestehen bleiben kann die Anordnung der Wettbewerbskommission insoweit, als der Beschwerdeführerin verboten wurde, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen, was die Beschwerdeführerin selber zugesteht und worauf bereits die Rekurskommission deshalb nicht mehr zurückkommen musste. Aufzuheben sind hingegen die Ziffern 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission, worin der Beschwerdeführerin untersagt wurde, die sofortige Aufschaltung der digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Box abhängig zu machen.

**6.2** Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die bundesgerichtlichen Kosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG); diese hat die Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren zudem an-

gemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Zur Regelung der Kosten und Entschädigungsfrage für das Verfahren vor der Rekurskommission ist die Sache an diese zurückzuweisen.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003 vollständig sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 in Dispositiv Ziffer 2 und 4 aufgehoben.

b) Die Akten werden zur Neuverlegung von Verfahrens- und Parteikosten für das Verfahren vor der Rekurskommission an diese zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtsgebühr für das bundesgerichtliche Verfahren von CHF [...] wird der Beschwerdegegnerin (Teleclub AG) auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdegegnerin (Teleclub AG) hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit CHF [...] zu entschädigen.

**4.**

[Eröffnung]

B 4	<b>2. Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/ Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence</b>
-----	---

*Arrêt du 17 juin 2003 de la Ite Cour de droit public concernant la société Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF), recourante contre Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, intimés, Commission de recours pour les questions de concurrence, concernant des restrictions illicites à la concurrence, recours de droit administratif contre la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 17 septembre 2002*

**Faits:**

**A.**

La société Entreprises électriques fribourgeoises (ci-après: EEF) était, selon l'article 1<sup>er</sup> de l'ancienne loi fribourgeoise du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF ou loi de 1998 sur

les EEF; en vigueur du 1<sup>er</sup> avril 1999 au 31 janvier 2001), un établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale. Par la loi du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur Caisse de pensions (LSEEF ou loi de 2000 sur le statut des EEF; acceptée en votation populaire le 10 juin 2001 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002), la société EEF a été transformée en société anonyme selon les articles 620 ss. CO. Elle produit de l'électricité et exploite un réseau électrique dans le canton de Fribourg.

## **B.**

La Fédération des Coopératives Migros (ci-après: Migros) possède des filiales dans le canton de Fribourg, notamment Estavayer Lait SA (ci-après: ELSA) à Estavayer-le-Lac et Micarna SA (ci-après: Micarna) à Courtepin. Ces deux sociétés sont approvisionnées en énergie électrique par EEF. En 1999, Migros a conclu (notamment pour ses sites de production sis dans le canton de Fribourg) un contrat de fourniture en énergie électrique avec Watt Suisse AG (ci-après: Watt). Les sociétés ELSA et Micarna ont résilié les contrats de livraison d'énergie qui les liaient à la société EEF d'une part et demandé d'autre part à cette dernière de faire transiter le courant électrique acheté à Watt par le réseau exploité par EEF. Celle-ci a toutefois rejeté cette dernière requête jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur le marché de l'électricité.

Le 14 février 2000, Watt et Migros ont requis du secrétariat de la Commission de la concurrence d'ouvrir une enquête préalable et une enquête au sens des articles 26 s. de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels; LCart; RS 251) notamment à l'encontre de la société EEF. Migros a en outre demandé que EEF soit obligée de mettre son réseau électrique à disposition du fournisseur d'énergie qui entend approvisionner en électricité les sites de production de Migros, soit ELSA, respectivement Micarna, moyennant une taxe d'utilisation du réseau de CHF [...], respectivement CHF [...] par MWh. Cette requête était motivée par le fait que EEF refusait de faire transiter sur son réseau l'énergie fournie par Watt, ce qui constituerait une pratique illicite de la part d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'article 7 LCart. De plus, il n'existerait pas, dans ce secteur, un régime de marché de caractère étatique excluant, selon l'article 3 alinéa 1 LCart, toute application de la loi sur les cartels. Des requêtes analogues ont été déposées à l'encontre d'Elektra Baselland (EBL) et du Service intercommunal de l'électricité SA (SIE).

Le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préliminaire (art. 26 LCart) et a donné l'occasion aux parties concernées de se déterminer. Par courrier du 10 avril 2000, EEF a soutenu que le législateur fribourgeois a établi un régime de marché particulier pour la distribution de l'électricité, ce qui excluait l'application

de la loi sur les cartels, conformément à l'article 3 alinéa 1 LCart. De plus, l'article 7 LCart ne serait pas violé.

Les conclusions du rapport ayant été rendues le 9 juin 2000 à l'issue de l'enquête préliminaire (RPW/DPC 2000, p. 153 ss.), le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 LCart). Le 15 décembre 2000, le secrétariat précité a envoyé un projet de décision aux participants à l'enquête, conformément à l'article 30 alinéa 2 LCart. Il était prévu de constater que la société EEF occupait une position dominante dans sa zone de distribution au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart et qu'elle violait l'article 7 LCart en refusant de faire transiter l'électricité de Watt sur son réseau.

Par courrier du 22 février 2001, EEF a requis:

- "- que les enquêtes à l'encontre des EEF, de EBL et de SIE soient jointes,
- qu'une décision au sens de l'article 9 alinéa 1 PA soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respectivement de son secrétariat, pour mener l'enquête en cours selon les articles 26 ss. LCart,
- que la Commission de la concurrence communique aux EEF une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 dans l'affaire ISM/SMA (2A.430/ 2000) dès que celui-ci aura été notifié par le TF et qu'un délai de 10 jours soit alors imparti aux EEF pour compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence,
- que la procédure de l'enquête soit suspendue jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire soit rendue sur la compétence,
- qu'un nouveau délai soit imparti aux EEF pour déposer leur détermination sur la suite de la procédure au fond, le cas échéant, lorsque la décision définitive et exécutoire sur la compétence aura été rendue."

La société EEF faisait valoir que, vu la réglementation cantonale excluant le marché en cause de la concurrence conformément à l'article 3 alinéa 1 LCart, la Commission de la concurrence ne serait pas compétente pour se prononcer. EEF disposerait d'un monopole institué par la loi pour l'approvisionnement de l'électricité. Le transport de l'électricité sur les réseaux serait réglé de manière exhaustive par les articles 43 s. de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques à faible et à fort courant (loi sur les installations électriques, LIE; RS 734.0) ou par la loi sur le marché de l'électricité, de sorte que la Commission de la concurrence ne serait pas compétente. EEF a en outre re-

---

quis des mesures d'instruction complémentaires en ce qui concerne l'interprétation du droit cantonal, fédéral et européen.

### C.

Par décision du 5 mars 2001 (RPW/DPA 2001 p. 255), la Commission de la concurrence a rejeté l'ensemble des conclusions de EEF du 22 février 2001 (ch. 1) et constaté que EEF jouissait 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 sa zone de distribution (ch. 2). Elle a encore constaté que, en ayant refusé de faire transiter l'électricité de Watt AG sur son réseau pour l'approvisionnement des sites d'ELSA à Estavayer-le-Lac et de Mircarna à Courtepin à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000, la société EEF avait abusé et continuait d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 7 LCart (ch. 3).

La Commission de la concurrence a considéré qu'une jonction des causes ne se justifiait pas, puisque les trois entreprises EEF, EBL et SIE étaient actives dans trois cantons différents, ainsi que sur trois marchés de référence différents et pouvaient avoir des raisons différentes justifiant leur comportement. Une décision incidente sur la compétence de la Commission de la concurrence ne se justifiait plus au stade final de l'enquête, à la veille de la décision finale. La compétence de la Commission de la concurrence pour prendre sa décision résultait de l'article 18 alinéa 3 LCart et n'était pas non plus restreinte par les articles 43 et 44 LIE. Cette compétence ne serait transférée à la Commission fédérale d'arbitrage prévue dans la loi sur le marché de l'électricité du 20 décembre 2000 qu'à partir de son entrée en vigueur. La société EEF avait une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart. Au niveau fédéral, ni la loi fédérale sur les installations électriques, ni la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ou loi fédérale sur l'énergie; RS 730.0) n'excluaient le marché en cause de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart et la loi sur le marché de l'électricité n'était pas encore entrée en vigueur. Au niveau cantonal, si la loi de 1998 sur les EEF prévoyait une obligation d'approvisionnement pour EEF, elle ne constituait cependant pas une base légale suffisante pour fonder un monopole pour la fourniture d'électricité. Un monopole de fait ne pouvait pas constituer une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Il y avait comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise ayant une position dominante refusait, sans raisons objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise. Il n'existait pas non plus de motif justificatif à ce refus.

### D.

La société EEF a recouru le 7 mai 2001 contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (ci-après: la Commission de recours), en concluant principalement à ce que la

---



décision de la Commission de la concurrence soit annulée et que la cause soit renvoyée à cette autorité afin qu'elle prenne une décision incidente sur sa compétence. Subsidiairement, EEF demandait que la décision attaquée soit annulée et qu'il soit constaté que la Commission de la concurrence n'était pas habilitée, en vertu de l'article 3 LCart, à prendre une décision au sens de l'article 30 LCart. Plus subsidiairement, EEF concluait à l'annulation de la décision et au renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure afin que celle-ci lui octroie un nouveau délai pour s'exprimer sur le fond et qu'il soit constaté que la société EEF ne violait pas l'article 7 LCart.

La Commission de recours a ordonné un échange d'écritures et a tenu une audience le 3 septembre 2002. EEF a présenté une demande de suspension motivée par l'imminence de la votation populaire fédérale du 22 septembre 2002 sur la loi sur le marché de l'électricité.

Par décision du 17 septembre 2002 (RPW/DPA 2002, p. 672 ss.), la Commission de recours a rejeté la requête de suspension et le recours.

## **E.**

Agissant le 18 octobre 2002 par la voie du recours de droit administratif, la société EEF demande, sous suite de frais et dépens, au Tribunal fédéral, principalement, d'annuler la décision du 17 septembre 2002 et, subsidiairement, d'annuler la décision attaquée et de renvoyer le dossier à la Commission de recours pour suite de la procédure.

La Commission de recours a renoncé à déposer une réponse. La Commission de la concurrence, Watt et Migros ont conclu au rejet du recours. Dans sa réplique du 30 avril 2003, la société recourante a confirmé ses conclusions. Il a été renoncé à demander le dépôt d'une duplique.

### **Le Tribunal fédéral considère en droit:**

#### **1.**

**1.1** Les décisions de la Commission de la concurrence prises sur la base du chapitre 4 de la loi sur les cartels sont de nature administrative. Les décisions prises sur recours par la Commission de recours pour les questions de concurrence peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (art. 97 al. 1 et 98 let. e OJ en relation avec l'art. 5 al. 1 PA; ATF 129 II 18 consid. 1.1; 127 III 219 consid. 1a). En tant qu'entreprise dont le comportement a été qualifié d'illicite par la décision attaquée, EEF a qualité pour recourir (art. 103 let. a OJ). Il convient donc d'entrer en matière sur le présent recours.

**1.2** Le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 104 OJ). La Commission de recours pour les questions de concurrence constitue une autorité judiciaire indépendante (art. 71c al. 1 PA;

annexe 1 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. V/2, Bâle 2000, p. 417 ss., 501 s.). Le Tribunal fédéral est donc lié par les faits constatés par la Commission de recours, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de la procédure (art. 105 al. 2 OJ; ATF 129 II 18 consid. 1.2).

**1.3** L'article 7 LCart définit les pratiques illicites adoptées par les entreprises ayant une position dominante. Selon l'article 8 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisées par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, elles sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. Il s'agit là d'une exception de nature politique à l'idée de base de la loi fédérale sur les cartels: l'économie doit être en principe régie par la loi du marché. Une telle décision ne relève pas de la compétence des autorités de la concurrence mais de celle de l'autorité politique, soit le Conseil fédéral. Il n'incombe pas au Tribunal fédéral de tenir compte, dans le cadre de son examen de la légalité des décisions de la Commission de la concurrence, respectivement de la Commission de recours pour les questions de la concurrence, de tels motifs politiques justifiant le cas échéant une dérogation au principe de la concurrence (ATF 129 II 18 consid. 1.2).

**1.4** Dans sa réplique, la recourante doute que les parties intimées aient encore un intérêt à la procédure, étant donné que ELSA et Micarna lui auraient demandé une offre pour un contrat de livraison d'électricité à partir du 1<sup>er</sup> février 2003. L'on ne saurait toutefois en déduire que la présente procédure est devenue sans objet, du moment que ELSA et Micarna n'ont pas d'autre choix que de continuer à s'approvisionner en électricité auprès de la recourante tant que la fourniture d'électricité par un tiers n'est de fait pas possible.

## 2.

**2.1** La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) et de formalisme excessif. Elle expose que, par acte du 22 février 2001 adressé à la Commission de la concurrence, elle a demandé une décision incidente sur la compétence, ainsi qu'une suspension de la procédure sur le fond jusqu'à droit connu sur la décision sur la compétence. Elle ajoute qu'elle a sollicité différentes mesures d'instruction, et enfin, une autre occasion de s'exprimer sur la cause au fond. La Commission de la concurrence a cependant, par décision du 5 mars 2001, tranché le fond du litige sans lui avoir offert à nouveau la possibilité de se déterminer. Selon la recourante, c'est à tort que la Commission de recours a retenu qu'une éventuelle viola-

---

tion du droit d'être entendu pouvait de toute façon être réparée devant elle, étant donné que la Commission de recours n'aurait pas le même pouvoir d'examen que la Commission de la concurrence.

**2.2** Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'article 29 alinéa 2 Cst. et aux articles 29 ss. PA, comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 127 I 54 consid. 1b; 124 I 48 consid. 3a p. 51; 122 I 53 consid. 4a p. 55 et les références citées). Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large (ATF 127 V 431 consid. 2b; 126 I 19 consid. 2c). En règle générale, le droit d'être entendu ne donne en revanche pas le droit de s'exprimer sur un projet de décision pris à l'issue d'une procédure d'instruction. L'article 30 alinéa 2 LCart, prévoyant que les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition de décision, accorde ainsi des garanties supplémentaires par rapport au droit d'être entendu consacré par la Constitution ou la PA (Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, in: FF 1995 I, p. 472 ss., 595; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Fribourg 2002, p. 275, 277).

**2.3** En l'espèce, la Commission de la concurrence a envoyé un projet de décision à la recourante le 15 décembre 2000, conformément à l'article 30 alinéa 2 LCart, et lui a donné l'occasion de se déterminer jusqu'au 22 janvier 2001. Le 22 janvier 2001, la recourante a sollicité une prolongation du délai jusqu'au 28 février 2001. Le 24 janvier 2001, la Commission de la concurrence a accordé une prolongation jusqu'au 22 février 2001, en indiquant qu'une deuxième prolongation ne pourrait être accordée que sur la base de motifs justifiés.

Par lettre du 22 février 2001, la recourante a notamment demandé de lui accorder un nouveau délai pour s'exprimer sur le fond. En même temps, la recourante s'est exprimée sur la portée de l'article 3 LCart et du droit cantonal pertinent.

Celui qui, dans le cadre d'un délai fixé par l'autorité pour se déterminer sur le fond, sollicite des mesures de procédure, doit envisager que cette requête puisse être rejetée, tenir compte de cette éventualité et s'exprimer ainsi au moins sur le fond. Si une partie décide de ne se dé-

terminer que sur une partie des points qui lui sont soumis dans un certain délai, cela ne lui permet pas de bénéficier d'un délai ultérieur pour s'exprimer sur le solde des questions posées, sans quoi il lui serait possible de retarder à loisir le déroulement de la procédure. Un droit à un nouveau délai pourrait tout au plus être admis si la partie pouvait, en vertu d'une pratique constante de l'autorité ou de circonstances concrètes particulières, considérer de bonne foi que l'autorité lui accorderait un nouveau délai pour s'exprimer sur le fond après un éventuel rejet des mesures de procédure requises.

**2.4** En l'occurrence, la Commission de la concurrence a, par acte du 24 janvier 2001, clairement exprimé sa volonté de poursuivre rapidement la procédure en indiquant qu'une deuxième prolongation du délai n'était envisageable que sur la base de motifs justifiés. Dans ces conditions, la recourante ne pouvait pas partir de l'idée qu'une nouvelle prolongation de délai lui serait sans autre accordée pour compléter ses déterminations sur le fond. D'autant moins qu'elle avait déjà pu s'exprimer en détail sur le fond dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'enquête à trois reprises (les 10 avril 2000, 31 mai 2000 et 30 octobre 2000) et que les requêtes de procédure contenues dans l'acte du 22 février 2001 étaient manifestement infondées ou, du moins en partie, confinaient à la témérité. En particulier, on ne voit pas pourquoi la Commission de la concurrence aurait dû rendre une décision incidente susceptible de recours, alors que la recourante n'avait jamais contesté cette compétence en cours de procédure et qu'elle avait accepté sans réserve de participer à la procédure d'instruction. Certes, une autorité qui se tient pour compétente doit le constater dans une décision si une partie le conteste (art. 9 al. 1 PA). Pour des raisons d'économie de procédure, la compétence contestée est souvent constatée dans le cadre d'une décision incidente susceptible d'être attaquée séparément (art. 45 al. 2 let. a PA). Cela ne signifie toutefois pas que cette constatation doit obligatoirement faire l'objet d'une décision incidente. Il serait en tout cas contraire au principe d'économie de procédure de rendre une décision incidente séparée lorsque la compétence n'est contestée qu'à la fin de la procédure d'instruction et qu'un projet de décision finale a déjà été préparé. En l'espèce de surcroît, la recourante conteste la compétence de la Commission de la concurrence pour le seul motif que son comportement serait licite sur la base de l'article 3 alinéa 1 LCart. Or, cette disposition légale n'a clairement pas trait à la compétence de la Commission de la concurrence, mais au champ d'application matériel des articles 7 et 30 LCart (cf. arrêt 2A.492/2002 du 17 juin 2003, consid. 4.3). Une décision incidente ne se justifiait donc pas.

A cela s'ajoute que la recourante s'est exprimée, en détail, dans son écriture du 22 février 2001, bien que concernant des mesures de procédure, sur la portée de l'article 3 alinéa 1 LCart, respectivement du droit cantonal topique. La recourante n'indique de toute façon pas

devant le Tribunal fédéral ce qu'elle aurait encore voulu dire sur le fond de l'affaire.

**2.5** La Commission de la concurrence n'a ainsi pas violé le droit d'être entendu de la recourante. Point n'est donc nécessaire d'examiner si la prétendue violation du droit d'être entendu aurait pu être réparée devant la Commission de recours.

### **3.**

Il convient tout d'abord d'examiner si le droit des cartels est, sur le principe, applicable aux entreprises d'approvisionnement en électricité et en particulier au transport et à la distribution de l'électricité sur un réseau tiers.

