



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

2004/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Preis Einzelnummer:
CHF 25.-

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.-
(Form: 701.000.04/1)

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/
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)

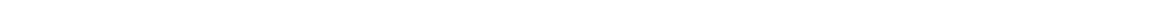
Vendita:

UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.bbl.admin.ch/
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
--------------------------------------	-----

2004/1

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

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

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

April / avril / aprile 2004

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	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	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	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	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	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	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2004/1**

A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Rapporti d'attività

A 1 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | Jahresbericht 2003 der Wettbewerbskommission | 1 |
| 2. | Rapport annuel 2003 de la Commission de la concurrence | 32 |
| 3. | Rapporto annuale 2003 della Commissione della concorrenza | 63 |

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. | Preisdifferenzierung bei Deodorants | 85 |
| 2. | Preisdifferenzierung bei Schokoriegeln | 93 |

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

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

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking | 102 |
|----|--|-----|

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

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Hogg Robinson - Kuoni Business Travel | 129 |
| 2. | Carnavi-Holding AG/Ernst Sutter AG | 136 |
| 3. | 3i Group plc/MIB AG | 141 |
| 4. | JURA-Holding/HASTAG Holding | 146 |
| 5. | NZZ - Espace - Der Bund: Vorläufiger Vollzug | 152 |

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Commission de recours pour les questions de concurrence
 Commissione di ricorso in materia di concorrenza

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | General Electric Company, Honeywell International Inc./
Wettbewerbskommission | 173 |
|----|--|-----|

2.	Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG/Wettbewerbskommission - Valet Parking	198
3.	Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission	204
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	228
E	Diverses Divers Diversi	
E 2	Gutachten Avis Pareri	
1.	Gutachten zur IT-Entwicklung im Bankensektor	232
2.	La Loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique - Avis de droit	277
3.	Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur - Avis de droit complémentaire	314
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	327
	Index (deutsch, français e italiano)	330

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1	1. Jahresbericht 2003 der Wettbewerbskommission
-----	--

A Einleitung

Im Jahr 2003 lagen die Schwerpunkte der Wettbewerbskommission in zwei Bereichen: Der Bekämpfung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen und der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung von Vertikalabreden. Bezüglich des Missbrauchs von marktbeherrschenden Stellungen mündeten im Jahr 2003 drei Untersuchungen in einer Verbotsverfügung beziehungsweise einer Verhaltensanpassung, zudem wurden in einem weiteren Verfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen. Im Bereich der Vertikalabreden erarbeitete die Wettbewerbsbehörde einen ersten Zwischenbericht über die Anwendung der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Vertikalabreden. In diesem Zwischenbericht geben Wettbewerbskommission (Weko) und ihr Sekretariat (Sekretariat) bekannt, wie viele Fälle sie behandelt haben, welche Art von Vertikalabreden am häufigsten zu Problemen führen und wie die ersten Fälle abgeschlossen werden konnten (zu diesen Schwerpunkten siehe B nachstehend). Neben den genannten Schwerpunkten haben Kommission und Sekretariat eine Vielzahl weiterer wettbewerbsrechtlicher Probleme bearbeitet. Eine Zusammenfassung unter C gibt Auskunft über diese Arbeiten im vergangenen Jahr.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht stand das Jahr 2003 im Zeichen der Revision des Kartellgesetzes. Diese wurde am 20. Juni 2003 im Parlament verabschiedet und bringt mit der Einführung direkter Sanktionen für die schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen sowie neuen materiellrechtlichen Bestimmungen eine wesentliche Verstärkung des Kartellgesetzes. Nach Verabschiedung der Revision wurden die Neuerungen in einer Informationskampagne einem möglichst grossen Kreis von Interessierten vorgestellt. Vertreter der Weko und des Sekretariats haben bis Ende 2003 an mehr als 40 Veranstaltungen die wesentlichen Punkte der Revision vorstellen können. Der Kartellgesetzrevision ist ein weiterer Teil des Jahresberichts gewidmet (D nachstehend).

Abgeschlossen wird der Jahresbericht mit Angaben zur Organisation von Weko und Sekretariat sowie mit der Statistik zu den Fällen und einer Aufstellung der Ende 2003 hängigen Untersuchungen (E nachstehend).

B Schwerpunkte

1. Missbrauch von Marktbeherrschung

Einen grossen Anteil ihrer Arbeit widmeten Weko und Sekretariat im Jahr 2003 der Bekämpfung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Dabei konnte sie drei Untersuchungen abschliessen und erliess in einem weiteren Verfahren vorsorgliche Massnahmen:

Exklusivität (TicketCorner): Die Verträge von TicketCorner mit Veranstaltern sahen bislang eine Exklusivklausel vor. Diese verpflichtet die Veranstalter, sämtliche Tickets aller ihrer Veranstaltungen für mehrere Jahre über TicketCorner zu vertreiben. Den betreffenden Veranstaltern war es somit nicht möglich, einen Teil der Tickets über einen Konkurrenten von TicketCorner zu vertreiben. Die Weko kam in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass TicketCorner im Markt für Ticketvertriebssysteme eine beherrschende Stellung innehat und diese durch das Auferlegen der Exklusivitätsklauseln missbraucht. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2003 wurde das entsprechende Verhalten untersagt.

Diskriminierung (ADSL-Dienste von Swisscom): Die Weko hat mit Verfügung vom 15. Dezember 2003 Swisscom verpflichtet, auf ihr Rabattsystem zu verzichten, welches Bluewin im Vergleich zu ihren Konkurrenten tiefere Netzbenutzungspreise einräumte. Die Weko kam zum Schluss, dass Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Weiter hat die Weko festgestellt, dass die Rabatte eine Diskriminierung bewirken und sich nicht durch ökonomische Gründe rechtfertigen lassen. Der Entscheid zielt darauf ab, den Wettbewerb auf dem stark wachsenden Markt für Breitbanddienste aufrecht zu erhalten.

Marktausschluss (Migros/BSE-Tests): Gegenstand der Untersuchung "Migros/BSE-Tests" bildete die Praxis der Migros, den Schlachthöfen vorzuschreiben, in welchem Labor und zu welchem Preis sie die BSE-Tests durchzuführen hatten. Da das an die Migros gelieferte Fleisch im Schlachtprozess nicht ausgesondert werden konnte, galten die Bedingungen der Migros für sämtliches in den betroffenen Schlachthöfen verarbeitete Rindfleisch. Die Untersuchung ergab, dass die Migros als Nachfragerin von BSE-Tests über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und die Abnahmebedingungen der Migros zur Beseitigung des Wettbewerbs zwischen den Testlabors und zum Ausschluss von Labors führen. Das Verfahren wurde am 20. Oktober 2003 eingestellt, nachdem die

Migros die Rahmenverträge mit den Labors gekündigt hatte und sie künftig ausschreiben will.

Im Jahr 2004 wird die Bekämpfung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen weiterhin einen hohen Stellenwert besitzen. So haben drei Viertel der Ende 2003 hängigen Untersuchungen (auch) den möglichen Missbrauch von marktbeherrschender Stellung zum Thema.

2. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

a) Gegenstand der VertBM

Die grundlegenden Probleme bei Vertikalabreden bestehen bei denjenigen Abreden, welche Parallelimporte verbieten oder welche die Preise für den Weiterverkauf festlegen. Für die Beurteilung, ob Vertikalabreden wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, ist der Wettbewerb zwischen den Händlern (Intrabrand-Wettbewerb), aber vor allem der Wettbewerb zwischen den konkurrierenden Produzenten (Interbrand-Wettbewerb) zu berücksichtigen. Die Weko erachtet Vertikalabreden als unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn sie nicht aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden können und namentlich Klauseln oder Verpflichtungen enthalten, die a) den Händlern Fest- oder Mindestpreise für den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen vorschreiben b) direkt oder indirekt das geografische Absatzgebiet oder den Kundenkreis für den Weiterverkauf durch den Händler beschränken c) den Verkauf an Endverbraucher beschränken, sofern diese Beschränkungen Händlern innerhalb selektiver Vertriebssysteme auferlegt werden.

b) Statistik nach Fall-Typ

Gesamttotal aller Fälle :	120	100%
?? Abgeschlossen, weil KG nicht anwendbar:	22	18%
?? Abgeschlossene Fälle oder Eröffnung einer Vorabklärung, wenn KG anwendbar:	58	49%
?? Laufende Fälle:	40	33%

b.1) Im Allgemeinen

Die oben stehende Tabelle enthält in zusammenfassender Weise alle Fälle, die seit Februar 2002 in Anwendung der VertBM behandelt worden sind. Insgesamt handelt es sich um 120 laufende oder abgeschlossene Fälle. 22 Fälle (18%) konnten geregelt werden, weil das KG nicht anwendbar war. In neun Fällen gab es vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG. In zehn Fällen war die Voraussetzung von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfüllt, da es sich dabei im Wesentlichen um Situationen mit vertikal integrierten Unternehmen handelte.

In den 58 Fällen (49%), bei denen die VertBM Anwendung fand, konnten die Marktbeobachtungen aus drei hauptsächlichen Gründen abgeschlossen werden a) es gab keine Wettbewerbsbeschränkung (40 Fälle) b) eine Vorabklärung wurde eröffnet (12 Fälle, wovon 8 bereits abgeschlossen wurden), und c) es wurde eine einvernehmliche Regelung mit dem Unternehmen getroffen (6 Fälle).

Schliesslich befinden sich 40 Fälle (33%) in Bearbeitung, bei denen die Anwendbarkeit des KG und der VertBM noch verifiziert werden müssen. Es ist schwierig, Schlussfolgerungen über diese Gesamtheit der Fälle zu ziehen, da das Sekretariat zurzeit nicht über genügend Informationen verfügt.

b.2) Gründe für den Abschluss der Fälle

Es gibt vier hauptsächliche Gründe, welche zum Abschluss von Fällen im Rahmen der VertBM führen: a) es handelt sich nicht um einen Fest- oder Mindestverkaufspreis, sondern um einen empfohlenen Preis. Preisempfehlungen dienen dem Händler lediglich als Richtschnur zur Preis-Festsetzung, da dieser die Preise für die Endverbraucher frei bestimmen kann b) Parallelimporte sind möglich und erlauben es jedem Händler, sich aus dem Ausland beliefern zu lassen. Dies gibt ihnen so die Möglichkeit, sich von einer allfälligen Abhängigkeit eines exklusiven Lieferanten (z.B. des offiziellen Importeurs) in der Schweiz zu lösen. Vor allem aus Gründen der Transaktionskosten bevorzugen die Händler jedoch in der Regel, sich beim in der Schweiz aktiven Lieferanten einzudecken c) es wird eine Vorabklärung eröffnet und d) es wird mit dem betreffenden Unternehmen eine einvernehmliche Regelung getroffen.

c) Statistik der Fälle nach Bereichen

Anzahl der Fälle insgesamt:		120	100%
??	Konsumgüter:	100	83%
	davon: Freizeit und Kultur	21	21%
	Konsumelektronik	17	17%
	Nahrungsmittel	12	12%
	Internetversandhandel	9	9%
	Andere	41	41%
??	Investitionsgüter:	15	13%
??	Baubereich:	5	4%

Eine grobe Unterteilung der Vertikalfälle nach Konsum-, Investitions- und Baubereichsgütern zeigt auf, dass eine grosse Mehrheit der Fälle den Konsumgüterbereich betrifft (83%). Eine Unterteilung dieser Fälle nach Produktgruppen ergibt einen grossen Anteil an Fällen in den Bereichen Freizeit und Kultur (21%), Konsumelektronik (17%), Nahrungsmitteln (12%) und Internetversandhandel (9%). Das Sekretariat hat also zahlreiche Fälle in denjenigen Bereichen bearbeitet, in denen hohe Erwartungen der Medien und der Politik hinsichtlich Vertikalfäl-

len bestanden. Trotzdem hat das Sekretariat bisher keine problematischen Fälle im Sinne der VertBM feststellen können und keine einzige Untersuchung eröffnet.

d) Zusammenfassung der Auswirkungen der VertBM

Mit Beschränkung auf die 76 abgeschlossenen Fälle ist festzustellen, dass das Sekretariat nicht in der Lage war, eine unzulässige vertikale Vereinbarung nachzuweisen. Die Gründe für den Abschluss eines Falles lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen: a) In 22 Fällen (29%) war das KG nicht anwendbar b) in 48 Fällen (63%) gab es keine wettbewerbsrechtlichen Probleme, und c) in 6 Fällen (8%) kam es zu einer einvernehmlichen Regelung.

Die präventive Wirkung der Einführung der VertBM - obwohl nur schwierig messbar - ist sicherlich nicht zu vernachlässigen. Die VertBM hat zum Zeitpunkt ihrer Publikation wichtige Debatten in der Geschäftswelt und bei den Anwälten ausgelöst. Diese Debatten und die daraus herrührenden Publikationen haben die betroffenen Kreise dazu veranlasst, sich nach den Bestimmungen der VertBM zu richten, insbesondere beim Abschluss von neuen Vertikalverträgen.

C Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen

1. Dienstleistungen

Im **Bankenbereich** untersuchte die Weko ein Kooperationsvorhaben zwischen der Credit Suisse und der Bank Linth, welches unter anderem die Migration der Bank Linth auf die IT-Plattform der Credit Suisse vorsah. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob und bejahendenfalls welche Auswirkungen eine Zusammenarbeit im IT-Bereich zwischen einer Gross- und einer Regionalbank auf den Wettbewerb haben könnte. Bedenken erweckten zudem die über die IT-Zusammenarbeit hinausgehenden Kooperationsbereiche. Die Weko befürchtete, dass die Kooperation als Grundlage für eine Verhaltensabstimmung über Preise, Absatzgebiete oder Kunden dienen könnte. Nachdem die Bank Linth vom Kooperationsvorhaben zurückgetreten war, wurde die Untersuchung am 19. Mai 2003 eingestellt (RPW 2003/3, S. 514 ff.). Weiter analysierte das Sekretariat in einer Vorabklärung das Kooperationsvorhaben zwischen der UBS und der Post im Bereich des Aktivgeschäfts. Wegen der fehlenden Bewilligung darf die Post selbst keine Kredite anbieten und ist in diesem Gebiet auf eine Zusammenarbeit mit einem anderen Finanzinstitut angewiesen. Das Kooperationsvorhaben sieht die Übernahme der Kreditportfolios durch die UBS vor, welche auch für das Risiko- und Kapitalmanagement und das Recovery Management verantwortlich ist. Die Vorabklärung wurde ohne Folgen eingestellt, nachdem die Kooperationspartner auf Bestimmungen verzichtet haben, die den Wettbewerb hätten behindern können (RPW 2003/2, S. 255 ff.). Im Dezember 2003 eröffnete die Weko zudem eine Untersuchung im Bereich Kreditkarten, welche abklären soll, ob die gemein-

same Vereinbarung der so genannten "Domestic Interchange Fee" eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Unter Interchange Fee wird eine Verrechnungsgebühr zwischen Kreditkartenunternehmen verstanden.

Im **Versicherungsbereich** konnte 2003 die Vorabklärung über die Gebäudeversicherungen eingestellt werden. Obwohl die risikoadjustierten Prämien der privaten Gebäudeversicherer in den Jahren 1990 bis 2000 durchschnittlich über denjenigen der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole lagen, ergaben sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung der privaten Gebäudeversicherer. Mögliche Ursachen für den Prämienunterschied sind höhere Marketing- und Akquisitionskosten der Privatversicherer und die Tatsache, dass das Risikokapital der Gebäudeversicherungsmonopole im Gegensatz zu den Privatversicherern nicht abgegolten werden muss (RPW 2003/4, S. 741 ff.). Eine neue Vorabklärung eröffnete das Sekretariat am 3. November 2003 bezüglich des überobligatorischen Bereichs der beruflichen Vorsorge. Mitte 2003 kündigten die Winterthur Versicherung, die Zürich Versicherung, die Genfer Versicherung und die Helvetia Patria einen neuen Umwandlungssatz im Überobligatorium der beruflichen Vorsorge an. Da diese Umrechnungssätze identisch waren, wird geklärt, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Abrede vorliegen.

Im Bereich der **freien Berufe** wurde am 1. Dezember 2003 die Untersuchung gegen TicketCorner abgeschlossen (ausführlich hierzu Kapitel B, RPW-Publikation vorgesehen). Am 6. Januar 2003 hat die Weko weiter die Untersuchung gegen die Fahrlehrer im Kanton Graubünden abgeschlossen. Dabei stellte sie fest, dass die Fahrlehrer die Höhe der Preise für Fahrlektionen und Verkehrskundeunterricht untereinander abgestimmt haben und dadurch den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten. Die meisten der betroffenen Fahrlehrer verpflichteten sich, das beanstandete Verhalten aufzugeben, so dass das Verfahren für sie einvernehmlich erledigt werden konnte (RPW 2003/2, S. 271 ff.). Weiter hat die Weko im Dezember 2003 gegen die Betreiberin des Flughafens Zürich (Unique) vorsorgliche Massnahmen bezüglich Valet Parking erlassen (RPW 2004/1, S. 102 ff.) und gleichzeitig eine Untersuchung eröffnet. Unique beabsichtigte, den beiden Anbietern von "off Airport"-Valet Parking das Flughafenareal für ihre Dienstleistung nicht mehr zur Verfügung zu stellen. Anbieter von "off Airport"-Valet Parking holen die Kundenfahrzeuge am Flughafen ab und parkieren sie kostengünstig ausserhalb des Flughafenareals.

Im Bereich **Gesundheitswesen** konnte 2003 die Untersuchung "Veterinärmedizinische Tests/Migros" abgeschlossen werden (ausführlich hierzu Kapitel B, RPW 2003/4, S. 753 ff.). Das Sekretariat widmete sich im Jahr 2003 zudem vier weiteren Untersuchungen. Die Untersuchung "Erfahrungsmedizinisches Register" klärt ab, ob Eskamed AG eine all-

fällige marktbeherrschende Stellung bei der Registrierung von Therapeuten der Komplementärmedizin dadurch missbraucht, dass nicht für alle Therapeuten eine Registrierung unter vergleichbaren Voraussetzungen möglich ist. Durch die Registrierung wird den Therapeuten die Rückvergütung ihrer Leistungen durch die Kranken-Zusatzversicherung ermöglicht. Die Untersuchung über den Tierarzneimittel-Vertrieb prüft, ob unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen Herstellern und Vertreibern von Tierarzneimitteln sowie Tierärzten vorliegen. Es bestehen Anhaltspunkte, dass die Hersteller und Vertreter Tierarzneimittel beinahe ausschliesslich an Tierärzte verkaufen und die Apotheken vom Vertrieb ausgeschlossen werden. Die Untersuchung Krankenversicherer - Weita AG klärt ab, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Krankenversicherern vorliegt. Santésuisse beziehungsweise die in diesem Verband vereinigten Krankenversicherer haben mit einem Anbieter einen Vertrag über die Abgeltung der Inkontinenzhilfe-Produkte abgeschlossen. Die Produkte anderer Anbieter sollen - wenn überhaupt - höchstens zu denselben Konditionen vergütet werden. Die im August 2003 neu eröffnete Untersuchung gegen die Mitglieder der Vereinigung der Privatkliniken Genf schliesslich prüft, ob bezüglich der Deckung der Spitalleistungen in der Zusatzversicherung eine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen wurde. Weiter hat die Weko in einem Gutachten zuhanden der Preisüberwachung die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Bereich des Arzneimittelverkaufs an öffentliche Spitäler (Rabattgewährung) bejaht (RPW 2003/3, S. 623 ff.).

2. Infrastruktur

Im Dienst Infrastruktur standen im Jahr 2003 Medienfusionen und der Bereich Telekommunikation im Mittelpunkt.

Im Bereich **Medien/Werbung** unterzog die Weko im Jahr 2003 zahlreiche Zusammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung. Dabei konnte die Weko das Zusammenschlussvorhaben von Ringier AG und Edipresse, welche zur gemeinsamen Kontrolle über die SA Le Temps führte, nur unter Auflagen zulassen. Demnach muss sowohl der Präsident des Verwaltungsrates der SA Le Temps als auch derjenige der SA Le Nouveau Quotidien ERL, über welche die beiden Unternehmen die SA Le Temps kontrollieren, von Ringier AG und Edipresse unabhängig sein. Weiter bedarf jede Veränderung der Besitzverhältnisse der zwei Gesellschaften der Genehmigung durch die Weko. Zudem hat die Weko die beiden Verlagshäuser verpflichtet, Vereinbarungen zur Zusammenarbeit bezüglich in der Schweiz vertriebenen Medien in französischer Sprache vorgängig zu melden (RPW 2003/4, S. 794 ff.). Die weiteren Prüfungen betrafen den Einstieg von Espace Media Groupe bei der Bund Verlag AG, die Übernahme von 20 Minuten durch Tamedia AG und die Berner Zeitung AG sowie das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Neuen Luzerner Zeitung AG und der Anzeiger Luzern AG.

Der letztgenannte Zusammenschluss wurde von den Parteien nach der Prüfungseröffnung zurückgezogen (RPW-Publikation vorgesehen), während die beiden anderen Ende 2003 noch nicht abgeschlossen waren. Im Bereich Medien wurde zudem die Untersuchung gegen Cablecom über die Bedingungen der Aufschaltung des digitalen Programms von Teleclub weitergeführt und die Untersuchung über die Buchpreisbindung wieder aufgenommen, nachdem das Bundesgericht dieses Verfahren zur Neuurteilung an die Weko zurückgewiesen hatte (RPW 2002/4, S. 731 ff.).

Im Bereich **Telekommunikation** schloss die Weko im Jahr 2003 die Untersuchung über die ADSL-Dienste der Swisscom AG mit Verbotserfügung ab (ausführlich hierzu Kapitel B, RPW-Publikation vorgesehen). Ohne Folgen eingestellt werden konnte jedoch das Sanktionsverfahren gegen die Swisscom, welches prüfte, ob die Swisscom gegen die einvernehmliche Regelung bezüglich Werbebeilagen in Anschlussrechnungen verstossen hat (RPW 2003/4, S. 836 ff.). Am 5. November 2003 eröffnete die Weko eine Untersuchung gegen Swisscom Directories AG. Diese klärt, ob die Konditionen, zu welchen Verzeichnishersteller die für alternative Verzeichnisse und Verzeichnisdienste nötigen Grunddaten zur Verfügung gestellt werden, kartellrechtskonform sind oder nicht. Weitergeführt wurde zudem die Untersuchung über die Terminierungsgebühren (Tarife für einkommende Gespräche) der Mobilfunkanbieter, wobei die Weko im Februar 2003 ihre Zuständigkeit in dieser Sache mittels Zwischenverfügung bejahte (RPW 2003/2, S. 387 ff.). Gegen den entsprechenden Entscheid wurde Beschwerde bei der Rekurskommission eingereicht, dieser war Ende 2003 hängig.

In den Bereichen **Elektrizität** und **Entsorgungsfragen** stützte das Bundesgericht mit seinem Entscheid vom 17. Juni 2003 die Auffassung der Weko, wonach die Freiburger Elektrizitätswerke ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen, indem sie sich weigern, Strom eines anderen Anbieters durch ihr Netz zu leiten (RPW 2003/4, S. 925 ff.). Damit hat das Bundesgericht die Möglichkeit einer Strommarktöffnung mittels Kartellgesetz grundsätzlich bejaht. Nach dem Entscheid haben die Freiburger Elektrizitätswerke beim Bundesrat eine ausnahmsweise Zulassung der Durchleitungsverweigerung aus öffentlichem Interesse beantragt, diesem Antrag wurde vom EVD die aufschiebende Wirkung entzogen. Es wird allgemein erwartet, dass vom erwähnten Bundesgerichtsentscheid eine Signalwirkung ausgehen wird. Um die Auswirkungen in der Strombranche besser abschätzen zu können, hat das Sekretariat im Dezember 2003 eine Marktbeobachtung gestartet, in welcher sie Netzbetreiber und Grossverbraucher zum Thema Stromdurchleitung befragt. Weiter ist das Sekretariat Mitglied der Expertenkommission und von Arbeitsgruppen, welche nach dem EMG-Nein vom September 2002 Eckpunkte einer möglichen kommenden Elektrizitätswirtschaftsordnung erarbeiten sollen, und hat die Untersuchungen über die Vertriebspartnerschaften der Axpo

vorangetrieben. Im Bereich Entsorgungsfragen stand 2003 die laufende Untersuchung über die Recyclingsysteme von Swico und Sens im Mittelpunkt der Aktivitäten.

Im Bereich **Landwirtschaft**, welcher auf 1. Januar 2003 in den Dienst Infrastruktur wechselte, stand die Untersuchung über den Fleischmarkt im Vordergrund. Diese befand sich Ende 2003 kurz vor ihrem Abschluss. Durch die Begleitung der Arbeitsgruppe "Markttransparenz" von Grossverteilern und Agrarwirtschaft konnte die Weko zudem bereits präventiv allfälligen kartellrechtlich problematischen Vereinbarungen entgegenwirken. Im Vernehmlassungsverfahren zum Landwirtschaftsgesetz hat sich die Weko weiter für eine Landwirtschaftspolitik eingesetzt, welche sich stärker als bisher an den Prinzipien des Wettbewerbs orientiert (RPW 2003/3, S. 611 ff.).

In weiteren Bereichen erarbeitete das Sekretariat der Weko zuhanden des seco eine Stellungnahme zu wettbewerbspolitischen Aspekten der OSEC, arbeitete bei der Umsetzung der Luftverkehrsabkommen mit der EU mit und äusserte sich in der Ämterkonsultation zur kommenden Postverordnung.

3. Produktemärkte

Im Dienst Produktemärkte standen im Jahre 2003 die Umsetzung der beiden Weko-Bekanntmachungen, der Detailhandel, die Uhrenindustrie sowie der Käsemarkt im Vordergrund.

Die Anwendung der Allgemeinen Weko-Bekanntmachung über **Vertikalabreden** vom Februar 2002 sowie der Besonderen über den Automobilvertrieb bildet den Schwerpunkt der Tätigkeit (vgl. hierzu umfassend Kp. B 2.). In Bezug auf die Allgemeine Bekanntmachung wurden mehrere Hundert Anzeigen von Konkurrenten, Abnehmern und Konsumenten eingereicht. Einer vertieften Kontrolle wurden 82 substantiierte Anzeigen unterworfen, wovon im Berichtsjahr mehr als zwei Drittel erledigt wurden. Die Umsetzung der Bekanntmachung über den Automobilhandel wurde intensiv begleitet, indem zum Beispiel fast 100 schriftliche Auskünfte und Beratungen erteilt und 20 Anzeigen behandelt wurden sowie eine branchenumfassende Vorabklärung eröffnet wurde.

Im Bereich des Detailhandels nahm das Sekretariat eine vertiefte Prüfung der Übernahme von Waro durch Coop vor. Der Zusammenschluss wurde schliesslich ohne Bedingungen bewilligt. Die Weko stellte fest, dass im Detailhandel starker Wettbewerb herrscht und der erfolgreiche Markteintritt ausländischer Akteure zu neuer Bewegung führte. Die Weko prüfte insbesondere die Frage, ob die beiden grossen Lebensmittelverteiler eine kollektiv marktbeherrschende Stellung innehaben. Die Untersuchungen zeigten keinen Parallelverlauf in der Preisentwicklung der Grossverteiler, was darauf hinweist, dass sich auch bedeutende Akteure nicht unabhängig von den Bedingungen

auf den Absatzmärkten verhalten können. In diesem Umfeld führte der geringe Marktanteilszuwachs durch den Erwerb von Waro auch nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Beschaffungsmärkten (RPW 2003/3, S. 559 ff.). Die im Dezember 2001 eröffnete Untersuchung Coopforte, welche während eines Jahres wegen der Prüfungsverfahren der Zusammenschlüsse Coop/Epa und Coop/Waro ausgesetzt worden war, wurde Mitte dieses Jahres wieder aufgenommen. Es geht darum nachzuprüfen, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie 0,5% von den Rechnungen ihrer Lieferanten abzieht.

Im Bereich der **Uhrenindustrie** verpflichtete die Weko im November 2002 die ETA SA Fabrique d'Ebauches mittels vorsorglicher Massnahmen zur Weiterlieferung von Ebauches an ihre Kunden (RPW 2002/4, S. 593 ff.). Ein Begehren um Änderung beziehungsweise Ergänzung dieser vorsorglichen Massnahmen, welches Sellita aufgrund einer von ETA SA angekündigten Preiserhöhung einreichte, wies die Weko am 17. Februar 2003 ab (RPW 2003/3, S. 504 ff.). Die Weko hielt im Wesentlichen dafür, ein nicht leicht wieder gutzumachender Schaden für den Wettbewerb sowie für die Gesuchstellerin sei nicht glaubhaft gemacht worden. Die hiegegen bei der Rekurskommission erfolglos geführte Beschwerde ist vor Bundesgericht hängig.

Auf dem **Käsemarkt** wurde die Übernahme des Betriebes Landquart von der sich in Nachlassstundung befindenden Swiss Dairy Food AG durch die Emmi AG geprüft. Am 5. März 2003 entschied die Weko, das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen und Bedingungen für unbedenklich zu erklären (RPW 2003/4, S. 778 ff.). Hiezu sind zwei Punkte anzumerken: Zunächst wurde ausgeführt, dass das KG-Fusionskontrollverfahren durchgeführt wird, auch wenn sich die zu übernehmende Gesellschaft in Nachlassstundung und somit bereits in einer Restrukturierungsphase befindet. Zwecks Koordination des KG- mit dem Nachlassverfahren wurde der Sachwalter in das Fusionskontrollverfahren insofern einbezogen, als er auf Anfrage hin allfällige weitere Kaufangebote für den Betrieb Landquart neben demjenigen von Emmi verneinte.

Im Bereich **Baumärkte** lag der Schwerpunkt bei der Eindämmung und Unterbindung von Marktinformations- und Meldesystemen sowie bei den Preiskundgaben (Tarife etc.). So beseitigte der Schweizerische Baumeisterverband in einer einvernehmlichen Regelung allfällige kartellrechtswidrige Vorschriften seines Wettbewerbsreglements. Ferner erfolgten erste Abklärungen gegen mögliche Absprachen im Kies-, Zement- und Betonbereich.

Schliesslich hat sich im Bereich der in den Produktmärkten häufigen Unternehmenszusammenschlüsse mit internationaler Dimension und ohne spezifische Auswirkungen auf dem schweizerischen Markt eine ressourcenschonende Praxis gefestigt: Erteilen die Parteien die ent-

sprechende Erlaubnis (waiver), können die Schweizer Behörden mit der Europäischen Wettbewerbsbehörde zusammen arbeiten. Damit wird der Aufwand für Parteien und Behörden auf das Notwendigste beschränkt, wie zuletzt im Fall "Alcan/Péchiney".

4. Binnenmarktgesetz

Im Bereich Binnenmarkt stand im Jahr 2003 die Revision des Binnenmarktgesetzes im Vordergrund. Als Mitglied der mit der Revision betrauten Expertengruppe, welche vom Generalsekretariat des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements geleitet wird, wirkte das Sekretariat massgeblich an der Ausarbeitung des Revisionsentwurfs und des erläuternden Berichts für die Ämterkonsultation mit. Das Sekretariat behandelte ferner mehrere Anfragen von Privaten und Behörden bezüglich der Tragweite einzelner Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes.

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens beteiligte sich das Sekretariat aktiv an der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts. Als Mitglied des Steuerungsausschusses und der Arbeitsgruppe Recht behandelte es sowohl strategische wie auch rechtliche Fragen, die aus wettbewerblicher Sicht von Bedeutung sind. Des Weiteren wirkte das Sekretariat an der Konkretisierung des neuen Ausbildungskonzepts für die Einkäuferinnen und Einkäufer des Bundes mit, welches im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) im vergangenen Jahr ausgearbeitet wurde.

5. Ökonomische Grundlagearbeiten

Das Sekretariat hat im Jahr 2003 zusammen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) den so genannten Ökonomentag organisiert. Thematisch war dieses Treffen der Wettbewerbspolitik gewidmet. Referenten waren neben anderen Prof. YVES FLÜCKIGER, Prof. PETER ZWEIFEL und Prof. C. CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER. Die beiden wissenschaftlichen Mitarbeiter des Sekretariats, LUCIEN GARDIOL und PASCAL RAESS, haben weiter anlässlich des Kongresses der Schweizerischen Gesellschaft für Volkswirtschaft und Statistik ihren Aufsatz über die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem Ausland vorgestellt ("Révision de la loi sur les Cartels et niveau des prix en Suisse: Quels gains attendre?"). Das Sekretariat hat zudem einen Leitfaden für die Prüfung von horizontalen Zusammenschlussverfahren ausgearbeitet und diesen der Wettbewerbskommission zur Kenntnisnahme gebracht. Zurzeit wird abgeklärt, inwieweit dieser Leitfaden Bindungswirkung für die Kommission entfalten soll.

6. Internationale Kontakte

Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat standen in regelmässigem Kontakt mit den europäischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden.

- ?? Der Austausch von Informationen mit der europäischen Kommission (DG Comp) betreffend die Beurteilung von Zusammenschlüssen von Unternehmen ist mittlerweile üblich geworden.
- ?? Im Bereich "antitrust" entwickeln die Wettbewerbsbehörden einen Austausch technischer Natur. In Ermangelung einer genügenden rechtlichen Grundlage kann das Sekretariat jedoch Fall-Informationen nur mit ausdrücklicher Ermächtigung durch die Parteien weiterverbreiten.
- ?? Das Sekretariat pflegt seine Kontakte mit dem DG Comp und bestimmten Mitgliedstaaten der Europäischen Union.
- ?? Dieses Jahr hatten drei wissenschaftliche Mitarbeiter die Gelegenheit, ein Praktikum beim DG Comp zu absolvieren.

Das Jahr 2003 war ein besonders intensives Jahr hinsichtlich internationaler Kontakte. Das Sekretariat übernahm eine aktive Rolle bei den Arbeiten von verschiedenen internationalen Organisationen, nämlich der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), dem International Competition Network (ICN), der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD), der Welthandelsorganisation (WTO), dem Internationalen Währungsfonds (IMF) und der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht (LIDC). Die wichtigsten Tätigkeiten werden nachstehend aufgeführt:

OECD: Das Sekretariat war aktiv bei CLP (Competition Law and Policy), WP (Working Parties) 2/3 und in der Joint Group on Trade and Competition, indem sie eine grosse Anzahl an Beiträgen beisteuerte. Darüber hinaus nahm sie am EDRC (Economic and Development Review Committee) als Examinatorin der EURO-Zone teil. Schliesslich wurde auch die Schweiz selbst im Rahmen des EDCR untersucht.

ICN: Das Sekretariat nahm im Juni 2003 an der zweiten jährlichen Konferenz des ICN in Merida (Mexiko) teil. Es hatte zudem aktiv an den Aufgaben von verschiedenen Arbeitsgruppen mitgearbeitet, insbesondere bei der "merger notification and procedures subgroup", der "investigative techniques subgroup", der "advocacy sectoral studies subgroup", der "practical techniques subgroup" und der "operational framework working group".

UNCTAD: Das Sekretariat hat zur Ausarbeitung des "Model Law on Competition" beigetragen. Es hat ausserdem an Programmen zur Ausbildung von lateinamerikanischen Praktikern (aus Brasilien und Costa Rica) partizipiert. Schliesslich konnte im Jahr 2003 ein Austausch-Projekt mit lateinamerikanischen Praktikanten für die nächsten Jahre finalisiert werden (in Zusammenarbeit mit dem seco).

WTO: Das Sekretariat übernahm eine aktive Rolle in der Arbeitsgruppe "Interaction commerce et politique de la concurrence", um die Eröffnung einer Verhandlungsrunde im Hinblick auf ein Abkommen über

den Wettbewerb innerhalb der WTO zu ermöglichen. Der Misserfolg der Ministerkonferenz in Doha im September 2003 hat es jedoch nicht erlaubt, dieses Projekt noch im Jahr 2003 zu Ende zu bringen.

7. Ausblick

Die Tätigkeiten im Jahr 2004 werden voraussichtlich vom revidierten Kartellgesetz dominiert. Erfahrungen im Ausland zeigen, dass Unternehmen vor allem zu Beginn von der Möglichkeit, mögliche Wettbewerbsbeschränkungen zu melden, rege Gebrauch machen. Das Sekretariat wird die Aufgabe haben, diese Meldung schnell und zielgerichtet zu bearbeiten.

Daneben wird die Wettbewerbsbehörde die hängigen Untersuchungen (siehe E 4.) soweit als möglich abschliessen und Vorabklärungen, bei welchen sich Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben, in Untersuchungen überführen.

D Kartellgesetzrevision

1. Stand der Revision

Die Aufdeckung des Vitaminkartells bildete die eigentliche Initialzündung, welche den Bundesrat anfangs 2000 veranlasst hat, eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe mit dem Vorentwurf zur KG-Revision zu beauftragen. Diese Expertenkommission lieferte den Vorentwurf im Sommer 2000 ab. Der Bundesrat gab ihn von September bis Ende 2000 in die Vernehmlassung. Der Vorentwurf wurde aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens überarbeitet. Am 7. November 2001 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes.

Das Parlament nahm die Revision des KG mit direkten Sanktionen gegen besonders schädliche horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden sowie gegen den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen sowie der Bonusregelung an (der Nationalrat mit 104 gegen 42 Stimmen, der Ständerat mit 25 gegen 2 Stimmen). Die Schlussabstimmung fand am 20. Juni 2003 statt.

Die Referendumsfrist lief am 9. Oktober 2003 unbenutzt ab. Anschließend wurden die Entwürfe der Ausführungsverordnungen in eine begrenzte Vernehmlassung gegeben. Nach deren Bereinigung kann der Bundesrat anfangs 2004 den Zeitpunkt des Inkrafttretens beschliessen (vorgesehen auf 1. April 2004).

2. Grundzüge der Revision:

Die Grundzüge der Revision umfassen:

- die Einführung von direkten Sanktionen bei harten horizontalen und vertikalen Kartellen sowie beim Missbrauch marktbeherrschender Stellungen;

- die Einführung einer Bonusregelung. An einem Verstoß beteiligte Unternehmen erhalten eine Reduktion der gegen sie zu verhängenden Sanktion, wenn sie bei der Aufdeckung und Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Wettbewerbskommission kooperieren;
- einen neuen Vermutungstatbestand, welcher bei bestimmten Formen von Preisabreden und Gebietsschutz die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet;
- eine Präzisierung des Marktbeherrschungsbegriffs in Artikel 4 Absatz 2 KG, wonach sich das "unabhängig verhalten können" auf Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager beziehen kann;
- die Aufhebung der bisher speziell herabgesetzten Umsatzschwellen für die Meldepflicht von Medienzusammenschlüssen;
- die Einführung von neuen Ermittlungsmethoden, namentlich Hausdurchsuchungen, welche das Sekretariat bei dringendem Verdacht vornehmen kann;
- die Ergänzung des immaterialgüterrechtlichen Vorbehalts von Artikel 3 Absatz 2 KG, wonach auf Behinderungen von Parallelimporten das KG anwendbar ist;
- die Einführung des "KMU-Artikels" (Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG). In Verordnungen oder Bekanntmachungen können die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen Abreden zwischen KMU zum Zweck der Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten.

Weitere Punkte betreffen eine Anpassung bei der Berechnung der Umsatzschwellen für Banken und Finanzintermediäre an das EU-Recht, eine neue gesetzliche Grundlage für die Gebührenerhebung sowie eine gesetzliche Grundlage für eine periodische Evaluation der Anwendung des KG.

3. Vertikalabreden

Mit dem neuen Artikel 5 Absatz 4 KG soll nach dem Willen des Parlaments einer vertraglichen Abschottung des Schweizer Marktes gegenüber dem Ausland entgegengetreten werden.

Vertragliche Einfuhr- und andere Wettbewerbsbeschränkungen. Mit der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 haben die Wettbewerbsbehörden Regeln für die Beurteilung vertikaler Abreden geschaffen (RPW 2002/1, S. 404 ff.). Mit dem neuen Artikel 5 Absatz 4 KG

findet die genannte Weko-Bekanntmachung Eingang ins Gesetz. Je nach Inhalt einer Vertikalabrede gilt mit dem neuen KG Folgendes:

- a) Preisbindungen zweiter Hand ("harte" Vertikalabrede): Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, also im Regelfall die Unzulässigkeit, wird vermutet bei Abreden, die dem Händler Mindest- oder Festpreise vorschreiben.
- b) Vertikale Marktaufteilungen ("harte" Vertikalabrede): Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Im Fokus des Gesetzgebers stehen (exklusive/selektive) Vertriebssysteme, welche Parallelimporte von Händlern beziehungsweise Direktimporte von Privatpersonen verunmöglichen (sog. absoluter Gebietschutz).
- c) Andere Vertikalabreden: Diese werden weiterhin nach Artikel 5 Absatz 1 KG beurteilt. Sie sind somit unzulässig, wenn sie eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach sich ziehen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG).

4. Direkte Sanktionen

Mit der Einführung des Artikels 49a Absatz 1 KG soll die Weko künftig direkte Sanktionen gegen bestimmte Kartellrechtsverstöße verhängen können.

Sanktion nur für schlimmste Verstöße. Nur bei den volkswirtschaftlich schädlichsten Verstößen, nämlich bei der Beteiligung an einem "harten" horizontalen Kartell (Art. 5 Abs. 3 KG) oder an einer "harten" Vertikalabrede (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG), wird es unmittelbar Bussen geben.

Die Maximalsanktion. Aus Rechtssicherheitsgründen ist es wichtig, dass die Maximalsanktion einfach und zweifelsfrei berechenbar ist. Die Maximalsanktion beträgt bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des betreffenden Unternehmens.

Die konkrete Sanktion. Massgebend sind laut Gesetz Dauer und Schwere des Verstosses und, wo abschätzbar, der mit dem Verstoss erzielte Gewinn. Die Ausführungsverordnung wird diese Bestimmung präzisieren.

Verhältnismässigkeit. Es würde dem Zweckgedanken des Kartellrechts zuwiderlaufen, wenn der Eingriff der Weko den Marktaustritt eines "gesunden" Unternehmens zur Folge hätte, weil die Sanktionen das Unternehmen etwa in Konkurs bringen. Anders zu beurteilen ist

der Sachverhalt, wenn das Unternehmen nur infolge seiner Beteiligung am Kartell am Markt bestehen konnte.

Sanktionserlass-/Sanktionsminderungsmöglichkeiten. Das neue verschärfte Gesetz enthält eine Reihe von Vorkehrungen, welche es Unternehmen ermöglichen, Massnahmen zur Vermeidung von direkten Sanktionen zu ergreifen:

- a) Jedes Unternehmen kann freiwillig der Wettbewerbsbehörde eine Wettbewerbsbeschränkung melden, bevor diese Wirkung entfaltet (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG). Der Eingang der Meldung bei der Weko bewirkt, dass das Risiko von direkten Sanktionen grundsätzlich entfällt. Dies gilt aber nur, wenn nicht innert fünf Monaten nach Eingang der Meldung ein Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) eröffnet wird (sog. Widerspruchsverfahren).
- b) Wenn ein Unternehmen innert der Übergangsfrist von einem Jahr (d.h. 1 Jahr ab dem 1. April 2004) die Teilnahme an einem Kartell oder an einer anderen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aufgibt oder sie der Wettbewerbsbehörde meldet, werden grundsätzlich keine direkten Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) auferlegt.
- c) Die (entgeltliche) Beratung (Art. 23 Abs. 2 KG) durch das Weko-Sekretariat stellt eine unkomplizierte und speditive Alternative zur Meldung (gemäss a) oben) dar.
- d) Die Bonusregelung (vgl. nachstehender Abschnitt).

5. Bonusregelung

Nach der Bonusregelung kann die Weko gegenüber einem Unternehmen, das als Kartellmitglied an der Aufdeckung und Beseitigung des betreffenden Kartells mitgewirkt hat, auf direkte Sanktionen ganz oder teilweise verzichten (Art. 49a Abs. 2 KG).

Ausmass des Bonus. Die völlige Strafbefreiung wird nur das erste uneingeschränkt mit der Behörde kooperierende Unternehmen erhalten, welches mit einer Selbstanzeige die Einleitung eines Verfahrens und mit sachdienlichen Angaben den Nachweis des Kartellverstosses ermöglicht. War das Unternehmen "Kartellführer" oder "Anstifter", kommt eine völlige Strafbefreiung nicht in Betracht. Eine Teilbefreiung von der Sanktion (bis zu 50%) kann gewährt werden, wenn Unternehmen die Wettbewerbsbehörde freiwillig mit Informationen und Unterlagen bedienen, nachdem ein anderes Kartellmitglied bereits eine Selbstanzeige eingereicht hat.

Verlässlichkeit. Die Wirksamkeit der Bonusregelung hängt im Wesentlichen von zwei Punkten ab: Zunächst muss das Unternehmen vorgängig beurteilen können, ob und inwieweit es in den Genuss einer Sanktionsbefreiung kommt. Deshalb wird den Unternehmen auch die

Möglichkeit einer "hypothetischen" Selbstanzeige eingeräumt. Als dann hat die Behörde sicherzustellen, dass die unmittelbar nach Eingang der Selbstanzeige zu erfolgende Bestätigung, wonach die Voraussetzungen der Strafbefreiung erfüllt sind (unter Vorbehalt der Kooperation bis Abschluss des Verfahrens), im Rahmen des Endentscheidungs Bestand hat.

E Organisation und Statistik

1. Weko

In der Zusammensetzung der Weko ergaben sich im Jahr 2003 folgende Änderungen: Frau HEIDI BRAVO-BAUMANN, Vertreterin des Schweizerischen Bauernverbandes, und Frau CONSTANCE DE LAVALLAZ, Vertreterin der Fédération Romande des Consommateurs, traten auf Ende 2003 aus der Weko zurück. Die übrigen Mitglieder der Weko wurden in den Gesamterneuerungswahlen im Dezember 2003 für weitere vier Jahre in ihrem Amt bestätigt.

Die Weko hat im Jahr 2003 20 Plenarsitzungen abgehalten. Dabei führte sie als Neuerung vor dem Endentscheid Anhörungen der Parteien durch. An einer internen Tagung zum Thema "Presselandschaft zwischen Heute und Morgen" vom 8. Dezember 2003 hat sie sich von Experten aus der Branche über die möglichen weiteren Entwicklungen im Pressebereich orientieren lassen.

2. Sekretariat

Im Sekretariat der Weko haben sich im letzten Jahr keine organisatorischen Änderungen ergeben. Im Hinblick auf das Inkrafttreten der Revision KG ist das Sekretariat damit beschäftigt, die Struktur zu überprüfen und allenfalls den neuen Anforderungen anzupassen. Diesbezügliche Entscheide sind im ersten Semester 2004 zu erwarten.

Das Sekretariat ist im Februar 2003 in Bern von der Effingerstrasse 27 an die Monbijoustrasse 43 umgezogen.

Ende des Jahres beschäftigte das Sekretariat 58 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit).

3. Statistik

a) Marktbeobachtungen, Vorabklärungen und Untersuchungen

Untersuchungen	2002	2003
Während des Jahres geführt	23	23
Übernahmen vom Vorjahr	9	19
Eröffnungen	14	4
Endentscheide	4	5
davon Anpassung des Verhaltens	1	2
davon einvernehmliche Regelungen	2	1
davon behördliche Anordnungen	1	2
Vorsorgliche Massnahmen	4	2
Sanktionsverfahren	0	1
Vorabklärungen	2002	2003
Während des Jahres geführt	38	46
Übernahmen vom Vorjahr	18	27
Eröffnungen	20	19
Abschlüsse	23	30
davon mit Untersuchungseröffnung	9	4
davon mit Anpassung des Verhaltens	6	7
davon ohne Folgen	8	19
Marktbeobachtung	2002	2003
Während des Jahres geführt	keine Angaben	139
Abgeschlossen	keine Angaben	95
Noch offen	keine Angaben	44

b) Unternehmenszusammenschlüsse

Zusammenschlüsse	2002	2003
Meldungen	42	30
Kein Einwand nach Vorprüfung	38	25
Prüfungen	4	5
Entscheide der Weko	0	2
Vorzeitiger Vollzug	2	1
Sanktionen	1	0

c) Andere Aktivitäten

Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen	2002	2003
Gutachten (Art. 15 KG)	2	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	1	2
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	2	2
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	15	12
BGBM		
Empfehlungen/Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	1	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	1
Erläuterungen (Sekretariat)	7	6
Verschiedenes		
Nachkontrollen	3	2
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	2	0

4. Bearbeitete Untersuchungen 2003				
Untersuchung	Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:	Eröffnung	Abschluss	Resultat
Vertrieb von Tierarzneimitteln	Unzulässige exklusive Vertriebsabreden	25.05.2000	hängig	
Elektra Baselland	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	hängig	
Feldschlösschen/Coca Cola	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Getränkevertrieb	20.11.2000	hängig	
Fahrlehrer Kanton Graubünden	Unzulässige Preisabreden	19.11.2001	06.01.2003	Teilweise Abschluss mit einvernehmlicher Regelung, teilweise mit Feststellung einer unzulässigen Preisabrede
Coopforte	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	03.12.2001	hängig	
Debitkarten	Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Verbot der Preisdifferenzierung nach Art der Zahlungsmittel	29.01.2002	hängig	
Komplementärmedizin "Erfahrungsmedizinisches Register" (EMR)	Marktbeherrschende Stellung, Behinderung in Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs	31.01.2002	hängig	
Fleischmarkt (Schweinefleisch)	Missbrauch (kollektiv) marktbeherrschender Stellung, Erzwingung unangemessener Preise	01.02.2002	hängig	
CS/Bank Linth	Unzulässige Wettbewerbsabreden	18.03.2002	19.05.2003	Nach Auflösung des ursprünglichen Kooperationsabkommens wurde die Untersuchung als gegenstandslos eingestellt

Axpo Vertriebspartnerschaften	Missbrauch marktbeherrschender Stellung gegenüber Endverteilern von Elektrizität	27.03.2002	hängig	
Migros/BSE-Tests	Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen	12.04.2002	20.10.2003	Nach Verhaltensanpassung durch die Migros konnte die Untersuchung eingestellt werden
TicketCorner	Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen	18.04.2002	01.12.2003	Unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch TicketCorner
Swisscom (ADSL)	Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Diskriminierung von Wiederverkäufern, Quersubventionierung)	06.05.2002	15.12.2003	Unzulässiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Swisscom
SWICO/S.EN.S	Unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend Entsorgung von Elektroschrott	16.05.2002	hängig	
Teleclub/Cablecom	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Nichtaufschaltung von Teleclub digital auf CATV-Netz	23.09.2002	hängig	
Terminierung Mobilfunknetze	Marktbeherrschende Stellung der Mobilfunknetzbetreiber in ihren Netzen sowie Preisabreden bei Terminierungsgebühren	15.10.2002	hängig	
ETA SA Fabrique d'Ebauches	Missbrauch marktbeherrschender Stellung gegen Abnehmer von Rohuhrwerken	04.11.2002	hängig	
Publicitas	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Diskriminierung	06.11.2002	hängig	
Buchpreisbindung (Sammelrevers)	Unzulässige Preisabrede (nach Entscheid des Bundesgerichts nimmt die Weko die Effizienzprüfung vor)	02.12.2002	hängig	

Vergütung von Mitteln und Gegenständen in der obligatorischen Krankenversicherung	Unzulässige Wettbewerbsabrede unter Krankenversicherern	27.03.2003	hängig	
Mitglieder der Vereinigung Genfer Privatkliniken	Unzulässige Preisabrede über die Rechnungsstellung der in den Halbprivat- und Privatabteilungen erbrachten Leistungen	18.08.2003	hängig	
Swisscom Directories	Missbrauch marktbeherrschender Stellung in der Weitergabe der regulierten Verzeichnisdaten an Konkurrenten von Swisscom Directories	04.11.2003	hängig	
Flughafen Zürich - Valet Parking	Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Nichterteilung von Bewilligungen für Parkingdienstleistungen	01.12.2003	hängig	Vorsorgliche Massnahmen gegen Flughafen Zürich zur Erhaltung des bisherigen Zustandes am 1.12.2003
Interchange Fee	Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Kreditkartensystemen betreffend Interchange Fee	15.12.2003	hängig	

Anhang: Behandelte Fälle gemäss Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (nachfolgend: VertBM)

a) Gegenstand der VertBM

Mit der VertBM verdeutlicht die Wettbewerbskommission, nach welchen Voraussetzungen und Kriterien sie die Erheblichkeit von vertikalen Wettbewerbsabreden im Lichte von Artikel 5 Absatz 1 KG beurteilt.

Nach Ziffer 1 VertBM gelten als vertikale Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von zwei oder mehr Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Verschiedene Beziehungen zwischen Unternehmen können unter den Geltungsbereich der Bekanntmachung fallen. Insbesondere sind Vertriebsvereinbarungen betroffen, in welchen ein Lieferant von Gütern oder Dienstleistungen einem Dritten die Aufgabe überträgt, diese an die Endkonsumenten zu verteilen. Dabei sind verschiedene Vertragsformen möglich, beispielsweise ein Alleinvertriebsvertrag, ein selektiver Vertriebsvertrag, ein Agenturvertrag oder ein Franchisingvertrag.

Um Waren und Dienstleistungen von Produzenten an Konsumenten zu verteilen, sind zwei Vertriebssysteme möglich: Der Hersteller kann sich selber um die Verteilung kümmern (man spricht hier von vertikaler Integration durch den direkten Verkauf an den Endkunden) und somit dem Interbrand Wettbewerb einen Riegel schieben, oder aber er kann die Verteilung einem anderen Unternehmen übertragen. In diesem letzteren Fall handelt es sich um vertikale Beschränkungen oder vertikale Wettbewerbsabreden, die in Vertriebsverträgen zum Ausdruck kommen oder festgehalten werden.

Vertikale Wettbewerbsabreden können verschiedene wettbewerbsrechtliche Probleme verursachen. Um die restriktiven Auswirkungen von vertikalen Abreden auf den Wettbewerb abschätzen zu können, ist sowohl der Wettbewerb unter den Händlern (Intrabrand Wettbewerb) als auch unter den Produzenten (Interbrand Wettbewerb) zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass vertikale Abreden insbesondere dann problematisch sind, wenn der Interbrand Wettbewerb ungenügend ist.

Die grössten wettbewerbsrechtlichen Probleme, die sich aus vertikalen Abreden ergeben, sind Verbote von Parallelimporten, die zu Marktabstottungen führen, und die Fixierung von Weiterverkaufspreisen.

Unter Abreden, die den nationalen Markt abschotten, versteht man primär Beschränkungen, die Endkonsumenten oder Händler daran hindern, im europäischen Wirtschaftsraum bei einem Lieferanten ihrer Wahl Güter oder Dienstleistungen zu beziehen. In diese Kategorie fallen ebenfalls Beschränkungen von Dienstleistungen im Kundendienst und Koppelungsverkäufe, die Parallelimporte verhindern.

Bei vorgeschriebenen Weiterverkaufspreisen stellen nur Fest- oder Mindestverkaufspreise per se eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar und sind unzulässig, wenn sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

Die Fixierung von Weiterverkaufspreisen, verbunden mit Beschränkungen von Parallelimporten, die zu einer Marktabstottung führen, beeinträchtigt den Intrabrand Preiswettbewerb und erlaubt für die entsprechende Marke eine Preisdiskriminierung in einem gewissen Gebiet (z.B. im nationalen Markt).

b) Inhalt der VertBM

Gemäss oben stehenden Grundsätzen erachtet die Weko vertikale Wettbewerbsabreden als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung und somit unzulässig, wenn sie namentlich folgende Verpflichtungen oder Klauseln zum Gegenstand haben und nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind:

- Direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen für den Weiterverkauf der bezogenen Waren oder Dienstleistungen durch den Händler;
- Direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler;
- Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher, sofern diese Beschränkungen Händlern innerhalb selektiver Vertriebssysteme auferlegt werden;
- Beschränkungen von Querlieferungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zwischen zugelassenen Händlern, auch wenn es sich um Händler unterschiedlicher Marktstufen handelt;
- Beschränkungen, die den Lieferanten hindern, Bestand- beziehungsweise Ersatzteile an Drittunternehmen zu liefern;
- Wettbewerbsverbote, welche für eine Dauer von mehr als fünf Jahren oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen Wettbewerbsabrede vereinbart werden.

Die VertBM enthält in Ziffer 4 auch eine "de Minimis"-Regelung. Nach dieser Bestimmung betrachtet die Weko vertikale Wettbewerbsabreden, die keine der oben genannten Verpflichtungen oder Klauseln enthalten, in der Regel nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10% überschreiten (Bagatellfälle). Mit anderen Worten definiert die de Minimis-Regelung, welche Kategorien von vertikalen Wettbewerbsabreden eine zu kleine Bedeutung haben, um einen spürbaren Effekt auf den wirksamen Wettbewerb auszuüben.

c) Statistik nach Falltypen

Total Anzahl Fälle

(schriftlich erhaltene Fälle mit Begründung): **120 100%**

? abgeschlossene Fälle,

in denen das KG nicht anwendbar war: **22 18%**

Davon:	Sachverhalt unklar	3	14%
	Art. 3 KG anwendbar	9	41%
	Vertikale Integration	10	45%

? Abgeschlossene Fälle oder Eröffnung

einer Vorabklärung, KG anwendbar: **58 49% VA¹ ER KWP**

Davon:	Ziff. 3 Bst. a VertBM	14	24%	3	-	11 (4 Fälle PI möglich) ²
	Ziff. 3 Bst. b VertBM	30	52%	7	-	23 (6 Fälle PI möglich)
	Ziff. 3 Bst. c VertBM	11	19%	2	5	4 ³
	Ziff. 3 Bst. d VertBM	1	2%	-	-	1
	Ziff. 3 Bst. e VertBM	2	3%	-	1	1
	Ziff. 3 Bst. f VertBM	0	0%	-	-	-
				12 ⁴	6	40
				(21%)	(10%)	(69%)

? Pendente Fälle:

40 33%

Davon (Prognose):	Ziff. 3 Bst. a VertBM	7	18%
	Ziff. 3 Bst. b VertBM	19	48%
	Ziff. 3 Bst. c VertBM	3	7%
	Ziff. 3 Bst. d VertBM	0	0%
	Ziff. 3 Bst. e VertBM	1	2%
	Ziff. 3 Bst. f VertBM	0	0%
	Keine Prognose möglich	10	25%

Bemerkungen

- Die noch hängigen Vorabklärungen wurden in die Rubrik "abgeschlossene Fälle" aufgenommen, da es bereits möglich ist, den anwendbaren Tatbestand der VertBM zu bestimmen. Würden die Vorabklärungen in die Rubrik "pendente Fälle" aufgenommen, dann müsste man Tendenzen mit feststehenden Tatsachen vergleichen, was eine seriöse Schlussfolgerung verunmöglichen würde.

¹ Legende: VA = Vorabklärung/ER = einvernehmliche Regelung/KWP = Keine wettbewerbsrechtlichen Probleme/PI = Parallelimporte.

² "PI möglich" bedeutet, dass Parallelimporte rechtlich oder vertraglich möglich sind. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass sie im fraglichen Sektor auch wirklich existieren. Um diese Frage zu klären, wären detaillierte Analysen notwendig.

³ Davon eine "Beratung" (Bugaboo frog).

⁴ Davon sind acht abgeschlossen: Nivea Deostick, Tintenstrahldrucker, Tractors, AEG, Miele, Mars, Cablecom-Fust und Manfrotto.

- Die Unterscheidung zwischen Ziffer 3 Buchstaben a und b VertBM ist nicht immer eindeutig. Im Zweifelsfall werden die Fälle Buchstabe b zugeordnet.

c.1 Allgemeines

Die oben stehende Tabelle zeigt zusammenfassend alle behandelten Fälle seit Februar 2002, welche unter die VertBM gefallen sind. Im Ganzen sind 120 Fälle behandelt worden, wovon einige noch pendent sind beziehungsweise die VertBM nicht anwendbar waren. Davon gingen in neun Fällen vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG vor. In zehn Fällen waren die Voraussetzungen für eine Anwendung von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfüllt. Es handelte sich insbesondere um Situationen, in denen die Unternehmen vertikal integriert waren. Vertikale Integration bedeutet, dass sich die Beziehungen auf den verschiedenen Ebenen der Wertschöpfungskette (namentlich Produktion und Vertrieb) nicht auf dem Markt abspielen, sondern eine interne Unternehmungstransaktion darstellen. In diesem Falle liegt keine Vereinbarung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Je nach Struktur des Unternehmens (vertikal integriert oder nicht) ist somit die VertBM anwendbar oder nicht. Eine zu dogmatische Anwendung der VertBM könnte für die Unternehmen einen Anreiz zur vertikalen Integration darstellen. Wenn die Unternehmen diese Integration vornehmen würden, wären das KG oder die VertBM nicht mehr auf diese Unternehmen anwendbar. Schliesslich mussten drei Fälle aufgegeben werden, da der Sachverhalt nicht genügend klar eruiert werden konnte, weil die Anzeiger zu wenig Informationen lieferten.

In 58 Fällen (49%) war die VertBM anwendbar und die Marktbeobachtungen konnten aus drei Gründen abgeschlossen werden:

- Eröffnung einer Vorabklärung (12 Fälle, davon 8 bereits abgeschlossen);
- Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung (6 Fälle);
- Keine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs (40 Fälle).

Diese abgeschlossenen Fälle dienen als Grundlage für die weitere Analyse. Der Aufbau wird analog der Ziffer 3 VertBM gegliedert (Bst. a-f).

Die restlichen 40 Fälle (33%) konnten noch nicht abgeschlossen werden und die Anwendbarkeit des KG und der VertBM muss noch überprüft werden. Schlussfolgerungen können noch keine gezogen werden, weil sich die Fälle in verschiedenen Stadien befinden. Folgende drei Stadien können unterschieden werden:

- Die Anzeige ist erst kürzlich beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eingegangen;
 - Die ersten Ermittlungen (z.B. Fragebogen versenden) wurden erst kürzlich vorgenommen;
-

- Die Auswertung der Fragebögen läuft zurzeit noch.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zu diesen Fällen noch nicht genügend Informationen vorliegen.

c.2 Ziffer 3 VertBM

Alle Marktbeobachtungen, die entweder abgeschlossen oder in eine Vorabklärung überführt wurden, betreffen, wie aus oben stehender Tabelle ersichtlich ist, zu 95% Buchstabe a, b oder c von Ziffer 3 VertBM. Im Unterschied dazu kommen Buchstaben d, e und f von Ziffer 3 VertBM in der Praxis sehr selten zur Anwendung. Zudem hat keiner der drei Fälle (von insgesamt 58) zu einer Vorabklärung geführt. Es scheint also, dass Buchstaben d, e und f von Ziffer 3 VertBM in der Praxis der vertikalen Abreden nur eine sehr marginale Rolle spielen. Auf diese Fälle wird in der Folge nicht weiter eingegangen.

Die grosse Mehrheit der beim Sekretariat eingetroffenen Fälle betrifft somit Wettbewerbsbeschränkungen nach Ziffer 3 Buchstabe a, b oder c VertBM.

a) Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen (Bst. a)

14 Fälle (24%) fallen in den Anwendungsbereich von Ziffer 3 Buchstabe a VertBM. Davon haben drei zu einer Vorabklärung geführt, von denen im Moment noch zwei hängig sind. In den elf anderen Fällen wurden keine erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen festgestellt. Diese Fälle konnten aus zwei Gründen abgeschlossen werden:

Es handelte sich nicht um Fest- oder Mindestverkaufspreise, sondern um eine unverbindliche Preisempfehlung, die nicht befolgt wurde und deren Nichtbefolgung keine Sanktionen nach sich zog. Die Richtpreise dienten einzig als empfohlene Grössenordnung, aber die Händler waren in der Preisfestsetzung gegenüber dem Endkonsumenten völlig frei.

Parallelimporte waren möglich und den Weiterverkäufern war es erlaubt, im Ausland Waren zu beziehen (bei einem Händler oder Lieferanten). Diese Möglichkeit erlaubt eine Befreiung von der potenziellen Abhängigkeit der Weiterverkäufer gegenüber einem Generalimporteur in der Schweiz. In der Praxis beziehen die Händler jedoch vorzugsweise beim Lieferanten in der Schweiz, da die Transaktionskosten geringer sind⁵.

⁵ Siehe insbesondere die Vorabklärungen Nivea Deosticks (RPW 2004/1, S. 85 ff.), Mars (RPW 2004/1, S. 93 ff.) und Tintenstrahldrucker (RPW 2003/4, S. 732).

b) Beschränkung des geografischen Absatzgebiets (Bst. b)

30 Fälle (52%) fallen unter den Anwendungsbereich von Ziffer 3 Buchstabe b VertBM. Davon führten sieben Fälle zur Eröffnung einer Vorabklärung, von denen sechs bereits wieder abgeschlossen werden konnten. Für die 23 übrigen Fälle konnten keine Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt werden.

Diese Fälle konnten abgeschlossen werden, weil - wie bereits vorn erwähnt - Parallelimporte möglich waren und sich die Händler auch bei Unternehmen im Ausland mit den entsprechenden Waren oder Dienstleistungen eindecken konnten. Somit lag in diesen Fällen die Zuweisung einer Gebietsexklusivität gar nicht vor.

c) Selektiver Vertrieb (Bst. c)

11 Fälle (19%) fallen in den Anwendungsbereich von Ziffer 3 Buchstabe c VertBM. Davon führten zwei Fälle zur Eröffnung einer Vorabklärung, wovon eine bereits abgeschlossen werden konnte. Von den neun anderen Fällen wurden fünf mit einvernehmlichen Regelungen abgeschlossen und bei vier Fällen wurden keine Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt.

Interessanterweise konnten diejenigen Fälle, in welchen die Zulässigkeit von selektiven Vertriebssystemen in Frage stand, durch die Unterzeichnung einvernehmlicher Regelungen abgeschlossen werden. Gemäss Informationen des Sekretariats lässt sich dies dadurch erklären, dass in selektiven Vertriebssystemen die Anzahl der zugelassenen Händler relativ hoch ist.

In diesem Bereich erhielt das Sekretariat häufig Klagen von nicht zugelassenen Händlern, die ein oder mehrere Produkte einer Marke verkaufen wollten. Nachdem ihnen dies vom Lieferanten untersagt worden war, wendeten sie sich an das Sekretariat.

Nach der Intervention des Sekretariats (welches sich namentlich auf die europäische Rechtsprechung abstützte, die einem Detailhändler das Recht gibt, einem zugelassenen Händlernetz beizutreten, sofern er gewisse qualitative Kriterien erfüllt, die vergleichbar sind mit denjenigen, welche die zugelassenen Händler für die betreffende Marke zu erfüllen haben) haben die Lieferanten einer einvernehmlichen Regelung zugestimmt.

c.3 Ziffer 4 VertBM

Seit Beginn des Jahres 2002 kam Ziffer 4 VertBM noch nie in einem konkreten Fall zur Anwendung. Dafür gibt es wahrscheinlich mehrere Gründe:

Ziffer 3 Buchstaben a, b und c VertBM sind sehr allgemein formuliert, so dass die meisten Fälle, wie bereits oben dargelegt wurde, unter ihren Anwendungsbereich fielen. Zudem ist eine Anwendung von Ziffer

3 VertBM für das Sekretariat vorteilhafter als die Anwendung von Ziffer 4 VertBM, da die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Massgabe von Ziffer 3 VertBM im Unterschied zu Ziffer 4 VertBM ohne grösseren Aufwand festgestellt werden kann.

Wenn jedoch ein Fall nicht unter den Anwendungsbereich von Ziffer 3 VertBM fällt, besteht immer noch die Möglichkeit der Anwendung von Ziffer 4 VertBM. Einige Fälle indessen erreichen nicht den geforderten Schwellenwert von 10% Marktanteil, so dass die VertBM nicht zur Anwendung gelangen kann. Zudem beinhaltet das Vorliegen von Marktanteilsschwellen zwingend auch die Notwendigkeit der Bestimmung von sachlich und räumlich relevanten Märkten, was mit erheblichem Ermittlungsaufwand verbunden ist.

c.4 Ziffer 5 VertBM

Die Ziffer 5 VertBM enthält eine Auflistung von wirtschaftlichen Effizienzgründen, welche die Existenz von vertikalen Wettbewerbsabreden rechtfertigen würden. Seit Beginn des Jahres 2002 wurde Ziffer 5 VertBM noch nicht explizit angewendet.

Die Marktbeobachtungen konnten wie bereits oben erwähnt aus drei Motiven abgeschlossen werden:

- Keine Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs gegeben;
- Die Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung;
- Eröffnung einer Vorabklärung.

In allen diesen Fällen war es nicht nötig, die wirtschaftlichen Effizienzgründe zu überprüfen.

Bisher konnte die Überprüfung von wirtschaftlichen Effizienzgründen im Rahmen laufender und abgeschlossener Vorabklärungen ausbleiben, weil die wettbewerbsrechtlichen Probleme nach einer detaillierteren Analyse der vertikalen Verträge behoben werden konnten. An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass eine Vorabklärung bisher noch zu keiner Untersuchungseröffnung Anlass gab, weil keine Anhaltspunkte dafür vorlagen.

Ziffer 5 VertBM wurde aber in den Fragebogen, die an die Unternehmen verschickt wurden, berücksichtigt. Somit war es dem Sekretariat trotzdem möglich, die wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe, die erst in einem späteren Stadium der Marktbeobachtung oder des Verfahrens überprüft worden wären, abzuschätzen.

d) Statistik der Fälle nach Branche

Total Anzahl Fälle

(schriftlich erhaltene Fälle mit Begründung)	120	100%
? Konsumgüter:	100	83%
Davon: Freizeit und Kultur	21	21%
Konsumelektronik	17	17%
Lebensmittel	12	12%
Internetversandhandel	9	9%
Körperpflege	7	7%
Kleidung und Schuhe	6	6%
Uhren	4	4%
Möbel	3	3%
Andere	21	21%
? Investitionsgüter:	15	13%
? Baubereich:	5	4%

Die dem Sekretariat gemeldeten Fälle können auch in Branchen aufgeteilt werden. In einer ersten Unterteilung kann zwischen Konsumgütern, Investitionsgütern und Gütern im Baubereich unterschieden werden. Wie aus der oben stehenden Tabelle ersichtlich ist, betrafen die meisten Fälle den Bereich der Konsumgüter (100 Fälle oder 83%).

Im Bereich der Konsumgüter ergab eine weitere Unterteilung einen grossen Teil der Fälle in den Bereichen "Freizeit und Kultur" (21%), "Konsumelektronik" (17%) und "Lebensmittel" (12%). Die Anzahl Fälle im Bereich des Internetversandhandels (alle Produkte zusammengefasst) ist mit 9% ebenfalls signifikant. Die Branchenaufteilung der Fälle im Vertikalbereich unterscheidet sich stark von der Struktur des Haushaltswarenkorbes (z.B. gemäss der Definition des Bundesamtes für Statistik). Die Hauptunterschiede sind auf die Abwesenheit von Mieten, Gesundheitskosten, Gastgewerbe und Hotellerie zurückzuführen.

Das Sekretariat hat viele Fälle, wo die Medien und Politik hohe Erwartungen hatten, zum Beispiel für Güter im Bereich "Freizeit und Kultur" oder Konsumelektronik, behandelt. Trotz der bemerkenswerten Anzahl Fälle in diesen zwei Branchen (insgesamt fast vierzig) hat das Sekretariat keine Fälle vorgefunden, die aus Sicht der VertBM problematisch waren.

e) Zusammenfassung über die Auswirkungen der VertBM

Die Erfahrung seit Februar 2002 hat gezeigt, dass 95% der Fälle im Vertikalbereich Buchstabe a, b oder c von Ziffer 3 VertBM betreffen. Die Buchstaben d, e oder f von Ziffer 3 VertBM waren sehr selten betroffen (3 von 58 Fällen) und haben bisher zu keiner Vorabklärung geführt. Somit machen diese drei Tatbestände der Buchstaben d, e und f der VertBM einen unbedeutenden Teil der Problematik im Vertikalbereich aus.

Von den 120 vom Sekretariat erfassten Fällen konnten 76 ohne Folgen abgeschlossen werden und zurzeit sind vier Fälle im Stadium der Vorabklärung. In 40 Fällen sind die Ermittlungen noch nicht genügend weit fortgeschritten, um bereits Schlüsse daraus ziehen zu können.

76 Fälle konnten aus nachstehenden Gründen abgeschlossen werden:

- 22 Fälle (29%) wurden abgeschlossen, weil das KG nicht anwendbar war;
- 48 Fälle (63%) haben gezeigt, dass keine wettbewerbsrechtlichen Probleme vorliegen;
- 6 Fälle (8%) haben zum Abschluss von einvernehmlichen Regelungen geführt.

Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bedeutet nicht zwingend, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs festgestellt worden ist oder dass aufgezeigt worden wäre, dass keine wirtschaftlichen Effizienzgründe vorliegen. Werden lediglich die abgeschlossenen Fälle analysiert, konnte also noch keine unzulässige vertikale Abrede festgestellt werden. Zudem hat bisher kein Fall zur Eröffnung einer Untersuchung geführt. Acht von zwölf Vorabklärungen wurden abgeschlossen, die vier noch laufenden Vorabklärungen beinhalten aller Voraussicht nach keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen werden.

Durch die Einführung der VertBM wurde die Rechtssicherheit bei der Beurteilung vertikaler Abreden verbessert. Zudem erlaubt die VertBM, die Praxis der Weko bei der Beurteilung vertikaler Abreden zu präzisieren.

Die Analyse der Fälle nach Branchen zeigt, dass eine grosse Mehrheit der Anzeigen Konsumgüter betrifft (100 von 120 Fällen, 83%). Eine weitere Unterteilung der Konsumgüter weist eine bemerkenswerte Anzahl Fälle im Bereich "Freizeit und Kultur" (21%) und "Konsumelektronik" (17%) auf. Das Sekretariat hat in diesen beiden Bereichen, die von besonderem Interesse für Medien und Politik waren, ungefähr vierzig Fälle behandelt. Das Sekretariat konnte bisher keine Fälle diagnostizieren, die aus Sicht der VertBM problematisch waren.

Hingegen wurde die Praxis des Sekretariats seit Beginn des Jahres 2002 durch die hohe Anzahl Fälle sowie deren Verschiedenheit erheblich bereichert. Dies ermöglicht einen effizienteren Umgang mit Unternehmen, die ihre Verträge der Wettbewerbsbehörde zur Beratung vorlegen. Im Jahre 2004 könnte sich diese erhöhte Effizienz des Sekretariats bei der Inkraftsetzung des neuen KG und insbesondere dem neuen Artikel 5 Absatz 4 KG, der Ziffer 3 Buchstaben a, b und c VertBM entspricht, als sehr nützlich erweisen.

Bei vertikal integrierten Unternehmen führte die Anwendung der VertBM dazu, dass erstere im Vergleich zu nicht vertikal integrierten Unternehmen anders behandelt werden mussten. Wenn sie vertikal integriert sind, ist die VertBM nicht anwendbar, da es sich um eine konzerninterne Transaktion handelt. Diese unterschiedliche Behandlung kann einen Anreiz für die vertikale Integration darstellen.

Schliesslich ist die präventive Wirkung der VertBM (obwohl schwer messbar), nicht zu vernachlässigen. Die VertBM hat im Nachgang zu ihrem Erlass zahlreiche Debatten in Wirtschafts- und Anwaltskreisen ausgelöst. Diese haben dazu geführt, dass sich die Unternehmen an die Vorschriften der VertBM angepasst haben.

A 1	2. Rapport annuel 2003 de la Commission de la concurrence
-----	--

A Introduction

En 2003, la Commission de la concurrence a fixé ses priorités dans les deux domaines suivants: la lutte contre les abus de positions dominantes et l'examen des accords verticaux. En ce qui concerne les abus de position dominante, trois enquêtes ont abouti en 2003 à des décisions d'interdiction, respectivement à une adaptation du comportement. Des mesures provisionnelles ont également été ordonnées dans une autre procédure. Dans le domaine des accords verticaux, les autorités de la concurrence ont rédigé un rapport intermédiaire sur l'application de la communication sur l'appréciation des accords verticaux. Dans ce rapport, la Commission de la concurrence (Comco) et son Secrétariat (Secrétariat) ont informé du nombre de cas traités, des types d'accords verticaux posant le plus souvent problème et de la manière dont les premiers cas ont pu être clôturés (cf. à cet égard chapitre B ci-dessous). Parallèlement aux points forts susmentionnés, de nombreux autres problèmes cartellaires ont occupé la Comco et son Secrétariat. Un résumé sous C donne des informations relatives aux différents travaux accomplis au cours de l'année.

Du point de vue de la politique de la concurrence, l'année 2003 a été placée sous le signe de la révision de la loi sur les cartels. Cette révision a été approuvée au Parlement le 20 juin 2003 et apporte, avec l'introduction de sanctions directes pour les formes les plus dommageables des restrictions à la concurrence ainsi qu'avec de nouvelles dispositions matérielles, un véritable renforcement de la loi sur les cartels. Après l'approbation de la révision, les nouveautés de la loi ont été présentées dans le cadre d'une campagne d'information à un cercle d'intéressés le plus large possible. Des représentants de la Comco et du Secrétariat ont pu exposer à plus de 40 organisations les points principaux de

la révision. Une large partie du rapport annuel est consacrée à la révision de la loi sur les cartels (cf. chapitre D ci-dessous).

Le rapport annuel se termine par des indications sur l'organisation de la Comco et du Secrétariat, la statistique des cas et une présentation des enquêtes encore en cours à fin 2003 (cf. chapitre E ci-dessous).

B Points forts

1. Abus de position dominante

La lutte contre les abus de position dominante a représenté une grande partie du travail de la Comco et de son Secrétariat durant l'année 2003. Elle a ainsi pu clore trois enquêtes et rendre des mesures provisionnelles dans une autre procédure:

Exclusivité (TicketCorner): Les contrats de TicketCorner avec les organisateurs de manifestations prévoient une clause d'exclusivité. Cette dernière oblige les organisateurs de manifestations à distribuer tous les billets de toutes les manifestations durant plusieurs années par TicketCorner. Les organisateurs en question ne peuvent dès lors pas faire distribuer une partie de leurs billets par un concurrent de TicketCorner. La Comco est arrivée à la conclusion que TicketCorner dispose d'une position dominante sur le marché des systèmes de distribution de billets et qu'elle abuse de sa position en imposant des clauses d'exclusivité. Par décision du 1^{er} décembre 2003, ce comportement a été interdit.