**3.1** En Suisse, la production de courant électrique provenait - et provient encore aujourd'hui dans une large mesure - de la force hydraulique, dont le droit d'utilisation appartient aux collectivités publiques (cantons et communes). Ce droit d'utilisation ne peut être conféré à des privés que par le biais d'une concession (art. 76 al. 4 Cst.; art. 3 et 38 ss. de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques [LFH; RS 721.80]). Par ailleurs, la construction d'installations de transport et de distribution d'énergie implique de fait un large usage particulier du domaine public, qui ne peut également être accordé à un privé que par l'octroi d'une concession. C'est pourquoi le secteur suisse de l'électricité s'est développé en rapport étroit avec les pouvoirs publics. Nombre de centrales électriques sont des exploitations ou des établissements communaux ou cantonaux. D'autres sont des entreprises organisées selon le droit privé, mais sont aussi en partie la propriété des pouvoirs publics. Nombre d'entreprises exploitent aussi bien des usines de production que des installations de transport et de distribution d'énergie, alors que d'autres entreprises n'exploitent que ces dernières activités, mais sont alors en général sous une forme ou une autre liées à des producteurs d'énergie (à propos de la structure du marché de l'électricité, voir Message du 7 juin 1999 concernant la loi sur le marché de l'électricité, in: FF 1999 p. 6646 ss., 6655 ss.; JUDITH BISCHOF, *Rechtsfragen der Stromdurchleitung*, Zurich 2002, p. 11 ss.; ETIENNE POLTIER, *Les entreprises d'économie mixte*, Zurich 1983, p. 55 ss.; DOMINIK STRUB, *Wohlerworbene Rechte, insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts*, Fribourg 2001, p. 155 ss.). Le rapport étroit existant entre les pouvoirs publics et le marché de l'électricité a conduit, en matière d'approvisionnement, à une situation qui exclut en grande partie une concurrence au niveau de la fourniture d'électricité aux consommateurs finaux: les cantons et les communes ont en règle générale octroyé les concessions pour l'utilisation de leur domaine public aux fins d'y construire des lignes électriques à une entreprise unique. Ainsi, seule cette dernière - ou l'entreprise propre du canton ou de la commune - peut construire et exploiter un réseau électrique. Les entreprises électriques tierces sont exclues de l'approvisionnement en rai-

son de l'existence de ce monopole de fait et aussi de contrats de zone de distribution régionale exclusive conclus entre les différentes entreprises d'approvisionnement électrique (BISCHOF, op. cit., p. 12, 40 s.; ERWIN RUCK, Schweizerisches Elektrizitätsrecht, Zurich 1964, p. 57 s.; FRITZ KILCHENMANN, Rechtsprobleme der Energieversorgung, JAB/BVR Sonderheft n. 1, 1991, p. 18 ss.; PETER RÜEGGER, Rechtsprobleme der Verteilung elektrischer Energie durch öffentlich-rechtliche Anstalten, Zurich 1991, p. 82 s., 147; STRUB, op. cit., p. 165 s.). La jurisprudence, les législations cantonales et la doctrine considèrent généralement l'approvisionnement en électricité comme une tâche d'intérêt public (cf. ATF 105 II 234 consid. 2; arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne, in ZBI 72/1971 p. 88 ss.; BISCHOF, op. cit., p. 12; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5ème éd., Bâle 1976, n.120, vol. 1, p. 839; KILCHENMANN, op. cit., p. 31 s.; RÜEGGER, op. cit., p. 109 s., 148; KARIN SUTTER-SOMM, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Bâle 1989, p. 151 ss.; HANS MARTIN WELTERT, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung, Zurich 1990, p. 263 ss.), tâche qui pourrait aussi à certaines conditions faire l'objet d'un monopole de droit (cf. ATF 127 I 49 consid. 3b, où le Tribunal fédéral n'avait pas besoin de se prononcer sur l'admissibilité du monopole de droit). Même s'il n'existe aucun monopole de droit, la collectivité publique, qui assure l'approvisionnement en électricité sous la forme d'un service public, n'est pas tenue, d'après la jurisprudence, d'autoriser une entreprise électrique concurrente à utiliser son domaine public pour distribuer du courant; le monopole de fait permet donc, en vertu de la maîtrise du domaine public, d'exclure la concurrence (ATF 95 I 144 consid. 3 p. 148; 88 I 57 consid. 3 p. 64; 82 I 223 consid. 2 p. 228; 58 I 292 p. 298 ss.; arrêt du Tribunal fédéral P.1432/1979 du 2 avril 1982, reproduit in ZBI 84/1983 p. 360, consid. 1a; voir aussi ATF 128 I 3 consid. 3b; 125 I 209 consid. 10b p. 222; KILCHENMANN, op. cit., p. 19 s.; SUTTER-SOMM, op. cit., p. 154 s.; WELTERT, op. cit., p. 178). Sous l'empire de l'ancienne loi du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (LCart 62; RO 1964 53), le Tribunal fédéral avait refusé d'appliquer les dispositions (civiles) du droit des cartels aux entreprises électriques, étant donné que celles-ci exécutaient une tâche d'intérêt public et ce, quand bien même elles revêtaient la forme d'une société anonyme de droit privé (ATF 110 II 220 consid. 2). Le Tribunal fédéral reconnaît certes depuis un certain temps que la liberté du commerce et de l'industrie accorde un droit conditionnel à un usage accru du domaine public (ATF 126 I 133 consid. 4d, 250 consid. 2d/aa; 121 I 279 consid. 2a; 119 la 390 consid. 9 p. 404; 108 la 135 consid. 3; 101 la 473 consid. 5b). Une partie de la doctrine a voulu y voir la possibilité de mettre en cause l'idée selon laquelle l'Etat peut se fonder sur sa maîtrise du domaine public pour s'arroger un monopole de fait notamment en matière d'approvisionnement en énergie électrique (cf. RICARDO JAGMETTI, Commentaire aCst, 1995, n. 32 ad art. 24quater; CHARLES ANDRÉ JUNOD,

Problèmes actuels de la constitution économique suisse, RDS/ ZSR 89/1970 II p. 591 s., 736 s.; BEAT KRÄHENMANN, *Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens*, Bâle 1987, p. 170 s.; CLAUDE RUEY, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Lausanne 1988, p. 356; SUTTER-SOMM, *op. cit.*, p. 156 s.). Dans la jurisprudence, cette conception ne s'est jusqu'à présent pas imposée (WELTERT, *op. cit.*, p. 181).

### 3.2

**3.2.1** L'approvisionnement en électricité, en tant que tâche publique, ainsi que sa structure monopolistique, sont de plus en plus remises en cause sur les plans politique et économique. D'ailleurs, la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOCE n° L 27, du 30 janvier 1997, p. 20 s.) oblige les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir aux clients et aux producteurs d'électricité un accès non discriminatoire aux réseaux de distribution (cf. à ce propos, BISCHOF, *op. cit.*, p. 7 s., 42 ss.; NICLA HAEFLIGER, *Die Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in der Europäischen Gemeinschaft*, Berne 1997). Afin de procéder également en Suisse à une ouverture du marché de l'électricité comparable, l'Assemblée fédérale a adopté, le 15 décembre 2000, la loi sur le marché de l'électricité, soumise à référendum (LME; voir FF 2000 p. 5761). Cette loi avait comme but de créer les conditions d'un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1 al. 1 LME) et ainsi d'accroître le rendement de l'approvisionnement en courant par la concurrence (Message du 7 juin 1999 concernant la loi sur le marché de l'électricité; FF 1999 p. 6646 s., 6649 s.). A cette fin, il était prévu d'obliger l'exploitant d'un réseau à acheminer sur celui-ci, et de manière non discriminatoire, l'électricité des autres producteurs d'électricité également (art. 5 LME). L'ouverture du marché devait se faire par étapes (art. 27 LME). Une Commission fédérale d'arbitrage devait être instituée pour statuer sur les litiges concernant l'obligation d'acheminer l'électricité et la rétribution de l'acheminement (art. 15 et 16 LME). Cette réglementation spéciale et détaillée aurait eu pour effet, en tant que *lex specialis*, d'exclure l'application de la loi sur les cartels, ainsi que la compétence de la Commission de la concurrence dans le domaine de l'acheminement de l'électricité (FF 1999 p. 6687; BISCHOF, *op. cit.*, p. 102 s., 105 s., 141; EVELYNE CLERC, in: TERCIER/BOVET [éd.], *Droit de la concurrence*, Bâle 2002, n. 39 ad art. 7; YANNICK FELLEJ/GILLES ROBERT-NICOUD, *Ouverture du marché de l'électricité*, RDAF 2002 p. 65 ss., 85 s.; JACQUES FOURNIER, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Fribourg 2002, p. 138 ss.; STEFAN RECHSTEINER, *Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz*, Zurich 2001, p. 140 s., 147; Le même, *Stromdurchleitung: Zum Verhältnis von Kartellrecht und EMG - eine Entgegnung*, PJA/AJP 2000, p. 764 ss.; contra ANDRAS PALASTHY, *Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz [KG]*, PJA/AJP 2000, p. 298 ss., 306).

**3.2.2** La loi sur le marché de l'électricité a cependant été rejetée en votation populaire du 22 septembre 2002 et n'est donc pas entrée en vigueur. Il se pose donc la question de savoir si, dans ces circonstances, la loi sur les cartels est applicable au domaine de l'acheminement de l'électricité ou si l'ouverture forcée du marché de l'électricité impliquée par la Commission de la concurrence ne serait pas contraire à la volonté populaire exprimée le 22 septembre 2002. Selon l'article 164 alinéa 1 Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. On peut se demander si l'ouverture du marché de l'électricité ne s'éloigne pas trop du système légal existant et si elle ne constitue pas une décision si importante qu'elle ne pourrait être démocratiquement prise que par le législateur fédéral, et non par la Commission de la concurrence en application de la loi sur les cartels. Il a été ainsi tenu pour incertain, à la lumière du principe de la légalité, que l'obligation d'acheminement de l'électricité puisse être imposée sur la base de la loi sur les cartels nonobstant le rejet de la loi sur le marché de l'électricité (CHRISTIAN BOVET, Aspects des économies de réseaux, in: AUER/DELLEY/HOTTELIER/MALINVERNI [éd.], essais en l'honneur du Professeur MORAND, Bâle 2001, p. 491 ss., 507).

**3.2.3** Dans sa prise de position au sujet des discussions sur l'ouverture du marché de l'électricité (CCSPr/VKKP 1996/2, p. 147 ss.), l'ancienne Commission des cartels avait déjà expressément omis de se prononcer sur la question de savoir si, dans le secteur de l'électricité, il existait un régime de marché de caractère étatique selon l'article 44 alinéa 2 lettre b de l'ancienne loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (aLCart85; RO 1986 p. 874). Elle avait néanmoins proposé à la Commission de la concurrence d'examiner si, et dans quelle mesure, la réserve concernant le régime de marché et de prix de caractère étatique (art. 3 LCart) pouvait trouver application et s'il existait des restrictions illicites à la concurrence sur le marché de l'électricité selon les articles 5 ss. LCart (ibidem, p. 174 s.). Elle était donc partie de l'idée que - sous réserve des prescriptions particulières selon l'article 3 alinéa 1 LCart - la loi sur les cartels était aussi applicable au marché de l'électricité.

**3.2.4** Certains auteurs estiment qu'une libéralisation du marché de l'électricité imposée par les autorités de la concurrence serait peu judicieuse et praticable, étant donné que celles-ci ne pourraient intervenir que de manière ponctuelle et n'auraient pas la possibilité de fixer les conditions-cadre nécessaires (BISCHOF, op. cit., p. 166 ss.; ROLAND VON BÜREN, Das schweizerische Kartellrecht zwischen gestern und morgen, RJB/ZBJV 137/2001 p. 543 ss., 556 s.; BARBARA HÜBSCHER/PIERRE RIEDER, Die Bedeutung der "Essential-facilities"-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 5/1997, p. 439 ss., 445; FELLE/ROBERT-NICOUD, op. cit., p. 107; FOURNIER, op. cit., p. 52; ALLEN FUCHS, Öffnung des Strommarktes - Einige juristische Überlegungen, SZW Sondernummer



1999, p. 52 ss., 55 s.; EGBERT F. J. WILMS, *Schweizer Strommarkt im Umbruch, Kritische Betrachtungen*, Coire/Zurich 2001, p. 38). Toutefois, selon la doctrine majoritaire publiée depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels, le droit de la concurrence s'applique sans restriction aussi au domaine de l'électricité et à l'acheminement du courant électrique (BISCHOF, op. cit., p. 166 s.; ROBERTO DALLAFIOR, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995*, 2ème livraison, Zurich 1997, n. 159 ad art. 7; FOURNIER, op. cit., p. 137 s.; JAGMETTI, op. cit., n. 32 ad art. 24quater; FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berne 1997, p. 149; BRIGITTA KRATZ, *Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden - eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage*, PJA/AJP 2003, p. 342 ss., 353, 356; PALASTHY, op. cit., p. 304; RECHSTEINER, op. cit., [2000], p. 765, [2001], p. 147 s.; MARKUS RUFFNER, *Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen*, PJA/AJP 1996, p. 834 ss., p. 842; KATHARINA SCHINDLER, *Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht*, Berne 1998, p. 173 ss.; STEFAN VOGEL, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zurich 2000, p. 194; ROGER ZÄCH, *Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen*, *Mélanges en l'honneur de HANGARTNER*, St-Gall/Lachen 1998, p. 935 ss., 951; contra FUCHS, op. cit., p. 55 s.).

**3.2.5** Compte tenu de l'historique de son développement structurel, (voir plus haut consid. 3.1), l'approvisionnement en énergie a été longtemps considéré comme un domaine soustrait à la politique de la concurrence (ROLF H. WEBER, *Energie und Kommunikation*, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER [éd.], *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 943, 948). La loi actuelle sur les cartels de 1995 tend cependant, de manière plus marquée que les lois antérieures, à ce que les activités économiques étatiques soient aussi soumises aux règles de la concurrence (FF 1995 I 534 s.; ATF 127 II 32 consid. 3c; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998, n. 5 ad art. 2 et n. 2 ad art. 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY [éd.], op. cit., 1<sup>ère</sup> livraison, Zurich 1996, n. 5 et 6 ad art. 3). Ainsi, elle s'applique tant aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public (art. 2 al. 1 LCart) et donc en principe aussi aux entreprises publiques, en tout cas lorsque celles-ci ont une personnalité juridique propre (ATF 127 II 32 consid. 3c p. 41). La loi sur les cartels n'exclut pas le secteur de l'électricité de son champ d'application. Les entreprises d'approvisionnement en électricité, en particulier les opérateurs des réseaux, sont donc aussi soumises à la loi sur les cartels (cf. ATF 128 II 247; DALLAFIOR, op. cit., n. 159 ad art. 7; STRUB, op. cit., p. 154 s.).

Selon les principes généraux sur la validité des normes de droit, l'application de la loi sur les cartels au secteur de l'électricité ne saurait être exclue du seul fait qu'une loi spéciale - qui aurait voulu créer dans ce

domaine un régime s'écartant de la loi sur les cartels - n'a finalement pas été adoptée. Au contraire, cette situation doit précisément conduire à appliquer la loi sur les cartels ainsi qu'il en va en l'absence d'une réglementation spéciale dérogatoire. Elle s'applique donc indépendamment de la LME. Selon ces principes, le marché de l'électricité demeure soumis à la loi sur les cartels, dès lors que la LME n'est pas entrée en vigueur.

**3.2.6** Cette conclusion est en outre conforme à une interprétation historique. Dans son Message concernant la loi sur le marché de l'électricité, le Conseil fédéral a exposé que la question de savoir si et dans quelle mesure le refus opposé par un exploitant de réseau à l'acheminement devait être considéré comme un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart, pouvant être sanctionné par la Commission de la concurrence, n'était pas encore résolue. L'évolution n'était pas connue et les conséquences d'une application éventuelle n'étaient pas prévisibles. L'ouverture du marché de l'électricité devait obéir à des règles claires. Les problèmes qu'elle poserait ne pouvaient être résolus par des décisions isolées de la Commission de la concurrence sur l'accès des tiers aux réseaux. Ce serait laisser sans réponse de nombreuses questions touchant par exemple à l'acheminement, qui devaient être réglées de manière adéquate dans la loi sur le marché de l'électricité (FF 1999 p. 1688). Le représentant du Conseil fédéral a également attiré l'attention du Parlement sur le fait que, sans la loi sur le marché de l'électricité, il existait le danger que le marché de l'électricité soit libéralisé par la loi sur les cartels, respectivement par des décisions ponctuelles de la Commission de la concurrence (BO 2000 CE p. 670). Le Conseil fédéral est ainsi parti de l'idée que la loi sur les cartels pourrait conduire à l'ouverture du marché de l'électricité et qu'une législation spéciale était nécessaire pour éviter une déréglementation incontrôlée et politiquement indésirable.

Il résulte aussi des recommandations du Conseil fédéral pour la votation populaire du 22 septembre 2002 qu'un "rejet de la loi ne permettrait pas de stopper l'ouverture du marché, mais aurait pour effet de livrer l'approvisionnement en électricité, vital pour la population et l'économie, aux aléas du marché libre". L'électricité est "un bien trop précieux pour la population et l'économie pour qu'on le livre à la loi du marché. Si l'Etat ne met pas en place des gardes-fou, la population risque de faire les frais d'une libéralisation sauvage et unilatérale" (p. 13 ss.).

Les citoyens devaient donc savoir qu'un rejet de la loi sur le marché de l'électricité n'empêcherait pas une libéralisation de l'approvisionnement de l'électricité, mais qu'il pourrait au contraire conduire à une libéralisation incontrôlée. Le rejet de cette loi par le peuple est donc intervenu en toute connaissance de cause. En l'absence d'une réglementation spéciale, ce sont alors les règles ordinaires sur la concur-

---

rence qui s'appliquent. Le rejet de la loi sur le marché de l'électricité ne peut pas avoir pour conséquence que l'accès de tiers au réseau de transport et de distribution électrique d'un concurrent ne puisse pas être imposé sur la base du droit des cartels. Que cela puisse poser des problèmes d'ordre pratique n'est pas un motif juridique valable pour exclure l'application de la loi sur les cartels. Pour le cas où ces problèmes auraient pour conséquence de menacer les intérêts publics prépondérants, entrerait alors en ligne de compte l'autorisation exceptionnelle (prévue par l'art. 8 LCart) qui ne pourrait pas être octroyée par les autorités de la concurrence ni, le cas échéant, contrôlée par le Tribunal fédéral, mais uniquement par le Conseil fédéral (voir plus haut consid. 1.3).

### 3.3

**3.3.1** La loi sur les cartels est donc en principe applicable à l'acheminement du courant. Demeurent cependant réservées, selon l'article 3 alinéa 1 LCart, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services. En adoptant cette disposition, le législateur fédéral a reconnu que des prescriptions légales peuvent, pour des motifs politiques, exclure la concurrence dans un secteur donné (FF 1995 I 537 s.; BORER, *op. cit.*, n. 1 ad art. 3; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998, p. 449).

La loi mentionne en particulier deux sortes de réserves, à savoir les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3 al. 1 let. a LCart) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

Les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique au sens de la lettre a sont celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné; tel est le cas notamment des règles en matière agricole (FF 1995 I 539; BENOÎT CARRON, in: TERCIER/BOVET, *op. cit.*, n. 29 ss. ad art. 3; SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, n. 8 ad art. 3; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Berne 1999, p. 127 s.), mais aussi dans le secteur de l'énergie (ROLF H. WEBER, *Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften*, in: VON BÜREN/DAVID, *op. cit.*, p. 1 ss., 47; ROLF H. WEBER, *Auf dem Weg zur Neustrukturierung der Elektrizitätsmärkte*, Mélanges en l'honneur de HANGARTNER, St-Gall/Lachen 1998, p. 911 ss., 916 s.).

La lettre b mentionne d'autres prescriptions qui prévoient une exception aux règles de la concurrence. Il doit s'agir de prescriptions légales qui confèrent à l'entreprise une position concurrentielle particulière (RUDOLF RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Bâle 2000, p. 169; SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, n. 6 ad art. 3; FELIX UHLMANN, *Gewinnorientiertes Staatshandeln*, Bâle 1997, p. 206; ZÄCH, *op. cit.* [1999], p. 128). Par droits spéciaux, on entend notamment des monopoles d'Etat et régales (SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, n. 6 ad art. 3; ZÄCH, *op. cit.* [1999], p.

128). La concurrence peut aussi être entravée de manière ponctuelle; cela n'implique pas que le domaine concerné soit totalement soustrait à l'application de la loi sur les cartels. Ainsi, dans la mesure où les entreprises concernées agissent en dehors du domaine exclu de la concurrence, elles doivent se comporter conformément aux principes de la concurrence (cf. FF 1995 I 540; BORER, op. cit., n. 5 ad art. 3; RENTSCH, op. cit., p. 213; UHLMANN, op. cit., p. 206). Il faut donc distinguer entre le domaine d'activité étatique à caractère d'entreprise, soumis au droit de la concurrence, et le domaine relevant de la puissance publique, soustrait au droit de la concurrence (cf. ATF 127 II 32 consid. 3f; RENÉ RHINOW, Kommentar aBV, 1991, n. 206 ad art. 31bis; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, op. cit., p. 389).

**3.3.2** Selon les travaux préparatoires et une partie de la doctrine, l'article 3 alinéa 1 LCart n'entre en ligne de compte que lorsque l'intention du législateur était d'exclure effectivement un secteur donné de la concurrence (FF 1995 I 539 s.; BISCHOF, op. cit., p. 160; PALASTHY, op. cit., p. 304; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 13 ad art. 3). Selon les règles générales d'interprétation, qui sont aussi valables dans le droit de la concurrence, il ne faut pas comprendre par là que la volonté expresse du législateur historique d'exclure un domaine de la concurrence doit être absolument établie. On ne saurait l'exiger, ne serait-ce que parce qu'il existe des prescriptions qui ont été adoptées à une époque où le droit des cartels ne s'appliquait pas aux activités étatiques, si bien que le législateur ne pouvait soustraire délibérément un domaine à la concurrence. Il est donc suffisant - mais nécessaire - que le secteur concerné ne soit pas soumis au droit de la concurrence selon une interprétation ordinaire de la réglementation spéciale en cause (CARRON, op. cit., n. 32 ad art. 3). Cela peut aussi résulter implicitement du fait que la loi contient des règles qui ne sont pas compatibles avec la concurrence (BORER, op. cit., n. 4 ad art. 3; RENTSCH, op. cit., p. 179).

**3.3.3** La volonté du législateur était, en révisant la loi sur les cartels en 1995, de renforcer les critères d'appréciation notamment en ce qui concerne les entreprises publiques par rapport à l'ancien droit et de ne laisser place que de manière plus restrictive à la réserve de l'article 3 alinéa 1 LCart (FF 1995 I 537; BORER, op. cit., n. 2 et 5 ad art. 3; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 3-7 ad art. 3). Il est par ailleurs conforme aux fondements constitutionnels de l'économie (art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.) d'admettre de manière plutôt restrictive une exclusion de la concurrence; celle-ci n'est admissible que sur la base d'une législation claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel (MARC AMSTUTZ, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, PJA/AJP 1996, p. 883 ss, 887; CARRON, op. cit., n. 35 ad art. 3; RENTSCH, op. cit., p. 176 s., 209; VOGEL, op. cit., p. 188). Le simple fait d'attribuer une tâche à l'Etat ou à une entreprise étatique ne signifie encore pas que le domaine en cause soit exclu de la concurrence (FF 1995 I 540; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 6 ad art. 3). Il est important de dé-

terminer si les prescriptions spéciales accordent un espace de liberté aux entreprises concernées ou si elles veulent leur prescrire d'agir par voie de décision et de manière non concurrentielle (ATF 127 II 32 consid. 3c-e; CARRON, op. cit., n. 35 ad art. 3; CLERC, op. cit., n. 99 ad art. 7).

**3.3.4** Une prescription excluant un domaine de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart peut émaner non seulement d'une autorité fédérale, mais encore d'une autorité cantonale (voire communale) (FF 1995 I 539; BISCHOF, op. cit., p. 160, 162; CARRON, op. cit., n. 22 ad art. 3; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 10 ad art. 3), encore faut-il, dans ce dernier cas, que la réglementation en cause entre dans la sphère de compétence du canton et ne soit pas contraire au droit supérieur; elle doit en particulier être conforme à la liberté économique (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst. ainsi que art. 94 al. 4 Cst.), ce qui ne va pas de soi s'agissant d'un monopole de droit pour l'acheminement de l'électricité.

Il convient donc d'examiner s'il existe sur le plan fédéral (consid. 4) ou sur le plan cantonal (consid. 5) des prescriptions qui excluent le secteur de l'électricité de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

#### 4.

##### 4.1

**4.1.1** Selon les articles 43 alinéa 2 et 44 lettre b de la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (loi sur les installations électriques, LIE; RS 734.0) - dans leur nouvelle teneur selon le chiffre I 8 de la loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000 (ci-après: loi sur la coordination; RO 1999 p. 3071, 3092, 3124) -, le département compétent peut accorder au preneur d'énergie un droit d'expropriation pour le transport d'énergie électrique sur les réseaux d'approvisionnement et de distribution existants.

**4.1.2** On ne peut pas déduire de cette réglementation une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Le droit d'expropriation pour le transport d'énergie électrique a été introduit dans la loi en relation avec la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx; RS 711) et a pour but de permettre le transport d'énergie électrique par le biais de réseaux tiers, sans qu'il faille construire à cette fin des réseaux électriques parallèles indésirables pour des motifs d'ordre économique et tirés de la protection de la nature (HEINZ HESS/HEINRICH WEIBEL, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, Commentaire, vol. II, Berne 1986, p. 218). Cette disposition n'autorise cependant pas un accès illimité des tiers au réseau (KILCHENMANN, op. cit., p. 18). Elle n'a manifestement pas pour but d'exclure la concurrence, mais au contraire de rendre celle-ci possible; elle poursuit donc le même but que celui visé par la

---

décision attaquée. Certes, il n'a pratiquement jamais été fait usage d'un tel droit d'expropriation par le passé (FF 1999 p. 6706 s.). Mais cela ne permet en tout cas pas d'exclure l'application de la loi sur les cartels. Il n'est d'ailleurs pas interdit au législateur de mettre à disposition de nouveaux instruments dans le cadre d'une nouvelle loi afin d'atteindre des buts qu'il s'était déjà fixé par d'autres lois plus anciennes mais qu'il n'a pas pu atteindre par les moyens qui y avaient été initialement prévus. Comme on l'a vu plus haut, l'article 3 alinéa 1 LCart ne réserve que les prescriptions qui excluent la concurrence. Les articles 43 et 44 LIE n'appartiennent pas à ce genre de prescriptions (voir également BISCHOF, op. cit., p. 161 s.; RENTSCH, op. cit., p. 201 s.).

**4.1.3** Selon l'article 46 alinéa 3 LIE (dans sa version originelle, RO 19 p. 252), lorsque la cojouissance du droit d'utiliser le domaine public communal pour la distribution de l'énergie était demandée, la commune pouvait, aux fins de protéger ses intérêts légitimes, la refuser ou la subordonner à des conditions restrictives. Cette disposition n'instituait pas en faveur des communes un monopole de droit fédéral, mais leur donnait simplement le droit de s'opposer à l'utilisation du domaine public par voie d'expropriation (SALIS/BURCKHARDT, Schweizerisches Bundesrecht, vol. 2, Frauenfeld 1930, n. 422 p. 83; KRÄHENMANN, op. cit., p. 75). L'article 46 alinéa 3 LIE représentait une exception au droit d'expropriation prévu par l'article 43 alinéa 2 LIE et permettait aux communes, mais pas aux cantons, de protéger leurs réseaux d'approvisionnement électrique contre leur utilisation par des tiers (HESS/WEIBEL, op. cit., p. 221 ss.; RUCK, op. cit., p. 59 s., 96). Ainsi, les monopoles de fait communaux pour la distribution de l'électricité pouvaient être protégés de la concurrence (GEORG MÜLLER/PETER HÖSLI, Einführung in das Energierecht der Schweiz, Baden 1994, p. 33; RÜEGGER, op. cit., p. 146; WELTERT, op. cit., p. 177 s., 182). L'article 46 alinéa 3 LIE a cependant été abrogé par la loi sur la coordination, partant aussi l'exception qu'il contenait.

## 4.2

**4.2.1** D'après l'article 10 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH; RS 721.80), les propriétaires des forces hydrauliques qui vendent de l'énergie électrique sont tenus de soumettre au département compétent, à sa demande, les conventions par lesquelles ils s'interdisent la vente d'énergie dans une zone déterminée. Le Département peut en ordonner la modification si elles sont contraires à l'intérêt public. Cette disposition s'applique par analogie aux intermédiaires.

**4.2.2** Cette disposition légale suppose donc la présence de contrats limitant les zones de distribution, partant en reconnaît l'existence (KRÄHENMANN, op. cit., p. 74; RUCK, op. cit., p. 57). Elle ne garantit cependant pas de manière absolue l'existence de tels contrats, mais veut au contraire pouvoir les modifier pour le cas où l'exclusion du marché

---

irait à l'encontre de l'intérêt public. Cette disposition n'a de plus en pratique pas d'importance (KILCHENMANN, op. cit., p. 20). L'article 10 LFH ne peut donc pas être considéré comme une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

### 4.3

**4.3.1** En vertu de l'article 4 alinéa 2 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne; RS 730.0), l'approvisionnement énergétique relève des entreprises de la branche énergétique. La Confédération et les cantons instaurent les conditions générales permettant à ces entreprises d'assumer leur tâche de manière optimale dans l'optique de l'intérêt général. Selon l'article 5 LEne, un approvisionnement sûr implique une offre d'énergie suffisante et diversifiée ainsi qu'un système de distribution techniquement sûr et efficace (al. 1); un approvisionnement économique repose sur les forces du marché, la vérité des coûts et la compétitivité avec l'étranger, ainsi que sur une politique énergétique coordonnée sur le plan international (al. 2); un approvisionnement compatible avec les impératifs de l'environnement implique une utilisation mesurée des ressources naturelles, le recours aux énergies renouvelables et la prévention des effets gênants ou nuisibles pour l'homme et l'environnement (al. 3). L'article 7 alinéa 1 LEne précise que les entreprises chargées de l'approvisionnement énergétique de la collectivité sont tenues de reprendre les surplus d'énergie produite de manière régulière par les producteurs indépendants sous une forme adaptée au réseau (cf. aussi art. 20 de la loi fribourgeoise du 9 juin 2000 sur l'énergie qui concrétise l'art. 7 LEne).

**4.3.2** La loi fédérale sur l'énergie suppose donc qu'il y ait des entreprises publiques chargées de l'approvisionnement énergétique. Elle ne prescrit cependant pas un approvisionnement énergétique étatique qui exclurait toute concurrence, mais au contraire, contient - vu notamment le devoir de reprendre les surplus d'énergie prévu à l'article 7 LEne - des prescriptions qui visent à introduire plus de rapports et de coordination entre les divers acteurs du marché de l'énergie et donc à limiter les monopoles (JAGMETTI, op. cit., n. 33 ad art. 24<sup>quater</sup>). La loi fédérale sur l'énergie ne contient donc pas non plus de réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart (BISCHOF, op. cit., p. 161; RENTSCH, op. cit., p. 202).

**4.4** D'après l'article 19 alinéas 1 et 2 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire, LAT; RS 700), la collectivité doit équiper les zones à bâtir de conduites pour l'alimentation en énergie. Par énergie, on entend surtout l'électricité (RÜEGGER, op. cit., p. 94 s.; ANDRÉ JOMINI, Commentaire LAT, Zürich 1999, n. 31 ad art. 19; voir aussi JAGMETTI, op. cit., n. 31 ad art. 24<sup>quater</sup>; WELTERT, op. cit., p. 268). Le droit de l'aménagement du territoire repose sur le fait que jusqu'à présent, l'équipement adapté pour l'alimentation en électricité est dans une large mesure réalisé par les

entreprises appartenant aux pouvoirs publics (voir plus haut consid. 3.1; cf. ATF 127 I 49; KRATZ, op. cit., p. 344), mais n'impose pas une telle structure. En revanche, la collectivité a bien l'obligation d'équiper une zone à bâtir. En règle générale, elle doit veiller à l'installation d'un réseau de transport (WELTERT, op. cit., p. 271 s.). Cependant, cette obligation n'est déjà de par la loi pas exclusivement dévolue à la collectivité publique (cf. art. 19 al. 3 LAT). Même si l'on voulait y voir un monopole pour l'équipement en conduites de raccordement, on ne saurait en déduire une obligation incombant à la collectivité (WELTERT, op. cit., p. 272) et en tout cas pas un monopole pour la fourniture d'électricité. La loi sur l'aménagement du territoire ne contient ainsi pas non plus une clause d'exclusion de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

**4.5** En résumé, il ne résulte pas du droit fédéral que l'approvisionnement en électricité constitue une tâche étatique et qu'il existe pour la collectivité publique une obligation d'approvisionnement, étant précisé que l'article 32 LME, qui aurait prescrit une telle obligation d'approvisionner, n'est pas entré en vigueur (BISCHOF, op. cit., p. 24 s.; JAGMETTI, op. cit., n. 31 ad art. 24<sup>quater</sup>; STRUB, op. cit., p. 151). Il n'y a donc aucune réglementation fédérale qui, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, exclurait la concurrence dans le domaine en question.

## 5.

Il convient ensuite d'examiner si le droit cantonal contient une telle clause d'exclusion de concurrence.

**5.1** Comme le relève à juste titre la recourante, la compétence attribuée à la Confédération par l'article 91 alinéa 1 Cst. pour légiférer sur le transport et la livraison de l'électricité est une compétence législative concurrente (RENÉ SCHAFFHAUSER, St. Galler Kommentar zur BV, 2002, n. 3 ad art. 91). La Confédération n'ayant jusqu'à présent pas fait usage d'une telle compétence, les cantons demeurent encore compétents pour légiférer sur la fourniture et la distribution d'électricité.

Cela n'exclut certes pas l'application de la loi sur les cartels. Comme déjà dit plus haut, les activités économiques réglementées sur le plan cantonal sont également soumises à la LCart dans la mesure où il n'existe aucune réserve au sens l'article 3 alinéa 1 LCart. Il convient donc d'examiner si le droit cantonal fribourgeois contient une telle clause d'exclusion de concurrence en faveur de la recourante.

**5.2** Selon l'article 104 lettre a OJ, le Tribunal fédéral ne peut revoir, dans le cadre d'un recours de droit administratif, que l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen. Comme l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) fait partie des droits constitutionnels, le Tribunal fédéral peut aussi vérifier si le droit cantonal a été appliqué de manière arbitraire. Dans ces conditions,



l'application du droit cantonal ne peut être revu que sous l'angle restreint de l'arbitraire.

Il convient cependant de tenir compte des particularités du cas d'espèce: le champ d'application du droit fédéral est restreint par le droit cantonal qui, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, exclut la concurrence. Une fausse application du droit cantonal pertinent aurait pour effet de faire échec à l'application du droit fédéral. Si le Tribunal fédéral se limitait à examiner le droit cantonal sous l'angle restreint de l'arbitraire, le contrôle du champ d'application du droit fédéral serait également limité à l'arbitraire, ce qui serait contraire à l'article 104 lettre a OJ.

En fait, c'est essentiellement pour des raisons tenant à la structure de l'Etat fédéral, pour autant que cela ne résulte pas déjà de la nature du grief soulevé (interdiction de l'arbitraire), que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité à l'arbitraire: les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération (art. 3 Cst.). Le Tribunal fédéral n'applique en principe pas le droit cantonal, mais examine seulement si son application est compatible avec le droit supérieur (art. 189 Cst.). Il n'y a plus de raisons de limiter le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'arbitraire lorsque, comme en l'espèce, ce ne sont pas les cantons eux-mêmes, mais une autorité fédérale (Commission de la concurrence) qui doit se prononcer sur le sens et la portée du droit cantonal. Si le Tribunal fédéral limitait ici son pouvoir d'examen à l'arbitraire, cela aurait pour conséquence qu'une autorité fédérale pourrait restreindre la marge de manœuvre cantonale par une application - fautive mais non arbitraire - du droit cantonal, sans possibilité de contrôle par le Tribunal fédéral.

Pour ces raisons, le Tribunal fédéral doit examiner librement l'application du droit cantonal dans le cadre de l'article 3 alinéa 1 LCart.

**5.3** Il se pose la question de l'application du droit dans le temps. Lorsque la Commission de la concurrence a rendu sa décision, c'était la loi de 1998 sur les EEF qui était en vigueur, tandis que c'est la loi de 2000 sur le statut des EEF qui était - et est toujours - en vigueur au moment du prononcé de la décision de la Commission de recours.

**5.3.1** Il ressort de la décision attaquée de la Commission de recours (consid. 6.3c/aa p. 20) que c'est le droit en vigueur au moment où la décision attaquée a été rendue qui est en principe applicable, à moins qu'une modification postérieure des règles de droit ne soit de nature à justifier une révocation de l'acte attaqué. L'examen de la nouvelle législation cantonale ne conduisait pas à la révocation de la décision de la Commission de la concurrence, mais corroborait plutôt la thèse de cette autorité. Par la suite, la Commission de recours n'a examiné le litige que sous l'empire de l'ancienne législation en vigueur jusqu'à fin 2001. La recourante invoque l'ancienne loi de 1998 sur les EEF, tandis

---

que les parties intimées estiment applicable la loi de 2000 sur le statut des EEF. Dans sa réplique, la recourante fait valoir que le canton de Fribourg a l'intention d'adopter une nouvelle loi sur l'approvisionnement en énergie électrique (LAEE); un projet de loi a été adopté le 29 avril 2003 par le Conseil d'Etat et sera traité probablement en été 2003 par le Grand Conseil. Cette loi prévoit d'exclure l'accès des tiers au **marché de l'électricité**.

**5.3.2** Selon la doctrine et la jurisprudence, en l'absence d'une disposition légale transitoire, la légalité d'un acte administratif doit en principe être examinée selon le droit en vigueur au moment où il a été édicté et un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a donc pas à être pris en considération. Un tel principe souffre une exception lorsqu'une application immédiate du nouveau droit s'impose pour des motifs impératifs, notamment lorsque les nouvelles dispositions ont été adoptées pour des raisons d'ordre public ou pour la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (ATF 127 II 306 consid. 7c; 126 II 522 consid. b/aa; 120 Ib 317 consid. 2b; 119 Ib 103 consid. 5; 112 Ib 39 consid. 1c p. 42; HÄFELIN/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4ème éd., Zurich 2002, p. 66 s.), en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement (ATF 123 II 359 consid. 3; 115 Ib 347 consid. 2c p. 355; 112 Ib 39 consid. 1c p. 43 s.). Pour une autorisation ayant un caractère durable ou pour l'examen d'un comportement ayant des conséquences dans le futur, les autorités de recours peuvent appliquer le nouveau droit si la révocation de l'autorisation octroyée est justifiée par le changement de loi (HÄFELIN/MÜLLER, *op. cit.*, p. 67 n. 327). Il n'y a pas lieu d'annuler une décision lorsqu'elle n'est pas conforme à l'ancien droit, mais qu'une décision identique devrait être prise sur la base du nouveau droit (ATF 127 II 306 consid. 7c; 126 II 522 consid. 3b/aa; 120 Ib 317 consid. 2b; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Bernischen VRPG*, Berne 1997, n. 8 ad art. 25).

**5.3.3** Dans sa décision du 5 mars 2001, la Commission de la concurrence n'a ni délivré une autorisation, ni émis des injonctions concrètes, mais a simplement constaté que la recourante avait abusé et continuait d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 7 LCart. Cette constatation se réfère tant au passé qu'au futur. Si on examine la légalité de la décision du 5 mars 2001 uniquement à la lumière du droit en vigueur à l'époque, la Commission de la concurrence pourrait alors immédiatement, en cas d'annulation de cette décision, rendre une nouvelle décision sur la base du nouveau droit. Il se justifie donc d'examiner l'application de l'article 3 alinéa 1 LCart, aussi bien à la lumière de l'ancien que du nouveau droit.

Contrairement à l'opinion de la recourante, les éventuelles futures modifications législatives n'ont pas à être prises en considération. En effet, un effet anticipé du droit futur est en principe exclu. A cela

---

s'ajoute qu'en l'espèce, le projet d'une nouvelle loi cantonale sur l'approvisionnement en énergie électrique (LAEE) n'a pas encore été examiné par le Grand Conseil. Il est donc incertain si, quand et sous quelle forme, cette loi entrera en vigueur.

**5.4** Il convient d'examiner tout d'abord la situation juridique sur la base de la loi de 1998 sur les EEF.

**5.4.1** La loi de 1998 sur les EEF avait abrogé la loi du 9 mai 1950 sur les Entreprises électriques fribourgeoises, laquelle avait remplacé une loi de 1915. Selon cette loi de 1950, EEF était un établissement de droit public ayant pour but principal la production et la distribution de l'énergie électrique. Pour atteindre ce but, EEF avait le droit de disposer de la force des eaux courantes appartenant au canton (art. 2 al. 1 de la loi de 1950). EEF assurait l'approvisionnement dans la plus grande partie du canton de Fribourg ainsi que dans quelques régions limitrophes; les relations entre EEF et les autres cantons ou les autres entreprises électriques cantonales étaient régies par des conventions (NICOLE ZIMMERMANN, Les EEF et le Développement économique, un siècle de collaboration, Fribourg 1990, p. 48 ss.).

Lors de la révision totale de 1998, le législateur cantonal voulait prévoir une étape intermédiaire pour affronter, à moyen terme, les défis à venir dans la perspective de la prochaine ouverture du marché de l'électricité. Les modifications concrètes se limitaient à des nouveautés sur le plan de l'organisation, de manière à laisser la plus grande souplesse possible aux organes de la société EEF pour son organisation interne (Message du 18 août 1998 in: Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg, septembre 1998, p. 765 et 768; ci-après: BO/FR). Le commissaire du gouvernement prévoyait une révision encore plus fondamentale de cette loi dans un délai d'un à deux ans par une refonte totale de la loi de 1950 sur les EEF mais une fois connu le contenu définitif du projet de la loi fédérale sur le marché de l'électricité (BO/FR, 1998, p. 888, intervention du rapporteur et du commissaire).

Il n'était pas dans l'intention du législateur de 1998 de modifier fondamentalement la structure et les tâches confiées à EEF. Il a simplement été relevé qu'il fallait séparer très clairement le secteur production et distribution d'électricité d'un côté et le secteur installations d'un autre côté afin que les installateurs privés ne soient pas pénalisés (BO/FR, 1998, p. 890 s., interventions HAYMOZ, rapporteur et commissaire).

**5.4.2** Conformément à l'article 1<sup>er</sup> LEEF, EEF est un établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale. Elle a pour but principal la production, la commercialisation et la distribution de l'énergie électrique (art. 2 al. 1 LEEF). Elle assure l'approvisionnement en énergie électrique du territoire desservi (art. 2 al. 2 LEEF). Pour atteindre ses buts, EEF dispose des forces hydrauliques du canton

---

conformément à la législation spéciale (art. 3 al. 1 LEEF). L'utilisation du domaine public cantonal par EEF est réglé par la loi sur le domaine public (art. 9 LEEF). Le Grand Conseil a la haute surveillance de EEF (art. 10 al. 1 LEEF). Il approuve le bilan et le rapport de gestion (art. 10 al. 2 LEEF). Le Conseil d'Etat approuve le règlement général, les conventions relatives à la délimitation des zones de distribution d'électricité et les statuts de la Caisse de pensions (art. 11 al. 2 LEEF). EEF est dirigée par un conseil d'administration, qui est composé de onze membres, dont quatre sont nommés par le Grand Conseil et doivent être députés; quatre sont nommés par le Conseil d'Etat, un par le personnel de EEF et deux par cooptation (art. 17 al. 1 LEEF). Le conseil d'administration arrête notamment la politique tarifaire, en particulier les tarifs généraux de fourniture d'électricité sur le territoire desservi (art. 21 al. 3 let. h LEEF).

L'utilisation du domaine public est réglée dans la loi fribourgeoise du 4 février 1972 sur le domaine public (LDP/FR). Le chapitre 4 de cette loi s'intitule "Utilisation du domaine public"; sa section A (art. 18 ss. LDP/FR) traite des "Dispositions générales et administratives", dont l'article 20 prévoit que l'usage privatif d'une chose du domaine public consiste en son utilisation exclusive et durable, qui est soumis à concession. La section C "Dispositions relatives aux eaux publiques" (art. 40 ss.) contient des dispositions relatives aux eaux publiques. Dans leur version initiale en vigueur jusqu'à fin 2001, les articles 55 et 56 LDP/FR, sous la note marginale "Utilisation de la force hydraulique" avaient la teneur suivante:

"Art. 55

Le droit d'utiliser l'eau pour la production d'énergie est soumis à concession.

Art. 56

<sup>1</sup> Sont réservées les prescriptions de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques et le droit de monopole des Entreprises électriques fribourgeoises.

<sup>2</sup> En particulier, la concession peut être refusée si les Entreprises électriques fribourgeoises sont à même de fournir l'énergie que le requérant projette de produire."

**5.4.3** La Commission de recours a exposé que la LEEF réglait seulement les relations entre le canton et la recourante, mais pas les relations entre celle-ci et les consommateurs ou les tiers. Les tarifs édictés par la recourante réglaient uniquement le prix de l'énergie fournie par la recourante; mais cela ne constituait pas une réglementation sur les prix de caractère étatique, d'autant que ce tarif n'était approuvé par aucune autorité cantonale. L'obligation d'approvisionnement n'était régie par aucune réglementation réservée au sens de l'article 3, étant

---

donné qu'elle ne fondait aucun droit d'exclusivité. Un monopole de fait ne suffisait pas pour exclure la concurrence.

La recourante fait au contraire valoir qu'elle dispose d'une concession pour l'utilisation exclusive des forces hydrauliques dans le canton de Fribourg. En contrepartie, elle a une obligation d'approvisionnement et utilise son réseau de distribution à cette fin. Les conventions relatives à la répartition des réseaux de distribution sont soumises à l'approbation du Conseil d'Etat. Il ne lui appartient donc pas d'accorder aux parties intimées le droit de faire transiter leur énergie sur ledit réseau.