Discrimination (services ADSL de Swisscom): Par décision du 15 décembre 2003, la Comco a obligé Swisscom à abandonner son système de rabais grâce auquel Bluewin profitait de prix plus avantageux que ses concurrents pour l'utilisation du réseau. La Comco est parvenue à la conclusion que Swisscom disposait d'une position dominante sur le marché de gros (wholesale) des services à large bande. En outre, la Comco a constaté que les rabais accordés étaient discriminatoires et qu'ils n'étaient pas justifiés par des motifs d'efficacité économique. La décision vise à sauvegarder la concurrence sur le marché en forte croissance des services à large bande.

Exclusion du marché (Migros/Tests ESB): L'objet de l'enquête visait la pratique de Migros qui indiquait aux abattoirs quels laboratoires devaient exécuter le test ESB exigé et à quel prix. Comme la viande de bœuf achetée par Migros ne pouvait pas être distinguée lors de l'abattage du reste de la viande, les conditions émises par Migros s'appliquaient à toute la viande de bœuf débitée dans les abattoirs concernés. L'enquête a démontré que la Migros en tant que demandeuse de Tests ESB dispose d'une position dominante et que les conditions de rachat imposées aux abattoirs par Migros supprimaient la concurrence entre les laboratoires et en excluaient certains du marché. Après que la Migros a résilié les

contrats-cadre avec les laboratoires et qu'elle a déclaré vouloir désormais les mettre au concours, la procédure a été déclarée sans objet le 20 octobre 2003.

En 2004, la lutte contre les abus de position dominante continuera à occuper une place prépondérante dans le travail du Secrétariat puisque les trois quarts des enquêtes pendantes à fin 2003 ont (aussi) pour objet un possible abus de position dominante.

2. Communication concernant l'appréciation des contrats verticaux

a) Objet de la CommVert

Les principaux problèmes rencontrés avec les contrats verticaux se trouvent lorsqu'on est en présence de contrats interdisant des importations parallèles ou imposant des prix de revente. Pour être en mesure de qualifier les effets restrictifs des contrats verticaux sur la concurrence, il faut tenir compte de la concurrence entre les distributeurs (concurrence intra-marque), mais surtout de la concurrence entre les producteurs concurrents (concurrence inter-marques). La Comco considère que les contrats verticaux ont un effet notable sur la concurrence et sont illicites s'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, lorsqu'ils contiennent notamment des clauses ou des obligations qui a) prescrivent directement ou indirectement aux distributeurs des prix fixes ou minimums pour la revente de biens ou services b) limitent directement ou indirectement le territoire, la zone de distribution ou le cercle de la clientèle des distributeurs et c) limitent la vente au consommateur final lorsque cette limitation est imposée à un distributeur agréé dans le cadre d'un système de distribution sélective.

b) Statistiques par types de cas

Nombre total de cas:		120	100%
??	Cas clôturés car LCart inapplicable:	22	18%
??	Cas clôturés ou ouverture d'une enquête préalable lorsque LCart applicable:	58	49%
??	Cas actuellement en cours:	40	33%

b.1) En général

Le tableau ci-dessus reprend de manière synthétique tous les cas traités avec la CommVert depuis février 2002. Globalement, 120 cas sont en cours ou ont été clôturés. Dans 22 cas (18%), les affaires ont pu être réglées parce que la LCart ne s'appliquait pas. Dans neuf cas, il existait des prescriptions réservées selon l'article 3 LCart. Dans dix cas, l'applicabilité selon l'article 4 alinéa 1 LCart n'était pas donnée puisqu'il s'agit essentiellement de situations dans lesquelles les entreprises sont verticalement intégrées.

Dans 58 cas (49%), la CommVert a pu être appliquée et les observations de marché ont pu être clôturées pour trois raisons principales a) il y a absence de restriction à la concurrence (40 cas) b) il y a ouverture d'une enquête préalable (12 cas dont 8 sont déjà clôturées) et c) il y a un accord à l'amiable avec l'entreprise (6 cas).

Enfin, sur les 40 cas (33%) en cours de traitement, l'applicabilité de la LCart et de la CommVert doivent encore être vérifiées. Il est difficile de tirer des conclusions sur cet ensemble de cas, car le Secrétariat ne dispose pas pour l'heure de suffisamment d'information.

b.2) Motifs de clôture des cas

Il y a quatre raisons principales à la clôture des cas sous la CommVert: a) il ne s'agit pas d'un prix de revente imposé ou d'un prix minimum mais d'un prix recommandé. Ces prix recommandés servent uniquement de guide à la fixation des prix des revendeurs, puisqu'ils sont libres de fixer le prix au consommateur final b) les importations parallèles sont possibles et permettraient à tout revendeur de se fournir à l'étranger. Cette possibilité permettrait donc de se "libérer" d'une potentielle dépendance d'un fournisseur unique en Suisse (p.ex. importateur officiel). Cependant, dans la pratique, les revendeurs préfèrent généralement se fournir auprès du fournisseur actif en Suisse, essentiellement pour des motifs de coûts de transaction c) il y a ouverture d'une enquête préalable et d) il y a accord à l'amiable avec l'entreprise en question.

c) Statistiques des cas par secteur

Nombre total de cas:		120	100%
??	Biens de consommation:	100	83%
	Dont: Loisirs et culture	21	21%
	Electronique grand public	17	17%
	Biens alimentaires	12	12%
	Ventes par Internet	9	9%
	Autres	41	41%
??	Biens d'investissement:	15	13%
??	Construction:	5	4%

Une subdivision grossière des cas verticaux selon "biens de consommation", "d'investissement" ou "de construction" indique que la grande majorité des cas concerne des biens de consommation (83%). Parmi ceux-ci, une subdivision par groupes de produits indique une part importante de cas dans les domaines Loisirs et culture (21%), Electronique grand public (17%), Biens alimentaires (12%) et Ventes par Internet (9%). Le Secrétariat a donc traité de nombreux cas dans des secteurs où les attentes des médias ou du monde politique concernant les cas verticaux étaient importantes. Malgré cela, le Secrétariat n'a pas été en mesure d'identifier des cas problématiques au vu de la CommVert, ni d'ouvrir une seule enquête.

d) Synthèse sur les effets de la CommVert

En se limitant aux 76 cas clôturés, on constate que le Secrétariat n'a pas été en mesure de démontrer qu'il existait un contrat vertical illécite. Les raisons pour la clôture des cas se résument ainsi: a) dans 22 cas (29%) la LCart était inapplicable b) dans 48 cas (63%) il n'y avait pas de problème de concurrence et c) dans six cas (8%) il y a eu des accords à l'amiable.

L'effet préventif de l'introduction de la CommVert, bien que difficilement mesurable, n'est certainement pas négligeable. La CommVert a suscité, au moment de sa publication, des débats importants dans les communautés des affaires et des avocats. Ces débats et les publications qui en découlèrent ont poussé les milieux concernés à se conformer aux prescriptions de la CommVert, notamment en ce qui concerne la conclusion de nouveaux contrats verticaux.

C Activités dans les différents domaines économiques

1. Services

Dans le **domaine bancaire**, la Comco a ouvert une enquête concernant un projet de coopération entre le Crédit Suisse et la Banque Linth, lequel prévoyait notamment la migration de la Banque Linth sur la plate-forme informatique du Crédit Suisse. Le but de l'enquête était de démontrer si une collaboration entre une grande banque et une banque régionale dans le domaine de l'IT pouvait avoir des conséquences sur la concurrence et, cas échéant, lesquelles. En outre, dans ce cas d'espèce, les autres points de coopération en dehors du domaine de l'IT pouvaient poser problème. La Comco craignait que la coopération puisse servir de base pour une pratique concertée sur les prix, sur la répartition des marchés ou des clients. Suite au retrait de la Banque Linth du projet de coopération, l'enquête a été close sans suite le 19 mai 2003 (DPC 2003/3, p. 514 ss.). Le Secrétariat a en outre analysé dans le cadre d'une enquête préalable le projet de coopération entre l'UBS et la Poste dans le domaine des crédits. Faute d'une autorisation bancaire, la Poste ne peut pas proposer seule des crédits et est donc obligée de trouver des coopérations avec des instituts financiers dans ce domaine. La coopération prévoit la reprise par l'UBS du portefeuille de crédits. L'UBS est en outre compétente pour le risk- et capital management ainsi que pour le recovery management. L'enquête préalable a été close sans suite après que les partenaires à la coopération ont renoncé aux clauses qui auraient pu poser des problèmes concurrentiels (DPC 2003/2, p. 255 ss.). Enfin, la Comco a ouvert une enquête dans le domaine des cartes de crédit. Cette enquête a pour but de vérifier si la fixation commune de la commission d'interchange (domestic Interchange Fee) constitue une restriction illicite à la concurrence. Une Interchange Fee est une commission entre différentes entreprises de cartes de crédit.

Dans le **domaine des assurances**, l'année 2003 a permis de clore une enquête préalable concernant les assurances bâtiments. Bien que dans les années 1990 à 2000, à risque égal, les primes des assureurs bâtiments privés étaient généralement plus élevées que celles des établissements cantonaux d'assurance, le Secrétariat n'a pas trouvé d'indices d'un accord en matière de concurrence. Les différences de primes peuvent entre autres s'expliquer par les coûts de marketing et d'acquisition à charge des assureurs privés et par le fait que le capital risque des établissements cantonaux d'assurance ne doit pas - contrairement à celui des assureurs privés - être rémunéré (DPC 2003/4, p. 741 ss.). Le Secrétariat a ouvert une nouvelle enquête préalable le 3 novembre 2003 dans le domaine de la prévoyance professionnelle. En milieu d'année, la Winterthur Assurance, la Zurich Assurance, la Genevoise Assurance ainsi que la Helvetia Patria ont annoncé un nouveau taux de conversion dans le domaine de l'assurance professionnelle sur-obligatoire. Dès lors que les taux annoncés sont identiques, il y a lieu de vérifier l'existence d'indices d'un accord illicite.

Concernant le domaine des **professions libérales** et autres services professionnels, une décision a été rendue le 1^{er} décembre 2003 dans le cadre de l'enquête contre TicketCorner (cf. à cet égard chapitre B, à paraître in DPC). Le 6 janvier 2003, la Comco a mis un terme à l'enquête dirigée contre les moniteurs auto-école du canton des Grisons. Elle a à cette occasion constaté que les moniteurs avaient fixé les tarifs des cours de théorie et des leçons de conduite et restreint ainsi la concurrence de façon notable. La majorité des moniteurs concernés s'est engagée à mettre un terme au comportement incriminé, de sorte que la procédure a pu pour eux être clôturée au moyen d'un accord amiable (DPC 2003/2, p. 271 ss.). Par ailleurs, la Comco a rendu des mesures provisionnelles à l'encontre de l'exploitant de l'aéroport de Zurich (Unique) concernant Valet Parking (DPC 2004/1, p. 102 ss.) et a simultanément ouvert une enquête. Unique envisageait de ne plus mettre à disposition des deux offreurs de "off Airport"-Valet Parking de zones dans l'aéroport pour la fourniture de leurs services. Les offreurs de "off-Airport"-Valet Parking se chargent des véhicules de leurs clients, qu'ils viennent chercher à l'aéroport et parquent à l'extérieur à moindres coûts.

Dans le domaine de la **santé**, l'enquête "Test vétérinaires/Migros" a été menée à son terme (cf. à cet égard chapitre B, DPC 2003/4, p. 753 ss.). Le Secrétariat s'est en outre consacré à quatre autres enquêtes durant l'année 2003. La procédure "Registre de médecine empirique" examine si Eskamed SA abuse d'une éventuelle position dominante dans l'enregistrement des thérapeutes de la médecine complémentaire, dans la mesure où les conditions d'enregistrement ne sont pas identiques pour tous les thérapeutes. L'enregistrement leur permet de se faire rembourser leurs services par les assurances-maladie complémentaires. L'enquête sur la distribution de produits vétérinaires étudie

s'il existe un accord illicite en matière de concurrence entre les fabricants et les distributeurs de produits vétérinaires ainsi qu'avec les vétérinaires. Il existe des indices selon lesquels les fabricants et les distributeurs de produits vétérinaires ne vendent presque qu'exclusivement à des vétérinaires, excluant les pharmaciens de la distribution. L'enquête Assureurs - Weita SA analyse l'éventuelle existence d'un accord entre les assureurs. SantéSuisse, respectivement les membres de cette association, a conclu un contrat avec un fournisseur de produits contre l'incontinence, relatif au remboursement de ces derniers. Les produits d'autres entreprises doivent, le cas échéant, être remboursés au maximum aux mêmes conditions. Enfin, l'enquête ouverte en août 2003 contre les membres de l'association des cliniques privées du canton de Genève étudie la présence d'un éventuel accord portant sur la couverture des prestations hospitalières dans le domaine de l'assurance complémentaire. La Comco a par ailleurs confirmé dans un avis de droit destiné au Surveillant des prix l'applicabilité de la loi sur les cartels dans le domaine de la vente de produits médicaux (octroi de rabais) aux hôpitaux publics (DPC 2003/3, p. 623 ss.).

2. Infrastructures

En 2003, les fusions dans le domaine des médias et le secteur des télécommunications ont été au coeur des activités du service Infrastructures.

Dans le domaine des **médias** et de la **publicité**, la Comco a soumis de nombreux projets de concentrations à un examen approfondi. Ainsi, le projet de concentration entre Ringier AG et Edipresse, qui aboutissait à un contrôle commun de la SA Le Temps n'a pu être autorisé que moyennant des charges. Aux termes de celles-ci, tant le Président du Conseil d'administration de la SA Le Temps que celui de la SA Le Nouveau Quotidien ERL, par laquelle les deux éditeurs contrôlent la SA Le Temps, doivent être indépendants de Ringier AG et Edipresse. Par ailleurs, toutes les modifications dans l'actionnariat de ces deux sociétés sont soumises à l'approbation de la Comco. En outre, la Comco a imposé aux deux éditeurs de l'informer de tout accord de collaboration passé entre eux dans le domaine des médias francophones distribués en Suisse (DPC 2003/4, p. 794 ss.). Les autres procédures d'examen concernaient l'entrée d'Espace Media Groupe dans Bund Verlag AG, la reprise de 20 Minuten par Tamedia AG et Berner Zeitung AG ainsi que le projet de concentration entre Neue Luzerner Zeitung AG et Anzeiger Luzern AG. Cette dernière concentration a été retirée par les parties après l'ouverture de la procédure d'examen approfondi (à paraître in DPC), alors que les deux autres n'étaient pas encore terminées à la fin 2003. Dans le domaine des médias toujours, l'enquête menée contre Cablecom sur les conditions de diffusion du programme numérique de Teleclub a été poursuivie et l'enquête relative aux prix des

livres a été reprise, après que le Tribunal fédéral a renvoyé le dossier à la Comco pour nouvel examen (DPC 2002/4, p. 731 ss.).

Dans le domaine des **télécommunications**, la Comco a clos en 2003 l'enquête portant sur les services ADSL de Swisscom AG par une décision d'interdiction (cf. à cet égard chapitre B; à paraître in DPC). En revanche, la procédure de sanction menée contre Swisscom, qui avait pour objet d'examiner si Swisscom avait contrevenu à l'accord amiable relatif aux publicités jointes aux factures de raccordement, a été classée sans suite (DPC 2003/4, p. 836 ss.). Le 5 novembre 2003, la Comco a ouvert une procédure d'enquête contre Swisscom Directories AG. Elle devra examiner si les conditions auxquelles les données de base nécessaires à la publication d'annuaires et services y relatifs sont mises à la disposition des éditeurs d'annuaires concurrents sont conformes ou non à la législation sur les cartels. Par ailleurs, l'enquête relative aux taxes de terminaison (tarifs pour les communications entrantes) des opérateurs de téléphonie mobile a été poursuivie. La Comco a admis, dans une décision incidente, sa compétence dans cette affaire (DPC 2003/2, p. 387 ss.). Un recours a été formé contre cette décision auprès de la Commission de recours; il était pendant à fin 2003.

Dans le domaine de l'**électricité** et de l'**élimination des déchets**, le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 17 juin 2003, a soutenu l'avis de la Comco selon lequel les Entreprises électriques fribourgeoises abusent de leur position dominante en refusant de laisser transiter du courant d'une autre entreprise électrique sur leur réseau (DPC 2003/4, p. 925 ss.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis fondamentalement la possibilité d'ouvrir le marché de l'électricité par le biais de la loi sur les cartels. Suite à cet arrêt, les Entreprises électriques fribourgeoises ont déposé auprès du Conseil fédéral une demande d'autorisation exceptionnelle du refus de transit, fondée sur des motifs d'intérêt public. Le DFE a retiré l'effet suspensif à cette demande. Il est attendu globalement que l'arrêt du Tribunal fédéral ait un effet de signal. Afin de mieux évaluer ces effets sur le marché de l'électricité, le Secrétariat a entrepris une observation du marché en décembre 2003, dans laquelle il se renseigne auprès des opérateurs de réseaux et des gros consommateurs sur le thème du transit d'électricité. Par ailleurs, le Secrétariat est membre de la Commission d'experts et de groupes de travail chargés d'étudier, après le refus de la LME le 22 septembre 2002, les fondements d'une éventuelle réglementation future du secteur de l'électricité. Il a en outre poursuivi l'enquête relative aux partenariats de distribution d'Axpo. Dans le domaine de l'élimination des déchets, l'enquête sur les systèmes de recyclage de Swico et Sens a été au centre des activités en 2003.

Dans le domaine de l'**agriculture**, qui a été transféré dans le service Infrastructures au 1^{er} janvier 2003, l'enquête sur le marché de la viande a été au premier plan. Celle-ci se trouvait à fin 2003 proche de sa

conclusion. En accompagnant le groupe de travail "Transparence du marché" composé de grands distributeurs et de représentants de l'économie agricole, la Comco a pu agir préventivement déjà contre des accords susceptibles d'être problématiques du point de vue du droit de la concurrence. Dans le cadre de la procédure de consultation sur la Loi sur l'agriculture, la Comco s'est engagée pour une politique agricole orientée plus fortement que jusqu'alors vers les principes de la concurrence (DPC 2003/3, p. 611 ss.).

Dans d'autres domaines, le Secrétariat de la Comco a préparé à l'intention du seco une prise de position sur les aspects de politique de la concurrence de l'OSEC, collaboré à la mise en oeuvre de l'Accord sur le transport aérien avec l'UE et s'est prononcé dans le cadre de la consultation sur la prochaine Ordonnance sur la poste.

3. Industrie et Production

Durant l'année 2003, la mise en oeuvre des deux communications de la Comco, le commerce de détail, l'industrie horlogère ainsi que le secteur fromager ont été au centre des activités du service Industrie et production.

L'application de la communication générale de la Comco sur les **accords verticaux** de février 2002 ainsi que de la communication spéciale dans le domaine de la distribution automobile constitue un point fort des activités du service (cf. à cet égard chapitre B 2.). En ce qui concerne la communication générale, plus de 100 plaintes de concurrents, de clients et de consommateurs sont parvenues au Secrétariat. Un contrôle plus approfondi a été entrepris pour 82 des plaintes suffisamment étayées dont les 2/3 ont été liquidés au cours de l'année. Le Secrétariat a particulièrement suivi l'application de la communication pour le commerce automobile, en ce sens que le Secrétariat a donné une centaine de renseignements et conseils et a traité une vingtaine de plaintes. Une enquête préalable relative à l'ensemble de la branche a également été ouverte.

Dans le domaine du **commerce de détail**, le Secrétariat a procédé à un examen approfondi du rachat de Waro par Coop. La concentration a finalement été autorisée sans condition. La Comco a constaté qu'il existe actuellement une forte concurrence sur le marché du commerce de détail et l'entrée d'acteurs étrangers a insufflé une nouvelle dynamique sur ce marché. La Comco a plus particulièrement examiné si les deux grands distributeurs dans le domaine alimentaire étaient collectivement dominants. L'examen n'a pas révélé de comportement parallèle dans l'évolution des prix des distributeurs, ce qui indique que même les grands acteurs ne peuvent pas se comporter de manière indépendante des conditions du marché de la distribution. Dans ce contexte, la faible addition de part de marché suite au rachat de Waro ne mène pas à la création ou au renforcement d'une position domi-

nante sur les marchés de l'approvisionnement (DPC 2003/3, p. 559 ss.). L'enquête Coopforte ouverte en décembre 2001, puis suspendue pendant une année en raison des procédures de concentration Coop/Epa et Coop/Waro a été reprise en milieu d'année. Il s'agit de vérifier si Coop abuse d'une position dominante en prélevant un pourcentage de 0,5% sur les factures de ses fournisseurs.

Dans le domaine de **l'industrie horlogère**, la Comco a obligé en novembre 2002, au moyen de mesures provisionnelles, ETA SA Fabrique d'Ebauches à continuer les livraisons d'ébauches à ses clients (DPC 2002/4, p. 593 ss.). Le 17 février 2003, la Comco a rejeté la demande de modification ou complément de ces mesures que Sellita avait soumise au Secrétariat suite à l'annonce d'une augmentation des prix par ETA SA (DPC 2003/3, p. 504 ss.). La Comco a considéré qu'un dommage difficilement réparable à la concurrence ainsi qu'à la recourante n'a pas été rendu vraisemblable. Un recours contre la décision de rejet de la Commission de recours est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

Dans **le secteur fromager**, le Secrétariat a procédé à l'examen de la reprise par Emmi AG des activités de l'usine Swiss Dairy Food AG à Landquart qui se trouvait en sursis concordataire. Le 5 mars 2003, la Comco a autorisé la concentration sans charge ni condition (DPC 2003/4, p. 778 ss.). Ceci amène deux remarques: tout d'abord, la procédure du contrôle de concentration s'applique, même si la société reprise se trouve en sursis concordataire et par conséquent déjà dans une phase de restructuration. Ensuite, dans le but de coordonner la LCart avec la procédure de concordat, le commissaire a été associé à la procédure de contrôle de fusion, dans la mesure où il a confirmé qu'aucune autre offre d'achat à part celle d'Emmi n'avait été faite pour reprendre les activités de l'usine de Landquart.

Dans le domaine du **marché de la construction**, le Secrétariat s'est particulièrement concentré sur la réduction et l'élimination des effets liés aux systèmes de déclaration et d'échange d'informations relatives au marché ainsi que sur la problématique de la communication de prix (tarifs, etc.). Ainsi, dans le cadre d'un accord amiable, la Société Suisse des Entrepreneurs a éliminé de son règlement sur la concurrence toute disposition qui serait contraire au droit des cartels. En outre, des premières investigations ont été faites concernant d'éventuelles ententes dans le secteur du gravier, du ciment et du béton.

Enfin, de fréquentes concentrations d'entreprises dans le service Industrie et Production ayant une dimension internationale sans effet spécifique sur le marché suisse ont permis de définir une pratique optimisant les ressources: si les parties en donnent l'autorisation expresse (waiver), les autorités suisses peuvent collaborer avec les autorités européennes de la concurrence. Ainsi, le travail fourni par les parties et

les autorités se limite au strict nécessaire, comme cela a été le cas récemment dans l'affaire "Alcan/Pechiney".

4. Loi sur le marché intérieur

Dans le domaine du marché intérieur, la révision de la Loi sur le marché intérieur a été prioritaire en 2003. En tant que membre du groupe d'experts chargé de la révision, placé sous la direction du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie, le Secrétariat a participé de manière prépondérante à l'élaboration du projet de révision et du rapport explicatif en vue de la consultation des offices. Le Secrétariat a en outre traité plusieurs demandes de renseignements de privés et d'autorités en rapport avec la portée des différentes dispositions de la loi sur le marché intérieur.

Dans le domaine des marchés publics, le Secrétariat a participé activement à la révision de la législation sur les marchés publics. En tant que membre du comité directeur et du groupe de travail "Droit", il a traité de questions stratégiques et juridiques importantes du point de vue de la concurrence. Par ailleurs, le Secrétariat a participé à la concrétisation du nouveau concept de formation destiné aux responsables des achats de la Confédération qui avait été élaboré l'année précédente à la demande de la Commission des achats de la Confédération (CAC).

5. Tavaux concernant la base économique

Le Secrétariat a organisé en collaboration avec le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) la journée des économistes 2003, dont le thème était la politique de la concurrence. Les intervenants étaient, entre autres, les professeurs YVES FLÜCKIGER, PETER ZWEIFEL et CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER. Les collaborateurs scientifiques LUCIEN GARDIOL et PASCAL RAESS ont présenté au congrès de la Société suisse d'économie et de statistique leur étude sur la comparaison internationale de prix ("Révision de la loi sur les Cartels et niveau des prix en Suisse: Quels gains attendre?"). Le Secrétariat a préparé une directive concernant l'examen des fusions horizontales, qu'il a présentée à la Commission. Pour l'instant, il n'est pas encore déterminé dans quelle mesure ce texte lie la Commission.

6. Contacts internationaux

La Comco et le Secrétariat ont été en contact régulier avec les autorités de la concurrence européenne et américaine.

- ?? Les échanges d'information avec la Commission européenne (DG Comp) en ce qui concerne l'appréciation de concentrations d'entreprises internationales sont devenus courants.
 - ?? En ce qui concerne le domaine de l'antitrust, les autorités de la concurrence développent un échange de nature technique. Faute de base légale suffisante, le Secrétariat ne peut divulguer des informations qu'avec l'autorisation expresse des parties.
-

- ?? Le Secrétariat soigne ses contacts avec DG Comp et certains Etats membres de l'Union Européenne.
- ?? Cette année, trois collaborateurs scientifiques ont eu la possibilité d'effectuer un stage auprès de DG Comp.

L'année 2003 a été une année particulièrement intense au niveau des contacts internationaux. Le Secrétariat a pris une part active aux travaux de diverses organisations internationales, à savoir l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'International Competition Network (ICN), la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le Fond Monétaire International (FMI) et la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC). Les travaux les plus importants sont repris ci-dessous:

OCDE: Le Secrétariat a été actif au sein du CLP (Competition Law and Policy), du WP (Working Parties) 2/3 et du Joint Group on Trade and Competition en soumettant un grand nombre de contributions. De plus, il a participé au EDRC (Economic and Development Review Committee) en tant qu'examineur de la zone EURO. Finalement, la Suisse elle-même a fait l'objet d'un examen du EDCR.

ICN: Le Secrétariat a pris part à la 2^{ème} conférence annuelle de l'ICN qui s'est déroulée en juin 2003 à Mérida (Mexique). Il a activement participé aux tâches de différents groupes de travail, en particulier des "merger notification and procedures subgroup", "investigative techniques subgroup", "advocacy sectoral studies subgroup", "practical techniques subgroup" et "operational framework working group".

CNUCED: Le Secrétariat a collaboré à l'élaboration de la "Model Law on Competition". Il a en outre participé à des programmes de formation pour praticiens latino-américains (Brésil et Costa Rica). Finalement, l'année 2003 aura permis de voir aboutir un projet d'échange de stagiaires latino-américains pour les années à venir (en collaboration avec le seco).

OMC: Le Secrétariat a pris une part active au groupe de travail "Interaction commerce et politique de la concurrence" afin de permettre l'ouverture d'un round de négociations en vue d'un accord sur la concurrence au sein de l'OMC. L'échec de la conférence ministérielle de Doha en septembre 2003 n'a pas permis de faire aboutir ce projet cette année.

7. Perspectives

L'introduction de la révision de la Loi sur les cartels va probablement constituer l'essentiel des activités durant l'année 2004. L'expérience à l'étranger a montré que les entreprises faisaient fortement usage de la possibilité d'annoncer des entraves à la concurrence, et ce tout particulièrement au moment de l'introduction de cette possibilité. Le Secrétariat

riat a reçu la mission de traiter ces annonces rapidement mais avec attention.

Parallèlement, l'autorité de la concurrence va autant que possible clore les enquêtes en cours (voir chiffre E 4.) et ouvrir des enquêtes lorsque les enquêtes préalables ont révélé des indices d'entraves à la concurrence.

D Révision de la Loi sur les cartels

1. Etat de la révision

La mise au jour du cartel des vitamines constitue le véritable élément déclencheur qui a conduit le Conseil fédéral au début de l'année 2000 à charger un groupe de travail interne à l'administration de la rédaction d'un avant-projet de révision de la LCart. Cette commission d'experts a rendu l'avant-projet en été 2000. Le Conseil fédéral l'a mis en consultation de septembre à fin 2000. L'avant-projet a été retravaillé sur la base des résultats de la consultation. Le 7 novembre 2001, le Conseil fédéral a approuvé le message sur la révision de la Loi sur les cartels.

Le Parlement a approuvé la révision de la LCart (le Conseil National à 104 voix contre 42, le Conseil des Etats à 25 voix contre 2). Elle prévoit des sanctions directes contre les accords en matière de concurrence, horizontaux et verticaux, particulièrement dommageables et les abus de position dominante ainsi qu'un programme de clémence. Le vote final a eu lieu le 20 juin 2003.

Le délai référendaire, échu le 9 octobre 2003, n'a pas été utilisé. Enfin, les projets d'ordonnances d'application ont été mis en consultation restreinte. Après avoir effectué les amendements nécessaires, le Conseil fédéral pourra décider au début de l'année 2004 de la date d'entrée en vigueur de la loi révisée et de ses ordonnances d'application (prévue pour le 1^{er} avril 2004).

2. Eléments principaux de la révision

Les éléments principaux de la révision sont:

- l'introduction de sanctions directes en cas de cartels horizontaux ou verticaux "durs", ainsi qu'en cas d'abus de position dominante;
 - l'introduction d'un programme de clémence. Les entreprises qui participent à une infraction peuvent obtenir une réduction de la sanction encourue si elles coopèrent avec la Commission de la concurrence à la mise au jour et à la suppression de la restriction illicite à la concurrence;
 - une nouvelle présomption selon laquelle certaines formes d'accords sur les prix et sur l'attribution de territoires sont présumées supprimer la concurrence efficace;
-

- une précision de la notion de dominance du marché à l'article 4 alinéa 2 LCart, selon lequel le fait de "pouvoir se comporter de manière indépendante" peut se rapporter aux concurrents, fournisseurs ou acheteurs;
- l'abandon des valeurs-seuils jusqu'alors spécialement réduites pour l'obligation de notification des concentrations dans le domaine des médias;
- l'introduction de nouvelles méthodes d'enquête, en particulier des perquisitions, que le Secrétariat pourra entreprendre en présence de soupçons sérieux;
- un complément à la réserve de la législation sur la propriété intellectuelle de l'article 3 alinéa 2 LCart, qui permet l'application de la LCart aux restrictions portées aux importations parallèles;
- l'introduction d'un "article PME" (art. 6 al. 1 let. e LCart). Les conditions auxquelles des accords entre PME ayant pour but l'amélioration de leur capacité concurrentielle sont justifiables par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications.

D'autres points concernent l'adaptation au droit européen de la méthode de calcul des valeurs-seuils pour les banques et les intermédiaires financiers, une nouvelle base légale pour la perception d'émoluments ainsi qu'une base légale pour une évaluation périodique de l'application de la LCart.

3. Accords verticaux

Le nouvel article 5 alinéa 4 LCart doit, selon la volonté du Parlement, permettre de contrer l'exclusion contractuelle du marché suisse face à l'étranger.

Restrictions contractuelles à l'importation et à la concurrence.

Avec la Communication du 18 février 2002 concernant l'appréciation des accords verticaux, les autorités de la concurrence ont créé des règles pour l'évaluation des accords verticaux (DPC 2002/1, p. 404 ss.). Le nouvel article 5 alinéa 4 LCart ancre ladite communication de la Comco dans la loi. En fonction du contenu d'un accord vertical, la nouvelle LCart prévoit ce qui suit:

- a) Accords sur les prix de revente (accord vertical "dur"): La suppression de la concurrence efficace, soit en règle générale l'illicéité, est présumée en cas d'accords qui imposent aux commerçants des prix de revente minimaux ou fixes.
 - b) Accords verticaux sur la répartition de marchés (accord vertical "dur"): La suppression de la concurrence efficace est présumée en cas d'accords contenus dans des contrats de distri-
-

bution portant sur l'attribution de territoires, dans la mesure où des ventes dans ces territoires par des partenaires de distribution étrangers à ces territoires est exclue. Les systèmes de distribution (exclusive ou sélective) qui rendent les importations parallèles par des commerçants, respectivement l'importation directe par des personnes privées impossibles (territoire bénéficiant d'une protection absolue) sont visés par le législateur.

- c) Autres accords verticaux: Ces accords doivent être appréciés comme par le passé à la lumière de l'article 5 alinéa 1 LCart. Ils sont ainsi illicites lorsqu'ils entraînent une restriction notable à la concurrence et ne peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

4. Sanctions directes

Avec l'introduction de l'article 49a alinéa 1 LCart, la Comco pourra dans le futur imposer des sanctions directes dans certains cas de violation de la Loi sur les cartels.

Sanction uniquement pour les violations les plus graves. Des amendes ne pourront être prononcées directement que pour les contraventions les plus nuisibles à l'économie, soit en cas de participation à un cartel horizontal "dur" (art. 5 al. 3 LCart) ou à un accord vertical "dur" (art. 5 al. 4 LCart) ainsi qu'en cas d'abus de position dominante (art. 7 LCart).

La sanction maximale. Pour des motifs de sécurité du droit, il est important que la sanction maximale soit calculable facilement et sans ambiguïté. La sanction maximale s'élève à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en cause au cours des trois derniers exercices.

La sanction concrète. Aux termes de la loi, la durée, la gravité de la violation et, lorsqu'il peut être estimé, le gain résultant de la violation sont déterminants pour la fixation du montant de la sanction. L'ordonnance d'application précisera cette disposition.

Proportionnalité. Il serait contraire au but de la Loi sur les cartels qu'une intervention de la Comco ait pour effet de faire sortir du marché une entreprise "saine", par exemple parce que la sanction mènerait l'entreprise à la faillite. En revanche, l'appréciation des faits doit être différente lorsque l'entreprise ne pouvait se maintenir sur le marché qu'en raison de sa participation au cartel.

Possibilités d'éviter ou de réduire les sanctions. La nouvelle loi renforcée contient une série de dispositions qui permettent aux entreprises de prendre des mesures destinées à éviter la prise de sanctions directes à leur encontre:

- a) Chaque entreprise peut, volontairement, annoncer une restriction à la concurrence à l'autorité de concurrence, avant qu'elle ne déploie ses effets (art. 49a al. 3 let. a LCart). La réception de l'annonce par la Comco a pour effet d'éliminer d'une manière générale le risque d'une sanction directe. Ceci n'est toutefois valable que si, dans les cinq mois à compter de la réception de l'annonce, aucune procédure (enquête préalable ou enquête) n'est ouverte (procédure dite d'opposition).
- b) Lorsqu'une entreprise renonce à participer à un cartel ou à une restriction illicite à la concurrence ou l'annonce à l'autorité de concurrence dans le délai transitoire d'un an (soit 1 an à compter du 1^{er} avril 2004), aucune sanction directe ne sera en principe imposée (art. 49a, al. 1 LCart).
- c) Les conseils (payants) par le Secrétariat de la Comco (art. 23 al. 2 LCart) constituent une alternative simple et rapide à l'annonce (décrite sous let. a) ci-dessus).
- d) Le programme de clémence (cf. Paragraphe suivant).

5. Programme de clémence

Le programme de clémence permet à la Comco de renoncer en totalité ou partiellement à imposer une sanction directe à une entreprise qui a collaboré à la mise au jour et à la suppression d'un cartel auquel elle participait (art. 49a al. 2 LCart).

Etendue de la réduction. La libération totale de la sanction ne sera accordée qu'à l'entreprise qui coopère la première et de manière complète avec l'autorité et qui, par une auto-dénonciation mentionnant des éléments de faits, permet l'ouverture d'une procédure et d'apporter la preuve de la violation du droit des cartels. Si l'entreprise était le "meneur" ou l'instigateur du cartel, une libération totale de la sanction n'entre pas en ligne de compte. Une libération partielle de la sanction (jusqu'à 50%) peut être accordée aux entreprises qui offrent spontanément à l'autorité de la concurrence des informations et documents après qu'un autre membre du cartel a déjà déposé une auto-dénonciation spontanée.

Prévisibilité - sécurité. L'efficacité du programme de clémence dépend essentiellement de deux facteurs: premièrement, l'entreprise doit pouvoir déterminer par avance si et dans quelle mesure elle pourra bénéficier d'une libération de sanction. C'est pourquoi la possibilité pour les entreprises de procéder à une auto-dénonciation "hypothétique" a été aménagée. Ensuite, l'autorité doit garantir que la communication du Secrétariat informant l'entreprise du fait qu'elle remplit les conditions d'une libération de sanction (sous réserve d'une collaboration jusqu'à l'issue de la procédure), communication qui doit intervenir

directement après la réception de la dénonciation, sera maintenue dans le cadre de la décision finale.

E Organisation et statistiques

1. Comco

Durant l'année 2003, les changements suivants ont eu lieu dans la composition de la Comco: Madame HEIDI BRAVO-BAUMANN, représentante de l'Union Suisse des Paysans, et Madame CONSTANCE DE LAVALLAZ, représentante de la Fédération Romande des Consommateurs, ont démissionné à la fin de l'année. Les autres membres de la Commission ont été confirmés dans leurs fonctions pour une nouvelle durée de quatre ans, au cours de l'élection générale de décembre 2003.

La Comco a tenu vingt séances plénières au cours de l'année, durant lesquelles elle a notamment mené des auditions de parties avant le terme des procédures. Lors d'une journée interne sur le thème "Paysage de la presse entre aujourd'hui et demain", elle a été orientée par des experts de la branche sur les éventuels développements futurs du domaine de la presse.

2. Secrétariat

Aucune modification d'ordre organisationnel n'a été opérée au sein du Secrétariat durant l'année. Dans l'optique de l'entrée en vigueur de la Loi révisée sur les cartels, le Secrétariat s'est occupé d'analyser sa structure afin de l'adapter cas échéant aux nouvelles exigences. Des décisions à cet égard sont attendues pour le premier semestre 2004.

Le Secrétariat a en outre déménagé en février 2003 de l'Effingerstrasse 27 à la Monbijoustrasse 43.

Le Secrétariat occupait, à la fin 2003, 58 collaboratrices et collaborateurs (plein temps et temps partiel).

3. Statistique

a) Observations de marché, enquêtes préalables, enquêtes

Enquêtes	2002	2003
Menées durant l'année	23	23
Reprises de l'année précédente	9	19
Ouvertures	14	4
Décisions	4	5
dont adaptation du comportement	1	2
dont accords amiables	2	1
dont décisions de l'autorité	1	2
Mesures provisionnelles	4	2
Procédures de sanction	0	1
Enquêtes préalables	2002	2003
Menées durant l'année	38	46
Reprises de l'année précédente	18	27
Ouvertures	20	19
Clôtures	23	30
dont ouverture d'une enquête	9	4
dont accords amiables	6	7
dont sans suite	8	19
Observation de marché	2002	2003
Menées durant l'année	Pas de données	139
Terminées	Pas de données	95
Encore ouvertes	Pas de données	44

b) Concentrations d'entreprises

Concentrations	2002	2003
Notifications	42	30
Pas d'intervention après examen préalable	38	25
Examens préalables	4	5
Décisions de la Comco	0	2
Réalisations provisoires	2	1
Sanctions	1	0

c) Autres activités

Avis, recommandations et prises de position	2002	2003
Avis (art. 15 LCart)	2	0
Recommandations (art. 45 LCart)	1	2
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	2	2
Prises de position sur demandes de concession LRTV	15	12
LMI		
Recommandations/Enquêtes (art. 8 LMI)	1	0
Avis (art. 10 I LMI)	0	1
Conseils (Secrétariat)	7	6
Divers		
Suivi des affaires	3	2
Communications (art. 6 LCart)	2	0

4. Enquêtes traitées en 2003				
Enquête	Enquête ouverte en raison d'indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Distribution de médicaments vétérinaires	Accord de distribution exclusive illicite	25.05.2000	pendant	
Elektra Baselland	Refus illicite de transit d'électricité	04.08.2000	pendant	
Feldschlösschen/Coca Cola	Abus de position dominante dans la distribution de boissons	20.11.2000	pendant	
Moniteurs de conduite du canton des Grisons	Accord illicite sur les prix	19.11.2001	06.01.2003	Clôture par accord amiable partielle et décision constatant un accord illicite sur les prix
Coopforte	Abus d'une position dominante	03.12.2001	pendant	
Cartes de débit	Abus de position dominante. Interdiction de différenciation de prix en fonction du moyen de paiement	29.01.2002	pendant	
Médecine complémentaire "Registre de Médecine Empirique" (RME)	Position dominante. Entrave à l'accès ou l'exercice de la concurrence	31.01.2002	pendant	
Marché de la viande (viande de porc)	Abus de position dominante (collective). Imposition de prix inéquitables	01.02.2002	pendant	
CS/Bank Linth	Accord illicite	18.03.2002	19.05.2003	Après dissolution de l'accord de coopération initial, l'enquête a été déclarée sans objet et clôturée sans suite

Partenariats de distribution Axpo	Abus de position dominante à l'encontre de distributeurs finaux d'électricité	27.03.2002	pendant	
Tests ESB Migros	Abus de position dominante. Imposition de conditions commerciales inéquitables	12.04.2002	20.10.2003	Après une adaptation du comportement de la Migros, l'enquête a pu être clôturée.
TicketCorner	Abus de position dominante. Imposition de conditions commerciales inéquitables	18.04.2002	01.12.2003	Abus de position dominante de la part de Ticket-Corner
Swisscom (ADSL)	Abus de position dominante (Discrimination de revendeurs. Subventionnement croisé)	06.05.2002	15.12.2003	Abus de position dominante de la part de Swisscom
SWICO/S.EN.S	Accord illicite concernant l'évacuation de déchets électroniques	16.05.2002	pendant	
Teleclub/Cablecom	Abus de position dominante en raison de la non-diffusion de Teleclub Digital sur le réseau de CATV	23.09.2002	pendant	
Tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile	Position dominante des opérateurs de téléphonie mobile sur leurs réseaux et accords sur les prix (tarifs de terminaison)	15.10.2002	pendant	
ETA SA Fabrique d'Ebauches	Abus de position dominante à l'encontre des acheteurs d'ébauches de montres	04.11.2002	pendant	
Publicitas	Abus de position dominante en raison de discriminations	06.11.2002	pendant	
Prix des livres (Sammelrevers)	Accord illicite sur les prix (après l'arrêt du Tribunal fédéral, la Comco entreprend une analyse des motifs d'efficacité)	02.12.2002	pendant	
Remboursement de moyens et appareils dans l'assurance-maladie obligatoire	Accord illicite entre assureurs-maladie	27.03.2003	pendant	

Membres de l'association des cliniques privées genevoises	Accord illicite sur les prix lors de la facturation des prestations fournies dans les divisions privée et demi-privée	18.08.2003	pendant	
Swisscom Directories	Abus de position dominante dans la mise à disposition de données régulées aux concurrents de Swisscom Directories	04.11.2003	pendant	
Aéroport Zurich - Valet Parking	Abus de position dominante par non-attribution d'autorisations pour des services de parking	01.12.2003	pendant	Mesures provisionnelles contre l'aéroport de Zürich afin de maintenir l'état antérieur prises de la 1.12.2003
Interchange Fee	Accord illicite entre les systèmes de cartes de crédit relatif aux Interchange Fee	15.12.2003	pendant	

Annexe: Cas traités avec la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert)

a) Objet de la CommVert

En premier lieu, il convient de rappeler ici qu'avec la CommVert, la Comco entend clarifier les conditions et critères d'après lesquels elle va apprécier la notabilité des accords verticaux au regard de l'article 5 alinéa 1 LCart.

Sont définis comme accords verticaux au sens du chiffre 1 de la CommVert, les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) de deux ou plusieurs entreprises occupant des échelons du marché différents concernant les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre et revendre des biens ou des services.

Divers modes de relations entre entreprises peuvent ainsi tomber sous le champ d'application de la CommVert. On pense ici notamment aux accords de distribution, c'est-à-dire des conventions par lesquelles un fournisseur de biens ou de services confie à un tiers le soin de distribuer ces derniers aux consommateurs finaux. Plusieurs formes contractuelles sont envisageables, à titre d'exemple, on peut citer les concessions exclusives, les contrats de distribution sélective, d'agence ou de franchise.

Afin de faire parvenir les biens et services des producteurs aux consommateurs, deux systèmes de distribution sont possibles: le fabri-

cant peut soit s'occuper lui-même de la distribution (on parle alors d'intégration verticale par vente directe au client final) et mettre ainsi un terme au jeu de la concurrence intra-marque, soit la confier à d'autres entreprises. C'est dans ce dernier cas qu'on se trouve face à des restrictions verticales ou des accords verticaux contenus ou exprimés dans les contrats de distribution.

Les problèmes que les restrictions verticales peuvent soulever sous l'angle de la concurrence sont de plusieurs ordres. Pour être en mesure de qualifier les effets restrictifs des accords verticaux sur la concurrence, il faut tenir compte de la concurrence entre les distributeurs (concurrence intra-marque), mais aussi entre les producteurs concurrents (concurrence inter-marques). Dans ce contexte, il convient de relever que les accords verticaux sont avant tout problématiques lorsque la concurrence inter-marques est insuffisante.

Les principaux problèmes en termes de concurrence liés aux accords verticaux se trouvent lorsqu'on est en présence d'accords interdisant des importations parallèles (entraînant des cloisonnements de marché) et imposant des prix de revente.

Par accords induisant un cloisonnement des marchés au niveau du territoire national, on pense essentiellement aux restrictions qui se traduisent par une limitation pour les consommateurs finaux ou pour les distributeurs de s'approvisionner auprès d'un fournisseur de leurs choix notamment dans l'espace économique européen. Tombent également dans cette catégorie, les restrictions en matière de service après-vente et de ventes liées qui dissuadent les importations parallèles.

S'agissant maintenant des prix de revente imposés, seuls des prix fixes ou minimums sont per se notables et illicites s'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique.

La fixation du prix de revente couplée aux restrictions des importations parallèles provoquant le cloisonnement du marché met à mal la concurrence intra-marque et permet une discrimination par les prix sur un territoire donné (p.ex.: le territoire national) de la marque concernée.

b) Contenu de la CommVert

Aux termes de ces principes directeurs, sont considérés par la Comco comme restrictions notables à la concurrence, et partant illicites lorsqu'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, les accords verticaux contenant des clauses ou des obligations qui:

- prescrivent directement ou indirectement aux distributeurs des prix fixes ou minimums pour la revente de biens ou services;

- limitent directement ou indirectement le territoire, la zone de distribution ou le cercle de la clientèle des distributeurs;
- limitent la vente au consommateur final lorsque cette limitation est imposée à un distributeur agréé dans le cadre d'un système de distribution sélective;
- limitent les livraisons croisées à l'intérieur d'un système de distribution sélective entre distributeurs agréés, même s'il s'agit de distributeurs actifs à des échelons différents du marché;
- interdisent aux distributeurs de livrer des composants ou des pièces de rechange à des entreprises tierces;
- fixent une obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans pendant la durée du contrat ou supérieure à une année après l'expiration du contrat.

La CommVert contient également une règle dite de minimis (ch. 4). Selon cette disposition, la Comco considère les accords verticaux ne contenant pas de clauses ou d'obligations figurant sur la liste sus-évoquée comme étant des cas d'importance mineure (Bagatellfälle) dans la mesure où les parts de marché de toutes les entreprises participantes ne dépassent pas, sur aucun marché considéré, le seuil de 10%. En d'autres termes, la disposition dite de minimis définit les catégories d'accords dont l'importance est trop faible pour avoir un effet sensible sur la concurrence.

c) Statistiques par types de cas

Nombre total de cas

(plaintes reçues par écrit avec justifications): **120 100%**

? **Cas clôturés avec LCart inapplicable: 22 18%**

Dont:	Etat de fait pas établi	3	14%
	Tombe sous art. 3 LCart	9	41%
	Intégration verticale	10	45%

? **Cas clôturés ou ouverture d'une enquête**

préalable avec LCart applicable: 58 49% EP¹ AA PPC

Dont:	Chiff. 3 let. a CommVert	14	24%	3	-	11
						(4 cas avec IP possibles) ²
	Chiff. 3 let. b CommVert	30	52%	7	-	23
						(6 cas avec IP possibles)
	Chiff. 3 let. c CommVert	11	19%	2	5	4 ³
	Chiff. 3 let. d CommVert	1	2%	-	-	1
	Chiff. 3 let. e CommVert	2	3%	-	1	1
	Chiff. 3 let. f CommVert	0	0%	-	-	-
				12 ⁴	6	40
				(21%)	(10%)	(69%)

? **Cas en cours: 40 33%**

Dont	Chiff. 3 let. a CommVert	7	18%
(prognostic):	Chiff. 3 let. b CommVert	19	48%
	Chiff. 3 let. c CommVert	3	7%
	Chiff. 3 let. d CommVert	0	0%
	Chiff. 3 let. e CommVert	1	2%
	Chiff. 3 let. f CommVert	0	0%
	Pas de pronostic	10	25%

Remarques:

- Les enquêtes préalables encore ouvertes ont été rangées sous la rubrique "cas clôturés" car il est déjà possible de savoir quel article de la CommVert est applicable. Si on avait classé ces affaires sous la rubrique "cas en cours", on aurait comparé des tendances avec des certitudes, ce qui n'aurait permis aucune conclusion valable.
- La distinction selon chiffre 3 lettres a et b n'est pas toujours aisée. En cas de doute, les cas sont attribués à la lettre b.

¹ Légende: EP = enquête préalable/AA = accord amiable/PPC = pas de problème concurrentiel/IP = importations parallèles.

² "IP possibles" signifie que les importations parallèles sont légalement (ou contractuellement) possibles. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elles existent en pratique dans le secteur en question. Pour trancher cette question, des analyses plus détaillées seraient nécessaires.

³ Dont une "consultation" (Bugaboo frog).

⁴ Dont 8 sont clôturées: Nivea Deostick, Tintenstrahldrucker, Tracteurs, AEG, Miele, Mars, Cablecom-Fust et Manfrotto.

c.1 En général

Le tableau ci-dessus reprend de manière synthétique tous les cas traités sous l'angle de la CommVert depuis février 2002. Globalement, 120 cas sont en cours ou ont été clôturés.

Dans 22 cas (18%), les affaires ont pu être réglées parce que la LCart ou la CommVert ne s'appliquait pas. Dans neuf cas, il existait des prescriptions réservées selon l'article 3 LCart. Dans dix cas, l'applicabilité selon l'article 4 alinéa 1 LCart n'était pas donnée. Il s'agit essentiellement de situations dans lesquelles les entreprises sont verticalement intégrées. Cette dernière caractéristique signifie que les relations entre différents niveaux de la chaîne de valeur (notamment: production et distribution) ne passent pas par un marché mais représentent une transaction interne à l'entreprise. Dans ce cas, il n'y a pas de contrat au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart. Ainsi, selon la structure de l'entreprise (verticalement intégrée ou non), l'application de la CommVert est possible ou ne l'est pas. Une application trop dogmatique de la CommVert pourrait dans certain cas constituer une incitation à l'intégration verticale pour les entreprises. Suivant cette hypothèse, les entreprises en question ne seraient plus soumises à la LCart ou à la communication. Enfin, dans trois cas, l'état de fait n'a pas pu être clarifié par manque d'informations des plaignants et les cas ont dû être abandonnés.

Dans 58 cas (49%), la CommVert a pu être appliquée et les observations de marché ont pu être clôturées pour trois raisons:

- Ouverture d'une enquête préalable (12 cas dont 8 sont déjà clôturés);
- Accord à l'amiable (6 cas);
- Absence de restriction à la concurrence (40 cas).

Ces cas représentent la base de travail pour la suite de l'analyse puisqu'ils constituent les cas clôturés sur lesquels il est possible de tirer des conclusions générales. La discussion est structurée sur la base des règles définies au chiffre 3 de la CommVert, à savoir les lettres a-f.

Enfin, sur les 40 cas (33%) en cours de traitement, l'applicabilité de la LCart et de la CommVert doivent encore être vérifiées. Il est difficile de tirer des conclusions sur cet ensemble de cas, nous nous trouvons en effet face à diverses situations:

- ?? La plainte vient de parvenir au Secrétariat;
- ?? Les questionnaires viennent d'être envoyés;
- ?? Les réponses aux questionnaires sont parvenues au Secrétariat mais n'ont pas encore pu être analysées.

En résumé, on ne dispose pas actuellement de suffisamment d'information sur ces cas.

c.2 CommVert Ch. 3

Pour toutes les observations de marché clôturées ou qui ont débouché sur une enquête préalable, il ressort du tableau ci-dessus que 95% des cas touchent le chiffre 3 lettres a, b, ou c CommVert. Ainsi, le chiffre 3 lettres d, e ou f CommVert n'est presque jamais concerné par les cas pratiques. Par ailleurs, aucun des trois cas (sur 58) n'a mené à une enquête préalable. Le chiffre 3 lettres d, e ou f CommVert semble donc constituer un problème marginal dans la problématique des accords verticaux. Ces cas ne seront donc pas discutés de manière plus détaillée dans ce rapport.

Le chiffre 3 lettres a, b, ou c CommVert englobe la très grande majorité des cas rencontrés dans la pratique du Secrétariat.

a) *Fixation d'un prix de revente imposé ou d'un prix minimum (let. a)*

14 cas (24%) tombent sous le champ d'application du chiffre 3 lettre a CommVert. Parmi ceux-ci, trois cas ont mené à des enquêtes préalables dont deux sont actuellement en cours. Dans les 11 autres cas, une absence de restrictions à la concurrence a été constatée. Les raisons pour lesquelles ces cas ont pu être clôturés sont de deux ordres:

Il ne s'agit pas d'un prix de revente imposé ou d'un prix minimum mais d'un prix recommandé, sans obligation d'application et sans mécanisme de sanction associé. Les prix recommandés servent uniquement de guide à la fixation des prix des revendeurs, mais le détaillant est libre de fixer le prix au consommateur final.

Les importations parallèles sont possibles et permettraient à tout revendeur de se fournir à l'étranger (auprès d'un distributeur/fournisseur). Cette possibilité permettrait donc de se "libérer" d'une potentielle dépendance d'un fournisseur unique en Suisse (importateur officiel). Cependant, dans la pratique et en général, les revendeurs préfèrent se fournir auprès du fournisseur actif en Suisse, essentiellement pour des motifs de coûts de transaction⁵.

b) *Territoire exclusif (let. b)*

30 cas (52%) tombent sous le champ d'application du chiffre 3 lettre b CommVert. Parmi ceux-ci, sept cas ont mené à une enquête préalable dont six ont déjà été clôturées. Pour les 23 cas restants, aucune restriction à la concurrence n'a été constatée.

⁵ Voir notamment les enquêtes préalables Nivea Deo Sticks (DPC 2004/1, p. 85 ss.), Mars (DPC 2004/1, p. 93 ss.) et Tintenstrahldrucker (DPC 2003/4, p. 732 ss.).

La raison pour laquelle ces cas ont pu être clôturés est la suivante: comme nous l'avons déjà mentionné sous le point 29b, les importations parallèles sont possibles et permettraient à tout revendeur de se fournir auprès d'une entreprise à l'étranger (distributeur). Il n'y a donc pas d'octroi d'une exclusivité territoriale à certains revendeurs.

c) Distribution sélective (let. c)

11 cas (19%) tombent sous le champ d'application du chiffre 3 lettre c CommVert. Parmi ceux-ci, deux enquêtes préalables ont été ouvertes, dont une a déjà pu être clôturée. Dans les neuf autres cas, cinq ont été clôturés par des accords à l'amiable, et quatre suite au constat de l'absence de restrictions à la concurrence.

Il est intéressant de remarquer que c'est dans les cas de la distribution sélective que le Secrétariat a abouti à des accords amiables. D'après les informations du Secrétariat, les raisons tiennent au fait que dans les systèmes de distribution sélective, le nombre de revendeurs agréés est relativement élevé.

La nature des plaintes reçues par le Secrétariat dans ce domaine est typiquement celle d'un revendeur non-agréé qui souhaiterait vendre un/des produit(s) d'une marque. Après avoir essuyé un refus auprès du fournisseur, le revendeur se tourne vers le Secrétariat.

A la suite de l'intervention du Secrétariat (s'appuyant notamment sur la jurisprudence européenne relative à la possibilité d'accession pour un détaillant à un réseau de distribution, ceci dans la mesure où le vendeur respecte certains critères qualitatifs similaires à ceux caractérisant les détaillants déjà distributeurs de la marque concernée), les fournisseurs acceptent dans la majorité des cas un arrangement à l'amiable.

c.3 CommVert Ch. 4

Depuis le début de l'année 2002, la casuistique ne révèle aucun cas traité sur la base du chiffre 4 CommVert. Il y a probablement plusieurs raisons à cela:

La formulation du chiffre 3 lettres a, b et c CommVert est assez générale et la plupart des cas tombent sous l'une de ces trois lettres, comme cela a été discuté plus haut. De plus, une application du chiffre 3 est plutôt avantageuse pour le Secrétariat en comparaison du chiffre 4, puisque la notabilité est assez rapidement établie, ce qui n'est pas le cas avec le chiffre 4.

Si toutefois un cas ne devait pas tomber dans le champ d'application du chiffre 3 CommVert, il y a toujours la possibilité d'utiliser le chiffre 4 CommVert. Certains cas n'atteignent cependant pas le seuil de 10% des parts de marché et par conséquent la CommVert n'est pas applicable. De plus, l'existence d'un seuil de parts de marché sous-entend la nécessité de définir les marchés de produits et géographique, ce qui se

fait grâce à l'envoi des questionnaires et exige ainsi l'engagement de certaines ressources.

c.4 CommVert Ch. 5

Le chiffre 5 de la CommVert contient une liste des motifs d'efficacité économique qui justifieraient l'existence de certains accords verticaux. Depuis le début de l'année 2002, il n'y a pas eu de cas traité sur la base du chiffre 5 CommVert, pour les raisons suivantes:

Les observations de marché qui ont été clôturées ont pu l'être sur la base de trois motifs déjà évoqués:

- ?? Les problèmes concurrentiels étaient inexistant;
- ?? La signature d'un accord amiable;
- ?? L'ouverture d'une enquête préalable.

Dans tous ces cas, il n'a pas été nécessaire d'en venir à l'analyse des justificatifs pour des motifs d'efficacité économique.

Pour les enquêtes préalables clôturées et en cours, une analyse des motifs d'efficacité économique n'a jamais été faite de manière détaillée. La raison principale est que le problème concurrentiel a pu être écarté suite à une analyse plus détaillée des contrats verticaux. Il est à relever également qu'aucune des enquêtes préalables n'a débouché jusqu'ici sur l'ouverture d'une enquête. La raison est qu'il n'y avait pas d'indices à même de justifier l'ouverture d'une enquête.

Enfin, bien que le chiffre 5 n'ait jamais été appliqué dans un rapport final ou une décision, il n'en a pas moins été pris en compte par le Secrétariat lors de ces questionnaires aux entreprises. Ainsi, le Secrétariat a pu anticiper ce qu'aurait pu être l'analyse des motifs de justification économique dans un stade plus avancé de l'observation de marché ou de la procédure.

d) Statistiques des cas par secteur

Nombre total de cas

(plaintes reçues par écrit avec justifications)	120	100%
? Biens de consommation:	100	83%
Dont: Loisirs et culture	21	21%
Electronique grand public	17	17%
Biens alimentaires	12	12%
Ventes par Internet	9	9%
Soins et hygiène	7	7%
Habillement et chaussures	6	6%
Montres	4	4%
Meubles	3	3%
Autres	21	21%
? Biens d'investissement:	15	13%
? Construction:	5	4%

L'analyse de l'ensemble des cas verticaux qui ont été notifié au Secrétariat peut aussi se faire selon le secteur économique. Une première subdivision selon qu'on ait affaire à des biens de consommation, d'investissement ou de construction indique que la grande majorité des cas concernent des biens de consommation (100 cas représentant 83% du total).

Parmi les biens de consommation, une deuxième subdivision par principaux groupes de produits indique une part importante de cas dans les domaines Loisirs et culture (21%), Electronique grand public (17%) et Biens alimentaires (12%). Les cas de produits vendus par Internet (tous produits confondus) sont également significatifs (9%). Il est à noter que la structure des cas par secteur économique dans le domaine vertical diffère largement de la structure du panier de la ménagère (p.ex. selon la définition de l'Office fédéral de la Statistique). Les différences principales tiennent à l'absence de postes tels que loyer du logement, santé ou restauration et hôtellerie.

Le Secrétariat a traité de nombreux cas dans des secteurs où les attentes des médias ou du monde politique concernant les cas verticaux étaient importantes, par exemple pour les biens de Loisirs et culture ou d'Electronique grand public. Malgré le nombre significatif de cas traités dans ces deux secteurs (une quarantaine en tout) le Secrétariat n'a pas été en mesure d'identifier des cas problématiques au vu de la CommVert.

e) Synthèse sur les effets de la CommVert

L'expérience depuis février 2002 montre que 95% des cas dans le domaine des verticaux touchent le chiffre 3 lettres a, b, ou c CommVert. Le chiffre 3 lettres d, e ou f CommVert n'est pratiquement jamais concerné (3 cas sur 58) et n'a jamais mené à une enquête préalable. Le chiffre 3 lettres d, e ou f CommVert constitue donc un problème marginal dans la problématique des accords verticaux.

Parmi les 120 cas de plaintes recensés par le Secrétariat, 76 cas ont pu être clôturés sans suite, quatre cas sont actuellement en enquêtes préalables et dans 40 cas, la procédure n'est pas suffisamment avancée pour se prononcer.

Si l'on se limite aux 76 cas clôturés, il faut distinguer différents motifs pour la clôture des cas:

- ?? 22 cas (29%) ont pu être clôturés parce que la LCart était inapplicable;
 - ?? 48 cas (63%) ont montré qu'il n'y avait pas de problème de concurrence (p.ex. possibilité d'importations parallèles, prix recommandés et non pas prix de revente imposés);
 - ?? 6 cas (8%) ont mené à des accords amiables.
-

Un accord amiable ne signifie pas nécessairement qu'une entrave notable à la concurrence a été constatée ou que l'absence de motifs d'efficacité économique a été démontré. Si l'on se limite donc aux seuls cas clôturés, aucun accord vertical illicite n'a pu être démontré jusqu'ici. De plus, aucun cas n'a mené à l'ouverture d'une enquête. Huit enquêtes préalables sur 12 ont été clôturées, et les quatre enquêtes préalables restantes ne semblent pas indiquer d'indices qui justifieraient l'ouverture d'une enquête.

Par l'adoption même de la CommVert la sécurité juridique en matière d'appréciation des accords verticaux a été améliorée. D'autre part, ce texte permet de préciser la pratique de la Comco en la matière.

L'analyse par secteur économique indique une majorité de cas pour les biens de consommation (100 cas sur 120, soit 83%). Parmi ces biens, une part significative concerne les domaines Loisirs et culture (21%) et Electronique grand public (17%). Le Secrétariat a traité une quarantaine de cas dans ces deux secteurs qui étaient précisément des secteurs où les attentes des médias ou du monde politique pour les cas verticaux étaient importantes. Malgré cela, le Secrétariat n'a pas été en mesure d'identifier des cas problématiques au vu de la CommVert.

Par contre, la pratique du Secrétariat a été largement enrichie de par la quantité et la variété des cas traités depuis début 2002. Ceci permet un conseil plus efficace aux entreprises qui mettent leurs contrats en consultation auprès de l'autorité de la concurrence. En 2004, cette compétence améliorée du Secrétariat pourrait s'avérer fort utile dans la perspective de la mise en oeuvre de la nouvelle loi notamment de son article 5 alinéa 4 qui correspond aux chiffres 3 lettres a, b et c CommVert.

Un des problèmes rencontrés avec l'application de la CommVert fut celui du traitement non-neutre des cas verticaux selon qu'ils concernent une entreprise intégrée verticalement ou non. En cas d'intégration, la CommVert n'est pas applicable, puisqu'il s'agit alors d'une transaction interne à l'entreprise. Ce traitement différencié constitue alors, comme nous l'avons déjà dit, une incitation à l'intégration verticale.

Enfin, l'effet préventif de l'introduction de la CommVert, bien que difficilement mesurable, n'est certainement pas négligeable. La CommVert avait suscité, notamment au moment de sa publication, des débats importants dans les communautés des affaires et des avocats. Les débats et les publications qui en découlèrent ont poussé les milieux concernés à se conformer aux prescriptions de la CommVert.

A 1	3. Rapporto annuale 2003 della Commissione della concorrenza
-----	---

A Introduzione

Nel 2003 le priorità della Commissione della concorrenza (Comco) si sono concentrate su due settori: la lotta all'abuso delle posizioni dominanti sul mercato e la valutazione degli accordi verticali in termini di diritto della concorrenza. In relazione all'abuso delle posizioni dominanti sul mercato tre inchieste sono sfociate nel 2003 in una decisione di divieto e in un adeguamento del comportamento; inoltre, in un ulteriore procedimento sono state disposte delle misure cautelari. Nell'ambito degli accordi verticali le autorità in materia di concorrenza hanno elaborato un primo rapporto provvisorio sull'applicazione della comunicazione relativa alla valutazione di accordi verticali in termini di diritto della concorrenza. In questo rapporto provvisorio la Comco e la sua segreteria (segreteria) comunicano il numero di casi trattati, il tipo di accordi verticali che comportano più spesso dei problemi e le modalità di chiusura dei primi casi (si veda a questo proposito il capitolo B). Oltre alle priorità già citate la Comco e la segreteria si sono occupate di una serie di ulteriori problemi in relazione al diritto della concorrenza. Un riassunto al capitolo C fornisce informazioni sulle attività dell'anno passato.

Dal punto di vista della politica della concorrenza il 2003 è stato un anno all'insegna della revisione della legge sui cartelli. Quest'ultima è stata approvata in Parlamento il 20 giugno 2003 e contribuisce a rafforzare la legge sui cartelli grazie all'introduzione di sanzioni dirette per le più gravi forme di limitazione alla concorrenza e a nuove disposizioni di diritto materiale. In seguito all'approvazione della revisione, le innovazioni sono state presentate a un'ampia cerchia di interessati per mezzo di una campagna informativa. I rappresentanti della Comco e della segreteria sono riusciti a presentare entro la fine del 2003 i principali punti della revisione in oltre 40 manifestazioni. Alla revisione della legge sui cartelli è dedicata una sezione a parte del rapporto annuale (si veda a questo proposito il capitolo D).

Il rapporto annuale si conclude con delle informazioni sull'organizzazione della Comco e della segreteria, con le statistiche dei casi e con un elenco delle inchieste pendenti alla fine del 2003 (si veda a questo proposito il capitolo E).

B Priorità

1 Abuso della posizione dominante sul mercato

Una gran parte del loro lavoro la Comco e la segreteria l'hanno dedicata nel 2003 alla lotta contro l'abuso delle posizioni dominanti. Han-

no così potuto essere concluse tre inchieste e disposte delle misure cautelari in un ulteriore procedimento:

Esclusività (TicketCorner): i contratti di TicketCorner con gli organizzatori delle manifestazioni prevedeva sinora una clausola di esclusività, che obbligava gli organizzatori a distribuire per diversi anni tutti i biglietti di tutte le loro manifestazioni tramite TicketCorner. Agli organizzatori delle manifestazioni in questione non era pertanto possibile distribuire una parte dei loro biglietti attraverso un altro concorrente di TicketCorner. Nella sua inchiesta la Comco è giunta alla conclusione che TicketCorner detiene una posizione dominante sul mercato dei sistemi di distribuzione dei biglietti, di cui abusa attraverso l'imposizione di clausole di esclusività. Tale comportamento è stato vietato con una decisione del 1° dicembre 2003.

Discriminazione (servizi ADSL di Swisscom): la Comco, con una decisione del 15 dicembre 2003, ha obbligato Swisscom a rinunciare al suo sistema di sconti, che concedeva a Bluewin rispetto ai suoi concorrenti tariffe più basse per l'utilizzo della rete. La Comco è giunta alla conclusione, che Swisscom detiene sul mercato all'ingrosso dei servizi a banda larga una posizione dominante. Inoltre la Comco ha stabilito che gli sconti causano una discriminazione e non sono giustificati da motivi di efficienza economica. La decisione intende mantenere la concorrenza sul mercato dei servizi a banda larga in forte crescita.

Esclusione dal mercato (Migros/Test veterinari BSE): l'oggetto dell'inchiesta sui "test veterinari BSE/Migros" è stata la prassi seguita dalla Migros di imporre ai macelli in quale laboratorio e a quale tariffa effettuare i test sulla BSE. Poiché la carne fornita alla Migros non poteva essere selezionata nel processo di macellazione, le condizioni della Migros si applicavano a tutta la carne di manzo lavorata nei macelli interessati. L'inchiesta ha rivelato che la Migros, in qualità di richiedente dei test sulla BSE, detiene una posizione dominante sul mercato e le condizioni di accettazione della Migros portano alla soppressione della concorrenza tra i laboratori di analisi e all'esclusione dei laboratori. Il procedimento è stato archiviato il 20 ottobre 2003 dopo che la Migros ha disdetto i contratti con i laboratori e si è impegnata a concederli per il futuro in appalto.

Nel 2004 la lotta all'abuso delle posizioni dominanti continuerà a rivestire grande importanza. Infatti, tre quarti delle inchieste pendenti alla fine del 2003 riguardano (anche) un possibile abuso della posizione dominante sul mercato.

2 Comunicazione relativa alla valutazione degli accordi verticali

a) Oggetto della CommVert

I principali problemi riscontrati in relazione agli accordi verticali si verificano nei contratti, che vietano importazioni parallele o impongono dei prezzi di rivendita. Per qualificare gli effetti restrittivi degli accordi verticali in materia di concorrenza, occorre tener conto della concorrenza tra i distributori (concorrenza fra prodotti della stessa marca), ma soprattutto della concorrenza tra i produttori concorrenti (concorrenza fra marche). La Comco ritiene che gli accordi verticali abbiano un notevole effetto sulla concorrenza e che sono illeciti se non sono giustificati da motivi di efficienza economica, qualora contengano in particolare clausole o obblighi che a) impongano direttamente o indirettamente ai distributori dei prezzi fissi o minimi alla rivendita di beni o servizi; b) limitino direttamente o indirettamente il territorio, la zona di distribuzione o la cerchia di clienti dei distributori e c) limitino la vendita al consumatore finale nel momento in cui questo limite sia imposto a un distributore autorizzato nell'ambito di un sistema di distribuzione selettivo.

b) Statistiche secondo i tipi di caso

Numero complessivo dei casi:	120	100%
?? Casi chiusi per inapplicabilità della LCart:	22	18%
?? Casi chiusi o avvio di un'inchiesta preliminare in caso di applicabilità della LCart:	58	49%
?? Casi attualmente in corso:	40	33%

b.1) In generale

La tabella sopra riportata riprende in maniera sintetica tutti i casi trattati con la CommVert da febbraio 2002. Sono complessivamente 120 i casi in corso oppure chiusi. 22 casi (18%) hanno potuto essere chiusi per inapplicabilità della LCart. In nove casi vi erano delle prescrizioni riservate in base all'articolo 3 LCart. In dieci casi non vi era applicabilità ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 della LCart, poiché si trattava essenzialmente di situazioni di aziende integrate verticalmente.

In 58 casi (49%) si è potuta applicare la CommVert e le osservazioni di mercato hanno potuto essere chiuse per tre motivi principali: a) mancanza di limitazioni alla concorrenza (40 casi) b) apertura di un'inchiesta preliminare (12 casi di cui 8 già chiusi) e c) conciliazione con l'azienda (6 casi).

Infine, su 40 casi (33%) in corso di elaborazione l'applicabilità della LCart e della CommVert deve ancora essere accertata. È difficile trarre delle conclusioni in base a questo insieme di casi, poiché la segreteria non dispone, per il momento, di informazioni sufficienti.

b.2) Motivi di chiusura dei casi

Vi sono quattro motivi principali di chiusura dei casi secondo la CommVert: a) non si tratta di un prezzo di rivendita imposto o di un prezzo minimo raccomandato. Questi prezzi raccomandati servono unicamente da guida per la determinazione dei prezzi dei rivenditori, poiché questi sono liberi di stabilire il prezzo per il consumatore finale; b) le importazioni parallele sono possibili e permetterebbero a tutti i rivenditori di rifornirsi all'estero. Questa possibilità permetterebbe dunque di "liberarsi" da un'eventuale dipendenza da un fornitore unico in Svizzera (p.es. un importatore ufficiale). Tuttavia, nella pratica, i rivenditori preferiscono generalmente rifornirsi presso un fornitore attivo in Svizzera, principalmente a causa dei costi di transazione; c) vi è l'apertura di un'inchiesta preliminare e d) esiste un accordo consensuale con l'azienda in questione.

c) Statistiche di casi per settore

Numero complessivo dei casi:		120	100%
??	Beni di consumo:	100	83%
	Di cui: Tempo libero e cultura	21	21%
	Elettronica di consumo	17	17%
	Generi alimentari	12	12%
	Vendite attraverso Internet	9	9%
	Altro	41	41%
??	Beni d'investimento:	15	13%
??	Costruzione:	5	4%

Una suddivisione grossolana dei casi verticali in "beni di consumo", "d'investimento" o "di costruzione" evidenzia che la maggior parte dei casi riguarda beni di consumo (83%) di cui una percentuale importante riguarda i casi nel campo del tempo libero e della cultura (21%), dell'elettronica di consumo (17%), dei generi alimentari (12%) e delle vendite via Internet (9%). La segreteria si è dunque occupata di numerosi casi nei settori in cui le attese dei media o del mondo politico erano importanti. Ciononostante la segreteria non è stata in grado di individuare casi problematici secondo la CommVert, né di avviare una sola inchiesta.

d) Sintesi degli effetti della CommVert

Limitandoci ai 76 casi chiusi, si constata che la segreteria non è stata in grado di dimostrare l'esistenza di un contratto verticale illecito. I motivi per la chiusura dei casi si riassumono così: a) in 22 casi (29%) la LCart non era applicabile b) in 48 casi (63%) non vi erano problemi di concorrenza e c) in 6 casi (8%) vi sono stati delle conciliazioni.

L'effetto preventivo dell'introduzione della CommVert, sebbene difficilmente misurabile, non è certamente trascurabile. La CommVert ha suscitato, al momento della sua pubblicazione, importanti dibattiti in

seno mondo degli affari e degli avvocati. Tali dibattiti e le pubblicazioni hanno spinto gli ambienti interessati a conformarsi alle prescrizioni della CommVert, in particolare per quanto concerne la stipulazione di nuovi accordi verticali.

C Attività nei diversi rami economici

1. Servizi

Per quanto riguarda il **settore bancario** la Comco ha analizzato un progetto di cooperazione tra il Credit Suisse e la Bank Linth, che prevedeva tra l'altro l'adesione della Bank Linth alla "piattaforma" IT del Credit Suisse. L'inchiesta intendeva verificare se una collaborazione nel settore IT fra una grande banca e una banca regionale potesse influire sulla concorrenza e, in caso affermativo, quali fossero le conseguenze. Dei dubbi sono sorti circa l'esistenza di settori di cooperazione esulanti dalla collaborazione IT. La Comco temeva che la cooperazione potesse servire da base per pratiche concordate sui prezzi, sulla ripartizione dei mercati per zone o sui partner commerciali. Dopo che la Bank Linth ha si è ritirata dal progetto di cooperazione, l'inchiesta è stata archiviata il 19 maggio 2003 (DPC 2003/3, pag. 514 segg.). In seguito la segreteria ha analizzato, nel corso di un'inchiesta preliminare, il progetto di cooperazione tra UBS e la Posta Svizzera nell'ambito delle operazioni attive. A causa della mancata concessione, la Posta stessa non poteva offrire crediti e in questo campo dipende dalla collaborazione con un altro istituto finanziario. Il progetto di cooperazione prevedeva l'assunzione del portafoglio crediti da parte di UBS, che è anche responsabile della gestione dei rischi e del capitale e del Recovery Management. L'inchiesta preliminare è stata archiviata senza alcun seguito dopo che le parti alla cooperazione hanno rinunciato alle disposizioni lesive la concorrenza (DPC 2003/2, pag. 255 segg.). A dicembre 2003, la Comco ha inoltre avviato un'inchiesta nel settore delle carte di credito volta a chiarire se l'accordo comune di fissare la cosiddetta "Domestic Interchange Fee" rappresenti una limitazione illecita della concorrenza. Per Interchange Fee si intende una commissione interbancaria tra diverse società di carte di credito.

Nel **settore assicurativo** si è potuta archiviare nel 2003 l'inchiesta preliminare sulle assicurazioni immobiliari. Sebbene dal 1990 al 2000 i premi degli assicuratori immobiliari privati superassero in media quelli dei monopoli d'assicurazione immobiliare cantonali, non si sono rilevati indizi di una limitazione illecita della concorrenza da parte degli assicuratori immobiliari privati. Le possibili cause delle differenze dei premi possono derivare dai costi elevati di marketing e d'acquisizione degli assicuratori privati e dal fatto che il capitale a rischio dei monopoli d'assicurazione immobiliare non deve essere remunerato come invece previsto per quello degli assicuratori privati (DPC 2003/4, pag. 741 segg.). Una nuova inchiesta preliminare è stata avviata dalla segreteria il 3 novembre 2003 in relazione al settore sovraobbligatorio della

previdenza professionale. Verso la metà del 2003 la Winterthur Assicurazioni, la Zurigo Assicurazione, la Ginevrina e la Helvetia Patria avevano annunciato una nuova aliquota di conversione nell'assicurazione sovraobbligatoria della previdenza professionale. Poiché queste aliquote di conversione erano identiche, sarà chiarito se esistono degli indizi di un accordo illecito.