**5.4.4** Contrairement à l'avis de la Commission de recours, le fait que la LEEF règle avant tout les relations entre le canton et la recourante (mais pas expressément les relations avec des tiers) n'exclut pas d'emblée que la concurrence puisse être écartée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Une réserve au sens de cette disposition peut aussi résulter du fait que l'Etat accorde à une entreprise une position juridique particulière, par exemple une position monopolistique (cf. aussi ATF 127 II 32 consid. 3c). Cela a donc pour effet indirect que les tiers ne peuvent pas jouir de ces mêmes droits et donc ne peuvent pas exercer de concurrence. La question est toutefois de savoir si le droit cantonal fribourgeois reconnaît à la recourante une telle position juridique.

**5.4.5** Les tarifs d'électricité fixés par l'Etat peuvent en principe constituer un régime de prix de caractère étatique au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre a LCart (WEBER, op. cit., p. 916). Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce. Même si l'on partait de l'idée que les tarifs de EEF sont des tarifs de caractère étatique au motif que le conseil d'administration de EEF est composé d'une majorité de membres nommés par les autorités cantonales, de tels tarifs ne seraient cependant valables que pour l'énergie fournie par la recourante, mais pas pour l'énergie qui serait éventuellement livrée par des tiers. La recourante relève qu'il n'y a précisément aucune autre entreprise qui fournit l'électricité dans son secteur de distribution. Mais cela ne permettrait de parler de réglementation exhaustive de prix à caractère étatique pour l'ensemble des prix de l'électricité que si la recourante disposait, à la lumière de l'article 3 alinéa 1 LCart, d'un monopole pour la fourniture de l'électricité. Il convient donc de résoudre cette question.

**5.4.6** Selon l'article 3 alinéa 1 LEEF, la recourante dispose des forces hydrauliques du canton de Fribourg, conformément à la législation spéciale. La loi de 1998 sur les EEF se réfère ainsi à la loi sur le domaine public. L'ancien article 56 alinéa 1 LDP ne conférait pas en lui-même un monopole à la recourante, mais le présupposait, sans que la base légale n'en soit établie. L'ancien article 56 alinéa 2 LDP prévoyait un droit préférentiel en faveur de la recourante, mais n'excluait pas que des concessions pour l'utilisation des forces hydrauliques puissent être

---

octroyées à des tiers. Même si l'on voulait voir dans cette disposition un monopole de droit en faveur de la recourante, celui-ci ne pourrait porter que sur l'utilisation des forces hydrauliques du canton de Fribourg. Or cela ne saurait créer un monopole de droit pour la livraison de l'électricité aux consommateurs finaux, l'électricité livrée dans le canton de Fribourg pouvant aussi provenir d'autres sources que des forces hydrauliques fribourgeoises.

Il n'existe pas non plus un monopole de droit en faveur de la recourante pour l'utilisation du domaine public. L'article 9 LEEF se réfère de nouveau à la loi sur le domaine public en ce qui concerne l'utilisation du domaine public cantonal par la recourante. Cette loi prévoit à son article 20 que l'usage privatif d'une chose du domaine public est soumise à concession, mais ne contient aucune disposition selon laquelle la concession pour la construction d'un réseau électrique peut être accordée uniquement à la recourante.

En résumé, il n'existe en tout cas aucun monopole de droit expressément prévu en faveur de la recourante pour la livraison d'énergie électrique.

**5.4.7** Il n'est cependant pas contesté que la recourante dispose dans le domaine de l'approvisionnement d'un monopole de fait en matière de transport et de distribution d'énergie électrique (décision de la Commission de la concurrence du 5 mars 2001, ch. 115 ss.). Se pose la question de savoir si cela suffit à exclure le secteur en question de la concurrence selon l'article 3 alinéa 1 LCart.

La doctrine en la matière est d'avis qu'un simple monopole de fait est insuffisant et qu'un monopole de droit est exigé (BISCHOF, op. cit., p. 162 s.; CLERC, op. cit., n. 104 ad art. 7; FOURNIER, op. cit., p. 130 s.; PALASTHY, p. 304).

Certes, le monopole de fait de la collectivité publique pour l'utilisation du domaine public repose aussi sur une base juridique en tant que l'article 664 CC prévoit expressément que le domaine public est soumis à la haute police de l'Etat. Ce monopole de fait ne nécessite pas une base légale supplémentaire (ATF 125 I 209 consid. 10b, c et d; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 393 ss.; RUEY, op. cit., p. 363 s.; STRUB, op. cit., p. 228; WELTERT, op. cit., p. 178) et permet également de restreindre l'activité économique des privés sur le domaine public (ATF 125 I 209 consid. 10c et d). Nonobstant l'article 664 CC, la liberté économique confère un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public (ATF 127 I 84 consid. 4b; 126 I 133 consid. 4d; 121 I 279 consid. 2a), droit que les collectivités publiques doivent accorder en respectant le principe de l'égalité et de manière à ce que les effets soient les plus neutres possible du point de vue de la concurrence (ATF 121 I 279 consid. 4a; 108 la 135 consid. 3 p. 137; cf. aussi ATF 128 I 136 consid. 4). On ne saurait déduire de la haute police de l'Etat sur le do-

maine public une clause dérogatoire à la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. (cf. aussi ATF 126 I 250 consid. 2d/cc).

Il pourrait en aller autrement si l'utilisation du domaine public avait été concédée de manière exclusive à une entreprise particulière dans un but déterminé. En pareil cas, la position monopolistique résultant d'une décision quant à l'utilisation du domaine public ne serait pas de pur fait, car la concession d'utilisation privative du domaine public est un acte juridique et ne fonde pas seulement une position de fait mais aussi un statut juridique (KILCHENMANN, op. cit., p. 15; RUCK, op. cit., p. 57 s.; STRUB, op. cit., p. 230 ss.; 284 s.). Se pose ainsi la question de savoir si, par "prescription" au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, il faut entendre une norme générale et abstraite ou s'il peut s'agir aussi d'un acte administratif notamment d'une concession.

La doctrine semble plutôt exiger un acte législatif général et abstrait (CARRON, op. cit., n. 20 ad art. 3; RENTSCH, op. cit., p. 171 ss., 209) et est d'avis qu'une concession pour une utilisation privative du domaine public ne confère pas une situation de monopole au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart (BISCHOF, op. cit., p. 164; RENTSCH, op. cit., p. 202 s.). Le secrétariat de la Commission à la concurrence a néanmoins qualifié de prescription au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart un contrat de droit administratif conclu entre une ville et une association de médecins relative à la mise sur pied d'un service d'urgences assuré par les médecins (DPA/RPW 1998, p. 198 ch. 18; contra RENTSCH, op. cit., p. 172, 192 s.).

Il faut encore préciser ceci. Un acte administratif (décision, contrat, y compris en particulier une concession) doit se fonder sur une base légale qui peut être conçue de manière large et conférer à l'autorité un large pouvoir d'appréciation. Dans la mesure où cette base légale exige ou autorise de manière claire une exclusion de la concurrence, un acte administratif qui concrétise cette loi peut suffire à exclure le secteur y relatif de la concurrence (CARRON, op. cit., n. 33 ad art. 3; voir aussi DPA/RPW 1998, p. 198 ch. 18, selon lequel le contrat en question sert à l'exécution d'une tâche légale attribuée à la ville). Une concession pour l'utilisation privative du domaine public n'implique pas nécessairement dans tous les cas un monopole de fait implicite au regard de l'article 3 alinéa 1 LCart. Au contraire, une réglementation spécifique peut accorder de manière explicite un droit d'utilisation exclusif à une entreprise déterminée dans le but d'exclure la concurrence. Il convient donc de toujours examiner l'ensemble de la législation en la matière pour pouvoir déterminer si un monopole de fait est basé sur une intervention étatique qui a pour objet d'exclure la concurrence (RENTSCH, op. cit., p. 214).

Encore faudrait-il que l'octroi d'un monopole d'usage privé en faveur d'une seule entreprise pour la construction de lignes électriques sur le domaine public soit compatible avec le droit fédéral, ce qui ne va pas de soi.

---

**5.4.8** Même si l'on estimait que la recourante dispose d'un monopole pour l'utilisation privative du domaine public et que ce monopole soit déterminant au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, on ne saurait admettre sans autre que les règles légales en cause tendent à exclure de la concurrence le domaine de la livraison de courant électrique. Le monopole existe en effet uniquement pour l'usage du domaine public en vue de la construction et de l'exploitation du réseau électrique, mais pas forcément pour l'utilisation dudit réseau de distribution. Ainsi, par exemple, le monopole d'affichage résultant de la haute police de la collectivité publique sur son domaine public (ATF 125 I 209 consid. 10c et d) ne signifie nullement que seule la collectivité publique puisse faire de la publicité sur les emplacements qu'elle gère; au contraire, des supports doivent être mis à disposition pour la publicité privée (cf. ATF 127 I 84 consid. 4b). De la même manière, la construction et l'exploitation de lignes électriques d'une part et la livraison de courant et l'utilisation de ce réseau pour l'acheminement de l'énergie électrique d'autre part, peuvent aussi être considérées comme deux choses distinctes. Certes, il existait jusqu'à maintenant un monopole de fait pour l'approvisionnement en faveur de la recourante. Ce monopole ne résulte toutefois ni de la loi, ni du droit d'utilisation (privative) du domaine public. Ce droit ne supprime donc pas la possibilité que les réseaux construits par la recourante puissent être utilisés par des tiers privés pour la livraison d'énergie.

**5.4.9** Se pose en outre la question de savoir si la tâche d'approvisionnement en électricité dévolue par la loi à la recourante exclut la concurrence.

Selon la doctrine, l'attribution par un canton ou une commune d'une tâche d'approvisionnement, par exemple en eau, gaz ou électricité, est parfois considérée comme un cas d'application de l'article 3 alinéa 1 LCart (ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2ème éd., Berne 2002, p. 243; SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, n. 10 ad art. 3; WEBER, *op. cit.*, p. 47; ZÄCH, *op. cit.* [1999], p. 128). Un tel mandat légal ne conduit toutefois pas automatiquement à une exclusion de la concurrence (BISCHOF, *op. cit.*, p. 162 s.; FOURNIER, *op. cit.*, p. 137 s.; RENTSCH, *op. cit.*, p. 202; voir aussi dans un autre contexte HANS RUDOLF TRÜEB, *Der so genannte service public*, ZBI 103/2002 p. 225 ss., 237). Dans ce contexte, les autorités inférieures ont mentionné le domaine des télécommunications, où la concession pour le service universel liée à l'obligation de fournir des prestations correspondantes à l'ensemble de la population (art. 14 ss. de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications, LTC; RS 784.10) n'exclut pas la concurrence en dehors de cette concession (art. 4 ss LTC; ATF 125 II 293 consid. 4f). La Poste également a une obligation légale de fournir, dans le domaine du service universel, des prestations en dehors des services réservés, mais ne dispose pas pour autant d'un monopole (art. 2 ss. de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste, LPO; RS 783.0).

---



Le simple fait de charger une entreprise d'une tâche d'intérêt public ne justifie une dérogation légale à la concurrence que si ce mandat légal est lié à un monopole, comme par exemple dans le cas de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (art. 26 ss. de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision, LRTV; RS 784.40; RENTSCH, op. cit., p. 212; ZÄCH, op. cit. [1999], p. 129) ou s'il doit raisonnablement être interprété comme un monopole. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré comme un monopole l'obligation pour la collectivité publique d'éliminer les déchets urbains selon l'article 31b alinéa 1 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE; RS 814.01) (ATF 126 II 26 consid. 3a p. 30; 125 II 508 consid. 5b). Une clause d'exclusion de la concurrence peut aussi résulter d'un mandat légal lorsqu'il n'existe aucun monopole. Ainsi, le domaine de l'enseignement public n'est pas soumis aux règles de la concurrence: les établissements scolaires pourraient certes être entièrement exploités comme des entreprises au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart; l'Etat ne dispose en effet d'aucun monopole pour l'exploitation des établissements scolaires. Il est toutefois admissible que les établissements scolaires publics soient financés au moyen des impôts et par là que les offreurs privés soient lésés. Cela ne vaut pas seulement pour l'enseignement de base qui doit être gratuit selon l'article 19 Cst., ce qui nécessite l'engagement de fonds publics, mais aussi pour la formation supérieure. Dès lors, il peut résulter de la législation topique que l'Etat offre un enseignement à un prix qui ne couvre pas ses charges, c'est-à-dire à un prix qui ne correspond pas au prix du marché libre (ATF 123 I 254 consid. 2b/bb). Ce but légal ne pourrait pas être atteint si les établissements d'enseignement public étaient soumis à la loi sur les cartels. Il en va de même dans le domaine de la santé où les hôpitaux publics sont financés partiellement par des fonds publics, ce qui entrave l'accès des hôpitaux privés à la concurrence ou son exercice, mais cela a été voulu par le législateur, si bien que les articles 5 et 7 LCart ne sont pas applicables (DPC/RPW 1998, p. 562 ch. 12 ss.; DPC/RPW 1999, p. 184 consid. 6 p. 197; RAMA/RKUV 4/1997, p. 257 consid. 11.2 p. 268; CLERC, op. cit., n. 102 ad art. 7; MARGARETA LAUTERBURG, Gesundheits- und Versicherungsmärkte - kartellrechtliche Fragen in der Praxis der Wettbewerbsbehörde, in HÜRLIMANN/POLEDNA/RÜBEL [éd.], Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zurich 2000, p. 101 ss., 111 s.).

En l'absence de règles claires, le critère essentiel doit être celui de savoir si la soumission d'un secteur donné à la loi sur les cartels ferait obstacle à l'accomplissement de la tâche d'intérêt public impartie par la loi à une entreprise (DPC/RPW 1998, p. 198, ch. 18 ss.; CLERC, op. cit., n. 103 ad art. 7).

**5.4.10** Selon l'article 2 LEEF, la recourante s'est vu confier le mandat légal d'assurer l'approvisionnement en énergie électrique du territoire desservi. Avec la recourante, on peut admettre qu'il s'agit là d'une tâche d'intérêt général. La manière dont la recourante doit mener à bien

sa mission n'est cependant pas réglée par la loi. Il résulte cependant de la loi de 1998 sur les EEF que la recourante doit au moins veiller à ce qu'il existe des réseaux de transport et de distribution d'énergie dans le territoire desservi et que les consommateurs soient approvisionnés en courant électrique. Cela ne signifie cependant pas forcément que seule la recourante peut fournir de l'électricité au moyen du réseau installé et exploité par elle. Elle admet elle-même qu'elle ne produit qu'environ la moitié de l'énergie électrique qu'elle livre. Elle doit s'approvisionner en courant électrique auprès de tiers et le revendre à ses clients. Il serait ainsi tout aussi bien possible que les producteurs tiers vendent directement leur énergie aux clients et qu'ils utilisent à cet effet les installations de la recourante.

La recourante n'explique pas pourquoi cela ne serait pas possible. Elle fait simplement valoir qu'elle doit conclure avec ses fournisseurs des contrats de longue durée afin de pouvoir garantir l'approvisionnement. Elle s'est donc engagée à acheter de l'électricité pour une longue période, si bien qu'elle ne pourrait revendre qu'avec peine cette électricité si des tiers pouvaient fournir directement les consommateurs. La vente au détail ne serait donc pas compatible avec la tâche d'intérêt public qui lui a été conférée. Un approvisionnement général et direct des clients par des tiers mettrait en péril cette tâche.

Cette argumentation n'est cependant pas convaincante. Contrairement aux exemples précités concernant la formation et la santé, l'obligation d'approvisionnement en électricité impartie par la loi n'est pas liée à une réduction de prix étatique motivée par des motifs d'ordre de politique sociale, diminution qui en soi n'est pas un instrument du marché. Les consommateurs paient en principe pour l'électricité un prix qui couvre les charges. On ne voit donc pas pourquoi ce prix ne serait pas formé selon les lois du marché libre, ce qui suppose que les autres producteurs de courant électrique aient la possibilité de livrer du courant.

Certes, si les tiers ont accès au marché, cela pourra conduire les clients de la recourante à s'adresser à d'autres producteurs, partant entraîner une diminution de la quantité d'électricité vendue par la recourante. Mais chaque vendeur est confronté à ce genre de problème. Cela n'est en tout cas pas une raison suffisante pour exclure la concurrence.

Il est notoire que les entreprises d'approvisionnement en électricité ont conclu avec les producteurs d'électricité des conventions de longue durée, en particulier pour disposer d'une réserve d'énergie suffisante. La loi n'impose cependant pas cela à la recourante, mais cela résulte de sa propre estimation de l'état d'approvisionnement. L'approvisionnement sûr en électricité dans l'intérêt général peut cependant aussi être garanti par le fait que différents producteurs puissent livrer leur énergie électrique par le biais du réseau exploité par la recourante. La loi sur les cartels postule que l'approvisionnement de la population

---

n'est pas assuré au mieux par la conclusion de contrats de longue durée avec un établissement se trouvant en situation de monopole, mais par la concurrence entre plusieurs offreurs (cf. aussi art. 5 al. 2 LEn; voir plus haut consid. 4.3.1). Dans le domaine de l'approvisionnement en électricité peuvent éventuellement exister des circonstances particulières qui sont de nature à conduire à une autre conclusion (nécessité d'investissements de départ importants pour la construction des installations de production et du réseau de distribution, nécessité d'avoir une capacité de réserve suffisante eu égard à la possibilité de stockage limité avec de grandes variations de la demande et effets importants dus au goulot d'étranglement en matière d'approvisionnement; cf. FF 1999 p. 6675 ss.). Il n'est pas totalement exclu que, dans certaines conditions du marché particulières, aucun fournisseur ne soit prêt ou en mesure de livrer de l'électricité. En pareilles circonstances, il pourrait exister un besoin d'approvisionnement en électricité qui ne serait pas assuré par les lois du marché. De telles considérations d'ordre politique pourraient éventuellement justifier l'exclusion de la concurrence. Mais, selon la conception qui est à la base de la loi sur les cartels, elles ne seraient déterminantes que si elles avaient été concrétisées dans des prescriptions adoptées par les pouvoirs publics en vertu de l'article 3 alinéa 1 LCart. Or, comme on l'a vu plus haut, il n'existe pas de telles prescriptions dans la loi de 1998 sur les EEF.

La recourante se réfère à l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, du 25 octobre 2001, dans la cause *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089). Dans cet arrêt (point 61), la Cour a justifié l'extension d'un monopole pour le secteur du transport urgent de malades à celui du transport non urgent de malades (rentable) par le fait que cela permettait à l'entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général, touchant au transport urgent de malades, dans des conditions d'équilibre économique. La possibilité qu'auraient les concurrents de se concentrer, dans les services de transports non urgents, sur des trajets plus lucratifs, pourrait porter atteinte à la viabilité économique du service du transport urgent (non rentable) et par conséquent mettre en cause la qualité et la fiabilité dudit service.

Il est vrai que la recourante emploie les bénéfices provenant de la vente d'énergie pour financer la construction et l'entretien de son réseau électrique. Cela est d'ailleurs habituel compte tenu de la structure historique du réseau d'électricité qui a existé jusqu'à présent. Avec l'accès des tiers au réseau, le subventionnement ("Quersubventionierung") du secteur de la production par le secteur de la distribution d'énergie (ou vice versa) serait pratiquement impossible, ce qui peut avoir des effets sur le calcul du prix de l'électricité par les entreprises d'électricité (STRUB, op. cit., p. 274 ss.).

Cela n'exclut cependant pas l'accès de tiers au réseau. Il n'est pas contesté que la partie intimée (Watt Suisse AG) doit payer une rede-

vance pour l'utilisation du réseau. Elle s'est expressément déclarée prête à le faire. Si cette rétribution est fixée de manière à couvrir les frais, l'accès des tiers au réseau n'aura pas de répercussions financières pour le propriétaire du réseau (STRUB, op. cit., p. 287 s.). Il ne s'agit donc pas d'une question de principe quant à l'accès au réseau, mais du montant de la redevance à payer pour que les frais du réseau électrique puissent être couverts (voir ci-dessous consid. 6.5.9). Il n'est pas établi que la tâche d'approvisionnement confiée par la loi ne pourrait plus être remplie si les tiers avaient accès au réseau de la recourante.

Dans ces circonstances, le mandat légal d'approvisionnement contenu dans la loi de 1998 sur les EEF n'implique pas un droit exclusif en faveur de la recourante à fournir de l'énergie électrique aux consommateurs finaux.

Pour le cas où l'intérêt public à un approvisionnement sûr en électricité serait effectivement compromis par l'accès au réseau de tiers, le Conseil fédéral pourrait toujours intervenir en autorisant une dérogation au principe de la concurrence au sens de l'article 8 LCart. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas à se prononcer là-dessus (consid. 1.3).

**5.4.11** Contrairement à l'avis de la recourante, on ne peut pas voir une exclusion de la concurrence au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart dans le fait que les conventions relatives à la délimitation des zones de distribution d'électricité sont soumises pour approbation au Conseil d'Etat (art. 11 al. 2 let. b et 21 al. 3 let. i LEEF). De telles conventions délimitent les zones d'approvisionnement, ainsi que le territoire du réseau et du mandat d'approvisionnement de la recourante, mais cela n'exclut pas les tiers de l'acheminement de l'électricité. On ne voit pas dans quelle mesure la recourante aurait besoin de l'approbation du Conseil d'Etat pour cela.

**5.5** La loi de 2000 sur le statut des EEF entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 contient encore moins une clause d'exclusion de la concurrence que la loi de 1998 sur les EEF.