Nel settore delle **libere professioni** il 1° dicembre 2003 è stata conclusa l'inchiesta contro TicketCorner (in dettaglio al capitolo B, prevista pubblicazione DPC). Il 6 gennaio 2003 la Comco ha concluso inoltre l'inchiesta sulle tariffe dei maestri di scuola guida del Cantone dei Grigioni. Ha constatato che i maestri di scuola guida hanno armonizzato tra loro l'ammontare delle tariffe per le lezioni di guida e di teoria, limitando così notevolmente la concorrenza. La maggior parte dei maestri di scuola guida interessati si è impegnata a porre fine alla posizione contestata, cosicché il procedimento ha potuto essere chiuso di comune accordo (DPC 2003/2, pag. 271 segg.). La Comco ha inoltre disposto nel dicembre 2003 delle misure cautelari contro il gestore dell'Aeroporto di Zurigo (Unique) in relazione al servizio di Valet-Parking (DPC 2004/1, pag. 102 segg.) e allo stesso tempo ha avviato un'inchiesta. Unique non intendeva più mettere a disposizione dei due gestori del servizio di Valet-Parking "off Airport" l'area aeroportuale per le loro prestazioni. I gestori del servizio di Valet-Parking "off Airport" ritirano le auto dei clienti all'aeroporto e le parcheggiano a costi contenuti al di fuori dell'area aeroportuale.

Nel settore della **sanità** si è potuta concludere nel 2003 l'inchiesta "Test veterinari/Migros" (nel dettaglio al capitolo B, DPC 2003/4, pag. 753 segg.). Nel 2003 la segreteria si è inoltre dedicata a quattro ulteriori inchieste. L'inchiesta "Registro di medicina empirica" chiarisce, se la Eskamed AG stia abusando di un'eventuale posizione dominante sul mercato della registrazione dei terapeuti della medicina alternativa, applicando condizioni di registrazione diverse secondo i terapeuti. Attraverso la registrazione è consentito ai terapeuti il rimborso delle loro prestazioni attraverso l'assicurazione malattia complementare. L'inchiesta sulla distribuzione dei medicinali per animali esamina se sono presenti accordi illeciti in materia di concorrenza tra produttori e distributori di medicinali per animali, nonché veterinari. Sono stati rilevati alcuni indizi in base ai quali i produttori e i distributori di medicinali per animali vendono quasi esclusivamente ai veterinari, escludendo così dalla vendita le farmacie. L'inchiesta assicuratori malattie - Weita AG chiarisce se sussiste un accordo illecito in materia di concorrenza tra gli assicuratori malattie. Santésuisse e gli assicuratori malattie, riuniti in questa associazione mantello, hanno stipulato con un produttore un contratto sul rimborso dei prodotti per l'incontinenza. I prodotti di altri fornitori devono - semmai - essere rimborsati al massimo alle stesse condizioni. L'inchiesta avviata nell'agosto del 2003 contro i membri dell'Associazione delle cliniche private di Ginevra e

samina infine se in relazione alla copertura delle cure ospedaliere è stato riscontrato nell'assicurazione complementare un accordo illecito in materia di concorrenza. La Comco ha inoltre approvato in una perizia destinata alla sorveglianza dei prezzi l'applicabilità della legge sui cartelli nell'ambito della vendita di medicinali (concessione di sconti) agli ospedali pubblici (DPC 2003/3, pag. 623 segg.)

2. Infrastruttura

Nel 2003 l'attività del servizio "Infrastruttura" è stata prevalentemente dedicata ai settori telecomunicazioni e media/pubblicità.

Nel settore **media/pubblicità** la Comco ha sottoposto ad approfondito esame nel 2003 numerose notifiche di concentrazioni di imprese. La Comco ha così autorizzato la concentrazione della Ringier SA e della Edipresse, che portava al controllo congiunto della SA Le Temps a determinate condizioni. In primo luogo, sia il presidente del consiglio di amministrazione della SA Le Temps sia quello della SA Le Nouveau Quotidien ERL, attraverso i quali le due aziende controllano la SA Le Temps, devono essere persone indipendenti dalla Ringier SA e dalla Edipresse. In secondo luogo, qualsiasi modifica dei rapporti di proprietà delle due società è soggetta ad approvazione da parte della Comco. La Comco ha quindi obbligato le due case editrici ad annunciare in anticipo ogni accordo di cooperazione futuro in relazione ai prodotti dei media in lingua francese distribuiti in Svizzera (prevista pubblicazione DPC). Le ulteriori valutazioni hanno riguardato la partecipazione di Espace Media Groupe alla Bund Verlag AG, l'acquisto di "20 Minuten" da parte di Tamedia AG e della Berner Zeitung AG, nonché il progetto di fusione tra la Neue Luzerner Zeitung AG e la Anzeiger Luzern AG. Quest'ultima concentrazione è stata revocata dalle parti dopo l'apertura dell'esame (prevista pubblicazione DPC), mentre le altre due, alla fine del 2003, non si erano ancora concluse. Nel settore dei media è stata inoltre portata avanti l'inchiesta contro la Cablecom sulle condizioni di attivazione dei programmi digitali di Teleclub ed è stata riaperta l'inchiesta concernente l'accordo sui prezzi dei libri, dopo che il Tribunale federale aveva rinviato tale procedimento alla Comco affinché procedesse a una nuova valutazione da parte della Comco (DPC 2002/4; pag. 731 segg.).

Per quanto riguarda il settore **telecomunicazioni**, la Comco ha concluso nel 2003 l'inchiesta sui servizi ADSL di Swisscom SA con una decisione di divieto (in dettaglio al capitolo B, prevista pubblicazione DPC). Ha potuto essere archiviato senza conseguenze il procedimento di sanzione contro Swisscom, che valutava se Swisscom avesse infranto il regolamento stabilito di comune accordo in relazione alla pubblicità allegata alle fatture (prevista pubblicazione DPC). Il 5 novembre 2003 la Comco ha avviato un'inchiesta contro Swisscom Directories SA per chiarire se le condizioni, con cui sono messi a disposizione degli editori di elenchi i dati di base necessari alla pubblicazione di elenchi e indi-

spensabili all'offerta di servizi alternativi, sono conformi o meno alla legge sui cartelli. È stata inoltre portata avanti l'inchiesta sulle tariffe di terminazione (tariffe per le chiamate in arrivo) dei gestori di telefonia mobile, dopo che, nel febbraio 2003, la Comco aveva confermato la sua competenza al riguardo tramite una decisione incidentale (DPC 2003/2, pag. 387 segg.). Contro la decisione in questione è stato presentato ricorso presso la Commissione di ricorso; alla fine del 2003 tale ricorso risultava ancora pendente.

Nei settori **energia elettrica** e **questioni relative allo smaltimento dei rifiuti elettrici** il Tribunale federale ha appoggiato nella sua decisione del 17 giugno 2003 il parere della Comco, in base al quale le centrali elettriche del Cantone Friburgo abusano della loro posizione dominante sul mercato, rifiutandosi di far transitare la corrente di un altro fornitore attraverso la loro rete (DPC 2003/4, pag. 925 segg.). Il Tribunale federale ha così approvato in linea di massima la possibilità di un'apertura del mercato dell'energia elettrica attraverso la legge sui cartelli. A seguito di tale decisione le centrali elettriche del Cantone Friburgo hanno richiesto un'autorizzazione straordinaria al Consiglio federale per rifiutare il transito della corrente elettrica per motivi di interesse pubblico; il DFE ha revocato l'effetto sospensivo di questa richiesta. Ci si attende in generale, che tale decisione del Tribunale federale rappresenti un segnale. Per valutare al meglio le conseguenze nel settore dell'energia elettrica, la segreteria ha avviato nel dicembre 2003 un'osservazione di mercato, in cui interroga i gestori di rete e i grandi consumatori sul tema relativo al transito dell'elettricità. La segreteria fa inoltre parte della Commissione di esperti e dei gruppi di lavoro che, a seguito del "No alla LMEE" del settembre 2002, devono elaborare i punti cardini di un eventuale ordinamento futuro sull'elettricità, e ha accelerato le inchieste sui partenariati commerciali dell'A-xpo. Nel settore dello smaltimento dei rifiuti elettrici l'inchiesta in corso si è concentrata, nel 2003, sui sistemi di riciclaggio della Swico e della Sens.

Per quanto riguarda il settore dell'**agricoltura**, che dal 1° gennaio 2003 è passato al servizio Infrastruttura, l'inchiesta sul mercato della carne ha occupato un posto di primo piano. Questa inchiesta al termine del 2003 si trovava in fase di chiusura. Grazie alla cooperazione con il gruppo di lavoro "Trasparenza del mercato" dei grandi distributori e dell'economia rurale, la Comco ha potuto preventivamente impedire la creazione di eventuali accordi contrari al diritto dei cartelli. Nella procedura di consultazione relativa alla legge sull'agricoltura la Comco ha continuato ad adoperarsi in favore di una politica agricola, maggiormente orientata ai principi della concorrenza (DPC 2003/3, pag. 611 segg.).

In altri settori, la segreteria della Comco ha elaborato una presa di posizione destinata al seco sugli aspetti di politica della concorrenza del-

l'OSEC, ha lavorato all'implementazione dell'accordo sul trasporto aereo con l'UE e si è espressa in occasione della consultazione degli uffici sulla futura ordinanza relativa alle poste.

3. Industria e produzione

Nel 2003 nel servizio "Industria e produzione" la realizzazione delle due comunicazioni della Comco, il commercio al dettaglio, la produzione di orologi nonché il mercato lattiero hanno occupato un posto di primo piano.

L'applicazione della comunicazione generale della Comco relativa agli **accordi verticali** del febbraio 2002 nonché quella della comunicazione particolare sulla distribuzione di autoveicoli, costituivano il punto centrale dell'attività (in dettaglio al capitolo B 2.). In relazione alla comunicazione generale sono state presentate diverse centinaia di denunce da parte di concorrenti, acquirenti e consumatori. 82 denunce sono state sottoposte a un esame approfondito, 2/3 delle quali sono state chiuse nell'anno in rassegna. L'attuazione della comunicazione sul commercio di automobili è stata seguita molto attivamente, fornendo per esempio quasi cento informazioni scritte e consulenze e trattando 20 denunce, nonché aprendo un'inchiesta preliminare di settore.

Nel campo del commercio al dettaglio la segreteria ha effettuato un esame approfondito dell'acquisto della Waro da parte della Coop. La concentrazione è stata infine autorizzata senza condizioni. La Comco ha stabilito che nel commercio al dettaglio la concorrenza è forte e che il riuscito ingresso sul mercato di operatori stranieri ha portato a continui riassetti. La Comco ha valutato in particolare la questione, se i due grandi distributori di generi alimentari detengano una posizione collettiva dominante sul mercato. Le inchieste non hanno dimostrato alcun andamento parallelo nello sviluppo dei prezzi dei grandi distributori, indicando così, che neppure operatori importanti possono agire in maniera indipendente dalle condizioni sui mercati di sbocco. In questo contesto lo scarso incremento della quota di mercato con l'acquisizione della Waro, non ha portato neppure a un giustificato o effettivo rafforzamento di una posizione dominante sul mercato dell'approvvigionamento (DPC 2003/3, pag. 559 segg.). L'inchiesta Coop-forse avviata nel dicembre 2001, in seguito sospesa per un anno a causa delle procedure di concentrazione Coop/Epa e Coop/Waro, è stata ripresa a metà anno. Si tratta di verificare se la Coop abusa di una posizione dominante prelevando una percentuale dello 0,5% sulle fatture dei fornitori.

Nel settore della **produzione di orologi** la Comco, tramite misure cautelari, ha obbligato nel novembre del 2002 la ETA SA Fabrique d'Ebauches a proseguire la fornitura di movimenti grezzi ai propri clienti (DPC 2002/4, pag. 593 segg.). Il 17 febbraio 2003 la Comco ha

respinto una richiesta di modifica e di integrazione delle misure cautelari in questione, presentata da Sellita sulla base di un aumento di prezzi annunciato dalla ETA SA (DPC 2003/3, pag. 504 segg.). La Comco riteneva in sostanza, che non fosse stato reso credibile un danno non facilmente rimediabile per la concorrenza e per la richiedente. Il ricorso presentato senza successo alla Commissione di ricorso è invece pendente presso il Tribunale federale.

Nel **mercato caseario** è stato esaminato il rilevamento della ditta Landquart appartenente a Swiss Dairy Food AG in moratoria concordataria, da parte di Emmi SA. Il 5 marzo 2003 la Comco ha deciso di dichiarare ineccepibile il progetto di concentrazione senza oneri né condizioni (DPC 2003/4, pag. 778 segg.). A questo proposito vanno evidenziati due punti: anzitutto è stato spiegato che la procedura di controllo della concentrazione voluta dalla legge sui cartelli sarà effettuata, anche se la società da rilevare si trova in moratoria concordataria e pertanto già in una fase di ristrutturazione. D'altra parte, a scopo di coordinare la legge sui cartelli con la procedura concordataria, il commissario era a tal punto coinvolto in detta procedura da rispondere negativamente alla domanda se, per la ditta di Lanquart, fossero state inoltrate altre offerte d'acquisto oltre a quella di Emmi.

Nel settore **dell'edilizia** la priorità è stata il contenimento e l'impedimento dei sistemi di informazione di mercato e di annuncio, nonché le comunicazioni dei prezzi (tariffe, ecc.). La Società svizzera degli Impresari Costruttori ha così rimosso in una regolamentazione comune eventuali prescrizioni contrarie alla legge sui cartelli. Inoltre si sono messi in chiaro per la prima volta alcuni punti contro possibili intese nel settore della ghiaia, del cemento e del calcestruzzo.

Infine, nel settore delle concentrazioni aziendali a dimensione internazionale, frequenti nel servizio relativo ai mercati dei prodotti, e senza specifiche conseguenze sul mercato svizzero, si è applicata una prassi rispettosa delle risorse: previo il consenso delle parti alla concentrazione, le autorità svizzere possono collaborare con l'autorità europea della concorrenza. Il dispendio di lavoro è così limitato all'indispensabile per le parti e per le autorità, come recentemente per il caso "Alcan/Péchiney".

4. Legge sul mercato interno

Nel settore del mercato interno, la revisione della relativa legge ha rivestito nel 2003 un ruolo di primo piano. In qualità di membro del gruppo di esperti incaricato della revisione, diretto dalla segreteria generale del Dipartimento federale dell'economia, la nostra segreteria ha partecipato ampiamente all'elaborazione del progetto di revisione e del rapporto esplicativo per la consultazione degli uffici. Essa ha trattato inoltre diverse richieste di privati e autorità pubbliche in relazione alla portata delle singole disposizioni della legge sul mercato interno.

Nel settore degli appalti pubblici la segreteria ha partecipato attivamente alla revisione del diritto sugli appalti pubblici. In qualità di membro del comitato direttivo e del gruppo di lavoro Diritto ha trattato questioni strategiche e questioni giuridiche, significative dal punto di vista della concorrenza. La segreteria ha inoltre partecipato alla concretizzazione del nuovo concetto di formazione per addetti agli acquisti della Confederazione, elaborato l'anno scorso su incarico della Commissione degli acquisti della Confederazione (CA).

5. Incontri e studi fondamentali di carattere economico

Nel 2003 la segreteria ha organizzato, insieme al Segretariato di Stato all'economia (seco) la cosiddetta "Giornata degli economisti". L'incontro era dedicato alla politica della concorrenza. I referenti erano, tra gli altri, i professori YVES FLÜCKIGER, PETER ZWEIFEL e CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER. I due collaboratori scientifici della segreteria, LUCIEN GARDIOL e PASCAL RAESS, hanno presentato, in occasione del congresso della Società svizzera di statistica e di economia politica, il loro saggio sulle differenze di prezzo tra la Svizzera e l'estero ("Révision de la loi sur les Cartels et niveau des prix en Suisse: Quels gains attendre?"). La segreteria ha inoltre elaborato una guida per la valutazione dei procedimenti di concentrazione orizzontali e l'ha portata a conoscenza della Commissione della concorrenza. Attualmente si sta esaminando in che misura questa guida può avere un effetto vincolante per la Commissione.

6. Relazioni internazionali

La Comco e la segreteria sono state in regolare contatto con le autorità europee e americane in materia di concorrenza.

- ?? Sono ormai all'ordine del giorno gli scambi di informazioni con la Commissione europea (DG Comp) sulle valutazioni riguardanti le concentrazioni internazionali d'impresa.
- ?? Per quanto riguarda il campo dell'antitrust, le autorità in materia di concorrenza si scambiano informazioni di natura tecnica. A causa della mancanza di una base legale sufficiente, la segreteria non può divulgare le informazioni se non con il consenso espresso delle parti.
- ?? La segreteria cura i propri contatti con la DG Comp e alcuni Stati membri dell'Unione europea.
- ?? Quest'anno tre collaboratori scientifici hanno avuto la possibilità di effettuare uno stage presso la DG Comp.

Il 2003 è stato un anno particolarmente intenso a livello di contatti internazionali. La segreteria ha partecipato attivamente ai lavori delle diverse organizzazioni internazionali, vale a dire l'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica (OSCE), la Rete internazionale della concorrenza (RIC), la Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD), l'Organizzazione mondiale del com-

mercio (OMC), il Fondo monetario internazionale (FMI) e la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC). Le attività più importanti sono esposte qui di seguito:

OCSE: la segreteria ha partecipato attivamente al CLP (Competition Law and Policy), alle WP (Working Parties) 2/3 e al gruppo di lavoro sul commercio e sulla concorrenza, presentando un gran numero di contributi. Inoltre, ha partecipato all'EDRC (Economic and Development Review Committee) in qualità di esaminatrice della zona EURO. Infine la Svizzera stessa è stata presa in esame all'interno dell'EDRC.

RIC: la segreteria ha partecipato alla seconda conferenza annuale della RIC, che si è svolta nel giugno 2003 a Mérida (Messico). Aveva partecipato attivamente alle attività dei vari gruppi di lavoro, in particolare "merger notification and procedures subgroup", "investigative techniques subgroup", "advocacy sectoral studies subgroup", "practical techniques subgroup" e "operational framework working group".

UNCTAD: la segreteria ha partecipato all'elaborazione del "Model Law on Competition". Ha inoltre preso parte a programmi di formazione per praticanti latino-americani (Brasile e Costa Rica). Infine si è così avviato nel 2003 un progetto di scambio di stagisti latino-americani per il futuro (in collaborazione con il seco).

OMC: la segreteria ha partecipato attivamente al gruppo di lavoro "Interaction commerce et politique de la concurrence" per permettere l'apertura di una serie di negoziazioni in vista di un accordo sulla concorrenza in seno all'OMC. L'insuccesso della conferenza ministeriale di Doha a settembre 2003 non ha permesso di concludere tale progetto quest'anno.

7. Prospettive

Le attività del 2004 saranno probabilmente dedicate in prevalenza alla nuova legge sui cartelli. Esperienze all'estero dimostrano che le aziende, soprattutto all'inizio, fanno ampio uso della possibilità di annunciare eventuali limitazioni alla concorrenza. Spetta alla segreteria il compito di elaborare in modo rapido e mirato tale comunicazione.

L'autorità in materia di concorrenza concluderà inoltre per quanto possibile le inchieste pendenti (vedi punto E 4.) e trasformerà in inchieste gli accertamenti preliminari, che rilevano indizi di eventuali limitazioni illecite della concorrenza.

D Revisione della legge sui cartelli

1. Stato attuale della revisione

La scoperta del cartello delle vitamine è stata la scintilla iniziale che ha spinto il Consiglio federale a incaricare all'inizio del 2000 un gruppo di lavoro interno all'Amministrazione a preparare un progetto preliminare per la revisione della legge sui cartelli. Questa commissione di e-

sperti ha trasmesso il progetto preliminare nell'estate del 2000. Il Consiglio federale lo ha posto in consultazione da settembre alla fine del 2000. Il progetto preliminare è stato rielaborato sulla base dei risultati del procedimento di consultazione. Il 7 novembre 2001 il Consiglio federale ha licenziato il messaggio relativo alla revisione della legge sui cartelli.

Il Parlamento ha approvato la revisione della LCart con le sanzioni dirette contro accordi orizzontali e verticali particolarmente dannosi, nonché contro l'abuso delle posizioni dominanti sul mercato e il regime del bonus (il Consiglio nazionale con 104 voti a favore e 42 contrari, il Consiglio degli Stati con 25 voti a favore e 2 contrari). La votazione finale è avvenuta il 20 giugno 2003.

Il termine referendario è scaduto il 9 ottobre 2003 senza essere stato utilizzato. In seguito i progetti delle ordinanze di esecuzione sono stati posti in consultazione limitata. Dopo il loro adeguamento il Consiglio federale sarà in grado di deliberare all'inizio del 2004 in merito alla data dell'entrata in vigore (prevista per il 1° aprile 2004).

2. Tratti principali della revisione:

I tratti principali della revisione comprendono:

- l'introduzione di sanzioni dirette in caso di cartelli rigidi orizzontali e verticali, come pure in caso di abuso delle posizioni dominanti;
 - l'introduzione del regime del bonus. Le aziende coinvolte in un'infrazione possono beneficiare di una riduzione della loro sanzione, se cooperano con la Commissione della concorrenza allo smascheramento e allo smantellamento di limitazioni illecite della concorrenza;
 - una nuova presunzione di illiceità, che presume la soppressione di una concorrenza efficace in determinate forme di accordi verticali relativi ai prezzi e alle restrizioni territoriali;
 - una precisazione del concetto posizione dominante all'articolo 4 capoverso 2 LCart, in base al quale l'espressione "sono in grado di comportarsi in modo ampiamente indipendente" può riferirsi ai concorrenti, agli offerenti o ai richiedenti;
 - l'abbandono dei valori limite di fatturato finora particolarmente bassi per l'obbligo di annuncio di concentrazioni di imprese attive nel settore dei media;
 - l'introduzione di nuovi metodi di indagine, in particolare perquisizioni domiciliari, che la segreteria può effettuare in caso di grave sospetto;
-

- l'integrazione della riserva di diritto immateriale dell'articolo 3 capoverso 2 LCart, in base alla quale in caso di impedimenti delle importazioni parallele è applicabile la LCart;
- l'introduzione dell'"articolo sulle PMI" (art. 6 cpv. 1 lett. e LCart). Nelle ordinanze e nelle comunicazioni possono essere descritte le condizioni secondo cui sono giustificati gli accordi tra PMI volti a migliorare la loro capacità concorrenziale per motivi di efficienza economica.

Ulteriori punti riguardano un adeguamento al diritto comunitario del calcolo dei limiti di fatturato per le banche e gli intermediari finanziari, una nuova base giuridica per la riscossione di emolumenti, come pure una base giuridica per una valutazione periodica dell'applicazione della LCart.

3. Accordi verticali

Con il nuovo articolo 5 capoverso 4 LCart si intende contrastare, come vuole il Parlamento, un isolamento contrattuale del mercato svizzero rispetto all'estero.

Restrizioni contrattuali delle importazioni e altre limitazioni alla concorrenza. Con la pubblicazione relativa alla valutazione degli accordi verticali del 18 febbraio 2002 le autorità della concorrenza hanno creato delle regole per la valutazione di accordi verticali (DPC 2002/1, pag. 404 segg.). Con il nuovo articolo 5 capoverso 4 LCart la cosiddetta comunicazione della Comco ha potuto essere introdotta nella legge. Secondo il contenuto di un accordo verticale, con la nuova LCart si applica quanto segue:

- a) Imposizioni di prezzi (accordi verticali "rigidi"): la soppressione della concorrenza efficace, quindi di norma l'inammissibilità, si presume in caso di accordi, che impongono ai commercianti prezzi fissi o minimi alla rivendita.
 - b) Ripartizioni di mercato verticali (accordi verticali "rigidi"): la soppressione della concorrenza efficace si presume in caso di accordi relativi a contratti di distribuzione per l'assegnazione di aree, per quanto le vendite vengano in queste escluse da partner di distribuzione esterni al territorio. Al centro dell'attenzione del legislatore ci sono i sistemi di distribuzione (esclusivi/selettivi), che impediscono le importazioni parallele dei commercianti e le importazioni dirette dei privati (cosiddetta restrizione territoriale assoluta).
 - c) Altri accordi verticali: questi sono inoltre valutati ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart. Sono pertanto illeciti qualora comportino una notevole limitazione alla concorrenza e non sono giustificabili da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart).
-

4. Sanzioni dirette

Con l'introduzione dell'articolo 49a capoverso 1 LCart la Comco dovrà in futuro poter imporre delle sanzioni dirette contro determinate violazioni della legge sui cartelli.

Sanzione solo per infrazioni gravissime. Saranno applicate immediatamente delle multe solo in caso di gravi infrazioni a livello economico, ovvero in caso di partecipazione a un cartello orizzontale "rigido" (art. 5 cpv. 3 LCart) oppure a un accordo verticale "rigido" (art. 5 cpv. 4 LCart), nonché in caso di abuso di una posizione dominante sul mercato (art. 7 LCart).

La sanzione massima. Per motivi di sicurezza giuridica è importante che la sanzione massima sia calcolabile in modo semplice e indubitabile. La sanzione massima ammonta a un massimo del 10% del fatturato dell'azienda in questione realizzato in Svizzera negli ultimi tre anni.

La sanzione concreta. Determinanti sono, in base alla legge, la durata e la gravità dell'infrazione e, se determinabile, l'utile ottenuto a seguito dell'infrazione. L'ordinanza d'esecuzione preciserà tale disposizione.

Proporzionalità. Sarebbe contro lo scopo del diritto dei cartelli, se l'intervento della Comco portasse all'uscita dal mercato di un'azienda "sana", poiché le sanzioni condurrebbero l'azienda al fallimento. Vanno giudicati diversamente i casi in cui l'esistenza dell'azienda sul mercato dipendesse esclusivamente dalla sua partecipazione al cartello.

Possibilità di condono o di riduzione delle sanzioni. La nuova legge più severa contiene una serie di provvedimenti, che permettono alle aziende di adottare delle misure per evitare le sanzioni dirette:

- a) Ogni azienda può comunicare spontaneamente all'autorità in materia di concorrenza una limitazione alla concorrenza prima che questa sia messa in atto (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart). L'accettazione dell'annuncio da parte della Comco fa decadere in linea di massima il rischio di sanzioni dirette. Questo avviene però solo se è aperta una procedura (inchiesta preliminare o inchiesta) entro cinque mesi dalla ricezione della comunicazione (cosiddetta procedura di opposizione).
 - b) Se un'azienda rinuncia entro il termine transitorio di un anno (ossia 1 anno dal 1° aprile 2004) alla partecipazione a un cartello o a un'altra limitazione illegale della concorrenza o se comunica tale limitazione all'autorità in materia di concorrenza, non le è imposta in linea di massima alcuna sanzione diretta (art. 49a cpv. 1 LCart).
 - c) La consulenza a pagamento (art. 23 cpv. 2 LCart) da parte della segreteria della Comco rappresenta una rapida e semplice alternativa alla comunicazione (vedi punto a sopra).
-

d) Il regime del bonus (vedi sezione successiva).

5. Il regime del bonus

Secondo il regime del bonus la Comco può rinunciare del tutto o in parte a sanzioni dirette nei confronti di un'azienda che abbia contribuito in qualità di membro di un cartello alla scoperta e allo smantellamento del cartello in questione (art. 49a cpv. 2 LCart).

Entità del bonus. La totale esenzione dalla sanzione è riservata unicamente alla prima azienda che coopera pienamente con le autorità, dando avvio alla procedura attraverso un'autodenuncia e dimostrando attraverso utili indizi un'infrazione alla legge sui cartelli. Se l'azienda era l'impresa "leader del cartello" o una "promotrice" dello stesso, non si applica la totale esenzione dalla sanzione. Un'esenzione parziale dalla sanzione (fino al 50%) può essere garantita se le aziende forniscono spontaneamente alle autorità in materia di concorrenza informazioni e documenti dopo che un altro partecipante del cartello ha già presentato un'autodenuncia.

Attendibilità. L'efficacia del regime del bonus dipende in sostanza da due punti: innanzitutto l'azienda deve dapprima valutare se e fino a che punto beneficia di un'esenzione dalla sanzione. Pertanto alle aziende è concessa anche la possibilità di una "ipotetica" autodenuncia. Di seguito l'autorità deve accertarsi che abbia validità la conferma, che deve avvenire immediatamente dopo la ricezione dell'autodenuncia in base alla quale sussistono i requisiti per l'esenzione dalla sanzione (con la riserva della cooperazione fino alla chiusura della procedura), nell'ambito della decisione finale.

E Organizzazione e statistica

1. Comco

All'interno della composizione della Comco sono avvenuti nel 2003 i seguenti cambiamenti: la signora HEIDI BRAVO-BAUMANN, rappresentante della camera dell'agricoltura svizzera, e la signora CONSTANCE DE LAVALLAZ, rappresentante della Fédération Romandes des Consommateurs, hanno dato le dimissioni alla fine del 2003. Gli altri membri della Comco sono stati riconfermati per altri quattro anni in occasione delle elezioni per il rinnovo integrale del dicembre 2003.

Nel 2003 la Comco si è riunita in 20 sedute plenarie. Inoltre, come novità, ha effettuato delle audizioni delle parti prima della decisione finale. Durante un convegno interno avente come tema "Presselandschaft zwischen Heute und Morgen" ("La stampa tra presente e passato") dell'8 dicembre 2003 la Comco è stata informata da esperti del settore su eventuali ulteriori sviluppi nel settore della stampa.

2. Segreteria

All'interno della segreteria della Comco non si sono verificati cambiamenti organizzativi nel corso dell'anno in rassegna. In vista dell'entrata in vigore della revisione della legge sui cartelli la segreteria si è occupata di verificare la struttura ed eventualmente adeguarla alle nuove esigenze. Si prevedono delle decisioni al riguardo nel primo semestre 2004.

A febbraio 2003 la segreteria si è trasferita, sempre a Berna, dalla Effingerstrasse 27 alla Monbijoustrasse 43.

Alla fine dell'anno la segreteria occupava 58 collaboratori (a tempo pieno e parziale).

3. Statistiche

a. Osservazioni di mercato, inchieste preliminari e inchieste

Inchieste	2002	2003
Eseguite nel corso dell'anno	23	23
Riprese dall'anno precedente	9	19
Notifiche	14	4
Decisioni finali	4	5
di cui adeguamenti del comportamento	1	2
di cui conciliazioni	2	1
di cui ordini delle autorità	1	2
Misure cautelari	4	2
Sanzioni	0	1
Inchieste preliminari	2002	2003
Eseguite nel corso dell'anno	38	46
Riprese dall'anno precedente	18	27
Notifiche	20	19
Conclusioni	23	30
di cui con apertura di un'inchiesta	9	4
di cui con adeguamento del comportamento	6	7
di cui senza conseguenze	8	19
Osservazioni di mercato	2002	2003
Eseguite nel corso dell'anno	non disponibile	139
Concluse	non disponibile	95
Ancora aperte	non disponibile	44

b. Concentrazioni di imprese

Concentrazioni	2002	2003
Notifiche	42	30
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	38	25
Esami	4	5
Decisioni della Comco	0	2
Esecuzione anticipata	2	1
Sanzioni	1	0

c. Altre attività

Perizie, raccomandazioni e prese di posizione	2002	2003
Perizie (art. 15 LCart)	2	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	1	2
Pareri (art. 47 LCart o 11 LTV)	2	2
Prese di posizione sulle domande di concessione secondo la LRTV	15	12
LFMI		
Raccomandazioni/inchieste (art. 8 LFMI)	1	0
Perizie (art. 10 I LFMI)	0	1
Chiarimenti (segreteria)	7	6
Diversi		
Controlli successivi	3	2
Comunicazioni (art. 6 LCart)	2	0

4. Inchieste elaborate nel 2003				
Inchiesta	Inchiesta aperta in base a indizi riguardanti:	Data apertura	Data chiusura	Risultato
Distribuzione di medicinali per animali	Accordo illecito di distribuzione esclusiva	25.05.2000	pendente	
Elektra Baselland	Rifiuto illecito del transito sulla propria rete della corrente di un fornitore concorrente	04.08.2000	pendente	
Feldschlösschen/Coca Cola	Abuso della posizione dominante sul mercato nella vendita delle bevande	20.11.2000	pendente	
Maestri di scuola guida del Cantone Grigioni	Accordo illecito sui prezzi	19.11.2001	06.01.2003	Parziale chiusura con regolamentazione consensuale, in parte con la rilevazione di un accordo illecito sui prezzi
Coopforte	Abuso di una posizione dominante sul mercato	03.12.2001	pendente	
Carte di debito	Abuso della posizione dominante sul mercato, divieto di differenziazione dei prezzi in base al mezzo di pagamento	29.01.2002	pendente	
Medicina complementare "Registro di medicina empirica" (MRE)	Posizione dominante sul mercato, ostacolo nell'accettazione o nell'esercizio della concorrenza	31.01.2002	pendente	
Mercato delle carni (carni suine)	Abuso di una posizione (collettiva) dominante sul mercato, imposizione di prezzi inadeguati	01.02.2002	pendente	
CS/Bank Linth	Accordo illecito sulla concorrenza	18.03.2002	19.05.2003	A seguito dello scioglimento dell'accordo di cooperazione originale l'inchiesta è stata archiviata dichiarandola infondata

Partner di distribuzione Axpo	Abuso della posizione dominante sul mercato nei confronti dei distributori finali di energia elettrica	27.03.2002	pendente	
Migros/Test BSE	Abuso della posizione dominante sul mercato, imposizione di condizioni commerciali inadeguate	12.04.2002	20.10.2003	A seguito dell'adeguamento del comportamento da parte della Migros l'inchiesta ha potuto essere archiviata
TicketCorner	Abuso della posizione dominante sul mercato, imposizione di condizioni commerciali inadeguate	18.04.2002	01.12.2003	Abuso illecito di una posizione dominante di mercato da parte di TicketCorner
Swisscom (ADSL)	Abuso della posizione dominante sul mercato (discriminazione dei rivenditori, sovvenzioni incrociate)	06.05.2002	15.12.2003	Abuso illecito di una posizione dominante di mercato da parte di Swisscom
SWICO/S.EN.S	Accordo illecito sulla concorrenza relativo allo smaltimento di rifiuti elettrici	16.05.2002	pendente	
Teleclub/Cablecom	Abuso di una posizione dominante sul mercato dovuto alla mancata messa in servizio di Teleclub digitale sulla rete CATV	23.09.2002	pendente	
Tariffazione reti di telefonia mobile	Posizione dominante sul mercato dei gestori delle reti di telefonia mobile nelle sue reti nonché accordi sui prezzi relativi alle tariffazioni	15.10.2002	pendente	
ETA SA Fabrique d'Ebauches	Abuso della posizione dominante sul mercato contro gli acquirenti di meccanismi grezzi	04.11.2002	pendente	
Publicitas	Abuso della posizione dominante sul mercato a causa di discriminazione	06.11.2002	pendente	

Accordo sui prezzi dei libri (condizioni commerciali)	Accordo illecito sui prezzi (in base alla decisione del Tribunale federale la Comco effettua la verifica dell'efficienza)	02.12.2002	pendente	
Rimborso di mezzi e oggetti nell'assicurazione malattia obbligatoria	Accordo illecito sulla concorrenza tra assicuratori malattia	27.03.2003	pendente	
Membri dell'Associazione delle cliniche private di Ginevra	Accordo illecito sui prezzi sull'emissione delle fatture relative alla prestazione di servizi nel settore semi-privato e privato	18.08.2003	pendente	
Swisscom Directories	Abuso di una posizione dominante sul mercato nella trasmissione dei dati regolamentati a concorrenti di Swisscom Directories	04.11.2003	pendente	
Aeroporto Zurigo - Valet Parking	Abuso di una posizione dominante sul mercato a causa del mancato rilascio di concessioni per i servizi di parcheggio	01.12.2003	pendente	Misure cautelari nei confronti dell'Aeroporto di Zurigo per il mantenimento dello stato attuale al 1.12.2003
Interchange Fee	Accordo illecito sulla concorrenza tra sistemi di carte di credito relativi a Interchange Fee	15.12.2003	pendente	

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Preisdifferenzierung bei Deodorants

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 Preisdifferenzierung bei Deodorants wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") wurde auf Preisunterschiede bezüglich Nivea Deo Stick for Men 50 ml in Deutschland und in der Schweiz aufmerksam gemacht. Am 9. April 2002 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251).

2. Im Rahmen der Vorabklärung galt es abzuklären, ob - ausgehend von den genannten Preisunterschieden - im Bereich von Deodorants-Produkten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Form von unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) oder eines Missbrauchs von Marktbeherrschung (Art. 7 Abs. 2 Bst. c) vorliegen.

3. In die Ermittlungen einbezogen wurden für die jeweils wichtigsten Unternehmen:

a) Stufe Vertrieb und Produktion: Beiersdorf AG, Münchenstein (nachfolgend "Beiersdorf"), die Lever Fabergé AG, Zug (nachfolgend "Lever"), und die Procter & Gamble Switzerland Sarl, Petit-Lancy (nachfolgend "P&G").

- b) Stufe Detailhandel: Coop, Basel, Coraviso AG, Volketswil (nachfolgend "Coraviso"), Manor, Basel, Denner AG, Zürich (nachfolgend "Denner"), Carrefour, Dietlikon, Otto's AG, Sursee (nachfolgend "Otto's").

B. Erwägungen

1. Geltungsbereich

4. Das KG gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter auftreten (vgl. RPW 2000/4, S. 605, Rz. 78).

5. Sowohl die Schweizer Vertreiber von Deodorants (Beiersdorf, Lever und P&G) als auch die Schweizer Detailhändler (Coop, Coraviso, Manor, Denner, Carrefour, Otto's) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

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

3. Vorliegen von Wettbewerbsabreden

8. 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).

9. 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). Im Folgenden ist zu prüfen, ob:

- a) Wettbewerbsabreden betreffend Preise, Mengen oder Gebietsaufteilungen (horizontale Abreden) zwischen Deodorantvertreibern (Beiersdorf, Lever und P&G) oder zwischen den Detailhändlern (Coop, Coraviso, Manor, Denner, Carrefour, Otto's) bestehen, oder

- b) Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 3 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 ("Bekanntmachung") zwischen den Deodorantvertreibern und den Herstellern beziehungsweise den Deodorantvertreibern und dem Detailhandel vorliegen.

10. *Horizontale Abreden.* Die Ermittlungen des Sekretariats haben ergeben, dass auf dem Schweizer Markt für Deodorants weder auf der Stufe der Deodorantvertreiber noch auf derjenigen der Detailhändler Anhaltspunkte für Abreden über gemeinsame Preis- und Mengenfestlegungen oder Gebietsaufteilungen bestehen. Die Antworten des am 12. Februar 2002 versandten Fragebogens bezüglich horizontale Wettbewerbsabreden sind in unten stehender Tabelle zusammengefasst.

	P&G	Lever	Beiersdorf
Vorliegen von Preis-, Mengen-, Gebiets- oder Geschäftspartnerabreden	nein	nein	nein

11. *Vertikale Abreden.* Gemäss der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission zur Beurteilung von Vertikalabreden vom 18. Februar 2002 gelten Vertikalabreden (gemäss Ziff. 3 und 4 der Bekanntmachung) als erheblich, wenn Fest- oder Mindestverkaufspreise fixiert werden, das Absatzgebiet oder Kundenkreise beschränkt werden sowie der Verkauf an den Endverbraucher eingeschränkt wird. Sowohl die Deodorantvertreiber wie auch die Detailhändler wurden befragt, ob entsprechende vertikale Abreden bestehen. Bei der Auswertung der Antworten wurde zwischen den verschiedenen Deodorantvertreibern (P&G, Lever und Beiersdorf) und den Detailhändlern unterschieden. Im Einzelnen:

12. P&G wird das Territorium der Schweiz exklusiv zugewiesen. Zudem ist P&G an Preisvorgaben gebunden. Da es sich dabei jedoch um eine konzerninterne Abrede handelt, ist eine Beurteilung nach Artikel 5 KG nicht möglich. Anders verhält es sich aber in Bezug auf den Vertrieb zwischen P&G und dem Detailhandel:

- a) Gemäss P&G werden den Detailhändlern keine Mindest- und Festpreise vorgeschrieben, keine Exklusivvertriebsrechte vergeben und der Verkauf an Endabnehmer in keiner Weise eingeschränkt. Die Antworten der Detailhändler widersprechen diesen Aussagen nicht. Carrefour hält ausdrücklich fest, dass P&G keine Preise vorschreibe.
- b) Die Schweizer Deodorantvertreiber und Detailhändler wurden zur Möglichkeit von Parallelimporten von Deodorants durch Schweizer Detailhändler befragt. Die Vertreiber machen geltend, die

Schweizer Detaillisten seien frei, Deodorants entweder von den Schweizer Vertreibern oder im Rahmen von Parallelimporten über ausländische Vertreter zu beziehen. Es gebe keine Importbeschränkungen; jedoch werde von der Möglichkeit des Parallelimports nicht in grösserem Umfang Gebrauch gemacht, weil es sich für die Detaillisten offensichtlich nicht lohne. Dennoch werde angenommen, dass vereinzelt Firmen Parallelimporte durchführen. Solche Vorgehensweisen werden von den Schweizer Vertreibern zur Kenntnis genommen, ohne dass irgendwelche Massnahmen ergriffen werden. Diese Aussagen werden von den Detailhändlern bestätigt: Parallelimporte sind möglich, es wird aber kein Gebrauch davon gemacht, da Deodorants für den Detailhandel nur eine geringe Bedeutung haben.

13. *Lever* wird das Territorium der Schweiz exklusiv zugewiesen. Da es sich dabei um eine konzerninterne Abrede handelt, ist eine Beurteilung nach Artikel 5 KG nicht möglich. Anders verhält es sich aber in Bezug auf den Vertrieb zwischen P&G und dem Detailhandel:

- a) Gemäss *Lever* werden den Detailhändlern keine Mindest- und Festpreise vorgeschrieben, keine Exklusivvertriebsrechte vergeben und der Verkauf an Endabnehmer in keiner Weise eingeschränkt. Es werden jedoch unverbindliche Preisempfehlungen abgegeben.
- b) *Denner* und *Carrefour* machten zudem geltend, dass ihnen von *Lever* zu allen Produkten absolute Tiefstpreise vorgeschrieben wurden, welche sie nicht unterschreiten dürfen. Nach Eröffnung der Vorabklärung am 9. April 2002 machten *Denner* und *Carrefour* geltend, dass *Lever* keine absoluten Tiefstpreisvorschriften mehr festsetze.
- c) *Coop* und *Manor* führten aus, dass die Firma *Lever* Preisempfehlungen abgebe, jedoch ohne Verpflichtung, diese einzuhalten. Da die Preisempfehlungen auf Marktforschungsergebnissen basieren, werden sie oft übernommen. Dies deutet darauf hin, dass die Preise kompetitiv sind, sonst würden die Grossverteiler andere (höhere oder tiefere) Preise festsetzen.
- d) *Coraviso* macht geltend, dass ihre Deo-Lieferanten keine Preisempfehlungen abgeben.
- e) Bezüglich der Frage der Parallelimporte bei *Lever* kann auf die Ausführungen in Zusammenhang mit P&G verwiesen werden (vgl. Rz. 12 b).

14. *Beiersdorf* wird das Territorium der Schweiz exklusiv zugewiesen. Da es sich dabei um eine konzerninterne Abrede handelt, ist eine Beurteilung nach Artikel 5 KG nicht möglich. Anders verhält es sich aber in Bezug auf den Vertrieb zwischen *Beiersdorf* und dem Detailhandel:

- a) Gemäss Beiersdorf werden den Detailhändlern keine Mindest- und Festpreise vorgeschrieben, keine Exklusivvertriebsrechte vergeben und der Verkauf an Endabnehmer in keiner Weise eingeschränkt. Beiersdorf räumt jedoch gleichzeitig ein, dass mit Denner eine Vereinbarung existiert habe, welche die Endverkaufspreise auf maximal durchschnittlich 10% unter den Normalverkaufspreisen von Coop festlegte. Diese Vereinbarung sei 1998 auf einseitiges Begehren von Denner zu Stande gekommen und mittlerweile von Beiersdorf mit Brief vom 29. Mai 2002 gekündigt worden. Nun sei Denner eine neue Offerte unterbreitet worden, welche neben den Brutto- und Nettofabrikabgabepreisen auch unverbindliche empfohlene Endverkaufspreise beinhalte. Da diese unverbindlich sind, sind die Detailhändler frei in der Festsetzung der Endpreise. Somit ist die Preissetzung kompetitiv.
- b) Bezüglich der Frage der Parallelimporte bei Beiersdorf kann auf die Ausführungen in Zusammenhang mit P&G verwiesen werden (vgl. Rz. 12 b).

15. *Migros* hat einen bedeutenden Marktanteil inne (vgl. Rz. 20). Vertrieben werden jedoch vorwiegend Eigenmarken, weshalb *Migros* nicht Teil des vorliegend zu analysierenden Vertriebssystems ist.

16. *Fazit*: Die zu Beginn der Vorabklärung bestehenden Vertikalabreden, mit welchen allfällige unzulässige Preisbindungen zweiter Hand durchgesetzt wurden, sind während diesem Verfahren aufgehoben worden. Zum heutigen Zeitpunkt kann festgestellt werden, dass weder Anhaltspunkte für das Bestehen von vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Deodorantsvertreibern und Detailhändlern im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Ziffer 3 der Bekanntmachung vorliegen noch für das Bestehen von horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen Deodorantsvertreibern im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG.

4. Missbrauch der Marktbeherrschung

17. 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 Marktgegenseiten benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). 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). Vorab ist aber der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

a) Relevanter Markt

18. Der *sachliche Markt* umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden

(Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist). Für den Endkonsumenten besteht eine grosse Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Deodorantarten (Stick, Roll-on, Spray, Vapo, Creme). Demzufolge geht das Sekretariat von einem sachlich relevanten Markt der Deodorants aus.

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, der hier analog anzuwenden ist). Da das räumliche Vertriebssystem im Bereich der Deodorants in der Regel den Schweizer Markt abdeckt, wird von der Schweiz als räumlich relevantem Markt ausgegangen. Diese Annahme wird durch die Aussagen sowohl der Vertreiber wie auch der Detailhändler bestätigt¹.

b) Marktverhältnisse

20. Auf dem schweizerischen Markt aller Deodorantarten herrschen gemäss dem Marktforschungsunternehmen Nielsen folgende Verhältnisse:

Hersteller	Deomarken	Marktanteil 2000 (%)	Marktanteil 2001 (%)
Beiersdorf	Nivea	[10-20]	[20-30]
Lever	Rexona, Dove, Denim, Axe	[...]+[...]+[...]+[...]= [30-40]	[...]+[...]+[...]+[...]= [30-40]
P&G	Secret, Sure	[...]+[...]=[10-20]	[...]+[...]=[0-10]
Migros	Migros	[10-20]	[10-20]
Andere	Andere	[20-30]	[10-20]

21. Auf diesem Markt liegen die höchsten Marktanteile eines Unternehmens bei etwas über 40%. Die Konkurrenz durch mindestens drei wichtige Marktteilnehmer ist ein Hinweis, dass es für den Konsumenten genügend Substitutionsmöglichkeiten gibt. Es verbleiben rund 20% des Marktes für die übrigen Konkurrenten. Auch die zahlreichen Innovationen auf diesem Markt deuten auf eine dynamische Marktentwicklung hin. Diese Situation könnte noch verstärkt werden, weil selbst Hersteller anderer Markenprodukte neben ihren Hauptprodukten noch ein eigenes Deodorant herausgeben können.

¹ Anteile der Deodorantarten auf dem Schweizer Markt im Jahr 2000: Stick [...], Roll-on [...], Spray [...], Vapo [...], Creme [...].

22. Somit ergibt sich, dass kein Deodorant-Hersteller auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

5. Exkurs: Preisunterschiede und mögliche Ursachen

23. Von Beiersdorf wurde zudem eine Reihe von Preisvergleichen (Deutschland, Italien, Frankreich) verschiedener Nivea Deoproducte eingereicht. Folgende Tabelle zeigt diese Preisunterschiede.

Endverbraucher- durchschnittspreise pro Stück in Euro	Schweiz (Euro/Stk.)	Deutsch- land (Euro/Stk.)	Italien (Euro/Stk.)	Frankreich (Euro/Stk.)
Deo Total	[3.5-4]	[2-2.5]	[2.5-3]	[3-3.5]
Deo Roll on	[3-3.5]	[1.5-2]	[2.5-3]	[3-3.5]
Deo Vapo	[3.5-4]	[3.5-4]	[3-3.5]	[4-4.5]
Deo Aero	[3.5-4]	[1.5-2]	[2.5-3]	[3-3.5]
Deo Stick	[3.5-4]	[3-3.5]	[2-2.5]	[3.5-4]
Deo Creme	[3.5-4]	[3.5-4]	-	[3.5-4]
Nivea Total	?3.5-4?	?2-2.5?	-	?2.5-3?
Nivea Roll on	?3-3.5?	?1.5-2?	?2.5-3?	?3-3.5?
Nivea Vapo	?3.5-4?	?2.5-3?	?3-3.5?	?3.5-4?
Nivea Aero	?3.5-4?	?1.5-2?	?2.5-3?	?2.5-3?
Nivea Stick	?3.5-4?	?1.5-2?	?2-2.5?	?3-3.5?
Rexona Total	[3-3.5]	[1.5-2]	-	[3-3.50]
Rexona Roll on	[3-3.5]	[1.5-2]	-	[3-3.5]
Rexona Vapo	[3-3.5]	[2.5-3]	-	-
Rexona Aero	[3-3.5]	[1.5-2]	-	[3-3.5]
Rexona Stick	[3-3.5]	[1.5-2]	-	[3-3.5]
Rexona Creme	[3.5-4]	[3.5-4]	-	[3.5-4]

Quelle: A.C. Nielsen, Marktforschung

24. Aus diesem Preisvergleich geht deutlich hervor, dass es unter den EU-Ländern grosse Preisdifferenzen gibt. Deutschland weist fast immer

die tiefsten Preise auf. Italien hat im Durchschnitt ebenfalls tiefere Preise als die Schweiz. Frankreich hingegen nähert sich den Schweizer Preisen an und ist in sechs Fällen gleich teuer oder teurer als die Schweiz. In Anbetracht der Preise in Frankreich sind die tiefen Preise in Deutschland zu relativieren. Deutschland scheint mit den sehr tiefen Deopreisen eher eine Ausnahme zu sein.

25. Für die unterschiedlichen Preise der Deo Sticks in der Schweiz und in Deutschland nennen die Vertreiber im Übrigen namentlich folgende Faktoren:

- a) generell höhere Werbekosten in der Schweiz und intensivere Bewerbung der Deo Sticks;
- b) generell höhere Miet- und Personalkosten in der Schweiz;
- c) höhere Einfuhrabgaben (insbesondere für Waren aus den USA), Gebühren, Transportkosten und höhere anteilige Distributionskosten pro Stück in einem kleinen Land wie der Schweiz;
- d) Wechselkurs; es wird jedoch auch angeführt, dass aufgrund der Einführung des Euros europaweit eine Preisangleichung erwartet wird, möglicherweise mit Preisansteigungen in Tiefpreisländern wie Deutschland.

26. Die von den Erzeugern vorgebrachten Gründe vermögen nicht abschliessend zu erklären, weswegen die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und den umliegenden Ländern, je nach Deo Stick, derart gross sind. Nebst den oben genannten Vorbringen der Parteien sind weitere Ursachen anzuführen, um die doch zum Teil wesentlichen Preisunterschiede zwischen der Schweiz und den Nachbarländern aufrechtzuerhalten, wie etwa Verbraucherpräferenzen oder schlicht das Fehlen zwar möglicher, aber de facto nicht erfolgender Parallelimporte. Im Bereich Deo Stick wird das Sekretariat den Markt weiterhin überwachen.

C. Schlussfolgerung

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

- 1) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen Deodorantvertreibern oder Detailhändlern im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG vorliegen;
 - 2) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Deodorantsvertreibern und Detailhändlern im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Ziffer 3 der Bekanntmachung vorliegen;
 - 3) stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf dem Markt für Deodorants vorliegen;
-

- 4) beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- 5) teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	2. Preisdifferenzierung bei Schokoriegeln
-------	--

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 3. November 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Preisdifferenzierung bei Schokoriegeln wegen allfällig unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG und allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Nachdem in der Sendung "Kassensturz" des Schweizer Fernsehens (SF DRS) internationale Preisunterschiede von Konsumgütern, insbesondere von Mars Schokoriegeln, thematisiert worden waren, eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") am 9. April 2002 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251).
2. Abgeklärt wurde, ob - ausgehend von den genannten Preisunterschieden - namentlich auch im Bereich von Schokoriegeln Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Form von unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) oder ein Missbrauch von Marktbeherrschung (Art. 7 Abs. 2 Bst. c) vorliegen.
3. In die Ermittlungen einbezogen wurden die jeweils grössten Unternehmen:
 - a) Stufe Schokoladeanbieter: Effems in Baar, Nestlé in Vevey, Migros in Zürich und Lindt und Sprüngli in Kilchberg (nachfolgend Lindt).
 - b) Stufe Detailhandel: Denner in Zürich, Coop in Basel, Usego in Egerkingen und Selecta in Zug.

B. Erwägungen

1. Geltungsbereich

4. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter auftreten (vgl. RPW 2000/4, S. 605, Rz. 78). So-

wohl die Schweizer Vertreiber von Schokolade (Effems, Nestlé, Migros, Lindt) als auch die Schweizer Detailhändler (Denner, Coop, Usego, Selecta) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

2. Vorbehaltene Vorschriften

5. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen 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). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

3. Vorliegen von Wettbewerbsabreden

6. 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).

7. 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). Im Folgenden ist zu prüfen, ob

- a) Wettbewerbsabreden betreffend Preise, Mengen oder Gebietsaufteilungen (horizontale Abreden) zwischen Schokoladevertreibern (Effems, Nestlé, Migros, Lindt) oder zwischen den Detailhändlern (Denner, Coop, Usego, Selecta), und/oder
- b) Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 3 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 zwischen den Schokoladevertreibern und dem Detailhandel vorliegen (vertikale Abreden).

8. *Horizontale Abreden:* Eine vom Sekretariat bei den wichtigsten Anbietern von industriell hergestellter Konfiserie in der Schweiz durchgeführte Umfrage (vgl. Tabelle 1, unten) hat gezeigt, dass keine Anhaltspunkte für horizontale Wettbewerbsabreden sowohl auf Marktstufe der Anbieter als auch der Detailhändler bestehen.

9. *Vertikale Abreden:* Gemäss der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission zur Beurteilung von Vertikalabreden vom 18. Februar 2002 gelten vertikale Wettbewerbsabreden (gemäss Ziff. 3 und 4 der Bekanntmachung) als erheblich, wenn insbesondere Fest- oder Mindestverkaufspreise fixiert werden, das Absatzgebiet oder der Kundenkreis beschränkt werden sowie der Verkauf an den Endverbraucher eingeschränkt wird. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen sind

dann unzulässig, wenn sich diese nicht durch wirtschaftliche Effizienz rechtfertigen lassen. Die Durchsetzung einer Preisdifferenzierung basiert auf zwei grundlegenden Voraussetzungen: der Separierbarkeit der Märkte und der Möglichkeit, Arbitrage zu vermeiden (KNEIPS, 2001, Wettbewerbsökonomie, S. 209).

- a) Auf eine abschliessende Beurteilung der Frage, ob länderspezifische Märkte für industriell hergestellte Konfiserie vorliegen, kann - angesichts des Umstandes, dass keine Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abreden ermittelt werden konnten - verzichtet werden. Immerhin haben die ersten Abklärungen gezeigt, dass aufgrund unterschiedlicher Kundenpräferenzen, einer unterschiedlichen Zahlungsbereitschaft sowie unterschiedlicher Konsumverhalten eine gewisse Separierbarkeit des Marktes für industriell hergestellte Konfiserie in nationale Teilmärkte nicht von vornherein von der Hand zu weisen ist.
- b) Ob Arbitrage überhaupt möglich ist, hängt davon ab, ob ein Gut zwischen unterschiedlichen Märkten transferiert werden kann. Ein solcher Transfer kann (nebst etwa Transport- und Logistikkosten) namentlich durch vertragliche Bindungen verhindert werden.

10. Die summarischen Ermittlungen haben keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass unter den Schokoladeanbietern zwischen den Produzenten und der nachgelagerten Handelsstufe vertragliche Bindungen in Form von Fest- noch Mindestverkaufspreisen (Preisbindungen zweiter Hand) oder in Form einer Beschränkung des Kundenkreises und des Absatzgebietes bestehen (vgl. Tabelle 1, unten). Alle befragten Unternehmen (Produzenten und Handel) bestätigen zudem, dass industriell hergestellte Konfiserie auch über den Graumarkt in die Schweiz importiert werden kann.

Wettbewerbsabreden	Effems	Nestlé	Migros	Lindt & Sprüngli
Abreden auf Händlerstufe	nein	nein	nein	nein
Preisbildung zweiter Hand	nein	nein	nein	nein
Verbot von Parallelimporten	nein	nein	keine Antwort	nein

Tabelle 1: Bezeichnung der vertikalen und horizontalen Verträge von Schokoladeanbietern

11. Die beobachteten Preisdifferenzen von Schokoriegeln sind trotz Arbitragemöglichkeiten relativ hoch¹. Diesbezüglich kann auf folgende Aussagen der befragten Unternehmen hingewiesen werden:

- a) Ein Teil der beobachteten internationalen Preisdifferenzen lässt sich durch Zollzuschläge² auf Schokolade-Riegeln (Mars, Milky Way etc.) und Schokolade-Biskuit-Riegeln (Twix etc.) beim Import in die Schweiz erklären. Gemäss Angaben der Effems erhöhen sich die Endverbraucherpreise von Mars-Schokoriegeln zollbedingt durchschnittlich um 5,7% beziehungsweise von Twix-Riegeln um 12,3%.
- b) Laut Aussagen des Handels (Coop, Denner, Selecta und Usego) sind Importe über den Graumarkt möglich, werden aber zurzeit selten vorgenommen. Die bei einer solchen Aktion anfallenden Kosten (Transport, Lagerung und Verteilung) seien nämlich höher als die zusätzlich zu erwartenden Mehrerträge in Form höherer Margen oder Mehrverkäufen.
- c) Denner weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Parallelimporte häufig mit Hilfe von spezialisierten Graumarkthändlern vorgenommen werden müssen. Denner führt jedoch zurzeit keine Parallelimporte im Bereich Schokoriegel durch.

12. [...]

13. *Fazit:* Die Ermittlungen haben keine schlüssigen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden auf dem Markt für die Produktion und den Vertrieb des Schokoriegels ergeben. Gemäss Aussagen der Anbieter und des Detailhandels sind insbesondere auch Parallelimporte möglich.

4. Missbrauch der Markbeherrschung

14. 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 Marktgegenseiten benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). 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). Vorab ist aber der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

¹ Preise Mars classic 5x54g am 3.11.2003 in der Schweiz: CHF 3.95 (Quelle: www.coop.ch); Preise Mars classic 5x58g am April 2002 in Frankreich: Euro 1.66 = ca. CHF 2.50; in Deutschland Euro 2.45 = CHF 3.65 (Quelle: www.euroinfo-kehl.com/f/comparaisonprix.pdf).

² Die Zolltarifnummern lauten für die Schokolade-Biskuit-Riegel 1905.3110 (CHF 171.10 pro 100kg brutto), für Schoko-Riegel 1805.3111 (CHF 87.30 pro 100 kg brutto).

a) Relevanter Markt

15. Der *sachliche Markt* umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar (austauschbar) angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; 252.4], der hier analog anzuwenden ist). Das Sekretariat geht von einem sachlich relevanten Markt für industriell hergestellte Konfiserie aus, wobei die Marktgegenseite der Detailhandel und indirekt auch der Endverbraucher ist. Der sachlich relevante Markt umfasst Schokoladeprodukte, die in zusätzlichen Arbeitsgängen mit Füllungen oder mit Glasuren veredelt werden. Beispiele für industriell hergestellte Konfiserie sind die bekannten Schokoriegel Mars, Milchschnitte, Milky Way, Blox, etc. Zur Begründung:

- a) Es wäre zwar auch möglich, eine etwas weitere Abgrenzung vorzunehmen, beispielsweise indem die Schokoladetafeln sowie andere Snacks ebenfalls zum relevanten Markt hinzugezählt würden. Folgende Gründe sprechen gemäss Informationen des Handels aber für eine enge Marktabgrenzung:
 - ?? Industriell hergestellte Konfiserie wird unter vergleichbaren Umständen und in ähnlichen Umgebungen verzehrt.
 - ?? Industriell hergestellte Konfiserie wird im gleichen Ladenregal angeboten.
 - b) Insbesondere auch die Branche (d.h. die Schokoladeprodukte) in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich geht zum Teil von einem Markt für industriell hergestellte Konfiserie aus (vgl. Tabelle 2, unten).
-

Sachlich relevanter Markt	Effems	Nestlé	Migros	Lindt & Sprüngli
Schweiz	industriell hergestellte Schokolade	industriell hergestellte Konfiserie	industriell hergestellte Konfiserie	Schokoladeprodukte
Deutschland	industriell hergestellte Schokolade	industriell hergestellte Konfiserie	keine Antwort	keine Antwort
Frankreich	industriell hergestellte Schokolade	industriell hergestellte Konfiserie	keine Antwort	keine Antwort

Tabelle 2: Sachliche Marktabgrenzung nach Angaben der Unternehmen

16. Der *räumlich relevante Markt* umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Angebotsseitig bedient der Detailhandel fast ausschliesslich den schweizerischen Markt und fragt industriell hergestellte Konfiserie mehrheitlich national nach. Analog dem Fall Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 364 ff.) kann deshalb von einem nationalen Markt ausgegangen werden. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für industriell hergestellte Konfiserie kann letztlich aber offen gelassen werden, weil, gleich bei welcher räumlichen Marktabgrenzung, keine marktbeherrschende Stellung festzustellen ist.

b) Marktverhältnisse

17. Auf dem schweizerischen Markt aller industriell hergestellter Konfiserie herrschen folgende Verhältnisse.

Produzenten	Marktanteile in % (2000)	Marktanteile in % (1999)	Marktanteile in % (1998)	Marktanteile in % (1997)
Migros	[30-40]	[30-40]	[30-40]	[20-30]
Nestlé	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
Lindt & Sprüngli	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
Effems	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Ferrero	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Coop	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Kraft Jacobs Suchard	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Maestrani/Munz	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Bloch	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Storck	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Übrige	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Tabelle 3: Marktanteile der wichtigsten Anbieter auf dem Schweizer Markt für industriell hergestellte Konfiserie (Quelle: Nielsen)

18. Eine summarische Marktanalyse (vgl. Tabelle 3, oben) zeigt, dass vorläufig nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Unternehmen sich nach Massgabe von Artikel 4 Absatz 2 KG unabhängig verhalten kann. Im Einzelnen:

- a) Auf dem Markt für industriell hergestellte Konfiserie sind mehr als zehn international tätige Anbieter aktiv. Alle verfügen über Marktanteile von unter [...] Prozent. Für Konsumenten bestehen somit genügend Substitutionsmöglichkeiten.

Die Migros, welche nicht als international tätiger Anbieter gilt, stellt vor allem Eigenmarken im untersten Preissegment für den Schweizer Markt her.

- b) Ferner spricht der Innovationsgrad für eine kompetitive Marktentwicklung. Jüngste Beispiele der Effems AG sind die Schokoladenprodukte Amicelli und Celebrations, welche in den Jahren 2000 und 2001 lanciert wurden.

19. Die Ermittlungen erlauben keine Rückschlüsse auf eine kollektive Marktbeherrschung:

- a) Kollektive Marktbeherrschung beruht entweder auf einer Wettbewerbsabrede zwischen Marktteilnehmern gleicher Marktstufen oder auf Parallelverhalten. Die beteiligten Unternehmen verhalten sich gleichförmig, indem sie ihre Geschäftsstrategien abstimmen. Damit sich Unternehmen kollektiv marktbeherrschend verhalten können, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Coop/Waro; RPW 2003/3, S. 559).
- b) Obwohl die vier grössten Anbieter (Migros, Effems, Nestlé, Lindt) auf dem relevanten Markt einen kumulierten Anteil von [...]% besitzen, sprechen folgende Sachverhaltselemente gegen das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung:
 - ?? Mit 12 Wettbewerbern ist die Anzahl der Anbieter auf dem relevanten Markt eher hoch.
 - ?? Hohe Innovationsraten beziehungsweise häufige Produktneueinführungen (vgl. Rz. 18 b) sind der Stabilität von Kollusionen abträglich.
 - ?? Asymmetrische Marktanteilsverteilungen wie im vorliegenden Fall vermindern die Kollusionsanreize. Zudem sind deshalb und wegen der asymmetrischen Verteilung der Finanzkraft auch Retorsionsmassnahmen der kleineren Unternehmen kaum glaubwürdig, was die Stabilität einer Kollusion ebenfalls untergräbt.
 - ?? Die Markteintrittsschranken für international tätige Anbieter sind eher gering. Gemäss einer Umfrage des Sekretariats sind in den nächsten Jahren weitere Markteintritte grosser internationaler Anbieter zu erwarten.
 - ?? Die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite (Coop, Denner etc.) ist stark.
 - ?? Gemäss Tabelle 3 schwankten die Marktanteile in den letzten Jahren: [...], [...] und [...] gehörten zu den Gewinnern, während [...] Marktanteile verlor.

20. *Fazit:* Die Ermittlungen haben keine schlüssigen Anhaltspunkte für eine individuelle oder kollektive Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG) ergeben. Damit kann offen gelassen werden, ob eine der in Artikel 7 KG erwähnten Missbrauchstatbestände erfüllt wäre.

C. Schlussfolgerung

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

- 1) dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen Schokoladevertreibern oder Detailhändlern im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG vorliegen;
 - 2) dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen von vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Schokoladevertreibern und Detailhändlern im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Ziffer 3 der Bekanntmachung vorliegen;
 - 3) dass keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens oder mehrerer zusammen (kollektive Marktbeherrschung) auf dem Markt für industriell hergestellte Schokolade vorliegen und
 - 4) beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen und
 - 5) teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
-

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG

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

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

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003; Anordnung vorsorglicher Massnahmen

A. Sachverhalt

1. Verfahren

1. Im August 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) davon Kenntnis, dass das Valet Parking im Bereich des Flughafens Zürich Kloten neu organisiert und die beiden bisherigen Anbieter (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) ihren Betrieb per Mitte beziehungsweise Ende 2003 einstellen müssen.

2. Am 17. September 2003 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen die Flughafen Zürich AG (im Folgenden: Unique).

3. Im Verfahren der Vorabklärung besteht zwar kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG¹). Unique wurde jedoch am 17. und 23. September 2003 im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens über den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens aufgeklärt und explizit aufgefordert, weitere Bemerkungen oder Informationen anzufügen, die in Zusammenhang mit dem Verfahren von Bedeutung sein könnten. Unique antwortete mit Schreiben vom 16. Oktober 2003.

¹Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG); SR 251.

4. Zudem erhielten Unique sowie die Sprenger Autobahnhof AG und die Alternative Parking AG mit Schreiben des Sekretariats vom 5. November 2003 Gelegenheit, zum Verfügungsentwurf (Antrag) Stellung zu nehmen.

5. Die Alternative Parking AG sowie die Sprenger Autobahnhof AG erklärten sich mit Eingabe vom 11. beziehungsweise 14. November 2003 einverstanden mit dem Verfügungsentwurf. Insbesondere seien vorsorgliche Massnahmen von Amtes wegen zu treffen. Eventualiter stellt Sprenger den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

6. Unique beantragt in der Stellungnahme vom 14. November 2003, dem Antrag (Verfügungsentwurf) sei nicht zu entsprechen, auf die Eröffnung einer Untersuchung sei zu verzichten unter Feststellung, dass Unique keine Vorschriften des Kartellgesetzes verletze, und auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei zu verzichten. Auf die Begründung dieser Anträge von Unique wird in dieser Verfügung an entsprechender Stelle eingegangen.

2. Parteien

7. Die Flughafen Zürich AG ("Unique")² ist eine Aktiengesellschaft im Sinne von Artikel 762 OR mit Sitz in Kloten. Sie ist hauptsächlich tätig in den Bereichen Planung, Projektierung, Bau und Betrieb von Verkehrsinfrastrukturen sowie deren kommerzieller Nutzung und Erbringung von damit verwandten Dienstleistungen. Alle Arten von Immobiliendienstleistungen, insbesondere der Betrieb des interkontinentalen Flughafens Zürich nach Massgabe der vom Bund erteilten Bau- und Betriebskonzession und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen gehören zum Kerngeschäft.

8. Betroffen durch das Verhalten von Unique werden primär die bisherigen Anbieter von Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafen Zürich Kloten: Die Sprenger Autobahnhof AG (im Folgenden "Sprenger") mit Sitz in Kloten bezweckt neben der Führung eines Garagebetriebes insbesondere die Garagierung von Kundenfahrzeugen. Die Alternative Parking AG (im Folgenden "AP") mit Sitz ebenfalls in Kloten bezweckt insbesondere das Abholen von Kundenfahrzeugen und deren Bereitstellung bei der Rückkehr des Kunden am Flughafen.

3. Vorgehen der Parteien

9. Im vorliegenden Verfahren geht es um die von Unique per Mitte 2003 durchgeführte Neuorganisation des Valet Parkings beziehungsweise allgemeiner um Parking-Dienstleistungen, die am Flughafen Zürich Kloten erbracht werden.

² Im Jahre 2000 löste Unique die damalige "Flughafen Immobilien Gesellschaft (FIG)" als Betreiberin des Flughafens ab (vgl. das Zürcher Flughafengesetz vom 12.7.1999).

10. Zur Ausübung ihres Gewerbes mieteten Sprenger und AP von der Betreiberin des Flughafens (FIG bzw. Unique) seit den 60er-Jahren (Sprenger) beziehungsweise seit den 90er-Jahren (AP) diverse Räumlichkeiten: so insbesondere Büros beziehungsweise Schalter sowie mehrere so genannte Umschlag-Parkplätze in den Parkhäusern beziehungsweise auf der Vorfahrt. Die Regelung der von Sprenger beziehungsweise AP benötigten Räumlichkeiten wurde im gleichen Konzessionsvertrag geregelt, in welchem Unique die erforderliche Bewilligung zur Ausübung der gewerblichen Tätigkeit auf dem Gebiet des Flughafens erteilte³. Der "reine" Parking-Service sieht vor, dass der Kunde sein Auto am Flughafen auf einen der von Sprenger beziehungsweise AP gemieteten Umschlag-Parkplätze stellt, am Schalter von Sprenger beziehungsweise AP den Schlüssel abgibt und sagt, wann er das Auto wieder abholen kommt. Ein Mitarbeiter von Sprenger beziehungsweise AP parkiert das Auto *ausserhalb* des Flughafenareals ("off Airport") und bringt es zum gewünschten Zeitpunkt zurück auf einen Umschlag-Parkplatz im Flughafenareal. Gegen Aufpreis bieten Sprenger und AP auch andere Dienstleistungen an⁴. Während Unique verschiedene Parkhaustarife kennt, welche je nach Bequemlichkeit für den Kunden (d.h. je nach Nähe zu den Abflugterminals) verschieden hoch sind, bieten Sprenger beziehungsweise AP die Abgabe des Autos an bevorzugter Lage (sehr nahe bei den Terminals) zu Parking-Tarifen an, die zumindest ab einer gewissen Dauer vorteilhafter sind als diejenigen von Unique.

11. Mit Schreiben vom 2. Februar 2001 setzte Unique Sprenger und AP davon in Kenntnis, dass infolge der Eröffnung des Parkhauses 3 ab Mitte 2003 deutlich mehr Parkplätze zur Verfügung stehen und es daher erforderlich sei, das Valet-Parking auf diesen Zeitpunkt hin neu zu organisieren und auszuschreiben. Am 30. August 2002 schrieb Unique das Valet-Parking neu aus, worauf Sprenger am 9. Oktober 2002 eine Bewerbung einreichte. AP verzichtete auf eine Bewerbung, da nach den zu strengen Vorgaben von Unique⁵ nur sehr tiefe Umsätze zu erwarten seien. Am 9. Dezember 2002 teilte Unique Sprenger mit, dass Sprenger den Zuschlag nicht erhalten habe; am 20. Dezember 2002 kündigte Unique Sprenger und AP die Mietverträge per 30. Juni 2003 unter anderem mit der Begründung "Aufhebung des günstigen Valet

³ Vgl. dazu Art. 128 ff. des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich vom 31. Mai 2001, genehmigt vom BAZL.

⁴ Z.B. Autowäsche, Benzin auftanken, Öl- bzw. Pneu-Service, Abgastest, Überführen des Autos in die jeweilige Vertretung zwecks Reparaturen/Service etc. Gemessen am Gesamtumsatz sind diese Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung.

⁵ Unique verlangte z.B. explizit, dass alle Fahrzeuge auf den Parkplätzen von Unique abgestellt werden müssen und der Preis für das Valet Parking "über den Tarifen für öffentliches Parking (PHA/PHB)" liegen muss (vgl. Präsentation von Unique anlässlich der Valetparking-Sitzung vom 20.2.2002, S. 4 und 8).

Parkings ...". Unique argumentierte, rechtliche Grundlage des Parking-Services sei einerseits der Mietvertrag, andererseits der Konzessionsvertrag vom 28. Dezember 1990⁶. Die Konzession sei von Anfang an befristet gewesen und mehrfach verlängert worden, ohne dass ein Anspruch auf Verlängerung bestanden habe. Nach Ablauf der Konzessionen verfügen Sprenger und AP per 1. Juli 2003 auch nicht mehr über die erforderliche Bewilligung zur Weiterführung des Parking-Services. In seinem Beschluss vom 5. Mai 2003 erachtete die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Bülach die Kündigung des Mietvertrages gegenüber Sprenger zwar als treuwidrig, weshalb sie ungültig sei, sie sah jedoch von einer rechtlichen Qualifikation der Gewerbe-Bewilligung ab.

12. Den Zuschlag für das "neue" Valet Parking hat die Europcar AMAG Services AG (im Folgenden: Europcar) erhalten für ein Projekt, nach welchem die Kunden ihr Auto auf der Terminal-Vorfahrt einem Mitarbeiter abgeben, der das Auto dann *im Unique-Parkhaus* parkiert. Da hier der Kunde im Vergleich zum "normalen" Parkieren im Parkhaus eine Zusatzdienstleistung erhält, hat er neben den üblichen Parkgebühren, die ein Unique-Parkplatz kostet, zusätzlich eine pauschale Handling-fee zu bezahlen.

13. Den bisherigen Betreibern hat Unique die Bewilligung nicht erneuert, weshalb per 1. Januar 2004 Flugpassagiere ihr Auto nur noch in den Parkhäusern von Unique zu Unique-Tarifen parkieren können. Daneben steht es ihnen frei, gegen zusätzliches Entgelt die Zusatzdienstleistungen von Europcar in Anspruch zu nehmen.

14. AP bietet seit Mitte 2003 einen Park-and-ride-Service an: Die Kunden parkieren ihr Auto ausserhalb des Flughafenareals auf einem von AP gemieteten Parkplatz und fahren mit einem von AP organisierten Shuttle-Bus zum Flughafen. Unique versucht nun auch dieses Projekt zu stoppen, indem sie der Shuttle-Bus-Betreiberin androht, generell die (für den Hotelbus-Service erteilten) Vorfahrbewilligungen zu entziehen, falls sie weiterhin mit AP zusammenarbeite⁷.

B. Erwägungen

1. Formelle Voraussetzungen

15. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im KG noch im VwVG⁸ explizit vorgese-

⁶ In Kraft seit dem 1.1.1991.

⁷ (Vgl. den Brief der "Joker-Bus AG" an AP vom 23.6.2003).

⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG); SR 172.021.

hen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung - in analoger Anwendung von Artikel 17 und 23 KG in Verbindung mit Artikel 56 VwVG - zulässig⁹. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 beziehungsweise 7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen¹⁰. Im vorliegenden Verfahren ist es für die bisherigen Parking-Dienstleistungsanbieter von existenzieller Bedeutung, möglichst schnell zu erfahren, ob das Verhalten von Unique das KG verletzt hat oder nicht, da sie folgenreiche betriebliche Entscheide fällen müssen¹¹. Um wirksamen Wettbewerb zu sichern, ist es gerechtfertigt, im vorliegenden Fall die vorläufigen Massnahmen - falls alle Voraussetzungen erfüllt sind - ohne Verzögerung zu verfügen.

16. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann grundsätzlich nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen¹². Daher muss - falls im Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist - gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet werden.

17. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat zwar am 17. September 2003 eine Vorabklärung, jedoch noch keine Untersuchung eröffnet. Gemäss Artikel 27 KG wird eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Nach Rechtsprechung und Lehre besteht kein Rechtsanspruch auf Durchführung einer Untersuchung¹³. Die Frage, ob im vorliegenden Fall eine Untersuchung zu eröffnen ist, steht in engem Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen und insbesondere mit der Frage der positiven Entscheidprognose (vgl. hienach 3.1), weshalb sie an dieser Stelle noch offen gelassen werden kann¹⁴.

⁹ Vgl. etwa BGE 2A.142/2003 vom 5.9.2003 i.S. Cablecom GmbH c. Teleclub AG; RPW 1999/3, 395 ff., und RPW 1997/4, 621 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 630, und ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1497, beide m.w.H.

¹⁰ RPW 1997/1, 44 ff.; ZÄCH (zit. in Fn 9), Rz. 632; VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn 9), Rz. 1500.

¹¹ Z.B. Kündigung der Arbeitsverträge aller Mitarbeiter und Kündigung der Mietverträge "off Airport".

¹² So VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn 9), Rz. 1499, und PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 284; vgl. auch ZÄCH (zit. in Fn 9), Rz. 605 m.H. auf a.A.

¹³ RPW 1999/3, S. 489 ff., Rz. 10 m.Nw.

¹⁴ Vgl. aber unten Rz. 79.

18. Gemäss nachstehenden Erwägungen steht im vorliegenden Verfahren die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt im Vordergrund.

19. Die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist gegeben (Art. 2 und 18 KG).

2. Vorbehaltene Vorschriften

20. Vorschriften, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen, sind dem KG vorbehalten (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen¹⁵.

21. Vorwegzunehmen ist, dass ein Fall von Artikel 3 Absatz 1 *Buchstabe b* KG nicht vorliegt, da Unique im hier interessierenden Bereich der Parking-Dienstleistungen nicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist¹⁶. Zwar handelt es sich bei den Parkhäusern auf dem Flughafenareal tatsächlich um Flugplatzanlagen beziehungsweise Flughafeneinrichtungen¹⁷. Hingegen folgt aus Erwägung II.2.3 der Flughafenbetriebskonzession - entgegen der Ansicht von Unique¹⁸ - nicht, dass Unique jede Tätigkeit in Zusammenhang mit dem Betrieb des Flughafens Zürich, also insbesondere auch die auf den Flughafenbetrieb ausgerichtete Parkplatzbewirtschaftung, exklusiv allein ausüben darf. Erwägung II.2.3.c der UVEK-Betriebskonzession hält sogar explizit fest, dass "die von der Geschwisterin ebenfalls erwähnten kommerziellen Tätigkeiten auf der Luftseite des Flughafens (Airside), so zum Beispiel Zollfreihandel und Gastronomie, ... nach Ansicht des UVEK nicht unter die flughafenspezifischen Tätigkeiten [fallen], die nur dann ordentlich abgewickelt werden können, wenn deren Zulassung durch die Konzessionärin dem öffentlichen Recht unterliegt. Vielmehr können die entsprechenden Tätigkeiten ohne weiteres durch privatrechtliche Verträge mit interessierten Dritten ermöglicht werden". Diese Erwägungen des UVEK gelten umso mehr auch für gewerbliche Tätigkeiten auf der Landseite des

¹⁵ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m.w.Nw., und die REKO/WEF im Entscheid vom 10.10.2003 i.S. Aargauischer Krankenkassenverband und Konsorten c. Aargauischer Ärzteverband und Konsorten.

¹⁶ I.d.S. (nicht für Parking-Dienstleistungen, aber vergleichbare kommerzielle Tätigkeiten) die Unique vom UVEK erteilte Betriebskonzession vom 31.5.2001, Erw. II.2.3.c.

¹⁷ Darauf weist Unique in ihrer Stellungnahme vom 14. November 2003 in Rz. 1 unter Bezugnahme auf einen BGE vom 19.2.1998 explizit hin.

¹⁸ (Vgl. Stellungnahme von Unique ...).

Flughafens, welche mit dem Flugbetrieb direkt nichts zu tun haben, wie insbesondere das Vermieten von Flughafeneinrichtungen für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere. Dass Unique als Flughafenbetreiberin nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, "umfangreiche Investitionen in die landseitige Erschliessung" vorzunehmen, wird nicht in Abrede gestellt. Als "Gegenleistung" für diese Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur erhält Unique jedoch nicht etwa ein absolutes Exklusivrecht (insb. auch nicht für die Parkplatzbewirtschaftung), sondern sie muss sicherstellen, dass sie selber beziehungsweise von ihr zugelassene Dritte die für den Flughafenbetrieb notwendigen Dienstleistungen anbieten, wobei die Dritten Unique als Entschädigung selbstverständlich ein entsprechendes Entgelt zu entrichten haben (z.B. Miete für die Infrastruktur sowie periodische Gebühr für die Erteilung der Gewerbebewilligung).

22. Bei einer Konzession handelt es sich nicht um eine generell-abstrakte Norm sondern um eine individuell-konkrete Verfügung, weshalb es im vorliegenden Fall zweifelhaft ist, ob überhaupt das Tatbestandsmerkmal der "Rechtsvorschrift" im Sinne von Artikel 3 KG (Titel und Abs. 1 Ingress) erfüllt sein kann. Zudem ist zu beachten, dass die von Unique erwähnten Passagen sich nicht etwa im Dispositiv der Verfügung (Betriebskonzession) sondern "nur" in den Erwägungen befinden, welche der Behörde (dem UVEK) zur Begründung des Dispositivs dienen. Letztlich kann jedoch die Frage, ob diese Erwägungen der Konzession überhaupt vorbehaltene Vorschriften im Sinne des Kartellgesetzes darstellen, offen bleiben: Denn entgegen der Ansicht von Unique handelt es sich offensichtlich - auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtes¹⁹ - weder bei diesen Erwägungen der Konzession noch bei den dahinter stehenden gesetzlichen Bestimmungen um Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Leistungen (i.c. Parking-Dienstleistungen) "*Wettbewerb nicht zulassen*" und zu diesem Zweck ein "Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten" (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).

23. Aus folgenden Gründen existieren vorliegend auch keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 *Buchstabe a* KG: Es gibt keinerlei kommunale, kantonale oder eidgenössische gesetzliche Grundlage (Gesetz oder Verordnung), welche Unique dazu zwingen würde, die bis Mitte 2003 herrschende Konkurrenz im Bereich der Parking-Dienstleistungen zu untersagen; das Vorgehen von Unique ist vielmehr geschäftlich motiviert²⁰.

¹⁹ Vgl. oben Rz. 20 und die Nachweise in Fn. 15.

²⁰ Vgl. unten Rz. 51 ff.

24. Zwar verfügte das UVEK in seiner *Baukonzession*, dass das Modalsplit-Konzept vom Juli 1998, welches einen Anteil von 42% des öffentlichen Verkehrs am Gesamtverkehr vorsieht, umzusetzen sei (Aufgabe Nr. 2.5 der Baukonzession²¹). Auch wenn das UVEK in der Konzession in Erwägung zieht, dass die Parkgebühren generell erhöht werden sollen²², kann darin keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG gesehen werden. Denn selbst wenn effektiv bereits blosser Erwägungen einer Verfügung die Anwendung des KG verhindern könnten²³, würden die genannten Erwägungen und Auflagen der UVEK-Konzession im vorliegenden Fall keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG begründen, da sie zu unbestimmt sind, um die Anwendung des KG auszuschliessen, zumal Unique in der Tarifgestaltung weiterhin weitgehend frei ist: Unique hat denn auch per 1. August 2000 und per 1. Juli 2002 selbstständig die Parking-Tarife erhöht; weder die exakte Tarifgestaltung noch die -erhöhung unterliegt einer behördlichen Genehmigungspflicht. Weder die Konzessionen noch irgendeine gesetzliche Vorschrift untersagen Unique implizit oder explizit, im Bereich der Parking-Dienstleistungen einen oder mehrere Konkurrenten zuzulassen.

25. Wenn der Staat will, dass der Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränkt wird, dann muss er rechtlich korrekt ein Monopol schaffen oder einen Tarif fixieren²⁴. Unter denjenigen gesetzlichen Bestimmungen des Luftfahrt- und Umweltschutzrechts, auf welche sich die genannte Konzession stützt, sind keine Normen ersichtlich, welche für das Parking-Dienstleistungsangebot am Flughafen Zürich eine das KG derogierende staatliche Preisordnung begründen würden. Auch die kantonale Lufthygiene-Massnahmeplanung²⁵, welche sich unter anderem auf das USG stützt²⁶, vermag (zumindest in der vorliegenden Form) keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen. Ein staatlicher Zwang zur prioritären Nutzung der Parkflächen in den Parkhäusern von Unique setzte

²¹ Entscheid des UVEK vom 5.11.1999 zur 5. Bauetappe für den Flughafen Zürich-Kloten (Baukonzession für das Projekt Dock Midfield).

²² Erwägung 4.3.1.2. der Baukonzession.

²³ Dazu oben Rz. 22.

²⁴ Vgl. - den Entscheid der Weko bestätigend - BGE 2A.520/2002 i.S. Freiburger Elektrizitätswerke (FEW) gegen Migros/Watt Suisse AG betreffend kantonale Preisordnungen bzw. Monopole.

²⁵ Der vollständige Massnahmenplan Lufthygiene des Kantons Zürich besteht aus folgenden Unterlagen: Luft-Programm, Änderung Luft-Programm 1996 vom 12.11.1997, Erfolgskontrollbericht 1998/Änderung Luft-Programm 1996 vom 28.4.1999 und Luft-Programm Ergänzung 2002 (vgl. <<http://www.luft.zh.ch>>).

²⁶ Vgl. insb. Art. 11, 12 und 44a USG.

eine gesetzliche Regelung voraus, welche zurzeit weder besteht noch geplant ist. Zudem ist zweifelhaft, ob eine solche einseitige Regelung verhältnismässig wäre, solange nur der am Flughafen parkierende Individualverkehr und nicht generell der Individualverkehr im Bereich des Flughafens entsprechend reglementiert würde: Denn laut der Baukonzession des UVEK werden "60% des Verkehrsaufkommens ... durch den Bring- und Holverkehr verursacht, 20% durch Zuschauer/Kunden" und nur "15% durch die selbstfahrenden Flugpassagiere"²⁷.

26. Aus diesem Grund hält das UVEK fest, dass die Strategie der künftigen Parkplatzbewirtschaftung darauf abzielt, "dass bei den Flugpassagieren die Selbstfahrer (Langzeitparkierer) gegenüber dem Bring- und Holverkehr (Kurzzeitparkierer) bevorzugt werden"²⁸. Für die im vorliegenden Verfahren relevanten Parking-Dienstleistungsangebote von Sprenger und AP interessieren sich nur die zu bevorzugenden Langzeitparkierer.

27. In den Auflagen der Baukonzession wird zwar effektiv bestimmt, dass das Modalsplit-Konzept vom Juli 1998 umzusetzen sei, wobei zu diesem Zweck laut Erwägungen neben der Optimierung der Tarifstruktur auch "die Parkgebühren generell erhöht" werden sollen²⁹. Mit den Gebührenerhöhungen vom August 2000 (für Kurz- und Langzeit) und vom Juli 2002 (für Kurzzeit) hat Unique im Sinne dieser Erwägungen gehandelt. Die Erwägungen in der Konzession sehen jedoch weder explizit noch implizit vor, dass die Parking-Gebühren aller Parking-Dienstleistungs-Anbieter auf dasselbe Niveau angehoben werden müssten (absolute Betrachtung). Die geforderte generelle Gebührenerhöhung lässt sich vielmehr auch dadurch verwirklichen, dass alle Anbieter ihre Ausgangspreise, die auf verschiedenen Niveaus liegen, zum Beispiel um einen bestimmten Prozentsatz erhöht, so dass zwar alle Gebühren gleichmässig erhöht werden, aber am Schluss nicht alle exakt gleich hoch sind (relative Betrachtung). Mit anderen Worten ist die generelle Erhöhung des Preisniveaus aller Anbieter ausreichend, während weder Einheitspreise und die Verdrängung aller Konkurrenten notwendig noch in den umweltschutzrechtlichen Bestimmungen beziehungsweise in der Konzession vorgesehen sind. Die Schlussfolgerung von Unique, das von AP und Sprenger angebotene Parking-Dienstleistungs-Segment müsse laut Konzessionsauflagen ausgeschlossen werden³⁰, ist deshalb unzutreffend. Der von Unique implizit be-

²⁷ Erwägung 4.3.1.2 der Baukonzession.

²⁸ Erwägung 4.3.1.2 der Baukonzession.

²⁹ Erwägung 4.3.1.2 der Baukonzession.

³⁰ (Stellungnahme ...).

klagte unlösbare Widerspruch zwischen umweltpolitischen Zielen der Konzessionsbehörden und wettbewerbspolitischen Zielen der Kartellbehörden³¹ existiert in Wahrheit gar nicht. Der gesetzliche Rahmen und die dadurch geschützten öffentlichen Interessen lassen vielmehr Raum für die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen³².

28. An dieser Stelle kann letztlich offen bleiben, ob die erneute Erhöhung der Parking-Tarife auf effiziente Weise den vom UVEK gewünschten Effekt (weniger Privatverkehr an den Flughafen) bewirken kann³³: Einerseits hat schon die Passagierbefragung im Jahre 1999 ergeben, dass bereits genügend Flugpassagiere den öffentlichen Verkehr benützen, womit das Modalsplit-Ziel in diesem Bereich bereits erfüllt wäre: Der Einwand von Unique³⁴, wonach "der öV-Anteil bei der Kategorie Angestellte nicht in gleichem Masse erhöht werden kann wie bei den Passagieren, so dass bei letzteren ein klar höherer Anteil erreicht werden muss, um die in der Gesamtbetrachtung auferlegten 42% zu erreichen", ist insofern zu relativieren, als laut Angaben von Unique das Modalsplit-Ziel per Ende 1999 bezüglich Flugpassagieren mit einem Anteil von sogar 51% öffentlichem Verkehr durchaus erfüllt sein dürfte³⁵. Wie eine Statistik von Unique annehmen lässt, mag die Anzahl der Passagiere in der Kategorie "Auto (Selbstfahrer)" im Zeitraum von 1994 bis 1999 zwar etwas abgenommen haben³⁶. Dabei bleibt aber unklar, ob sich die Selbstfahrer durch die Parkhausgebühren abschrecken liessen oder ob sie aus anderen Gründen ein anderes Transportmittel gewählt haben³⁷. Selbst wenn sich Passagiere durch die hohen Parkingtarife effektiv vom Selbstfahren/Langzeit-Parkieren abschrecken liessen, bliebe offen, ob sie mehrheitlich auf umweltfreundlichere öffentliche Verkehrsmittel (Bahn, Bus) oder aber im Gegenteil auf noch umweltschädlichere Transportmittel wie insbesondere "Kiss-and-ride"³⁸ umsteigen, welche zusätzlichen Verkehr am und um den Flughafen verursachen³⁹.

³¹ (Stellungnahme ...).

³² Vgl. oben Rz. 20 und die Nachweise in Fn. 15.

³³ Schon im Jahre 1999 - d.h. noch vor der letzten Gebührenerhöhung - qualifizierte das UVEK die Parking-Gebühren als "verhältnismässig hoch" (Erw. 4.3.1.2).

³⁴ (Stellungnahme ...).

³⁵ Während für den hier nicht interessierenden Bereich des Personals (per Ende 1999 ein Modalsplit von bloss 25% öffentlichem Verkehr) weiterhin ein Steigerungspotenzial besteht (vgl. "Ausschreibung Valet Parking" von Unique vom 30.8.2002, Punkt 2.1.19).

³⁶ (Antworten von Unique ...).

³⁷ Insb. Verdichtung des Fahrplans, Qualitätsverbesserungen und Netzergänzungen wie z.B. spezielle Busverbindungen am frühen Morgen an den Flughafen, Einführung bzw. Ausbau von (Vorabend-)Check-in am Bahnhof mit Bordkarte und "Fly Rail Baggage" etc.

³⁸ D.h. an den Flughafen "Bringen-und-abholen-lassen" durch Verwandte/Bekannte, was anstatt zwei sogar vier Fahrten verursacht.

³⁹ Wie bereits erwähnt, gibt es laut Baukonzession des UVEK schon heute *vielmehr* mehr Bring- und Holverkehr als selbstfahrende Passagiere.

29. Zudem ist zu bedenken, dass auch Vorschriften zum Schutz der Umwelt unter Beachtung des Gleichbehandlungsprinzips umzusetzen sind: Die einseitige "lenkende" Mehrbelastung der parkierenden Flugpassagiere - welche bloss 15% des Individualverkehrs an den Flughafen ausmachen - unter gleichzeitiger Verschonung der grossen Mehrheit all derjenigen Passagiere, die ebenso per Auto an den Flughafen gelangen, aber ohne zu parkieren (insbesondere Kiss-and-ride, Taxis, Mietautos etc.), führt zu einer Ungleichbehandlung, welche sachlich nicht gerechtfertigt ist: Vermieden werden sollen - wenn schon - durch das Autofahren (an den Flughafen) verursachte umweltschädliche Emissionen und nicht etwa das Parkieren an sich. Die Prüfung der Frage, ob die Verteuerung des Individualverkehrs zum Flughafen als Lenkungsabgabe unter Wahrung des Gleichbehandlungsprinzips etwa dadurch umgesetzt werden könnte, dass für jedes (Privat-)Fahrzeug, das auf das Flughafenareal fährt, eine Maut (Strassenbenutzungsgebühr) zu entrichten wäre⁴⁰, ist nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden.

30. Zusammenfassend liegen im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften vor, welche der Anwendung des KG entgegenstehen.

3. Materielle Voraussetzungen

31. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden⁴¹. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten⁴² oder zu sichern.

32. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidungsprognose (3.1), einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil (3.2) sowie Dringlichkeit (3.3) und Verhältnismässigkeit (3.4) der anzuordnenden Massnahme voraus⁴³. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen sondern *lediglich glaubhaft* gemacht werden⁴⁴.

⁴⁰ Vergleichbare Projekte sind z.B. in den Städten London und Oslo verwirklicht worden.

⁴¹ RPW 1999/3, S. 396.

⁴² RPW 1997/4, S. 604 f.

⁴³ Vgl. etwa RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35, sowie ZÄCH (zit. in Fn 9), Rz. 633, und VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn 9), Rz. 1500.

⁴⁴ RPW 1997/4, S. 612; VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn 9), Rz. 1500.

3.1 Entscheidprognose

33. Im Rahmen der Entscheidprognose wird geprüft, ob für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden⁴⁵. Blosses Behaupten von Tatsachen genügt somit dem herabgesetzten Beweiserfordernis nicht. Die Ansprüche sind glaubhaft gemacht, wenn die ihnen zugrunde gelegten Tatsachenbehauptungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfüllt sind⁴⁶.

34. Dabei ist zu beachten, dass es vorliegend bezüglich Sprenger nur um *sichernde* Vorkehren geht, welche gewährleisten, dass der bis Ende 2003 "bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt"⁴⁷. Ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu Gunsten der per Mitte 2003 unrechtmässig vom Markt verdrängten AP ebenfalls eine sichernde Massnahme darstellt, da sie den seit dem kartellgesetzwidrigen Verhalten von Unique faktisch nicht mehr bestehenden, aber rechtlich andauernden Zustand gewährleistet, oder ob man sie als *gestaltende* Massnahme bezeichnen will, welche das bis Mitte 2003 bestehende Rechtsverhältnis provisorisch wiederherstellt, kann offen bleiben, wenn die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen - wie im vorliegenden Fall - insgesamt erfüllt sind.

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

a) Marktbeherrschendes Unternehmen

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

⁴⁵ RPW 1998/4, S. 590.

⁴⁶ BGE vom 22.1.1997, 4C406/1996 "Blue Window II", abgedruckt in: sic! 1997, S. 276 ff., E. 5a m.Nw.

⁴⁷ Vgl. BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 3.1.

aa) Der relevante Markt

aa.1) Sachlich relevanter Markt

37. 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 VKU⁴⁸ analog)⁴⁹.

38. Als typische Eigenschaften des relevanten Marktes können vorliegend das Vermieten von Standplätzen, (Umschlag-)Parkplätzen, Schaltern, Büros etc. und das Erteilen der nach Betriebsreglement notwendigen Gewerbe-Bewilligungen gegen Bezahlung eines Mietzinses sowie von periodischen Gebühren genannt werden. Die Parking-Dienstleistungsanbieter ihrerseits benötigen die genannten Produkte (Einrichtungen und Bewilligungen), um ihren Kunden Parking-Dienstleistungen (v.a. Parkmöglichkeiten) anbieten zu können. Bei diesen Kunden handelt es sich um Flugpassagiere, die aus verschiedenen Gründen - sei es aus Bequemlichkeit, wegen schweren Gepäcks, Kindern, körperlichen Gebrechen, schlechtem Anschluss mit öffentlichem Verkehr, langer Anreise aus entlegenem Gebiet, wegen Abflugs früh am Morgen beziehungsweise Ankunft spät am Abend etc. - mit ihrem Auto an den Flughafen fahren und das Auto parkieren wollen.

39. Bei einer solchen Marktumschreibung erscheinen die Anbieter von Parking-Dienstleistungen (vorliegend Sprenger und AP) als Marktgegenseite⁵⁰. Bei diesen Anbietern kann der Passagier mit seinem Auto ins Flughafenareal fahren und das Auto jederzeit entweder direkt auf der Zufahrt oder doch zumindest auf einem nahe bei den Terminals gelegenen Umschlag-Parkplatz abstellen und bei seiner Rückkehr wieder in Empfang nehmen. Der Umstand, dass Sprenger seine Parking-Dienstleistung seit 40 Jahren anbietet und in den 90er-Jahren AP als neue Konkurrentin auf den Markt getreten ist, zeigt, dass auf Seiten der Flugpassagiere eine Nachfrage nach diesen Dienstleistungen vorhanden ist. Das lässt für die Anbieter von Parking-Dienstleistungen (die Marktgegenseite) auf einen Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off Airport"-Parking für Flugpassagiere schliessen.

⁴⁸ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (SR 251.4).

⁴⁹ Vgl. statt aller ZÄCH (zit. in Fn. 9), Rz. 337.

⁵⁰ I.d.S. auch die Entscheidung der EU-Kommission vom 14.1.98 (98/190/EWG; ABI. L 72/ 30 ff. vom 11.3.98) in Sachen Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG) (Eigentümerin und Betreiberin des Flughafens Frankfurt) wegen Verstosses gegen Art. 86 EG-Vertrag durch monopolisierte Zulassung zu Vorfeldabfertigungsdienstleistungen, Rz. 55 ff.

40. Unique vertritt demgegenüber die Ansicht, dass "für diese Art von Dienstleistungen am Flughafen Zürich aus übergeordneten Gründen schlicht kein Raum mehr" bestehe, dass das betreffende Segment von Parking-Dienstleistungen überhaupt nicht mehr zugelassen werden könne und damit auch kein entsprechender Markt existiere⁵¹. Wie erwähnt, bestehen jedoch für den vorliegenden Fall keinerlei rechtsgenügende vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG, welche Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich verbieten und damit die Anwendbarkeit des KG ausschliessen würden⁵². Der Umstand, dass die genannten Dienstleistungen per Mitte 2003 beziehungsweise Anfang 2004 nicht mehr angeboten werden können, hat seine Ursache in einer geschäftspolitischen Entscheidung von Unique, in Zukunft das preisgünstigere "off Airport"-Parking für Flugpassagiere nicht mehr zuzulassen sondern nur noch ein Valet-Parking innerhalb des Flughafens mit Abstellen in einem Parkhaus der Unique anzubieten.

41. Es rechtfertigt sich daher, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens auf einen Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off Airport"-Parking für Flugpassagiere abzustellen. Diese Marktabgrenzung liegt auch dem Verhalten von Unique selbst zugrunde. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass Unique erfolgreich eine Ausschreibung für das "neue" Valet Parking im Hochpreissegment durchführen konnte⁵³. Das war nur möglich, weil sowohl Unique als auch die Teilnehmer an der Ausschreibung darin übereinstimmten, dass es wirtschaftlich sinnvoll sei, entsprechende Teilsegmente des Marktes abzugrenzen und eine Aufteilung in ein Valet Parking im Hochpreissegment einerseits und in einen solchen zur Erbringung von "off Airport"-Parking-Dienstleistungen andererseits vorzunehmen.

42. Im vorliegenden Verfahrensstadium und zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist aus diesen Gründen vorläufig von einem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere⁵⁴ auszugehen.

⁵¹ (Stellungnahme von Unique ...).

⁵² Dazu ausführlich oben Rz. 20 ff.

⁵³ Vgl. die "Ausschreibung Valet Parking am Flughafen Zürich" vom 30.8.2002 (oben Rz. 12). Vgl. allgemein zur "Auction Theory" R. PRESTON MCAFEE/J. McMILLON, Auctions and Bidding, in: Journal of Economic Literature, Vol. XXV (June 1987), S. 699 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu oben Rz. 10. Nicht gemeint ist "reines" Valet Parking i.S.v. Europcar (vgl. unten Rz. 54 und Fn 61).

aa.2) *Räumlich relevanter Markt*

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

44. Marktgegenseite bilden - wie oben in Randziffer 39 festgehalten - Anbieter von Parking-Dienstleistungen für Flughafen-Passagiere. Um diese Dienstleistungen anbieten zu können, sind die Erbringer darauf angewiesen, dass ihnen Unique Einrichtungen im Flughafenareal zur Verfügung stellt. Die Lokalitäten müssen sich zudem so nahe bei den Terminals befinden, dass es für die Passagiere keinen erheblichen Nachteil bedeutet, die Parking-Dienstleistungen von Sprenger beziehungsweise AP anstatt die Parkplätze von Unique in Anspruch zu nehmen. Zwar lässt sich auch von ausserhalb des Flughafenperimeters aus ein Parking-Service betreiben: Die Kunden parkieren ihr Auto ausserhalb auf einem Parkplatz des Anbieters und lassen sich mit einem Shuttle-Bus auf den Flughafen fahren und bei der Rückkehr wieder abholen. Für viele Passagiere dürfte dies jedoch keine valable Alternative darstellen, da dieses System im Gegensatz zum Valet Parking am Flughafen mit zahlreichen Unannehmlichkeiten⁵⁵ verbunden sein kann. Die Tatsache, dass Unique selbst diesen Service mittels Druck auf Vertragspartner von AP zu unterbinden sucht⁵⁶, zeigt, dass Unique jede auch entfernte Konkurrenz unterdrücken will.

45. In räumlicher Hinsicht ist der Markt somit auf das nahe bei den Check-in-Schaltern gelegene Flughafenareal begrenzt. Für diese Auffassung spricht wiederum die Tatsache, dass Unique erfolgreich eine Ausschreibung für das "neue" Valet Parking im Hochpreissegment durchführen konnte - eine Dienstleistung, deren Erbringung ebenfalls den Zugang zum Flughafenareal in der Nähe der Check-in-Schalter bedingt.

bb) Marktstellung

46. Unique ist sowohl Betreiberin als auch Eigentümerin des Flughafens und damit aller Einrichtungen (inkl. Parkhäuser). Ausschliesslich Unique verfügt somit über Einrichtungen, welche Gewerbetreibende am Flughafen - wie insbesondere auch Parking-Dienstleistungsanbieter - für die Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeiten benötigen.

⁵⁵ Z.B. erheblich mehr Zeit einplanen, da Transfer mit Shuttle-Bus notwendig ist; Umsteigen mit Gepäck in Shuttle-Bus; Risiko, dass Flug verpasst wird, weil Shuttle-Bus Passagier nicht rechtzeitig an Flughafen fährt; Warten bei Rückkehr auf Shuttle-Bus etc.

⁵⁶ Vgl. oben Rz. 14.

47. Zudem benötigt jeder Anbieter von Parking-Dienstleistungen am Flughafen eine Bewilligung von Unique für die Ausübung seines Gewerbes⁵⁷. Über die jeweils nur befristete Vergabe von Bewilligungen, für welche ein periodisches Entgelt (Umsatzabgabe) erhoben wird, entscheidet Unique autonom.

48. Weil im vorliegenden Fall alle Parking-Dienstleistungsanbieter zwingend sowohl auf die Miete von Räumlichkeiten am Flughafen als auch auf den Erhalt einer Gewerbe-Bewilligung von Unique angewiesen sind und Unique allein über diese Güter verfügt, ist im vorliegenden Fall von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen.

49. Da Unique auf dem relevanten Markt somit als Eigentümerin der Infrastruktur und als Inhaberin der Konzession für die Vergabe von Gewerbe-Bewilligungen faktisch unabhängig entscheiden kann, verfügt Unique über eine Monopolstellung.

50. Es ist deshalb für die Wettbewerbskommission glaubhaft, dass Unique auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 KG verfügt.

b) Unzulässige Verhaltensweisen

51. 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. Als unzulässige Verhaltensweise gilt insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre), die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen sowie die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a-c KG).

52. Grundsätzlich schafft eine marktbeherrschende Stellung nicht per se einen Kontrahierungszwang für das betreffende Unternehmen⁵⁸. Auch marktbeherrschende Unternehmen haben aufgrund der Privatautonomie die Möglichkeit der freien Wahl ihrer Geschäftspartner, auch sie dürfen ihre Absatz- und Bezugspraxis ändern, indem sie Geschäftsbeziehungen abbrechen. Zudem können sachlich gerechtfertigt-

⁵⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden Art. 129 und 130 des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich vom 31.5.2001 (verfasst von Unique, genehmigt vom BAZL).

⁵⁸ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 103.

te Gründe (sog. "legitimate business reasons") vorliegen, welche das Nichteintreten eines marktbeherrschenden Unternehmens auf konkrete Begehren eines Vertragspartners durchaus als nicht missbräuchlich erscheinen lassen.

53. Unzulässig ist die Verweigerung hingegen, wenn sie missbräuchlich ist⁵⁹. Missbrauch kann insbesondere vorliegen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen, das Dritten Geschäftsbeziehungen verweigert, "als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen ... unerlässlich sind"⁶⁰.

54. Grundsätzlich darf die Flughafenbetreiberin entscheiden, welche Einrichtungen sie zu welchen Bedingungen an Parking-Dienstleistungsanbieter abgibt. Im vorliegenden Fall ist Unique aber einen Schritt weiter gegangen, indem sie entschieden hat, dass zukünftig nur noch sie alleine Flugpassagieren Parkplätze anbietet. An dieser Stelle ist zu betonen, dass die von Europcar - der Siegerin der Valet-Parking-Ausschreibung von Unique - angebotene Dienstleistung *keine* Konkurrenz zum Parking-Angebot von Unique selber beziehungsweise Sprenger und AP darstellt sondern eine Zusatzleistung gegen zusätzliches Geld ist (im Hochpreis-Parksegment)⁶¹. Mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gegenüber Sprenger und AP will Unique folglich ihre einzigen beiden Konkurrenten vom Markt verdrängen.

55. Im vorliegenden Fall ist Unique sowohl Geschäftspartnerin der Parking-Dienstleister, indem sie ihnen Einrichtungen (Räumlichkeiten, Bewilligungen etc.) gegen Entgelt zur Verfügung stellt, als auch direkte Konkurrentin, da sie selber den Flugpassagieren Parkplätze anbietet. Wie bereits erwähnt, sind alle Parking-Dienstleister von Unique abhängig, da sie auf die Miete von Räumlichkeiten am Flughafen und auf den Erhalt einer Gewerbe-Bewilligung angewiesen sind⁶². Dadurch, dass sich Unique seit Mitte 2003 beziehungsweise per Ende 2003 weigert, mit tatsächlichen (d.h. Sprenger und AP) beziehungsweise potenziellen Konkurrenten Mietverträge abzuschliessen und Gewerbe-Be-

⁵⁹ Zum Ganzen ZÄCH (zit. in Fn. 9), Rz. 373.

⁶⁰ ZÄCH (zit. in Fn. 9), Rz. 375; i.d.S. schon die Botschaft (zit. in Fn 58), S. 104; vgl. auch oben Rz. 46 ff. m.Nw.

⁶¹ Nach dem Valet Parking-Konzept von *Europcar* bezahlen die Kunden einerseits die üblichen Parkgebühren an Unique (da alle Autos auf Unique-Parkplätzen zu den von Unique auferlegten Konditionen parkiert werden müssen; "off Airport"-Parking ist nicht mehr zugelassen) und zusätzlich eine Handling-fee für die Zusatzdienstleistung des "reinen" Valet Parking (Parkieren und Wiederbereitstellen der Autos).

⁶² Vgl. oben Rz. 46 ff.

willigungen zu erteilen, behindert beziehungsweise verunmöglicht sie anderen Parking-Dienstleistungsanbietern wie insbesondere Sprenger und AP die Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG. Unique verdrängt diese Wettbewerber. Dies stellt eine unzulässige Verhaltensweise dar.

56. Um die zwar schon erheblich verringerte Konkurrenz der seit Mitte 2003 vom Flughafen verdrängten und nun von ausserhalb des Flughafens aus nur noch eingeschränkt operierenden AP völlig auszuschalten, geht Unique noch weiter. Sie droht nun - wie oben in Randziffer 14 bereits erwähnt - sogar Dritten Sanktionen (die Verweigerung einer Bewilligungs-Erteilung) an für den Fall, dass diese Dritten weiterhin mit der AP Geschäftsbeziehungen pflegen. Dies macht die Absicht von Unique glaubhaft, konkurrierende Unternehmen vom Markt zu verdrängen, und bestätigt das Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG⁶³.

c) Rechtfertigungsgründe

57. Wie bereits erwähnt, hat das UVEK Unique aus öffentlichen (v.a. Umweltschutz?)Interessen in der Baukonzession dazu verpflichtet, die Parkgebühren - insbesondere für die sowieso nicht an den hier relevanten Parking-Dienstleistungen interessierten Kurzzeitparkierer⁶⁴ - generell zu erhöhen. Da Unique diese Verpflichtung letztlich zu höherem Gewinn verhilft, befolgt Unique heute diese Auflage, indem sie selber Parkplätze zu relativ hohen Tarifen anbietet. Unique macht in den Antworten zum Fragebogen sowie in der Stellungnahme (z.T. implizit) geltend, die Auflagen des UVEK stellten eine Rechtfertigung dar sowohl für die von Unique erhöhten Parkgebühren als auch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten.

58. Dem letztgenannten Punkt ist aus folgenden Gründen nicht zuzustimmen: Nach ihrem Sinn und Zweck sollen die öffentlich-rechtlichen Auflagen des UVEK und die genannten Normen des eidgenössischen

⁶³ Vgl. WERNHARD MÖSCHEL, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I (U. IMMENGA/ E.-J. MESTMÄCKER [Hrsg.]), München 1997, Art. 86 N 125 (S. 722 f.), und ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Fünfter Band: Wettbewerbsrecht, Zweiter Teilband: Kartellrecht (ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [Hrsg.]), Basel/Frankfurt a.M. 2000, S. 137 ff., insb. 187, 189 ff. m.w.Nw.

⁶⁴ Vgl. Erwägung 4.3.1.2. der Baukonzession.

und kantonalen Rechts ausschliesslich dem Umweltschutz dienen und nicht etwa rein unternehmerische (wirtschaftliche) Interessen von Unique befriedigen. In jedem Fall muss Unique jedoch diese Auflage gegenüber allen Marktteilnehmern in nicht diskriminierender Weise durchsetzen.

59. Sofern Unique geltend machen sollte, dass sie durch die vorsorglichen Massnahmen in ihren Eigentumsrechten tangiert würde, wäre zu entgegnen, dass die Ausübung der Eigentumsrechte beschränkt werden darf, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln dies erfordert. Als Gegenleistung für die Beschränkung ihrer Rechte darf Unique eine Vergütung von den Parking-Dienstleistungsanbietern verlangen (insbesondere Mietzins sowie jährliche Gebühr für die Erteilung der Gewerbe-Bewilligung)⁶⁵.

60. Unique macht geltend, als Flughafenbetreiberin müsse sie "in eigener Entscheidkompetenz über Definition und Rahmenbedingungen einzelner Elemente des Gesamtangebotes befinden können". Dabei müsse sie "namentlich auch aus infrastrukturellen und aus konzeptionellen Gründen einzelne Angebots- oder Dienstleistungssegmente beschränken oder ausschliessen sowie bei den zugelassenen Segmenten die Anzahl der Anbieter limitieren können"⁶⁶. Diesem Argument ist insofern zuzustimmen, als bereits aus der sich aus der Konzession ergebenden Pflicht von Unique, den Flughafen zu organisieren, folgt, dass Unique - insbesondere aus Gründen der allgemeinen und betrieblichen Sicherheit sowie der verfügbaren Kapazitäten und Flächen⁶⁷ - keinesfalls "uneingeschränkt" Dritte als Dienstleistungsanbieter auf dem Flughafenareal zulassen kann oder muss⁶⁸. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Flughafenbetreiberin ihre aus der Konzession fließenden Organisationsrechte stets im Rahmen des verbindlichen Rechts-

⁶⁵ I.d.S. auch die Kommission im Frankfurter-Entscheid (zit. in Fn. 50), Rz. 89 ff.

⁶⁶ (Stellungnahme von Unique ...).

⁶⁷ I.d.S. die Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15.10.1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. L 272/36 ff. vom 25.10.1996.

⁶⁸ (Stellungnahme von Unique ...). Der von Unique als fiktives Beispiel erwähnte "Bordellbetrieb" gehört selbstredend nicht zum "Grundbedarf", den ein interkontinentaler Flughafen seinen Passagieren anbieten muss. Ebenso wenig hat die erwähnte "Poulet- oder Maronibratbude" etwas *auf den Vorfahrten* zu suchen, wenn dort (z.B. aus Platzgründen) keine Verpflegung angeboten wird. Hingegen wäre nicht ersichtlich, wieso in den Terminalgebäuden kein einziger Verpflegungsanbieter mehr Bratpoulets oder Maroni anbieten dürfte sondern ausschliesslich noch Gastronomie im Luxussegment zugelassen würde.

- das heisst insbesondere auch in Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht - auszuüben hat⁶⁹.

61. Implizit macht Unique auch geltend, dass sie mit der Ausschreibung des Valet Parking im Jahr 2002 und dem Zuschlag an Europcar sämtliche Verpflichtungen bezüglich Zulassung von Konkurrenz erfüllt habe⁷⁰. Dem ist zu entgegenen, dass das im Hochpreissegment angesiedelte "reine" Valet Parking von Europcar andere Kundschaft anspricht und somit keine Konkurrenz darstellt zu den Parking-Dienstleistungen von Sprenger und AP, weshalb es hier auch nicht weiter zu berücksichtigen ist⁷¹. Dass aus infrastrukturellen Gründen nicht eine beliebig hohe Anzahl von Dienstleistungsanbietern zugelassen werden kann, ist offensichtlich. Unique führt jedoch selber aus, dass zumindest "eine beschränkte Zahl von Anbietern zugelassen werden" könne, "soweit im Parking-Bereich ergänzende Dienstleistungen möglich sind"⁷². Trotzdem hat sie die im hier interessierenden Markt seit mehr als 40 Jahren herrschende Konkurrenz per Mitte beziehungsweise Ende 2003 ersatzlos ausgeschaltet. Stattdessen hätte Unique in analoger Weise eine Ausschreibung für das herkömmliche Valet Parking (mit "off Airport"-Parking) durchführen können.

62. In diesem Zusammenhang kann auf die Fälle Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG)⁷³ und Aéroports de Paris (ADP)⁷⁴ hingewiesen werden, in welchen Wettbewerbsbeschränkungen selbst in den "flugbetriebsnäheren" Bereichen der Vorfeldabfertigungsdienstleistungen sowie des Catering als nicht gerechtfertigt beurteilt wurden. Argumente der Überlastung des Flughafens (Raumknappheit), Eigentumsrechte, Organisationsrechte und historische Rechte (Entwicklung) wurden als nicht begründet zurückgewiesen. Die FAG, welche seit 1947 keine Konkurrenz zulies, wurde gezwungen, neu Konkurrenten zuzulassen. A fortiori darf im vorliegenden Fall ein seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten bestehender Konkurrent nicht verdrängt werden. Denn wettbewerbsrechtlich ist der Abbruch bestehender geschäftlicher Beziehungen strenger zu bewerten als die Nichtaufnahme von neuen Beziehungen⁷⁵.

⁶⁹ I.d.S. auch die oben in Fn. 50 zitierte Entscheidung der Kommission in Sachen Flughafen Frankfurt/Main AG, Rz. 93 ff.

⁷⁰ (Stellungnahme von Unique ...).

⁷¹ Vgl. dazu oben Rz. 12 f. und insb. 54.

⁷² (So die Stellungnahme von Unique ...).

⁷³ Vgl. oben Fn. 50.

⁷⁴ Vgl. die Entscheidung der EU-Kommission vom 11.6.98 (98/513/EWG; ABI. L 230/10 ff. vom 18.8.98), das Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 12.12.00 i.S. T-128/98, und das Urteil des Gerichtshofes vom 24.10.02 i.S. C-82/01 P.

⁷⁵ Vgl. ZÄCH, SIWR (zit. in Fn 63), S. 202.

63. Keiner weiterer Ausführungen bedarf schliesslich die Kritik von Unique, dass ein Dienstleistungsanbieter (wie insb. AP und Sprenger) über eine Intervention der Wettbewerbskommission - ohne sich dem Wettbewerb stellen zu müssen und ohne ein faires Ausschreibungsverfahren zu durchlaufen - zu einer Zulassung gelange⁷⁶. Mit den vorliegenden vorsorglichen Massnahmen wird nur für den beschränkten Zeitraum bis zur Rechtskraft einer definitiven Entscheidung sichergestellt, dass das oben beschriebene Parking-Dienstleistungs-Angebot nicht völlig vom Markt verschwindet⁷⁷. Dass die beiden bisherigen Anbieter AP und Sprenger zur - zumindest vorläufigen - Weiterführung dieses Angebots jedenfalls nicht gänzlich ungeeignet sind, dürfte ausser Frage stehen, da Sprenger sein Gewerbe in den letzten 47 Jahren zur Zufriedenheit sowohl der Kundschaft als auch der Flughafenbetreiberin (FIG und Unique) betrieben hat.

d) Zwischenergebnis

64. Aus den vorstehenden Gründen erachtet es die Wettbewerbskommission als *glaubhaft*, dass Unique eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere innehat, diese missbraucht und somit Artikel 7 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe a KG verletzt. Das Vorliegen einer günstigen Entscheidung ist aufgrund der geschilderten Sachlage somit zu bejahen.

3.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

65. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und subsidiär dazu den Parking-Dienstleistungsanbietern ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

66. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. In Bezug auf Sprenger und AP liegt dieser Nachteil auf jeden Fall dann vor, wenn der Verbleib im Markt beziehungsweise der erneute Marktzutritt derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt wird. Zudem

⁷⁶ (Stellungnahme ...).

⁷⁷ Eine Endverfügung hingegen würde wohl nur noch personenunabhängig und abstrakt ein entsprechendes Verhalten von Unique fordern.

muss zwischen dem Nachteil und der wahrscheinlichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen⁷⁸.

67. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung zu anderen Parking-Dienstleistungsanbietern führt dazu, dass Unique per 1. Januar 2004 faktisch über ein Monopol im Bereich des Parkplatzangebotes für Flugpassagiere verfügen wird. Ohne den Abschluss von Mietverträgen mit Unique und ohne Gewerbe-Bewilligung von Unique lässt sich ein Marktverbleib beziehungsweise -zutritt durch Sprenger, AP oder Dritte nicht realisieren. Aufgrund "sunk costs", eines grossen Zeitbedarfs, des Verlustes des bestehenden Kundenstamms, des Abgangs erfahrener Angestellter und vor allem der Kündigung der Mietverträge der "off Airport"-Parkplätze von Sprenger und AP ist auch nicht zu erwarten, dass innert absehbarer Zeit die bestehenden Anbieter ihr Geschäft im ursprünglichen Umfang wieder aufnehmen (können) oder dass andere Anbieter auftreten werden, die für Wettbewerb unter den Parkplatzanbietern sorgen.

68. Mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen muss verhindert werden, dass Unique per 1. Januar 2004 durch die geplante komplette Verdrängung der Konkurrenz (Sprenger und AP) den wirksamen Wettbewerb im ganzen Bereich der Flughafen-Parkplatzeinrichtungen nicht nur beschränkt sondern gänzlich beseitigt: Die selbstfahrenden Flugpassagiere hätten keine andere Möglichkeit mehr, als ihr Auto bei Unique zu den von Unique festgesetzten Tarifen zu parkieren.

69. Im Ergebnis droht sowohl dem wirksamen Wettbewerb als auch Sprenger und AP ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, welcher kausal durch das Verhalten von Unique verursacht wird.

3.3 Dringlichkeit

70. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird⁷⁹.

71. Das Verhalten von Unique ist mit ausreichender Wahrscheinlichkeit geeignet, auf Dauer den Wettbewerb im Bereich der Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich-Kloten auf kartellgesetzwidrige Weise zu beschränken beziehungsweise zu beseitigen. Die Wettbewerbsmöglichkeiten von Sprenger und AP als bisher einzige Konkurrentinnen von Unique auf dem besagten Markt sind ohne Weiterführung der bisherigen Mietverträge beziehungsweise Verlängerung der

⁷⁸ RPW 1999/2, S. 204 ff., Rz. 42.

⁷⁹ RPW 2002/4, S. 587.

bisherigen Gewerbe-Bewilligungen mit Unique nicht nur erheblich eingeschränkt, sondern praktisch inexistent, und ihre in jahre- beziehungsweise jahrzehntelanger Arbeit aufgebauten Kundenstämme werden innert kurzer Zeit auf Unique übergehen. Dadurch drohen die oben beschriebenen Nachteile unmittelbar einzutreten und dem wirksamen Wettbewerb Schaden zuzufügen, der im Nachhinein nur noch mit unverhältnismässig grossem Aufwand zu beheben wäre.

72. Auch der Nachteil für Sprenger und AP als derzeit einzige Konkurrentinnen von Unique, aus dem betreffenden Markt geworfen zu werden, wird mit zunehmender Zeit immer gravierender, weshalb ohne Verzug zu reagieren ist. Es kann damit nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden. Die Dringlichkeit ist deshalb gegeben.

3.4 Verhältnismässigkeit

73. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegengesetzten Interessen überwiegen⁸⁰.

74. Unique zu verpflichten, Sprenger und AP weiterhin als Konkurrenten zuzulassen, ist eine *geeignete* Massnahme, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten: Die beiden einzigen Konkurrenten können diesfalls auf dem Markt verbleiben, womit verhindert wird, dass Unique mittels Verweigerung der Geschäftsbeziehungen deren ganze Kundenstämme übernehmen und alle Parkplätze als Monopolistin anbieten kann. Der Einwand von Unique (Stellungnahme, Rz. 22), dass die vorsorglichen Massnahmen unverhältnismässig seien, weil die zuständigen Behörden im Rahmen der luftfahrtrechtlichen Konzessionierung gerade das Valet Parking-Segment habe beschränken wollen, ist unzutreffend: Das UVEK fordert umgekehrt explizit eine Strategie, welche die Langzeitparkierer - wozu insbesondere die Kunden von Sprenger und AP gehören - gegenüber den Kurzzeitparkierern (Bring- und Holverkehr) bevorzugt⁸¹.

⁸⁰ RPW 2002/4, S. 588.

⁸¹ Erwägung 4.3.1.2 der Baukonzession; vgl. schon oben Rz. 26 f.

75. Die *Erforderlichkeit* dieser Massnahme ergibt sich aus der Notwendigkeit für Parking-Dienstleistungsanbieter, über den Zugang zu Flughafeneinrichtungen zu verfügen, um selbstfahrenden Flugpassagieren Parkgelegenheit anbieten zu können und somit wirksamen Wettbewerb entstehen zu lassen⁸². Im Interesse wirksamen Wettbewerbs geht es darum sicherzustellen, dass die Anbieter mindestens über ähnliche Voraussetzungen verfügen.

76. Es sind keine anderen dieser Massnahme entgegenstehenden Interessen von Unique ersichtlich als das Anstreben einer Monopolstellung auf dem Parking-Dienstleistungs-Markt. Dieses Interesse vermag das Interesse von Sprenger und AP an der Ausübung des Wettbewerbs beziehungsweise das Interesse der Kunden an einer gewissen Auswahl an verschiedenen Parking-Dienstleistungsanbietern und die wettbewerbsrechtlichen Interessen an der unbehinderten Entwicklung dieses Marktes nicht zu überwiegen.

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

3.5 Ergebnis

78. Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass die materiellen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind. Deshalb rechtfertigt es sich, Unique mit den vorliegenden vorsorglichen Massnahmen zu verpflichten, Sprenger und AP weiterhin als Konkurrenten im Bereich der Parking-Dienstleistungen zuzulassen und ihnen namentlich weiterhin die dazu notwendigen Flughafeneinrichtungen mietweise zu überlassen und die Gewerbe-Bewilligungen zu erteilen.

79. Da Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, ist gestützt auf Artikel 27 KG eine Untersuchung zu eröffnen. Weil die Eröffnung nicht mittels Verfügung zu erfolgen hat, wird sie im vorliegenden Dispositiv nicht erwähnt sondern erfolgt separat mit heutigem Eröffnungsschreiben.

4. Entzug der aufschiebenden Wirkung

80. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Artikel 55 Absatz 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen,

⁸² Bezüglich *Anzahl* Konkurrenten sei zum Vergleich auf Art. 6 Abs. 2 der in Fn. 67 zitierten Richtlinie 96/67 hingewiesen, wonach die Mitgliedstaaten zwar die Zahl der Dienstleister begrenzen können, die zur Erbringung von Flughafen-Bodenabfertigungsdiensten befugt sind, "sie dürfen die Zahl dieser Dienstleister indessen *nicht auf weniger als zwei* je Bodenabfertigungsdienst begrenzen" (Hervorhebung hinzugefügt).

ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann⁸³.

81. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen im Bereich des Kartellgesetzes ruft nach besonderer Zurückhaltung: Einerseits, weil nach dem Willen des Gesetzgebers Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG), und andererseits, weil es den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, an den Zivilrichter zu gelangen (Art. 17 KG). Deshalb stehen im verwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen im Vordergrund⁸⁴.

82. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidungsprognose, eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme.

83. Wie oben in Randziffer 71 f. dargelegt, wurde im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen, damit Sprenger und AP als einzige Konkurrentinnen nicht von Unique (evtl. irreversibel) aus dem Markt gedrängt werden und damit aus der Sicht der Kunden weiterhin Wettbewerb in Bezug auf die Parking-Möglichkeiten herrschen wird. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

⁸³ Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; RPW 1999/3, S. 502.

⁸⁴ RPW 1999/3, S. 502.

84. Im vorliegenden Fall gilt es insbesondere zu bedenken, dass es sich bei den vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen - wie oben in Randziffer 34 erwähnt - überwiegend um sichernde Vorkehrungen zur Gewährleistung des bis Ende 2003 bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Zustandes handelt. Letztlich unbedeutend ist, ob insofern gestaltende Massnahmen vorliegen, als der bis vor wenigen Monaten herrschende, rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden muss. Der Einwand von Unique⁸⁵, dass AP heute gar keinen am Flughafen basierten Valet Parking-Service mehr anbiete, ist insofern zu relativieren, als eben gerade das kartellgesetzwidrige Verhalten von Unique zur Verdrängung von AP vom Flughafen geführt hat. Aus diesem Umstand kann Unique nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Ergebnis wird bezüglich AP der faktisch bis vor kurzem herrschende, aber rechtlich weiterhin verbindliche Zustand wieder hergestellt und bezüglich Sprenger der status quo vorübergehend garantiert. Unique wird jedoch nicht verpflichtet, den bisherigen Anbietern exakt dieselben Lokalitäten zur Verfügung zu stellen⁸⁶: Zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbes reicht es, wenn die neuen Lokalitäten mit den bisherigen insbesondere in Bezug auf Lage/Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit, Infrastruktur etc. vergleichbar sind⁸⁷. Für Unique stellen diese Massnahmen keine grosse Belastung dar, da der Entzug der aufschiebenden Wirkung nur zur Folge hat, dass Unique mit Sprenger und AP vorübergehend - wie mit Sprenger seit über 40 Jahren - Geschäftsbeziehungen aufrechterhalten muss. Die Situation von Unique verschlechtert sich auch beim Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht, da Unique durch die vorsorglichen Massnahmen nichts verliert sondern nur umgekehrt nicht das gewinnt, was sie mittels Verdrängung beider Konkurrenten gerne gewinnen würde (höherer Umsatz und höhere Monopolrente).

85. Umgekehrt hätte die Verweigerung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung für Sprenger und AP - wie bereits erwähnt - wohl existenzgefährdende Nachteile zur Folge, da sie ihre erfahrenen Angestellten, ihre "off Airport"-Parkplätze sowie ihren Kundenstamm verlieren würden, wenn sie für eine gewisse Zeit erfolgreich vom Markt verdrängt werden könnten. Selbst wenn ihnen dann später durch einen rechtskräftigen Entscheid der Wiedereintritt auf den Markt gestattet würde, wäre dieser infolge des zwischenzeitlich eingetretenen

⁸⁵ (Stellungnahme ...).

⁸⁶ (So die Befürchtung in der Stellungnahme von Unique ...).

⁸⁷ Dabei ist jedoch zu beachten, dass der bis Mitte 2003 herrschende Zustand der Infrastruktur massgebend ist und nicht die seither - evtl. mit der Vereinbarung zwischen Sprenger und Unique vom 30.6.2003 in Widerspruch stehende - eingetretene Verschlechterung (z.B. bezüglich Benutzbarkeit der Toiletten, Heizung und Klimaanlage).

Verlusts der Kunden, Angestellten und "off Airport"-Parkplätze kaum mehr zu bewerkstelligen. Diese (teilweise evtl. sogar irreversiblen) Strukturveränderungen auf dem Parking-Markt würden den Wettbewerb in Zukunft wohl verunmöglichen.

86. Zudem bringt das nachträgliche Aufbrechen etablierter Marktstrukturen zur Ermöglichung von Wettbewerb viel mehr Schwierigkeiten mit sich, als der frühzeitige Erlass wirksamer Regelungen, welche den noch (teilweise) funktionierenden Wettbewerb vorläufig garantieren. Es besteht also die Gefahr, dass ohne sofortige, unmittelbar wirksame Intervention der Wettbewerbsbehörde dem wirksamen Wettbewerb ein Schaden entstünde, der im Nachhinein nur mehr schwer zu beheben wäre.

87. Deshalb ist es wichtig, den einzigen beiden Konkurrenten von Unique so rasch wie möglich den Marktverbleib (Sprenger) zu gewährleisten beziehungsweise den Marktwiedereintritt (AP) zu ermöglichen und so ohne zeitlichen Unterbruch bis zur Rechtskraft eines allfälligen Entscheides den wirksamen Wettbewerb zu garantieren.

88. Es besteht also ein überwiegendes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs durch vorsorgliche Massnahmen. Dieses überwiegt das einzige ersichtliche, private Interesse der Unique, als alleinige und konkurrenzlose Anbieterin von Parkplätzen am Flughafen auf dem Markt aufzutreten.

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

C. Kosten

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

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission im Sinne von vorsorglichen Massnahmen:

1. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen.
 2. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG
-

verpflichtet, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Eine Kopie dieses Angebots ist gleichzeitig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu übermitteln.

3. Anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 2 kann dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb der gleichen Frist auch eine mit der Sprenger Autobahnhof AG beziehungsweise der Alternative Parking AG abgeschlossene Vereinbarung unterbreitet werden.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1, 2 und 3 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG).
5. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Eröffnung]

Zur Ablehnung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vgl. den Entscheid der Reko in RPW 2004/1, S. 198 ff.)

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Hogg Robinson – Kuoni Business Travel

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 Absatz 1 VKU vom 5. Januar 2004

A. SACHVERHALT

1. Am 17. Dezember 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen, wonach die Firma Hogg Robinson plc. die Kontrolle über die Strategische Geschäftsdivision Geschäftsreisen des Kuoni Konzerns erwerben soll. Zu diesem Zweck wurde am 4. Dezember

2003 zwischen Hogg Robinson und Kuoni ein Aktienkaufvertrag abgeschlossen.

2. Die **Hogg Robinson plc.** (nachfolgend HR) ist eine Aktiengesellschaft nach englischem Recht, welche spezialisierte Dienst- und Beratungsleistungen für englische und internationale Kunden erbringt. Eines der Haupttätigkeitsgebiete der HR liegt im Bereich der Geschäftsreisen. Die HR besitzt Niederlassungen in England, Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Schweden, Norwegen und Russland sowie in Australien, Kanada und Singapur. Zum einen betreibt die HR in diesen Ländern Geschäftsreisezentren, zum anderen stellt sie grossen Unternehmen so genannte "Implants" zur Verfügung. Implants sind Angestellte, welche sich physisch vor Ort bei den Kunden befinden und für diese deren Geschäftsreisetätigkeit organisieren.

3. Des Weiteren ist HR die geschäftsführende Gesellschafterin von Business Travel International (BTI). BTI stellt Marketingaktivitäten für verschiedene Geschäftsreiseunternehmen zur Verfügung, hält die Rechte an der Marke "BTI" und waltet als Costcenter für die Markenlizenzierung. BTI ist eine Aktiengesellschaft nach niederländischem Recht. Hauptaktionäre sind die HR und die BCD Holdings N.V., eine niederländische Geschäftsreiseunternehmung. Kuoni hält als Minderheitsaktionär [5-15]% des Aktienkapitals von BTI. Es ist vorgesehen, dass diese Beteiligung an Hogg Robinson (Travel) Ltd., ein Tochterunternehmen der HR, verkauft wird.

4. In vernachlässigbarem Ausmass ist die HR auch auf dem Gebiet der Freizeitreisen tätig. Diese Dienstleistung ist allerdings auf die Angestellten der Kundenunternehmen von HR beschränkt. Der Marktanteil der HR bezüglich Ferienreisen beträgt nach einer Schätzung von HR weniger als 0,1%.

5. Ferner betreibt die HR Beratungsaktivitäten bezüglich der Organisation, des Betriebs und der Verwaltung der beruflichen Vorsorge sowie deren logistischen Unterstützung durch Software respektive E-Commerce.

6. Die HR ist an verschiedenen Unternehmen beteiligt. Die Verwaltung der Beteiligungen der HR Gruppe ausserhalb von England auf dem Gebiet der Geschäftsreisen wird von der Holdinggesellschaft Hogg Robinson Holding BV (HR BV) durchgeführt.

7. Die **Strategische Geschäftsdivision Geschäftsreisen** des Kuoni Konzerns (Zielunternehmen) bietet Geschäftskunden einen vollständig integrierten Reiseservice, welcher sowohl die Organisation von Hotelunterkünften, Flug- oder Bahnverbindungen wie auch die Bereitstellung eines Mietwagens und anderer Dienstleistungen umfasst. Hauptklientel sind Geschäftsreisende nationaler und internationaler Unternehmen. Die Geschäftstätigkeiten werden sowohl über Reisebüros wie auch mittels Implants abgewickelt.

8. Nebst der Schweiz und Lichtenstein ist das Zielunternehmen über Töchter auch in Deutschland, Österreich und Ungarn aktiv. Die folgenden vollständig in den Kuoni Konzern integrierten Geschäftsreiseunternehmen sind vom Zusammenschlussvorhaben betroffen. Sie bilden gemeinsam die BTI Central Europe.

- Kuoni Geschäftsreisen AG, Schweiz (Kuoni Schweiz): Eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, welche ausschliesslich auf dem Gebiet der Geschäftsreisen tätig ist.
- Kuoni Reisenbeteiligungs-GmbH, Deutschland (Kuoni Deutschland): Eine GmbH nach deutschem Recht mit dem einzigen Zweck, die Beteiligungen an anderen Unternehmen zu halten. Gemeinsam mit der BTI GmbH hält Kuoni Deutschland alle Aktien der Euro Lloyd GmbH und Co. KG, der operativen Geschäftsreisegesellschaft von Kuoni in Deutschland. Kuoni Deutschland hält direkte und über Euro Lloyd indirekte Beteiligungen an Reiseunternehmen sowie im Verbund mit einigen grossen Kunden Gemeinschaftsunternehmen. Ziel dieser Gemeinschaftsunternehmen ist es, speziell auf diese Kunden zugeschnittene Geschäftsreisedienstleistungen zu erbringen. Nach mehreren internen Restrukturierungen ist Kuoni Deutschland heute ausschliesslich auf dem Gebiet der Geschäftsreisen tätig.
- BTI Business Travel International Deutschland GmbH (BTI GmbH): Eine GmbH nach deutschem Recht, welche ausschliesslich auf dem Gebiet der Geschäftsreisen tätig ist.
- Kuoni Geschäftsreisen GmbH, Österreich (Kuoni Österreich): Eine GmbH nach österreichischem Recht, welche ausschliesslich auf dem Gebiet der Geschäftsreisen tätig ist.
- Kuoni Utazasi Iroda kft, Ungarn (Kuoni Ungarn): Eine GmbH nach ungarischem Recht, welche ausschliesslich auf dem Gebiet der Geschäftsreisen tätig ist.

9. Über die Tätigkeit als Geschäftsreisedienstleister hinaus ist das Zielunternehmen auch auf dem Gebiet der Freizeitreisen aktiv. Da diese Dienstleistungen jedoch nur den Angestellten der Unternehmenskundschaft offen stehen, ist die Tätigkeit als Freizeitreiseanbieter vernachlässigbar.

B. MELDEPFLICHTIGER UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLUSS

10. 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.

11. Durch den Vertrag vom 4. Dezember 2003 wird der Verkauf des Zielunternehmens an die HR detailliert geregelt. Das Vorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG zu qualifizieren.

12. Da das Verpflichtungsgeschäft für das Zusammenschlussvorhaben vom 4. Dezember 2003 datiert ist, sind die Umsätze des Geschäftsjahres 2002 massgebend (Art. 9 Abs. 1 KG). Die Berechnung der Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist in Artikel 4 und 5 VKU geregelt. Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich zusammen aus dem Umsatz aus eigener Geschäftstätigkeit, den Umsätzen von Tochter-, Mutter- und Schwesterunternehmen sowie den Umsätzen von Gemeinschaftsunternehmen.

13. Die HR ist eine Tochtergesellschaft der Farnborough Holdings Limited (FH), über welche letztlich Schröder Ventures Limited (SVL) die Kontrolle ausübt. Im Detail sieht die Struktur wie folgt aus (vgl. auch die Abbildung unter Rz. 15):

Die FH wird vollständig kontrolliert durch die Permira Europe II Managers LP (PE II), wobei vier Kommanditgesellschaften zwischengelagert sind. Gemeinsam bilden diese vier Kommanditgesellschaften die Permira Europe II Fund (Permira Europe II). PE II ist ebenfalls als Kommanditgesellschaft organisiert und fungiert jeweils als Gesellschafter der vier Kommanditgesellschaften der Permira Europe II. Hauptgesellschafter von PE II wiederum ist die Permira (Europe) Ltd., welche am Ende durch SVL kontrolliert wird. Die SVL ist eine Holdinggesellschaft und hat [...] Aktionäre. Keiner der Aktionäre kann die Gesellschaft weder alleine noch im Verbund mit einem zweiten kontrollieren. Die SVL kontrolliert sowohl die PE II wie auch die Permira Europe II.

14. Die Permira (Europe) Ltd. kontrolliert als Hauptgesellschafter die Geschäfte der Permira Europe II (d.h. die der vier Kommanditgesellschaften) und hat die alleinige Entscheidungsgewalt bezüglich Investitionen, welche im Namen von Permira Europe II getätigt werden. Abgesehen von der HR werden von der PE II respektive der Permira (Europe) Ltd. die unten stehenden Unternehmen kontrolliert. Als Schwesterunternehmen der HR fliessen deren Tätigkeiten in die Umsatzberechnung der vom Zusammenschluss betroffenen Unternehmen ein. Anders als die HR betreiben sie teilweise Geschäftstätigkeiten in der Schweiz:

- **AustriaMicroSystems AG**, ein auf die Entwicklung und die Produktion elektronischer Komponenten spezialisiertes Unternehmen
 - **Kierkert**, Produzent und Vertriebshändler von Schliesssystemen für Motorfahrzeuge
 - **Memec**, Grossverteiler für elektronische Komponenten
 - **Grammer**, tätig in der Produktion von Fahrer- und Passagiersitzen sowie in der Innenausstattungen von Motorfahrzeugen
-

- **Cognis Group** (unter gemeinsamer Kontrolle), aktiv auf dem Gebiet der Spezialitätenchemie
- **Whittan Storage Systems**, Lieferant von Aufbewahrungssystemen verschiedenster Art
- **Ferretti**, Design, Entwicklung und Bau von Luxusyachten sowie Verkauf von Yachten aus zweiter Hand
- **Little Chef/Travelodge**, eine Billighotel- respektive Strassenrestaurantkette
- **Premiere**, ein Pay-TV Operator in Deutschland und Österreich
- **Rodenstock**, Hersteller von Linsen und Brillenrahmen
- **Holmes Place** (unter gemeinsamer Kontrolle), Tätigkeiten in den Bereichen Gesundheits- und Fitnessclubs

15. Beteiligungsgesellschaften, welche durch die SVL respektive die PE II kontrolliert werden und in die Umsatzberechnung nach Artikel 4 und 5 VKU eingehen: [...]

16. Die Umsätze der betroffenen Unternehmen sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst (Angaben in Mio. € resp. CHF; Geschäftsjahr 2002):

	Weltweit	Schweiz
PE II/Permira (Europe) Ltd	€ [...] CHF [...]	€ [...] CHF [...]
Zielunternehmen	€ [...] CHF [...]	€ [...] CHF [...]
kumuliert	€ [...] CHF [...]	€ [...] CHF [...]

Die Umsätze der beteiligten Unternehmen überschritten im Jahr 2002 die unter Artikel 9 Absatz 1 KG genannten Aufgreifschwelen. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

C. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

17. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft ein bestimmtes Segment des Reisemarktes. Es ist vorgesehen, dass die Hogg Robinson die Strategische Geschäftsddivision Geschäftsreisen des Kuoni Konzerns übernimmt.

Sachlich relevanter Markt

18. 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).

19. Bezüglich des Reisemarktes gilt es zu unterscheiden zwischen Leistungen im Bereich der Geschäftsreisen und Leistungen im Bereich der Freizeitreisen¹. Im Gegensatz zu einem Freizeitreisenden, welcher grösstenteils im Voraus geschnürte Pakete aus Transport- und Beherbergungsleistungen nachfragt, bedarf der Geschäftsreisende einer exakt auf seine Situation zugeschnittenen Dienstleistung. Folglich muss im vorliegenden Fall von einem sachlich relevanten Markt für Geschäftsreisen ausgegangen werden.

Räumlich relevanter Markt

20. 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).

21. In Analogie zum Entscheid der europäischen Kommission im Fall Thomas Cook/LTU/West LB, wo der Markt für Geschäftsreisen als ein nationaler abgegrenzt worden ist², kann der räumlich relevante Markt als auf die Schweiz begrenzt betrachtet werden. Dennoch soll hier diskutiert werden, ob der Geschäftsreisemarkt nicht eher international abzugrenzen wäre.

22. Für eine internationale Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes würde insbesondere die internationale Klientel der Geschäftsreisebranche sprechen. Auf Seiten multinationaler Konzerne besteht ein Bedürfnis nach Reisedienstleistungen aus einer Hand für sämtliche ihrer Niederlassungen. International integrierte Geschäftsreisedienstleistungen erlauben einem multinationalen Konzern eine globale oder zumindest europaweite Kontrolle und Analyse seiner Reisekosten. Ein weiteres Argument für eine internationale Abgrenzung des relevanten Marktes ist, dass Sprachgrenzen im Geschäftsreisebereich keine wichtige Rolle für die Erbringung der Dienstleistungen spielen. Weiter ist anzumerken, dass das in der Geschäftsreisebranche weit verbreitete "Ticketless System" einem Dienstleister erlaubt, in Ländern zu operieren, ohne zuerst ein lokales Vertriebssystem aufgebaut zu haben.

23. Letztlich kann die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes jedoch offen bleiben, da im zu beurteilenden Fall weder auf einem international noch auf einem national abgegrenzten Markt eine kartellrechtlich relevante Marktanteilsaddition vorliegt.

¹ Ebenso die Praxis der Europäischen Kommission. Vgl. die Fälle Thomas Cook/LTU/West LB (Fall Nr. IV M.229), Thomson Corporation/Fritidsresor (Fall Nr. IV M.1088), Amadeus/GGL/JV (Fall Nr. Comp M.2794), Otto Versand/Sabre/Travelocity/JV (Fall Nr. Comp M.2627) oder (Hilton/Accor/Forte/Travel Services JV (Fall Nr. Comp M.2197).

² Vgl. Thomas Cook/LTU/West LB (Fall Nr. IV M.229).

Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss

24. Gemäss internen Schätzungen von Kuoni belief sich das Volumen des schweizerischen Geschäftsreisemarkts im Jahr 2002 auf zirka CHF 1'800 Mio. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick bezüglich der Marktanteile in der Schweiz:

	Umsatz Schweiz (in Mio. €)	Marktanteil
Kuoni Geschäftsreisen AG (Zielunternehmen)	[...]	[30-40]%
Hogg Robinson plc.	-	-
Kombiniert/Differenz	[...]	[30-40]%
Carlson Wagonlit Travel	[...]	[20-30]%
American Express International	[...]	[5-10]%
BTA Travel AG	[...]	[0-5]%
Hotelplan AG First Business Travel	[...]	[0-5]%
TQ3 Travel Solutions Suisse AG	[...]	[0-5]%
Gesamtmarkt	1'232 (? CHF 1'800)	100%

Quelle: Meldung der Parteien, Rz. 56

25. Wie der Tabelle unter Randziffer 24 zu entnehmen ist, kommt es auf dem relevanten Markt für Geschäftsreisen, abgegrenzt für die Schweiz, durch den Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition. Dies, weil die HR in der Schweiz 2003 keinerlei Geschäfte tätigte. Obwohl das Zielunternehmen Marktführer ist und mit einem geschätzten Marktanteil von zirka [30-40]% ein vom Zusammenschluss betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegt, kann der Zusammenschluss als unbedenklich gelten, da das erwerbende Unternehmen HR weder auf einem dem relevanten Markt vor- oder nachgelagerten respektive benachbarten Markt aktiv ist. Durch den Zusammenschluss wird keine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt.

26. Wird der Markt europaweit abgegrenzt, liegt zwar eine Marktanteilsaddition vor, mit einem kombinierten Marktanteil von [5-10]%³ würde jedoch kein vom Zusammenschluss betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen. Folglich kann der Zusammenschluss als unbedenklich gelten.

D. ERGEBNIS

27. Aus dem Vorstehenden ergeben sich 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. Das Zusammenschlussvorhaben kann als unbedenklich bezeichnet werden.

B 2.3	2. Carnavi-Holding AG/Ernst Sutter AG
-------	--

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2003

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 28. November 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung der Carnavi-Holding AG, Freienbach (nachfolgend Carnavi), eingegangen. Der Zusammenschluss umfasst die Übernahme von 100% der Aktien der Ernst Sutter AG, Teufen (nachfolgend Sutter AG).

2. Carnavi ist eine Tochtergesellschaft der Fenaco Genossenschaft, Bern (nachfolgend Fenaco). Fenaco ist eine Unternehmensgruppe, die in zahlreichen nationalen Produktions- und Konsumgütermärkten tätig ist. Carnavi ist der drittgrösste Marktteilnehmer auf Stufe Fleischverarbeitung in der Schweiz. Zu Carnavi gehören folgende Tochtergesellschaften: Fleisch- & Wurstwaren AG, St. Gallen; J. Gattiker AG, Freienbach; Reber AG, Langnau i.E.; Viaca AG, Geuensee; Gastro Metzger AG, Regensdorf. Die Tochtergesellschaften von Carnavi bezwecken die Herstellung und den Verkauf von Fleisch- und Wurstwaren.

³Quelle: Schätzung der Parteien; Marktanteile HR: [5-10]%, Zielunternehmen: [0-5]%.

3. Die Sutter AG ist in den Bereichen Herstellung und Vertrieb von Fleisch- und Wurstwaren tätig. Durch die Übernahme der Sutter AG übernimmt Carnavi ebenfalls die in der Herstellung und im Vertrieb von Fleisch- und Wurstwaren aktiven Tochtergesellschaften der Sutter AG, nämlich die Ernst Sutter AG, Fleischwarenfabrik, Gossau (nachfolgend Sutter Fleischwaren AG), und die Metzgerei Gemperli AG, Gossau (nachfolgend Gemperli AG).

4. Die Anforderungen an Produktsicherheit und -qualität sowie der Spezialisierungsgrad sind in der Fleischverarbeitungsindustrie in den letzten Jahren gestiegen. Dies führte in verschiedenen Bereichen zu einem beträchtlichen Investitionsbedarf. Im vorliegenden Zusammenschluss erblicken die beteiligten Unternehmen ein Synergiepotenzial, durch welches die vorhandenen sachlichen und personellen Ressourcen besser genutzt werden können. Bereits heute üben Fenaco und die Sutter AG zusammen mit der Micarna SA, Bazenhaid (nachfolgend Micarna), die gemeinsame Kontrolle über die Schlachtbetrieb St. Gallen AG aus (RPW 2003/3, S. 552 ff.).

II. MELDEPFLICHT

5. Gemäss Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) stellt das hier zu beurteilende Vorhaben einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Kartellgesetz (KG; SR 251) dar.

6. Der überwiegend in der Schweiz erzielte Umsatz der Fenaco im Jahr 2002 betrug rund CHF 3,6 Mia., derjenige der Sutter AG rund CHF 0,2 Mia.

7. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 KG erfüllt, weshalb das Zusammenschlussvorhaben der Meldepflicht unterliegt.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

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

a) Geflügel

9. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Bell/SEG stellte die Wettbewerbskommission fest, dass der Geflügelbereich namentlich aufgrund der Verhältnisse auf der Angebotsseite (spezialisierte Geflügelschlachthöfe, die von vertraglich gebundenen Produzenten beliefert werden) als ein eigener sachlich relevanter Markt zu betrachten sei (Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 395, Rz. 18 f.). Der Geflügelbereich

kann praxismässig in folgende vier sachlich relevante Märkte eingeteilt werden (vgl. Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 395, Rz. 18):

- ?? Geflügelmast
- ?? Geflügelschlachtung und Zerlegung
- ?? Herstellung von Geflügelprodukten
- ?? Vertrieb von Geflügel oder Geflügelprodukten

b) Schlachtvieh und Fleisch (ohne Geflügel)

10. Die Wertschöpfungskette bei der Herstellung von Fleischprodukten umfasst mehrere Stufen:

- ?? Schlachtviehproduktion (namentlich Aufzucht- und Mastbetriebe)
- ?? Schlachtviehhandel
- ?? Fleischverarbeitung und -grosshandel (Schlachtung, Zerlegung, Verarbeitung, Lagerung, Grosshandel, Import)
- ?? Verteilung (Detailhandel und Horeka-Kanal)

11. Die Marktgegenseite der Fleischverarbeitungsbetriebe bilden einerseits deren Schlachtviehlieferanten (Schlachtviehproduzenten und -händler), andererseits deren Abnehmer von Fleisch und Fleischwaren (Grosshandel, Detailhandel, Horeka-Kanal, allenfalls Endverbraucher). Als sachlich relevante Märkte kommen somit die Beschaffung von Schlachtvieh und der Grosshandel mit Fleisch und Fleischwaren in Betracht. Der Detailhandel mit Fleisch und Fleischwaren kann im vorliegenden Fall ausser Acht gelassen werden, da die Aktivitäten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in diesem Bereich gering sind.

12. Die Frage, ob die Beschaffung von Schlachttieren der Rindergattung, von Schweinen und von Lämmern separate sachlich relevante Märkte darstellen oder nicht, kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben offen gelassen werden, da dies auf die Beurteilung keinen Einfluss hat. Auf eine Unterscheidung zwischen Frischfleisch und Fleischwaren kann im vorliegenden Fall ebenfalls verzichtet werden. Im Folgenden wird von separaten sachlich relevanten Märkten für die verschiedenen Schlachtviehgattungen respektive Fleischsorten ausgegangen.

1.2. Räumlich relevante Märkte

13. 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).

14. Der Import macht bei Rind- und Schweinefleisch weniger als 10% und bei Lamm und Geflügel rund 50% der Gesamtmenge aus. Nach geltendem Recht erfolgt der Import aufgrund einer erbrachten Inland-

leistung¹, so dass die zum Kontingentszollansatz getätigten Importe auf Stufe Fleischverarbeitung kein Substitut zur inländischen Fleischproduktion darstellen. Angesichts der bisherigen Praxis (Bell SEG, RPW 1998/3, S. 396, Rz. 24 ff., und Schlachtbetrieb St. Gallen, RPW 2003/3, S. 556, Rz. 15 ff.) drängt sich im vorliegenden Fall eine nationale Markt-abgrenzung auf. Aufgrund der gesamtschweizerisch homogenen Wettbewerbssituation kann die exakte räumliche Markt-abgrenzung letztlich offen gelassen werden. In den nachfolgenden Erwägungen wird bei allen in Zusammenhang mit dem vorliegenden Unternehmenszusammenschluss stehenden Märkten von einer nationalen Markt-abgrenzung ausgegangen.

2. Stellung auf den betroffenen Märkten

15. 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 (RPW 2002/2, S. 305, Rz. 44).

16. Aus folgender Tabelle sind die Marktanteile, berechnet nach der verarbeiteten Menge in Kilogramm, der am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen aus dem Jahre 2002 ersichtlich. Eine separate Aufschlüsselung nach Beschaffungs- und Absatzseite ergäbe kein grundsätzlich abweichendes Bild, zumal die von den einzelnen Unternehmen getätigten Importe massgeblich von der erbrachten Inlandleistung abhängen (vgl. Rz. 14).

Marktanteile 2002	Carnavi	Sutter AG	Total
Geflügel	2,5%	1,5%	4,0%
Rindergattung	7,2%	1,5%	8,7%
Schwein	9,9%	4,8%	14,7%
Lamm	6,1%	0,6%	6,7%

¹ Ab 1. Januar 2004 wird das System der Inlandleistung schrittweise durch die Versteigerung der Importkontingente abgelöst.

17. Der Geflügelmarkt war Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens Bell/SEG, das von der Wettbewerbskommission unter Bedingungen zugelassen wurde (RPW 1998/3, S. 392 ff.). Die Wettbewerbssituation auf diesem Markt hat sich seither nicht entscheidend verändert. Auch der vorliegende Zusammenschluss vermag auf diesem Markt keine massgeblichen Änderungen - namentlich hinsichtlich einer allfälligen kollektiv marktbeherrschenden Stellung - herbeizuführen.

18. Der schweizerische Fleischmarkt ist Gegenstand einer zum Zeitpunkt der Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens laufenden Untersuchung, die sich schweremässig mit dem Schlachtschweine- und dem Schweinefleischmarkt befasst. Die umsatzstärksten Marktteilnehmer auf dem schweizerischen Fleischmarkt sind die Tochtergesellschaften der Grossverteiler Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich (nachfolgend Migros), und Coop Schweiz, Basel (nachfolgend Coop), nämlich Micarna und die Bell Holding AG, Basel (nachfolgend Bell Holding). Carnavi bleibt auch nach dem Zusammenschluss der drittgrösste Marktteilnehmer in der schweizerischen Fleischverarbeitungsindustrie. Die Marktstellung von Micarna respektive Migros und der Bell Holding respektive Coop sowie die Wettbewerbssituation auf dem Schlachtschweine- und dem Schweinefleischmarkt insgesamt sind Gegenstand der erwähnten Untersuchung. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben hat hierauf - namentlich hinsichtlich einer allfälligen kollektiv marktbeherrschenden Stellung - keinen massgeblichen Einfluss.

19. Es liegen - unabhängig von der exakten Marktabgrenzung - keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor, weshalb sich eine nähere Prüfung erübrigt.