**5.5.1** En adoptant la loi de 2000 sur le statut des EEF, le législateur cantonal fribourgeois voulait, comme déjà prévu dans le cadre des travaux préparatoires de la loi de 1998, assurer à EEF une meilleure position concurrentielle dans la perspective de la prochaine ouverture du marché de l'électricité (Message du 5 juin 2000, BO/FR 2000 p. 971; Séance du Grand Conseil, BO/FR 2000 p. 1238 ss., intervention du rapporteur et du commissaire). Dans ce but, EEF a été transformée en une société anonyme de droit privé (art. 1 LSEEF). L'Etat reste néanmoins l'actionnaire majoritaire (art. 2 al. 2 LSEEF).

Les buts de la nouvelle société anonyme correspondent pour l'essentiel à ceux énumérés à l'article 2 LEEF (BO/FR 2000 p. 972; art. 2 des Statuts EEF). La tâche publique d'approvisionnement n'est cependant plus mentionnée dans la loi. La volonté expresse du législateur était de

---

supprimer le monopole de EEF dans la perspective de la libéralisation du marché de l'électricité (BO/FR 2000, p. 974). En séance du Grand Conseil, la transformation en société anonyme de droit privé a été refusée par une minorité, sans que celle-ci ne cherche toutefois à recréer une situation de monopole (BO/FR 2000, p. 1242, intervention MORET). Ainsi, même si l'on voulait voir l'existence d'un monopole de EEF selon l'ancienne loi de 1998 sur les EEF du point de vue du droit des cartels, cela a été expressément supprimé par la loi de 2000 sur le statut des EEF.

**5.5.2** La loi sur le domaine public a été modifiée en même temps que la loi de 2000 sur les EEF (art. 8 LSEEF). Selon l'article 55 alinéa 2 LDP/FR:

"Les Entreprises électriques fribourgeoises disposent, contre paiement d'une redevance, d'une concession réglée par convention pour l'utilisation des forces hydrauliques du canton pour la production d'énergie."

L'article 56 LDP/FR (voir plus haut consid. 5.4.2) a été abrogé.

Si la concession en faveur de EEF est maintenue dans la loi, tel n'est plus le cas pour le monopole (BO/FR 2000, p. 973 s.). En outre, la concession se réfère exclusivement à l'utilisation des forces hydrauliques et non à l'utilisation du réseau électrique ou du domaine public. Et il est encore moins question d'un monopole de droit en rapport avec la livraison et la distribution d'énergie.

**5.5.3** Il ressort des travaux préparatoires que le législateur fribourgeois voulait s'adapter notamment à la loi fédérale sur le marché de l'électricité par la création d'une nouvelle structure de EEF. Cependant, l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi cantonale n'a nullement été subordonnée à l'entrée en vigueur de la loi sur le marché de l'électricité; la révision de la loi n'a pas été motivée uniquement par la loi sur le marché de l'électricité mais par la libéralisation générale du marché. Il a été fait en particulier référence à la situation juridique dans l'Union européenne en mentionnant le mot "eurocompatibilité" (BO 2000, p. 974), bien que le législateur fribourgeois ne fût pas obligé de s'aligner sur la réglementation de l'Union européenne en matière de marché de l'électricité. Ce n'est donc pas seulement en rapport avec la loi sur le marché de l'électricité mais de sa propre initiative que le canton de Fribourg a supprimé le monopole de EEF, si tant est qu'un tel monopole ait existé selon la loi de 1998 sur les EEF. Dans ces conditions, il n'y a aucune raison de déduire une clause d'exclusion de concurrence selon le droit des cartels du rejet de la loi sur le marché de l'électricité par le peuple.

**5.6** En résumé, il n'existe, dans la législation cantonale actuelle aucune prescription au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart excluant l'application de la loi sur les cartels.

---

**5.7** Comme déjà mentionné plus haut (consid. 5.3.3), le projet de la nouvelle loi sur l'approvisionnement en énergie électrique (LAEE) préparé par le Conseil d'Etat n'est pas applicable en l'espèce. Si cette loi devait expressément instaurer - ce qui est visiblement prévu - un monopole de droit en faveur de la recourante, il va de soi qu'un changement de situation juridique ne pourra se produire qu'au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et qu'il y aura donc lieu d'apprécier à nouveau cette situation à la lumière de l'article 3 alinéa 1 LCart.

Pour le surplus, on peut se demander sérieusement si et dans quelle mesure le canton de Fribourg a la possibilité d'instituer un monopole de droit en faveur de la recourante pour la livraison d'électricité. Il se pose en effet la question de savoir si un tel monopole serait justifié par un intérêt public et proportionné au but visé (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst.). Point n'est cependant besoin ici de trancher cette délicate question.

## **6.**

Il convient ensuite de déterminer si les instances inférieures ont admis avec raison que le comportement de la recourante violait l'article 7 LCart.

**6.1** Selon l'article 7 alinéa 1 LCart, 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. Conformément à l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart, est en particulier réputé illicite le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises).

Les conditions d'application de l'article 7 LCart sont: qu'il existe une entreprise au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart (consid. 6.2), qu'il s'agisse d'une entreprise dominant le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart (consid. 6.3), qu'elle entrave l'accès aux autres entreprises à la concurrence ou son exercice ou encore désavantage les partenaires commerciaux (consid. 6.4) et enfin, que cela résulte d'un abus de sa position dominante (consid. 6.5).

**6.2** Il est manifeste et incontesté que la recourante constitue, en tant que société juridiquement et économiquement indépendante, une entreprise au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart (cf. ATF 127 II 32 consid. 3d p. 43).

## **6.3**

**6.3.1** Par entreprise dominant le marché, on entend une entreprise qui est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart), notamment lorsque ceux-ci n'ont raisonnablement aucune autre alternative que d'avoir des rela-

tions commerciale avec cette entreprise (VON BÜREN/MARBACH, op. cit., p. 274 s.; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: VON BÜREN/DAVID, op. cit. [2000], p. 137 ss., 172). Le point de savoir si une entreprise domine ou non le marché doit toujours être apprécié en rapport avec un marché matériellement et géographiquement déterminant.

**6.3.2** L'autorité intimée a admis que la recourante avait une position dominante sur le marché déterminant de la distribution supra-régionale et régionale de l'électricité dans sa zone de distribution régionale au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart, parce que EEF est pratiquement seule sur le marché et a la maîtrise de fait sur les infrastructures de transport du courant électrique nécessaires à l'approvisionnement des consommateurs.

**6.3.3** La recourante fait valoir qu'elle ne peut pas avoir une position dominante, étant donné qu'il n'existe aucun marché de la distribution d'électricité puisque chaque zone est desservie par un seul opérateur. Ce n'est que par une législation fédérale telle que la loi sur le marché de l'électricité que l'on pourrait en fait créer un tel marché. L'accès des tiers au réseau devrait en outre absolument être prévu par une législation. La recourante fait ensuite valoir que la distribution locale et la vente au détail sont nécessaires à son activité et ne sont pas détachables de sa mission d'intérêt public. L'usage exclusif des forces hydrauliques lui aurait été confié afin de lui permettre d'exercer sa mission d'approvisionnement. L'ouverture au marché de tiers devrait être accompagnée d'une obligation d'approvisionnement réglée par le droit fédéral. Autrement, l'intervention des autorités de la concurrence empêcherait l'accomplissement de la mission d'intérêt public.

Ces critiques se recoupent dans une large mesure avec les griefs qui ont déjà été traités, soit ceux en relation avec l'article 3 alinéa 1 LCart (voir ci-dessus consid. 5.4). Étant donné, comme on l'a vu, qu'une clause d'exclusion au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart n'existe pas, l'activité en cause est soumise à la loi sur les cartels. Lorsqu'il n'existe aucune concurrence entre les concurrents, cela peut justement constituer une situation illicite au sens de l'article 7 LCart. Cela ne saurait exclure l'application de cette disposition légale, mais justifie au contraire une intervention des autorités de la concurrence et l'adoption de mesures appropriées afin que la concurrence soit rétablie.

**6.3.4** La recourante ne conteste en principe pas, à juste titre, que le marché déterminant du point de vue objectif et géographique est l'acheminement de l'énergie électrique dans la zone de distribution de l'exploitant du réseau (cf. aussi BISCHOF, op. cit., p. 149 ss.). La recourante ne conteste pas non plus qu'elle est seule à livrer de l'électricité dans sa zone d'approvisionnement.

Les autres offreurs n'ont pratiquement aucune autre alternative que d'utiliser un réseau pour fournir du courant électrique (HÜB-

SCHER/RIEDER, op. cit., p. 441) et ne peuvent pas en livrer faute de réseau propre. La recourante peut ainsi se comporter de manière indépendante par rapport aux autres offreurs et jouit ainsi d'une position dominante (art. 4 al. 2 LCart; BISCHOF, op. cit., p. 153 s.; KILCHENMANN, op. cit., p. 51).

## 6.4

**6.4.1** La recourante ne conteste pas qu'elle a refusé l'accès de son réseau à la partie intimée Watt. Elle entrave ainsi l'accès à la concurrence et son exercice.

Elle fait certes valoir que Watt ne serait pas entravée, parce qu'elle n'a pas établi qu'elle était à même, par les réseaux situés en amont, d'accéder au réseau supra-régional de EEF. Et l'accès à ces réseaux supérieurs serait une condition indispensable pour que Watt puisse accéder aux installations de la Migros situées à Estavayer-le-Lac et Courtepin. Le refus d'accès au réseau de EEF pourrait donc tout au plus être considéré comme illicite si la Commission de la concurrence avait constaté que la partie intimée Watt était raccordée aux réseaux situés en amont. Mais tel ne serait pas le cas jusqu'à présent. Les parties intimées n'auraient jusqu'à maintenant pas cherché à accéder à ces réseaux. Par conséquent, même si le Tribunal fédéral rejetait le présent recours, les parties intimées ne seraient pas en mesure d'accéder au réseau de la recourante. La recourante ne pourrait ainsi pas se voir reprocher d'entraver la concurrence.

Il est vrai que Watt doit aussi utiliser des réseaux situés en amont pour approvisionner les sites de la Migros et qu'un tel accès n'existe pas encore. Cela ne signifie cependant pas que les parties intimées ne seraient pas entravées dans l'exercice de la concurrence par le comportement de la recourante. Elles sont tenues de lever tous les obstacles qui les empêchent d'accéder au réseau de la recourante. Mais un obstacle à la concurrence ne saurait être justifié par le fait que les autres empêchements n'ont éventuellement pas (encore) été supprimés.

Du reste, les instances inférieures ont souligné que la recourante n'avait jamais laissé entendre qu'elle autoriserait l'accès de son réseau aussitôt que Watt serait capable d'acheminer le courant jusqu'à la limite du réseau de distribution de EEF. La recourante ne le conteste pas, mais s'oppose par principe à l'accès de son réseau à des tiers. Ce procédé doit être considéré comme abusif.

**6.4.2** La recourante fait en outre valoir que Migros ne serait pas affectée dans sa capacité de concurrence parce que EEF serait prête à lui livrer l'énergie aux mêmes conditions que celles offertes par Watt. Ses prix ne seraient donc pas abusifs.

Cette objection est cependant mal fondée. La liberté économique et la libre concurrence impliquent aussi le libre choix de ses partenaires commerciaux. Selon les circonstances, celui qui est contraint de se

---



fournir auprès d'un partenaire déterminé peut être entravé dans sa liberté contractuelle, même si ce partenaire accorde les mêmes conditions que le partenaire qu'il aurait choisi. Car il peut exister d'autres motifs pour entretenir des relations commerciales avec un autre partenaire.

## 6.5

**6.5.1** Selon l'article 7 alinéa 1 LCart, le simple fait qu'une entreprise dominant le marché entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence et son exercice n'est pas illicite. Encore faut-il que l'entreprise dominant le marché limite de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents (FF 1995 I 564).

Les pratiques énumérées à titre d'exemple à l'article 7 alinéa 2 LCart ne sont pas automatiquement illicites; elles ne sont illicites que si elles répondent aux critères généraux de l'abus formulé à l'article 7 alinéa 1 LCart (FF 1995 I 565; BORER, op. cit., n. 4 ad art. 7; CLERC, op. cit., n. 109 ad art. 7; ZÄCH, op. cit. [1999], p. 194; ROGER ZÄCH, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: CHRISTIAN MEIER-SCHATZ [éd.], Das neue Kartellgesetz, Berne 1998, p. 117 ss., 137).

La pratique 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 (FF 1995 I 564; BISCHOF, op. cit., p. 155; BORER, op. cit., n. 9 ad art. 7; VON BÜREN/MARBACH, op. cit., p. 279; CLERC, op. cit., n. 61 s. et 79 ss. ad art. 7; DALLAFIOR, op. cit., n. 36 s. ad art. 7; ZÄCH, op. cit. [2000], p. 188). Une stratégie envers les autres concurrents doit se révéler inéquitable en ce sens que, par exemple, d'après les circonstances, la volonté d'exclure un concurrent est manifeste (FF 1995 I 564 s.); tel est également le cas lorsque les autres concurrents sont empêchés d'accéder à un marché (BORER, op. cit., n. 12 ad art. 7), c'est-à-dire lorsque le comportement a un objectif qui est contraire à la concurrence (ZÄCH, op. cit. [2000], p. 186 s.).

Suivant l'exemple de la théorie dite "Essential facility" élaborée aux Etats-Unis (Bischof, op. cit., p. 131 ss.; SCHINDLER, op. cit., p. 3 ss.) et discutée aussi dans l'Union européenne (SCHINDLER, op. cit., p. 35 ss.), la doctrine suisse qualifie un comportement d'abusif lorsqu'une entreprise en position dominante dispose seule des équipements ou des installations indispensables à la fourniture d'une prestation et qu'elle refuse, sans raison objective, de les mettre à disposition aussi de ses concurrents. Encore faut-il que les concurrents n'aient aucune solution de remplacement, si bien que le refus incriminé est de nature à exclure toute concurrence (FF 1995 I 565 s.; BISCHOF, op. cit., p. 129 ss.; BORER op. cit., n. 12 ad art. 7; CLERC, op. cit., n. 124 ss. ad art. 7; DALLAFIOR, op. cit., n. 105 ss. ad art. 7; HÜBSCHER/RIEDER, op. cit., p. 440 ss.; SCHINDLER, op. cit., p. 192 s., 195; RUFFNER, op. cit., p. 841; ZÄCH, op. cit. [1998], p. 139). D'après la doctrine, cette théorie s'applique en particulier aux

réseaux électriques, qui se trouvent en situation de monopole de fait; il est en effet pratiquement impossible de construire un réseau parallèle et concurrent notamment pour des raisons financières, si bien que les concurrents sont obligés d'utiliser les réseaux existants. Car sinon aucune concurrence ne serait possible (BISCHOF, op. cit., p. 141 s., 155 s., 165 s.; BORER, op. cit., n. 12 ad art. 7; VON BÜREN/MARBACH, op. cit., p. 280 s.; SCHINDLER, op. cit., p. 77, 88, 91 ss., 122; VOGEL, op. cit., p. 194; ZÄCH, op. cit. [1999], p. 223; ZÄCH, op. cit. [2000], p. 204 s.; ZÄCH, Netzstrukturen, p. 951).

**6.5.2** La Commission de la concurrence a considéré (décision du 5 mars 2001, ch. 175) qu'il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse, sans raisons justificatives objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace.

La Commission de recours a retenu pour sa part que le refus opposé par la recourante à Watt de faire transiter le courant sur son réseau empêchait cette dernière d'exercer la concurrence sur le marché aval, ce qui constituait un cas d'entrave illicite au sens de l'article 7 alinéa 1 LCart, dans la mesure où un tel refus n'était pas justifié par des motifs objectifs. Or, une telle justification faisait défaut.

**6.5.3** La motivation des autorités inférieures, qui est conforme à l'avis de la doctrine, est convaincante. La recourante veut manifestement empêcher Watt d'accéder au marché en question. Watt ne peut pas livrer de courant électrique sans utiliser le réseau de la recourante parce que - ce qui n'est du reste pas contesté par celle-ci - pour des raisons juridiques et économiques, il n'est pratiquement pas possible pour Watt de construire elle-même un réseau de transport parallèle. La recourante utilise sa position de fait dominante, qu'elle tire de son réseau de transport, pour ne pas devoir s'ouvrir à la concurrence. Son comportement est donc directement dirigé contre une possible instauration de la concurrence et exclut, dans le résultat, toute concurrence entre les fournisseurs d'énergie. Ce comportement doit donc être qualifié d'abusif, dans la mesure où il ne peut pas être justifié par des motifs objectifs.

**6.5.4** Une entreprise peut refuser d'entretenir des relations commerciales avec un partenaire pour des motifs objectifs d'ordre commercial (FF 1995 I 566; DALLAFIOR, op. cit., n. 37 ad art. 7; ROGER GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - quo vadis? in: recht 2002, p. 63 ss., 69; RUFFNER, op. cit., p. 838; ZÄCH, op. cit. [2000], p. 188, [1998], p. 132), soit pour des raisons d'efficacité au niveau de l'entreprise (SCHINDLER, op. cit., p. 117 s.), ou encore pour ob-

tenir une prestation ayant le meilleur rapport qualité/prix pour le consommateur (GRONER, op. cit., p. 65 s.). S'agissant de l'utilisation du réseau, le manque de capacité disponible du réseau constitue également une motivation objective (cf. art. 5 al. 3 LME; BISCHOF, op. cit., p. 157; SCHINDLER, op. cit., p. 115 ss.). Car l'obligation d'acheminer l'électricité d'un tiers aussi en cas de capacités insuffisantes ou inexistantes du réseau porterait atteinte au propriétaire du réseau qui serait empêché de l'utiliser pour desservir sa propre clientèle; cela comporterait une restriction de la propriété, qui nécessiterait une base légale supplémentaire (FUCHS, op. cit., p. 59; cf. aussi JAGMETTI, op. cit., n. 34 ad art. 24<sup>quater</sup>). Mais la recourante n'a pas invoqué un manque de capacité de son réseau ou d'autres problèmes techniques pour ne pas ouvrir son réseau à des tiers.

**6.5.5** La recourante soutient que l'accomplissement de sa mission d'intérêt public serait mis en péril par l'accès de Watt au réseau, dans la mesure où l'électricité qu'elle vend aux sites de la Migros dans l'aire couverte par son réseau représenterait environ 4% de l'énergie totale qu'elle livre, soit une proportion considérable. Cela ne constitue toutefois pas un motif objectif d'ordre commercial justifiant une pratique réputée illicite par l'article 7 LCart. Le simple fait qu'une entreprise en position dominante perde une part de marché à la suite de l'arrivée de nouveaux concurrents ne saurait être considéré comme une raison pour exclure la concurrence. Au contraire, c'est précisément le but du droit des cartels que les parts de marché relatives des différents concurrents puissent subir des modifications par le biais de la concurrence.

**6.5.6** La recourante fait ensuite valoir que Watt et la Migros auraient amené les sociétés ELSA et Micarna à rompre les contrats d'approvisionnement que celles-ci avaient conclu avec EFF, ce qui constituerait un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 4 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241). Il serait donc contraire au sens et à l'esprit du droit des cartels que les autorités de la concurrence puissent admettre, voire favoriser, un comportement déloyal.

Selon l'article 4 lettre a LCD, agit de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui. Mais l'on ne peut parler de rupture de contrat au sens de cette disposition que lorsqu'un contrat est violé (ATF 122 III 469 consid. 8a; 114 II 91 consid. 4a/bb p. 99). Micarna et ELSA ont résilié leur contrat de fourniture en bonne et due forme. La résiliation d'un contrat, qui est conforme aux clauses contractuelles, ne constitue donc pas une violation du contrat, mais au contraire, l'utilisation d'un droit prévu par le contrat. En l'espèce, il n'y a pas de violation de l'article 4 LCD.

**6.5.7** La recourante critique ensuite le fait que Migros abuse de sa puissance sur le marché.

---

Selon les propres indications de la recourante, la part du courant acquis par Migros représente environ 4% de la totalité de ses livraisons. Compte tenu déjà de cette faible part, on ne peut pas dire que Migros occupe une position dominante sur ce marché (HERBERT WOHLMANN, *Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht*, RSDA/SZW, Sondernummer 1996, p. 22 ss., 24), même si, pour juger de cette question, il y a lieu de poser des critères différents selon que l'entreprise se trouve dans la position de l'acheteur ou dans celle du vendeur. Du reste, on ne voit pas en quoi le comportement de Migros serait abusif. Le simple souhait de changer de fournisseur ne saurait être qualifié d'abusif au sens de l'article 7 LCart. La recourante ne fait pas valoir que Migros aurait essayé d'obtenir de EFF des prix ou des conditions commerciales inéquitables au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre c LCart. En fait, cette disposition vise les cas d'exploitation où une entreprise impose des prix sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie (BORER, *op. cit.*, n. 16 ad art. 7; DALLAFIOR, *op. cit.*, n. 113 ss. ad art. 7; ZÄCH, *op. cit.* [2000], p. 213 s.). Le simple fait d'essayer d'obtenir des conditions plus favorables que précédemment ne constitue pas encore un abus.

**6.5.8** Depuis le rachat de Watt par NOK autorisé par la Commission de la concurrence (DPC/RPW 2002, p. 348 ss.), NOK dispose, selon les informations fournies par la recourante, d'une part de marché de 41% de la totalité de l'approvisionnement en électricité en Suisse. Même s'il fallait y voir une position dominante, cela ne constituerait pas encore une violation de l'article 7 LCart. Car le simple fait qu'une entreprise occupe une position dominante n'est pas illicite aussi longtemps que cette position n'est pas utilisée de manière abusive au sens de l'article 7 LCart (FF 1995 I 564; DALLAFIOR, *op. cit.*, n. 30 ad art. 7; WOHLMANN, *op. cit.*, p. 22). La recourante n'allègue pas l'existence d'un abus ni en quoi il consisterait. De toute façon, à supposer que Watt ait une position dominante (quoique sur une autre aire de marché), cela ne constitue pas un motif objectif et suffisant qui permettrait à la recourante d'interdire l'accès à son marché.

**6.5.9** Enfin, la recourante affirme qu'en dehors de la loi sur le marché de l'électricité qui a été rejetée, il n'existerait aucune réglementation sur la formation des prix et sur les autres conditions pour l'utilisation du réseau. Elle ne pourrait pas négocier les prix avec Watt, étant donné qu'elles se trouvent toutes les deux dans un rapport de concurrence.

Les relations commerciales peuvent ne pas procéder de la libre volonté des partenaires. C'est toujours le cas lorsque, sur la base de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart, l'obligation d'entretenir des relations commerciales est imposée par les autorités de la concurrence à l'encontre de la volonté de l'entreprise en position dominante. A ce défaut, cette disposition resterait lettre morte. A vrai dire, la fixation du prix équitable

---

pour l'utilisation d'un réseau peut soulever de grandes difficultés (BORER, op. cit., n. 12 ad art. 7; HÜBSCHER/RIEDER, op. cit., p. 441). Les autorités inférieures n'ont - contrairement aux conclusions initiales de la Migros - pas fixé d'elles-mêmes un prix pour l'utilisation du réseau, mais ont considéré qu'il s'agissait d'une question de droit civil entre EEF et la Migros.

En principe, il est vrai qu'il incombe aux parties de se mettre d'accord sur un prix équitable. Dans le cadre de la loi sur le marché de l'électricité, ont été élaborés des principes sur le calcul de la rétribution de l'acheminement de l'électricité (art. 6 LME; voir FF 1999 p. 6669 ss., 6708 s.). Ces critères peuvent, malgré le refus de la loi sur le marché de l'électricité, être repris pour la détermination du prix pour l'obligation d'acheminement reposant sur le droit des cartels. Si une entreprise en position dominante imposait un prix inéquitable, une nouvelle procédure pourrait être ouverte sur ce point devant les autorités de la concurrence (art. 7 al. 2 let. c et 26 ss. LCart).

## 7.

En conclusion, le recours est mal fondé et doit donc être rejeté. Succombant, la recourante doit supporter les frais de procédure (art. 156 al. 1 en relation avec les art. 153 et 153a OJ). Obtenant gain de cause, les parties intimées, toutes représentées par un mandataire professionnel, ont droit à des dépens (art. 159 al. 2 OJ).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:**

#### 1.

Le recours de droit administratif est rejeté.

#### 2.

Un émolument judiciaire de CHF [...] est mis à la charge de la recourante.

#### 3.

Il est mis à la charge de la recourante:

3.1 une indemnité de CHF [...] à verser à Watt Suisse AG à titre de dépens,

3.2 une indemnité de CHF [...] à verser à la Fédération des Coopératives Migros à titre de dépens.

#### 4.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, à la Commission de la concurrence et à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

<b>B 5</b>	<b>Bundesrat</b> Conseil fédéral Consiglio federale
B 5	<b>1. Les Entreprises Electriques Fribourgeoises/La Fédération des Coopératives Migros/WATT Suisse SA</b>

*Décision incidente en l'affaire Les Entreprises Electriques Fribourgeoises, contre La Fédération des Coopératives Migros et WATT Suisse AG, concernant des mesures provisionnelles dans le cadre de la demande d'autorisation exceptionnelle en matière de restriction illicite à la concurrence*

**Vu:**

- la décision du 5 mars 2001 de la commission de la concurrence (Comco) constatant que les Entreprises électriques fribourgeoises (EEF) jouissent d'une position dominante sur les marchés de la distribution régionale et supra-régionale et de la fourniture du courant électrique dans leur zone de distribution et qu'ayant refusé de faire transiter l'électricité de Watt Suisse AG (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<sup>er</sup> janvier 2000, elles ont abusé et continuent d'abuser de leur position dominante;
- la décision du 17 septembre 2002 de la Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF) confirmant la décision de la Comco;
- le dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 17 juin 2003, faisant de même;
- la demande d'autorisation exceptionnelle déposée par les EEF devant le Conseil fédéral en date du 18 août 2003 dans laquelle elles requièrent sous préalablement, "principalement, il est constaté que la demande d'autorisation exceptionnelle au Conseil fédéral a effet suspensif; subsidiairement, l'effet suspensif est octroyé à la demande d'autorisation exceptionnelle au Conseil fédéral; plus subsidiairement, par voie de mesures provisionnelles, les EEF sont autorisées à refuser de faire transiter l'électricité de Watt AG sur le réseau pour l'approvisionnement des sites d'Elsa à Estavayer-le-Lac et de Micarna à Courtepin à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000 et à continuer d'abuser de leur position dominante au sens de l'article 7 de la loi sur les cartels";
- le complément du 26 août 2003 des EEF, adressé au Conseil fédéral, dans lequel elles motivent leurs conclusions préjudicielles ten-

- dant à l'octroi de l'effet suspensif, subsidiairement de mesures provisionnelles, à la demande d'autorisation exceptionnelle;
- la lettre du 8 septembre 2003 de Watt AG qui renonce à prendre position sur la question de l'octroi ou non d'un éventuel effet suspensif, subsidiairement de mesures provisionnelles, à la demande des EEF;
  - la prise de position du 8 septembre 2003 de la Fédération des coopératives Migros, dans laquelle celle-ci conclut au rejet de la requête de constatation et d'octroi de l'effet suspensif, subsidiairement de mesures provisionnelles;
  - la prise de position du 5 septembre 2003 de la Surveillance des prix, laquelle est plutôt pour l'attribution de l'effet suspensif;
  - la prise de position du 8 septembre 2003 du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco), lequel suggère de s'inspirer de la position in casu du TF concernant l'effet suspensif et au cas où ce dernier ne se serait pas prononcé à cet égard, en conclure que celui-ci est refusé, le seco étant alors également favorable de ne pas l'octroyer;
  - la prise de position du 8 septembre 2003 de l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays pour qui l'effet suspensif ne devrait pas être accordé;
  - la prise de position du 8 septembre 2003 de la Comco qui précise que, s'agissant d'une nouvelle procédure, la demande d'autorisation exceptionnelle des EEF ne constitue pas, de par sa nature, un recours contre la décision du Tribunal fédéral; seuls les recours ayant de par la loi un effet suspensif, la demande d'autorisation exceptionnelle formée par les EEF n'en bénéficie donc pas;
  - la prise de position du 8 septembre 2003 de l'Office fédéral de l'énergie, lequel se prononce clairement pour l'octroi de l'effet suspensif;
  - la prise de position du Bureau fédéral de la consommation du 11 septembre 2003, lequel estime que les mesures provisionnelles demandées se justifient;
  - les autres pièces au dossier;

**et considérant:**

que selon l'article 8 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251) "les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants";

---

qu'à teneur de l'article 31 LCart, "la demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral peut [...] être présentée dans les 30 jours à compter de l'entrée en force d'une décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence ou de la décision du Tribunal fédéral à la suite d'un recours de droit administratif "(al. 2);

qu'en vertu de l'article 31 alinéa 1 en relation avec l'article 19 alinéa 2 LCart une telle demande doit être présentée au Département fédéral de l'économie (ci-après: le Département);

que la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA); RS 172.021) est applicable aux procédures de la LCart, dans la mesure où les dispositions de la LCart n'y dérogent pas (art. 39 LCart);

que l'article 78 PA prévoit: "Lorsque le Conseil fédéral statue en instance unique ou en première instance, le département compétent en la matière lui soumet un projet de décision (al. 1); ce département exerce jusqu'à la décision les pouvoirs du Conseil fédéral (al. 2)";

que c'est donc le Département qui est compétent pour statuer sur la demande d'effet suspensif, respectivement de mesures provisionnelles concernée, puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction;

que l'article 78 alinéa 3 PA prévoit qu'au surplus les articles 7 à 43 PA sont applicables;

qu'il s'agit donc là des règles générales de procédure relatives aux procédures décisionnelles;

que dans les articles 7 à 43 PA susmentionnés, il n'est nulle part fait mention de mesures provisionnelles, lesquelles sont exclusivement traitées aux articles 55 et 56 PA, soit dans le chapitre portant sur la procédure de recours;

que cependant la doctrine et la jurisprudence reconnaissent là une lacune et admettent la licéité des mesures provisionnelles, puisqu'elles tendent à assurer provisoirement la protection du droit de fond (R. RHINOW/H. KOLLER/CH. KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, pt. 1090; A. KÖLZ/I. HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1998, 2. Auflage, pt. 333; I. CHABLOZ, *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence*, thèse, Fribourg 2000, pt. 753; décision non publiée de la REKO/WEF 99/FB-007, ATF 116 Ia 180);

qu'au nombre des mesures provisionnelles figure l'effet suspensif, lequel a pour conséquence de suspendre les effets de l'acte attaqué et partant d'en empêcher l'exécution forcée (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC, 64.118; 59.3, ATF 117 V 185; R. RHINOW/H. KOLLER/CH. KISS, *op. cit.*, pt. 1325; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Volume II, Neuchâtel 1984, p. 922; B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4ème édition, Bâle 1991, pt. 1073);

---



qu'en l'espèce, on peut se demander si la demande d'autorisation exceptionnelle au sens de l'article 8 LCart peut avoir un effet suspensif ainsi que le soutient une partie de la doctrine (B. CARRON in Commentaire romand Droit de la concurrence [ci-après: Commentaire romand], Genève/Bâle/Munich 2002, note 14 ad art. 31 LCart);

qu'en effet, il ressort de la systématique de la PA que l'effet suspensif, tel que prévu à l'article 55, vise exclusivement les procédures de recours; or, la demande d'autorisation exceptionnelle n'est pas une procédure de recours - même extraordinaire -, il s'agit exclusivement d'une procédure décisionnelle (art. 8 LCart, art. 78 al. 3 PA; I. CHABLOZ, op. cit., pt. 708);

que de surcroît, l'effet suspensif suppose l'intervention d'une autorité hiérarchique supérieure (art. 55 al. 2, 3 et 4 PA), ce que le Conseil fédéral ne constitue pas à l'égard des autorités judiciaires, en particulier du Tribunal fédéral (A. GRISEL, op. cit. p. 161 ss.);

qu'en outre, dans la procédure de demande d'autorisation exceptionnelle, le Conseil fédéral statue en tant qu'instance unique, sur une question purement politique, au terme d'une procédure distincte de la procédure administrative devant les autorités de concurrence (art. 8 et 31 LCart; MANUEL BIANCHI della Porta in Commentaire romand, note 2 ad art. 8 LCart);

qu'il y a donc lieu de conclure qu'une demande d'autorisation exceptionnelle au sens de l'article 8 LCart ne peut avoir d'effet suspensif;

qu'il convient donc d'examiner maintenant si les mesures provisionnelles requises peuvent être prononcées dans la présente cause;

que par le biais de mesures provisionnelles, une situation de fait ou de droit peut provisoirement être maintenue intacte afin de sauvegarder des intérêts compromis (art. 56 PA; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 409 ss.; R. RHINOW/H. KOLLER/CH. KISS, op. cit, pt. 1089 ss.; A. KÖLZ/I. HÄNER, op. cit, pt. 329 ss.);

que le but premier d'une mesure provisionnelle doit être la création ou le maintien d'un état qui garantit l'efficacité de la décision ultérieure quel que soit son contenu, la décision à rendre ne devant pas être préjudiciée ou rendue impossible (A. KÖLZ/I. HÄNER, *ibidem*);

que selon la pratique des mesures provisionnelles sont admissibles si la décision finale ne peut pas immédiatement être prise et si la probabilité d'un préjudice irréparable pour les intérêts à défendre est rendue vraisemblable. En outre, les mesures provisionnelles doivent être proportionnées: aucun intérêt public ou privé ne doit s'y opposer (A. KÖLZ/I. HÄNER, op. cit, pt. 335 et références citées, R. RHINOW/H. KOLLER/CH. KISS, op. cit, pt. 1091);

que, pour prononcer une mesure provisionnelle, il convient également de tenir compte de l'issue éventuelle de la procédure, les prévisions sur

---

le sort du procès au fond n'entrant toutefois en considération que si elles ne font pas de doute (ATF 99 IB 215);

que, d'ailleurs, une telle mesure ne se justifie pas si la demande apparaît à première vue dépourvue de chance de succès (P. MOOR, Droit administratif, Volume II, 2ème édition, Berne 2002, pt. 2.2.6.8, p. 272 et références);

qu'en l'espèce, vu que l'on ne peut d'ores et déjà savoir quelle sera la décision sur le fond, le sort du procès n'entre pas en considération;

qu'il reste donc à procéder à une balance des intérêts en présence;

que de façon générale, eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier (JAAC 61.77; ATF 117 V 191 consid. 2b, 110 V 45 consid. 5b, 106 Ib 116 consid. 2a, 105 V 268 consid. 2, 99 Ib 220 consid. 5; U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2ème édition, Zurich 1993, N°1397; A. KÖLZ/I. HÄNER, *op. cit.*, N°280; G. STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBI 1993, p. 149 ss.);

qu'en ce qui concerne leurs intérêts les EEF soutiennent que l'ouverture du réseau à Watt AG aurait pour conséquence que des tiers pourraient se prévaloir immédiatement de la décision de la Comco pour solliciter et obtenir le même régime, de sorte qu'elles demandent de ne pas avoir à ouvrir leur réseau avant la décision du Conseil fédéral sur le fond;

que Migros, quant à elle, invoque son intérêt à pouvoir mettre immédiatement à exécution le contrat qui la lie à Watt AG;

que, pour la durée de la procédure jusqu'à la décision du Conseil fédéral au fond, il apparaît de prime abord qu'aucun des deux intérêts privés invoqués ici ne l'emporte sur l'autre;

qu'en outre, dans l'immédiat, il appartient aux EEF non d'ouvrir sans autre leur réseau, mais bien d'en discuter les modalités, et ce, exclusivement avec les parties directement concernées par la décision de la Comco;

que, par ailleurs, si l'application de la décision de la Comco aura pour conséquence que dans l'immédiat les demanderesses ne pourront plus approvisionner les sites de Migros à Estavayer-le-Lac et à Courtepin, cette perte ne saurait entraîner un grave préjudice au détriment des EEF du fait que, d'une part, cela ne concerne que la période allant jusqu'à la décision au fond et, d'autre part, que les EEF recevront une équitable indemnité pour permettre à Watt AG de faire transiter son électricité sur leur réseau;

que si les parties ne parvenaient pas à s'entendre, les EEF ne seraient contraintes de laisser transiter l'électricité de Watt AG sur leur réseau à

des conditions plus favorables qu'après qu'il eût été décidé par l'autorité compétente que les prix demandés étaient abusifs;

que, du reste, des négociations similaires sur les prix devraient avoir lieu avec n'importe quel tiers qui demanderait aujourd'hui aux EEF de pouvoir utiliser leur réseau;

que, jusqu'à la décision du Conseil fédéral, les effets de l'application de la décision de la Comco sur les intérêts des EEF sont donc de portée limitée;

qu'au vu de ces éléments, force est de constater qu'il n'y pas, jusqu'à la décision du Conseil fédéral, de préjudice irréparable pour les demandereses;

qu'en outre, rien n'empêchera les parties de reconsidérer leurs différentes relations contractuelles une fois prise la décision du Conseil fédéral sur le fond;

qu'en conséquence, on ne peut pas donner non plus de suite positive à la requête de mesures provisionnelles formulée par les EEF;

que dès lors, au vu des considérations qui précèdent, les mesures provisionnelles doivent être refusées;

que les frais relatifs à la présente décision seront réglés conjointement avec la question des frais et dépens de la décision finale;

que la présente décision incidente est définitive (art. 78 PA).

### **Le Département fédéral de l'économie**

#### **décide:**

1. L'effet suspensif n'est pas reconnu à la demande d'autorisation exceptionnelle.
  2. Les mesures provisionnelles demandées par les EEF dans la présente cause sont refusées.
  3. Les frais relatifs à la présente décision seront réglés conjointement avec la question des frais et dépens de la décision finale.
  4. La présente décision incidente est définitive.
  5. [Notification]
-

## C **Zivilrechtliche Praxis** **Pratique des tribunaux civils** **Prassi dei tribunali cantonali**

<b>C 1</b>	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
C 1	<b>1. Football Club Sion Association et Olympique des Alpes SA/Swiss Football League</b>

*Le juge délégué du tribunal cantonal, le 20 octobre 2003, statuant sur la requête de mesures provisionnelles formée par Football Club Sion Association et Olympique des Alpes SA, toutes deux de siège à Sion, instantes, contre Swiss Football League, de siège à Muri, intimée (mesures provisionnelles, art. 17 LCart)*

### **Vu:**

la requête de mesures provisionnelles formée le 15 septembre 2003 par Football Club Sion Association (ci-après le FC Sion) et Olympique des Alpes SA (ci-après Olympique des Alpes) à l'encontre de Swiss Football League (anciennement Ligue Nationale, ci-après SFL) au terme de laquelle les instantes demandaient l'autorisation de participer à la saison 2003/2004 du championnat de Challenge League (anciennement Ligue Nationale B);

la requête de mesures préprovisionnelles du 19 septembre 2003 formée par le FC Sion et l'Olympique des Alpes;

la décision du 30 septembre 2003 du juge délégué du Tribunal cantonal rejetant la requête du 15 septembre 2003 et déclarant sans objet celle du 19 septembre 2003;

la nouvelle requête déposée le 10 octobre 2003 par le FC Sion et l'Olympique des Alpes au terme de laquelle les instantes ont pris les conclusions suivantes :

"1. Ordre est donné à la Swiss Football League

a) d'autoriser immédiatement le Football Club Sion Association, à prendre part à la saison de football 2003-2004 et d'intégrer ainsi le Football Club Sion Association au championnat de la Challenge League et à la Swisscom Cup pour la saison 2003-2004;

b) de prendre toutes les mesures nécessaires, en particulier l'établissement d'un calendrier des rencontres, permettant

une réintégration du Football Club Sion Association au plus vite et

- au plus tard le 25 ou le 26 octobre 2003 dans le championnat de la Challenge League pour la saison 2003-2004; au plus tard le 17, le 18 ou le 19 octobre 2003 dans la Swisscom Cup.

2. L'ordre figurant au chiffre 1<sup>er</sup> est signifié sous la menace des peines d'arrêts ou d'amendes prévues par l'article 292 CPS en cas de non soumission à une décision signifiée par une autorité.