IV. ERGEBNIS

20. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	3. 3i Group plc/MIB AG
-------	-------------------------------

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 16. Dezember 2003

1. Zusammenschlussvorhaben

1.1. Sachverhalt

1. Am 24. November 2003 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach hat die 3i Group plc (nachfolgend 3i) für die Übernahme der MIB AG (nachfolgend MIB) eine neue Gesellschaft gegründet, die Erissea Acquisition (nachfolgend Erissea), welche die Mehrheit der Aktien der MIB übernehmen und damit die Kontrolle über diese erlangen wird.

1.2. Die beteiligten Unternehmen

2. Die unmittelbare Erwerberin der Aktien der MIB ist die Erissea, eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Die Aktienmehrheit dieser Gesellschaft wird durch drei von der 3i verwaltete Fonds (3i Europartners IVa LP, 3i Europartners IVb LP und 3i Group Investments LP) gehalten.

3. Die 3i ist eine in London domizilierte und am Financial Times Stock Exchange (FTSE) kotierte Aktiengesellschaft. Bei der 3i handelt es sich um eine europaweit tätige Investment-Gesellschaft, welche vorwiegend in den Bereichen "Private Equity" und "Venture Capital" aktiv ist. Sie investiert Gelder von Investoren mittels direkt oder indirekt von ihr verwalteter Fonds in Finanzbeteiligungen an nicht kotierten kleineren und mittleren europäischen Unternehmen. Dabei legt die 3i hauptsächlich in Start-ups, Technologieunternehmen, Unternehmen mit Wachstumspotenzial sowie Management Buy-Outs und Buy-Ins an. In der Schweiz ist die 3i durch die 3i Deutschland Gesellschaft für Industriebeteiligungen mbH, Frankfurt am Main, Zweigniederlassung Zürich, vertreten, welche 3i bei Investitionen in der Schweiz berät und unterstützt.

4. Die zu übernehmende Gesellschaft ist die MIB, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Baden. Die MIB ist ein Dienstleistungsunternehmen im Immobiliensektor, welches derzeit zu 100% der Siemens Building Technologies (Schweiz) AG (nachfolgend SBT) gehört. Die MIB bietet Liegenschaftseigentümern umfassende Lösungen für die Bewirtschaftung von Immobilien in der Schweiz an (so genanntes "Integrated Facility Management", kurz "Facility Management" oder "FM"). Die MIB

beschäftigt rund 750 Mitarbeiter und betreut etwa 1'200 Liegenschaften mit zirka 3,5 Mio. m² Nutzfläche.

5. Veräussert wird die MIB durch die SBT, die in der Schweiz als Produktherstellerin und Dienstleistungsanbieterin in den Bereichen Gebäudeautomation und Gebäudesicherheit tätig ist. Die SBT ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Siemens AG, einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in München und Berlin.

1.3. Kontrollerwerb

6. Der Kontrollerwerb erfolgt formell durch die Erissea. Aktionäre der Erissea sind die 3i, welche die Aktienmehrheit hält, sowie mehrere natürliche Personen, welchen im Rahmen eines Management Buy-Outs eine Minderbeteiligung ohne Kontrollrechte eingeräumt wird. Der Erwerb erfolgt durch den Kauf sämtlicher Aktien der MIB durch die Erissea. Die MIB wird nach dem Kontrollerwerb unter der gleichen Firma und in der gleichen Rechtsform weitergeführt.

7. Die Übernahme der Mehrheit der Aktien der MIB durch die 3i bewirkt die Erlangung der Kontrolle, weshalb es sich hier gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und Artikel 1 Buchstabe a VKU um einen Unternehmenszusammenschluss handelt.

2. Meldepflicht

8. Unter Einbezug sämtlicher Umsätze von Unternehmen, an denen 3i massgebliche Beteiligungen gemäss Artikel 5 VKU hält, erzielte im Jahr 2002 die 3i weltweit einen Gesamtumsatz von zirka CHF [...] Mia., wovon rund CHF [...] Mio. auf die Schweiz entfallen. Die MIB wies per 30. September 2003 einen Umsatz für das Geschäftsjahr 2002/2003 von CHF [...] Mio. aus.

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

3. Beurteilung

3.1. Sachlich relevante Märkte

10. 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).

11. Umfassendes Facility Management beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind. Gemäss einer Definition der German Facility Management Association (GEFMA) ist "Facility Management die ganzheitliche strategische Betrachtung, Analyse und Optimierung aller Abläufe um ein Gebäude und alle gebäudespezifischen Dienstleistungen des Unternehmens, die nicht zum Kerngeschäft gehören". Dabei

ist das FM auch in zeitlicher Hinsicht umfassend und beschlägt den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie (vom Bau über den Betrieb bis zum Abriss).



Quelle: www.fmmonitor.ch/fmansatz.htm

12. Die MIB erbringt in diesem Sinne umfassendes Facility Management, wobei sie drei operative Betriebsbereiche unterscheidet:

- ?? *Immobilien-Beratungsdienstleistungen*, z.B. Kostenanalysen, Gebäudezustandsanalysen oder Betriebsführungskonzepte
- ?? *Dienstleistungen zur Vermarktung von Immobilien*, z.B. Vermietungen und Verkaufs- oder Vermittlungstätigkeiten
- ?? *Bewirtschaftung, Betrieb und Instandhaltung von Immobilien und kaufmännisches Gebäudemanagement*. Hierzu gehören Dienstleistungen in den Bereichen Gebäudesicherheit, Entsorgung, Umzugsmanagement, technischer Gebäudeunterhalt (Heizung, Sanitär etc.), infrastrukturelles Gebäudemanagement (Logistik, Kommunikationssysteme etc.) und kaufmännisches Gebäudemanagement (die "klassische" Liegenschaftsbetreuung, insbesondere Eigentümervertretung, Rechnungswesen, Betriebskostenabrechnung etc.).

13. Die Marktgegenseite der MIB bilden Liegenschaftseigentümer (Unternehmen, öffentliche Institutionen etc.), welche eine vollumfängliche Liegenschaftsbetreuung (sog. "Full Service Providing") oder mehrere kompakte Teile einer solchen (sog. "Service Packages") nachfragen. Es stellt sich die Frage, ob von einem einheitlichen Markt für Facility Management auszugehen ist, ob jeweils für die einzelnen "Service Packages" einzelne Märkte auszuscheiden (etwa nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Sortimentstheorie im Detailhandel, vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 565) oder ob gar Märkte für einzelne Leistungen zu unterscheiden sind. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erübrigt sich jedoch eine detaillierte Untersuchung dieser Frage.

14. Die 3i und die 3i Portfoliogesellschaften sind in der Schweiz im Bereich des Facility Management **nicht** tätig. Von den CHF [...] Mio. Umsatz, welche von 3i Portfoliogesellschaften in der Schweiz erzielt

wurden, entfallen CHF [...] Mio. auf die SR Technics Switzerland, welche auf dem Markt für Unterhalt und Reparaturen von Flugzeugen und Flugzeugkomponenten tätig ist.

15. Aufgrund der Tatsache, dass sich die Unternehmen in zwei verschiedenen sachlichen Märkten bewegen, bewirkt das Zusammenschlussvorhaben weder eine Veränderung der Marktstruktur noch der Marktposition der MIB oder der 3i (vgl. den gleich gelagerten Fall CIE/Hirslanden, RPW 2003/1, S.170).

3.2. Räumlich relevante Märkte

16. 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).

17. Im Bereich der "klassischen" Immobilienbewirtschaftung geht die Wettbewerbskommission von einem nationalen Markt aus (Zschokke/Göhner Merkur, RPW 2001/3, S. 568). Vermutlich könnte diese Praxis auf den gesamten Bereich des FM ausgedehnt werden. Auf eine genaue Analyse des räumlich relevanten Marktes kann jedoch verzichtet werden, da das Zusammenschlussvorhaben wie erwähnt keine Auswirkungen auf die Marktstellung der MIB oder der 3i hat.

3.3. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

19. Es bestehen in der Schweiz keinerlei öffentlich zugängliche, allgemein anerkannte und breit abgestützte Marktstudien im Bereich des FM. Die Meldung geht von einem geschätzten potenziellen Marktvolumen von CHF 8 Mia. aus. Zum aktuellen Marktvolumen gibt es nach unserer Kenntnis keine Zahlen. Allerdings beträgt die Summe der Jahresumsätze der sieben grössten Anbieter für umfassendes Facility Management CHF 791 Mio.

Unternehmen	Jahresumsatz 2002 in CHF Mio.
ISS Holding AG	228
JohnsonControls IFM AG	220
MIB	128
hfm Hälg Facility Management AG	106
Avireal AG	60
Axima AG	25
M+W Zander (Schweiz) AG	24
Total	791

Ausgehend von diesem Marktvolumen erreicht MIB einen Marktanteil von 16,2%. Die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU statuierten Schwellenwerte werden folglich nicht erreicht. Dies gilt umso mehr, als der tatsächliche Marktanteil der MIB unter Berücksichtigung sämtlicher in der Schweiz tätiger Anbieter nochmals geringer einzustufen ist. So sind beispielsweise im "FM Branchenführer CH", einem durch eine Privatunternehmung geführten Verzeichnis, 93 FM-Dienstleistungsunternehmen eingetragen (jedoch befinden sich darunter auch Unternehmen, welche nur einen bestimmten Teilbereich des FM anbieten).

20. Auf eine eingehendere Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite kann jedoch verzichtet werden, da es zwischen MIB und den 3i Portfoliogesellschaften wie bereits erläutert zu keinen Überschneidungen der Geschäftstätigkeiten kommt. Es werden daher die bestehenden Stellungen im Markt durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändert. Auch in Nachbar- oder abgeleiteten Märkten ergänzen sich die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen nicht.

4. Ergebnis

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

B 2.3	4. JURA-Holding/HASTAG Holding
-------	---------------------------------------

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 Absatz 1 VKU vom 19. Dezember 2003

A. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 3. Dezember 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt die JURA-Holding (nachfolgend: Jura) mittels Aktienkauf die Kontrolle über die HASTAG Holding (nachfolgend: Hastag) zu erlangen.

2. Die Jura gehört zur weltweit tätigen irischen Baustoffgruppe CHR plc, Dublin (Irland). Sie ist die Dachgesellschaft der Jura-Gruppe, zu welcher verschiedene Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Die Kerngeschäfte der Jura sind die Zementproduktion, die Kiesgewinnung und die Transportbetonproduktion. Die Jura-Gruppe ist daneben auch im Bereich der Schwarzbelags- und Kalksteinproduktion und im Bereich Recycling von Baustoffen tätig.

3. Die Hastag befindet sich zu 100% im Besitz der Familie Stutz und ist die Dachgesellschaft der Hastag Gruppe, zu welcher ebenfalls verschiedene Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Die Geschäftstätigkeiten der Hastag umfassen Kiesgewinnung, Transportbetonproduktion, allgemeiner Tiefbau, Spezialtiefbau, Recycling von Baumaterialien und Erdwärmebohrungen.

4. Das Zusammenschlussvorhaben folgt der Absicht der Familie, sich aus dem Geschäft zurückzuziehen und soll die Kontinuität des Unternehmens mangels geeigneten Nachfolgern innerhalb der Familie sichern.

5. Die Hastag hat nicht die notwendige Grösse, um längerfristig im Markt bestehen zu können. Der Zusammenschluss mit der Jura bedeutet für die Hastag eine nachhaltige Entwicklung innerhalb eines Konzerns. Sie wird von den daraus entstehenden Synergien, vorab in der Logistik und in administrativen Belangen, profitieren. Aus Sicht der Jura lässt sich das geografische Stammgebiet mit dem Kauf der Hastag optimal ergänzen.

B. Meldepflicht

6. Die Jura übernimmt mittels Aktienkauf 100% der Aktien der Hastag. Der Erwerb von 100% des Aktienkapitals ist als Kontrollerwerb

und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG Buchstabe b KG zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten zusammen im Jahr 2002 einen weltweiten Umsatz von CHF [...] Mia. In der Schweiz erzielten 2002 die Jura einen Umsatz von CHF [...] Mio. und die Hastag einen Umsatz von CHF [...] Mio. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

C. Beurteilung

C1. Relevante Märkte

C1.1. Sachliche Märkte

8. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

9. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung (VKS 1966, S. 13 ff.; VKSP 1993, S. 27 ff.; RPW 1999, S. 64 ff.; VSKP 1994, S. 1 ff.; RPW 1997, S. 202 ff.) und Informationen seitens der Parteien werden im vorliegenden Fall folgende sachlich relevante Märkte unterschieden:

- ?? Zement
- ?? Sand- und Kies
- ?? Beton
- ?? Spezialtiefbau
- ?? Allgemeiner Tiefbau
- ?? Erdwärmebohrung
- ?? Baustoffrecycling

10. Auf den sieben Märkten werden drei Ebenen unterschieden, nämlich die Produktions-, Transport- und Verkaufsebene.

C1.2. Räumliche Märkte

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

12. Je nach Auftragsgrösse einer nachgefragten Bauleistung wird der Bausektor in regionale, nationale oder internationale räumlich relevante Märkte aufgeteilt. Die Grenzen sind allerdings fließend (RPW 1997/2, S. 204). Für die geografische Abgrenzung der Märkte im Bauwesen sind die Transportkosten von entscheidender Bedeutung. Je grössere Distanzen zurückgelegt werden, desto höher fallen die

Transportkosten aus. Dies führt dazu, dass im Bauwesen die räumlichen Märkte oft regional begrenzt sind.

13. Die Transportfähigkeit für Beton ohne Zusatzmittel beträgt 50 bis 60 Kilometer (RPW 1999/1, S. 64), weil sich der Beton nach 45 bis 60 Minuten durch einen chemischen Prozess (Hydratation) verfestigt. Der Betonmarkt ist dadurch regional begrenzt.

14. Einzig der Zement kann ohne grössere Transportprobleme schweizweit transportiert werden. Der Zementmarkt ist folglich zumindest national.

15. Die folgende Tabelle zeigt zusammenfassend die verschiedenen räumlich relevanten Märkte der Schweiz:

Tabelle 1

Sachlicher Markt	Geografischer Markt
Zementmarkt	National
Sand- und Kiesmarkt	Regional (60 km Radius um den Produktionsstandort)
Betonmarkt	Regional (50 km Radius um den Produktionsstandort)
Spezialtiefbau	Regional
Allgemeiner Tiefbau	Regional
Erdwärmebohrung	Regional (Deutsch- und Westschweiz)
Baustoffrecycling	Regional

16. Da das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung führt, kann die Frage nach der Abgrenzung der räumlichen Märkte offen gelassen werden.

C2. Betroffene Märkte

17. 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.

18. Die Jura und die Hastag sind in den Kantonen Zürich, St. Gallen, Thurgau, beiden Appenzell, Graubünden, Aargau, Waadt, Fribourg, Bern, Solothurn und Luzern tätig. Zu einer Marktanteilsaddition kommt es jedoch nur im Gebiet Zürich. In den anderen Gebieten ist jeweils nur eines der beiden Unternehmen mit Marktanteilen unter 30% tätig.

19. Auf dem Kiesmarkt Zürich ist die Jura durch die Hard AG vertreten (vgl. Schema 1), welche den von ihr abgebauten Kies ausschliesslich für ihre eigene Produktion verwendet und somit keine Marktanteile im Kiesmarkt hat. Es kommt folglich zu keiner Marktanteilsaddition. Die Marktanteile der Hastag sind auch hier unter 30%.

20. Auf dem Recycling- und Allgemeinen Tiefbaumarkt im Kanton Zürich ist nur die Hastag tätig und ihre Marktanteile bleiben auf diesen Märkten ebenfalls unter 30%.

21. Einzig auf dem Betonmarkt Zürich kommt es zu einer Marktanteilsaddition (vgl. Tabelle 2), welche die Voraussetzungen von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU erfüllt.

22. Die folgende Tabelle fasst das oben Beschriebene zusammen:

Tabelle 2

Markt Kanton Zürich	Marktanteil Jura-Holding	Marktanteil Hastag Holding	Marktanteil kumuliert
Kies	0%*	26%	
Beton	8%	22%	30%
Recycling	nicht tätig	10%	10%
Allgemeiner Tiefbau	nicht tätig	3%	3%

* Produktion nur für internen Gebrauch

C3. Marktstellung

23. Gemäss den Auskünften der Parteien und den beantworteten Fragebogen der Konkurrenten und Kunden derselben ergeben sich für den Zusammenschluss auf dem Betonmarkt aus folgenden Gründen keine Probleme:

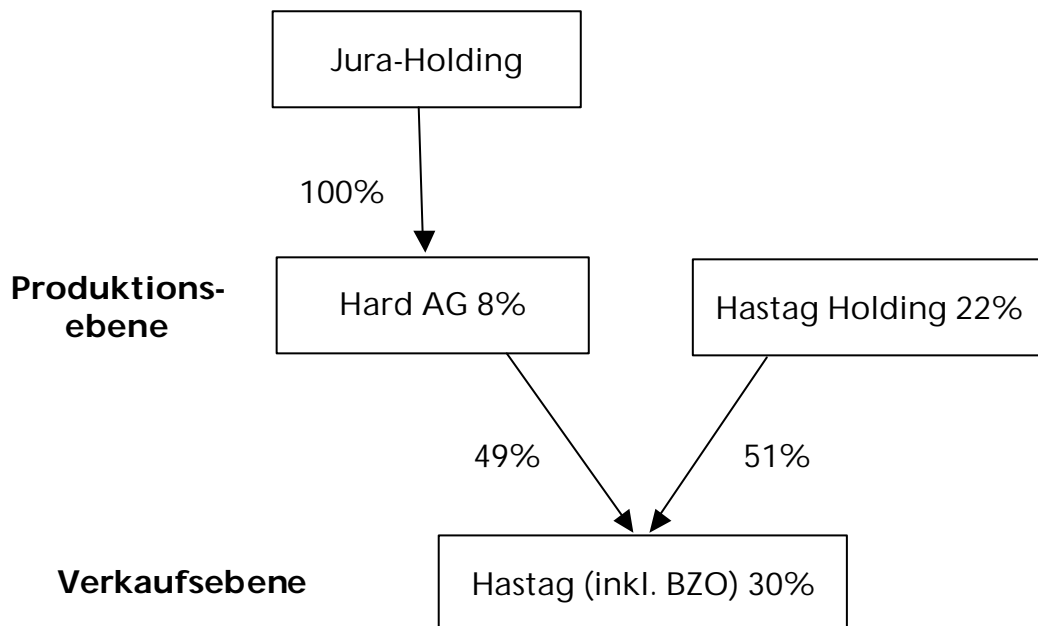
?? Auf dem Betonmarkt Zürich erreichen die Jura und die Hastag zusammen einen Marktanteil von 30%. Der Marktanteil der Hastag beträgt 22% und derjenige der Jura 8%. Der Wettbewerb auf dem Betonmarkt Zürich ist stark. Die Konkurrenten stehen sich auf der Produktionssebene mit folgenden Marktanteilen gegen-

über (über die Transportebene liegen keine spezifischen Angaben vor, die Parteien gehen aber davon aus, dass die Marktanteile eher kleiner sind als unten angegeben):

Tabelle 3

Unternehmen	Marktanteile
Hastag und Hard AG	22%+8% = 30%
Kibag	22%
Diverse andere	17%
Holcim	14%
Toggenburger	9%
Weiach/Haniel	8%

?? Das Verhältnis der Jura und der Hastag zur BZO und zur Hard AG ist im folgenden Schema dargestellt:



Die Hard AG produziert ausschliesslich im Auftrag der BZO Beton und Kalksandsteine. Die BZO ist eine reine Verkaufsorganisation, die ausschliesslich Beton an die Bauunternehmer der Region verkauft. Da 51% des Aktienkapitals der BZO der Hastag (vgl. Schema oben) gehören, werden die Verkäufe der BZO ausschliesslich der Hastag zugerechnet. Die Jura hat daher auf der Verkaufsebene keine Marktanteile. Der Unternehmenszusammenschluss wird

folglich auf der Verkaufsebene nichts verändern, weil es zu keiner Marktanteilsaddition kommt. Der Wettbewerb im Betonmarkt Zürich wird durch den Unternehmenszusammenschluss verstärkt, da ein Gegengewicht zur Holcim gebildet wird, welche sowohl in den benachbarten Märkten (insbesondere auf dem Zementmarkt) als auch im Betonmarkt anderer Regionen sehr stark ist.

- ?? Gemäss Aussagen der Konkurrenten und Kunden der Jura und Hastag werden die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Betonmarkt Zürich durch den Zusammenschluss als gering erachtet. Der Wettbewerb wird als intakt beschrieben und ein Gegengewicht zur Holcim (vgl. vorhergehender Abschnitt) wird begrüsst.
- ?? Auf dem Baumarkt bestehen Überkapazitäten in allen Bereichen. Diese sind einerseits saisonal bedingt, weil die Betonwerke ganz allgemein in den Wintermonaten aufgrund der witterungsbedingten Bauunterbrüche kaum bis gar nicht ausgelastet sind. Andererseits kann von einer ganzjährigen Überkapazität gesprochen werden, da seit der Erstellung der diversen Betonwerke in den 90er Jahren das Bauinvestitionsvolumen insgesamt stetig abgenommen hat. Die Nachfrage im Bauwesen wird sich in den nächsten Jahren gesamtschweizerisch sowie in den betroffenen Kantonen mehr oder weniger in der heutigen Grössenordnung bewegen. Für den Kanton Zürich ist die Nachfrage seit zirka drei Jahren rückläufig. Sie dürfte jedoch künftig wieder etwas zunehmen, da neue Grossprojekte in Planung sind (Flughafen Zürich und Umgebung, Westumfahrung Zürich, Bahnbauten rund um Zürich). Die Konkurrenten im Betonmarkt Zürich werden sich angesichts der bestehenden Überkapazitäten kompetitiv verhalten müssen, um dieser grösseren Nachfrage gerecht zu werden. Aus diesem Grund kann mit grosser Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass es in diesem Markt zu keiner Ausübung oder Verstärkung einer Marktmacht kommen wird.
- ?? Gemäss den Angaben der Parteien ist der Wettbewerb nicht nur regional, sondern reicht auch über die Landesgrenze hinaus. Da die ausländischen Anbieter bereits über Produktionsanlagen verfügen, können sie ihre Marktanteile in den Märkten Zürich jederzeit erhöhen. Transportkosten und -wege sind angesichts der im Grenzraum liegenden Produktionsstandorte kein Hinderungsgrund für eine Erhöhung der Absätze in der Schweiz. Diese Annahme würde die Marktabgrenzung verändern und eine Verkleinerung der Marktanteile des neuen Unternehmens (Jura und Hastag) bedeuten.

D. Ergebnis

24. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen, dass der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen
-

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

B 2.3	5. NZZ – Espace – Der Bund: Vorläufiger Vollzug
-------	--

Vorläufiger Vollzug; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 32 Abs. 2 KG

Réalisation provisoire; art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 2 LCart

Realizzazione provvisoria; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 2 LCart

Zwischenverfügung vom 3. November 2003 in Sachen Prüfungsverfahren gemäss Artikel 32 ff. KG betreffend NZZ - Espace - Der Bund betreffend vorläufigen Vollzug

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand

1. Espace Media Groupe (Espace) beabsichtigt, 40% des Aktienkapitals der Bund Verlag AG (BVA) von der Freie Presse Holding (FPH), welche zu 100% der AG für die Neue Zürcher Zeitung AG (NZZ) gehört, zu erwerben. Bisher hält die FPH 80% und Publigroupe S.A. 20% an der BVA, während Espace an der BVA nicht beteiligt ist.

2. Die am 23. Juli 2003 geschlossene Vereinbarung zwischen FPH, Espace und Publigroupe sieht weiter unter anderem vor: Für sämtliche Beschlüsse der Generalversammlung ist ein qualifiziertes Mehr von zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmen erforderlich. Bei der Bestellung des aus fünf Mitgliedern bestehenden BVA-Verwaltungsrates bestimmen Espace und FPH je zwei und Publigroupe einen Vertreter. Einer der Vertreter der FPH ist ein unabhängiger Dritter, welcher als Präsident, Verleger und Ansprechperson der Redaktion der Zeitung "Der Bund" amtiert. Espace hat das Recht, den von der FPH vorgeschlagenen Präsidenten unbegründet abzulehnen. Weiter hat Espace das Recht, das Verwaltungsratssekretariat zu bestimmen.

3. Espace ist eine Holdinggesellschaft und hält namentlich Beteiligungen an Medienunternehmen und Unternehmen der grafischen Industrie.

4. Espace hält 51% an der Berner Zeitung AG, welche die Berner Zeitung und entsprechende Split-Ausgaben herausgibt und ihrerseits zahlreiche Beteiligungen hält. Über die Berner Zeitung AG hält Espace Mehrheitsbeteiligungen an:

?? Radio ExtraBern AG: Betreiberin Radiosender "Radio ExtraBern"

?? TeleBärn AG: Betreiberin Fernsehsender "TeleBärn"

?? Verlag Murtenbieter AG: Herausgeberin "Murtenbieter" und "Anzeiger von Kerzers"

sowie Minderheitsbeteiligungen an:

?? Burgdorfer Tagblatt AG (30%): Herausgeberin "Burgdorfer Tagblatt"

?? Verlag-AG Sonntags-Zeitung (15%): Herausgeberin "SonntagsZeitung"

5. Espace hält 100% der Böhler Grafino AG, welche zahlreiche Fachmedien aus den Bereichen Automobil und Landwirtschaft herausgibt und Dienstleistungen für den Zeitungsdruck erbringt. Über die Böhler Grafino AG hält Espace Mehrheitsbeteiligungen an:

?? Bantiger Post AG: Herausgeberin "Bantiger Post"

?? "Lokalanzeiger Bern-West"-Verlags AG: Herausgeberin "Bümplizer Woche - Lokalanzeiger Bern-West"

?? SOWO Wochenblatt AG: Herausgeberin "Solothurner Woche"

?? Berner Bär Verlags-AG: Herausgeberin "Berner Bär"

?? Einfache Gesellschaft Druckzentrum: Zeitungsdruck

6. Weiter hält Espace 100% an der Benteli Hallwag Druck AG (Akzidenzdruck) und 66% an der Schärer Thun AG. Schärer Thun AG ist im Bereich Akzidenzdruck tätig, hält 50% an der Berner Oberland Medien AG BOM, welche das Thuner Tagblatt und den Berner Oberländer herausgibt, und gibt zusammen mit Vetter Druck AG als Konzessionärin den Thuner Amtsanzeiger heraus.

7. NZZ ist die Holdinggesellschaft der NZZ-Gruppe und hält Beteiligungen an Medienunternehmen und Unternehmen der grafischen Industrie.

8. NZZ hält 100% an der Neuen Zürcher Zeitung AG, zur deren Tätigkeiten die Herausgabe der Zeitungen "NZZ" und "NZZ am Sonntag", Fernsehsendungen, Internetaktivitäten, das Verlegen von Büchern sowie Zeitungsdruck gehört.

9. NZZ hält 100% der FPH, welche über Beteiligungen an folgenden Unternehmen verfügt:

?? 80% an Bund Verlag AG (BVA)

?? 70% an St. Galler Tagblatt AG: Tätigkeiten (z.T. über Tochterunternehmen) namentlich in den Bereichen Zeitungen, Druck, Anzeiger, Radio und Fernsehen in der Ostschweiz

?? 45,59% an der LZ Medien Holding AG (mit faktischer Kontrollmöglichkeit): Tätigkeiten (z.T. über Tochterunternehmen) namentlich in den Bereichen Zeitungen, Druck, Anzeiger, Radio und Fernsehen in der Zentralschweiz.

10. Die BVA ist Herausgeberin der Zeitung "Der Bund" sowie Konzessionärin für die Herausgabe des "Anzeigers Region Bern". Weiter ist sie im Druckbereich tätig und hält eine 97%-Mehrheitsbeteiligung an der Radiag AG, welche den Lokalradiosender BE1 betreibt und in der Produktion und im Vertrieb von Werbe- und anderen Produktionen für andere Radiostationen tätig ist.

A.2. Verfahren

11. Am 20. August 2003 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben betreffend NZZ, Espace und BVA erhalten.

12. Am 25. August 2003 teilte das Sekretariat mit, dass die Meldung unvollständig ist.

13. Mit Schreiben vom 27. August 2003, welches am 29. August 2003 bei der Wettbewerbskommission eintraf, wurden zusätzliche Angaben eingereicht.

14. Mit Schreiben vom 29. August 2003 bestätigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) gestützt auf die zusätzlichen Angaben im Schreiben vom 27. August 2003 die Vollständigkeit der Meldung und teilte mit, dass die Frist für die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens am 30. August 2003 beginnt und bis zum 30. September 2003 dauert.

15. Mit Schreiben vom 25. September 2003 beantragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der Kammer Infrastruktur, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG zu unterziehen.

16. Am 29. September 2003 beschloss die Kammer Infrastruktur im Zirkularverfahren, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung zu unterziehen. Mit Schreiben des gleichen Tages wurde den Parteien die Prüfungseröffnung mitgeteilt und der Antrag des Sekretariats vom 25. September 2003 unter Abdeckung möglicher Geschäftsgeheimnisse zugestellt.

17. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2003 stellten die Parteien ein Gesuch um Zulassung des vorläufigen Vollzugs ihres Zusammenschlussvorhabens mit folgenden Anträgen:

"Es sei den Parteien im Sinne eines vorläufigen Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens zu gestatten:

a) die Zusammenarbeit der BVA mit den Gesellschaften der Espace Media Groupe bezüglich der Herausgabe des Bundes gemäss den Bestimmungen der Vereinbarung mit Wirkung per 1. Januar 2004 aufzunehmen;

b) die vereinbarte Beteiligungsnahme der EM-Groupe an der BVA per 1. Januar 2004 zu vollziehen;

c) die beiden von Espace Media Groupe gestellten Vertreter mit Wirkung per 1. Januar 2004 in den Verwaltungsrat der BVA zu wählen.

Es sei eine Verfügung, welche einen vorläufigen Vollzug im Sinne der vorstehenden Anträge erlaubt, sobald als möglich, in jedem Fall aber vor Ende Oktober 2003, zu erlassen."

18. Am 27. Oktober 2003 fand eine Anhörung der Parteien durch das Sekretariat statt.

B. Erwägungen

19. In analoger Anwendung von Artikel 32 Absatz 2 KG können Unternehmen während des Prüfungsverfahrens gemäss Artikel 33 KG einen Antrag auf vorläufigen Vollzug stellen.

20. Beim vorläufigen Vollzug handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme, deren Regelungswirkung nur vorübergehend eintritt und mit dem Erlass der Entscheidung im Hauptverfahren dahinfällt. Sie ergehen in der Regel aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (vgl. statt vieler: KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 6, Rz. 1).

21. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme in Form des vorläufigen Vollzugs erfolgt auf der Grundlage einer Hauptsachen- und Nachteilsprognose. Zudem ist erforderlich, dass mit der Entscheidung nicht länger zugewartet werden kann (Dringlichkeit), um die betroffenen Interessen schützen zu können.

B.1 Hauptsachenprognose

22. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

23. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen 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.

24. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt

wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.1.1. Relevante Märkte

a) Sachlich relevante Märkte

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).

26. Gemäss ständiger Praxis unterscheidet die Wettbewerbskommission im Medienbereich insbesondere zwischen folgenden Märkten (vgl. Edipresse-Corbaz, RPW 2003/1, S. 177 ff.; Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 721 ff.; Mittelland Zeitung, RPW 2001/3, S. 540 ff.): Markt für Zeitungsdruck, Markt für Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher), Markt für Tageszeitungen, welche sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten (nachfolgend Lesermarkt), Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen (nachfolgend Markt für nationale Werbung), Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger), (nachfolgend Markt für regionale Werbung), Markt für regionale Radiowerbung, Markt für regionale Fernsehwerbung.

27. Inwieweit andere, nicht zum jeweiligen relevanten Markt gehörenden Informations- beziehungsweise Werbemöglichkeiten eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieter im betreffenden Markt ausüben, wird bei Beurteilung der Wirkung des Zusammenschlussvorhabens ebenfalls geprüft (vgl. auch Berner Oberland Medien AG, PPW 2000/3, S. 429, Ziff. 68).

b) Räumlich relevante Märkte

28. 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).

29. Markt für Zeitungsdruck: Für die Herausgeber von Tageszeitungen ist es aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht allzu weit vom Hauptverbreitungsgebiet entfernt liegt. Entsprechend ist der Markt praxisgemäss überregional abzugrenzen (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 53).

30. Markt für Akzidenzdruck: Beim Akzidenzdruck spielt die Distanz eine untergeordnete Rolle. Der Markt ist daher mindestens überregional, wenn nicht gar national abzugrenzen (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 52).

31. Lesermarkt: Information über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in einer anderen Region substituierbar. Entsprechend sind die räumlichen Märkte tendenziell eng abzugrenzen. Vorliegend

wird von räumlich relevanten Märkten ausgegangen, welche nicht grösser sind als folgende Gebiete:

- ?? Berner Oberland: Bezirke Oberhasli, Interlaken, Frutigen, Obersimmental, Nidarsimmental, Saanen, Thun (WEMF-Wirtschaftsgebiet 22)
- ?? Solothurn: Bezirke Bucheggberg, Wasseramt, Thal, Wangen, Gäu, Aarewangen, Zofingen, Olten, Gösgen (WEMF-Gebiet 32)
- ?? Berner Seeland: Bezirke Aarberg, Büren, Nidau, Biel, Erlach, Seebezirk (WEMF-Wirtschaftsgebiet 33)
- ?? Berner Mittelland: Bezirke Bern, Burgdorf, Trachselwald, Signau, Konolfingen, Fraubrunnen, Seftigen, Schwarzenburg, Laupen, Sense (WEMF-Wirtschaftsgebiet 34)

32. Markt für nationale Werbung: Aufgrund der Sprachgrenzen, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können, wird der räumliche Markt auf das Gebiet der Deutschschweiz begrenzt.

33. Markt für regionale Werbung: Da regional Werbende die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen wollen, drängt sich tendenziell eine enge Marktabgrenzung auf. Der räumliche Markt für regionale Werbung wird vorliegend analog zu demjenigen für Lesermärkte abgegrenzt.

34. Markt für regionale Radiowerbung: In Bezug auf Radiowerbung ist ein regionaler Markt abzugrenzen. Dieser beinhaltet den Grossraum Bern, umfasst demnach maximal das Berner Mittelland (Wemf-Wirtschaftsgebiet 34) beziehungsweise das Sendegebiet von Radio BE1 und Radio ExtraBern.

35. Markt für regionale Fernsehwerbung: Analog zur Marktabgrenzung bezüglich regionaler Werbung und regionaler Radiowerbung ist auch in diesem Fall ein regionaler Markt abzugrenzen, welcher nicht grösser ist als das Berner Mittelland (WEMF-Wirtschaftsgebiet 34).

B.1.2. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

a) Markt für Zeitungsdruck, Markt für Akzidenzdruck, Markt für nationale Werbung, Lesermarkt Berner Seeland, Lesermarkt Solothurn, Markt für regionale Werbung Berner Oberland, Markt für regionale Werbung Berner Seeland, Markt für regionale Werbung Solothurn

36. Im Schreiben vom 29. September 2003 wurde den Parteien die Eröffnung der Prüfung damit begründet, dass das Zusammenschlussvorhaben nach Ansicht der Wettbewerbskommission auf folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt: Lesermarkt Berner Mittelland, Lesermarkt Berner Oberland, Markt für regionale und lokale Anzeigen im Berner Mittelland, Markt für regionale Radiowerbung im Berner Mittelland, Markt für regionale Fern-

sehwerbung im Berner Mittelland. E contrario bestehen auf den übrigen Märkten nach Ansicht der Wettbewerbskommission keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

37. Im Antrag des Sekretariats vom 25. September 2003 wird bezüglich der im Titel genannten Märkte festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

38. Bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, so ist im Rahmen einer Entscheidungsprognose zu folgern, dass das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist im Rahmen einer Entscheidungsprognose bezüglich der im Titel genannten Märkte daher als kartellrechtlich unbedenklich einzustufen.

b) Lesermarkt Berner Oberland

39. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Berner Oberland folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse berichten: Berner Zeitung, Der Bund, Berner Oberländer und Thuner Tagblatt.

40. An der Berner Zeitung AG ist Espace zu 51% beteiligt. Der Berner Oberländer und das Thuner Tagblatt werden von der Berner Oberland Medien AG BOM herausgegeben, welche ebenfalls von Espace kontrolliert wird (vgl. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2000/3, S. 416 ff.). Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erlangt Espace somit die (gemeinsame) Kontrolle über die einzige aktuelle Konkurrentin auf diesem Markt.

41. Bei der Beurteilung der Marktstellung ist neben der aktuellen auch die potenzielle Konkurrenz zu betrachten. Dabei ist zu prüfen, wie stark die Stellung nach einem Zusammenschluss durch die Möglichkeit von Neuzutritten diszipliniert wird.

42. Gemäss Aussagen der Parteien sind in den letzten fünf Jahren im Verbreitungsgebiet des Bundes keine neuen Tageszeitungen hinzugekommen. Der Markt ist unbestrittenermassen gesättigt. Ein Marktzutritt auf dem Lesermarkt ist des Weiteren mit anfänglichen Verlusten verbunden, welche von beträchtlichem Umfang sein können (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG - Solothurner Zeitung, RPW 2003/1, S. 62 ff., Ziff. 17). Weiter ist zu beachten, dass das Interesse der Verlagshäuser NZZ und Tamedia an einem allfälligen Marktzutritt durch ihre vorhandenen beziehungsweise nach dem Zusammenschluss verbleibenden Beteiligungen (NZZ: 40% an BVA, Tamedia: 49% an der Berner Zeitung AG) gemindert werden. Die diszip-

linierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz ist daher als gering einzustufen.

43. Aufgrund der spezifischen Eigenschaften der Medienmärkte ist weiter zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gezählte Medien disziplinierende Wirkung auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ausüben. Zu diesen Medien gehören überregionale Tageszeitungen, Pendlerzeitungen, nicht täglich erscheinende Zeitungen mit regionalen Inhalten, Radio und Fernsehen sowie Internet.

44. Um den Einfluss überregionaler Zeitungen und Pendlerzeitungen abschätzen zu können, wird auf die Reichweiten der einzelnen Zeitungen in Prozent gemäss MACH Basis 2002, Media Analyse Schweiz, WEMF im Berner Oberland abgestellt. Die Reichweite in Prozent gibt an, wie hoch der prozentuale Anteil der Leser einer Zeitung gemessen an den Personen eines Wirtschaftsgebietes ist. Die Reichweiten stellen sich wie folgt dar:

Berner Zeitung Gesamt (inkl. Berner Oberländer, Thuner Tagblatt)	57,3%
Der Bund	9,8%
20 Minuten	8,2%
Tagesanzeiger	2,8%
NZZ	2,6%
Blick	22%

45. Blick dürfte aufgrund seines andersartigen Leseangebots (Boulevardzeitung) nur ein entferntes Substitut zu BZ und Bund darstellen und daher trotz der beachtlichen Reichweite nur eine geringe disziplinierende Wirkung ausüben. Tagesanzeiger und NZZ weisen im Berner Oberland nur sehr geringe Reichweiten auf. Eine disziplinierende Wirkung auf den Markt für Tageszeitungen dürften daher einzig Radio, Fernsehen, "20 Minuten", die zweimal wöchentlich erscheinende Jungfrau Zeitung sowie das Internet ausüben.

46. Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich im Rahmen einer Entscheidungsprognose, dass der Zusammenschluss auf dem Lesermarkt Berner Oberland voraussichtlich eine beherrschende Stellung begründet oder verstärken wird.

c) Lesermarkt Berner Mittelland

47. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Berner Mittelland folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über

regionale und lokale Ereignisse berichten: Berner Zeitung, Der Bund, Berner Rundschau, Burgdorfer Tagblatt, Freiburger Nachrichten.

48. Die Reichweiten dieser Zeitungen präsentieren sich wie folgt:

Berner Zeitung (gesamt)	41%
Der Bund	25,6%
Berner Rundschau	max. 5% ¹
Burgdorfer Tagblatt	5,4%
Freiburger Nachrichten	6,4% ²

49. Gestützt auf diese Reichweiten wurden die Marktanteile der einzelnen Zeitungen ermittelt. Hierzu wird die Summe aller Reichweiten gleich hundert Prozent gesetzt. Der Marktanteil ergibt sich aus dem Anteil der Reichweite eines Titels an der Summe der Reichweiten sämtlicher Titel. Der so ermittelte Marktanteil der Berner Zeitung (gesamt) beträgt 49,1%, derjenige des "Bund" 30,6%. Nach dem Zusammenschluss würden die Parteien somit einen Marktanteil von 79,7% halten.

50. Die Marktanteile wurden analog anhand der Streudichten ermittelt. Die Streudichte der betreffenden Zeitungen präsentieren sich wie folgt³:

Berner Zeitung (gesamt)	36,04%
Bund	18,26%
Berner Rundschau	0,54%
Burgdorfer Tagblatt	1,06%
Freiburger Nachrichten	3,78%

51. Der so ermittelte Marktanteil beträgt für die Berner Zeitung (gesamt) 60,4%, für "Der Bund" 30,6%. Nach dem Zusammenschluss würden die Parteien somit einen Marktanteil von 91% halten.

¹ Schätzung Sekretariat - Wert unbekannt.

² Nur deutschsprachige Leser.

³ Dabei werden bei Freiburger Nachrichten und Burgdorfer Tagblatt die Werte der Standardauflage und nicht diejenigen der Grossauflage verwendet, da für den Leserkreis nicht die Zahl der gratis breit gestreuten Auflage relevant ist.

52. Die Marktanteile nach dem Zusammenschlussvorhaben auf dem Lesermarkt Berner Mittelland können demnach auf 80%-90% veranschlagt werden. Dabei ist zu beachten, dass die Berner Zeitung AG an der Herausgeberin des Burgdorfer Tagblattes eine Beteiligung von 30% besitzt und mit der Freiburger Nachrichten in einem Kooperationsverhältnis steht. Die disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz ist demnach tiefer einzustufen, als es die Marktanteile an sich wiedergeben.

53. Die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf dem Lesermarkt ist, wie bereits oben dargelegt wurde, als gering einzustufen.

54. Weiter ist die disziplinierende Wirkung anderer Medien auf den Lesermarkt zu berücksichtigen. Die Reichweiten überregionaler Tageszeitungen, regionaler Zeitungen aus anderen Gebieten und von 20 Minuten präsentierten sich wie folgt:

20 Minuten	21,5 %
NZZ	5,6 %
Tagesanzeiger	3,0 %
Mittellandzeitung	1,2 %
Basler Zeitung	0,7 %
Blick	17,4 %

55. NZZ, Tagesanzeiger, Basler Zeitung und Mittellandzeitung scheinen bereits aufgrund ihrer geringen Reichweiten nicht geeignet, eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt Berner Mittelland auszuüben. Bezüglich NZZ und Tagesanzeiger sind des Weiteren die weiter oben gemachten Vorbehalte anzubringen. Der Blick dürfte - wie weiter oben dargelegt - nur eine geringe disziplinierende Wirkung auf den Markt ausüben. Aufgrund der Tatsache, dass 20 Minuten eine Berner Split-Ausgabe besitzt und somit auch über regionale und lokale Ereignisse berichtet, sowie der verhältnismässig grossen Reichweite von 21,5% erscheint 20 Minuten am ehesten geeignet, eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt Berner Mittelland zu entfalten. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass sich die 20 Minuten AG unter der Kontrolle von Tamedia befindet, welche zu 49% an der Berner Zeitung beteiligt ist, und vorgesehen ist, dass sich Espace an 20 Minuten AG beteiligt und dieses Unternehmen künftig gemeinsam mit Tamedia AG kontrolliert.

56. Eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt könnten Radio, Fernsehen und Internet entfalten. Allerdings kommt durch das Zusammenschlussvorhaben das Lokalradio Radio BE1 unter die Kontrolle von Espace, während der andere Lokalradiosender ExtraBern dies bereits bis anhin war. Eine allfällige disziplinierende Wirkung des Bereichs Radio wird demnach durch das Zusammenschlussvorhaben geschwächt. Des Weiteren ist Espace mit dem Lokalfernsehen TeleBärn und dem Portal www.espace.ch zusätzlich in den Bereichen Fernsehen und Internet tätig.

57. Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich im Rahmen einer Entscheidungsprognose, dass der Zusammenschluss auf dem Lesermarkt Berner Mittelland voraussichtlich eine beherrschende Stellung begründen der verstärken wird.

d) Markt für regionale Werbung Berner Mittelland

58. Wie bereits weiter oben ausgeführt, bestehen nach dem Zusammenschlussvorhaben bei Tageszeitungen, welche über regionale und lokale Ereignisse in dieser Region berichten, kaum Ausweichmöglichkeiten. Dies trifft nicht nur auf Leser solcher Zeitungen zu, sondern auch auf Werbetreibende, welche Inseratraum nachfragen.

59. Als Ausweichmöglichkeit kommen zum ersten (Gratis-)Anzeiger in Frage. Bezüglich dieser Anzeiger wird Espace jedoch nach dem Zusammenschlussvorhaben die beiden grössten der Region kontrollieren, dies sind der Berner Bär (Gesamtauflage 2003: 136'262 - Reichweite nicht bekannt) und die Stadt- und Agglomerationsausgabe des Anzeigers der Region Bern (Auflage des gesamten Anzeigers 2003: 139'296 - Reichweite 26%)⁴. Die nächstgrösseren kommen auf deutlich geringe Werte: Wochenzeitung Emmental/Entlebuch (Auflage 34'954 - Reichweite 10,5%), Aemme Ziitig (Gesamtauflage 30'418 - Reichweite 9,6%), Grauholz Post (Gesamtauflage 37'061 - Reichweite 9,4%), Berner Landbote (Auflage 48'075 - Reichweite 7,6%). Zudem haben diese Anzeiger den Nachteil, dass ihr Verbreitungsgebiet räumlich deutlich beschränkt ist und sie sich kaum für alle Werbetreibende als Plattform eignen. Insbesondere für Werbetreibende, welche den Grossraum Bern (Stadt und Agglomeration) abdecken wollen, bestehen nach dem Zusammenschluss keine Möglichkeiten, auf Anzeiger auszuweichen, welche nicht von Espace kontrolliert werden.

⁴ Ebenfalls von Espace kontrolliert werden Bantiger Post und Bümplizer Woche, deren Bedeutung bei einer Auflagezahl von 21'551 und 22'177 jedoch als gering einzustufen ist.

60. Als weitere (nicht zum relevanten Markt gehörende, das heisst entferntere) Ausweichmöglichkeiten fallen Radio- und Fernsehwerbung in Betracht. Im Bereich der Radiowerbung kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu einem Konzentrationsprozess, wodurch sich nach dem Zusammenschluss die beiden lokalen Radiostationen Radio ExtraBern und Radio BE1 unter der Kontrolle von Espace befinden. In Bezug auf regionale Fernsehwerbung befindet sich bereits vor dem Zusammenschluss die - auch nach Meinung der Parteien - einzige in Frage kommende Fernsehstation (TeleBärn) unter der alleinigen Kontrolle von Espace. Für Werbetreibende stellen daher - insbesondere in Bezug auf den Grossraum Bern - Radio- und Fernsehwerbung kaum Ausweichmöglichkeiten dar.

61. Als weitere, nicht zum relevanten Markt gehörenden Ausweichmöglichkeiten fallen einzig Plakatwerbung, adressierte und unadressierte Direktwerbung und Internet in Betracht. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Espace und Der Bund über Internetplattformen verfügen (www.espace.ch; www.ebund.ch), welche vermutlich gut verankert sein dürften.

62. Aus den dargelegten Gründen ergibt sich im Rahmen einer Entscheidungsprognose, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Werbung im Berner Mittelland voraussichtlich eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

e) Markt für Radiowerbung

63. In Teilen des Sendegebiets von Radio BE1 und Radio ExtraBern, welche als Folge des Zusammenschlussvorhabens beide von Espace kontrolliert würden, sind folgende weitere Privatradiostationen empfangbar: Radio Freiburg, Radio Berner Oberland, Canal 3, Radio 32⁵.

64. Die Parteien schätzen den Marktanteil von Radio ExtraBern im Berner Mittelland (Wirtschaftsgebiet 34) auf rund 33% und denjenigen von Radio BE1 auf rund 31%.

65. Demnach wird der Marktanteil von Espace durch das Zusammenschlussvorhaben sprunghaft auf deutlich über 60% ansteigen. Dabei ist zu beachten, dass die regionale Marktabgrenzung tendenziell eher weit gefasst ist, da das Sendegebiet von Radio BE1 und Radio ExtraBern über den Grossraum Bern hinausreicht.

⁵ Minimale Sendegebietsüberschneidungen finden auch bezüglich Radio Pilatus statt. Diese sind jedoch vernachlässigbar.

66. Bei der Beurteilung der Marktstellung ist neben der aktuellen Konkurrenz auch die potenzielle Konkurrenz zu berücksichtigen. Gemäss Auskunft des BAKOM hat der Bundesrat im Sommer 2001 den Grundsatzentscheid gefällt, dass in absehbarer Zeit keine neuen Versorgungsgebiete bewilligt werden sollen, und diesen Grundsatzentscheid seither mehrmals bestätigt.

67. Anders sieht die Situation gemäss BAKOM im Bereich reiner Kabelradios aus. Diesbezüglich besteht die Möglichkeit, jederzeit Gesuche zu bewilligen, falls die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt sind. Gemäss Einschätzung des BAKOM können reine Kabelradios jedoch nicht als echte Konkurrenz der UKW-Radios betrachtet werden, da ihre Reichweite wesentlich geringer ist.

68. Aufgrund dieser regulatorischen Rahmenbedingungen besteht daher praktisch keine potenzielle Konkurrenz.

69. Bei einer engen Marktabgrenzung, wie diese im vorliegenden Fall vorliegt, ist auch der Einfluss anderer Werbeträger zu berücksichtigen. Bei einer Preiserhöhung von Radio BE1 und/oder Radio ExtraBern besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Werbetreibenden zu anderen Werbeträgern abwandern. Dabei werden aber voraussichtlich zahlreiche dieser Abwanderungsbewegungen zu Werbeträgern stattfinden, welche sich bereits heute beziehungsweise nach dem Zusammenschlussvorhaben unter der Kontrolle von Espace befinden, wie etwa TeleBärn, Berner Zeitung, Der Bund, Berner Stadtanzeiger oder Berner Bär. Es erscheint daher zweifelhaft, ob der Einfluss anderer Werbeträger genügend stark sein wird, um das Verhalten von Radio ExtraBern und Radio BE1 nach Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens zu disziplinieren. Diese Einschätzung wird durch die Aussage der Parteien bestätigt, wonach die wichtigsten Konkurrenten von Radio ExtraBern für regionale Werbung Radio BE1, Stadtanzeiger Bern, Plakat- und Aussenwerbung sowie TeleBärn sind. Von diesen nach Ansicht der Parteien wichtigsten Konkurrenzmedien befinden sich einzig die Plakat- und Aussenwerbung nach dem Zusammenschlussvorhaben nicht unter der Kontrolle von Espace.

70. Aus diesen Gründen ergibt sich im Rahmen einer Entscheidungsprognose, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Radiowerbung im Berner Mittelland voraussichtlich eine beherrschende Stellung begründet.

f) Markt für regionale Fernsehwerbung

71. Wie die Parteien darlegen, ist TeleBärn der einzige regionale Sender im Berner Mittelland (WEMF-Gebiet 22) und hält betreffend regionaler Fernsehwerbung einen Marktanteil von 100%.

72. Zu Marktanteilsadditionen kommt es durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht. Daraus lässt sich jedoch nicht - wie dies die Parteien tun - folgern, dass das Zusammenschlussvorhaben zu kei-

nerlei Änderung der Marktstruktur führt. Wie bei den Erläuterungen über den Werbemarkt Berner Mittelland und dem Markt für regionale Radiowerbung dargelegt, kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben in den Bereichen Anzeigen in regionalen Zeitungen, Anzeigen in (Gratis-)Anzeigern und regionaler Radiowerbung zu erheblichen Anteilsadditionen zu Gunsten der beteiligten Unternehmen. Diese Anteilsadditionen mindern die Möglichkeiten der Nachfrager nach Fernsehwerbung, auf andere, wenn auch unter Umständen weniger geeignete Werbeträger auszuweichen.

73. Aus diesen Gründen ergibt sich im Rahmen einer Entscheidungsprognose, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Fernsehwerbung im Berner Mittelland voraussichtlich eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.1.3. Failing Company Defense

74. Die Failing Company Defense besagt, dass ein Unternehmenszusammenschluss unter folgenden Voraussetzungen nicht als eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Struktur eines Marktes betrachtet werden kann:

1. Eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen würde ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden.
2. Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.
3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

a) Verschwinden des Unternehmens innert kurzer Zeit

75. Per 31. Dezember 2002 verfügte die BVA bei einem Aktienkapital von CHF [...] und gesetzlichen Reserven von CHF [...] über ein Eigenkapital von CHF [...]. Für das laufende Jahr ist gemäss Budget ein Unternehmensverlust von CHF [...] vorgesehen, gemäss Trend wird mit einem Unternehmensverlust von CHF [...] gerechnet.

76. In den vergangenen Jahren erwirtschaftete die BVA folgende Betriebsergebnisse (vor Zinsen und Steuern): CHF [...] (2002), CHF [...] (2001), CHF [...] (2000), CHF [...] (1999).

77. Angesichts des Vorjahresverlustes und der anhaltend schlechten Konjunkturlage, welche sich im Anzeigenbereich besonders stark manifestiert - BVA erlitt 2002 einen Ertragsrückgang bei den Anzeigen von CHF [...] auf CHF [...] -, weist die BVA demnach Ende dieses Jahres voraussichtlich eine Überschuldung (d.h. Aktiven decken nicht sämtliche Forderungen der Gesellschaftsgläubiger), mit grösster Wahrscheinlichkeit jedoch zumindest eine Unterdeckung auf.

78. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass im Jahr 2002 bereits eine Sanierung stattgefunden hat. Dabei leisteten die Aktionäre einen Sanierungsbeitrag in der Höhe von CHF [...] Mio. Zudem wurde eine Aktienerhöhung im Umfang von CHF [...] Mio. zuzüglich CHF [...] Agio vorgenommen und das bisherige Aktienkapital von CHF [...] Mio. vollumfänglich herabgesetzt. Es ist davon auszugehen, dass die BVA ohne diese Sanierungsmassnahmen bereits Ende 2002 eine Unterdeckung aufgewiesen hätte.

79. Die BVA wird daher ohne Eingriffe Ende dieses oder zumindest im Verlauf des nächsten Jahres als überschuldetes Unternehmen in einem Konkursverfahren liquidiert und vom Markt verschwinden. Die erste Bedingung der Failing Company Defense ist für die BVA somit erfüllt.

80. Weiter wäre zu prüfen, ob diese Bedingung auch für die Radiag AG, Betreiberin des Lokalradiosenders Radio BE 1, erfüllt ist. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, da - wie nachfolgend gezeigt wird - bezüglich der Radiag AG weder die zweite noch die dritte Bedingung erfüllt ist.

b) Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen

81. Die Failing Company Defense erfordert als zweite Bedingung, dass die übrigen beteiligten Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.

82. Diese Bedingung ist im Hinblick auf ein allfälliges Verschwinden der Zeitung "Der Bund" zu bejahen. Aufgrund der herrschenden Wettbewerbssituation auf den Lesermärkten Berner Oberland und Berner Mittelland sowie auf denselbigen räumlich relevanten regionalen Werbemärkten ist zu erwarten, dass nach einem Verschwinden des "Der Bund" die Berner Zeitung beziehungsweise die von ihr kontrollierten Zeitungen die meisten, wenn nicht gar alle Marktanteile des "Der Bund" absorbieren würden.

83. Anders präsentiert sich der Sachverhalt in Bezug auf ein allfälliges Verschwinden des Radio BE1. Gemäss Aussagen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) wird im Falle eines Konkurses eines Veranstalters die Konzession für den Radiobetrieb entzogen. Für die freigewordene Konzession würde daraufhin eine Ausschreibung durchgeführt, an welcher sich sämtliche Interessenten beteiligen könnten. Der Ausgang eines solchen Konzessionsverfahrens kann von der Wettbewerbskommission aus nahe liegenden Gründen nicht vorausgesagt werden. Mit Sicherheit ist es jedoch nicht so, dass zwangsläufig Espace den Zuschlag für diese Konzession erhalten würde. Sollten keine Bewerbungen für die frei werdenden Frequenzen eingereicht werden, so würden die Marktanteile von Radio BE1 ebenfalls nicht vollumfänglich an Radio ExtraBern fallen, vielmehr würden sie sich voraussichtlich entsprechend der bestehenden Marktanteile im Sendegebiet von Ra-

dio BE1 auf die Sender Radio Berner Oberland, Radio Emme, Canal 3 und Radio 32 verteilen. Die zweite Bedingung der Failing Company Defense ist in Bezug auf die Radiag AG somit nicht erfüllt.

c) Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung

84. Als dritte Bedingung fordert die Failing Company Defense, dass keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben besteht.

85. In Bezug auf die Radiag AG ist diese Bedingung nicht erfüllt. In der vorliegenden Situation wäre es aus Sicht des Wettbewerbs die vorteilhaftere Lösung, die Konzession von Radio BE1 - wie dies bei einem Konkurs der Fall wäre - neu auszuschreiben, als Radio BE1 unter dieselbe Kontrolle wie Radio ExtraBern zu geben. Im Rahmen dieser Ausschreibung könnte Wettbewerb um die frei gewordene Sendefrequenzen entstehen⁶.

86. Betreffend der BVA insgesamt ist zuerst zu prüfen, ob die Übernahme der BVA durch ein anderes Unternehmen, welches in den relevanten Märkten über eine geringere Marktstellung verfügt, möglich ist.

87. Weder die Basler Mediengruppe noch die Jean Frey AG noch Ringier AG haben auf Befragung des Sekretariats ein Interesse an einer allfälligen Beteiligung an oder Übernahme der BVA angemeldet.

88. Mit der Mittellandzeitung führte die NZZ Gespräche über eine Zusammenarbeit im Hinblick auf "Der Bund". Gemäss Angaben sowohl der Parteien als auch der Mittellandzeitung war vorgesehen, dass die Mittellandzeitung den Mantelteil (Inland, Ausland, Kultur, nationaler Sport etc.) liefert und den Druck übernimmt. Weiter sollte sich die Aargauer Zeitung mit maximal 20% und Vogt-Schild/Habegger mit maximal 10% beteiligen, wobei die Punkte gemäss Mittellandzeitung nie ausdiskutiert wurden. Das Interesse der Mittellandzeitung an einer Beteiligung an oder Übernahme der BVA erscheint aufgrund der Ausführungen des Delegierten des Verwaltungsrates der AZ Medien AG, Peter Wanner, in der Werbewoche jedoch fraglich: "Für 'Der Bund' hätten wir gerne und günstig den Mantel geliefert; eine Beteiligung haben wir hingegen immer als zu risikoreich abgelehnt. ... Eine Übernahme kam allerdings zu keinem Zeitpunkt in Frage. Und zwar nicht nur, weil sie ziemlich teuer gewesen wäre" (Werbewoche Nr. 32, 11. September 2003, S. 50).

⁶ Wie im Kapitel über regionale Radiowerbung bereits dargelegt, werden zusätzlich zu den bestehenden keine neuen Versorgungsgebiete bewilligt.

89. Bei einer Kooperation mit der Mittellandzeitung hätte die NZZ demnach mindestens eine 50%-Beteiligung an der BVA behalten, während in der jetzigen Variante eine 40%-Beteiligung verbleibt. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die NZZ nicht verpflichtet werden kann, an einem Unternehmen, welches über Jahre hinweg Verluste schreibt, eine erhöhte Beteiligung zu halten. Weiter kann die Frage nach den sich aus einer Kooperation mit der Mittellandzeitung möglicherweise ergebenden Synergien offen bleiben, da die NZZ nicht verpflichtet werden kann, betreffend eines defizitären Unternehmens unter Beibehaltung einer Beteiligung neue Synergien versprechende Betriebsformen zu testen.

90. Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass die Übernahme der BVA durch ein anderes Unternehmen, welches in den relevanten Märkten über eine geringere Marktstellung verfügt, möglich ist. Bezüglich dieses Punktes ist die dritte Bedingung der Failing Company Defense somit erfüllt.

91. Als nächstes ist die konkrete Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens zu analysieren. Gemäss vorliegenden Zusammenschlussvorhaben werden Espace und NZZ (via FPH) je 40% an der BVA halten. Es ist zu prüfen, ob diese gemeinsame Beteiligung tatsächlich die wettbewerbsfreundlichste Lösung darstellt.

92. Durch die verbleibende Beteiligung an der BVA wird der Anreiz der NZZ geschmälert, zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise wieder selbstständig - etwa mittels einer NZZ-Splitausgabe - im Raum Bern aktiv zu werden. Entsprechend mindert die vorliegende Variante im Vergleich zu einem vollständigen Verkauf der BVA an Espace die potenzielle Konkurrenz. Dabei ist zu beachten, dass die potenzielle Konkurrenz ohnehin bereits als gering einzustufen ist.

93. Weiter besteht die Möglichkeit, dass für Espace durch die vorliegende Variante der Anreiz steigt, die Preise bezüglich der Produkte der BVA zu erhöhen, da die aus den entsprechenden Abwanderungsbewegungen resultierenden Mehreinnahmen bei den anderen Espace-internen Produkten unverändert der Espace zufallen, während die entstehenden Mindereinnahmen bei den BVA-Produkten aufgrund der Mitbeteiligung der NZZ nur teilweise getragen werden müssen. Hingegen könnte aus demselben Grund durch die vorliegende Variante der Anreiz von Espace geschmälert werden, die Preise ihrer eigenen Produkte zu erhöhen.

94. Entsprechend kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die bestehen bleibende 40%-Beteiligung der NZZ an der BVA die wettbewerbsfreundlichste Lösung darstellt. Dasselbe gilt für die bestehen bleibende 20%-Beteiligung der Publigroupe an der BVA und möglicherweise den neuen Kommissionsvertrag zwischen Publigroupe und Espace.

d) Ergebnis bezüglich Failing Company Defense

95. Aus den oben genannten Gründen ergibt sich als Hauptsachenprognose, dass die Bedingungen der Failing Company Defense voraussichtlich nicht vollumfänglich erfüllt sind.

B.1.4. Ergebnis

96. Aus den genannten Gründen ergibt die Hauptsachenprognose, dass das Zusammenschlussverfahren voraussichtlich nicht in der vorliegenden Form zugelassen werden kann.

B.2 Nachteilsprognose

Antrag 1: Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe "Der Bund"

97. Nachdem die BVA im Jahr 2002 ein Betriebsergebnis (vor Zinsen und Steuern) von CHF [...] erzielte, ist für das laufende Jahr gemäss Budget ein Unternehmensverlust von CHF [...] vorgesehen, gemäss Trend wird mit einem Unternehmensverlust von CHF [...] gerechnet.

98. Der laufende Geschäftsgang der BVA bedeutet gemäss Angaben der Parteien einen "Cash Drain" von CHF [...] monatlich. Diese Angaben erscheinen aufgrund der vorliegenden Informationen als realistisch. Eine Verzögerung der Zusammenarbeit hinsichtlich der Herausgabe der Zeitung "Der Bund" würde ebenfalls die Nutzung der sich daraus voraussichtlich ergebenden Synergien verzögern. Den Parteien entsteht daher aus einem verzögerten Start der Zusammenarbeit ein finanzieller Nachteil.

99. Die Parteien bringen im Antrag um vorläufigen Vollzug weiter vor, die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs der BVA auf der Basis der Kooperation, wie sie mit Espace vereinbart wurde, müsse zu Beginn des Kalenderjahres 2004 starten können. Dies hänge zusammen mit der spezifischen Anforderungen des Werbemarktes (Wirksamkeit der neuen Anzeigekombitarife BZ-Bund für das Jahr 2004, die bereits publiziert werden mussten). Die Insertionskunden würden sich aufgrund ihrer eigenen Werbebudgets auf diese Situation einstellen. Ein "nachträglicher" Start des neuen Werbeangebots lasse sich weder umsetzen noch gegenüber der Werbewirtschaft begründen.

100. Diesem Argument ist zuzustimmen. Es wäre sicherlich für die Parteien von Nachteil, wenn die Zeitung "Der Bund" und die Berner Zeitung zuerst Anzeigenpreise für das Jahr 2004 bekannt geben müssten, um diese nach einer allfälligen Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens durch die Wettbewerbskommission nach nur rund einem Monat wieder zurückzunehmen und durch neue Preise für das neue Anzeigekombi zu ersetzen.

Antrag 2: Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe

101. Vorliegend ist die Frage zu beantworten, ob den Zusammenschlussparteien ein Nachteil erwächst, wenn die Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe statt per 1. Januar 2004 erst mit Ende der Prüfungsfrist, das heisst per 3. Februar 2004 vorgenommen werden kann. Die Parteien legen in ihrem Antrag um vorläufigen Vollzug keinen solchen Nachteil dar. Ihre Ausführungen beschränken sich vielmehr auf die negativen Auswirkungen eines verzögerten Starts der Zusammenarbeit hinsichtlich der Herausgabe der Zeitung "Der Bund". Diese Zusammenarbeit kann jedoch nach Ansicht der Wettbewerbskommission - zumindest während der fraglichen Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 3. Februar 2004 - ohne Nachteile für die Parteien auch bei fehlender Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe stattfinden. Dies ergibt sich daraus, dass die Modalitäten der Beteiligung vertraglich vereinbart sind und die beantragte Beteiligungsnahme einen reinen Übertragungsvorgang (Aktien gegen Geld) darstellt.

Antrag 3: Einsitznahme der Espace-Vertreter in den Verwaltungsrat

102. Durch die fehlende Einsitznahme der Espace-Vertreter vermag der Verwaltungsrat nicht in der gemäss Vereinbarung vorgesehenen Zusammensetzung strategische Entscheidungen für die BVA zu fällen. Dies mindert grundsätzlich den Handlungsspielraum der BVA.

103. Allerdings sind in der Vereinbarung zwischen FPH, Espace und Publigroupe vom 23. Juli 2003 die entscheidenden Punkte hinsichtlich der Geschäftstätigkeit der BVA bereits festgelegt. In der kommenden Zeit sind daher keine Entscheidungen des Verwaltungsrates von grundlegender Bedeutung notwendig. Weiter bleibt die fehlende Einsitznahme der Espace-Vertreter auf einen äusserst kleinen Zeitraum, das heisst einen Monat, beschränkt. Der Nachteil, sollte ein solcher denn überhaupt entstehen, fällt demnach äusserst gering aus.

B.3 Dringlichkeit

Antrag 1: Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe "Der Bund"

104. Wie bereits oben dargelegt, erscheint es auf dem Anzeigemarkt von Bedeutung, dass die Zusammenarbeit auf den 1. Januar 2004 beginnen kann. Auch der anhaltende "Cash Drain" legt es nahe, möglichst rasch mit einer synergieversprechenden Zusammenarbeit beginnen zu können. Die Dringlichkeit hinsichtlich der Zusammenarbeit bezüglich der Herausgabe "Der Bund" ist daher zu bejahen.

Antrag 2: Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe

105. Wie oben bereits dargelegt wurde, entsteht durch eine verzögerte Beteiligungsnahme kein wesentlicher Nachteil. Aus denselben Gründen besteht bezüglich Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe auch keine Dringlichkeit.

Antrag 3: Einsitznahme der Espace-Vertreter in den Verwaltungsrat

106. Wie weiter oben dargelegt, sind in der kommenden Zeit keine Entscheidungen des BVA-Verwaltungsrates von grundlegender Bedeutung notwendig, da die entscheidenden Punkte hinsichtlich der Geschäftstätigkeit der BVA in der Vereinbarung zwischen FPH, Espace und Publigroupe vom 23. Juli 2003 festgelegt sind. Dringlichkeit ist bezüglich der Einsitznahme der Espace-Vertreter in den BVA-Verwaltungsrat daher zu verneinen. Die Parteien haben die Dringlichkeit der Einsitznahme der Espace-Vertreter in den BVA-Verwaltungsrat auch nicht dargelegt.

B.4 Verhältnismässigkeit

Antrag 1: Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe "Der Bund"

107. Wie weiter oben ausgeführt, betreffen die möglichen kartellrechtlichen Bedenken folgende Punkte:

- a) Kontrolle von Espace über die Radiag AG
- b) Fortdauernde Beteiligung der NZZ an der BVA
- c) Fortdauernde Beteiligung der Publigroupe an der BVA und Vereinbarung zwischen Publigroupe und Espace

108. Die Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe der Zeitung "Der Bund" betrifft keinen dieser kartellrechtlich bedenklichen Bereiche. Auch nach einer Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe der Zeitung "Der Bund" sind allfällige Auflagen oder Bedingungen hinsichtlich der Radiag AG, der Beteiligung der NZZ oder der Publigroupe an der BVA sowie der Vereinbarung zwischen Publigroupe und Espace weiterhin uneingeschränkt möglich. Die Aufnahme der Zusammenarbeit bezüglich Herausgabe der Zeitung "Der Bund" ist daher aus kartellrechtlicher Sicht verhältnismässig.

Antrag 2: Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe

109. Wie oben dargelegt, erwächst durch die Abweisung des Gesuchs um Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe per 1. Januar 2004 den Parteien kein wesentlicher Nachteil. Zudem ist bezüglich der Beteiligungsnahme der Espace Media Groupe keine Dringlichkeit gegeben. Auf die Verhältnismässigkeit einer Abweisung dieses Gesuchs muss daher nicht eingegangen werden.

Antrag 3: Einsitznahme der Espace-Vertreter in den Verwaltungsrat

110. Wie weiter oben bereits dargelegt, ist die Dringlichkeit der Einsitznahme der Espace-Vertreter in den Verwaltungsrat nicht gegeben. Die Verhältnismässigkeit ist daher nicht zu prüfen.

111. Der Antrag auf Einsitznahme der Espace-Vertreter in den Verwaltungsrat per 1. Januar 2004 wäre zudem aus Gründen der Verhältnis-

mässigkeit abzulehnen. Durch Einsitznahme der Espace-Vertreter im BVA-Verwaltungsrat entstünde die Möglichkeit, irreversible Entscheide - insbesondere bezüglich der Radiag AG - zu treffen. Der Nachteil, welcher den Parteien durch die (vorübergehende) Nichteinsitznahme entsteht, ist aus den weiter oben dargelegten Gründen als gering einzustufen. Er vermag das öffentliche Interesse an der möglichen Beibehaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Lesermarkt, dem Markt für regionale und lokale Anzeigen, dem Markt für regionale Radiowerbung und dem Markt für regionale Fernsehwerbung im Berner Mittelland nicht aufzuwiegen.

C. Dispositiv

Aufgrund des dargestellten Sachverhalts und obiger Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird den Parteien gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG in Verbindung mit Artikel 33 KG Absatz 2 KG gestattet, vorläufig die Zusammenarbeit der BVA mit den Gesellschaften der Espace Media Groupe bezüglich Herausgabe der Zeitung "Der Bund" gemäss den Bestimmungen der Vereinbarung vom 23. Juli 2003 per 1. Januar 2004 aufzunehmen.
 2. Die weiteren Anträge im Gesuch vom 13. Oktober 2003 um Zulassung des vorläufigen Vollzugs werden abgewiesen.
 3. Die Kosten für diese Verfügung werden zu den Kosten für das Hauptverfahren geschlagen.
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
 5. [Eröffnung]
-

B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. General Electric Company, Honeywell International Inc./Wettbewerbskommission

Beschwerdeentscheid vom 26. November 2003 in Sachen General Electric Company (Beschwerdeführerin 1) und Honeywell International Inc. (Beschwerdeführerin 2; Verwaltungsbeschwerde vom 17. September 2001) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 24. Juli 2001) betreffend Verfahrenskosten

Es hat sich ergeben:

A. Mit Eingabe vom 21. Februar 2001 meldete das in den USA (Washington D.C.) ansässige Unternehmen "General Electric Company" (nachfolgend: General Electric), vertreten durch die Rechtsanwälte [...] und [...], der Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben mit "Honeywell International Inc." (Morristown NJ, USA; nachfolgend: Honeywell). Dieses sah vor, dass General Electric durch seine Tochtergesellschaft, "General Electric 2000 Merger Sub. Inc.", alle Anteile von Honeywell erwerben sollte. Gleichzeitig stellte General Electric den Antrag, es sei auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens zu verzichten, und erklärte, dass das Zusammenschlussvorhaben der zuständigen Generaldirektion der Europäischen Kommission bereits notifiziert worden sei.

General Electric ist ein breit diversifizierter Konzern, der weltweit in elf Geschäftsbereichen tätig ist: (1) Flugzeugtriebwerke, (2) industrielle Systeme, (3) Beleuchtungstechnologie, (4) medizinische Systeme, (5) Medien, (6) Kunststoffe, (7) Energiesysteme, (8) Haustechnik, (9) Transportsysteme, (10) Informationsdienstleistungen und (11) Finanzdienstleistungen. In der Schweiz wirkt General Electric in folgenden Geschäftsfeldern: Flugzeugtriebwerke, Energiesysteme, Kunststoffe, Industriesysteme, Medizinaltechnik, Beleuchtungen und Finanzdienstleistungen. Im Geschäftsjahr 1999 erwirtschaftete General Electric weltweit einen Umsatz von US \$ [...] Mia.; der Umsatz in der Schweiz belief sich auf CHF [...] Mio.

Honeywell ist ebenfalls ein breit diversifiziertes Technologie- und Produktionsunternehmen, dessen weltweite Geschäftstätigkeit folgende Bereiche umfasst: (1) Luftfahrtsysteme (Avionik- und Nonavionikprodukte, wie z.B. Flugzeugtriebwerke), (2) Gebäudeautomation und -management, (3) Kunststoffe/Chemikalien, (4) Energiesysteme und (5) Transportsysteme. In der Schweiz ist Honeywell in den Geschäftsberei-

chen Luftfahrtsysteme, Kunststoffe, Chemikalien, Automation und Gebäudemanagement tätig. Der Umsatz von Honeywell im Jahr 1999 betrug weltweit US \$ [...] Mio. und in der Schweiz CHF [...] Mio.

Da die Vorprüfung in den Bereichen Zivilluftfahrt und Power Systems Anhaltspunkte für die Begründung beziehungsweise Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben hatte, beschloss die Wettbewerbskommission am 20. März 2001, das Zusammenschlussvorhaben General Electric/Honeywell einer fusionsrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde am 3. April 2001 im Bundesblatt (BBl 2001 II 1399) und am 9. April 2001 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert. Demnach bildete Gegenstand der Prüfung insbesondere der Bereich Flugzeugtriebwerke und Luftfahrtsysteme.

Mit Schreiben vom 30. Mai 2001 gab das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) General Electric und Honeywell Gelegenheit, sich zu seiner vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens vom 28. Mai 2001 vernehmen zu lassen. Darin hält das Sekretariat fest, dass mit dem Zusammenschluss ein weltweit führendes Unternehmen im Bereich der Herstellung, Überholung und Reparatur von Triebwerken sowie der gesamten Palette von Hauptkomponenten für Zivilluftfahrzeuge jeglicher Grösse entstehen werde.

Mit einer einlässlich begründeten Eingabe vom 18. Juni 2001 nahm General Electric Stellung zur vorläufigen Beurteilung des Sekretariates.

Am 3. Juli 2001 wurde die geplante Fusion von der Europäischen Kommission untersagt, nachdem diese die Auswirkungen hinsichtlich der Fertigung von Strahltriebwerken und Avionikprodukten (z.B. Flugdatencomputer, Kommunikations-, Navigations-, Flugkontroll-, sowie Informationssysteme fürs Cockpit) geprüft hatte.

Mit Eingabe vom 10. Juli 2001 haben die beteiligten Unternehmen, durch ihren gemeinsamen Rechtsvertreter, die Meldung des Zusammenschlussvorhabens vom 21. Februar 2001 zurückgezogen.

Daraufhin verfügte die Wettbewerbskommission am 24. Juli 2001 wie folgt:

"1. Das Prüfungsverfahren über das Zusammenschlussvorhaben zwischen GE und Honeywell wird infolge Rückzugs der Meldung durch die Parteien als gegenstandslos abgeschrieben.

2. Die Verfahrenskosten im Umfang von CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden den beiden am Fusionsvorhaben beteiligten Unternehmen (General Electric Company, [...] und Honeywell International Inc., [...]) zu gleichen Teilen, das heisst je CHF [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. (*Rechtsmittelbelehrung*)
4. (*Eröffnung*)"

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission aus, im Zusammenschlussverfahren entfalle die Gebührenpflicht nur, wenn in der Vorprüfung festgestellt werde, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorlägen. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt, weshalb die beteiligten Unternehmen gebührenpflichtig würden. Die durchgeführten Abklärungen hätten ergeben, dass beide Unternehmen auf europa- und weltweiten Märkten in führender Stellung tätig seien. Ein Zustandekommen der Fusion wäre volkswirtschaftlich bedeutsam und mit ausserordentlich grossen Auswirkungen verbunden gewesen, zumal beide Unternehmen im Jahre 1999 einen konsolidierten weltweiten Umsatz von US \$ [...] Mia. (General Electric: US \$ [...] Mia., Honeywell: US \$ [...] Mia.) erzielt und im Bereich industrieller Produktion das weltweit grösste Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt hatten. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Falles sei die Grundgebühr von CHF [...] ([...] h x CHF 130.-/h) um 50 Prozent auf CHF [...] zu erhöhen.