3. Il n'est pas requis de sûretés de la part des requérantes.

4. Les frais et dépens sont mis à la charge de l'intimée."

la requête de mesures superprovisionnelles du 10 octobre 2003 qui reprend les conclusions de la requête de mesures provisionnelles du même jour;

la séance du 16 octobre 2003 au cours de laquelle les instantes ont maintenu leurs conclusions en ce qui concerne la réintégration dans le championnat de Challenge League, et la partie intimée a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet des requêtes de mesures provisionnelles et superprovisionnelles;

l'ensemble des actes de cette cause;

#### **considérant:**

que préliminairement, l'article 14 CPC impose à toute autorité judiciaire d'examiner d'office sa compétence en raison de la matière;

que les instantes fondent leur requête sur une violation de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après LCart); qu'il convient d'examiner si la présente loi est applicable aux parties, ce qui est contesté par l'intimée; que celle-ci relève en particulier que l'auteur de la prétendue atteinte est l'autorité de recours en matière de licence et non la SFL, et que cette autorité n'a pas qualité d'entreprise au sens de l'article 2 LCart;

qu'en vertu de l'article 2 alinéa 1 de la LCart, celle-ci s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises; que la notion d'entreprise de la LCart ne se confond pas avec celle du Code des obligations ou celle du Registre du commerce, mais doit être interprétée en fonction des objectifs poursuivis par la LCart (KILLIAS, CR-Concurrence, Bâle 2002, n. 18-19 ad art. 2 LCart et réf. citées); qu'est une entreprise tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la Loi

fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 1995 I 534); que si cet acteur doit avoir la personnalité juridique, il n'est pas nécessaire qu'il poursuive un but lucratif (SCHÜRMAN/SCHLUEP, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, p. 166);

que la SFL est une section de l'Association suisse de Football (art. 2 des statuts de la SFL 7.03); qu'elle est constituée elle-même en association qui a notamment pour but l'organisation des compétitions professionnelles de football et la réglementation des modalités (art. 1 al. 1 et 3 des statuts de la SFL 7.03); qu'elle subordonne le droit de participer au championnat de Challenge League à l'obtention d'une licence II (art. 2 du règlement sur l'octroi des licences de la SFL 8.03, ci-après : le règlement sur les licences); qu'elle a établi un règlement sur l'octroi des licences qui fixe la procédure d'octroi, les exigences à remplir et les autorités habilitées à statuer; qu'une commission des licences est compétente en première instance pour accorder ou refuser la licence (art. 13 du règlement sur les licences); que sa décision peut être déférée à l'autorité de recours en matière de licence (art. 14 du règlement sur les licences); que cette autorité est un organe de la SFL, de même que la commission des licences (art. 18 al. 1 ch. 4 des statuts de la SFL 7.03); que le Tribunal fédéral a estimé que les décisions de ces juridictions associatives ne constituaient que des manifestations de volonté émises par l'association intéressée et donc des actes relevant de la gestion, non des actes judiciaires (ATF 119 II 271 consid. 3b); que contrairement à ce que soutient l'intimée, les actes et décisions de l'autorité de recours sont donc imputables à la SFL; que par ailleurs, la présente requête n'est pas dirigée contre l'autorité de recours mais contre la SFL comme cela sera développé ci-après; que celle-ci, en tant qu'elle organise le championnat professionnel de football en Suisse, doit être considérée comme une entreprise au sens de la LCart (DPC 1998, p. 570);

qu'il convient encore d'examiner si elle peut être qualifiée d'entreprise dominant le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart; que selon cette disposition, par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché; qu'il faut par conséquent délimiter le marché pertinent, cette délimitation étant une condition préalable indispensable à l'application des règles sur l'abus de position dominante dont se prévalent les requérantes (VON BÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2ème éd., Berne 2002, n. 1198; ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Bâle 2000, p. 139); que le marché concerné se définit selon deux critères: le marché des produits et le marché géographique; que la définition du marché se fonde essentiellement sur la substituabilité du côté de la demande (VON BÜREN/MARBACH, op. cit., n. 1200; CLERC,

CR- Concurrence, n. 60 ad art. 4 al. 2 LCart); qu'il s'agit de se demander si la victime du comportement prétendument abusif peut se soustraire aisément aux conséquences de celui-ci en se tournant vers des fournisseurs de biens ou de services équivalents; que le marché géographique permet de délimiter l'aire à l'intérieur de laquelle la victime d'une entreprise qui abuserait de sa position dominante peut se tourner vers d'autres fournisseurs ou cocontractants (CLERC, op. cit., n. 72 ad art. 4 al. 2 LCart); que lorsque le marché a été délimité, il faut examiner la place de l'entreprise en cause, soit vérifier si elle occupe une position dominante; qu'il y a nécessairement position dominante en l'absence de toute concurrence, lorsqu'existe un monopole de fait ou de droit (CLERC, op. cit., n. 133 ad art. 4 al. 2 LCart); que la constatation qu'une entreprise dispose d'une position dominante sur le marché entraîne pour seule conséquence son assujettissement à la LCart;

que les buts de la SFL consistent notamment à promouvoir le football en Suisse, gérer le football non-amateur en Suisse, sauvegarder les intérêts communs de ses clubs et organiser les compétitions pour ses clubs (art. 3 des statuts de la SFL 7.03); qu'elle organise le championnat suisse de football en deux ligues professionnelles, soit la Superleague (anciennement Ligue Nationale A) qui compte dix clubs membres et la Challenge League à laquelle participent 16 clubs (art. 8 des statuts de la SFL); que les requérantes font valoir qu'elles sont empêchées de prendre part au championnat de football professionnel suisse dont l'organisation constitue le marché en cause; que la SFL est la seule à offrir en Suisse ce service; qu'elle dispose donc d'un monopole de fait sur ce marché; qu'elle occupe dès lors une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart (DPC 1998, p. 567, pt. 12, 23 ss. sur le monopole de l'Association suisse de football; cf sur le monopole des organisations sportives officielles: ZEN-RUFFINEN, Droit du sport, Genève 2002, p. 93 s.; BONDALLAZ, Toute la jurisprudence sportive en Suisse, Berne 2000, p. 126); que la SFL, en tant qu'entreprise dominant le marché de l'organisation du football professionnel en Suisse, est assujettie à la LCart;

que l'Olympique des Alpes, créée en avril 2003, assume l'exploitation économique du club, notamment en contractant avec les joueurs et en les payant; que la qualité d'entreprise doit lui être reconnue; que l'association FC Sion était titulaire de la licence B lors de la saison 2002-2003; que cette double entité a été mise en place en avril 2003 pour satisfaire aux exigences de la SFL qui prévoyait que seule une association pouvait être titulaire de la licence (art. 1 al. 3 du règlement sur les licences 11.02); que ce type d'organisation qui fait cohabiter une association et une société commerciale est expressément prévue par les statuts de la SFL (art. 10 let. b des statuts de la SFL 7.03); que l'association FC Sion, en tant que membre de la SFL, participe au processus économique qu'est le football professionnel; qu'elle a également qualité d'entreprise au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart; qu'il paraît donc,

sous l'angle de la vraisemblance, que la LCart s'applique aux parties en présence;

qu'en vertu de l'article 14 alinéa 1 LCart, les cantons désignent pour leur territoire un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour restrictions à la concurrence; qu'en Valais, le Tribunal cantonal connaît les causes pour lesquelles le droit fédéral prévoit une instance unique (art. 23 al. 1 let. c CPC); qu'un juge délégué du Tribunal cantonal instruit les causes relevant de l'article 23 alinéa 1 lettre c CPC; que ce juge délégué est compétent pour ordonner les mesures provisionnelles requises dans toute matière dont il devrait connaître après l'introduction de l'action, pour l'instruction ou le jugement (RVJ 1992, p. 398 consid. 2a, 1970, p. 21 consid. 1);

que l'intimée soulève l'exception d'incompétence du juge saisi à raison du lieu; qu'elle soutient que, dans le cas d'espèce, les requérantes entendent obtenir une protection provisoire en se fondant sur la sentence arbitrale du 6 octobre 2003 qui a examiné la question sous l'angle du droit de l'association (art. 60 ss. CC); que toujours selon l'intimée, conformément à l'article 33 LFors, les tribunaux bernois seraient compétents pour connaître d'une telle requête, le siège de la SFL étant situé à Muri (Berne);

que les relations directes d'une organisation ou fédération sportive avec ses membres, soit les clubs qui participent à la compétition, sont réglées par le droit interne de l'institution juridique qui la régit, soit en général celui de l'association (art. 60 ss. CC) ou éventuellement d'une société commerciale; que dans cette perspective, l'association constitue un cartel car, par plusieurs de ses règles, elle restreint l'accès à la concurrence dans l'organisation des compétitions sportives et impose à ses membres d'importantes limitations; que si les relations internes sont effectivement régies par le droit de l'association, il est également possible aux membres de l'association d'invoquer les dispositions de la loi sur les cartels (TERCIER, *Le sport et le droit de la concurrence*, in: *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends*, Berne 1993, p. 563; cf décision allemande du Landgericht de Dortmund du 21.6.2000 publiée dans *SpuRt* 1/2001, p. 24 ss. et OLG de Frankfurt/Main du 18.07.2000 publié dans *SpuRt* 1/2001, p. 28 ss.); que la loi sur les cartels de 1985 distinguait les contestations à caractère externe opposant les parties à un accord à un tiers (art. 6 ss. aLCart-1985), et les contestations internes divisant les membres d'un cartel (art. 14 ss. aLCart-1985); que la loi de 1995 a abandonné cette distinction mais vise toujours aussi bien les tiers au cartel que les parties à un accord illicite (REYMOND, *CR-Concurrence*, n. 22 ad art. 12 LCart et réf. citées; WALTER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, n. 21 ad art. 12 ss. LCart; LANG, *Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Berne 2000, p. 16 s.);

---



que selon le chiffre 7.1 des statuts de l'Association Suisse de Football (ci-après l'ASF), pour tout différend relatif à la qualité de membre de l'Association ou concernant des droits ou devoirs découlant des statuts ou règlements de l'Association, de ses sections ou de ses sous-organisations, les clubs de l'Association, leurs membres, leurs joueurs et toutes les personnes assumant une fonction dans les clubs se soumettent sans réserve à la juridiction de l'Association; que la juridiction de l'Association pour les différends relevant du droit d'association est exercée par un tribunal arbitral dont le siège est situé à Berne (ch. 7.2.2 et 7.3 des statuts de l'ASF); que dans le cas d'espèce, les requérantes sont membres de l'ASF; que l'intimée constitue une section de dite association (art. 18 ch. 1 des statuts de l'ASF); que les requérantes demandent l'autorisation de participer à la Challenge League (anciennement Ligue Nationale B) dont l'organisation incombe à l'intimée; que l'action au fond du litige qui les oppose semble relever de la juridiction arbitrale décrite ci-dessus;

que l'article 26 du concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 août 1969 (ci-après CIA) réserve cependant la compétence des juridictions ordinaires pour ordonner des mesures provisionnelles dans une procédure d'arbitrage; que dans une telle procédure, l'article 33 LFors concernant les mesures provisionnelles est d'application subsidiaire (LEUENBERGER, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Commentaire bâlois, 2001, N 18 ad art. 33); qu'est alors compétent en raison du lieu le tribunal étatique qui serait compétent pour ordonner des mesures provisionnelles s'il n'y avait pas de convention d'arbitrage (LEUENBERGER, op. cit., N 18 ad art 33);

qu'en l'espèce, en l'absence de convention d'arbitrage, serait compétent le tribunal dont relève l'action principale ou celui dans lequel la mesure devra être exécutée (art. 33 LFors); que la présente requête n'est pas fondée sur le droit de l'association, mais le droit des cartels; que le tribunal compétent pour connaître d'une action principale fondée sur des restrictions illicites à la concurrence est situé au lieu du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur, ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat (art. 26 LFors); que les instantes, qui ont toutes deux leur siège en Valais, ont donc valablement introduit leur requête auprès du Tribunal cantonal valaisan;

que l'instante soulève l'exception de l'autorité de la chose jugée (art. 133 al. 2 let. f CPC); qu'elle soutient à ce sujet que la sentence arbitrale du 6 octobre 2003 jouit de l'autorité de chose jugée et que les requérantes ne sauraient engager un nouveau procès portant sur le même objet;

qu'il y a chose jugée sur un même objet quand, dans l'un et l'autre procès, les parties, en la même qualité et dans la même procédure, ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes faits

---

(ATF 116 II 378 consid. 2a; 105 II 151 consid. 1 et les arrêts cités); qu'il n'y a pas identité des prétentions, en revanche, lorsque le fondement juridique de la prétention demeure inchangé, mais que le demandeur invoque des faits importants qui sont survenus entre-temps et qui ont donné naissance à la prétention dans la forme qu'elle revêt dans le second procès; que dans ce cas, la nouvelle demande se fonde sur des faits générateurs ou modificateurs de droit qui ne pouvaient être soumis au juge dans le premier procès (ATF 112 II 272 consid. I/1b, 109 II 29 consid. 2a, 105 II 270 consid. 2).

qu'en l'espèce, les faits qui fondent la présente requête diffèrent de ceux qui ont inspiré la décision du Tribunal arbitral; que cette instance a examiné si l'autorité de recours en matière de licence avait, dans sa décision du 28 juillet 2003, violé des dispositions statutaires et légales dans le cadre de la procédure d'octroi de licence prévue par la SFL; que la présente requête se fonde sur des faits nouveaux dont la sentence du Tribunal arbitral du 6 octobre 2003; que cette autorité a cassé la décision de l'autorité de recours pour violation du droit d'être entendu, du principe de la bonne foi et excès manifeste du pouvoir d'appréciation dans la fixation des garanties; que ne disposant que d'un pouvoir cassatoire, le Tribunal arbitral n'a pas pu accorder la licence, mais a fixé des lignes directrices desquelles il ressort que la licence II (Challenge League) devrait être octroyée au FC Sion, moyennant fourniture d'une garantie entre CHF [...] et CHF [...] (décision du Tribunal arbitral du 6 octobre, n. 143); qu'il a encore précisé que les autres motifs pour lesquels l'autorité de recours avait refusé la licence n'avaient plus lieu d'être (loc. cit.); que le Tribunal arbitral a relevé l'incohérence qui avait vicié toute la procédure d'octroi de licence et que celle-ci aurait pu être plus rapide car le FC Sion était prêt à fournir les documents requis (n. 96 et 98 de la sentence du 6 octobre 2003); qu'il a conclu qu'elle devrait être repensée (n. 140 de la sentence du 6 octobre 2003); que par courrier du 10 octobre 2003, la Banque Cantonale du Valais a communiqué à la SFL une déclaration de postposition/abandon de créance par laquelle Christian Constantin renonce à exiger à l'Olympique des Alpes, sous réserve que la licence II soit accordée au club pour la saison 2003-2004, un montant de CHF [...]; que parallèlement, la BCV déclare s'engager à couvrir un déficit budgétaire éventuel d'un montant de CHF [...] jusqu'au 30 juin 2004; que la somme totale des sûretés fournies par le FC Sion s'élève par conséquent à CHF [...]; qu'à réception de la décision du Tribunal arbitral, les requérantes ont, par fax et courrier du 6 octobre 2003, requis la SFL de pouvoir participer à titre provisoire à la Challenge League, en attendant la décision de l'autorité de recours; que par télécopie et courrier du 9 octobre 2003, la SFL a répondu que seule l'autorité de recours était compétente pour l'octroi des licences et qu'il fallait par conséquent attendre sa décision; qu'il apparaît en outre qu'elle n'a pris aucune disposition organisationnelle en vue de l'intégration du FC Sion, en particulier qu'elle n'a pas prépa-

ré de nouveau calendrier des rencontres; que selon les déclarations du mandataire de la SFL en audience, l'autorité de recours rendra sa décision, dans le meilleur des cas, "dans une dizaine de jours"; que selon toute vraisemblance, il faudra encore quelques jours à la SFL pour établir un nouveau calendrier; que sa passivité depuis la sentence du Tribunal arbitral risque d'empêcher le FC Sion de facto de participer à la saison 2003-2004 de Challenge League même en cas de décision positive de l'autorité de recours; qu'en effet la compétition de Challenge League a commencé le 18 juillet 2003; qu'elle comprend 30 rencontres dont 11 ont déjà été disputées; que plus le temps passe, plus une entrée en lice du FC Sion sera difficile à organiser; que l'intimée ne peut qu'être consciente de l'urgence de la situation et que l'on peut sérieusement douter de sa volonté de parer promptement à ce risque; que l'ensemble de faits nouveaux décrits ci-dessus a motivé la présente requête; que les requérantes ne demandent d'ailleurs pas au juge de céans de se substituer à l'autorité de recours; qu'elles demandent au contraire, comme elles l'ont précisé en audience que, dans l'attente de la décision de cette autorité et du sort d'un éventuel recours contre celle-ci, des mesures soient prises pour une réintégration provisoire immédiate dans le championnat, vu le stade déjà avancé de celui-ci; que par conséquent, l'exception d'autorité de chose jugée est rejetée;

qu'une requête de mesures provisionnelles préalablement rejetée peut être renouvelée lorsque les circonstances se sont modifiées depuis lors ou que le requérant allègue des faits ou invoque des moyens de preuve dont il n'avait pas connaissance lors de la première procédure, à tout le moins quand son ignorance n'est pas fautive (REYMOND, op. cit., n. 122 ad art. 17 LCart); qu'en l'espèce, l'écriture est fondée sur les faits nouveaux relatés ci-dessus qui justifient l'examen de la présente requête;

que, dans le cadre d'une requête de mesures provisionnelles, les requérantes doivent également rendre vraisemblables les qualités pour agir et pour défendre (DPC 1997/2, p. 265, consid. 2.6 c et p. 285 consid. 3e); qu'a qualité pour agir la personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci (art. 12 al. 1 LCart); qu'il faut que cette personne physique ou morale participe à la concurrence, sans qu'il s'agisse nécessairement d'un concurrent direct; que la pratique illicite peut consister dans un accord illicite au sens de l'article 5 alinéas 1 et 3 LCart ou dans une pratique illicite d'une entreprise ayant position dominante au sens de l'article 7 LCart (TERCIER, Droit privé de la concurrence in: SIWR V/2, p. 349 ss., WALTER, op. cit., n. 11 ad art. 12 LCart; REYMOND, op. cit., n. 46 ad art. 12 LCart; LANG, op. cit., p. 61); que les requérantes font valoir en l'espèce, qu'en refusant d'intégrer immédiatement le FC Sion dans la Challenge League, la SFL viole l'article 7 alinéa 1 LCart, et plus particulièrement l'article 7 alinéa 2 lettres a, b et c LCart;

qu'au terme de l'article 7 alinéa 1 LCart, 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; que l'existence d'une position dominante n'est pas interdite par la LCart (sic! 1997 p. 38 consid. 5); que cette loi prohibe uniquement le comportement abusif d'une entreprise en position dominante (art. 7 LCart; Message du CF, p. 546); que l'article 7 LCart vise à empêcher qu'une entreprise dominant le marché limite de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents ou de ses partenaires commerciaux et, par là, affaiblisse la concurrence (pratiques d'entrave), ou qu'elle se comporte de manière à désavantager la concurrence (sic! 1997 p. 38, consid. 5; Message du Conseil Fédéral, FF 1995 I 472, p. 564 ss.); que l'application de l'article 7 alinéa 1 LCart présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif (CLERC, op. cit., n. 57 ad art. 7 LCart); qu'une entreprise abuse de sa position dominante notamment lorsqu'elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises sans que son comportement soit justifié par des considérations commerciales légitimes (DPC 1997, p. 501; VON BÜREN/MARBACH, op. cit., n. 1314 s.; ZÄCH, op. cit., p. 188); que les pratiques d'entrave limitent l'accès à la concurrence par d'autres entreprises qui sont soit des concurrents actuels ou potentiels, soit des partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante (CLERC, op. cit., n. 74 ad art. 7 LCart); que s'agissant du fardeau de la preuve, il appartient au plaignant dans une action civile de démontrer l'existence d'une position dominante et le caractère abusif du comportement incriminé alors que l'entreprise dominante doit prouver que son comportement est justifié par des considérations commerciales légitimes (CLERC, op. cit., n. 94 ad art. 7 LCart);

que la SFL subordonne le droit de participer au championnat de Challenge League à l'obtention d'une licence II (art. 2 du règlement sur les licences); que cette licence est accordée au club qui réunit un certain nombre de critères minimaux d'ordre administratifs, juridiques, sportifs et financiers (art. 4 du règlement sur les licences); que du point de vue financier, en cas de surendettement du club, celui-ci doit produire des sûretés propres à garantir les droits des créanciers, sous la forme de garanties bancaires irrévocables, de déclarations de postpositions de créances ou d'abandons de créances (annexe IV b au règlement sur les licences); que ce système permet à la SFL de n'admettre à une compétition que les clubs qui jouissent d'une certaine santé financière; que le but d'un tel contrôle est d'améliorer la fiabilité financière des clubs, leur crédibilité économique et la protection des créanciers (cf ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 50);

qu'en l'espèce, en mars 2003, le FC Sion a transmis à la commission des licences de la Ligue les "dossiers pour demande de licence du FC

Sion/Saison 2003-2004"; que le 5 avril 2003, la commission des licences a refusé l'octroi de la licence II au motif que celui-ci n'avait pas présenté 8 des 14 documents qui doivent accompagner la demande (art. 8 règlement sur les licences); que le 5 mai 2003, le FC Sion a interjeté recours contre cette décision auprès de l'autorité de recours; que celle-ci a, par décision du 4 juin 2003, rejeté le recours; que le FC Sion a déposé une demande d'arbitrage tendant à l'annulation de la décision de l'autorité de recours; que le Tribunal arbitral a cassé la décision du 4 juin pour des motifs formels relevant de la violation du droit d'être entendu; que l'autorité de recours, le 28 juillet 2003, a à nouveau refusé la licence II au FC Sion; que ce dernier a déposé une nouvelle demande d'arbitrage le 4 août 2003, par laquelle il a sollicité l'annulation de la décision du 28 juillet 2003; que par souci d'assurer un déroulement efficace de la procédure, le Tribunal arbitral a proposé aux parties de conclure un compromis arbitral lui permettant d'agir en tant qu'autorité de révision et non seulement en tant qu'autorité de cassation au sens de l'article 75 CC; que, le 3 septembre 2003, la SFL a refusé cette proposition; que le Tribunal arbitral a, le 6 octobre 2003, cassé la décision de l'autorité inférieure pour les motifs et dans les circonstances exposés plus haut (cf p. 8 s.); que le FC Sion a rapidement fourni des sûretés dans la fourchette exigée; qu'en séance, les requérantes ont fait valoir qu'il fallait encore prendre en compte le montant de CHF [...] consécutif au transfert de Johnny Leoni; que les sûretés fournies paraissent dès lors suffisantes; qu'il semble donc que les conditions financières d'octroi de la licence, qui seules faisaient obstacle à la participation du club à la Challenge League, soient réunies; qu'il apparaît dès lors que le FC Sion a des chances très élevées d'obtenir la licence; que la SFL n'a pris aucune disposition organisationnelle, en particulier qu'elle n'a pas préparé un nouveau calendrier alors qu'elle ne peut ignorer que l'écoulement du temps compromet gravement l'entrée en lice du FC Sion; qu'elle se retranche derrière un respect de la procédure mise en place dans ses statuts alors que le Tribunal arbitral a sévèrement critiqué les incohérences de cette procédure; qu'un des buts de la SFL consiste à sauvegarder les intérêts communs de ses clubs (art. 3 des statuts de la SFL 7.03); qu'on peut par conséquent lui reprocher sa passivité depuis la sentence du 6 octobre 2003; que cette attitude, déjà manifestée par le refus de permettre au Tribunal arbitral d'agir comme autorité de révision, laisse craindre que le FC Sion ne puisse, de facto, participer à la saison 2003-2004 de Challenge League; qu'en ne prenant pas les mesures nécessaires pour intégrer immédiatement le club dans la compétition alors qu'elle est la seule à en avoir les moyens et qu'elle ne peut ignorer les conséquences de l'écoulement du temps, la SFL abuse clairement de sa position dominante avec pour effet d'entraver l'accès au championnat du FC Sion; qu'en l'espèce, les requérantes voient leur position concurrentielle détériorée par les conditions posées par la SFL; qu'elles ont donc rendu vraisem-

---

blable qu'elles sont victimes d'une entrave illicite à la concurrence et sont donc légitimées à agir au sens de l'article 12 alinéa 1 LCart;

que la qualité pour défendre appartient à l'auteur des actes prétendus de la restriction à la concurrence; qu'en l'espèce, la SFL organise et réglemente le championnat de Challenge League dont le FC Sion est actuellement exclu; que l'instante a donc qualité pour défendre dans la présente requête;

que l'article 17 LCart permet au juge d'ordonner, sur requête d'une partie, des mesures provisionnelles afin d'assurer l'exercice des prétentions découlant d'une restriction à la concurrence; que l'octroi des mesures suppose que la partie rende vraisemblable l'existence d'une entrave imminente ou actuelle résultant d'une restriction illicite, la menace d'un dommage difficilement réparable, un pronostic positif quant à l'issue de la décision au fond, l'urgence et la proportionnalité des mesures (art. 17 al. 2 LCart en liaison avec l'art. 28c al. 1 CC; DPC 1998, p. 211; REYMOND, op. cit., p. 706 ss.; DUCREY, *Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht*, in sic! 3/1998 p. 287 ss.; LANG, op. cit., p. 181 s., 186; WALTER, op. cit., N 12-28 ad a art. 17 LCart);

que la première condition suppose que le requérant rende vraisemblable qu'il est ou risque d'être entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci en raison d'une restriction illicite au sens de l'article 5 alinéa 1 ou 3 ou de l'article 7 LCart (REYMOND, op. cit., n. 47 ad art. 17 LCart); que cette condition a déjà été examinée d-dessus sous l'angle de la qualité pour agir;

que pour être admises, les mesures provisionnelles doivent également prévenir la menace d'un danger sérieux propre à causer un dommage difficilement réparable, soit un dommage que même un jugement favorable au fond ne pourrait pas (ou pas complètement) compenser et que seule une décision rapide est de nature à prévenir ou à faire cesser (sic! 1997, p. 38, consid. 4; TERCIER, *SIWR*, p. 367); que lorsque la requête tend à l'exécution provisoire du droit litigieux, le juge se montrera plus strict et procédera à une pesée des intérêts des deux parties (REYMOND, op. cit., n. 59 ad art. 17 LCart et réf. citées); qu'un dommage difficilement réparable doit être admis notamment lorsqu'il risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, ce qui est généralement le cas en matière d'atteinte à la concurrence, ou lorsque l'entrave met en danger l'existence même du requérant (REYMOND, op. cit., n. 69 s., 72);

qu'en l'espèce, le refus de faire jouer le FC Sion risque vraisemblablement de causer aux requérantes un préjudice difficilement réparable; qu'en effet, faute d'intégration immédiate dans la Challenge League, le FC Sion devrait jouer en ligue inférieure; que la perte de recettes provenant en particulier du sponsoring et de la désaffection des spectateurs est difficile à évaluer; qu'il peut s'écouler plusieurs mois jusqu'au moment où le juge rendra une décision sur l'action au fond que devront intenter les instantes conformément à l'article 28e alinéa 2 CC

et suivant la procédure ordinaire, pour faire reconnaître une violation de la LCart; qu'or, si le FC Sion en est réduit à jouer en première ligue durant ce laps de temps, il ne pourrait par la suite que beaucoup plus difficilement évoluer dans l'élite du football suisse; qu'en outre, les joueurs professionnels ne peuvent évoluer en première ligue (art. 43 ch. 2 du règlement de jeu de l'ASF édition 2002); qu'on ne peut de bonne foi imposer au FC Sion, à ce stade avancé du championnat, de changer son contingent; que le club se verrait donc empêché de jouer, même en première ligue; que dans ces circonstances, l'allégation selon laquelle le FC Sion joue sa survie économique apparaît vraisemblable; que par conséquent, il faut admettre que le dommage subi par les requérantes est difficilement réparable;

qu'en outre, le juge doit éviter autant que possible que, par les mesures provisionnelles ordonnées, la solution du litige au fond soit influencée; que s'agissant d'une protection provisoire, il faut qu'elle affecte aussi peu que possible la situation juridique des parties (PELET, Mesures provisionnelles: droit fédéral ou cantonal?, Lausanne 1987, p. 83; HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, 2ème éd., Genève 1981, p. 406; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979, p. 581); qu'il y a lieu d'éviter en particulier que la décision les octroyant puisse modifier la situation des parties au point qu'il serait impossible de remettre les choses en leur état primitif au cas où le juge du fond ordonnerait qu'il en soit ainsi (DUCROT, Le droit judiciaire privé valaisan, Martigny 2000, p. 426); que ces principes généraux énoncés, il convient de relever qu'en matière de droit des cartels, il est admis que le juge condamne à une obligation de faire, soit en révoquant un appel au boycott ou de conclure provisoirement un contrat conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche (TERCIER, SIWR, op. cit., p. 370 s.); que lorsque la requête tend à l'exécution provisoire du droit litigieux, le juge fera preuve de plus de rigueur dans l'appréciation du bien-fondé de la prétention du requérant et procédera à la pesée des intérêts des parties (ATF 108 II 228 consid. 2c; DPC 2000/3, consid. 3b/bb et 6d/bb);

qu'à titre préalable, il faut souligner qu'à l'heure actuelle, une entrée en lice du FC Sion paraît toujours possible; qu'en effet, Edmond Isoz, directeur de la SFL, a, dans ses déclarations aux médias, mentionné comme date butoir le début du mois de novembre; que l'intimée n'a pas contesté ce fait allégué par les requérantes; qu'en l'espèce, une participation provisoire du FC Sion à la Challenge League ne préjugerait pas de l'action au fond; qu'en effet, chaque match joué donne lieu à l'attribution de points selon le résultat obtenu (art. 17ter et 18 du règlement de compétition de la SFL 7.03); que le classement final est déterminé par le nombre de points obtenus au cours de la saison (art. 22 du règlement de compétition de la SFL 7.03); qu'au cas où le juge du fond devait rejeter l'action des requérantes, les points acquis lors des rencontres contre le FC Sion ne seraient pas pris en compte; qu'au

contraire, cette hypothèse n'est pas envisageable en ce qui concerne la Swisscom Cup; que cette compétition procède par tours éliminatoires; que les deux premiers tours (32e et 16e de finales) ont déjà été disputés; qu'il n'est par conséquent pas possible d'intégrer une équipe supplémentaire en cours de compétition; qu'en outre, il a été démontré ci-dessus que les prétentions au fond des requérantes apparaissent manifestement bien fondées; qu'il convient encore de procéder à la pesée des intérêts entre les parties en présence et les tiers touchés, en l'occurrence les autres équipes jouant en Challenge League;

que le principe de la proportionnalité commande, outre que la mesure soit propre à écarter ou à faire cesser l'entrave subie par le requérant et nécessaire pour écarter le préjudice redouté, qu'elle soit la moins incisive parmi les mesures propres à atteindre le but visé et qu'il existe un rapport raisonnable entre le résultat visé et les atteintes portées au droit de l'intimé et des tiers (PELET, *op. cit.*, p. 83; REYMOND, *op. cit.*, N 93 ad art. 17 LCart et réf. citées);

que d'une part, les requérantes sont menacées d'un dommage difficilement réparable qui met en jeu la survie économique du club; que d'autre part, les inconvénients que subirait la SFL à intégrer immédiatement un club supplémentaire sont de nature purement organisationnelle (aménagement d'un nouveau calendrier); que pour les équipes jouant actuellement en Challenge League, les inconvénients consisteraient à jouer les deux rencontres supplémentaires contre le FC Sion sur toute la saison; que le calendrier de la saison actuelle comprend six journées de moins que la saison 2002-2003; qu'au regard de ces éléments, l'atteinte portée aux requérantes, en l'absence de mesure, paraît beaucoup plus grave que celles de l'intimée et des tiers; qu'en outre, seule une entrée en lice immédiate dans le championnat permettrait d'éviter un préjudice irréparable;

que la SFL prétend que les requérantes ont tardé à agir en attendant le 10 octobre 2003 pour introduire une requête de mesures provisionnelles;

que, s'agissant de l'urgence, le requérant qui tarde à agir risque d'être déchu du droit d'obtenir des mesures provisionnelles car on présumera que la menace d'un dommage difficilement réparable fait défaut ou que la requête se heurte à l'article 2 alinéa 2 CC (REYMOND, *op. cit.*, N 64 ad art. 17 et réf. citées; HOMBURGER, *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1990, p. 230);

qu'en l'espèce, c'est la passivité de la SFL à la suite de la sentence arbitrale du 6 octobre 2003 qui a motivé le dépôt de la présente requête; que dans ces circonstances, on ne peut reprocher aux requérantes d'être restées inactives;

que les conditions d'octroi de mesures provisionnelles au sens de l'article 17 LCart sont réunies; qu'au vu de ce qui précède, la requête du 10

---



octobre 2003 doit être admise en ce qui concerne la réintégration au championnat de Challenge League; qu'il se justifie d'ordonner à la SFL, par les membres de son comité, de prendre toutes les dispositions nécessaires afin que le FC Sion puisse participer immédiatement à la Challenge League, sous les sanctions de l'article 292 CPS; qu'un délai d'une semaine paraît raisonnable pour organiser pratiquement l'entrée en lice du club; qu'un délai plus long risque de rendre définitivement impossible son intégration dans le championnat (cf. déclarations d'Edmond Isoz sur la date butoir du début novembre, p. 15);

que, vu le sort de la cause, la requête de mesures superprovisionnelles du même jour est devenue sans objet;

que les requérantes obtenant entièrement gain de cause dans la procédure de mesures provisionnelles, les frais sont mis à la charge de l'instante (art. 252 al. 1 CPC);

que les frais comprennent les débours de l'autorité et l'émolument de justice (art. 2 al. 1 LTar); que selon l'article 17 LTar, pour les procédures de mesures provisionnelles, l'émolument est fixé entre CHF [...] et CHF [...]; qu'en l'occurrence, eu égard notamment à la nature de l'affaire et à sa difficulté, l'émolument de justice doit être arrêté à CHF [...] conformément au principe de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 2 al. 3, 11 et 17 LTar);

que l'instante versera également aux requérantes une indemnité de CHF [...] à titre de dépens (honoraires et débours confondus), compte tenu de l'ampleur de la requête, des difficultés des questions soulevées et de la tenue d'une audience qui duré plus de deux heures (art. 26 et 34 LTar);

**Par ces motifs,**

**décide:**

Ordre est donné à la Swiss Football League, par les membres de son comité:

1. de prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires, en particulier l'établissement d'un calendrier des rencontres, permettant une réintégration du Football Club Sion Association dans le championnat de Challenge League au plus tard pour le 29 octobre 2003.

2. L'ordre figurant au chiffre 1<sup>er</sup> est signifié sous la menace des peines d'arrêts ou d'amendes prévues par l'article 292 CPS dont la teneur est la suivante:

"Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni des arrêts ou de l'amende."

3. [Voies de droit]

---

4. [Frais]
5. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

## D      **Entwicklungen Développements Sviluppi**

<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia
------------	--

AMSTUTZ Marc, "Hic sunt leones. Von kollektiver Marktbeherrschung und symbolischer Gesetzgebung im Coop/Waro-Entscheid der Wettbewerbskommission", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 9/2003, S. 673 ff.

BAKER Jonathan B., "Responding to Developments in Economics and the Courts: Entry in the Merger Guidelines", The Antitrust Law Journal 71(2003), S. 189 ff.

BAKER Jonathan B., "The Case of Antitrust Enforcement", Forthcoming im Journal of Economic Perspectives 2003

BLOCH Harry/OLIVE Michael, "Influences on Pricing and Markup in Segmented Manufacturing Markets", Journal of Industry, Competition and Trade 3/1,2(2003), S. 87 ff.

BRUCKMANN Barbara O., "Fresh Perspectives on Dual Distribution: Managing Antitrust Risk of Price-Related Restraints", Antitrust 17/3(2003), S. 18 ff.

CAFFARRA Cristina/COSCELLI Andrea, "Merger to Monopoly: NewsCorp/Telepiù", European Competition Law Review 24/11(2003), S. 625 ff.

CHANG Howard H./EVANS David S., "The Economics of Multi-Sided Platform Markets", A Nera Perspective. Antitrust Insights, Juli/August 2003

DÄHLER Rolf/KRAUSKOPF Patrick, "Revision Kartellgesetz - das Resultat der parlamentarischen Beratung", in: Die Volkswirtschaft 10/2003, S. 7 ff.

DÄHLER Rolf/KRAUSKOPF Patrick, "Révision de la loi sur les cartels: le résultat des débats parlementaires, in: La vie économique 2003/7, p. 7 ff.

DANIEL Timothy P., "Shopping for Transparency in Retail Mergers", Antitrust 17/3(2003), S. 45 ff.

DE SILVA Dakshina G./DUNNE T./KOSMOPOULOU G., "An Empirical Analysis of Entrant and Incumbent Bidding in Road Construction Auctions", The Journal of Industrial Economics LI/3(2003), S. 295 ff.

EMCH Daniel, "Das Verhältnis zwischen unzulässigen Wettbewerbsabreden und unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Un-

ternehmen im Lichte des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung", Recht, Heft 5, 2003, S. 161 ff.

EMCH Eric, "GECAS and the GE/Honeywell Merger: A Response to Reynolds and Ordovery", Economic Analysis Group Discussion Paper 03-13, August 2003

EU-KOMMISSION, "Entwurf einer Bekanntmachung: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag", COMP/2003/1794/4/0

GUGLER Philippe, "La lutte contre les comportements illicites du point de vue du droit de la concurrence", in: Revue économique et sociale, 2003/3, p. 95 ss.

HENRY Brian R./ZELEK Eugene F. Jr., "Establishing and Maintaining an Effective Minimum Resale Price Policy: A Colgate How-To", Antitrust 17/3(2003), S. 5 ff.

HERGER Nils, "Estimating Market Power in the Petrol-Retailing Industry of Switzerland", Unveröffentlichtes Manuskript, University of Exeter, 2003

HUNT Robert M., "An Introduction to the Economics of Payment Card Networks", Review of Network Economics 2/2(2003), S. 80 ff.

ILZKOVITZ Fabienne/MEIKLEJOHN Roderick, "European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?", Journal of Industry, Competition and Trade 3/1,2(2003), S. 57 ff.

KELLER Benno, "Competition and Regulation in Telecommunications. Theory and Application to Switzerland", Peter Lang AG, Bern, 2003

KEYTE James A., "LePage's v. 3M - More Questions than Answers for the Lawful 'Monopolist'", Antitrust 17/3(2003), S. 25 ff.

KOLASKY William J./DICK Andrew R., "The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers", The Antitrust Law Journal 71(2003), S. 207 ff.

KOLASKY William J./ELLIOTT Richard, "The European Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers", Antitrust 17/3(2003), S. 64 ff.

KOLAY Sreya/SHAFFER Greg, "Bundling and Menus of Two-Part Tariffs", The Journal of Industrial Economics LI/3(2003), S. 383 ff.

KRAUSKOPF Patrick/SENN Dorothea, "Die Teilrevision des Kartellgesetzes - Wettbewerbsrechtliche Quantensprünge", in: sic! 2003/1, S. 1 ff.

KRAUSKOPF Patrick/RIESEN Olivier, "Aktuelle Fragen zur Kraftfahrzeug-Bekanntmachung", in Autoinside 2003/7, S. 6 ff.

KRAUSKOPF Patrick, "Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken", in: Baurecht 2003/3, S. 121 ff.

KRAUSKOPF Patrick, "Bauwirtschaft und Kartellgesetz", in: Baublatt 2003/no 93, S. 15 ff.

---

KRAUSKOPF Patrick, "Wettbewerb und Agrarwirtschaft", in: *suisseporcs* 2002/6, S. 7 ff.

KRAUSKOPF Patrick/CORGIER Laure, "La révision de la loi sur les cartels", in: *Plädoyer* 2003/3, p. 46 ss.

KRAUSKOPF Patrick/CARRON-ROTH Sabrina, "L'intervention des autorités de la concurrence dans les procédures judiciaires et législatives", in: *SJ* 2002/2 II, p. 33 ss.

KRAUSKOPF Patrick/CARRON-ROTH Sabrina, "The new Swiss Cartel Act and Switzerland's involvement in the ICN, in: *Boletín Latinoamericano de Competencia* 2003/17, p. 120 pp. (also available at <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others>)

LEXECON, "Raising rivals' costs: proceed with caution", *Competition Memo*, Oktober 2003

LUTZ Alyssa A./STIROH Lauren A., "The Relevant Market in IP and Anti-trust Litigation", *IP Litigator* 4/9(2003), S. 26 ff.

MIZUTANI Fuitoshi/URANASHI Shuji, "The Post Office vs. Parcel Delivery Companies: Competition Effects on Cost and Productivity", *Journal of Regulatory Economics* 23/3(2003), S. 299 ff.

NELSON Philip/BAKER Simon/BISHOP Simon/ RIDYARD Derek, "The European Union's New Horizontal Merger Guidelines", *Antitrust* 17/3(2003), S. 57 ff.

NICOLAIDES Phedon, "Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?", *European Competition Law Review* 24/11(2003), S. 561 ff.

O'BRIEN Daniel P./ WICKELGREN Abraham L., "A Critical Analysis of Critical Loss Analysis", *The Antitrust Law Journal* 71(2003), S. 161 ff.; FTC-Working Paper, Mai 2003

ORAZEM Peter F./VODOPIVEC Milan, "Do Market Pressures Induce Economic Efficiency: The Case of Slovenian Manufacturing, 1994 - 2001", *Institute for the Study of Labor*, Bonn, Working Paper IZA DP 901, Oktober 2003

ORBACH Barak Y., "The Durapolists Problem: Monopoly Power in Durable-Good Markets", *Harvard Law School*, Cambridge, MA, Discussion Paper No. 263, März 2003, ISSN 1045-6333

OTSUKA Yasuji/BRAUN Bradley M., "Price Cap Regulation in the Cable Television Industry: Why was the Demand Stagnant?", *Journal of Industry, Competition and Trade* 3/1,2(2003), S. 41

PETZOLD Lars, "Gebührenregulierung von Flughäfen", *Internationales Verkehrswesen* (55) 11/2003, S. 529 ff.

---

---

PITTMAN Russell, "Vertical Restructuring (or Not) of the Infrastructure Sectors of Transition Economies", *Journal of Industry, Competition and Trade* 3/1,2(2003), S. 5 ff.

SCHEFFMAN David/COATE Malcolm/SILVIA Louis, "Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: An Economic Perspective", *The Antitrust Law Journal* 71(2003), S. 277 ff.

SHEHADEH Ramsey, "Fuzzy Economics with the New Old Theory of Competitive Harm in Merger Enforcement", *A Nera Perspective, Antitrust Insights*, September/Okttober 2003

VOIGT Stefan/SCHMIDT André, "Mehr Rechtssicherheit in der Europäischen Fusionskontrolle? Der Entwurf der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse", *Wirtschaft und Wettbewerb* 9/53(2003), S. 897 ff.

VOIGT Stefa/SCHMIDT André, "Making European Merger Policy More Predictable", Study commissioned by the European Round Table of Industrialists, Brüssel 2003

VON WEIZSÄCKER Christian C, "Abuse of Dominant Position and Economic Efficiency", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 1(2003), S. 58 ff.

WERDEN Gregory J., "The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm", *The Antitrust Law Journal* 71(2003), S. 253 ff.

---

**Abkürzungsverzeichnis**  
**Registre des abréviations**  
**Indice delle abbreviazioni**

<b>A</b>		<b>F</b>	
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	<b>G</b>	
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>B</b>		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	<b>H</b>	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBi	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	<b>I</b>	
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	<b>J</b>	
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	<b>K</b>	
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	<b>L</b>	
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
<b>C</b>		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
<b>D</b>		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)		
<b>E</b>			
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)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
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	<b>T</b>	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		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	<b>U</b>	
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
<b>Q</b>		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>R</b>		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	<b>V</b>	
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)	<b>W</b>	
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**

abgestimmtes Verhalten 897, 898  
abgestimmte Verhaltensweise 723, 727, 733,  
742 ff., 750, 857, 898  
Abrede 723 f., 727 f., 742, 744, 855, 858, 866  
f., 869, 871 f., 876, 883, 887  
Acquiring -  
Anhörung 839, 902

**B****C****D****E**

Einstellung einer Untersuchung -  
einvernehmliche Regelung 836 ff., 842, 886  
f., 891 f.

**F****G**

geografische Beschränkungen -

**H****I**

Indizienbeweis -

**J****K**

kollektive Marktbeherrschung 738  
Kontrolle von Unternehmenszusammen-  
schlüssen 724, 759, 787, 867  
Koppelungsgeschäft 769, 917, 920  
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

**L**

legitimate business reasons 739, 770 f., 915,  
917, 920, 922

**M**

marktbeherrschende Stellung 738 f., 753,  
758, 766 ff., 770, 775, 778, 785 f., 792,  
830, 833, 836, 917  
Marktgegenseite 724, 738, 758 f., 761, 765,  
767 f., 775 f., 782, 788, 791 ff., 829 f., 850,  
867, 919  
Marktstruktur 878, 924  
Marktzutrittsschranken 923  
Meldepflicht 727, 775, 780, 788, 828  
Missbrauch 730, 734, 739, 741, 753, 756, 758,  
767, 770, 836, 863, 918

**N****O****P**

Parallelverhalten -

**Q****R**

Reduktion der Sanktion -

**S**

Submission -  
Submissionskartell 727 f.

**T**

Tarife 722 ff., 849 f., 858, 860, 862 ff., 868,  
871 ff., 878, 881, 883 ff., 893 f., 896

**U**

Untersuchung 722, 746, 753 f., 757, 765, 772,  
836, 841 ff., 847 f., 851, 871, 878, 885 ff.,  
889, 891 f., 902, 907, 913, 916, 931  
unzulässige Wettbewerbsabrede 721, 723,  
726 f., 732, 741, 847

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede

Veröffentlichung -

Verschulden -

vorbehaltene Vorschriften 723, 727, 742, 758,  
861

**W**

**X**

**Y**

**Z**

---