B. Gegen diese Verfügung reichten General Electric und Honeywell (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch Rechtsanwalt [...], am 17. September 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein mit dem Antrag:

"Ziffer 2 des Dispositivs der Abschreibungs- und Kostenverfügung vom 24. Juli 2001 sei aufzuheben, und es seien die Verfahrenskosten im Umfang von CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], der General Electric Company aufzuerlegen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Die Beschwerdeführerinnen rügen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Die Wettbewerbskommission habe mit der Erhöhung der Gebühr im angefochtenen Entscheid die "vorläufige Beurteilung vom 28. Mai 2001", wonach die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall keine Gründe erkenne, welche eine Erhöhung der Gebühr rechtfertigen würden, missachtet. Zudem sei ihnen - vor Erlass der angefochtenen Verfügung - keine Gelegenheit zu einer weiteren Stellungnahme eingeräumt worden. Überdies bestünden keine sachlichen Gründe für eine Gebührenerhöhung. Die volkswirtschaftliche Bedeutung der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte beziehungsweise dessen Auswirkungen auf die Schweiz rechtfertige keine maximale Erhöhung der Gebühr, zumal die schweizweit erzielten Umsätze im Jahr 1999 auf den vom Fusionsvorhaben berührten Märkten für General Electric rund CHF [...] Mio. und für Honeywell rund CHF [...] Mio. betragen hätten. Die Vorinstanz habe hauptsächlich Bedenken

bezüglich der Herstellung von Flugzeugtriebwerken durch General Electric und von Avionik durch Honeywell im Ausland gehabt. Diesbezüglich hätte sich jedoch der geplante Zusammenschluss in der Schweiz gar nicht direkt ausgewirkt. Ausserdem widerspreche die Erhöhung der Gebühr der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission. Des Weiteren sei als alleiniger Verursacher des vorliegenden Verfahrens nur General Electric kostenpflichtig. Honeywell sei mangels vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage für die Verfahrenskosten nicht solidarisch haftbar.

C. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2001 stellen die Beschwerdeführerinnen den weiter gehenden Antrag, es sei Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es seien keine Verfahrenskosten zu erheben. In der Begründung führen sie aus, inzwischen habe sich die Rechtslage grundlegend geändert. Im Lichte eines jüngst ergangenen Beschwerdeentscheides der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bilde die einschlägige Gebührenverordnung auch in einem fusionskontrollrechtlichen Prüfungsverfahren keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Auflage von Verfahrenskosten, da dieses ebenso - wie ein Untersuchungsverfahren - im öffentlichen Interesse durchgeführt werde.

D. Mit Vernehmlassung vom 23. Oktober 2001 beantragt die Wettbewerbskommission, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten eventualiter sei diese abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Vorab bringt die Vorinstanz vor, die Beschwerde sei verspätet erhoben worden. Ferner sei (angesichts der beantragten Aufhebung der Solidarhaftung) die gegenläufige Interessenvertretung durch dieselben Anwälte zweifelhaft.

In formeller Hinsicht bestreitet die Wettbewerbskommission, bei der Festsetzung der Gebühr das Vertrauen der Beschwerdeführerinnen und deren rechtliches Gehör verletzt zu haben. Es habe keine Ausnahmesituation bestanden, welche den Beschwerdeführerinnen das Recht auf Äusserung zur rechtlichen Würdigung der Gebührenhöhe vermittelt hätte. Die gerügte Erhöhung der Gebühr habe als Ermessensentscheid den Beschwerdeführerinnen nicht unterbreitet werden müssen. Im Übrigen bestehe wegen der vorläufigen Beurteilung durch das Sekretariat keine Garantie, dass die Wettbewerbskommission dem antragsstellenden Sekretariat folge und einen (auch im Kostenpunkt) gleich lautenden Entscheid treffe.

In materieller Hinsicht führt die Wettbewerbskommission aus, die vorgenommene Erhöhung der Gebühr stehe im Einklang mit ihrer bisherigen Praxis. Die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes bestimme sich nach der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Zusammenschluss betroffen sei, sowie aus den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitige. Abzustellen sei bezüg-

lich der Bedeutung des Marktes auf das Gesamtvolumen, wobei auch indirekte Auswirkungen zu berücksichtigen seien. Der Hinweis auf die 1999 im Inland erzielten Umsätze von General Electric (CHF [...] Mio.) und von Honeywell (CHF [...] Mio.) entspreche einer rein formalbuchhalterischen Sichtweise. Diese vermöge die wirtschaftliche Bedeutung des durch das Zusammenschlussvorhaben betroffenen Marktes nicht wiederzugeben, zumal die indirekten Auswirkungen der beabsichtigten Fusion vollständig ausgeblendet würden. Der beabsichtigte Zusammenschluss habe im Bereich industrieller Produktion das weltweit bedeutendste Vorhaben dargestellt, weshalb nicht von einem "unbedeutenden Unternehmenszusammenschluss ohne grosse wirtschaftliche Bedeutung" gesprochen werden könne. Auch gehe es nicht bloss um einen einzigen Wirtschaftsbereich wie beispielsweise der von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Erwerb der Bank Prokredit durch die "General Electric Capital Corporation". Des Weiteren führte die Wettbewerbskommission aus, dass beide Unternehmen als Verursacher im Sinne der Gebührenverordnung gälten.

Zur nachträglichen Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 18. Oktober 2001 stellt die Wettbewerbskommission am 24. Oktober 2001 den Antrag, es sei darauf nicht einzutreten. Ferner beantragt sie, ihr sei eine angemessene Frist zur Stellungnahme einzuräumen. Im Wesentlichen führte die Vorinstanz an, angesichts der ursprünglich von den Beschwerdeführerinnen beantragten Reduktion der Gebühren auf CHF [...] seien die ihnen auferlegten Kosten in diesem Umfang unangetroffen geblieben und formell in Rechtskraft erwachsen. Somit umfasse der Streitgegenstand einzig (noch) die Erhöhung der Gebühren um die Hälfte.

Am 21. November 2001 liess sich die Wettbewerbskommission zur Eingabe vom 18. Oktober 2001 eingehend vernehmen mit dem Antrag, es sei auf die nachträglich (verspätete) Eingabe nicht einzutreten, eventualiter seien die nachträglichen Begehren abzuweisen.

E. Am 1. November 2002 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, es werde keine öffentliche Verhandlung durchgeführt.

Im Rahmen der Instruktion gab das Sekretariat am 27. Januar 2003 eine Aufstellung betreffend Ausgaben und Einnahmen von Sekretariat und Wettbewerbskommission in den Jahren 1999-2001 zu den Akten. Die Beschwerdeführerinnen liessen sich dazu nicht vernehmen.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie rechtserheblich sind - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 128 II 311 E. 1a; 128 I 46 E. 2a; 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Die Abschreibungs- und Kostenverfügung der Wettbewerbskommission vom 24. Juli 2001 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) und kann nach Artikel 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 2) berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG).

1.2. Die Wettbewerbskommission erachtet die am 17. September 2001 eingereichte Beschwerde für verspätet, weil die angefochtene Verfügung vom 24. Juli 2001 den Beschwerdeführerinnen während den Gerichtsferien zugestellt worden sei und deshalb die Beschwerdefrist bereits am Freitag, den 14. September 2001, abgelaufen sei (vgl. Art. 50 VwVG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Art. 22a Bst. b und Art. 21 Abs. 1 VwVG).

Dieser Einwand geht fehl. Nach der Praxis der Eidgenössischen Personalrekurskommission, welcher sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anschliesst, ist - wie hier - bei einem während den Gerichtsferien (Art. 22a Bst. b VwVG) eröffneten Entscheid der erste Tag danach (i.c. der 16. August 2001) bei der Fristberechnung nicht mitzuzählen (vgl. VPB 63.44 E. 1 b/aa mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere auf BGE 122 V 60 E. 1 und ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.48, S. 55; vgl. zum vergleichbaren Kontext des OG: Urteil des Bundesgerichts vom 14. November 2000 [1P.597/2000 E. 1a]; anderer Meinung: Eidgenössisches Versicherungsgericht im Urteil vom 24. Februar 1998 [I 189/97]; vgl. dazu die Entscheidbesprechungen von JEAN-MARC BERTHOUD in ZBJV 1998/9, S. 588 f. bzw. von PETER ALEX MÜLLER-STOLL in ZBJV 1999/9, S. 552 f., zum Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 21. Januar 1999, publiziert in: VPB 63.44).

Somit begann die Beschwerdefrist am 17. August zu laufen und endete erst am 17. September 2001 (vgl. Art. 20 Abs. 3 VwVG). Deshalb ist die Eingabe rechtzeitig erfolgt.

1.3. Des Weiteren erhebt die Wettbewerbskommission den Einwand, die Beschwerdeinstanz habe abzuklären, ob der durch den gemeinsamen Anwalt gestellte Antrag auf Aufhebung der Solidarhaftung zu Gunsten von Honeywell und zulasten von General Electric rechtlich statthaft sei. Damit bringt sie zu Recht nicht zum Ausdruck, dass dessen Rechtsbegehren die nötige Klarheit vermissen liessen (Art. 52 VwVG). Hingegen ist sie offenbar der Ansicht, infolge Doppelvertretung durch denselben Anwalt sei eine Interessenkollision der vertretenen Parteien entstanden. Dieser Vorwurf läuft auf die Frage hinaus, ob der gemeinsame Vertreter durch sein Vorgehen allenfalls Standesregeln verletzt haben könnte. Mangels Sachzuständigkeit der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen braucht diese Frage hier nicht näher erörtert zu werden, da sie den Bereich der Disziplinaufsicht über Anwälte betrifft, für den die kantonale Aufsichtsbehörde zuständig ist (vgl. Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61; Art. 12 und 14; BGE 129 II 297 E. 1).

1.4. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat sich durch eine entsprechende Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). 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. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Mit der Verwaltungsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechts erheblichen Sachverhaltes sowie Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an, ohne an die Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann sie die Beschwerde aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (BGE 121 II 473 E. 1b; 117 Ib 114 E. 4a mit Hinweisen).

3. In der Beschwerde vom 17. September 2001 rügen die Rekurrentinnen (neben der Solidarhaftung von Honeywell) einzig die fünfzigprozentige Erhöhung des Gebührenansatzes und beantragen daher eine Reduktion der Gebühr von CHF [...] auf CHF [...] (bzw. der Verfahrenskosten auf CHF [...]). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2001 stellen die Beschwerdeführerinnen hingegen den Antrag, es seien überhaupt

keine Verfahrenskosten zu erheben, da die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) über keine genügende formellgesetzliche Grundlage verfüge.

Die Wettbewerbskommission erachtet diesen neuen Antrag für verspätet und daher als unzulässig. Sie ist der Ansicht, die Verfahrenskosten seien im Umfang von CHF [...] (die Gebühr von CHF [...] und die Auslagen von CHF [...]) unangefochten geblieben und daher formell in Rechtskraft erwachsen.

Vorab ist somit zu klären, ob in diesem Beschwerdeverfahren einzig die Erhöhung der Gebühr von CHF [...] um die Hälfte (im Umfang von CHF [...]) noch Streitgegenstand bilden kann.

3.1. Grundsätzlich gilt im Verfahren die Dispositionsmaxime. Die Parteien entscheiden über Einleitung, Beendigung und Gegenstand des Verfahrens. Bezüglich des Streitgegenstandes weicht der Verfügungsgrundsatz allerdings streckenweise der Officialmaxime. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren darf die Beschwerdeinstanz zu Gunsten einer Partei und unter Umständen auch zu ihren Ungunsten über die Parteibegehren hinausgehen, soweit die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder auf einer unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes beruht; wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zu Ungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zu Gunsten einer Gegenpartei. Dies ergibt sich aus Artikel 62 VwVG. Demnach kennt das Verwaltungsrecht des Bundes das Institut der "Teilrechtskraft" nicht in allgemeiner Weise.

Die Beschwerdeführerinnen haben Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission angefochten. Diese hat die Auferlegung der Verfahrenskosten zum Inhalt und konnte angesichts der vorstehenden Erwägungen nicht rechtskräftig werden, auch wenn sie (zunächst) unangefochten blieb (BGE 108 Ib 227 E. 1b; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 1990 i. S. W., 2A.153/1989; vgl. auch: ATTILIO R. GADOLA, Die reformatio in peius vel melius in der Bundesverwaltungsrechtspflege - eine Übersicht der neuesten Rechtsprechung, AJP 1/1998, S. 59 ff.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz. 687 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996 Rz.1348, 1364, 897).

Infolgedessen umfasst hier der Streitgegenstand - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - die gesamte Höhe der auferlegten Verfahrenskosten und nicht nur deren Erhöhung von CHF [...] auf CHF [...].

3.2. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2001 legen die Beschwerdeführerinnen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die vollständige Aufhebung der beanstandeten Verfahrenkostenaufgabe nahe, da ih-

rer Meinung nach im Lichte der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die KG-Gebührenverordnung auch in einem fusionsrechtlichen Prüfungsverfahren mangels genügender Gesetzesgrundlage keine Auflage von Verfahrenskosten erlaube.

Diese Auffassung erweist sich inzwischen jedoch als überholt, nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 25. April 2002 in Sachen B. AG (BGE 128 II 247, publiziert ebenfalls in: RPW 2002/3, S. 538) dem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 3. Oktober 2001 in Sachen B. AG (REKO/WEF 00/FB-001, publiziert in: RPW 2001/4, S. 820) und der darin ausführlich begründeten Kritik an der gesetzlichen Grundlage der KG-Gebührenverordnung nicht gefolgt ist. Laut Bundesgericht ist die in der Gebührenverordnung zum KG vorgesehene Verursacherhaftung von der Interessenlage unabhängig und sprengt den gesetzlichen Delegationsrahmen nicht; eingeschränkt wird diese Haftung einzig durch das analog anwendbare "Unterliegerprinzip". Ferner führte das Bundesgericht aus, der Gesetzgeber habe die Kostenpflicht in erstinstanzlichen Verfahren - soweit diese nicht auf eigenes Gesuch hin durchgeführt werden - in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips einführen wollen (BGE 128 II 247 E. 5 u. 6).

Angesichts dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht auch in fusionsrechtlichen Meldeverfahren eine genügende gesetzliche Grundlage für die Auferlegung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten. Denn mit der Meldung von Zusammenschlussvorhaben wird ein Gesuchsverfahren eingeleitet und die "Verursacher" eines solchen Verfahrens werden grundsätzlich kostenpflichtig (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1). Überdies sind die Beschwerdeführerinnen im konkreten Fall auch als unterliegende Partei zu betrachten. Sie haben die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zurückgezogen und dafür gesorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wurde. Analog der Kostenregelung bei einem Beschwerderückzug haben sie auch deshalb die entstandenen Kosten zu tragen (vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, a.a.O., S. 327; KÖLZ/ HÄNER, a.a.O., Rz. 683 und 698).

4. Aktenkundig und nachfolgend nicht vertieft zu erörtern ist das von General Electric am 21. Februar 2001 der Wettbewerbskommission gemeldete Zusammenschlussvorhaben. Nach der zutreffenden Auffassung der Parteien stellte es einen im Lichte des Auswirkungsprinzips meldepflichtigen Fusions Sachverhalt ("Kontrollerwerb") dar (Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 KG; vgl. auch: BGE 127 III 219 [RPW 2001/2. S. 443 ff.], sowie dazu die Entscheidbeurteilung von RETO JACOBS in AJP 9/2001, S. 1105 ff.; vgl. auch die vorläufige Beurteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2001, act. 170, Ziff. 20). Wie die Vorinstanz zu Recht einräumt, war dieses Projekt auch einzig von General Electric anzumelden (Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Ver-

ordnung des Bundesrates vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

Des Weiteren anerkennen die Beschwerdeführerinnen den für die Fusionskontrolle ausgewiesenen behördlichen Aufwand von [...] Stunden, der den strittigen Verfahrenskosten von CHF [...] zugrunde liegt (= [...] x CHF 130.- x 1,5 + CHF [...] x 0.015; vgl. Art. 4 KG-Gebührenverordnung). Auch in der am 18. Oktober 2001 (unaufgefordert) eingereichten Eingabe stellen die Beschwerdeführerinnen nicht den bisher veranschlagten vorinstanzlichen Zeitaufwand in Frage.

Nachfolgend sind - abgesehen von formeller Kritik, auf die vorab einzugehen ist (E. 5) - als Streitfragen zu klären,

- ?? ob die "wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes" (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung) eine Erhöhung der Gebühr um die Hälfte rechtfertigt (E. 6),
- ?? ob in diesem Punkt die Vorinstanz willkürlich von ihrer bisherigen Praxis abgewichen ist (E. 7) und
- ?? ob neben General Electric auch Honeywell - solidarisch haftend - zur hälftigen Tragung der Verfahrenskosten verpflichtet werden durfte (E. 8 f.).

5. In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Wettbewerbskommission habe mit der Erhöhung der Gebühr ihren Gehörsanspruch verletzt. Denn in der vorläufigen Beurteilung vom 28. Mai 2001 sei keine Erhöhung der Gebühr vorgesehen gewesen und es seien keine Gründe für eine entsprechende Erhöhung erwähnt worden. Somit hätten sie sich nicht zu einer allfälligen Erhöhung der Gebühr äussern können. Ferner hätten sie darauf vertrauen dürfen, dass die Gebühr nicht erhöht werde. Darüber hinaus (und vor allem) bestünden keinerlei Gründe für eine plötzliche Erhöhung der Gebühr im höchstmöglichen Umfang, da zwischen dem 28. Mai 2001 und der nun angefochtenen Verfügung vom 24. Juli 2001 keine Ereignisse eingetreten seien, die eine wesentlich andere Beurteilung der Gebührenhöhe rechtfertigten.

5.1. Nach Artikel 29 Absatz 2 BV (SR 101) und Artikel 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gewährleistet der Gehörsanspruch eine Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b; 124 I 241 E. 2; 122 I 53 E. 4a; 120 Ib 379 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBl 3/1998 S. 97 ff.,

insbes. S. 100, mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Sodann ordnet das Bundesgericht auch die Begründungspflicht dem Gehörsanspruch zu (KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 100, mit Hinweis auf BGE 121 I 54 E. 2c). Das rechtliche Gehör bezweckt, "die Wahrheitsfindung durch gemeinsame Abklärung der Rechts-, Sach- und Interessenlage zu verbessern, den Betroffenen als Partner zu würdigen und die Chance der Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen" (KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 100; vgl. auch: REINHOLD HOTZ in: Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zürich Basel Genf 2002, [St. Galler Kommentar], zu Art. 29 Abs. 2 BV, Rz. 23 ff.).

5.2. Wie die Wettbewerbskommission zutreffend anmerkt, stellt der Anspruch auf rechtliches Gehör ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar, welches im Wesentlichen im Dienste der Sachverhaltsaufklärung ein Recht auf Äusserung und Stellungnahme beinhaltet. Da der gesamte Verfahrensstoff Gegenstand der Äusserung ist, dürfen Tatsachen einem Entscheid nur zugrunde gelegt werden, soweit sich der Betroffene zu allen für den Entscheid relevanten Sachfragen äussern konnte (vgl. REKO/WEF 97/FB-004 E. 4.2, publiziert in: RPW 1998/3 S. 460 ff. mit weiteren Hinweisen). Soweit es um die *rechtliche Beurteilung* von Tatsachen geht, ist laut Bundesgericht das rechtliche Gehör nur ausnahmsweise zu gewähren und zwar immer dann, wenn der Richter seinen Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie im konkreten Fall nicht rechnen mussten oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (vgl. BGE 127 V 431 E. 2b/cc; 126 I 19 E. 2c und 115 Ia 94 E. 1b).

5.2.1. Im vorliegenden Fall ist vor auszuschicken, dass die angefochtene Abschreibungsverfügung den Abschluss eines fusionsrechtlichen Prüfungsverfahrens zum Gegenstand hatte, das wegen des erfolgten Rückzugs der Meldung einzustellen war. Für solche Verfahren räumt das KG - im Unterschied zu Untersuchungsverfahren von Wettbewerbsbeschränkungen, welche durch einen Entscheid der Wettbewerbskommission abgeschlossen werden (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG) - den zusammenschlusswilligen Unternehmen (im Vorfeld eines Entscheides) kein Recht auf schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein. Zu einem solchen Vorgehen ist das Sekretariat nicht verpflichtet gewesen, zumal das KG für fusionsrechtliche Prüfungsverfahren keine entsprechende Erweiterung des nach der BV und dem VwVG bestehenden Anspruch auf rechtliches Gehör vorsieht (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 2003 i. S. E. [2A.492/2002 E. 3.4]).

Im Übrigen erging die Abschreibungsverfügung auf ausdrückliches Gesuch der Beschwerdeführerinnen hin. Wer ein Gesuch um Erlass einer Verfügung stellt, übt damit das ihm zustehende Anhörungsrecht aus und hat keinen Anspruch darauf, dass ihm die Behörde vor Erlass der

nachgesuchten Verfügung noch einmal Gelegenheit gibt, sich zu äussern. Von der gesuchstellenden Partei darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie in ihrer Eingabe die ihr wesentlich erscheinenden Aspekte aufzeigt, zumal wenn sie - wie hier - anwaltlich vertreten ist (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 17. Juni 2003 i.S. E. 3.2.1 mit Hinweisen). Mit dem Rückzug des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens hätten die Beschwerdeführerinnen sich gleichzeitig über die Kostenfrage äussern können, zumal eine gebührenpflichtige Verfahrenseinstellung zu erwarten war.

5.2.2. Die Beschwerdeführerinnen halten ihren Gehörsanspruch für verletzt, weil in der vom Sekretariat verfassten vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens vom 28. Mai 2001 keine Gebührenerhöhung um die Hälfte erwähnt worden sei. Zudem hätten sie vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Gelegenheit zu einer weiteren Stellungnahme erhalten.

Dazu ist festzuhalten, dass es bei der Festsetzung (bzw. der Erhöhung) der Gebühr (bzw. der Verfahrenskosten) nicht um eine tatsächliche, sondern im Rahmen der pflichtgemässen Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes" um eine rechtliche Frage ging, welche die Wettbewerbskommission zu beurteilen und zu verfügen hatte. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutsamkeit des in der EU und in der Schweiz gemeldeten Fusionsvorhabens hätten die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf die möglicherweise anfallenden Verfahrenskosten ohne weiteres mit der Erheblichkeit des in Artikel 4 Absatz 3 KG-Gebührenverordnung erwähnten Gebührenerhöhungsgrundes rechnen können. Insofern lag hier keine der wenigen bundesgerichtlich anerkannten Ausnahmesituationen vor, welche vor Erlass der angefochtenen Verfügung ein Recht auf Äusserung begründet hätte (vgl. BGE 115 Ia 94 E. 1b; BGE i. S. E. vom 17. Juni 2003, 2A.492/2002 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Somit hat die Vorinstanz deren rechtliches Gehör bei der Erhöhung der Gebühr (bzw. der Verfahrenskosten) nicht verletzt.

5.3. Ferner ist nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission - angesichts des vorläufigen Charakters der Beurteilung vom 28. Mai 2001 - dem antragsstellenden Sekretariat zur Frage der Gebührenhöhe nicht gefolgt ist und einen im Kostenpunkt abweichenden Entscheid getroffen hat. Das Sekretariat gab im Rahmen des Prüfungsverfahrens (i.S.v. Art. 10 i.V.m. Art. 32 ff. KG) den Beschwerdeführerinnen am 30. Mai 2001 seine eigene *vorläufige Beurteilung* hinsichtlich der materiellrechtlichen Würdigung des Zusammenschlussvorhabens bekannt, welche von der Wettbewerbskommission - nach summarischer Prüfung - zustimmend zur Kenntnis genommen worden war. Dass das Sekretariat oder die Wettbewerbskommission zur Höhe der Verfahrenskosten im Zeitpunkt der "vorläufigen" Beurteilung eine verbindliche Zusiche-

rung gegeben oder ein sonst vertrauensbildendes Verhalten an den Tag gelegt hätten, ist den Akten nicht zu entnehmen.

5.4. Selbst wenn man indessen im Sinne der Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs annähme, hätte im vorliegenden Beschwerdeverfahren eine *Heilung* desselben stattgefunden: die Beschwerdeführerinnen haben vor der mit umfassender Kognition ausgestatteten Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hinlänglich Gelegenheit erhalten, sich zu äussern (zur Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör: vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1710 f., KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 102 ff. sowie BGE 115 V 297 E. 2 h).

6. In der Hauptsache ist strittig, ob die "wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes" nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung eine Erhöhung der Gebühr um die Hälfte rechtfertigt.

6.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe die Bedeutsamkeit des Zusammenschlussvorhabens einzig mit den konsolidierten weltweiten Umsätzen für 1999 von US \$ [...] Mia. (General Electric) beziehungsweise von US \$ [...] Mia. (Honeywell) erklärt. Diese Begründung sei jedoch untauglich, weil die volkswirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses für die Schweiz nicht bloss am gesamten weltweiten Konzernumsatz gemessen werden könne, der auch in Geschäftsbereichen erzielt werde, die nichts mit dem Zusammenschluss zu tun hätten. Insbesondere sei der blosser Verweis auf den weltweiten Konzernumsatz immer dann untauglich, wenn die in der Schweiz getätigten Umsätze nur einen verhältnismässig geringen Anteil am weltweiten Gesamtumsatz ausmachten. Andernfalls wären bei jedem geplanten Zusammenschluss zwischen multinationalen Konzernen, ungeachtet der Auswirkungen auf die Schweiz, die Gebühren um die Hälfte zu erhöhen.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte und dessen Auswirkungen auf die Schweiz rechtfertige keine maximale Erhöhung der Gebühr, da die 1999 in der Schweiz erzielten Umsätze auf den vom geplanten Zusammenschluss berührten Märkten für General Electric rund CHF [...] Mio. und für Honeywell rund CHF [...] Mio. betragen hätten. Zudem seien die Umsätze auf den nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffenen Märkten noch signifikant geringer. Der ganz überwiegende Teil dieser Umsätze seien Lieferungen ausländischer Tochtergesellschaften in die Schweiz. Das schweizerische Binnengeschäft der Beschwerdeführerinnen sei jedoch vergleichsweise unbedeutend. Zudem überschneideten sich die Aktivitäten der Beschwerdeführerinnen in der Schweiz nur auf einer sehr beschränkten Anzahl von Märkten mit nur unbedeutenden Umsätzen. Die Vorinstanz habe hauptsächlich Bedenken bezüglich der Herstellung von Flugzeugtriebwerken durch General Electric und von Avionik durch Honeywell im Ausland geäussert. Diesbezüglich hätte sich das

Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz jedoch gar nicht direkt aus- gewirkt. Deshalb sei das Zusammenschlussvorhaben für die Schweiz volkswirtschaftlich nicht sehr bedeutungsvoll.

Dieser Darstellung hält die Wettbewerbskommission entgegen, der beabsichtigte Zusammenschluss habe im Bereich industrieller Produk- tion das weltweit bedeutendste Vorhaben dargestellt, weshalb nicht von einem "unbedeutenden Unternehmenszusammenschluss ohne grosse wirtschaftliche Bedeutung" gesprochen werden könne. Unter der wirtschaftlichen Bedeutung eines Gegenstandes sei dessen volks- wirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Diese ergebe sich aus der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Sachverhalt betroffen sei, sowie den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitige. Bezüglich der Bedeutung des Marktes sei auf das Ge- samtvolumen abzustellen.

Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die in der Schweiz 1999 erzielten Umsätze von CHF [...] Mio. für General Electric und CHF [...] Mio. für Honeywell, verkenne, dass diese rein formale (buchhalterische) Sichtweise nicht geeignet sei, die wirtschaftliche Bedeutung des durch das Zusammenschlussvorhaben betroffenen Marktes wieder- zugeben. Denn dadurch würden die indirekten Auswirkungen einer Fusion vollständig ausgeblendet. Dies könne am Beispiel eines grossen Flugzeugtriebwerks (Kostenpunkt rund CHF [...] Mio. eines kompletten Flugzeugs) illustriert werden, das von General Electric in den USA her- gestellt und in Frankreich durch eine andere Firma (Airbus) eingebaut und anschliessend in die Schweiz verkauft werde. Aufgrund der von den Beschwerdeführerinnen angeführten Umsatztablelle erscheine ei- ne solche Transaktion nicht als Import in die Schweiz, obwohl diese eine wirtschaftliche Bedeutung für die Schweiz hätte. Daher müssten auch indirekte Auswirkungen einer Fusion bei der Frage nach der wirt- schaftlichen Bedeutung des Gegenstandes berücksichtigt werden.

Zudem handle es sich hier mehrheitlich um räumlich relevante Märkte, die das Territorium Europas abdeckten. Deshalb könne die wirtschaftliche Bedeutung am besten abgeschätzt werden, indem der schweize- rische Markt als Teil des europäischen Marktes betrachtet werde. Aus den Geschäftsberichten der Beschwerdeführerinnen gehe hervor, dass das Fusionsvorhaben die hauptsächlichen Aktivitätsbereiche von Ho- neywell und General Electric beschlagen habe ("Aerospace Solution", "Automation & Asset Management", "Performance Materials" sowie "Power & Transportation Products"), in denen 1999 Umsätze von US \$ [...] Mia. (Honeywell) und US \$ [...] Mia. (General Electric) erzielt wor- den seien. Zudem besitze General Electric weltweit massgebliche Be- teiligungen an rund 4'500 Unternehmungen, Honeywell solche an rund 1'000 Unternehmungen. Auf diesen Märkten seien die Beschwer- deführerinnen in führender Stellung tätig. Diese Umstände rechtfen-

tigten im Einklang mit der bisherigen Praxis eine fünfzigprozentige Erhöhung der Gebühr.

6.2. Nach Artikel 4 Absatz 1 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei nach Absatz 2 ein Stundenansatz von CHF 130.- gilt. Nach Absatz 3 dieser Bestimmung kann die Gebühr je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden.

Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen der geplante Kontroll-erwerb von Honeywell durch General Electric als wirtschaftlich bedeut-sam genug aufzufassen ist, um eine Gebührenerhöhung zu erlauben, muss beachtet werden, dass die "wirtschaftliche Bedeutung des Ge-genstandes" nach Artikel 4 Absatz 3 KG-Gebührenverordnung als *unbestimmter Rechtsbegriff* formuliert ist. Dessen Sinn ist durch Ausle-gung zu ermitteln, wobei die richterliche Überprüfung grundsätzlich frei erfolgt (vgl. dazu: HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 445). Eine gewisse Zurückhaltung ist indessen immer dann angezeigt, wenn der rechts-anwendenden Behörde ein Beurteilungsspielraum zugebilligt werden muss, weil sie den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht (vgl. BGE 127 II 184 5a/aa; 125 II 225 E. 4a; HÄFE-LIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 454 ff.). Die Gewichtung des Gegenstandes kar-tellgesetzlicher Verwaltungsverfahren (Untersuchungen nach 27 ff. KG sowie Fusionskontrollen nach Art. 10 KG) erfordert neben der teils komplexen Einschätzung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des betreffenden Marktes (bzw. mehrerer Märkte) auch eine bisweilen wirt-schaftspolitische Beurteilung und Prognose der Auswirkungen des un-tersuchten Sachverhalts auf die Wettbewerbsverhältnisse dieses Mark-tes. Daher liegt es nahe, der Vorinstanz bei der Konkretisierung des unbestimmten Gesetzesbegriffes "wirtschaftliche Bedeutung des Ge-genstandes" (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung) einen Beurteil-ungsspielraum einzuräumen.

Ebenso ist der Wettbewerbskommission zur Frage, in welchem Um-fang sie bei gegebener wirtschaftlicher Bedeutung die Gebühr erhö-hen will (d.h. *bis* 150%), ein *Auswahlermessen* und damit ein beachtli-cher Entscheidungsspielraum zuzubilligen. Soweit die Auslegung der Wettbewerbskommission als vertretbar erscheint, besteht kein Anlass einzugreifen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 441 f.). Die Vorinstanz ist jedoch bei der Ermessensausübung nicht völlig frei, sondern an die Verfassung gebunden. Sie hat das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu befolgen, die öffentlichen Interessen zu wahren sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beach-ten (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 441 f.).

6.3. Im Unterschied zu vergleichbaren bundesrechtlichen Kostenrege-lungen für Verwaltungsverfahren, welche lediglich einen Gebühren-rahmen festhalten (vgl. z.B. Art. 13 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwal-

tungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0), sieht Artikel 4 KG-Gebührenverordnung eine Gebührenbemessung nach *Zeitaufwand* und zu einem Ansatz von CHF 130.-/h vor (Abs. 1 und 2). Eine ähnliche Regelung kennt auch die Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommission (EBK-GebV, SR 611.014; Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 [i.K. ab 1.11.2003], wonach "in besonders komplexen Verfahren" Spruchgebühren nach Zeitaufwand erhoben werden können, welche die vorgesehenen Höchstansätze von bis zu CHF 50'000.- überschreiten).

Soweit in solchen Fällen die in Rechnung zu stellende Gebühr *innerhalb* des Kostenrahmens oder nach dem *ausgewiesenen* Zeitaufwand bemessen wird, braucht nach der hier analog anwendbaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Entscheid über die *Gebührenhöhe* in der Regel nicht begründet zu werden (vgl. BGE 111 Ia 1 E. 2a betr. Parteientschädigung). Ausnahmsweise ist jedoch eine eingehende Begründung immer dann zu fordern, wenn ein gesetzlicher Kostenrahmen überschritten oder - wie hier - eine Erhöhung des vorgesehenen Stundenansatzes verrechnet werden soll. Dies ist schon deshalb angezeigt, weil - wie dieser Fall zeigt - recht hohe finanzielle Belastungen resultieren können.

Misst vorliegend die Wettbewerbskommission ihrem Untersuchungsgegenstand eine "wirtschaftliche Bedeutung" zu, welche eine Gebührenerhöhung um 50 Prozent rechtfertigen soll, dann ist von ihr eine einlässliche Begründung zum angerufenen Erhöhungsgrund zu erwarten.

6.4. Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzugestehen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Erhöhungsgründe für die strittige Gebühr nur sehr rudimentär darlegte und insbesondere das Gewicht auf den 1999 weltweit erzielten Konzernumsatz legte, der teilweise in Geschäftsbereichen erzielt wurde, die nichts mit dem Zusammenschluss zu tun hatten.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens verdeutlichte die Vorinstanz allerdings ihre Argumente zur strittigen Gebührenerhöhung (Inlandsauswirkung, verschiedene betroffene Märkte). Die Frage mag offen bleiben, ob alle nachgeschobenen Erörterungen, insbesondere das Beispiel mit dem Import eingebauter Flugzeugtriebwerke, ohne weiteres zu überzeugen vermögen. Trotz dieser Vorbehalte ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die von der Vorinstanz getroffene Wertung der wirtschaftlichen Bedeutung des untersuchten Fusionssachverhaltes sowie die Erhöhung der Gebühr um die Hälfte im Ergebnis vertretbar. Unter anderem untermauern auch folgende weiter gehenden Überlegungen die Richtigkeit der angefochtenen Kostenaufgabe:

6.4.1. Auszugehen ist von der *fusionsfreundlichen* Regelung des KG, welche sich in den "ausgesprochen grosszügig" bemessenen Grenzbeiträgen widerspiegelt (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft KG, BBl 1995 I S. 579; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 436). Die *hohen Schwellenwerte*, welche das Prüfungsverfahren erst auslösen (sog. "Aufgreifkriterien" von Art. 9 i.V.m. Art. 32 ff. KG), bewegen sich in Dimensionen, wie sie in den gegenüber der Schweiz weit grösseren Volkswirtschaften Deutschlands und Frankreichs gelten, während eher mit der Schweiz vergleichbare Länder wie Kanada, Schweden oder Belgien um ein Vielfaches geringere Schwellenwerte kennen (Botschaft KG, a.a.O., S. 579; vgl. FRANCIS NORDMANN, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 1996, a.a.O., S. 222).

Der Bundesrat führt in seiner Botschaft zum KG aus, mit der Fusionskontrolle werde nicht eine Überprüfung sämtlicher Zusammenschlüsse bezweckt, da bloss die Entstehung oder Verstärkung *marktbeherrschender* Stellungen zu verhindern sei. Deshalb solle die Kontrolle nur zum Tragen kommen, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte quantitative Kriterien in Form hoher Grenzbeiträge (CHF 2 Mia. Umsatz oder CHF 500 Mio. in der Schweiz) erfüllten (vgl. Botschaft KG, a.a.O., S. 578). Betroffen sollten nur zusammenschlusswillige Unternehmen sein, die von ihrem Umsatz her in der Lage seien, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen. Beispielsweise deute der im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss von den beteiligten Unternehmen gesamthaft zu erzielende Umsatz von CHF 2 Mia. (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) darauf hin, dass diese Unternehmen auch aufgrund ihrer Finanzkraft ein gewisses Marktbeherrschungspotenzial in sich bergen (Botschaft KG, a.a.O., S. 578).

Andererseits sei es angesichts der grösstenteils offenen schweizerischen Volkswirtschaft angezeigt, bei der Fusionskontrolle das Augenmerk weniger auf international wirksame als vielmehr auf Fusionsvorhaben mit überwiegenden Auswirkungen auf den inländischen Markt zu legen. Mit dem alternativen Grenzbeitrag von CHF 500 Mio. Inland-Umsatz (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) würden Fusionsvorhaben erfasst, bei welchen anzunehmen sei, dass sie für die inländische Marktsituation tatsächlich von erheblicher Bedeutung seien. Zudem schliesse das als "Bagatellklausel" vorgesehene *kumulative* Kriterium nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG, wonach mindestens zwei der beteiligten Unternehmen (im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss) einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben müssen, Zusammenschlüsse aus, welche keine spürbaren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse in der Schweiz erwarten liessen (Botschaft KG, a.a.O., S. 579).

Wie in der Lehre zu Recht hervorgehoben wird, sollen die hohen Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG sicherstellen, dass nur Zusammenschlüsse mit einer *gewissen wirtschaftlichen Bedeutung* erfasst werden, wobei mit dem kumulativen Kriterium gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben b KG zum globalen auch der in der Schweiz erzielte Gesamtumsatz zu berücksichtigen ist. Diese kumulative Bedingung soll vermeiden, dass alle Zusammenschlüsse eines Grossunternehmens (auch die mit einem oder mehreren kleinen Unternehmen) unter die Zusammenschlusskontrolle fallen (FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 335). Daher gründen die Aufgreifkriterien nach Artikel 9 Absatz 1 KG darauf, dass Umsätze von einer bestimmten Höhe mit der Möglichkeit zur Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse in bestimmten Märkten korrelieren (FRANK SCHERRER, a.a.O., S. 335 f.). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht jüngst erkannt, dass die in Artikel 9 Absatz 1 KG vorgesehenen Schwellenwerte ausschliessen, dass Unternehmen meldepflichtig seien, die keinen Einfluss auf den schweizerischen Markt hätten und dass die Zusammenschlusskontrolle auf jene Unternehmen beschränkt sei, die eine gewisse wirtschaftliche Kraft hätten (vgl. BGE 127 III 219 E. 4b; vgl. auch SILVIO VENTURI in commentaire romand, TERCIER/BOVET, Droit de la concurrence, 2002, Rz. 12 Vorbemerkungen zu Art. 9-10).

Diese Überlegungen zeigen, dass die in Artikel 9 Absatz 1 KG festgelegten - und die fusionsrechtliche Meldepflicht begründenden - hohen Umsatzschwellen bereits eine als erheblich vermutete Spürbarkeit der Auswirkungen auf dem entsprechenden inländischen Markt indizieren. Kommt daher neben dem Überschreiten der hohen Schwellenwerte noch *zusätzlich* eine *negative Beurteilung* des Zusammenschlussvorhabens (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG) hinzu, weil dieses eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb *beseitigt* werden kann, und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, dann liegt in solchen Fällen ein *gewichtiges Indiz* für eine "wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes" im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG-Gebührenverordnung vor, welche eine Gebührenerhöhung (*bis* 150%) rechtfertigen könnte.

6.4.2. Die 1999 erzielten Umsätze auf den vom geplanten Zusammenschluss betroffenen Inlandmärkten liegen zusammengenommen deutlich über CHF [...] Mia. (General Electric ca. CHF [...] Mio. bzw. Honeywell ca. CHF [...] Mio., d.h. mehr als [...]mal über dem in der "Bagatellklausel" festgesetzten Schwellenwert von CHF 100 Mio., vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Angesichts der hohen Finanzkraft der Beschwerdeführerinnen lässt sich das kaum als ein "unbedeutendes Binnengeschäft" abtun.

Des Weiteren wurde das Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerinnen zwar nicht von der Wettbewerbskommission sondern von der Europäischen Kommission untersagt. Indessen ist gestützt auf die vom Sekretariat am 28. Mai 2001 vorgenommene vorläufige Beurteilung davon auszugehen, dass auch die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben nicht ohne weiteres zugelassen hätte (vorläufige Beurteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2001). Auch dieser Umstand indiziert den geplanten Zusammenschluss als wirtschaftlich bedeutsam, sodass die beanstandete Erhöhung der Gebühr jedenfalls nicht als unvertretbar erscheint.

6.4.3. Diese weiter gehenden Überlegungen zeigen, dass die Wettbewerbskommission die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung) im Ergebnis zu Recht hoch einschätzte und daher auch berechtigt war, die Gebühr (bzw. die Verfahrenskosten) zu erhöhen, auch wenn sie in der angefochtenen Verfügung ihre Begründung fälschlicherweise einseitig nur auf die weltweit erzielten Konzernumsätze basierte, ohne die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die relevanten Inlandsmärkte gebührend zu erörtern. Die Erhöhung der Gebühr um die Hälfte ist mit dem weiten Ermessensspielraum der Wettbewerbskommission vereinbar.

Somit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

7. Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Kostenverfügung widerspreche der bisherigen Praxis der Vorinstanz in vergleichbaren Fällen. Beispielsweise habe diese anlässlich des am 20. Mai 1998 genehmigten Erwerbs der Bank Prokredit durch die *General Electric Capital Corporation* (GECC) keine Gründe für eine Erhöhung der Gebühr erkannt, obwohl die von der General Electric als Subholdinggesellschaft geführte GECC die Bank Prokredit erworben hatte und sich der Zusammenschluss ausschliesslich und direkt in der Schweiz ausgewirkt habe. Dies sei umso bemerkenswerter, als die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 20. April 1998 in Sachen UBS/SBV (RPW 1998/2, S. 368 ff., insbes. S. 409, Rz. 175) die Gebühr aufgrund der Bedeutung für die schweizerische Wirtschaft um die Hälfte erhöht habe. Da in Sachen GECC/Bank Prokredit die Gebühr nicht erhöht worden sei, müsste dies hier umso mehr gelten, als in beiden Fällen letztlich dasselbe Unternehmen Erwerber gewesen sei und hier im Vergleich zum Fall GECC/Bank Prokredit erheblich geringere Auswirkungen auf die Schweizer Wirtschaft zu erwarten gewesen wären.

Die Wettbewerbskommission hält diese Ausführungen für unbegründet, da es im hier zu beurteilenden Fall - im Unterschied zum Erwerb der Prokredit durch die GECC - nicht bloss um einen einzigen Geschäftsbereich gehe.

Mit dem Einwand, die Vorinstanz bewerte die "wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes" in vergleichbaren Fällen unterschiedlich (d.h.

im Widerspruch zur eigenen Praxis), machen die Beschwerdeführerinnen sinngemäss eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheitsgebots und Willkürverbots (Art. 8 f. BV) geltend.

7.1. Sofern anzuwendende Rechtssätze - wie hier - angesichts unbestimmter Rechtsbegriffe (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung: "wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes") einen Beurteilungsspielraum offen lassen, hat die rechtsanwendende Behörde davon in allen gleich gelagerten Fällen gleichen Gebrauch zu machen. Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 507 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Insofern ist eine rechtsungleiche Behandlung immer dann anzunehmen, wenn dieselbe Behörde gleich gelagerte Fälle unterschiedlich beurteilt (vgl. BGE 115 Ia 81 E. 2).

Dem Rechtsgleichheitsprinzip geht allerdings in der Regel der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung vor. Hat eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen, so gibt dies demjenigen, der sich in gleicher Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird von der Gerichtspraxis nur ausnahmsweise anerkannt (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 518 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Eine Person kann nur dann verlangen, von einer Norm abweichend gleich behandelt (d.h. gesetzeswidrig begünstigt) zu werden, wenn die Behörde nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde (vgl. BGE 127 I 1 E. 3a mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

7.2. Mit der Wettbewerbskommission ist vorab festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerinnen im Unterschied zum Erwerb der Prokredit durch die GECC nicht bloss einen einzigen Geschäftsbereich (Finanzdienstleistungen) sondern mehrere Geschäftsfelder betroffen hätte. Eine rechtsungleiche Behandlung, welche einen entsprechenden Anspruch auf Gleichbehandlung aufdrängen würde, liegt hier nicht vor. Des Weiteren steht der von den Beschwerdeführerinnen zitierte Fall der Fusion von UBS und SBV durchaus im Einklang mit den in Erwägung 6.4 dargelegten Überlegungen, weshalb sich auch aus diesem Umstand nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten lässt.

Somit erweist sich die Rüge der Ungleichbehandlung als unbegründet.

8. Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich, gebührenpflichtiger Verursacher eines Fusionskontrollverfahrens sei einzig das zur Meldung verpflichtete Unternehmen, das heisst bei einer Fusion die fusionierenden Unternehmen gemeinsam und bei einem Kontrollerwerb das die Kontrolle erlangende Unternehmen. Die zu erwerbende

Zielgesellschaft gelte zwar für die Berechnung der Schwellenwerte nach Artikel 9 KG als beteiligtes Unternehmen, sei jedoch nicht meldepflichtig und verursache somit auch kein Verwaltungsverfahren im Sinne von Artikel 2 VKU. Es wäre stossend, wenn ein nicht meldepflichtiges Unternehmen gebührenpflichtig wäre.

Zudem widerspreche hier eine Kostenaufgabe der Praxis der Vorinstanz. Beispielsweise sei beim beabsichtigten Aktienkauf der SEG-Poulets AG durch die Bell AG einzig die Bell AG als gebührenpflichtige Verursacherin des Zusammenschlussvorhabens betrachtet worden (RPW 1998/3, S. 411 Ziff. 75). Auch im Fall betreffend Berner Tagblatt Medien AG und Schaer Thun AG, das ebenfalls durch Rückzug der Zusammenschlussmeldung gegenstandslos geworden sei, habe die Vorinstanz einzig die Erwerberin (d.h. die Berner Tagblatt Medien AG) als gebührenpflichtige Verursacherin betrachtet. Im Fall der Fusion von UBS und SBV seien die Kosten den beteiligten Unternehmen zu gleichen Teilen auferlegt worden, weil eine doppelte Annexion nach Artikel 748 OR vorgelegen habe und beide beteiligten Unternehmen meldepflichtig gewesen seien.

8.1. Unbestritten ist der Umstand, dass nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b VKU alleine General Electric zur Einreichung der Zusammenschlussmeldung verpflichtet war (vgl. E. 4). Indessen schliesst - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - die rechtlich fehlende Meldepflicht von Honeywell die Möglichkeit einer Mitverursachung des fusionsrechtlichen Prüfungsverfahrens keineswegs aus, zumal das Fusionsvorhaben von beiden Beschwerdeführerinnen gewollt war und beide mit der Meldung auch die Bereitschaft zeigten, alle aus der Fusion fliessenden rechtlichen Konsequenzen zu tragen. Insofern bildet der Kreis meldepflichtiger Unternehmen allein keine Schranke, die den Ausschluss anderer mitverursachenden Unternehmen erlauben würde.

Wie die Vorinstanz zu Recht betont, ist in Bezug auf die Kostentragungspflicht im Sinne der Verursacherhaftung vorab massgebend, welche Art von Verhalten ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren tatsächlich verursacht hat. Insofern ist für die hier zu beurteilende Verfahrensverursachung einzig entscheidend, dass General Electric und Honeywell durch die Anmeldung ihres beabsichtigten gemeinsamen Fusionsvorhabens (im Sinne eines "Kontrollerwerbs durch General Electric) sowie den gemeinsam formulierten Rückzug vor der Wettbewerbskommission als *einfache Gesellschaft* im Sinne des Obligationenrechts (OR, SR 220; Art. 530 ff.) aufgetreten sind (vgl. nachfolgend E. 9.4). Bereits deswegen sind beide hier beschwerdeführenden Unternehmen von der Vorinstanz zu Recht als "Verursacher" des vorinstanzlichen Fusionskontrollverfahrens aufgefasst worden (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

Im Übrigen ist nicht einsehbar, weshalb - wie die Beschwerdeführerinnen anzunehmen scheinen - die Frage der Verursachung bei einer Fu-

sion durch Annexion (Absorption i.S.v. Art. 748 OR) beziehungsweise durch Kombination (Art. 749 OR) anders zu behandeln wäre, als bei einem Unternehmenszusammenschluss im Sinne eines Kontrollerwerbs nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG. Insofern geht die Auffassung fehl, dass einzig General Electric das vorliegende Verfahren "verursacht" habe und daher ausschliesslich gebührenpflichtig sei.

8.2. Mit dem weiteren Einwand, wonach die Vorinstanz mit der Ausdehnung der Verursacherhaftung auf Honeywell ihrer eigenen Praxis widerspreche, machen die Beschwerdeführerinnen erneut eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheitsgebots und Willkürverbots geltend (vgl. oben E. 7.1).

Im vorliegenden Fall erweist sich der Umstand als unbehelflich, dass die Wettbewerbskommission in gewissen vergleichbaren Fällen des Kontrollerwerbs (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG) auch abweichend entschieden hat, indem sie Mitverursachern des Prüfungsverfahrens (Art. 4 Abs. 3, 10 und 33 KG) keine Verfahrenskosten auferlegt hat (z.B. RPW 1998/3, S. 392 ff., insbes. S. 393, Ziff. 5, S. 411, Ziff. 75; RPW 2001/4, S. 721, insbes. S. 722, Ziff. 8, S. 742, Ziff. 86).

Da die Wettbewerbskommission - abgesehen von diesen singulären Fällen - bisher in ihrer neusten Praxis zu meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlüssen alle am Kontrollerwerb beteiligten Unternehmen als Verursacher ins Recht gefasst hat (vgl. RPW 2003/2, S. 314 ff., insbes. S. 316, Ziff. 10, S. 366, Ziff. 158; RPW 2002/2, S. 356 ff., insbes. S. 359, Ziff. 10, S. 371, Ziff. 63; vgl. zudem: betr. Fusion durch Annexion bzw. Kombination: RPW 1998/2, S. 278 ff.; RPW 2001/2, S. 338), kann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde.

Ist hier somit keine konstante und von der Vorinstanz konsequent befolgte rechtswidrige Praxis auszumachen, haben die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf normabweichende Behandlung.

9. Stehen beide Beschwerdeführerinnen grundsätzlich als gebührenpflichtige Verfahrensverursacher im Sinne von Artikel 2 KG-Gebührenverordnung fest, stellt sich noch die Frage, ob eine solidarische Verpflichtung beider beteiligten Unternehmen zulässig ist.

Die KG-Gebührenverordnung enthält diesbezüglich keine Regelung. Doch verweist Artikel 39 KG generell auf die entsprechenden Bestimmungen des VwVG, soweit das KG nicht abweicht. Das VwVG enthält ebenfalls keine ausdrückliche Regelung der Solidarhaftung bei Partein Mehrheit. Hingegen sieht die Kostenverordnung im Beschwerdeverfahren bei mehreren Parteien eine Aufteilung der Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung vor (Art. 7). Bezüglich der Verfahrenskosten für erstinstanzliche Verfügung hingegen

verweist die Kostenverordnung lediglich auf das in der Sache anwendbare Bundesrecht (Art. 13 Abs. 1).

9.1. Die Wettbewerbskommission erachtet die in der Kostenverordnung für Beschwerdeverfahren vorgesehene Solidarhaftung bei Parteienmehrheit im erstinstanzlichen Verfahren für analog anwendbar. Da mehrere Verfahrensparteien gestützt auf Artikel 6 Absatz 2 Kostenverordnung die vorinstanzlich wie auch die im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten zu tragen hätten, sei nicht ersichtlich, weshalb die Bestimmungen über die solidarische Haftung erst im Beschwerdeverfahren angewandt werden sollten, wenn die im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten den Parteien (wenn auch indirekt) ebenfalls und zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt werden.

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, die Kostenverordnung werde von der KG-Gebührenverordnung, die keine Solidarhaftung mehrerer Parteien für Gebühren vorsehe, verdrängt. Daher sei es unzulässig, eine Lücke in der KG-Gebührenverordnung anzunehmen und erst recht unhaltbar, diese durch eine analoge Anwendung von Artikel 7 Kostenverordnung zu schliessen, der nur für Beschwerdeverfahren gelte. Die Vorinstanz verkenne diese Sachlage im Entscheid vom 7. Juni 2000 in Sachen Sanphar betreffend Vertrieb von Arzneimitteln (RPW 2000/3, S. 320 ff.). Dieser Entscheid sei nicht einschlägig, da er sich nur auf die Haltung von Kartellmitgliedern beziehe und nicht auf diejenige eines fusionsrechtlich nicht meldepflichtigen Unternehmens.

9.2. Ist eine Rechtsfrage gesetzlich nicht geregelt, indem das Gesetz im Einzelfall unvollständig ist, so spricht man von einer "Lücke" (BGE 103 Ia 501 E. 7, 125 V 8 E. 3). Unterschieden wird zwischen echten und unechten Lücken. Eine *echte* Gesetzeslücke liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht geregelt hat, die er hätte regeln sollen, sodass dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine entsprechende Vorschrift entnommen werden kann. Von einer *unechten* (oder rechtspolitischen) Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort - aber keine sachlich befriedigende - zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung als unhaltbar erscheint. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 128 I 34 E. 3b; 121 III 214 E. 1d/aa mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; im allg. HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 233 ff.).

Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers im Sinne eines *qualifizierten Schweigens* bedeutet. Diesfalls wäre für Analogie und richterliche Lückenfüllung kein Platz. Ein solches Schweigen ist anzunehmen, wenn die Normauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht bewusst oder unbewusst offen gelassen hat, sondern sie durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 234; GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 83; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt am Main 1990, Nr. 23 B III, S. 73; BGE 115 II 97 E. 2b). Bestehen keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat (RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 23 B III, S. 74, mit Hinweisen).

9.3. Der Bundesrat hat im Entwurf vom 30. Juni 2003 betreffend Änderung der KG-Gebührenverordnung neu einen Absatz 2 für Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ins Auge gefasst, der für *alle* kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren gültig sein soll und vorsieht, dass mehrere Gebührenpflichtige solidarisch haften. Der Ordnungsgeber ist sich somit der Lücke bewusst und beabsichtigt diese zu schliessen. Daraus ist zu folgern, dass er diese Frage nicht durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte. Es ist daher von einer echten Lücke auszugehen.

9.4. Eine echte Lücke ist in analoger Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) auch im Verwaltungsrecht durch den Richter beziehungsweise durch die rechtsanwendende Behörde zu schliessen. Dabei hat der Richter sich soweit möglich an das bestehende, objektive Recht anzulehnen, denn er schafft kein neues Gesetz, sondern vervollständigt es nur. Unvollständigkeiten des Gesetzes werden vorwiegend durch Analogie behoben, also auf die Weise, dass für vergleichbare Sachverhalte auf geltende Vorschriften zurückgegriffen und diese sinngemäss, also unter Berücksichtigung der Besonderheiten der verwaltungsrechtlichen Sachlage, angewendet werden (BGE 126 III 129 E. 4; GYGI, Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 84).

Ist die Auferlegung von Verfahrenskosten bei mehreren Parteien zu gleichen Teilen und unter Solidarhaft in Beschwerdeverfahren üblich (Art. 7 Kostenverordnung), kann diese Regelung auch für erstinstanzliche Verfahren herangezogen werden.

Im Übrigen ergibt sich die Zulässigkeit der Auferlegung der Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung bereits aus dem materiellen Recht. Die Beschwerdeführerinnen sind - wie bereits in Erwägung 8.1 erwähnt - bei der Meldung (vgl. 9 und 11 VKU)

sowie im Laufe des vorinstanzlichen Prüfungsverfahrens (Art. 33 KG) als einfache Gesellschaft (i.S.v. Art. 530 ff. OR, insbes. Art. 544 Abs. 3 OR) in Erscheinung getreten. Daher durften auch beide - angesichts dieses, durch das materielle Recht begründeten Rechtsverhältnisses - für eine Solidarhaftung herangezogen werden (vgl. dazu eingehend: CHRISTOPH M. PESTALOZZI/SUZANNE WETTENSCHWILER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, Art. 544 N. 14 ff.; Alfred KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich - VRG, 2. A., Zürich 1999, N 3 zu § 14, S. 245 f.; ATTILIO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 463).

Da im vorinstanzlichen Verfahren beide Beschwerdeführerinnen als "Gesellschafterinnen" aufgetreten sind und mit ihrer im Ergebnis gemeinsam vorgetragenen Meldung des Zusammenschlussvorhabens das fusionsrechtliche Prüfungsverfahren verursacht haben, sind auch beide Beschwerdeführerinnen zu Recht gestützt auf Artikel 544 Absatz 3 OR für die gesamten Verfahrenskosten solidarisch für die Verfahrenskosten haftbar gemacht worden (vgl. PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, a.a.O., zu Art. 544 N. 16).

10. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung als rechtskonform erweist. Daher ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

11. Bei diesem Verfahrensausgang unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Deshalb sind sie - unter solidarischer Haftung einer jeden für das Ganze - kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Kostenverordnung). Der von ihnen zu tragende Kostenanteil wird mit dem am 25. September 2001 geleisteten Kostenvorschuss von je CHF [...] (CHF [...]) verrechnet.

Eine Parteientschädigung ist den unterliegenden Beschwerdeführerinnen nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**Demnach entscheidet die
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. [Kosten]
 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
 5. [Eröffnung]
-

B 3	2. Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking
-----	--

Zwischenverfügung vom 21. Januar 2004 in Sachen Flughafen Zürich AG (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 15. Dezember 2003) gegen Sprenger Autobahnhof AG (Beschwerdegegnerin 1), Alternative Parking AG (Beschwerdegegnerin 2), Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 1. Dezember 2003 [abgedruckt in RPW 2004/1, S. 102 ff.]) betreffend vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung)

Nach Einsicht in:

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 betreffend vorsorgliche Massnahmen gegenüber der Flughafen Zürich AG;
- die dagegen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde der Flughafen Zürich AG vom 15. Dezember 2003 und das darin enthaltene Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung;
- die verfahrensleitende Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. Dezember 2003;
- die Stellungnahmen der Wettbewerbskommission und der Alternative Parking AG vom 5. Januar 2004 sowie der Sprenger Autobahnhof AG vom 12./13. Januar 2004;
- die verfahrensleitende Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 13. Januar 2004;
- die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass die Wettbewerbskommission am 1. Dezember 2003 im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahrens gegenüber der Flughafen Zürich AG folgende Zwischenverfügung erlassen hat:

"1. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen.

2. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 bezie-

ungsweise 54 KG verpflichtet, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Eine Kopie dieses Angebots ist gleichzeitig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu übermitteln.

3. Anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 2 kann dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb der gleichen Frist auch eine mit der Sprenger Autobahnhof AG beziehungsweise der Alternative Parking AG abgeschlossene Vereinbarung unterbreitet werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1, 2 und 3 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG).

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

6. (...)."

dass die vorliegende Zwischenverfügung mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden kann (Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG, SR 251);

dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zuständig ist, über vorsorgliche Massnahmen zu verfügen (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass nach der Rechtsprechung vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.2 ff., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; ZBI 100/1999, S. 64, E. 2b ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003 i.S. Cablecom GmbH, 2A.142/2003, E. 3, im Internet abrufbar unter: www.bger.ch);

dass nach Auffassung der Vorinstanz mit der verfügten *sofortigen* Wirksamkeit der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen betreffend die Sprenger Autobahnhof AG (Beschwerdegegnerin 1) der jahrzehntelang bestehende status quo (zumindest vorübergehend) *sicher gestellt* werden soll und betreffend die Alternative Parking AG (Beschwerdegegnerin 2), welche seit Juli 2003 keinen am Flughafen basierten *Valet Parking-Service* mehr anbietet, der seit Jahren bis Ende

Juni 2003 herrschende Zustand (zumindest vorübergehend) *wiederhergestellt* werden soll;

dass die Beschwerde in der Bundesverwaltungsrechtspflege aufschiebende Wirkung hat, die Vorinstanz diese jedoch bei einer Verfügung, welche nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, entziehen kann (Art. 55 Abs. 1 und 2 VwVG), sofern - nach möglichst sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen - überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen (BGE 110 V 40 E. 5b; 105 V 266 E. 2; REKO/WEF 99/FB-007, publiziert in: RPW 1999/3, S. 536 ff.; REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.3.4, a.a.O.);

dass im Bereiche des KG der Entzug der aufschiebenden Wirkung - namentlich bei gestaltenden - vorsorglichen Massnahmen nach besonderer Zurückhaltung ruft, weil Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, E. 3.3, a.a.O.), und weil die Beteiligten frei sind, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die wegen einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, den Zivilrichter anzurufen (Art. 17 KG), weshalb im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen im Vordergrund stehen (REKO/WEF FB/2003-11, E. 3.1.1 ff., mit Hinweisen, publiziert in: RPW 2003/3, S. 653 ff.; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, E. 3.2, a.a.O.);

dass nach allgemeiner bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur aussergewöhnliche Umstände den Entzug oder die Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach Artikel 55 Absatz 3 VwVG rechtfertigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 2002 i.S. S. AG, 2A.335/2002, E. 2.1, sowie Urteile des Bundesgerichts vom 25. Mai 2001 i. S. A. AG, 2A.207/2001, E. 3b, bzw. vom 18. Januar 2000 i. S. L., E. und H., 2A.589/1999, E. 2a, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBI 94/1993, S. 149 f.; a. M.: FRITZ GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, Revue de droit administratif et de droit public, no. 4/1976, p. 217 s., p. 223);

dass es hier, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, um eine vorläufige *Sicherung* des wirksamen Wettbewerbs im öffentlichen Interesse geht, indem der Sprenger Autobahnhof AG der "Verbleib" und der Alternative Parking AG (nach kurzfristiger Verdrängung) der "Wiedereintritt" auf dem von beiden Beschwerdegegnerinnen bisher bearbeiteten Markt für *off-airport valet parking* ermöglicht werden soll (Ziff. 84 ff. der angefochtenen Verfügung) und sich somit der vorliegende Streit um mögliche volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen dreht (Art. 1 KG);

dass nach der massgeblichen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Behörde zu prüfen hat, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckbarkeit nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen, wobei gleichzeitig mit hinreichender Sicherheit auszuschliessen ist, dass nicht sachliche Gründe (*legitimate business reasons*) für das untersuchte, angeblich kartellrechtswidrige Verhalten bestehen, falls die vorsorglichen Massnahmen irreversible Strukturen zur Folge haben könnten (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 23.8.2002, E. 2.1, a.a.O., und vom 5.9.2003, E. 3.2, a.a.O.);

dass die Flughafen Zürich AG (Beschwerdeführerin) am 12. Dezember 2003 - in Umsetzung der angefochtenen Verfügung - der Sprenger Autobahnhof AG ein Angebot zur einstweiligen Miete von Schaltern, Umschlags- und Parkplätzen (im relativ weit entfernten Parkhaus 6, anstelle des Parkhauses 2) und der Alternative Parking AG lediglich ein Angebot für die Benützung der für den Normalverkehr gesperrten inneren Vorfahrt unterbreitete, ohne ihr entsprechend der angefochtenen Verfügung neue Flughafeneinrichtungen zur Erbringung ihrer Mitte 2003 aufgegebenen *off Airport-Parking* Dienstleistungen anzubieten;

dass beide Beschwerdegegnerinnen am 16. Dezember 2003 in ausführlichen Schreiben die Angebote der Beschwerdeführerin als unseriös und nicht akzeptabel zurückwiesen, worauf diese der Sprenger Autobahnhof AG am 29. Dezember 2003 neu Infrastruktureinrichtungen im näher gelegenen Parkhaus 3 offerierte;

dass die Alternative Parking AG in ihrer Stellungnahme an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz die Notwendigkeit einer sofortigen Wirksamkeit der vorsorglichen Massnahmen unterstreicht;

dass angesichts der nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz das seit Juli 2003 bestehende, nicht auf Infrastruktureinrichtungen des Flughafens basierende Dienstleistungsangebot der Alternative Parking AG ("*park-and-ride*-Angebot mit *off Airport*-Standort und Shuttle-Verbindung") wahrscheinlich nur eine erzwungene "Notlösung" darstellt, welche die wirtschaftliche Weiterexistenz der Alternative Parking AG bereits kurzfristig in Frage stellt;

dass auch die Sprenger Autobahnhof AG glaubhaft ausführt, dass sie ohne rechtsgenügende Umsetzung der verfügten vorsorglichen Massnahmen aus dem Markt für *off Airport-Valet Parking* gedrängt und ihre bisherige wirtschaftliche Tätigkeit aufgeben müsste;

dass, wie die Vorinstanz zu Recht betont, die Frage, ob die Flughafen Zürich AG die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen rechtsgenügend umgesetzt hat, hier nicht Streitgegenstand bildet;

dass die Wettbewerbskommission die Frage eines Entzugs der aufschiebenden Wirkung vor dem Hintergrund geprüft hat, ob ohne so-

fort wirksame vorsorgliche Massnahmen das öffentliche Interesse an wirksamem Wettbewerb auf dem Markt für *off Airport-Valet Parking* durch ein vorzeitiges Ausscheiden der beiden Beschwerdegegnerinnen aus ihrer bisherigen Geschäftstätigkeit schwer beeinträchtigt werden könnte;

dass die Wettbewerbskommission die günstige Entscheidprognose, den drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der hier angefochtenen vorsorglichen Massnahmen nach vorläufiger Prüfung mit glaubhafter Begründung bejaht und insofern den Wettbewerb in Bezug auf den "Par-king-Markt" als akut bedroht ansieht;

dass aufgrund einer vorläufigen Prüfung der Aktenlage die Einschätzung der Wettbewerbskommission, wonach ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung auch den beiden Beschwerdegegnerinnen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohen würde, als vertretbar erscheint;

dass insofern glaubhaft ist, dass ohne sofortige Wirksamkeit der angefochtenen privat-rechtsgestaltenden Verfügung die Beschwerdegegnerinnen aus dem fraglichen Markt verdrängt würden, und selbst wenn deren Marktabsenz relativ kurzfristig sein sollte, dadurch nur schwer reversible Strukturveränderungen zulasten wirksamen Wettbewerbs eintreten könnten;

dass zudem *prima facie* genügend objektive Argumente für die Dringlichkeit der Angelegenheit und damit für die Notwendigkeit sofort wirksamer Massnahmen sprechen;

dass die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen im Falle der Sprenger Autobahnhof AG *langjährige* und im Falle der Alternative Parking AG *bis vor kurzem* bestehende Geschäftsbeziehungen zur Beschwerdeführerin *sicherstellen* und insofern den rechtlichen Zustand einstweilen unverändert erhalten;

dass nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Wettbewerbsachen vorsorgliche Massnahmen, soweit sie im Resultat wie in ihrer Begründung praktisch dem Endentscheid gleichkommen und ihrerseits irreversible Strukturen schaffen, nur nach einer Abklärung der Sach- und Rechtslage erlassen werden dürfen, die mit hinreichender Sicherheit ausschliessen muss, dass nicht sachliche Gründe (sog. *legitimate business reasons*) für das untersuchte, angeblich kartellrechtswidrige Verhalten bestehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, E. 3.2 f. sowie E. 5, a.a.O.);

dass mithin von vorsorglichen Massnahmen möglichst abzusehen ist, die irreversible Strukturen schaffen (Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, E. 3.2, a.a.O.);

dass angesichts der im Ergebnis *Struktur erhaltenden* Wirkung der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen (- welche zu keinen irreversiblen Strukturen zum Nachteil der Beschwerdeführerin führen -) hier nicht vertieft zu prüfen ist, ob die Sach- und Rechtslage mit hinreichender Sicherheit ausschliesst, dass nicht doch sachliche Gründe für das untersuchte Verhalten der Beschwerdeführerin bestehen;

dass die strittigen vorsorglichen Massnahmen die Beschwerdeführerin insofern nicht in eine finanziell nachteilige Lage versetzen, als sie ihre Infrastruktureinrichtungen den Beschwerdegegnerinnen nur gegen Entschädigung (inkl. Umsatzabgabe) abzugeben verpflichtet ist;

dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, ihr stünden zur Erfüllung der vorsorglich angeordneten Massnahmen nicht genügend Infrastruktureinrichtungen (Park- und Umschlagsplätze, Büroeinrichtungen) zur Verfügung, weshalb sich jene auch nicht von vornherein als unverhältnismässig oder unzumutbar zu erweisen scheinen;

dass die von der Beschwerdeführerin gegen die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen vorgebrachten weiteren Argumente ("Nicht-anwendbarkeit des KG", "umweltschutz- und konzessionsrechtliche Auflagen") bedeutsam sind und im Hauptverfahren näher zu prüfen sein werden, sich indessen nicht bereits in diesem Verfahrensstadium als offensichtlich zutreffend erweisen;

dass die von der Beschwerdeführerin angeführten Gründe als weniger gewichtig erscheinen, als die von der Vorinstanz angerufenen öffentlichen Interessen an der *vorläufigen Sicherung* des wirksamen Wettbewerbs im *off Airport-Valet Parking*;

dass daher angesichts der bisher erwähnten Gesichtspunkte das vom KG geschützte öffentliche Interesse an einer - zumindest vorläufigen - Sicherung des wirksamen Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt von den geltend gemachten teils öffentlichen, teils privaten Interessen der Beschwerdeführerin nicht aufgewogen wird und insofern wichtigere Gründe *für* eine sofortige Vollstreckung der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen - und damit für eine *Sicherung des status quo* - sprechen, als für einen Aufschub, welcher voraussichtlich den unfreiwilligen vorzeitigen Marktaustritt der Beschwerdegegnerinnen zur Folge hätte, wobei ein Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz nicht von der Hand zu weisen ist;

dass gestützt auf diese Überlegungen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, zumal dadurch der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand weder präjudiziert noch verunmöglicht wird (vgl. BGE 127 II 132 E. 3; BGE 125 II 613 E. 7a; 119 V 503 E. 3; GEROLD STEINMANN, a.a.O., S. 149 f.);

dass über die Frage der Kosten und der Parteientschädigung in der Hauptsache entschieden werden wird;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 ff. OG i.V.m. Art. 45 VwVG);

verfügt die Rekurskommission:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 3	3. Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 6. Februar 2004 in Sachen Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerden vom 28. Februar 2003 und 15. April 2003) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 17. Februar 2003) betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

Es hat sich ergeben:

A. Am 15. Mai 2000 hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Mobilfunkmarkt gegen die drei in diesem Markt tätigen Unternehmen (Swisscom AG, DiAx AG, Orange Communications SA) eröffnet (publiziert im Bundesblatt, BBl 2000 3004). Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die drei Unternehmen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Mobilfunkmarkt einnehmen. Die Preise der drei Anbieter seien zudem in Struktur und Höhe ähnlich. Dies treffe für die Preise abgehender Verbindungen (Origination) und für die Preise ankommender Verbindungen (Termination) zu. Diese Untersuchung wurde von der Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 eingestellt, da im Retailmarkt (Endkundenbereich; Marktgegenseite sind Endkunden) keine kollektiv marktbeherrschenden Stellungen der drei Anbieter wie auch keine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Unternehmen festgestellt werden konnten. In den Wholesalemärkten (Wiederverkaufsbereich; Marktgegenseite sind andere Fernmeldediensteanbieter) für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste wurden die bestehenden Anhaltspunkte für marktbeherrschende Stellungen der einzelnen Mobilfunkanbieter nicht abschliessend beurteilt. Die Wettbewerbskommission

behält sich in diesem Bereich die Eröffnung eines neuen Verfahrens vor.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 15. Oktober 2002 (publiziert im Bundesblatt, BBl 2002 6827) eine weitere Untersuchung gegen die drei schweizerischen Mobilfunkanbieter Orange Communications SA (Orange), TDC Switzerland AG (Sunrise) und Swisscom Mobile AG (Swisscom Mobile, nachfolgend teilweise Swisscom genannt). Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Mobilfunkbetreiber der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste innehaben, und dass die Mobilfunkanbieter die Terminierungsgebühren (Terminierung: Anrufzustellung an den Empfänger eines Telefonanrufs) in der Höhe und Art untereinander absprechen würden. Nach eingehender Marktbeobachtung habe das Sekretariat festgestellt, dass sich die Marktsituation und die Preise in diesem Bereich kaum verändert hätten und folglich im Wholesalemarkt für die Terminierung von Anrufen ins Mobilfunknetz kaum Wettbewerb bestehe. Die Untersuchung solle aufzeigen, ob im Bereich der Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorliegen.

Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens stellte das Sekretariat den drei Mobilfunkanbietern am 29. November 2002 einen Fragebogen mit 43 Fragen betreffend Terminierung im Mobilfunk (mit Frist zur Beantwortung bis 10.1.2003) zu. Dabei bezogen sich fünf Fragen auf die Abgrenzung des Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Weitere Fragen betrafen die verlangten sowie bezahlten Terminierungsgebühren seit dem 1. September 1999, die Typen Abos mit sämtlichen Retail-Preisen und Preisänderungen, die Kosten für den Aufbau des Mobilfunknetzes und Benützung desselben und die Kosten für Kundenakquisition. Schliesslich wurde auch nach der Art der verlangten Terminierungsgebühren, der Berechnung derselben (intern und auf dem Markt), sowie nach allfälligen mit den anderen Mobilfunkteilnehmern abgehaltenen Verhandlungen gefragt.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2002 stellte Swisscom Mobile folgende Anträge:

- (1) Die Untersuchung sei in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste einzustellen.
 - (2) Die Untersuchung sei in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmel-
-

dedienste zu sistieren, bis ein diesbezüglicher rechtskräftiger Entscheid vorliegt.

(3) Die für den eingestellten Verfahrenspunkt aufgelaufenen Verfahrenskosten seien dem Staat aufzuerlegen.

Als Begründung führte Swisscom Mobile unter anderem aus, es liege bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch der Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2) um Interkonnektion vor. In diesem Verfahren sei vorfrageweise zu prüfen, ob die Swisscom Mobile bezüglich der Mobilterminierung marktbeherrschend sei. Es handle sich bei dieser Frage um einen typischen Interkonnektionssachverhalt, welcher ausschliesslich durch die ComCom zu beurteilen sei.

Am 17. Februar 2003 erliess die Wettbewerbskommission eine Zwischenverfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat sind zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) zuständig.

2. Ab dem Tag der Eröffnung dieses Entscheides hat Swisscom 30 Tage Zeit, den Fragebogen vom 29. November 2002 zu beantworten.

3. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 des Dispositivs dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden Swisscom auferlegt.

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

Die Wettbewerbskommission führte als Begründung unter anderem an, sie sei insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie auf das Begehren um Erlass einer Zwischenverfügung betreffend Zuständigkeit eingetreten. Da in der gleichen Zeitspanne, in der die Untersuchung eröffnet worden sei, auch ein Gesuch von Tele2 um Interkonnektion im Bereich der Mobilfunkterminierung eingereicht worden sei, könne sich die Frage des Verhältnisses dieser zwei Verfahren zueinander stellen. Es sei Sache der Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden, ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliege und ob diese Zwischenverfügung folglich selbstständig anfechtbar sei.

Der sachliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes sei unter anderem gegeben, wenn Anzeichen für eine Wettbewerbsabrede bestünden.

Im vorliegenden Fall hätten verschiedene Formen von Parallelverhalten der drei Anbieter beobachtet werden können, wie zum Beispiel die Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Preise auf den gleichen Zeitpunkt hin. Weiter sei festgestellt worden, dass in der Schweiz die Preise für die Terminierung in ein Mobilfunknetz sehr hoch seien, dies im Vergleich zu den Terminierungspreisen ins Festnetz (20-40mal tiefer) sowie im Vergleich zu den EU-Ländern. Andere Fernmeldedienstanbieter, welche im Markt aktiv seien und nicht über ein eigenes Netz verfügten, seien darauf angewiesen, Terminierungsdienstleistungen in ein Mobilfunknetz in Anspruch zu nehmen. Diese Umstände wiesen darauf hin, dass die Mobilfunkanbieter einzeln oder kollektiv über massgeblichen oder gesteigerten Markteinfluss und damit über Marktmacht verfügten. Ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestünden, müsse in der Untersuchung ermittelt werden.

Die Wettbewerbskommission führte bezüglich der allfälligen Entscheidungsbefugnis einer anderen Behörde aus, weder das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) noch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) hätten gestützt auf das Fernmelde- oder das Kartellgesetz die Kompetenz, gegen allfällige unzulässige Wettbewerbsabreden oder mögliche unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorzugehen. Zudem seien sowohl der Gegenstand als auch die Parteien, der Zweck und der Zeitraum der vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Untersuchung verschieden von denjenigen des Interkonnectionsverfahrens. Im Übrigen habe das BAKOM im Rahmen eines Meinungsaustausches festgehalten, es bestünden seitens der sektorspezifischen Regulierungsbehörden keine Hindernisse zur Durchführung der Untersuchung.

B. Gegen diese Verfügung erhob Swisscom Mobile am 28. Februar 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Anträgen:

- "1. Die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 sei aufzuheben.
 2. Es sei festzustellen, dass die Wettbewerbskommission für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile AG auf dem Wholesalemart für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste sowie für die Beurteilung und Festlegung von Mobilterminierungspreisen nicht zuständig ist.
 3. Es sei die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde wieder herzustellen.
 4. Die Kosten des Verfahrens seien der Vorinstanz aufzuerlegen und der Swisscom Mobile AG sei eine angemessene Parteientschädigung auszurichten."
-

Swisscom Mobile führt in der Begründung unter anderem aus, die Wettbewerbskommission habe nur zehn Monate nach Einstellung einer ersten Untersuchung im Mobilfunkmarkt, in welcher sie zu einem für die Mobilfunkanbieter vorwiegend günstigen Urteil gekommen sei, die hier streitige Untersuchung eröffnet. Es sei aufgrund des Eröffnungsschreibens vom 15. Oktober 2002 und aufgrund des Fragebogens vom 29. November 2002 offensichtlich, dass die Interkonnektion zwischen den Festnetzen und den Mobilfunknetzen und die dortige Preisbildung im Zentrum der Abklärungen stehe. Indem sich die Wettbewerbskommission mit der Höhe der Mobilterminierungspreise und der vorangehenden Frage, ob diesbezüglich eine marktbeherrschende Stellung der Mobilfunkanbieter vorliege, befasse, untersuche sie den gleichen Gegenstand, wie ihn die ComCom anlässlich des von der Tele2 eingeleiteten Interkonnektionsverfahrens zu beurteilen habe. Es sei zu erwarten, dass sich ein Entscheid der ComCom letztlich auf alle Mobilfunkanbieter auswirken werde.

Das Fernmeldegesetz sei im Vergleich zum Kartellgesetz das jüngere und speziellere Gesetz. Artikel 11 des Fernmeldegesetzes weise der ComCom ausdrücklich die Befugnis zu, auf Gesuch hin die Preisgestaltung der Interkonnektion zu prüfen. Der Wettbewerbskommission werde dabei die Rolle einer Gutachterin zur Frage der Marktbeherrschung zugewiesen. Neben der Zuständigkeit der sektorspezifischen Behörde bestehe kein Raum mehr für eine allgemeine wettbewerbsrechtliche Zuständigkeit.

Komme die ComCom zum Schluss, die Swisscom Mobile sei bezüglich der Mobilterminierung marktbeherrschend, verfüge sie kostenbasierte Preise. Dieser gestützt auf den Benchmark normativ erstellte Preis könne auf keinen Fall mehr missbräuchlich sein. Das Gleiche gelte sinngemäss auch, wenn sich die Parteien eines Interkonnektionsverfahrens vergleichsweise einigten. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass die klägerische Partei einen Vergleich eingehe, der nicht ihren Vorstellungen entspreche. Es sei im Übrigen schwer vorstellbar, welche weiteren Tatbestände, nebst allfällig erhöhter Terminierungspreise, noch unter Artikel 7 KG fallen könnten.

Eine parallele Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass sich das BAKOM im Rahmen eines Meinungsaustausches in diesem Sinne geäussert habe. Die Abgrenzung zwischen Kartell- und Fernmeldegesetzgebung sei nicht klar geregelt. Dies dürfe einer Partei nicht zum Nachteil gereichen. Das Verfahren sei gemäss dem Gebot der Prozessökonomie bei einer Leitbehörde zu konzentrieren. Dies sei die ComCom, welche die Mobilfunkterminierungspreise festlegen könne.

Schliesslich sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen, da keine zureichenden Gründe für einen Entzug gegeben seien.

C. Am 4. März 2003 hat Tele2 das Interkonnektionsgesuch gegen Swisscom Mobile zurückgezogen.

Mit Schreiben vom 24. März 2003 führte die ComCom aus, ein Interkonnektionsverfahren schliesse eine gleichzeitige Untersuchung der Wettbewerbskommission zu einem im Interkonnektionsverfahren behandelten Sachverhalt nicht aus. Die beiden Verfahren stünden gleichberechtigt nebeneinander.

D. Mit Zwischenverfügung vom 7. April 2003 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut und hob Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 auf.

E. Bezogen auf die Hauptsache beantragt die Wettbewerbskommission mit Vernehmlassung vom 31. März 2003 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung führt sie zunächst aus, der Sachverhalt habe sich seit Erlass der angefochtenen Zwischenverfügung wesentlich verändert. Tele2 habe zwischenzeitlich das Gesuch um Interkonnektion gegen die Beschwerdeführerin zurückgezogen. Swisscom Mobile könne sich also nicht mehr auf ein gleichzeitig vor dem BAKOM hängiges Interkonnektionsgesuch berufen, um gestützt darauf die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu bestreiten. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer selbstständigen Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung erfüllt seien, werde der Rechtsmittelinstanz überlassen.

Die Wettbewerbsbehörden untersuchten hinsichtlich aller drei Mobilfunkanbieter, ob diese möglicherweise Abreden getroffen oder ob diese eine individuell oder kollektiv marktbeherrschende Stellung missbrauchten. Die Untersuchung beschränke sich, entgegen den Aussagen der Beschwerdeführerin, nicht nur auf die Höhe und Preisbildung der Terminierungsgebühren im Mobilfunk, sondern erstrecke sich auch auf ein allfälliges Vorliegen von Preisabsprachen. Bezüglich des Fragebogens könne nicht zwischen Fragen, die Artikel 5 (unzulässige Wettbewerbsabreden) oder Artikel 7 KG (Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) unterschieden werden, da das betreffende Datenmaterial für beide Fragestellungen (insbesondere auch für die Abgrenzung des relevanten Marktes) von Bedeutung sei.

Der Gegenstand und die Parteien eines Interkonnektionsverfahrens seien verschieden von denjenigen des Untersuchungsverfahrens der Wettbewerbskommission. Die Wettbewerbsbehörden untersuchten hinsichtlich aller drei Mobilfunkanbieter, ob diese möglicherweise Abreden getroffen oder ob diese eine individuell oder kollektiv marktbeherrschende Stellung missbrauchten. Demgegenüber könne das BAKOM nur bei Vorliegen eines Interkonnektionsgesuches gegen eine bestimmte Mobilfunkanbieterin tätig werden und die Preise ausschliesslich auf Kostenorientiertheit überprüfen. Gegenstand der Un-

tersuchung der Wettbewerbskommission sei nicht ein Interkonnektionsachverhalt, sondern ob möglicherweise ein Parallelverhalten der drei Mobilfunkanbieter vorliege. Die Wettbewerbsbehörden untersuchten ebenfalls, ob die Höhe der Mobilfunkterminierungspreise auf ein mögliches wettbewerbsrechtliches Problem zurückzuführen sei. Da der Gesetzgeber die Schaffung von mehr Wettbewerb im Telekommunikationsbereich als eines der Hauptziele des Fernmeldegesetzes angesehen habe, kämen im Fernmeldebereich das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht zur Anwendung.

Ein allfälliger Entscheid der ComCom wirke sich sodann nicht auf alle Mobilfunkanbieter aus. Nachdem Tele2 das Interkonnektionsgesuch zurückgezogen habe, sei mehr als unwahrscheinlich, dass jemals gegenüber einem Mobilfunkanbieter kostenorientierte Terminierungspreise verfügt würden. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin könnten schliesslich nebst überhöhten Preisen in der Mobilfunkterminierung auch Tatbestände wie die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder Koppelungsgeschäfte unter Artikel 7 KG fallen. Im Übrigen bestehe keine Koordinationspflicht, da kein Interkonnektionsgesuch mehr hängig sei.

F. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hielt mit Schreiben vom 9. April 2003 an die Swisscom Mobile fest, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen habe die aufschiebende Wirkung gegen die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 wieder hergestellt. Infolgedessen könnten Untersuchungshandlungen bezüglich allfälliger Verstösse gegen Artikel 7 KG vorläufig nicht weiter vorgenommen werden. In Bezug auf mögliche Absprachen werde die Untersuchung weiter geführt. Im ursprünglichen Fragebogen vom 29. November 2002 seien alle Fragen, welche ausschliesslich Artikel 7 KG beträfen, gestrichen worden. Die Swisscom Mobile werde ersucht, die Fragen bis 12. Mai 2003 zu beantworten.

Dagegen erhob die Swisscom Mobile am 15. April 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Anträgen:

"1. Der Wettbewerbskommission sei zu untersagen, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, die die Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 7. April 2003 unterlaufen und sie sei anzuhalten, dieser Zwischenverfügung in materieller Hinsicht nachzukommen.

2. Die Kosten des Verfahrens seien der Vorinstanz aufzuerlegen und der Swisscom Mobile AG sei eine angemessene Parteientschädigung auszurichten."

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe ein Interesse an der Klärung der Zulässigkeit der hier angefochtenen Untersuchungsmassnahme, da sie bei deren Ignorieren Strafsanktionen der Wettbewerbs-

kommission zu erwarten habe. In materieller Hinsicht führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, das Sekretariat der Wettbewerbskommission habe den Fragebogen vom 9. April 2003 nur bezüglich weniger Fragen abgeändert. Dadurch nehme sie gegenüber der Beschwerdeführerin im Wesentlichen noch einmal dieselben Untersuchungshandlungen vor, die sie mit dem Fragebogen vom 29. November 2002 bezweckt habe. Das Vorgehen des Sekretariates der Wettbewerbskommission - "Umetiketierung" des Fragebogens - unterlaufe die Anordnung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme, und sei nicht zu schützen. Die allenfalls in ihrem Umfang weiter reichende aufschiebende Wirkung einer von Orange erhobenen Beschwerde entfalte zudem Wirkung für alle Verfahrensbeteiligten eines Untersuchungsverfahrens. Folglich dürften bis zum Entscheid in der Hauptsache keine Fragebogen zugestellt oder andere Untersuchungshandlungen vorgenommen werden.

G. Die Wettbewerbskommission beantragt in ihrer Stellungnahme vom 5. Mai 2003, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventua-liter sei diese abzuweisen. Es sei zweifelhaft, ob es sich beim Schreiben vom 9. April 2003 um eine Verfügung handle. Werde dennoch Verfügungsqualität angenommen, sei dieses Schreiben als Zwischenverfügung über die Auskunftspflicht zu qualifizieren. Da die Unterschrift eines Präsidiumsmitgliedes fehle, handle es sich beim Auskunftsbegehren des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. April 2003 nur um einfaches Verwaltungshandeln. Werde das fragliche Schreiben als Zwischenverfügung qualifiziert, sei jedenfalls das Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht gegeben. Es treffe nicht zu, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit dieser Aufforderung die Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 7. April 2003 (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde) unterlaufe, denn die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beschränke sich ausschliesslich auf die Frage der Zuständigkeit bezüglich Artikel 7 KG. Zutreffend sei, dass die Wettbewerbskommission den Fragebogen vom 29. November 2002 - unter Streichung von drei Fragen - übernommen habe. Es sei nicht notwendig gewesen, einen neuen Fragebogen zu konzipieren, da das Sekretariat der Wettbewerbskommission von Anfang an geplant habe, die Mobilfunkterminierungsgebühren hinsichtlich allfälliger Abrede- und Missbrauchstatbestände zu untersuchen. Im Weiteren könne die Beschwerdeführerin mangels Parteistellung aus dem Beschwerdeverfahren in Sachen Orange Communications SA nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Überdies hätten weder das BAKOM noch die ComCom die Möglichkeit, gestützt auf das Fernmeldegesetz das Vorliegen möglicher Wettbewerbsabreden zu untersuchen. Es bestünden daher zwischen dem Fernmelde- und dem Kartellgesetz keinerlei Überschneidungsmöglichkeiten. Der Beschwerdeführerin scheine es vielmehr mit Blick auf die

entsprechenden Gewinnmargen darum zu gehen, die Untersuchung zu den Mobilfunkterminierungsgebühren mit allen Mitteln zu behindern.

H. Mit Schreiben vom 19. Mai 2003 und 20. August 2003 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche Verhandlung vorgesehen sei.

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Sowohl die angefochtene Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 als auch das angefochtene Schreiben des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 9. April 2003 sind im Rahmen der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt ergangen. In beiden Fällen war die Swisscom Mobile die Adressatin. Es rechtfertigt sich aufgrund des engen Sachzusammenhangs, der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie, die beiden Verfahren mit den Geschäfts-Nrn. FB/2003-9 und FB/2003-12 zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 68).

2. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 128 II 311 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYGI, a.a O., S. 73).

2.1. Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG [zitiert in E. 3] und Art. 44 ff. sowie Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31). Verfahrensgegenstand bildet eine Zwischenverfügung über die Zuständigkeit. Diese ist nur selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbar, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss auch in den in Artikel 45 Absatz 2 VwVG ausdrücklich genannten Fällen vorliegen (BGE 120 Ib 97 E. 1c; 116 Ib 344 E. 1c; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 511; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt a. M. 1996, Rz. 1238 ff.).

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

Der Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Als "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" anerkennt das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in konstanter Rechtsprechung auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es einem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 125 II 613 E. 4a). Der Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c).

Die angefochtene Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 über die Zuständigkeit ist selbstständig anfechtbar (Art. 45 Abs. 2 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 39 KG), da der Beschwerdeführerin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 17. Juni 2003 i. S. Elektra Baselland (2A.492/2002/sch) E. 1; 127 II 132 E. 2a; 125 II 613 E. 2a ; 120 Ib 97 E. 1c). Wenn die Beschwerdeführerin die ihr am 29. November 2002 unterbreiteten Fragen beantworten und in diesem Zusammenhang umfangreiche Abklärungen treffen muss, bedeutet dies für sie einen erheblichen Aufwand. Allenfalls hat sie auch weitere Untersuchungshandlungen zu gewärtigen. Der mit diesen Mitwirkungspflichten verbundene Aufwand kann als nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn der Beschwerdelegitimation qualifiziert werden.

Im vorliegenden Verfahren sprechen aber auch Gründe der Prozessökonomie und der Zweckmässigkeit für die sofortige Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung, da sonst das ganze Verfahren nachträglich aufgehoben werden müsste (BGE 124 I 255 E. 1b; GYGI, a.a.O., S. 142).

Demzufolge ist der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 (Verfahren FB/2003-9) zuzuerkennen (Art. 45 Abs. 2 VwVG).

2.2. Ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse ist der Beschwerdeführerin an der Anfechtung des Schreibens des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 9. April 2003 (Verfahren FB/2003-12) zuzubilligen. Mit diesem Schreiben wird die Beschwerdeführerin erneut aufgefordert, den am 29. November 2002 zugestellten Fragebogen (mit Ausnahme von drei Fragen) zu beantworten (vgl. Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Zwischenverfügung vom 17.2.2003). Diese verfahrensleitende Massnahme des Sekretariates stellt eine Zwischenverfü-

gung dar, mit welcher die Beschwerdeführerin verpflichtet wird, sich zu den ihr unterbreiteten Fragen zu äussern und Unterlagen einzureichen. Diese Zwischenverfügung bewirkt ebenfalls einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (vgl. E. 2.1 ; 125 II 613 E. 2a).

2.3. Die Eingabefristen sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschriften sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerden ist somit einzutreten.

3. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Zu diesem Zweck erklärt es namentlich bestimmte Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen als unzulässig (Art. 5 und 7 KG). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so können die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung durchführen (Art. 27 KG) und gegebenenfalls Massnahmen treffen, um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen (Art. 30 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Es ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit diese auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Beispielsweise kann ein Verhalten, das sich auf derartige Vorschriften stützt, von der Wettbewerbskommission nicht gestützt auf Artikel 7 Kartellgesetz als unzulässig erklärt und mit Verfügung verboten werden. Möglich sind in solchen Fällen höchstens Empfehlungen, Stellungnahmen oder Gutachten (Art. 45 - 47 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 127, Rz 237). Wird die Befugnis der Wettbewerbskommission, verfügungsweise einzuschreiten, bestritten, weil möglicherweise vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Kartellgesetz bestehen, muss die Untersuchung aus Gründen einer effizienten Verfahrensführung einstweilen auf diese Frage beschränkt werden (vgl. Entscheid des Bundesgerichts i.S. Elektra Baselland, a.a.O., E. 4.1.2, mit Hinweisen). Entsprechend sollen den Beteiligten nur Fragen gestellt werden, die der Klärung der Frage eines allfälligen Vorbehaltes dienen.

4. Vorerst gilt es zu prüfen, ob der Untersuchungsgegenstand in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes fällt. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Wettbewerbskommission zur Durchführung der Untersuchung betreffend Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zuständig sei.

4.1. Das Kartellgesetz erfasst unternehmerische Handlungen, die sich auf das Verhalten am Markt und auf die Art des Marktauftritts beziehen (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 1). In der Botschaft zum Kartellgesetz wird zum Geltungsbereich ausgeführt, dass sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit erfasst werden, soweit sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468 ff., S. 533 Ziff. 222; nachfolgend: Botschaft zum KG).

Der persönliche Geltungsbereich knüpft an den Unternehmensbegriff an. Als Unternehmen des privaten oder des öffentlichen Rechts gelten diejenigen Marktteilnehmer, "die sich - sei es als Anbieter oder Nachfrager - selbstständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen" (Botschaft zum KG, a.a.O., Ziff. 222.1).

Die Swisscom Mobile AG, eine Aktiengesellschaft, ist ein Unternehmen, welches im Bereich der Telekommunikation und der Nachrichtenübermittlung (Firmenzweck: Fernmeldedienstleistungen, besonders im Bereich der mobilen Sprach- und Datenübermittlung usw.) tätig ist.

4.2. Das Kartellgesetz erfasst Unternehmen, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (sachlicher Geltungsbereich; Art. 2 Abs. 1 KG).

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat in ihrem Entscheid vom 17. September 2002 in Sachen Elektra Baselland gegen Wettbewerbskommission betreffend Zuständigkeit (01/FB-004; publiziert in RPW 2002/4, S. 648 ff., E. 4.2.2 mit Hinweis auf Botschaft und Lehre) festgehalten, das Kartellgesetz gelte bereits dann, wenn Anzeichen von Marktmacht vorliegen. Gleiches gilt hinsichtlich von Wettbewerbsabreden oder abgestimmten Verhaltensweisen. Entsprechend fällt ein Sachverhalt unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes,

wenn Anzeichen für eine Wettbewerbsabrede oder für abgestimmtes Verhalten bestehen.

4.3. Die Wettbewerbskommission sah ein Indiz für Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden darin, dass das Niveau der Terminierungsgebühren im Mobilfunk in der Schweiz überhöht ist. Überdies habe sie verschiedene Formen von Parallelverhalten der drei Anbieter beobachten können, wie zum Beispiel die Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Preise auf den gleichen Zeitpunkt hin. Zudem bestünden Hinweise, dass zwischen den drei Mobilfunkanbietern Verhandlungen zu den Terminierungsgebühren stattfanden. Sie verweist in ihrer Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 zudem auf eine im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation erstellte Studie betreffend den Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich (durchgeführt von der wik consult, Bad Honnef, korrigierte Fassung vom 24.2.2003; abrufbar unter: <http://www.bakom.ch/de/telekommunikation/marktanalysen/unterseite2/>). Dort wird unter anderem festgehalten, der Wettbewerb im Schweizer Mobilfunkmarkt sei in den ersten beiden Jahren nach der Liberalisierung durch das starke Marktwachstum stark gefördert worden. Die Wettbewerbsdynamik habe jedoch seit Mitte 2000 nachgelassen. So bestehe aus regulatorischer Sicht möglicherweise Handlungsbedarf hinsichtlich der Terminierungsentgelte, die in der Schweiz nur in geringem Ausmass unter Wettbewerbsdruck stünden.

Da von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird, dass die drei Mobilfunkanbieter die Peak und Off-Peak-Preise auf denselben Zeitpunkt, nämlich per 1. Juli 2002, angepasst haben, und da bilaterale Verhandlungen mit den beiden andern Anbieterinnen zugestanden werden, sind zumindest Anzeichen für Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden oder abgestimmte Verhaltensweisen vorhanden, welche in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

4.4. Die Wettbewerbskommission sah bezüglich der zu untersuchenden Sachverhalte auch Anzeichen für das Bestehen von Marktmacht. So seien die Preise für die Terminierung in ein Mobilfunknetz im Vergleich zu den Terminierungspreisen ins Festnetz als auch im Vergleich zu den EU-Ländern sehr hoch. Zudem seien andere Fernmeldediensteanbieter, die über kein eigenes Netz verfügten, darauf angewiesen, Terminierungsdienstleistungen in ein Mobilfunknetz in Anspruch zu nehmen.

Das Kartellgesetz definiert den Begriff "Marktmacht" nicht. Es umschreibt nur, was "marktbeherrschende Unternehmen" sind. Als solche gelten "einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten" (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG). Der Begriff des "marktbeherrschenden Unternehmens" wird ebenfalls in Artikel 7 KG verwendet. Bei der Marktbeherr-

schaft handelt es sich um eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 548). Wie bereits erwähnt, können die Wettbewerbsbehörden bereits dann die vom Kartellgesetz vorgesehenen Untersuchungsinstrumente einsetzen, wenn bezüglich eines Unternehmens Anzeichen von Marktmacht vorliegen. Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung muss hinsichtlich des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes nicht erbracht werden (BORER, a.a.O., S. 98 ff.).

Die Wettbewerbskommission hat eine erste Untersuchung gegen die Mobilfunkanbieter mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 eingestellt, nachdem sich im Retailmarkt keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben haben. In der Verfügung wurde jedoch festgehalten, die Analyse der Wholesalemärkte für in das Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste habe jedoch grundsätzlich Anhaltspunkte zu Tage gebracht, wonach die drei Mobilfunkanbieter hier je eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Die Wettbewerbskommission beurteilte die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nicht abschliessend, behielt sich jedoch diesbezüglich eine spätere Untersuchung vor. Sie hat festgestellt, dass sich die Marktsituation und die Preise seit der ersten Untersuchung nicht in grösserem Ausmass geändert haben und Anzeichen für individuelle oder kollektive Marktmachtpositionen nach wie vor beständen.

Angesichts des im internationalen Vergleich hohen Preisniveaus und der Tatsache, dass die "netzlosen" Fernmeldedienstleister von den Netzinhabern abhängig sind, kommt auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass Indizien für Marktmacht bestehen. Das wird im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

4.5. Da Anzeichen für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden und für das Bestehen von Marktmacht vorhanden sind, fallen die zu untersuchenden Sachverhalte grundsätzlich in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt indessen noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. Diese erfolgt erst bei der Anwendung der für das Zivil- und Verwaltungsrecht massgebenden materiellrechtlichen Bestimmungen. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Gesetzes bedeutet folglich noch keinerlei Werturteil (Botschaft zum KG, a.a.O., Ziff. 222).

5. Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, vorliegend gehe es um die Preisgestaltung der Interkonnektion, um die Mobilterminierungspreise. Dieser regulatorische Eingriff in die den Privaten obliegende Preisgestaltung liege ausschliesslich in der Kompetenz der ComCom. Die Wettbewerbskommission habe in Interkonnektionssachverhalten keine Befugnis, materielle Verfügungen zu erlassen.

5.1. Die Interkonnektion ist im Fernmeldegesetz geregelt. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 Abs. 1 FMG). Es soll insbesondere (Art. 1 Abs. 2 FMG) eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten (Bst. a); einen störungsfreien, die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherstellen (Bst. b); sowie einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Bst. c).

Artikel 3 des Fernmeldegesetzes definiert verschiedene Begriffe. Demnach bedeutet *Fernmeldedienst* "die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte" und *Fernmeldeanlagen*: "Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden" (Art. 3 Bst. b und d FMG). Als *Interkonnektion* gilt die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht (Art. 3 Bst. e FMG). Interkonnektion umfasst sämtliche notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen in verständlicher und vollständiger Form zusenden können. Ziel der Interkonnektion ist, dass alle Anwender von Fernmeldediensten über die Netze und Dienste aller Anbieter hinweg miteinander kommunizieren können (Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, FMG, BBl 1996 III 1405, 1425; nachfolgend: Botschaft zum FMG). Die Regelung des gegenseitigen Netzzuganges gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Fernmeldemarkt (BGE 127 II 132 E. 1a, BGE 125 II 613 E. 1a).

Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen anderen Anbieterinnen nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion, d.h. den Zugang zu ihrem Fernmeldenetz gewähren. Dabei müssen sie die Bedingungen und Preise für die einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest (Art. 11 Abs. 1 FMG). Mit der Interkonnektionspflicht soll verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieter neuen Konkurrenten mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verbauen (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1418 f., 1427).

Die Kommunikationskommission verfügt auf Antrag des Bundesamtes die Interkonnektionsbedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung

zustande kommt. Auf Gesuch einer Partei kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren, um die Interkonnektion während des Verfahrens sicherzustellen. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission (Art. 11 Abs. 3 FMG).

Die Kommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nach dem Fernmeldegesetz und dessen Ausführungsbestimmungen in ihrer Kompetenz liegen (Art. 57 FMG). Es handelt sich insbesondere um folgende Aufgaben: Erteilung der Konzessionen, bei denen eine Ausschreibung durchgeführt wurde, Genehmigung des Frequenzzuweisungsplans und Genehmigung der Nummerierungspläne. Zudem trifft sie die Interkonnektionsentscheide und belegt Verstösse gegen Konzessionen oder Verfügungen mit Verwaltungssanktionen (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1447).

5.2. Es trifft zu, dass die ComCom gestützt auf diese vom Gesetzgeber getroffene sektorspezifische Sonderregelung zuständig ist, die Preise der Interkonnektion festzulegen, wenn sich die Parteien darüber nicht selber vertraglich einigen können. Die Preisregulierung durch die ComCom ist in diesem Sinne subsidiär (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1427; vgl. auch FISCHER/SIDLER in: Informations- und Kommunikationsrecht Teil 1, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band V, ROLF H. WEBER (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2003, S. 163).

Die Festlegung der Interkonnektionspreise mangels vertraglicher Einigung obliegt somit der ComCom. Bei dieser ist jedoch kein Verfahren (mehr) hängig, in welchem eine Regulierung des Verhältnisses von Swisscom Mobile und Tele2 vorzunehmen wäre.

Im Übrigen geht es in der Untersuchung der Wettbewerbskommission entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um Fragen der Interkonnektion, sondern darum zu prüfen, ob die Terminierungsgebühren der drei in der Schweiz konzessionierten Mobilfunkunternehmen Swisscom, Orange und Sunrise auf kartellrechtlich unzulässige Abreden (Art. 5 KG) oder auf Missbrauch individuell beziehungsweise kollektiv marktbeherrschender Positionen (Art. 7 KG) zurückzuführen sind (vgl. auch die Publikation im Bundesblatt: BBl 2002 6827). Dieses Verfahren bezieht sich also auf eine andere Fragestellung und auf andere Parteien als das Interkonnektionsverfahren, in welchem die Beschwerdeführerin einer anderen Fernmeldediensteanbieterin alleine als marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber stünde und in welcher sie verpflichtet würde, dieser nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG).

Die Beschwerdeführerin verkennt die Rolle der Wettbewerbskommission, wenn sie ausführt, deren Untersuchung richte sich auf eine Festlegung kostendeckender Preise für die Terminierung von Sprachanrufen ins Mobilfunknetz. Die Aufgabe der Wettbewerbskommission be-

steht nicht in der positiven Festlegung irgendwelcher (kostengestützter) Preise, sondern darin, den wirksamen Wettbewerb vor unzulässigen Beschränkungen zu schützen beziehungsweise solche Beschränkungen aufzuheben. Die Inhalte der jeweiligen Prüfungen von Wettbewerbskommission und ComCom unterscheiden sich somit ebenfalls. Bei der Prüfung durch die Wettbewerbskommission geht es nicht um regulatorische Eingriffe in die Vertragsfreiheit, sondern darum, wettbewerbswidrige private "Regulationen" der Unternehmen zu beseitigen, damit der Wettbewerb und die Marktkräfte Wirkung entfalten können. Die Wettbewerbskommission hat die Offenhaltung der Märkte zu gewährleisten, demgegenüber haben das BAKOM beziehungsweise die ComCom bei Nichteinigung der Anbieter von Fernmeldediensten (Art 11 Abs. 3 FMG) die Märkte insoweit zu öffnen, dass aktueller und potenzieller Wettbewerb möglich wird (PIERRE RIEDER, Wettbewerbsrecht und Telekommunikation, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 171).

5.3. Konstellationen, in welchen sich die ComCom und die Wettbewerbskommission mit demselben Sachverhalt zu befassen haben, sind im Übrigen nicht ausgeschlossen (vgl. unten Ziff. 6). Eine solche Konstellation ist vorliegend aber nicht gegeben. Entsprechend ist eine Preisregulierung durch die ComCom weder erfolgt noch steht eine solche bevor. Aus der theoretischen Möglichkeit einer Preisregulierung durch die ComCom kann nicht gefolgert werden, dass die Wettbewerbskommission in ihren auf das Kartellgesetz gestützten Befugnissen in irgendeiner Weise eingeschränkt wäre, soweit nicht der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Kartellgesetz greift. Würde einer solchen Argumentation gefolgt, ergäbe sich, dass der Fernmeldemarkt vor kartellrechtlich unzulässigen Abreden und Verhaltensweisen schlechter geschützt wäre als jeder andere Markt. Das Argument der Beschwerdeführerin, eine kartellrechtliche Überprüfung sei ausgeschlossen, weil Netzwerkbetreiber und Fernmeldediensteanbieter ohne eigenes Netz die Interkonnectionsbedingungen vertraglich frei auszuhandeln befugt seien, geht fehl. Denn konsequent zu Ende gedacht, führt es zur unzutreffenden Schlussfolgerung, der Wettbewerbskommission fehle überall dort jegliche Prüfungszuständigkeit, wo die Unternehmen ihre Angelegenheiten privatautonom regeln können.

5.4. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Wettbewerbskommission habe in der ersten Untersuchung den Mobilfunkmarkt während 17 Monaten intensiv durchleuchtet, und es dürfe erwartet werden, dass entsprechende Diskriminierungstatbestände damals festgestellt worden wären.

Was die Beschwerdeführerin daraus für sich ableiten will, ist nicht ersichtlich. Die Wettbewerbskommission behauptet nicht, der Mobilfunkmarkt sei Gegenstand der hängigen Untersuchung. Sie hat in ihrer Verfügung vom 3. Dezember 2001 festgehalten, die Untersuchung

werde in den Retailmärkten eingestellt. Sie hat sich jedoch die Eröffnung eines neuen Verfahrens vorbehalten, da die Analyse der Wholesalemärkte für in das Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste grundsätzlich die Anhaltspunkte bestätige, wonach unter anderem die Beschwerdeführerin eine marktbeherrschende Stellung im betreffenden Markt einnehme (RPW 2002/1, S. 129). Im Übrigen steht es der Wettbewerbskommission jederzeit zu, im Rahmen des Kartellgesetzes Massnahmen zu ergreifen, falls Anzeichen vorhanden sind, dass wirksamer Wettbewerb durch Abreden oder andere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in unzulässiger Weise beschränkt wird.

5.5. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, es gehe vorliegend um die Frage der Interkonnektion, für die ausschliesslich die ComCom zuständig sei, weshalb der Wettbewerbskommission jegliche Prüfungs- und Verfügungskompetenz abgehe, kann nicht gefolgt werden.

6. Das Kartellgesetz ist grundsätzlich anwendbar (vgl. oben Erw. 4). Weiter ist zu klären, ob Regelungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen, die Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- und Preisordnung begründen, und damit die Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Wettbewerbskommission einschränken.

6.1. Nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, "soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen". Das Gesetz nennt als Beispiele Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

Die Botschaft zum Kartellgesetz führt dazu aus, der Gesetzgeber anerkenne, dass staatliche Markt- oder Preisordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen können. Paradebeispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs sei die Landwirtschaft. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbsliches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lasse, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 539 f.; nachfolgend: Botschaft zum KG). In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen (BENOÎT CARRON, in: TERCIER/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.).

Der Gesetzgeber wollte mit der Revision des Kartellgesetzes unter anderem erreichen, dass die Interventionen des Staates in die Wirtschaftstätigkeit vermehrt an wettbewerbsrechtlich orientierten Massstäben gemessen werden können. So soll nicht jede staatliche Intervention zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf dem fraglichen Markt führen. Die Absicht des Gesetzgebers bei der Schaffung von Artikel 3 Absatz 1 KG war, den Vorbehalt möglichst nur in engen Grenzen zuzulassen (BORER, a.a.O., Rz. 2 und 5 zu Art. 3; Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Juni 2003 i.S. Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF), 2A.520/2002/sch, E. 3.3.3 mit Hinweisen). Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden (BORER, a.a.O., S. 112 f.). Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen (vgl. BENOÎT CARRON, a.a.O. Rz. 35 zu Art. 3 KG).

6.2. Das Fernmeldegesetz soll unter anderem einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Nach Artikel 11 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest (Art. 11 Abs. 1 FMG). Kommt innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen. Auf Gesuch einer Partei kann die Kommission einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission. Die Wettbewerbskommission kann ihre Stellungnahme veröffentlichen (Abs. 3).

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen kann nicht auf einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG geschlossen werden. Diese Vorschriften haben nicht zum Ziel, den Wettbewerb auszuschliessen, sondern im Gegenteil (Art. 11 Abs. 1 FMG) Wettbewerb zu ermöglichen. Mit der Revision des Fernmeldegesetzes wurde das Netz- und Telefonimonopol der Telecom PTT aufgehoben und eine vollständige Marktöffnung angestrebt. Der Revision lag die Überzeugung zugrunde, dass die Ziele der Fernmeldepolitik mit Wettbewerb besser erreicht werden könnten als mit teilweisem Monopolschutz. Gleiches gilt auch bezüglich der Interkonnektion. Die Absicht des Gesetzgebers war es, den Wettbewerb auch bei der Infrastruktur (Netz) und bei den Diensten zu fördern. Ziel der Interkonnektionsregelung ist eine vollständige Marktöffnung und wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fern-

meldediensten (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1417; CLEMENS VON ZEDT-WITZ, Art. 11 FMG als regulatorische Marktzutrittsschranke? in sic! 5/2002, S. 368).

Der Gesetzgeber hat die Bedingungen einer Interkonktionsvereinbarung zwischen den Fernmeldediensteanbietern nicht geregelt und somit gänzlich dem Wettbewerb überlassen. Er ging davon aus, dass in einem funktionierenden Markt die Anbieterinnen aus eigenem Interesse Interkonktionsvereinbarungen abschliessen. Zur Durchsetzung der Interkonktionspflicht interveniert die Kommunikationskommission nur subsidiär, wenn sich die Parteien innert vernünftiger Frist nicht einigen können. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht somit dem behördlichen Eingriff vor (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1427).

6.3. Das Fernmeldegesetz wurde hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Belange soweit wie möglich auf das Kartellgesetz abgestimmt. Die im Telekommunikationsrecht enthaltenen Bestimmungen über die Interkonktion stellen eine *lex specialis* zu den allgemeinen Wettbewerbsregeln nach Kartellgesetz dar (PIERRE RIEDER, a.a.O., S. 171; PIERRE-ALAIN KILLIAS, Quelques aspects de l'interface entre le droit des télécommunications et législation sur la concurrence, in: Le droit des télécommunications en mutation, Fribourg, 2001, S. 327). Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass diese Regelung der wettbewerbsrechtlichen vorgehe und den Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 KG ausschliesse beziehungsweise die Wettbewerbskommission nicht Massnahmen verfügen dürfe, soweit wirksamer Wettbewerb durch Abreden oder andere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in unzulässiger Weise beschränkt wird. Das Fernmeldegesetz schliesst die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden weder ausdrücklich noch - da das Fernmeldegesetz (Spezialgesetz) nicht alle denkbaren Fälle inhaltlich und verfahrensmässig abschliessend regelt - stillschweigend aus (PATRIK DUCREY, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence - Application du nouveau droit suisse de la concurrence, S. 19, sowie PETER R. FISCHER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - eine Standortbestimmung, S. 40, beide in: Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999).

Durch die Regelung, wonach das BAKOM im Rahmen von Interkonktionsverfahren bei der Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung die Wettbewerbskommission zu konsultieren hat (Art. 11 Abs. 3 FMG), soll sichergestellt werden, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln (Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1427).

Auch das Bundesgericht hat bereits in Zusammenhang mit der Interkonktionsregelung im Fernmelderecht festgestellt, dass eine solche

sektorielle Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Fernmelde- und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorginge. Soweit entsprechende Tatbestände erfüllt seien, liessen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender Fernmeldedienstanbieter mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. So könne sich zum Beispiel ein Angebotszwang (ohne die weiteren Folgen der Interkonnektion) aus kartellrechtlichen Gründen oder ein behördlicher Eingriff in die Preisgestaltung wegen missbräuchlicher Preise rechtfertigen (Entscheid des Bundesgerichts vom 3.10.2001 i.S. Commcare AG Communications & Networks gegen Swisscom AG und Eidgenössische Kommunikationskommission betreffend Interkonnektion, 2A.503/2000/ und 2A.505/2000, E. 6c; bestätigt im Entscheid vom 5.9.2003 i.S. Cablecom GmbH gegen Teleclub AG, 2A.142/2003 E. 4.1.3).

Schliesslich kann nach *GUROVITS/JETZER/SCHMID* in gewissen Bereichen sogar eine doppelte Zuständigkeit bestehen. So sei es durchaus denkbar, dass ein Interkonnektionsstreit unter dem Aspekt der Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) von einer nach Kartellgesetz zuständigen Behörde beurteilt werde, obschon auch der Weg über die ComCom beziehungsweise über die spezifischen Regeln des Telekommunikationsrechtes offen gestanden wäre (*GUROVITS/JETZER/SCHMID*, Das schweizerische Telekommunikationsrecht, Band 1, Zürich 1998, S. 22).

6.4. Dass die Anwendung des Kartellgesetzes durch die Interkonnektionsregelung im Fernmeldegesetz nicht ausgeschlossen wird, ergibt durchaus Sinn.

Zum einen werden Interkonnektionsverfahren nach Artikel 11 Absatz 1 FMG nur auf Antrag eines Marktteilnehmers eröffnet. Wie die ComCom in ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2002 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu Recht ausführt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich immer ein Marktteilnehmer findet, der ein Interkonnektionsverfahren durchzuführen gewillt ist. So ist beispielsweise eine Konstellation vorstellbar, in der Netzwerkbetreiber bei den im Rahmen vom Fernmeldegesetz vorgesehenen Interkonnektionsverhandlungen überhöhte Interkonnektionstarife festsetzen, weil beispielsweise auch die anderen Konkurrenten überhöhte Tarife haben. Da die ComCom nur intervenieren kann, wenn die Verhandlungsparteien keine Einigung erzielen, muss auch in Fällen, in welchen bewusst überhöhte Interkonnektionstarife festgesetzt werden, eine kartellrechtliche Prüfung möglich sein (vgl. auch STEFAN BÜHLER, Wettbewerb und flächendeckende Grundversorgung in der Telekommunikation, Bamberg 1999, S. 116 ff.).

In einem Interkonnektionsverfahren kann sodann nicht geprüft werden, ob Preisabsprachen zwischen den Mobilfunkteilnehmern stattge-

funden haben, oder ob ein kollektiver Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt.

6.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesrecht (Fernmeldegesetz) im Bereich der Interkonnektionsregelung keine nach Artikel 3 Absatz 1 KG vorbehaltenen Vorschriften enthält, welche Wettbewerb nicht zulassen und im vorliegenden Fall einer Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen. Die Wettbewerbskommission ist daher befugt, hinsichtlich der Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt eine materielle Beurteilung gestützt auf die kartellgesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen und verfügungsweise zu entscheiden.

7. Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrem Begehren auf Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung implizit auch die Aufhebung von Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung, wonach der Beschwerdeführerin eine Frist von 30 Tagen (ab dem Tag der Eröffnung der Zwischenverfügung vom 17.2.2003) für die Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 gesetzt wurde.

Mit Zwischenverfügung vom 7. April 2003 hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen. Mit dieser Entscheidung wurde für die Dauer des Verfahrens vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 ausgesetzt.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 17. Juni 2003 in Sachen Elektra Baselland (a.a.O., E. 5.3.1) erwogen, dass die Wettbewerbskommission erst weitere Untersuchungshandlungen im Sinne von Artikel 26 ff. KG vornehmen dürfe, wenn die Frage geklärt sei, ob Vorschriften bestehen, welche den Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ausschliessen. Die Wettbewerbskommission hat in der angefochtenen Verfügung die Frage eines allfälligen Vorbehaltes im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG nicht geklärt, weshalb die von der Beschwerdeführerin verlangten Auskünfte, soweit es sich nicht um Fragen zum relevanten Markt und zu allfälligen vorbehaltenen Vorschriften handelte, nicht zulässig waren.

Da die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen diese Frage nun geprüft hat und zum Schluss gelangte, dass keine Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG existieren, erweist sich die Anordnung in Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung im jetzigen Zeitpunkt als richtig.

8. Die Beschwerdeführerin stellte in ihrer Beschwerde vom 15. April 2003 (FB/2003-12) das Begehren, der Wettbewerbskommission sei zu untersagen, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, die die Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 7. April 2003 unterlaufen und sie sei anzuhalten, dieser Zwischenverfügung in materieller Hinsicht nachzukommen.

Die Wettbewerbskommission führt hiezu aus, die Beschwerdeführerin habe die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zur Untersuchung hinsichtlich Artikel 5 KG (unzulässige Wettbewerbsabreden) ausdrücklich *nicht* bestritten und habe mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 selber bestätigt, dass "die Untersuchung von Abredetatbeständen ohne weiteres in der Kompetenz der Wettbewerbskommission ist", weshalb Untersuchungshandlungen der Wettbewerbsbehörden in diesem Rahmen weiterhin zulässig seien.

Das Begehren der Beschwerdeführerin beinhaltet die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der REKO/WEF. Wie aus den vorstehenden Erwägungen folgt, hat die Rekurskommission die Hauptfrage entschieden und die Befugnis der Wettbewerbskommission, hinsichtlich der Terminierungsgebühren verfügungsweise zu entscheiden, bejaht. Infolgedessen ist nun die Wettbewerbskommission berechtigt, die entsprechenden Untersuchungshandlungen gegenüber der Beschwerdeführerin vorzunehmen. Das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen erweist sich unter diesen Umständen als gegenstandslos.

9. Die Beschwerdeführerin rügt mit dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung implizit die darin vorgenommenen Kostenaufgabe (Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung).

Gemäss Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2; Art. 2) bezahlt Gebühren, wer Verwaltungsverfahren der Wettbewerbsbehörden verursacht. Diese Verordnung erlaubt bei gesetzeskonformer Auslegung eine Kostenpflicht gemäss Bundesgericht nur in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips. Nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung könne bereits die Kostenpflicht auslösen. Erweise sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestatteten, könne die Person, deren Verhalten untersucht worden sei, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (BGE 128 II 247 E. 6.1 f.).

Da es vorliegend auch darum ging, zu prüfen, ob allenfalls Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG bestehen und diese Frage nun im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geklärt wurde, um eine Rückweisung aus verfahrensökonomischen Gründen zu vermeiden (vgl. Ziff. 31 der angefochtenen Zwischenverfügung vom 17.2.2003) rechtfertigt es sich, der Beschwerdeführerin keine Kosten für das Verfahren vor der Wettbewerbskommission aufzuerlegen (vgl. Entscheid REKO/WEF FB/2003-10 E. 8). Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission ist deshalb aufzuheben.

10. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen richten sich nach Artikel 63 VwVG. Die Beschwerdeführerin unterliegt im Verfahren FB/2003-9 mit ihrem Haupt-

antrag, die Wettbewerbskommission sei nicht zuständig zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Hingegen hätte die Wettbewerbskommission die Frage vorbehaltener Bestimmungen nach Artikel 3 Absatz 1 KG in der Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 prüfen sollen. Zudem wurde das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin als zu einem Drittel obsiegend zu betrachten. Dementsprechend sind die Verfahrenskosten zu verlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Für die Zwischenverfügung vom 7. April 2003 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung werden keine Kosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin zu tragende ermässigte Kostenanteil wird mit dem am 12. März 2003 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Der Wettbewerbskommission werden keine Kosten auferlegt.

Für das Verfahren (FB/2003-12) sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen. Die Beschwerdeinstanz erhebt keine Verfahrenskosten, wenn eine Beschwerde ohne erheblichen Aufwand für die Beschwerdeinstanz durch Rückzug oder Vergleich erledigt werden kann oder andere Gründe in der Sache oder in der Partei die Auferlegung von Verfahrenskosten als unverhältnismässig erscheinen lassen (Art. 4a der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Aufgrund besonderer Umstände rechtfertigt es sich, hierfür keine Kosten zu erheben.

Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie nicht durch einen unabhängigen Rechtsanwalt sondern durch einen bei ihr angestellten Fürsprecher vertreten ist (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. a Kostenverordnung).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Verfahren FB/2003-9 und FB/2003-12 werden vereinigt.
 2. Das Verfahren (FB/2003-12) wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Die Verwaltungsbeschwerde (FB/2003-9) wird insoweit teilweise gutgeheissen, als Dispositiv-Ziffer 4 der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 aufgehoben wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
 3. [Verfahrenskosten]
 4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
 5. [Rechtsmittelbelehrung]
 6. [Eröffnung]
-

D **Entwicklungen Développements Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

ABRAHAM J.-M., GAYNOR M., VOGT W.B., "Entry and Competition in Local Hospital Markets", CMPO Working Paper Series No. 03/088, Mai 2003

BAUMOL William J., "Principles relevant to predatory pricing", Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), The Pros and Cons of Low Prices, Stockholm 2003, p. 15 ff.

BERGMAN Mats A, RUDHOLM Niklas, "The Relative Importance of Actual and Potential Competition: Empirical Evidence from the Pharmaceuticals Market", The Journal of Industrial Organization LI/4(2003), p. 455 ff.

CHAKRAVORTI Sujit, SHAH Alpa, "Underlying Incentives in Credit Card Networks", The Antitrust Bulletin 1/XLVII(2003), p. 53 ff.

CHEN Suo, SHUGARTH II William F., "Bargaining for Monopoly: The Joint Operating Arrangement Between the Denver Post and the Rocky Mountain News", The Antitrust Bulletin 1/XLVII(2003), p. 33 ff.

CRANDALL Robert W., CLIFFORD Winston, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", The Journal of Economic Perspectives 17/4(2003), p. 3 ff.

DAVIS Ronald W., "Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective", The Antitrust Law Journal 71/2(2003), p. 677 ff.

DELGADO Juan, WATERSON Michael, "Tyre Price Dispersion Across Retail Outlets in the UK", The Journal of Industrial Organization LI/4(2003), p. 491 ff.

DRANOVE D., GRON A. , MAZZEO M.J., "Differentiation and Competition in HMO Markets", The Journal of Industrial Organization LI/4(2003), p. 433 ff.

ECKERT Andrew, WEST Douglas S., "Testing for predation by a multi-product retailer", Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), The Pros and Cons of Low Prices, Stockholm 2003, p. 39 ff.

ENDE Lothar, KAISER JAN, "Wie weit ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandesaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor", *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2004, S. 26 ff.

EU-KOMMISSION, "Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen", *Amtsblatt der Europäischen Union* C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5 ff.

EVANS Carolyn L., "The Economic Significance of National Border Effects", *The American Economic Review* 94/4(2003), p. 1291 ff.

EWALD Christian, "Predatory Pricing als Problem der Missbrauchsaufsicht - Entscheidungspraxis USA und Deutschland im Luftverkehrssektor", *Wirtschaft und Wettbewerb* 11/2003, S. 1165 ff.

FACEY Brian A., WARE Roger, "Predatory Pricing in Canada, the United States and Europe: Crouching Tiger or Hidden Dragon", *World Competition* 26/4(2003), p. 625 ff.

FOCARELLI Dario, PANETTA Fabio, "Are Mergers Beneficial to Consumers? Evidence from the Market for Bank Deposits", *The American Economic Review* 94/4(2003), p. 1152 ff.

FTC (FEDERAL TRADE COMMISSION), "To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy", Washington, Oktober 2003

GERARD Damien, "'Regulated Competition' in the Automobile Distribution Sector: A Comparative Analysis of the Car Distribution System in the US", *European Competition Law Review* 10/24(2003), p. 518 ff.

GEROSKI P.A., "Competition in Markets and Competition for Markets", *Journal of Industry, Competition and Trade* 3/3(2003), p. 151 ff.

GROUT Paul A., "Defining a price squeeze in competition law", *Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), The Pros and Cons of Low Prices*, Stockholm 2003, p. 71 ff.

HÖCKELS Astrid, ROTTENBILLER Silvia, "Entbündelung, Betreiberwahl im Ortsnetz, Resale", *Wirtschaft und Wettbewerb* 12/2003, S. 1290 ff.

HOFFMANN Jochen, "Preisscheren durch vertikal integrierte Oligopole", *Wirtschaft und Wettbewerb* 12/2003, S. 1278 ff.

HOUSTON Greg, OSBORNE Carol, "Assessing the Competitive Effects of Bundling: The Australian Experience", *A Nera Perspective, Antitrust Insights*, November/Dezember 2003

KAHN Alfred E., "Lessons from Deregulation. Telecommunications and Airlines after the Crunch", *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies*, Washington 2004

KILJANSKI Kamil, "'Pass-on' in Merger Efficiency Defence", *World Competition* 26/4(2003), p. 651 ff.

LINDSAY Alistair, LECCI Emanuela, WILLIAMS Geoffrey, "Econometrics Study into European Commission Merger Decisions since 2000", *Wirtschaft und Wettbewerb* 12/2003, S. 1254 ff., auch *ECLR* 24/12(2003), S. 673 ff.

MARETTE Stephan, CRESPI John M., "Can Quality Certification Lead to Stable Cartels?", *Review of Industrial Organization* 23/1(2003), p. 43 ff.

MARÍN Pedro L., SICOTTE Richard, "Does the Separation of Regulatory Powers Reduce the Threat of Capture? Evidence from the U.S. Maritime Bureaucracy", *CEPR Discussion Paper Series No 4093*, Oktober 2003

MAZZEO Michael J., "Competition and Service Quality in the U.S. Airline Industry", *Review of Industrial Organization* 22/4(2003), p. 275 ff.

MCCHESNEY Fred S., "Talking 'Bout My Antitrust Generation: Competition For and In the Field of Competition Law", *Northern University School of Law. Law & Economics Research Paper No 03-12*, 2003

MEESE Alan J., "Price Theory, Competition, and the Rule of Reason", *University of Illinois Law Review* 2003, p. 77 ff.

MORSE M. Howard, "Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry", *The Antitrust Law Journal* 71/2(2003), p. 633 ff.

PAUTLER Paul A., "Evidence on Mergers and Acquisitions", *The Antitrust Bulletin* 1/XLVII(2003), p. 119 ff.

PEARCE DE AZEVEDO João, WALKER Mike, "Market Dominance: Measurement Problems and Mistakes", *European Competition Law Review* 24/12(2003), p. 640 ff.

PEEPERKORN Luc, "IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance", *World Competition* 26/4(2003), p. 527 ff.

SAURER Markus, "Trojanische Pferde im neuen Kartellgesetz. Problematische Ausweitung der Interventionsbasis", *Neue Zürcher Zeitung* 18 (23.01.2003), S. 25

SORENSEN Alan T., "Insurer-Hospital Bargaining: Negotiated Discounts in Post-Deregulation Connecticut", *The Journal of Industrial Organization* 11/4(2003), p. 469 ff.

SUBIOTTO Romano, O'DONOGHUE Robert, "Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC", *European Competition Law Review* 24/12(2003), p. 83 ff.

TEN KATE Adriaan, NIELS Gunnar, "Below cost pricing in the presence of network externalities", *Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), The Pros and Cons of Low Prices*, Stockholm 2003, p. 97 ff.

VEROUDEN Vincent, "Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis", *The Antitrust Law Journal* 71/2(2003), p. 525 ff.

VOGELSANG Ingo, "Price Regulation of Access to Telecommunications Networks", *The Journal of Economic Literature* XLI(2003), p. 830

WEBER WALLER Spencer, "Public choice theory and the international harmonization of antitrust law", *The Antitrust Bulletin* 2003, p. 427 ff.

WILS Wouter P.J., "Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition* 26/4(2003), p. 567 ff.

ZANE Phillip C., "The Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes", *The Antitrust Bulletin* 1/XLVII(2003), p. 1 ff.

E Diverses Divers Diversi

E 2	Gutachten Avis Pareri
E 2	1. Gutachten zur IT-Entwicklung im Bankensektor

Gutachten zur IT-Entwicklung im Bankensektor von Prof. Dr. ERNST KILGUS, Em. Ordinarius für BWL, vom 20. Dezember 2002, Universität Zürich

Auftrag und Problemstellung

Mit **Vertrag** vom 10. September 2002 hat der Auftragnehmer die Verpflichtung übernommen, bis 31. Dezember 2002 in Form eines **Gutachtens** die für die Wettbewerbsbehörden bedeutsame Frage zu beantworten, inwiefern die moderne Technologie als Mittel zur Erlangung wettbewerblicher Vorteile verwendet werden kann. Die Wettbewerbskommission hat zu diesem Zweck in einer schriftlichen Beilage zum Vertrag 28 konkrete Fragen vorgelegt, welche der Auftragnehmer Zug um Zug zu beantworten hat. Darüber hinaus ist es ihm unbenommen, weiterführende Informationen zu vermitteln, sofern diese in Zusammenhang mit der Fragestellung stehen.

In Befolgung dieses Mandates bilden die nachfolgenden 28 Antworten den **Kern** dieses Gutachtens. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, sind einige grundsätzliche und für das weitere Verständnis bedeutsame Bemerkungen des Auftragnehmers unter dem Titel "**Problemstellung**" den weiteren Ausführungen vorangestellt. Im übrigen bildet eine kurze "**Zusammenfassung**" den Abschluss der Arbeit. Quellenangaben finden sich an passender Stelle im laufenden Text. Auf eine spezielle Disposition kann hier verzichtet werden, weil die 28 Fragen die Struktur des Gutachtens hinreichend bestimmen.

In Bezug auf die "Problemstellung" ist von der Tatsache auszugehen, dass in neuerer Zeit Unternehmungen aller Art und so auch Banken auf dem Wege über **Kooperationsvereinbarungen** die Zusammenarbeit mit einem oder mehreren "Partnern" suchen. Solchen Verträgen geht üblicherweise eine Beurteilung der Stärken und Schwächen des eigenen Unternehmens und eine Abschätzung der eigenen Chancen und Risiken im unternehmerischen Umfeld voraus. Die Betriebswirtschaftslehre spricht in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit einer so genannten SWOT-Analyse, einer systematischen Un-

tersuchung von **Strength**, **Weaknesses**, **Opportunities** und **Threats**. In der Regel folgt einer solchen Analyse ein Überdenken der eigenen **Organisation**. Dabei steht immer auch die "**Auslagerung von Geschäftsbereichen**", das so genannte **Outsourcing**, zur Diskussion. Die Industriebetriebe machen von solchen Möglichkeiten schon lange Gebrauch, wenn sie beispielsweise im Grossmaschinenbau Halbfabrikate bei Dritten beziehen oder die Montage an befreundete Unternehmen vergeben. Immer wieder neu zu überprüfen ist also die Zweckmässigkeit der eigenen Organisation, was immer auch dieser sehr vielschichtige Begriff beinhalten mag. Auch die Banken, die schwergewichtig "nur" Dienstleistungen erbringen, sind nicht davon dispensiert, im Zuge ihrer strategischen und operativen Planung regelmässig organisatorische Standortbestimmungen vorzunehmen. Kooperationsverträge spielen dabei eine nicht unwesentliche Rolle. Dass dabei die Entwicklungen in **Informatik** und **Telekommunikation** mehr und mehr in den Mittelpunkt solcher Überlegungen rücken, wird wohl niemanden überraschen, der um die Bedeutung der elektronischen Mittel weiss.

Auch der schweizerische Gesetzgeber ist sich der Bedeutung des Funktionsbereiches "Organisation" schon lange bewusst. So heisst es im OR Artikel 716a:

"Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

(...)

2. Festlegung der Organisation;

Im OR, Artikel 716b, ist dann zu lesen:

"Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen."

Der Verwaltungsrat schafft damit die Grundlagen für ein **Organisationssystem**, umfassend die Festlegung der organisatorischen **Strukturen** und der organisatorischen **Ablaufprozesse**.

Im Bankengesetz wird in Artikel 3 die "innere Organisation" einer Bank angesprochen, wenn es unter anderem heisst:

"Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Bankenkommission.

(...)

Die Bewilligung wird erteilt, wenn

(...)

Die Bank hat der Bankenkommission ihre Statuten, Gesellschaftsverträge und Reglemente einzureichen sowie alle späteren Änderungen daran anzuzeigen, soweit diese den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich, das Grundkapital oder die innere Organisation betreffen."

In der Bankpraxis ist es selbstverständlich geworden, dass die Führungs- und Leitungsorgane einer Bank ein OGS, das heisst ein **Organisations- und Geschäftsreglement** erlassen und zur Genehmigung durch die EBK vorlegen. Alle später erfolgenden Änderungen, so ein mögliches Auslagern von Geschäftsbereichen, sind der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten.

In ihrem Rundschreiben "Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing)" vom 26. August 1999, mit letzten Änderungen am 22. August 2002, wird die EBK hinsichtlich des Anschlusses einer Bank an die IT-Plattform einer andern Bank oder Bankengruppe konkreter, wenn sie erklärt:

"Das vorliegende Rundschreiben umschreibt die Voraussetzungen, unter denen Outsourcing-Lösungen den Erfordernissen einer angemessenen Organisation, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes entsprechen."

Outsourcing, so heisst es weiter, liege vor, wenn eine Unternehmung eine andere Unternehmung (Dienstleister) beauftrage, **selbstständig** und **dauernd** eine für die Geschäftstätigkeit der Unternehmung wesentliche Dienstleistung wahrzunehmen. "Wesentlich" im Sinne des Rundschreibens seien Dienstleistungen, welche sich insbesondere auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationellen und rechtlichen Risiken auswirken. Im Anhang zum Rundschreiben der EBK sind Beispiele aus der Praxis angeführt, die vom Rundschreiben erfasst werden, so unter anderem:

- ?? die gesamte Wertschriftenverwaltung an einen einzigen Dienstleister;
- ?? die Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs über einen einzigen
- ?? Dienstleister oder eine einzige Korrespondenzbank;
- ?? die Datenaufbewahrung;
- ?? der Betrieb und Unterhalt von Datenbanken;
- ?? der Betrieb von Informationstechnologie-Systemen

Für die weiteren Überlegungen bedeutsam sind auch die Darlegungen im Rundschreiben, "Outsourcing" umfasse einerseits die Auslagerung von Dienstleistungen, die bisher von der Unternehmung selber erbracht wurden. Andererseits gehörten dazu auch Dienstleistungen,

die die Unternehmung neu von einem Dienstleister beziehe und welche sie somit selber bis anhin nicht erbracht habe. Wichtig ist schliesslich die Aussage, grundsätzlich sei die Auslagerung jedes Geschäftsbereiches ohne Bewilligung durch die EBK möglich. Damit wird indirekt auch klar, dass "totale" oder auch nur "partielle" Auslagerungen in Frage kommen können. Die Frage, ob ein teilweiser Anschluss einer Bank an die IT-Plattform einer andern Bank wirtschaftlich Sinn macht, ist damit natürlich noch nicht beantwortet. Darauf wird später bei den einschlägigen Fragen einzutreten sein. Nicht alles, was rechtlich zulässig ist, macht in der betriebswirtschaftlichen Anwendung auch Sinn. Tatsache aber ist, dass bei den heutigen Diskussionen um die Schaffung einer so genannten "Transaktionsbank" für zwei oder mehrere Institute meist Teilauslagerungen zur Debatte stehen. Oft ist dabei von "shared back office" die Rede. Die Begriffe werden aber so verschieden verwendet oder interpretiert, dass Strukturen und Abläufe genau aufzunehmen sind, will man zu einer objektiven Beurteilung kommen.

Abschliessend sei festgehalten, dass Informatik-Fachleute heute "Anschlüsse an die IT-Plattform" als "normale" Erscheinungen betrachten. In der Wirtschaft blüht die Informatik-Zusammenarbeit. Schweizerische Universitäten benutzen gegenseitig Hardware und Betriebssoftware. Oft entscheidet das Potenzial an Fachleuten. Stets sind aber Fragen der Sicherheit und der Geheimhaltung zu prüfen und natürlich die Bedeutung des Faktors "Zeit", der das Ausmass der anfallenden Kosten massgeblich bestimmt.

Definition "Anschluss an eine IT-Plattform" der Weko:

= das Angebot respektive die Nachfrage folgender Dienstleistungen: den Betrieb von IT-Systemen und Applikationen (Outsourcing/Processing) sowie Consulting, Implementing, Customisation und Unterhalt von IT-Systemen (Project Services)

Frage Nr. 1

Erachten Sie die oben stehende Definition von "Anschluss an It-Plattform" als sinnvoll?

Wenn nicht, liefern Sie uns bitte eine Ihres Erachtens sinnvolle Definition.

Stellungnahme des Gutachters

Alle Abklärungen (Literatur, Interviews mit Fachkräften) haben ergeben, dass der Begriff "IT-Plattform" unterschiedlich verwendet wird.

Es erscheint angesichts der Begriffsvielfalt als zweckmässig, in Anlehnung an den System-Ansatz der Betriebswirtschaftslehre (vgl. ULRICH HANS: "Die Unternehmung als produktives soziales System", Bern/Stuttgart 1968) von "**IT-System**" zu sprechen. Jede Unternehmung verfügt über ein IT-System als Teil des Organisationssystems.

Ein **IT-System als Ganzes** umfasst folgende **vier Stufen**:

- Stufe 1** die **Hardware** wie Prozessoren, Terminals, Schaltermaterial, Servers usw.
- Stufe 2** das **Betriebssystem** (Systemsoftware) mit Programmen wie Word, Excel, Power Point usw.
- Stufe 3** die **Middleware** für die Kommunikation und die Verbindungen zwischen den Systemen ("Scharnier", Prozessschnittstellen), z.B. Internet-Software, Sicherheitssysteme wie Verschlüsselungsalgorithmen usw.
- Stufe 4** die **Anwendungs-, d.h. die Applikationssoftware**, z.B. Angebot bankenspezifischer Module von Firmen wie etwa Microsoft, SAP, Apple, SAS, COMIT, IBM, SYSTOR usw.

In der Informatikausbildung an der Universität Zürich wird mit diesem vierstufigen Systembegriff gearbeitet. Er deckt sich im Wesentlichen mit jenem der Weko. Nach eigenen Abklärungen in Theorie und Praxis ist dabei am häufigsten von den Stufen 1 und 2 die Rede, wenn der Begriff der IT-Plattform verwendet wird. Vor allem unter Praktikern sind jedoch meist alle vier Stufen angesprochen, wobei anstelle von IT-Plattform immer häufiger die Bezeichnung "IT-System" Verwendung findet.

Ein Beispiel aus der schweizerischen Bankpraxis: Die CS versteht unter dem Begriff der IT-Plattform die gesamten IT- und Operationsleistungen wie Zahlungsverkehr, Wertschriftenabwicklung, Kreditgeschäft, Treasury (Devisen- und Edelmetallhandel), Stammdatenverwaltung und die Funktionen einer Depot- und Handelsbank. Auch im vorliegenden Gutachten sind immer die Stufen 1 bis 4 gemeint, wenn von IT-Plattform oder von IT-System die Rede ist.

Im Interesse einer begrifflichen Klarheit ist auch festzuhalten, dass bei diesem vierstufigen System die Bereiche Internet, E-Mail und Telekommunikation nicht automatisch eingeschlossen sind, aber im Rahmen von Stufe 3 separat geregelt werden können. Auch das Outsourcing und die Beratung sind nicht Teil des Systembegriffs sondern eigenständige Arbeitsbereiche.

Frage Nr. 2

Welche banktypischen Dienstleistungen lassen sich über eine It-Plattform verarbeiten?

Stellungnahme des Gutachters

Gefragt ist nach den banktypischen Dienstleistungen, die über eine IT-Plattform verarbeitet werden können. Zu trennen ist zwischen den **Bankgeschäften** und den Transaktionen zur **logistischen Unterstützung**.

Bei den **Bankgeschäften** ergibt sich die nachfolgende Übersicht:

Passivkreditgeschäfte

- ?? Kreditorengelder auf Sicht und Zeit (Kundengelder)
- ?? Spargelder als Kundengelder
- ?? Bankenkreditoren auf Sicht und Zeit
- ?? Passivdarlehen
- ?? Ausgabe von Kassa- und Anleiheobligationen
- ?? Pfandbriefgelder

Aktivkreditgeschäfte

- ?? Bankendebitoren, feste Vorschüsse
- ?? Kommerzielle Kredite an kleine, mittlere, grosse Firmen
- ?? Diskontkredite (Wechsel, Forfaitierungen)
- ?? Akzeptkredite
- ?? Bau- und Hypothekarkredite
- ?? Kleinkredite
- ?? Institutionelle Schuldner wie Pensionskassen
- ?? Exportfinanzierungen
- ?? Investitionskredite (Eigenkapitalbeteiligungen)
- ?? Garantien und Bürgschaften

Devisen-, Edelmetall und Geldmarkt

- ?? Devisengeschäfte
- ?? Geldmarktgeschäfte (Buchforderungen, Geldmarktpapiere)
- ?? Edelmetallhandel (Gold, Silber, Platin, Palladium)
- ?? Derivatehandel (Options, Futures, Swaps)

Anlageberatung und Vermögensverwaltung

- ?? Wertschriftenhandel
- ?? Emissionsgeschäft
- ?? Anlagefonds-Geschäft
- ?? Treuhandanlagen und -kredite
- ?? Depot- und Aufbewahrungsgeschäfte (Safegeschäft)
- ?? Asset Allocation und Portfolio-Management

Zahlungsverkehr und Akkreditivgeschäfte

- ?? Girosysteme aller Art
- ?? Bargeldlose Lohnzahlungen, Datenträgeraustausch, Lastschriftverfahren
- ?? e-Banking
- ?? Checks aller Art, Reisechecks, ec-Karte
- ?? Akkreditivgeschäfte

Beratungsgeschäfte

- ?? Rechtsberatung
-

- ?? Steuerberatung
- ?? Immobilienberatung
- ?? Finanzanalyse

Im Bereich der immer bedeutsamer werdenden **logistischen Unterstützung** sind heute auf IT-Hilfen angewiesen:

- ?? das Personal- und Lohnwesen inkl. die Sozialfürsorgeeinrichtungen wie Pensionskassen, Krankenkassen usw.
- ?? innerbetriebliche Ausbildung
- ?? Management Accounting und Controlling
- ?? Risk Management in allen Risikobereichen
- ?? Verwaltung bankeigener Liegenschaften
- ?? Informatik und Telekommunikation inkl. EDV
- ?? Statistische Arbeiten zu Gunsten der SNB, der EBK, der Weko, der Revisionsstelle, des Inspektorates (Liquidität, Eigenmittel, Auslandgelder, Kundenstrukturen, Geldwäschereistellen, Sorgfaltspflichtnachweise usw.)
- ?? eigene Forschungs- und Entwicklungsarbeiten

Die Unterscheidung zwischen "Bankgeschäften" und "Logistik" wird später in diesem Gutachten noch von grosser Bedeutung sein. Werden nämlich nur Teilfunktionen der Bank ausgelagert, so zum Beispiel das Wertschriftengeschäft, ist dafür zu sorgen, dass im Zuge der Rechnungslegung eine Zusammenführung aller Daten erfolgen kann. Management Accounting, Controlling und Risk Management erfordern immer die Gesamtschau aller Fakten.

Frage Nr. 3

Ist es aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig, IT-Dienstleistungen nur bei einer Plattform zu beziehen, oder wäre ein Anschluss einer Bank an mehrere Plattformen denkbar?

Stellungnahme des Gutachters

In **technischer** Hinsicht ist es durchaus möglich, IT-Dienstleistungen bei mehreren Anbietern zu beziehen. In allen Wirtschaftszweigen und auch im Hochschulbereich schliesst man sich sehr oft an zwei oder mehrere Plattformen an. Bei den Banken im Speziellen stellt sich ab und zu gar die Frage, ob man für die Bewältigung sämtlicher Bankgeschäfte mit einer Plattform überhaupt durchkommt. So könnte man beispielsweise, sofern es überhaupt Sinn macht, eine Hypothekengeschäfts-Applikation bei der CS und eine Wertschriften-Applikation bei der UBS beziehen. Zwei oder mehrere Plattformen zu benutzen, ist aus technischer Sicht eine Möglichkeit, manchmal aber auch eine Notwendigkeit, wenn das Angebot des Dienstleisters nicht ausreicht.

Geht man dagegen von **wirtschaftlichen** Überlegungen aus, ist es im Regelfall wenig zweckmässig, sich der Kooperation mit nur einem Partner zu entziehen. Eine einzelne Bank, sofern sie nicht Grossbank ist, hätte im Regelfall kaum eine Chance, bei der Benutzung mehrerer Plattformen wirtschaftlich über die Runden zu kommen. Jede Auslagerung bewirkt sehr zentrale Schnittstellenprobleme, welche in ihrer Wirkung das Kosten-Nutzen-Verhältnis verschlechtern. Man muss sich angesichts der vielen gesetzlichen Bestimmungen und der stetig wachsenden rechtlichen Regulierungen aller Art immer bewusst sein, dass man letztlich alle Applikationen täglich, wöchentlich, monatlich, quartalsweise und spätestens Ende Jahr "zusammenführen" muss, um den diversen Berichterstattungspflichten nachkommen zu können. Wenn es "technisch" auch machbar wäre, lässt sich ökonomisch kaum rechtfertigen, zusätzliche Auslagerungen zu suchen.

Interessant ist auch die empirisch leicht überprüfbare Beobachtung, dass es schwergewichtig die **logistischen Bedürfnisse** sind, die nach einer Zentralisierung und Konsolidierung der Daten rufen: Banken müssen das finanzielle und betriebliche Rechnungswesen tagferdig à jour halten.

Sie entwickeln Kalkulationssysteme, die in Kostenträger- und Kundenrechnungen ausmünden. Das Management hat täglich vom Stand der Liquidität, der Eigenmittel und der diversen Risikopositionen Kenntnis zu nehmen und entsprechend zu handeln. Es sei daran erinnert, dass im Rahmen des Abkommens Basel II die Banken in wenigen Jahren, voraussichtlich im Jahre 2005, gezwungen sein werden, ihre Kredite unterschiedlich mit Eigenkapital zu unterlegen, je nach Bonität des Schuldners. Dies stellt neue Anforderungen an die Betreiber der IT-Plattform. Auch wenn eine Auslagerung auf zwei oder mehrere Plattformen da und dort geringe Kostenvorteile bringen könnte, würden sie wahrscheinlich durch die Zusatzkosten an den Schnittstellen im Zuge der Konsolidierung aufgewogen. Eine Regionalbank könnte, rein technisch gesehen, kleinere und weniger bedeutsame Applikationen bei Dritten "kaufen". Wieso aber sollte sie es auch tun? Was brächte ein solcher Schritt ausser Komplikationen? Denn die Abhängigkeit von jenem Partner, der im Wesentlichen die Hardware, die Betriebssoftware und die Middleware zur Verfügung stellt, ist - wie später noch darzulegen sein wird - ohnehin gegeben.

Eine zusätzliche Bemerkung sei an dieser Stelle gestattet. Eigene Arbeiten, zum Beispiel bei einer Regionalbank im Kanton Bern, haben deutlich gemacht, dass eine jede Bankleitung regelmässig die Frage beantworten sollte, wie **gross** ein Finanzinstitut überhaupt sein müsste, damit es im Alleingang überleben kann. Wo liegt die **minimale** (Nutzschwelle), wo die **optimale** (geringste Durchschnittskosten)

ten je Leistungseinheit) **Betriebsgrösse**? Man dramatisiert die heutigen Verhältnisse in der bankwirtschaftlichen Realität wohl kaum, wenn man davon ausgeht, dass viele Banken, die den Anschluss an eine IT-Plattform suchen, zu diesem Schritt gezwungen werden, weil sie vor dem Hintergrund ständig ansteigender Sachkosten einen eigentlichen Überlebenskampf führen. Weil die Kosten im Verhältnis zu den Erlösen stärker wachsen, verschlechtert sich die Wirtschaftlichkeit von Jahr zu Jahr.

Der Anschluss an eine IT-Plattform wird gesucht, um mit der Aufgabe der bisherigen selbstständigen IT-Tätigkeit Kosten zu sparen. Man geht also davon aus, dass die IT-Kosten der betreffenden Bank nach erfolgtem Anschluss **tiefer** zu liegen kommen, als wenn weiterhin im Alleingang operiert würde.

Die IT-Kosten werden sich also nach erfolgtem Anschluss zusammensetzen aus den Kosten, die dem Betreiber der Plattform abzuliefern sind und den übrigen, bankintern anfallenden Zusatzkosten, die darüber hinaus anfallen: Personalaufwand, Sozialleistungen und Personal-Infrastrukturkosten, elektro-nische Info- und Finanzsysteme wie Telerate, Finvest oder Teledata, Unterhaltskosten für Geräte, Betriebsmaterial, Abschreibungen auf Hardware und Software usw. Als Faustregel mag eine Erfahrungsgrösse dienen, welche besagt, die Entschädigungen an den Plattform-Betreiber würden etwa drei Viertel der totalen IT-Kosten betragen. Das Beispiel zeigt, dass auch bei einer Auslagerung in der Bank selbst IT-Kosten in Millionenhöhe anfallen werden.

Werden die IT-Kosten des Betreibers der Plattform nach Auffassung der angeschlossenen Bank zu hoch, kann ein Wechsel auf eine andere Plattform erwogen werden, was in der Realität auch laufend geschieht. Man rechnet heute bei einer Migration auf die IT-Plattform eines andern - und dies wiederum im Sinne einer Faustregel - mit totalen Migrationskosten von CHF 300.- bis CHF 500.- pro Kunde. Das wären also, bei 50'000 Kundenbeziehungen als Annahme, Zusatzkosten von CHF 15 Mio. bis CHF 25 Mio. Anders ausgedrückt: die Migrationskosten werden sehr wohl die Höhe von zwei bis drei IT-Jahresbudgets im ordentlichen Betrieb ausmachen. Dies hat zur Folge, dass man sich im Grunde einen Wechsel der Plattform nur ein einziges Mal pro zehn Jahre überhaupt leisten kann. Alles andere ist wirtschaftlich kaum vertretbar. Man wird deshalb eine neue Anschlussmöglichkeit sehr wohl bedenken müssen, wobei auch die sich rasend schnell folgenden Veränderungen in der IT-Branche in Rechnung zu stellen sind. Denn die Erfahrung zeigt: die Kosten, welche jährlich den Plattform-Betreibern abzuliefern sind, steigen kontinuierlich von Jahr zu Jahr.

Frage Nr. 4**Welche Anbieter von IT-Plattformen im Finanzdienstleistungssektor bestehen in der Schweiz?****Stellungnahme des Gutachters**

Versucht man, die Anbieter von IT-Plattformen im Finanzdienstleistungssektor (auch Transaktionsbank-Anbieter genannt) in Anlehnung an die offizielle schweizerische Bankenstatistik zu gruppieren, ergibt sich das nachfolgende Bild:

Grossbanken

CS mit Partner-Modell: CS/NAB/Bank Leu

UBS mit Modell Bank for Banks

Beide Grossbanken tätigen Investitionen, um Drittbanken auf ihr System zu nehmen. Beispiele: UBS-Projekt "Bank for Banks" in bestimmten Funktionsbereichen; CS-Vereinbarung mit der Bank Linth usw. Zusammenarbeit der UBS mit Unisys (Stufe 1) und SYSTOR (Stufe 4).

Kantonalbanken

Acht IT-Plattformen, nämlich vier Gemeinschaftswerke und vier Einzelinstitute:

AGI mit LU, SG, AI, GL, FR, TG, NW, OW in Kooperation mit der "Swisscom IT Services AG"

RTC Real Time Center mit BE, BL BS, JU, AG Verbindungen zur Migros Bank und zu RBA-Banken (Kooperationsvertrag) inkl. Valiant-Gruppe, Bank Coop

FINIS mit SZ, UR, SH, Bank Maerki Baumann, Bank La Roche, bis 2002 auch Darier Hensch

UNICIBLE mit GE, VS, VD, NE

ZKB

GRKB

TIKB

ZGKB hat IT-Plattform bei AGI und Software SAP

Regionalbanken und Sparkassen

RBA-Holding

(mit RBA Zentralbank und RBA Service Center) für rund 70 Institute. Die IT-Finanzapplikation nennt sich IBIS. Kooperationsvertrag mit RTC

weitere Regionalbanken

sind nicht im Verbund, u.a. die Hypo Bank Lenzburg. Kooperationsvertrag Valiant mit Lombard Odier

Raiffeisenbanken

Haben eigenes System. Gewisse Zusammenarbeit mit AGI der Kantonalbanken (Wertschriftentransaktionsbank). Ferner Partnerschaft mit "cosba private banking AG" und mit der Vontobel-Gruppe.

Privatbanken und übrige Banken

Viele Privatbanken bieten eigene Lösungen an, so in Genf und Zürich. Kooperationen werden gesucht, so von Maerki Baumann & Co AG mit der Claridenbank (aus der CSG!), von Bank Vontobel, von Julius Bär und andere. Die Schaffung von Transaktionsbanken steht regelmässig zur Diskussion, neuerdings auch unter Einbezug von Kantonalbanken. Ferner auch Kooperation der Bank Lombard Odier Dario Hentsch mit der Valiant-Privatbank.

Fazit

Die Zusammenstellung zeigt es: Es ist fast unmöglich, die Zahl der Anbieter verlässlich anzuführen. Man geht aber wohl richtig in der Annahme, dass rund 20 IT-Plattformen die Branche charakterisieren. Versuche zu immer neuen Gruppierungen und Kooperationsformen lösen sich ab. In Informatik-Fachkreisen geht man davon aus, dass in etwa fünf Jahren noch fünf bis sechs bedeutsame Plattformen bestehen werden. Manche Experten meinen bei den Kantonalbanken allein nur noch deren zwei von bisher acht. Geprüft wird in Fachkreisen die Gründung von "Transaktionsbanken", die als IT-Plattformen dienen, ohne "Banken" im Sinne des Bankengesetzes sein zu müssen.

Unbestritten aber ist die absolute Notwendigkeit, in Anbetracht der technologischen Entwicklungen und der immer höher werdenden IT-Kosten die Zusammenarbeit zwischen Banken, Bankengruppierungen und Gemeinschaftswerken zu suchen. Aufgebrochen werden überall die Wertschöpfungsketten: Es erfolgt eine Trennung zwischen der IT-Infrastruktur, den Operations mit den Abwicklungen, der Produktion, dem Vertrieb und dem Support in der Produktion wie Risk Management, Product Management, Führung, Logistik und der verschiedenen nicht prozessspezifischen IT. Der klassischen "alten" Bank verbleibt die Gestaltung des Vertriebs in den verschiedenen strategischen Geschäftsfeldern. "Wer in der Zukunft nicht in der Lage ist, Transaktionen betriebswirtschaftlich effizient und damit kostengüns-

tig abzuwickeln, wird seine Cost-/Income-Ratio nicht verbessern können" (SYSTOR, Zürich, November 2002).

Versicherungsgesellschaften bieten derzeit keine Bankenlösungen an. Aktiv dagegen sind Produzenten von Hardware und Software-Häusern wie Microsoft, Apple Macintosh, IBM mit IT-Consulting, Hewlett-Packard oder SAP.

Frage Nr. 5

Inwiefern unterscheiden sich die bestehenden IT-Plattformen? Sind die verschiedenen IT-Plattformen in Bezug auf die Dienstleistungen vergleichbar?

Ist es notwendig, dass Anbieter von IT-Plattformen selbst auch Finanzdienstleistungen anbieten?

Stellungnahme des Gutachters

Im Wesentlichen sind die IT-Plattformen mit ihren Lösungsansätzen **vergleichbar**. Alle wollen im Prinzip dieselben Probleme lösen. Unterschiede ergeben sich in Bezug auf das Leistungsprogramm des IT-Plattform-Anbieters:

- ?? Es gibt Anbieter, welche integrierte Gesamtbanklösungen offerieren. Erfahrungsgemäss haben diese Lösungen die Schwäche, dass sie über die Zeit hinweg degenerieren.
- ?? Es besteht aber auch die Möglichkeit, Module einzukaufen und diese dann Zug um Zug zu integrieren.

In Verfolgung dieser Zielsetzung wird die Wertschöpfungskette durch klare Unterteilung in Abwicklung des Vertriebs und reine Datenverarbeitung aufgebrochen: Unterschieden wird zwischen

- ?? der IT-Infrastruktur mit den Applikationen
- ?? den Operations, das heisst der Abwicklung und der Produktion (settlement) und
- ?? dem Vertrieb mit den Produkten und dem dazugehörigen Marketing, der Preisstellung, der Beratung, dem Verkauf.

Darüber hinaus erfolgen unterstützende Leistungen (Support, so etwa in Forschung oder Beratung).

Vor diesem Hintergrund erbringen IT-Plattformen gleiche oder doch ähnliche Dienstleistungen. Alle sind eben auch darauf auszurichten, dass sie zur Einhaltung der gesetzlichen und regulatorischen Vorschriften führen. Abklärungen in der Bankpraxis haben ergeben, dass Unterschiede nur in der qualitativen Ausprägung liegen. Dabei lassen sich unterschiedliche Formen von Kooperationsmodellen erkennen:

- ?? Es ist denkbar, dass der Benutzer der IT-Plattform mit Dienstleistungen und Produkten des Anbieters arbeitet, ohne dass letzterer in die Geschäftstätigkeit eingreift.
- ?? Oft werden durch die Benutzerbank bestimmte Bereiche des Geschäfts ausgelagert (Outsourcing der Retailbank), wobei die Retailbank die Selbstständigkeit behält und unter eigenem Namen auf den Märkten auftritt.

Mit allen Systemen lässt sich aber ein Finanzinstitut führen und leiten. Am ehesten sind bei der **Kommunikationsunterstützung** gewisse Nuancen erkennbar, bei der früher schon umschriebenen "Stufe", der Middleware als Stufe 3 eines IT-Systems. Beim "**grossen Block**" dagegen, wie ihn die Praktiker in der Alltagssprache auch bezeichnen - gemeint sind die Stufen 1 und 2 des Systems - sind die Unterschiede marginal.

Alle Fachleute, die konsultiert worden sind, vertreten übereinstimmend die Meinung, es bestehe **keine** Notwendigkeit, dass Anbieter selber Finanzdienstleistungen erbringen. Es besteht aber eine gewisse Gefahr, dass bei Branchenfremden das Verständnis für den Sonderfall "Banking-IT" etwas fehlt; denn der Anbieter sollte mit Vorteil Erfahrung mitbringen. Die beiden "Grossen" aber zum Beispiel, IBM und SAP, die beide keine Finanzdienstleister sind, dürften wohl dieselben Leistungen erbringen, wie sie etwa im Grossbanken- und im Kantonalbankenbereich zu erkennen sind.

Frage Nr. 6

Sind die bestehenden IT-Plattformen für sämtliche Retailbanken geeignet, oder gibt es für verschiedene Banken-Typen spezifisch zugeschnittene Lösungen?

Stellungnahme des Gutachters

Unterschiede gibt es nur auf der Ebene der **Anwendungssoftware**, der Stufe 4 des Systems. Bei der Basis dagegen, dem Hardware-System, der Systemsoftware und der Datenbanksoftware also, gibt es kaum eine erkennbare Differenzierung.

Zweifellos gibt es jedoch im Bereiche der Applikationen (Stufe 4) auf bestimmte Bankentypen zugeschnittene Anwendungen, zum Beispiel spezifische Software für Hypothekenbanken oder für das "Private Banking". Aber die spezifischen Lösungen werden immer wieder zusammengeführt, wenn die Bank als Ganzes abgerechnet wird. Mit einer tauglichen IT-Plattform muss man aber verschiedene Bankentypen "fahren" können. Eine Kleinbank kann kein eigenes System haben. Erkennbar ist heute der Trend, dass Angebote von Lösungen von Firmen erfolgen, die **ausserhalb** der Bankenszene anzusiedeln sind, beispielsweise von SAP. Dies bedeutet in der Praxis, dass eine Bank Anwendungssoftware durchaus bei Dritten kaufen kann, auch

wenn sie grundsätzlich einer IT-Plattform verpflichtet ist. Die Frage ist immer, ob sich dies unter Beachtung der Kosten auch lohnt; denn die Zusatzkosten bleiben in der Regel, ungeachtet der Grösse der Bank, über weite Strecken konstant, haben also mehr oder weniger Fixkosten-Charakter.

Nebenbei bemerkt: es ist stets zu klären, welche **strategischen** Geschäftsfelder gemeint sind, wenn man von Retail-, Private-, Commercial- oder Investment-Banking spricht. Weltweit werden diese Populär-Begriffe unterschiedlich definiert.

Frage Nr. 7

Wie beurteilen Sie die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts im Bereich von IT-Plattformen für Finanzdienstleistungen sowie die Frist und das Ausmass möglicher Marktzutritte?

Stellungnahme des Gutachters

Die Frage ist nicht einfach zu beantworten, weil sie im Grunde eine mittelfristige Branchenprognose bedingen würde. Sie ist aber dessen ungeachtet sehr berechtigt, wie dies die Technologie-Geschichte der letzten fünf Jahre beweist. Vor allem die Jahre 1998-2000 standen im Zeichen des Glaubens an den ungebremsten Durchbruch der "New Economy"-Idee. Der amerikanische Technologie-Aktienindex Nasdaq demonstriert auf eindruckliche Weise die damals herrschende Euphorie. Die immensen Fortschritte in der **Informationstechnologie** (Steigerung der Rechen-, der Daten- und der Informationskapazitäten), verbunden mit dem Einstieg in die so genannte Nanotechnologie, haben diesen Optimismus massgeblich gefördert.

Heute, rund zwei Jahre später, hat sich diese zukunftsorientierte Einschätzung entscheidend gewandelt. Anhand des Nasdaq-Indexes lässt sich wiederum auf eindruckliche Art und Weise der Wandel in der Lagebeurteilung rein statistisch belegen. Nicht alles, was **technisch** möglich ist und künftig noch möglich sein könnte, lässt sich unter **wirtschaftlichen** Aspekten auch umsetzen. Auch schweizerische Banken, die im Zuge ihrer strategischen Planung ihr IT-System überdenken, unterschätzen häufig den Stellenwert der Faktoren "Geld" und "Zeit". Der CTO der bekannten Spitzenfirma Fujitsu Siemens Computers hat dieser Tage in einem Vortrag unter dem Titel "Quo Vadis, Informationstechnologie?" sehr überzeugend dargelegt, technologische Grenzen gebe es seiner Auffassung nach keine, dafür aber wirtschaftliche. Eine Organisation müsse auch in der Lage sein, die neuen Technologien aufzunehmen und die entsprechenden Investitionen auch finanzieren zu können.

Informatik-Fachleute in Theorie und Praxis glauben deshalb, dass es in den nächsten drei bis fünf Jahren beim "grossen Block" (Stufen 1

und 2 des IT-Systems) keine bedeutsamen Marktzutritte geben dürfte.

Bei der nächsten Stufe 3, der Stufe der Kommunikationstechnologien (sog. Middleware) müsste man schon eher etwas differenzierter argumentieren, aber auch da werden, immer nach Auffassung der Computer-Spezialisten, nicht viele Neue auftreten.

Bei der **Anwendungssoftware** dagegen, der Stufe 4 des IT-Systems, wird es immer wieder Marktzutritte neuer Anbieter geben. Es zeichnet sich ein gewisser Trend ab, dass Neue kommen, grössere und auch kleinere Software-Entwickler. Die Firma SAP mag da als Beispiel dienen. Offen bleibt aber die Frage, ob sich vor allem die vielen Kleinen am Markte auch werden durchsetzen können. Eine sich abzeichnende enorme Herausforderung für die Etablierten lässt sich dessen ungeachtet mit aller Deutlichkeit feststellen. Die jüngste Internet-Expo in Zürich hat dies verdeutlicht.

Es ist an dieser Stelle noch einmal das jüngste Rundschreiben der EBK vom 22. August 2002 in Sachen "Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing)" in Erinnerung zu rufen. Alle Entwickler von Software haben dafür zu sorgen, dass sie den drei Voraussetzungen für die Akzeptanz einer Outsourcing-Lösung entsprechen: angemessene Organisation, Erfüllung der Erfordernisse in Bezug auf Bankgeheimnis und Datenschutz. Dieser Grundsatz ist selbstverständlich auch bei "hausinternen" Lösungen zu beachten.

Frage Nr. 8

Welche Unternehmen können in den Markt für IT-Plattformen im Finanzdienstleistungsbereich eintreten?

Gibt es potenzielle Konkurrenten aus dem Ausland?

Gibt es spezifische Markteintrittsschranken für ausländische Unternehmen?

Stellungnahme des Gutachters

Im Prinzip ist der Markteintritt für jedermann **offen**. Markteintrittsschranken gibt es **keine**.

Bei dieser Frage geht es einmal mehr um die Anbieter von IT-Plattformen, die auch als Outsourcing-Firmen bezeichnet werden. Die bekannten und etablierten wurden bereits genannt: Unicable, Swisscom IT Services und RTC Real Time Center. Sie sind in einem wachsenden Markt tätig. Typisch ist die Geschichte des RTC: Die BEKB war vor rund 25 Jahren eine der Gründerbanken dieses Gemeinschaftswerkes. Neben fünf Kantonalbanken betreut es heute auch die Migros-Bank, die Coop Bank, den RBA-Verbund mit rund 80 Regionalbanken. Unicable ist der bekannteste Westschweizer Outsourcer. Zusammen mit den Swisscom IT Services, die unter anderem die AGI

übernommen hat, sind die drei bedeutendsten Wettstreiter im Wettbewerb genannt.

Die Meinung herrscht aber vor, dass wohl kaum neue Eintritte erfolgen dürften, weil sie zu aufwändig wären. Zwar gibt es, wie erwähnt, keine rechtlichen Schranken, aber es gibt ganz eindeutig finanzielle Schranken im Investitionsbereich.

Auch für **Ausländer** ist der Markt frei. Wenn Ausländer in den Schweizer Markt eintreten, gründen sie in der Regel Gesellschaften nach schweizerischem Recht (Beispiele: IBM (Schweiz) AG, SAP (Schweiz) AG usw.). Diese holen dann die notwendige Unterstützung bei ihren Schwestergesellschaften im Ausland. Dabei werden Spezialisten aus dem Ausland laufend beigezogen. Häufig fehlen aber den ausländischen Gesellschaften die bankfachlichen und typisch schweizerischen regulatorischen Kenntnisse.

In universitären Kreisen wird bedauert, dass es den schweizerischen Organisationen bis heute nicht gelungen ist, eine Standardlösung für unser Land zu schaffen. Vielleicht werden wir uns einer schweizerischen Lösung nähern, wenn die Zahl der IT-Plattformen von Banken durch Zusammenschlüsse abnehmen wird (vgl. auch Stellungnahme des Gutachters zu Frage Nr. 4).

Frage Nr. 9

Wie wird sich der Markt für IT-Plattformen mittelfristig (in ca. 5 Jahren) voraussichtlich entwickeln (Anzahl Wettbewerber, Marktstruktur etc.)?

Stellungnahme des Gutachters

In der Industrie hat man die Erfahrung gemacht, dass bei sich ändernden Marktstrukturen zunächst eine Vielzahl von IT-Anbietern erscheint und dass dann in einer späteren Phase das grosse Sterben beginnt. Manches deutet darauf hin, dass sich in der Bankbranche eine ähnliche Entwicklung abzeichnet.

Verändert haben sich die Marktstrukturen beziehungsweise die Strukturelemente des Finanzintermediationssystems: Die Art der Anbieter und der Nachfrager, die Finanzdienstleistungsmärkte, die Finanzkontrakte, die Transaktionsprozesse, die Logistik mit Einschluss der Infrastruktur und der regulatorische Rahmen mit dem Aufsichtssystem. Dabei transformiert die Technologie künftig ganze Transaktionssysteme und verändert die soziokulturellen Strukturen unserer Gesellschaft. Kooperationen sind zu begreifen als Reaktion auf den gegenwärtigen Strukturwandel, wie dies Informatikfachleute immer wieder bestätigen.

Wie früher schon erwähnt, ist eine 5-Jahres-Prognose ohne fundierte Spezialstudie zur Entwicklung von Informatik und Telekommunikation recht schwierig. Man geht aber wohl kaum fehl, wenn man davon

ausgeht, dass ein Konzentrationsprozess unumgänglich sein wird, denn die Kosten steigen überproportional an. Eine Konzentration auf wenige ist zu erwarten. Vielleicht lässt sich später einmal von einem Oligopol sprechen. Die beiden Grossbanken-Systeme der UBS und der CS, die beiden grossen Kantonalbanken-Systeme, ein System im Regionalbankenbereich und möglicherweise auch das Raiffeisen-System werden nach Meinung der Informatikfachleute überleben. Das wären dann also noch sechs an der Zahl, gegenüber 20 bis 25 heute. Die Leiter der neuen Verbindung AGI-Swisscom gehen sogar von nur zwei bis drei IT-Plattformen insgesamt aus (Referat I. ISLER, AGI Holding, vom 11.11.2002 in Bern). Aus Effizienzgründen werden **Standardisierungen** und **Normierungen** Auswirkungen sein.

Die Technologie dürfte bei dieser Entwicklung dazu führen, dass so auch kleinere Institute überleben können, weil man annimmt, dass die optimale Betriebsgrösse für Banken als Folge einer Neuverteilung der Fixkosten sinken dürfte.

Argumentiert man etwas differenzierter, muss man die Frage von der Hardware- und von der Software-Seite her getrennt angehen. Software-Häuser mit spezifischen Ausrichtungen wird es immer geben. So auch die Frage, ob sich die Neuen aber auch durchsetzen werden, ist offen und umstritten. Auch im Hardwarebereich ist vom Erscheinen einiger neuer "Nischen-Produzenten" auszugehen, die den Markt aber nicht revolutionieren dürften. Drei bis vier grosse Hardware-Produzenten (inkl. Betriebssysteme) werden die Marktstruktur bestimmen. Bei dieser Feststellung wird angenommen, dass sich Unternehmen wie IBM oder Microsoft weiterhin nicht spezifisch in den Bankensektor einschalten werden.

Zusammenfassendes Beispiel

Im Sinne einer Zusammenfassung der bisherigen Darlegungen und unter Beachtung der zukünftigen Entwicklungen sei an einem Beispiel erläutert, wie sich heute der Markt für IT-Plattformen präsentiert und wie sich das Zusammenspiel zwischen den Vertragsparteien in den nächsten Jahren vollziehen wird.

Eine Retailbank A findet den Anschluss an die IT-Plattform einer grösseren Bank G. Sie übernimmt dabei die Stufen 1 und 2 der Plattform, nämlich die Hardware und das Betriebssystem der Bank G. Im Weiteren ist sie frei, auch die Stufen 3 und 4, "Middleware" und "Software-Applikation" der Bank G zu übernehmen oder sich dann umgekehrt auf dem Markte bei einer spezialisierten Softwarefirma wie etwa SAP einzudecken. Für unsere Überlegungen ist wichtig, dass die Mitarbeit eines Softwarehauses nicht an eine bestimmte Hardware (z.B. IBM, Dec, Sun) oder an ein bestimmtes Betriebssystem gebunden ist.

So erklären SAP-Vertreter, um bei diesem Beispiel zu bleiben, dass heute ein Softwareunternehmen nur dann Erfolgchancen besitzt, wenn es in der Lage ist, bei allen Hardware-Ausstattungen und Betriebssystemen anzudocken. Dabei hat die Middleware die Schnittstellen zu regeln. Umgekehrt ist die Bank A auch nicht gezwungen, alle Software-Applikationen bei SAP zu beziehen. Die Bank A kann beispielsweise für den Handel oder für die Wertpapierabrechnung und -verwaltung ein anderes Softwareunternehmen beziehen. Günstigere Preise für Standardsoftware oder zweckmässigere Architekturen können einen solchen Entscheid bedingen. Dank dieser Flexibilität ist das Aufbrechen der Wertschöpfungskette zumindest technisch jederzeit möglich und so auch die Entkoppelung von Produktion/Verarbeitung und Vertrieb. Dies gilt sowohl für internationale und nationale Spezialisten wie für globale und nationale Generalisten, um diese vier verschiedenen Prototypen von Banken zu nennen.

Schliesslich ist es der Bank G unbenommen, in Anbetracht ihrer (sehr grossen) IT-Kapazitäten neue Vereinbarungen mit andern Banken, die Mitkonkurrenten im Markte sein können, abzuschliessen, so wie die RBA-Holding heute mit rund 70 Banken auf der gleichen Plattform zusammenarbeitet. Dies erklärt, weshalb die These vertreten wird, die Zahl der IT-Plattformen werde in Zukunft abnehmen.

Frage Nr. 10

Handelt es sich bei der IT-Plattform evtl. um ein natürliches Monopol?

Stellungnahme des Gutachters

Der Markt für IT-Plattformen stellt kein Monopol, sondern ein Oligopol dar. Wenige sind Anbieter. Bei dieser Feststellung wird wohl zu Recht vernachlässigt, dass es auf der Anbieterseite immer kleine Unternehmungen mit kleinen Applikationen geben wird. Die reine Mengenangabe beantwortet jedoch nicht die entscheidende Frage.

Entscheidend ist eher, wie der Benutzer einer IT-Plattform den Anbieter der Plattform erlebt. Wenn beispielsweise eine Regionalbank die Kooperation mit einer Grossbank beschliesst, kann sie innerhalb der nächsten zehn Jahre die Plattform nicht mehr wechseln. Arbeitsaufwand, Kosten und Zeitaufwand verunmöglichen kürzere Umstellperioden. Die Grossbank wird mit andern Worten gegenüber der Regionalbank ein "Monopol" ausüben. Auch in der Industrie lässt sich bei einem Quervergleich feststellen: wer über eine gute IT-Plattform verfügt, wird in gewissem Sinne "exklusiv". Diese Monopolsituation ergibt sich aber nicht nur im Verhältnis zu einer Grossbank. Auch Dachorganisationen, die einer ganzen Gruppe von Banken vorstehen und eine eigene IT-Plattform anbieten, sind gezwungen, gegenüber den Partizipanten eine autoritäre Position zu beziehen. Es ist von der Sache her unvermeidlich, dass der Anbieter, etwa

bei der Einführung von Neuerungen, befiehlt und der Partner, vielleicht sogar *contre coeur* zu gehorchen hat. Wenn 30 von 70 Mitgliedbanken ein modernes e-banking wollen, die Mehrheit von 40 Banken aber nicht, können die Unterlegenen die "Monopolposition" des Anbieters akzeptieren.

Man muss sich bei einer kritischen Beurteilung dieser Gegebenheiten stets bewusst sein, dass der so genannte "grosse Block" eines IT-Systems - Hardware also und Betriebssoftware - keine statische Grösse darstellt, die unverändert Jahre überdauert, sondern sehr dynamisch permanenten Änderungen und Anpassungen unterworfen ist.

Nicht umsonst beträgt die Abschreibungsperiode für den "grossen Block" in der Schweiz zwischen zwei und drei Jahren. Diese Tatsache verstärkt natürlich den Eindruck beim externen Betrachter der Szene, der Anbieter der IT-Plattform **verhalte** sich im Alltag monopolistisch. Er wird zu gegebener Zeit in bestimmter Weise die Veränderungen bekanntgeben und dem Partner wohl keine Wahl lassen, diese zu akzeptieren. Natürlich ist dies alles auch eine Frage der beidseitigen unternehmerischen **Kultur**, eine Frage, wie man miteinander umgeht. Freiraum aber besteht da für den Unterstellten nur wenig, von der Anwendungssoftware der Stufe 4 des Systems immer abgesehen. Dort bleibt Platz für Extravaganzen, wenn man über die notwendigen finanziellen und personellen Mittel verfügt. Je nach der Ausgestaltung der Kooperationsverträge ist es so möglich, dass der Anbieter der Plattform "lediglich" als Rechenzentrum dient.

Frage Nr. 11

Welche Abhängigkeiten ergeben sich, wenn eine Grossbank einer Retailbank ihre IT-Plattform zur Verarbeitung von Bankdienstleistungen zur Verfügung stellt (insbesondere zwecks Kontoführung, Wertschriften-Abwicklung, Buchhaltung, als Rating Tool, für das e-Business etc.)?

Stellungnahme des Gutachters

Art und Umfang der Zusammenarbeit zwischen Grossbank und Retailbank werden durch **Vertrag** geregelt. Es ist Sache der beiden Vertragsparteien, den materiellen Inhalt ihrer Kooperationsvereinbarung zu bestimmen. In der Regel legt man dem Abkommen eine "Modellvorstellung", ein klar umschriebenes Konzept zugrunde, welches den arbeitsteiligen Prozess ordnet. Eine feste und für alle Beteiligten verbindliche "Musterlösung" für ein solches Konzept kann es aber aus naheliegenden Gründen nicht geben. Jede Partei hat von ihren betriebsinternen Gegebenheiten auszugehen, die auch entscheidend sind für die Beantwortung der Frage nach den Abhängigkeiten. Jeder Fall muss einzeln geprüft werden und bedingt so auch eine individuelle Antwort.

An dieser Stelle kann man höchstens von praktischen Lösungen berichten, die sich im Alltag zu bewähren scheinen. Die zur Anwendung kommenden **Modelle** sehen in der Regel eine klare Trennung zwischen **Bankgeschäft** und operativer **IT-Unterstützung** vor. Im Kundenfront-Bereich behält die Retailbank die volle Freiheit in Bezug auf die Wahl der strategischen Geschäftsfelder wie Vertrieb, Kredite, Anlagen und übrige Dienstleistungen. Die IT-Plattform der Grossbank dagegen übernimmt die operative Dienstleistungen wie Zahlungsverkehr, Wertschriftenabwicklung, Treasury (Devisenhandel, Termingeschäfte, Devisenoptionen und Edelmetalle), Stammdaten- und Depotverwaltung. Ferner garantiert die Grossbank die ordnungsmässige Rechnungslegung. Bei diesen Abgrenzungen können sich fallweise kleine Differenzen ergeben. Der hier skizzierte Ansatz aber dürfte der Realität gerecht werden.

Unzureichend beantwortet ist damit noch immer die Frage nach den gegenseitigen **Abhängigkeiten**. Voneinander abhängig sind beide Parteien. Sie beziehen, wie immer bei privatrechtlichen Vertragsverhältnissen, auf der einen Seite eine "Leistung" und erbringen dafür andererseits "Gegenleistungen".

Der Vertrag ist fair, wenn sich Leistungen und Gegenleistungen in ihrem Werte entsprechen. Die Retailbank bleibt bei diesem Modell eine rechtlich völlig selbstständige Bank im Sinne einer eigenständigen Einheit. Trotz der IT-Auslagerung werden alle Rechtsbestimmungen gemäss Bankengesetz eingehalten. Die Retailbank kann ihre eigenen Produkte auf der Grossbanken-Plattform der Grossbank übernehmen. Die Freiheit der Vermittlung von Drittprodukten bleibt der Retailbank erhalten. Kurz: sie muss in keiner Phase auf ihren eigenen Marktauftritt verzichten. Sie kann Schuldner betreiben und von Gläubigern betrieben werden. Sie muss an der Kundenfront Geld verdienen, um den Vertragspartner, die Grossbank also, für deren Dienste entschädigen zu können und sie sollte überdies einen Reingewinn erzielen, um eine angemessene Dividende an ihre Aktionäre ausschütten zu können.

Dagegen hat bei der Retailbank eine vollständige Umstellung auf die Grossbanken-Applikationen zu erfolgen. Die Arbeitsabläufe werden durch die IT-Plattform determiniert. Die Mitarbeiter der Retailbank haben Zugriff auf die gleichen Funktionalitäten wie jene der Grossbank. Im Schalterbereich und an den multinationalen Arbeitsplätzen mit ihrer EDV-Ausrüstung sind die Grossbanken-Lösungen zu übernehmen. Im Bereiche der Operationen gibt es also bei der Regionalbank keine eigenen IT-Systeme. Die Retailbank muss vielmehr ein internes Weisungswesen aufbauen, das jenem bei der Grossbank entspricht.

Grob vereinfachend lässt sich sagen, **Unabhängigkeit** bestehe für die Retailbank an der Geschäfts- und Kundenfront, **Abhängigkeit**

dagegen in einem grossen Teilbereich, der so genannten Logistik. Der organisatorische Freiraum wird bei der Retailbank eingeengt. Würde sie aber im Alleingang ein Überleben nicht schaffen, wird sich dieses Opfer zweifellos lohnen. Nach eigenen Beobachtungen wird die Retailbank im Regelfall das ganze Programm übernehmen, welches die Grossbank anbietet und bei der Realisierung des Anschlusses auch von den permanenten Fortschritten in IT-Forschung und -entwicklung profitieren.

Die Kosten im IT-Bereich sind dermassen angestiegen, dass tendenziell ein Zusammenrücken erfolgen muss. Man rechnet heute mit steigenden IT-Kosten von 6% bis 10% pro Jahr. Auch Kantonal-, Raiffeisen- und Privatbanken sind gezwungen, diese Politik zu verfolgen. Kooperation aber kann nur erfolgen, wenn man freiwillig Teile seiner Unabhängigkeit zu Gunsten einer neuen Idee aufgibt. Sollte man Retailbanken solche Anschlüsse grundsätzlich verbieten, um die Konkurrenz auf den Finanzmärkten nicht einzuschränken, gefährdet man eben diesen Wettbewerb, indem die allein gebliebene Retailbank möglicherweise untergeht und so auf den Märkten verschwindet.

Frage Nr. 12

Insbesondere: Ist davon auszugehen, dass die Retailbank dadurch in der Auswahl und Gestaltung der Produkte, die sie anbietet, eingeschränkt wird?

Wenn ja, inwiefern und was gilt bezüglich der Innovation von eigenen Produkten der Retailbank?

Stellungnahme des Gutachters

Wie vorhin schon erwähnt, ist in der Kooperationsvereinbarung vertraglich zu regeln, welche Leistungen die Grossbank für die Regionalbank zu den vereinbarten Konditionen erbringt. Normalerweise stellt sie der Regionalbank ihre IT-Plattform uneingeschränkt zur Verfügung, so dass sie sämtliche zugänglichen und sinnvollen Applikationen für eigene Zwecke benutzen kann. Auch ist die Grossbank in der Regel bereit, im Auftrage der Retailbank das Produkte- und Sortimentsangebot zu erweitern und Applikationen und Zusatzfunktionalitäten zu entwickeln, welche sämtliche auf der IT-Plattform betrieben und der Regional- beziehungsweise Retailbank zur Nutzung und zur Verfügung gestellt werden. Schliesslich wickelt die Grossbank für die Retailbank auf der IT-Plattform auf ihren Wunsch hin besondere Transaktionen ab, wobei die beiden Parteien während der ganzen Dauer des Vertrags jederzeit die Möglichkeit besitzen, zusätzliche Transaktionen zu definieren.

Weil die Liste der Transaktionen trotz ihres erheblichen Umfangs zumindest Lücken aufweisen kann, könnte man anmerken, die Retailbank könnte da und dort in der Auswahl und Gestaltung etwas eingeschränkt sein. Sensationelle Innovationen der Retailbank dürf-

ten wahrscheinlich in dieser Liste der Transaktionen tatsächlich noch nicht erfasst sein. Wichtig aber ist die Feststellung, dass der Retailbank überhaupt Freiraum für Innovationen verbleibt. Wenn sie in diesem Sinne schöpferisch wird, muss sie aber die Schnittstellen zum etablierten IT-System der Grossbank selber auf eigene Kosten regeln. So gibt es beispielsweise im Regionalbankensektor einzelne Institute, die eigene Liegenschaftenverwaltungs-Programme betreiben. Auch verfügt die Claridenbank, die immerhin zur CS-Gruppe gehört, über eine eigene Lösung im Private Banking.

Auch wenn man gewisse Einschränkungen nicht übersehen und bagatellisieren soll, ist doch bei der Bewertung dieser Einschränkungen Vernunft angebracht. Nicht jede Eigenheit im Bankgeschäft ist eine echte Innovation.

Wenn wir zur Kenntnis nehmen müssen, dass heute im schweizerischen Bankensystem etwas über 80 Hypothekar-Varianten angeboten werden, stellt sich schon die Frage, was dies alles soll und wer denn auf die 81. Variante warten dürfte. Wie früher schon dargelegt, hat die Retailbank grosses Interesse, alle ihre Transaktionen auf der IT-Plattform der Grossbank abzuwickeln. Und so wird sie auch die Neigung haben, ihr Sortiment nötigenfalls etwas einzuengen, wenn sie damit nicht ihre Kundschaft verärgert.

Frage Nr. 13

Mit welchen Kosten und sonstigem Aufwand wäre ein Wechsel der Retailbank auf eine andere IT-Plattform verbunden? Führt dieser Aufwand dazu, dass der Wechsel auf die IT-Plattform der Grossbank (eventuell während einer gewissen Zeitdauer) als irrevisibel erscheint?

Stellungnahme des Gutachters

Die Frage nach den anfallenden Kosten beim Anschluss an die IT-Plattform einer Grossbank ist eine der ganz zentralen. Nun liegt es aber bei diesem Gutachten im Wesen aller Fragestellungen, dass im Grunde nie von einem konkreten Fall in der Praxis, sondern stets von nie näher definierten Parteien die Rede ist, welche sich über eine Vereinbarung verbinden. Dies muss zwangsläufig zu sehr allgemein gehaltenen Antworten führen. Vor allem ist eine "klassische" Kostenanalyse mit echten, realen Zahlen, die an sich so wichtig wäre, nicht möglich. So muss im Folgenden versucht werden, einige generell gültige Zusammenhänge aufzuzeigen.

Unter der Annahme, dass die Retailbank bereits seit langem besteht und Anschluss an eine IT-Plattform, zum Beispiel jener der RBA gefunden hat, ist zunächst von den jährlich anfallenden laufenden Kosten im alten Zustand auszugehen. Ein Beispiel: eine kleine Regionalbank zeigt in ihrer letzten Jahresrechnung folgende (echte) Zahlen:

??	totaler Sachaufwand gemäss Finanzbuchhaltung			CHF 1'600'000.-
??	davon entfallen auf:			
??	Rechenzentrum	CHF	480'000.-	
??	Lizenzgebühren	CHF	75'000.-	
??	EDV-Beratung	CHF	40'000.-	
??	Interbanken-DL	CHF	120'000.-	CHF 715'000.-
??	dies ergibt einen IT-Kostenanteil von			ca. 45%

Dieser Anteil ist nach weiteren Beobachtungen im schweizerischen Vergleich relativ hoch. Im Allgemeinen wird von 30%–40% IT-Kostenanteil am Sachaufwand ausgegangen.

Als nächstes ist zu beachten, dass die Retailbank aufgrund ihres Ausscheidens aus dem bisherigen Vertragsverhältnis eine **Austrittsschädigung** in Millionenhöhe zu bezahlen hat. Diese richtet sich in der Regel nach der Höhe der Bilanzsumme der austretenden Bank.

Auf der Gegenseite hat die Retailbank der Grossbank die einmaligen **Investitionskosten** im Sinne von Initialkosten, welche bei der Auslagerung entstehen, zu entrichten. Die Initialkosten setzen sich zusammen aus den Setup-Kosten (IT-Anpassungen, Hard- und Software) und den Migrationskosten (Datenmigration, Übernahme von Titel- und Geldbeständen, Schulung der Mitarbeiter usw.). Auch hier geht es um Millionenbeträge. Und schliesslich sind dann die **jährlich wiederkehrenden** neuen IT-Kosten in die Rechnung einzubeziehen. Wie erwähnt mit etwa 30%-40% des neuen, totalen Sachaufwandes, auch wenn Anbieter von Plattformen betonen, es liessen sich nach erfolgter Migration etwa 15% an Entwicklungskosten und 5% an Wartungskosten einsparen. Sie gehen davon aus, dass Eigenentwicklungen nur noch zur Differenzierung erfolgen.

Soviel zu den Elementen, welche in eine Kostenrechnung eingehen. Eine Verfahrensweise ist hier angedeutet, die in der Bankpraxis offenbar enorme Schwierigkeiten bereitet. Da ist einmal in Rechnung zu stellen, dass die beteiligten Banken in der Regel ihre tatsächlichen, objektiven IT-Kosten nur annäherungsweise kennen. Mit welchen kalkulatorischen Abschreibungen pro Jahr wird gerechnet? Wird das gesamte investierte Kapital (Fremd- und Eigenkapital-Anteil) verzinst und, wenn ja, zu welchem Zinssatz? Werden bei der Kostenbestimmung nur die IT-Kosten i.e.S., das heisst die Kosten an den IT-Kostenstellen, in die Kalkulation übernommen oder kommen zusätzlich auch die IT-abhängigen variablen Kosten in den Frontbereichen in Anrechnung. Prof. HANS GEIGER von der Universität Zürich, der seinerzeit als Generaldirektor der CSG für die IT-Integration der damaligen Schweizerischen Volksbank verantwortlich war, vertritt in einem Aufsatz die Meinung, die Kostenfrage sei mit Hilfe einer klassischen

Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung nicht zu beantworten, zu komplex und zu unterschiedlich präsentierten sich die rechnerischen Systeme.

Er spricht sich dafür aus, eine Gesamtbewertung der Bank als Ganzes vor und nach der Migration vorzunehmen, um den Wertunterschied zu bestimmen, wobei, nebenbei bemerkt, die Substanz- und Ertragswertberechnungen auch ihre Tücken aufweisen.

Welche Konklusionen sind aus diesen Erkenntnissen zu ziehen? Da steht zunächst die Tatsache fest, dass eine einzelne kleine oder mittlere Retailbank im Alleingang die IT-Kosten, wie immer man sie im Detail auch rechnet, nicht mehr zu tragen vermag. THOMAS LANDOLT und PIERRE-ANDRÉ SCHLUMBERGER von der IBM (Schweiz) AG halten in einem Aufsatz **"Eine Bank muss nicht alles selber machen"** (vgl. Schweizerische Handelszeitung Nr. 44 vom 30.10.2002) zu Recht fest:

"Immer mehr Banken erkennen, dass die Fixkosten der Logistik - jene der Transaktionsverarbeitung und der zugehörigen Informatik - zu einer gefährlichen Stelle werden können. Den kleineren und mittelgrossen Instituten fehlt die kritische Masse des für die Rentabilität erforderlichen Geschäftsvolumens; ihre Grösse reicht nicht aus, um die erforderliche Infrastruktur zu betreiben und zu unterhalten oder das Fachwissen des Personals auf dem neuesten Stand zu halten."

Der Anschluss an eine bestehende IT-Plattform wird zur Notwendigkeit. Ersatzinvestitionen sind oft kaum mehr tragbar. Ein Kostenvergleich zwischen "alter" und "neuer" Lösung ist sicherlich unumgänglich, doch ist dabei zu beachten, ob die erbrachten Leistungen identisch und reine Kostenvergleiche nicht vor falschem Hintergrund vorgenommen werden. Unter Beachtung des anfallenden Nutzens kann so die kostengünstigere Lösung zur wirtschaftlich schlechteren werden. Nach eigenen, allerdings nur fragmentarischen Abklärungen wird der Anschluss an eine Grossbanken-Plattform nicht unbedingt kostengünstiger ausfallen, wenn man die weiteren Gegenstände in der vertraglichen Vereinbarung ausser Acht lässt.

Es sei an dieser Stelle nochmals daran erinnert, dass bei diesen reinen Kostenüberlegungen zentrale Fragen wie Datenschutz, Bankkundengeheimnis, Geheimhaltung, Service Levels, Wartung und Weiterentwicklung der IT-Plattform, Möglichkeiten der Individualanpassungen des Systems, Archivierung und Sicherheit, um nur einige zentrale zu erwähnen, nicht einbezogen werden.

Die Vermutung ist nicht unbegründet, dass der Plattformwechsel zu einer Grossbank für die Retailbank zu einer sehr aufwändigen Angelegenheit wird, die möglicherweise durch das kleinere Institut nur dann wirtschaftlich zu verkraften ist, wenn die Grossbank unter ihren

Selbstkosten offeriert, zum Beispiel durch Verrechnung nur der anfallenden Grenzkosten, das heisst der neu anfallenden variablen Grenzkosten (zusätzliche Mitarbeiter, zusätzliche Materialkosten, zusätzliche Energiekosten usw.). Günstiger liegen die Verhältnisse, wenn weitere Retailbanken die IT-Plattform der Grossbank benutzen, was zu einer vorteilhafteren Verteilung der Fixkosten auf die Benutzer führt. Dies allerdings stets unter der Voraussetzung, dass die Grossbank die sinkenden Durchschnittskosten über eine Senkung der Preise weitergibt. Damit steht sofort die weitere Frage im Raum, warum dies die Grossbank denn überhaupt tun sollte? Vielleicht deshalb, weil bei der Grossbank freie Rechen-, Daten- und Informationskapazitäten zur Verfügung stehen und so Beiträge an die ohnehin bestehenden Fixkosten erwünscht sind.

Unter Beachtung all dieser geschilderten Zusammenhänge und des gewaltigen Kostendrucks bei einer Migration ist wohl deutlich geworden, dass ein Plattformwechsel höchstens einmal pro Jahrzehnt in Frage kommen kann. So gesehen ist ein vollzogener Wechsel wohl irreversibel, nicht umkehrbar.

Frage Nr. 14

Inwiefern ist zu erwarten, dass die Grossbank infolge des Anschlusses an ihre IT-Plattform auf die Geschäftspolitik der Retailbank (namentlich hinsichtlich der Produktegestaltung, der Preise, der Investitionen, des Absatzes oder der Gewinnverwendung) Einfluss nehmen kann?

Ist zu erwarten, dass die Grossbank sich bei solchen Entscheidungen durchsetzen kann?

Wäre diese Frage anders zu beantworten, wenn sich nicht eine Gross- und eine Retailbank sondern zwei etwa gleich grosse Partner gegenüberstünden? Wenn ja, weshalb?

Stellungnahme des Gutachters

Es wurde schon dargelegt: die Grossbank wird alle Investitionsentscheide im IT-Bereich autonom treffen. Sie beschliesst auch alle Weiterentwicklungen des Systems. Die Retailbank muss dieser Entwicklung folgen, ob es ihr passt oder nicht.

So gesehen, wird die Grossbank auf die Geschäftspolitik der Retailbank Einfluss nehmen, aber nicht willkürlich, weil sie der Retailbank schaden möchte, sondern unwillkürlich: weil auch die Grossbank gezwungen ist, Kosten zu sparen und Erneuerungsinvestitionen zu tätigen. Sie wird auch der Retailbank für den Anschluss an die IT-Plattform Rechnung stellen und die Retailbank wird zu Anpassungen gezwungen sein: bei der Entwicklung einer kostendeckenden Preispolitik, bei der Festlegung der Sortimentsbreite und -tiefe im Produktbereich, bei der Gestaltung der Vertriebs- beziehungsweise Filialpo-

litik. Die Grossbank, auch wenn sie gegenüber der Retailbank in allen weiteren Belangen auf Distanz bleibt - wird sich immer durchsetzen. Sie wird grundsätzlich befehlen und der Schwächere hat zu gehorchen.

In den Frontbereichen dagegen wird das Management der Retailbank autonom handeln. Sie bestimmt die Geschäftsfelder und -arten, legt die Preis- und Konditionenpolitik fest, bestimmt die Kredit- und Anlagepolitik und trägt die dazugehörigen Risiken. Im Extremfall ist die Grossbank lediglich Rechenzentrum, Abwicklungsstelle und Verarbeitungszentrum. Die ganz grosse **Chance** für die Retailbank besteht darin, sich am Markte und so an der Kundenfront mit hervorragenden Geschäfts- und Beratungsleistungen zu profilieren, unterstützt von einer wahrscheinlich immer höchst modernen Logistik.

Dies alles, das sei noch einmal betont, gilt immer für den Fall, dass bei der Grossbank lediglich "gerechnet" wird. Wenn die Grossbank aber bei der Retailbank andere Pläne realisieren möchte, immer über den blossen IT-Bereich hinaus, wird sie auf einer anderen Ebene Einfluss nehmen.

So könnte sie die dauernde **Refinanzierung** sicherstellen, der Zusammenarbeit eine gemeinsame Standortpolitik für die **Filialen** zugrunde legen oder über eine **Beteiligung** den Kooperationspartner in den Rang einer Beteiligungs- oder Tochtergesellschaft im **Konzernverbund** erheben. Mit andern Worten: der Grossbankeneinfluss wird wegen des IT-Bereichs allein ein begrenzter sein, weil die gesamte Risikopolitik sowie das Controlling in der Hand der Retailbank verbleibt. Er wird an Bedeutung aber zunehmen, wenn in der Kooperationsvereinbarung neue und bedeutsame Absprachen Aufnahme finden. Nach unserem Dafürhalten ist aber in einem solchen Falle nicht der "Anschluss an die IT-Plattform" der Verursacher einer erhöhten Einflussnahme, sondern der Wille der beiden Vertragsparteien, Teile ihrer Geschäftspolitik abzusprechen und gemeinsam gewisse partielle Teilentscheide in unternehmungspolitischen Belangen zu treffen. Wie bedeutsam diese Absprachen sind, ist fallweise zu prüfen. Die Grösse der Retailbank dürfte entscheidend sein, um den Stellenwert solcher ergänzender Absprachen zu bestimmen. Auf der Grossbankenseite muss ja auch ein erkennbares Interesse gegeben sein, Einfluss auf die Retailbank zu nehmen. Die Partnerschaft mit einer kleinen Landsparkasse wird ja wohl kaum Anlass sein, die Wachstumspolitik der Grossbank massgeblich zu steuern.

Bleibt die Zusatzfrage, was denn geschehen könnte, wenn sich **zwei etwa gleich grosse Partner** gegenüberstünden. In andern Wirtschaftszweigen, so etwa im Flugverkehr, wurde dieser Fall erprobt: während langer Zeit bestand im Reservationssystem eine Partnerschaft zwischen Swissair und Austrian Airlines. Swissair war in diesem System der "Gastgeber", verfügte über den Rechner und hat auch bei

allen Veränderungen dominiert. Nach Aussage der damals Betroffenen hat eine solche Lösung aber problemlos funktioniert. Österreich war zu klein, um autonom zu verfahren. Das Ende der Kooperation kam erst mit der Einführung der Globalisierung des Reservationssystems. Nach Meinung aller muss eine der beiden Parteien bei paritätischen Lösungen führen, auch wenn beide Beteiligten etwa gleich gross sind. Umgekehrt ist damals eine Partnerschaft zwischen Swissair und SAS nicht zu Stande gekommen, weil beide 51% des Kapitals einbringen wollten.

Wenn man heute etwa davon spricht, die beiden ehemaligen Privatbanken Julius Bär und Vontobel suchten eine gemeinsame IT-Plattform, beispielsweise über die Gründung einer "Transaktionsbank", dann ist zu klären, welcher der beiden Partner bei der Realisierung die Federführung übernimmt. Die gewählte Lösung muss deswegen nicht undemokratisch sein. Aber auch hier geht es letztlich "nur" um die Bewältigung der IT-Logistik und nicht um eine geschäftspolitische Einflussnahme.

Frage Nr. 15

Inwiefern ist zu erwarten, dass sich eine Retailbank dem Regime der Grossbank "freiwillig" unterzieht, das heisst, ihre Geschäftspolitik an die Wünsche der Grossbank anpassen wird, ohne dass letztere eine Möglichkeit zur direkten Einflussnahme haben muss?

Stellungnahme des Gutachters

Die Frage Nr. 15 soll vor dem Hintergrund einer konkreten Gegebenheit beantwortet werden: in der Wirtschaftspresse unseres Landes war Mitte August 2002 zu lesen (vom Gutachter gekürzte Zusammenfassung):

Im August 2002 schliessen sich die drei grössten Schweizer Regionalbanken, nämlich

- ?? die Berner Valiant-Gruppe,
- ?? die Luzerner Regiobank und
- ?? die Aargauer Interregio-Bank

zusammen. 1996 ist zunächst die Luzerner Regiobank entstanden, und zwar durch Fusion der Luzerner Landbank und der Volksbank Willisau. Die Landbank hatte schon 1994 mit der Bank in Sempach fusioniert. Im Jahre 2000 übernahm die Regiobank ferner die Volksbank Ruswil.

1997 entstand die Valiant-Gruppe durch Zusammenlegung der Gewerbekasse in Bern, der Spar- und Leihkasse Bern sowie der BB Bank Belp. 1997 übernahm sie ferner die Ersparniskasse Murten, später die Bank in Langnau und anfangs 2002 die KGS Sensebank in Heitenried/FR.

Ende 1998 fusionierte im Aargau die Bank in Menziken, die Bank in Reinach und die Bank Suhrental zur IRB Interregio Bank. Sie wurde damals zur zweitgrössten Regionalbank.

Heute dominiert die Valiant die Regionalbanken mit einer Bilanzsumme von CHF 17 Mia. und rund 1'000 Beschäftigten.

Zugegeben: bei dieser Pressemitteilung geht es immer um Fusionen, nicht um Partnerschaften und nicht um eine blosse Zusammenarbeit im IT-Bereich. Die Beispiele zeigen aber (zwischen den Zeilen) die Notlage, in der sich kleine und mittlere Retailbanken heute befinden. Banken dieser Art führen einen Überlebenskampf und sind anlehnungsbedürftig. Hätten sie vor den erfolgten Fusionen überhaupt Anschluss an eine Grossbanken-Plattform gefunden, würde die Kostenfrage über ihr künftiges Schicksal bestimmen. Sie müssten sich nach der Decke strecken, ohne dass sie von der Grossbank schikaniert würden. Anlehnungen an die Grossbank würden gesucht.

Die Suche nach dem Machbaren ist für deren Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen wichtiger als die Suche nach weiteren Freiheiten oder gar nach Macht. Wieso verfügt eine Migros-Bank heute über die gleiche IT-Lösung wie Kantonalbanken? Weil die Vorteile von Gemeinschaftswerken unübersehbar sind. Freiwillige Anpassungen an eine Grossbanken-Lösung dürften immer mehr auch an der Geschäftsfront erfolgen, bei den Produkten und im Vertriebssystem mit den Filialen. Das gleiche Retail-Paket mit Plastikkarte kann sowohl von der Grossbank wie von der angeschlossenen Retailbank angeboten werden. Das Marktpotenzial ist in der Hand der Retailbank. Ob sie es nutzt oder nicht, hat mit dem IT-Anschluss bei der Grossbank nichts zu tun. Wenn sie "freiwillig" Anlehnung sucht, wird sie möglicherweise Dinge übernehmen, welche die Grossbank besser macht, zum Beispiel im Finanzberatungsdienst, in der Schalterhalle, bei der Festlegung von Kreditfazilitäten.

Viele Mitglieder des Kaders von Retailbanken halten bei offenen und ehrlichen Gesprächen immer wieder auch fest, dass die grossen Institute über besser geschulte Bankfachkräfte und Informatiker verfügen. Dort Anschluss zu suchen und auch geschäftlich mit ins Spiel zu kommen, ist verständlich. Als Gründer und später während 13 Jahren als Leiter der im Jahre 1987 neu geschaffenen "Swiss Banking School" hat der Gutachter unzählige Male Beobachtungen dieser Art bestätigt gefunden.

Frage Nr. 16

Falls nicht zu erwarten ist, dass die Grossbank allein aufgrund des Anschlusses der Retailbank an ihre IT-Plattform deren Geschäftspolitik massgebend beeinflussen kann: welche Elemente müssten hinzukommen, damit die Möglichkeit einer bestimmenden Einflussnahme gegeben wäre?

Stellungnahme des Gutachters

Zunächst ist einmal mehr festzuhalten, dass alle Formen möglicher bestimmender Einflussnahmen in der vertraglichen **Kooperationsvereinbarung** schriftlich zu regeln sind, unter Beachtung von Treu und Glauben und dem Prinzip der guten Sitten.

Falls die Grossbank über die notwendige Kapazität verfügt und einen Teil dieser Kapazität einfach "vermietet", wird sie künftig für die Retailbank rechnen und damit basta. Falls die Grossbank aber ihre starke Position ausnützen möchte, um den Kleinen zu erobern, dann sind diese Einflussbereiche zu bezeichnen. Die Einflussnahme wird aber nicht über den IT-Komplex erfolgen sondern über andere Kanäle wie Preispolitik, Kundenpolitik, Vertriebsgestaltung, Investitionspolitik, Finanz- und Refinanzierungspolitik, Immobilienpolitik oder Personal- und Ausbildungspolitik.

Welches die Handlungsmotive der Grossbank sein könnten, wenn sie gestaltend und vielleicht sogar aggressiv Einfluss nimmt, ist fallweise zu prüfen. Die oft anzutreffende einfache Vorstellung, der Grosse wolle den Kleinen einfach in Besitz nehmen, ist heute als Grundprinzip nicht haltbar. Ist denn eine Retailbank so wichtig, dass die Grossbank um die Inbesitznahme kämpft? Manche meinen ja, weil Grossbanken in früheren Jahren solche reinen Machtkämpfe auch vorgelebt haben. Wir sind da eher zurückhaltend, weil in der Zwischenzeit die umwerfende Globalisierung der Finanzmärkte erfolgt ist, welche ganz andere Möglichkeiten erschliesst, auf den Märkten zu wachsen.

Damit ist aber nicht auszuschliessen, dass ab und zu seitens der Grossbank eine aggressive Wachstumspolitik verfolgt werden könnte, so beispielsweise, wenn mit dem Erwerb einer Retailbank ein Marktgebiet besser abgedeckt werden könnte.

Früher ging es phasenweise auch darum, bei den kleineren Instituten gute Fachleute abzuwerben und zum Zwecke der Personalbeschaffung Akquisitionen zu tätigen. Angesichts der derzeitigen Arbeitsmarktverhältnisse wird man diesem Motiv nicht allzu starke Bedeutung beimessen. Das Umgekehrte ist eher feststellbar: immer mehr Externe, die man sich holt, besetzen bei Retailbanken die oberen Kaderpositionen. Die wachsende Komplexität des modernen Bankgeschäftes, verbunden mit einem stark arbeitsteiligen Prozess, hat die

Attraktivität von Arbeitsplätzen bei kleineren Banken offenbar gesteigert.

Frage Nr. 17

Inwiefern ändert sich die Interessenlage der Parteien, wenn im Zuge des Anschlusses der Retailbank an die IT-Plattform einer Grossbank die bisherigen Konkurrenten (gleiche Marktstufe) gleichzeitig zu Anbieter und Nachfrager (nachgelagerte Marktstufe) werden?

Stellungnahme des Gutachters

Wenn einzig ein Anschluss an die IT-Plattform ohne zusätzliche Kooperationsvereinbarungen erfolgt, werden die bisherigen Konkurrenten im gegenseitigen Wettbewerb verbleiben. Der Anschluss an eine IT-Plattform allein begründet zum Beispiel keine Konzernzugehörigkeit oder geschäftliche Partnerschaft. Auch wenn zwei Banken einen grossen Konsortialkredit gemeinsam abwickeln oder an einem Emissionskartell partizipieren, wird der Wettbewerb trotz des Zusammenspannens auf Teilgebieten nicht aufgehoben.

Wird der Kooperationsvertrag aber erweitert, ist klarzustellen, welche Absprachen zwischen den Partnern die bisherige freie Wettbewerbssituation beeinflussen. Je nach Gegenstand der Absprache kann sich die Verhaltensweise gegenüber andern Banken, den Firmen- und den Privatkunden ändern. Solche Vereinbarungen lassen sich jedoch nicht "geheim" halten sondern sind gegenüber der Kundschaft zu kommunizieren. Aus naheliegenden Gründen muss die Grossbank ein Interesse haben, dass die Retailbank im Wettbewerb mit andern verbleibt, Gewinne erwirtschaftet und ihre finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Grossbank erfüllt. Damit ist sie auch dem guten Ruf ihres Partners förderlich.

Frage Nr. 18

Insbesondere: Ist erfahrungsgemäss zu erwarten, dass ein Anschluss an die IT-Plattform in eine weiter gefasste Kooperationsvereinbarung eingebettet wird, das heisst, würde sie ohne weitere Kooperationsabsichten aus Sicht der Parteien als wenig sinnvoll oder wenig effizient erscheinen?

Wäre diese Frage anders zu beantworten, wenn sich nicht eine Gross- und eine Retailbank sondern zwei etwa gleich grosse Partner gegenüberstünden?

Wenn ja, weshalb?

Stellungnahme des Gutachters

Es ist zu erwarten, dass ein Anschluss an die IT-Plattform in eine weiter gefasste Kooperationsvereinbarung zwischen Grossbank und Retailbank eingebettet wird, obwohl an sich kein Zwang hierfür besteht.

Der IT-Anschluss ist so aufwändig, dass beide Parteien ein Interesse haben werden, das längerfristige Gedeihen beider Partner zu fördern. Kooperationen können sinnvoll und auch wirtschaftlich effizient sein. Vom rein technischen Standpunkt aus betrachtet sind zusätzliche Kooperationsvereinbarungen jedoch nicht unbedingt notwendig. Der Anschluss lässt sich sehr wohl auf den IT-Bereich reduzieren und dies bei völliger Autonomie der Partner an der Kundenfront.

Etwas anders liegen die Verhältnisse, wenn sich zwei oder mehrere Partner gegenüberstehen, die einander in Bezug auf die technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten ebenbürtig sind. Kooperationsverträge auf breiterer Basis drängen sich auf, weil normalerweise nicht nur technische Bedürfnisse abgedeckt werden. Wenn beispielsweise zwei Wertschriften- und Börsenbanken kooperieren, ist klar zu regeln, welche Operationen gemeinsam abgedeckt werden: die Wertschriftengeschäfte, die Wertschriftenadministration, die Depotbuchhaltung, die Finanzanalyse. Nach Möglichkeit wird eine breite Harmonisierung gesucht. Offen ist dann natürlich die Frage, welche autonomen Arbeitsgebiete in der Hand der einzelnen Partner verbleiben. Wie früher dargelegt, ist auch zu entscheiden, wer in der Informatik die Federführung übernimmt. Bei Patt-Situationen, die bei einer 50% zu 50%-Beteiligung entstehen können, wird oft der Ausweg über die Gründung einer Transaktionsbank gesucht, obwohl diese im bankrechtlichen Sinne keine Bank darstellt sondern als Rechenzentrum zu begreifen wäre. Auch ist denkbar, dass die beiden gleichwertigen Partner den Anschluss an eine bereits bestehende "grosse" Plattform suchen und dabei ihre Anliegen im Sinne der Kostenreduktion aufeinander abstimmen (z.B. geteilte Entwicklungs- und Wartungskosten).

Frage Nr. 19

Falls der Anschluss an die IT-Plattform üblicherweise mit einer weiter gefassten Kooperation verbunden ist: in welchen Bereichen wäre insbesondere zu erwarten, dass die Parteien künftig auf eine Konkurrenzierung verzichten (z.B. in Bezug auf die Produktegestaltung, die Preise, den Absatz, die Gewinnverwendung)?

Stellungnahme des Gutachters

Zunächst sei noch einmal klargestellt, dass die Grossbank kein Interesse haben dürfte, sich in die Belange der Retailbank einzuschalten, wenn nur der Anschluss an die IT-Plattform zur Diskussion steht. Mischt sie sich nämlich in geschäftliche Angelegenheiten der Retailbank ein, wird sie, ob sie es will oder nicht, auch mitverantwortlich für das Schicksal des Partners. Eine rechtliche Beistandspflicht besteht zwar nicht, aber vielleicht doch eine faktische, moralische. Und die-

sen kleinen Partnern geht es eben wirtschaftlich nicht immer gut, wie die Erfahrung uns lehrt.

Nun wird in dieser Frage Nr. 19 die andere Seite angesprochen: die Kooperation mit ihren Wirkungen. Die Frage basiert wohl auf der Annahme, die Konkurrenzierung auf den Märkten würde durch Absprachen ganz oder teilweise aufgehoben. Ob da schon vor Abschluss des Kooperationsvertrages in Sachen Produktegestaltung oder Preisstellung ein harter Wettbewerb zwischen den Partnern geherrscht hat, ist kritisch zu hinterfragen. Die Retailbank ist da wohl doch zu unbedeutend, um auf den Märkten grosse Wirkung im Duell mit einer Grossbank zu erzielen.

Die Kooperationsabsprachen dürften wohl andere Bereiche betreffen, sehr wichtige, aber nicht unbedingt das klassische Marketing-Instrumentarium betreffende. Einige denkbare Beispiele seien angeführt:

Im Vordergrund dürfte eine Zusammenarbeit im **Filialbereich** mit der Entwicklung neuer Vertriebsform stehen. Je nach Lage wird das Filialnetz beidseitig gestrafft und der Kooperationspartner an seinem jeweiligen Filialstandort respektiert, etwa bei den Möglichkeiten zur Kundenabwerbung.

Man spricht in diesem Zusammenhang von der "Optimierung des Geschäftsstellennetzes". Auch ist anzunehmen, dass die grossen Firmenkunden, schon gar, wenn sie das Auslandsgeschäft pflegen, von der Grossbank zur Betreuung übernommen werden.

Im Weiteren dürfte eine Zentralisierung des so genannten Interbankengeschäftes bei der Grossbank erfolgen. Man vergisst gerne, dass es auch im Verkehr mit andern Banken eine Art von "Debitorenrisiko" gibt, was eben bedingt, dass heute bei den Grossbanken eine stete Überwachung der Banken-Positionen vorgenommen wird. Die Retailbank wird in der Regel nicht über den nötigen Know-how verfügen, um die Bankenrisiken auch interregional abzuschätzen.

Grosser Nutzen dürfte im Weiteren resultieren, wenn die Grossbank das **Cash Management** und die mit der Liquiditätssteuerung verbundenen Geldmarkttransaktionen übernimmt. Zu diesem Zweck wird sie der Retailbank eine Kreditlimite aussetzen, vielleicht im Sinne eines generellen Rahmenkredites.

Wird die Kooperation noch stärker vertieft, ist eine **Beteiligung** der Grossbank am Eigenkapital der Retailbank durchaus denkbar. Bei stärkeren Beteiligungsanteilen wird dabei nicht selten die Einsitznahme im Verwaltungsrat der Retailbank gefordert. Es ist in wohlwollender Beurteilung der Lage anzunehmen, dass der Verwaltungsrat der Retailbank damit eine zusätzliche, fachkompetente Persönlichkeit als Verstärkung integrieren darf. Vertreter von Retailbanken erwähnen bei Interviews immer wieder, dass sie vor allem auch eine

Unterstützung in personellen und schulischen Fragen begrüßen würden und auch in den Bereichen "Risk Management" und "Controlling" über zu wenig Spezialisten verfügen. Wir berühren hier eine Nahtstelle zum früher dargestellten IT-Bereich, der vor allem im Rechnungswesen und insbesondere bei der jährlichen Rechnungslegung unterstützende Hilfe leisten wird. Diese Darlegungen machen wohl klar, dass es viel eher Fragen der Zusammenarbeit, der Benützung bestehender Führungsinstrumente sind, welche den Kooperationsvertrag über die Belange der IT-Fragen hinaus charakterisieren. Der Verzicht auf gegenseitige Konkurrenzierung ist als Faktum sicher mit zu beachten und ernst zu nehmen. Die grossen Annäherungen dürften jedoch auf höherer Ebene erfolgen. Trotz der gemeinsamen IT-Plattform kann die Retailbank gegenüber ihren Kunden differenziert und unabhängig auftreten.

Weit bedeutsamer für die Autonomie der Bank aber wird es sein, auf welchen strategischen Feldern, über die Elektronik hinaus, gemeinsam Geschäftspolitik betrieben wird. Folgt man dieser Auffassung, so darf man wohl von der These ausgehen, dass es über weite Strecken nicht der Anschluss an eine IT-Plattform ist, welcher die Wettbewerbsbehörden beunruhigen sollte, sondern der weitere und zusätzliche Inhalt des Kooperationsvertrages. Denn der Zusammenschluss von IT-Plattformen ist vor dem Hintergrund von Forschung, Entwicklung und Konstruktion in der Informatikszene nicht aufzuhalten, in erster Linie als Folge der Kosten- und Nutzenerwägungen.

Frage Nr. 20

Wie ist eine mit dem Anschluss an die IT-Plattform typischerweise verbundene Kooperation (vgl. vorgängige Frage) mit Blick auf die wirtschaftliche Effizienz zu beurteilen?

Stellungnahme des Gutachters

Verträge werden abgeschlossen, weil sich beide Parteien Vorteile versprechen. Das ist bei Kooperationsabkommen nicht anders. Jedes Zusammengehen muss letztlich wirtschaftlich effizient sein, sonst würde man darauf verzichten.

Masstab für die Messung der Effizienz ist heute überall die **Cost-/Earnings-Ratio**. Diese Kennzahl muss sich also dank des Anschlusses verbessern. Sie ist für die Bank als Ganzes bestimmbar, je nach Ausgestaltung des Rechnungswesens aber auch für einzelne Teile der Bank (Spartenergebnisse). Weil mancherorts differenzierte Kostenrechnungssysteme mit Resultaten nach Geschäftssparten und Kostenstellen noch immer fehlen, sind Kosten-/Erlösanalysen oft nicht anwendbar. Beurteilt wird dann nach Gefühl und geführt quasi im "Blindflug". Es gilt aber stets das kaufmännische Prinzip: wenn man Gewinne im Alleingang erzielen kann, geht man auch alleine vor und

spannt dann zusammen, wenn man unnötige Geldabgänge verhindern kann.

Diese Aussage ist rein betriebswirtschaftlich zu verstehen. In welchem Umfang Kooperationen langfristig die wirtschaftliche Effizienz einer Volkswirtschaft als Ganzes fördern, müsste in einer gesamtwirtschaftlichen Makroanalyse mit Hilfe eines Kreislaufmodells getestet werden. Sicher aber steht fest, dass Anschlüsse an die IT-Plattform auch volkswirtschaftlichen Nutzen stiften, weil Leerkapazitäten beansprucht und Leerkosten mit Fixkosten-Charakter vermieden werden können. In Gesprächen mit Grossbankenvertretern wird eines klar: eine der Triebfedern ist die Chance, Kapazitäts- und Bereitschaftskosten im IT-Bereich auf mehrere Schultern zu verteilen.

Frage Nr. 21

Könnten in Zukunft ein oder mehrere Anbieter von IT-Plattformen gemeinsam eine bedeutende Stellung einnehmen?

Falls ja: Welche Faktoren könnten eine solche Stellung begünstigen und in welchem Zeitraum wäre damit zu rechnen?

Falls nein: Bitte begründen Sie, weshalb nicht mit einer bedeutenden Stellung zu rechnen ist. Bitte fahren Sie sodann mit Frage 22 weiter.

Stellungnahme des Gutachters

Es wurde schon bei der Beantwortung der Frage Nr. 4 eingehend dargelegt, dass sich heute etwa 20 IT-Plattformen in der Bankenszene betätigen. Alle kämpfen um alte und neue "Kunden", versuchen, diese im Verbund zu vereinen und neue Partizipanten zu akquirieren.

Wichtigster Grund für diesen Zustand dürfte sein, dass mit dem Fortschreiten der technischen Entwicklungen überall grosse Kapazitäten aufgebaut werden. Und wenn man den Prognosen der bedeutenden Informatikunternehmen wie IBM, Microsoft, Apple und viele andere Glauben schenken darf, setzt sich dieser Trend mit atemberaubender Schnelligkeit fort, zumindest, was die technischen Möglichkeiten anbetrifft. Man beachte allein schon die jüngsten Veränderungen in der Telekommunikation. Dies wiederum wird zu zunehmenden Kosten vornehmlich mit Fixkosten-Charakter führen, welche letztlich wachsende Betriebsgrössen bedingen. Aus diesen und ähnlichen Gründen werden in den nächsten drei bis fünf Jahren Regruppierungen im Bereiche der IT-Plattformen erfolgen, bei den Kantonal-, den Regional-, den Wertschriften- und Vermögensverwaltungsbanken. Heute schon suchen an sich wettbewerbsbewusste Bankiers wie jene bei der Migros-Bank oder bei den Raiffeisen-Banken Anschluss im IT-Bereich. Die Perspektive zeichnet sich ab, dass sich die

vorhin genannten 20 Plattformen auf etwa sechs reorganisieren werden, bei gleichzeitig zunehmenden Rechenkapazitäten.

Die Kostenentwicklung wird überdies **Standardisierungen** bedingen. Noch vor wenigen Jahren wurde darüber gestritten, ob Zahlen in der Kolonne links auf dem Blatt oder in der Kolonne rechts ausgedruckt werden sollten. Dritte wollten gar horizontal addieren, nach Möglichkeit in andern Formaten und äusseren Erscheinungsbildern (Formulargestaltung).

Diese Phasen sind wohl endgültig abgeschlossen. An die Stelle der diversen Sparformen wird **das** Spargeschäft treten und ähnliche Trends sind im Hypothekengeschäft, im Kommerzgeschäft und schon gar im Wertschriften- und Börsengeschäft zu erkennen, wo beispielsweise der Wertpapierdruck heute praktisch der Vergangenheit angehört. So dürfte die Standardisierung weitere Kapazitäten freisetzen und die vorhin geschilderte Entwicklung begünstigen.

Frage Nr. 22

Welche Auswirkungen wären von dieser bedeutenden Stellung auf das Verhalten gegenüber anderen Wettbewerbern (andere Anbieter von IT-Plattformen) oder zu anderen Marktteilnehmern (Lieferanten, Abnehmern etc.) von vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten zu erwarten?

Welche Disziplinierungsmöglichkeiten hätten die Wettbewerber oder die anderen Marktteilnehmer im Lichte der bedeutenden Stellung?

Stellungnahme des Gutachters

Es sei noch einmal klargestellt: trotz Reorganisationen bleibt eine Wettbewerbssituation gegeben, auch wenn sich nur wenige den Markt teilen. Sie werden versuchen, durch die Aufnahme neuer Benutzer die eigene Position zu verstärken, um die bessere Auslastung der technischen Apparatur zu erreichen. Wenn ein Anbieter wirklich kostengünstiger sein sollte als seine Konkurrenz, dürfte er weitere Benutzer anziehen, gleiche Qualität des Leistungsangebotes immer vorausgesetzt. Der Markt sollte also über den Preismechanismus spielen. Auch ist zu erwarten, dass die Anbieter durch das Erbringen neuer "Nebenleistungen" (Versicherungsgeschäft, Tourismus usw.) neue Interessenten anzulocken versuchen.

Die Anbieter von IT-Plattformen verfügen nach dieser Umgruppierungsphase auch über Macht. Wird eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Macht festgestellt, bestehen Klagemöglichkeiten für den Geschädigten. Je nach Tatbestand dürfte die Anrufung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb Disziplinierungsmöglichkeiten bieten. In manchen Fällen, so etwa bei der Verletzung der Sorgfaltspflicht, des Datenschutzes und des Bankgeheimnisses, ergeben

sich Klagemöglichkeiten aufgrund der Kooperationsvereinbarung, die ihre Bedeutung beibehält. Die Benutzer eines IT-Systems müssen sich aber bewusst sein, dass individuelle Wünsche auch in Zukunft nicht immer erfüllbar sein werden (Trend zur Standardisierung). Das erleben heute schon Regionalbanken im Umgang mit der RBA-Holding (e-banking, Bancomat usw.).

Frage Nr. 23

Können Anbieter von IT-Plattformen, welche selber auch Finanzdienstleistungen vertreiben, ihre Stellung zu eigenen Gunsten nutzen, indem sie damit die Wettbewerbsparameter auf dem nachgelagerten Markt für Bankprodukte und -dienstleistungen wesentlich beeinflussen?

Falls ja: Aus welchen Gründen würden solche Anbieter dies tun und in welcher Art und Form könnte eine solche Beeinflussung stattfinden, respektive welche Wettbewerbsparameter könnten bei den Bankprodukten und -dienstleistungen hiervon betroffen sein?

Falls nein: Bitte begründen Sie, weshalb Sie eine solche Beeinflussung nicht für möglich halten.

Stellungnahme des Gutachters

Der Gutachter hat sich im Vertrag mit der Wettbewerbskommission verpflichtet, sich bei der Ausführung des Mandates "strengster Unparteilichkeit zu befleissen." Beim Studium der Frage Nr. 23 steht er unter dem Eindruck, dass der Auftraggeber möglicherweise auch der Versuchung erlegen ist, eine Suggestivfrage zu stellen: da ist ein mächtiger Anbieter von IT-Plattformen gegeben, beispielsweise eine der beiden Grossbanken, der das IT-Mandat dazu benutzen könnte, "Wettbewerbsparameter" zu seinen Gunsten zu beeinflussen.

Gefahren dieser Art bestehen, so etwa im Bereiche der Preisstellung oder der Kundenabwerbung. Das ist nicht zu bestreiten. Im Sinne der Unparteilichkeit darf man jedoch von der Annahme ausgehen, dass die Kontraktpartner gewillt sind, die im Kooperationsvertrag umschriebenen Rechte und Pflichten zu beherzigen, die Kompetenzregelung zu beachten, den Vertrag nach bestem Wissen und Gewissen und unter Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben zu erfüllen.

Wenn nun dessen ungeachtet eine solche Beeinflussung erfolgen sollte, lassen sich diverse Möglichkeiten für eine Gegenwehr erkennen. Der Anbieter, also die Grossbank, könnte seine eigenen Produkte und Dienstleistungen so modifizieren, dass sie im Konkurrenzkampf dem Kunden der Retailbank vorteilhafter erscheinen, beispielsweise durch bessere, begleitende Beratungs- und Serviceleistungen und dies eventuell sogar auf unentgeltlicher Basis. Auf dem

Gebiete der Preisstellung wären günstigere Zins-, Kommissions-, Provisions- und Gebührensätze denkbar. Eine Kundenabwerbung könnte über den Ausbau des so genannten Zugabewesens erfolgen, zum Beispiel über Versprechen im Werbe- und Sponsoringbereich. Motive für ein solches Handeln kann es viele geben.

Führungskräfte lassen sich auch auf andern Gebieten nicht selten zu grosser Geschäftigkeit verleiten, weil sie im Zeitpunkt ihres Handelns die Budgetvorgaben (Umsätze, Erlöse, Kundenzahlen, Anzahl von Transaktionen) noch nicht erreicht haben. Dies vielleicht weniger, weil sie eine spätere Schelte ihrer Vorgesetzten fürchten, sondern weil die etablierten Lohn-, Bonus- und Prämiensysteme beim Nichterreichen budgetierter Grössen entsprechend bestrafen. Viele praktische Erfahrungen deuten darauf hin, dass es nicht unbedingt die oberen Kader sind, welche zu solchem Verhalten anreizen. Die Linienchefs in den betreffenden Ressorts sind es selber, die sich zu überaktivem Tun motivieren. Beliebt waren während einiger Zeit auch Versuche, über solche Formen der Zusammenarbeit qualifizierte Mitarbeiter für eigene Zwecke abzuwerben, zum Teil auch Persönlichkeiten mit besonderem Know-how.

Solche und ähnliche Beeinflussungsmöglichkeiten sollte man jedoch hinsichtlich ihrer Bedeutung nicht überbewerten. Wenn der Anbieter der Plattform die Kooperation sucht, wird er, nicht nur aus Tugend und Nächstenliebe, daran interessiert sein, dass diese Zusammenarbeit während einer langen Zeit überdauert. Ein wirtschaftlich kranker und damit auch schwacher Partner gefährdet die Beziehung und wird auch auf den Finanzmärkten unbedeutend sein. Dies ist jedoch auch dem guten Ruf des Anbieters nicht förderlich. Im Übrigen sei noch einmal daran erinnert, dass eine Bank selbstständig bleiben kann, auch wenn sie den Anschluss an eine IT-Plattform herstellt.

Frage Nr. 24

Können Anbieter von IT-Plattformen, welche selber auch Finanzdienstleistungen vertreiben, diese Situation zu ihren eigenen Gunsten nutzen, indem sie damit die Struktur auf dem nachgelagerten Markt für Bankprodukte und -dienstleistungen wesentlich beeinflussen können (bspw. durch das "anbinden" kleinerer Konkurrentinnen an die IT-Plattform oder durch das Errichten von [technischen] Marktzutrittsschranken)?

Falls ja: aus welchen Gründen würden solche Anbieter dies tun und welche strukturellen Auswirkungen wären auf dem nachgelagerten Markt zu erwarten?

Falls nein: aus welchen Gründen erachten Sie eine solche Beeinflussung als nicht gegeben?

Stellungnahme des Gutachters

Schon bei den Darlegungen zu früheren Fragen wurde ausgeführt, der Anbieter einer IT-Plattform suche Kooperation, weil es für ihn möglich werde, die enormen Fixkosten in seinem IT-Bereich auf mehrere Kostenträger zu verteilen. Ebenso deutlich ist darauf hingewiesen worden, dass der Benutzer der Plattform die Verbindung mit einem "Grossen" deshalb eingeht, weil er die eigenen IT-Kosten nicht mehr zu tragen vermag. Ob die damit verbundene unausgesprochene Annahme aber richtig ist, die Kosten würden nach erfolgtem Anschluss sinken, kann nicht unbesehen übernommen werden. Sie ist vielmehr schon vor Vertragsabschluss kritisch zu überprüfen.

Ist der Kooperationsvertrag einmal unter Dach, ist der kleinere Mitbewerber auf dem Markt zweifellos "angebunden". Wie früher auch schon erwähnt, wird er über Jahre hinweg vertraglich verpflichtet bleiben, weil er sich eine erneute und rasche Migration gar nicht leisten könnte. Technische Marktzutrittschranken wird man ihm kaum errichten, weil auch der Anbieter vom wirtschaftlichen Erfolg des Kleinen lebt. Ob sich die Struktur auf dem Markte für Bankprodukte durch den Anschluss der Retailbank massgeblich ändern wird, ist zu bezweifeln, wenn es sich nur um einen Einzelfall handelt. Sollte sich aber die Erwartung als richtig erweisen, die Zahl der IT-Plattformen würde sich im Verlaufe der nächsten Jahre erheblich reduzieren, weil sich ein Zusammenrücken aufdrängt, könnte sich die Bankenlandschaft in der Schweiz doch spürbar verändern. Dies weniger wegen des Anschlusses an sich sondern weil sich die Zahl der Wettbewerber als Folge von Fusionen drastisch reduzieren könnte. Die früher auch schon angesprochene Geschichte der Valiant-Gruppe im Kreise der RBA-Banken spricht da eine deutliche Sprache, wobei es auch da nicht der Anschluss an eine IT-Plattform ist, welchem die Schuld zukommt, sondern die Betriebsgrössen der vielen kleinen Institute, die ein Überleben nicht mehr garantieren.

Wenn die Wettbewerbskommission versuchen sollte, Anschlüsse an die IT-Plattform zu verhindern, um den freien Wettbewerb zu garantieren, bewirkt dies möglicherweise, dass der Anlehnungsbedürftige mangels Effizienz vom Markte verschwindet. Das macht die Arbeit der Wettbewerbskommission unseres Erachtens so schwierig.

Frage Nr. 25

Wie sehen Sie die generelle zukünftige Entwicklung der Gross- und Kleinbanken im Verhältnis zueinander?

Stellungnahme des Gutachters

In der offiziellen Bankenstatistik der Schweiz finden sich für das Jahr 2000

?? 24 Kantonalbanken

??	3	Grossbanken
??	103	Regionalbanken und Sparkassen
??	1	Raiffeisenbank
??	13	Handelsbanken
??	57	Börsenbanken
??	7	andere Banken inklusive Kleinkreditinstitute
??	127	ausländisch beherrschte Banken
??	17	Privatbanken

Zum Vergleich: Zehn Jahre zuvor, im Jahre 1990, waren es beispielsweise noch 29 Kantonalbanken, fünf Grossbanken, 210 Regionalbanken und Sparkassen, insgesamt gegen 600 Institute.

Es kann hier nicht der Ort sein, die Geschichte der Schweizer Banken aufzurollen. Noch weniger darf es darum gehen, den Bezug des Gutachters zu eben dieser schweizerischen Bankengeschichte darzustellen, so verlockend dies nach 35 Universitätsjahren auch sein könnte. Einige ganz wenige Hinweise zur Geschichte sind aber angebracht.

Im Anschluss an ein Interview und eine Fernsehdiskussion mit dem Gutachter schrieb die Zeitschrift "Bilanz" unter dem Titel "Bald nur noch die Hälfte" (Nr. 9, September 1990, Seiten 20-23) über das Bankensterben im Allgemeinen und im Bereiche der Gruppe "Regionalbanken und Sparkassen" im Besonderen. Wie vorhin gezeigt, hat sich die Zahl der Institute von 210 auf 103 reduziert. Heute spricht man in Bankkreisen von der möglichen Schaffung einer "Regiobank Schweiz". Der Gutachter war im Übrigen im Jahre 1990 bei der Fusion der beiden kantonbernischen Institute, 1994 bei der Übernahme der Aktienmehrheit der ehemaligen Solothurer Kantonalbank und 1996 beim Kauf der Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalbank durch die Schweizerische Bankgesellschaft in beratender Funktion tätig. Auch war er beim Verkauf von Regionalbanken in den Kantonen Aarau und St. Gallen im Einsatz.

Das angesprochene Verhältnis zwischen Gross- und Kleinbanken beschäftigt so über Jahre hinweg die Wirtschaftskreise immer wieder. Im Raum steht so die Frage nach den Ursachen.

Man sagt etwa, die Geschichte lehre, aber sie habe keine Schüler. Ein Stück Wahrheit ist diesem Sprichwort nicht abzusprechen. In der Vergangenheit waren einzelne Institute zu klein, um überleben zu können. Sie wollten Universalbanken sein, ohne über das Mitarbeiterpotenzial zu verfügen, welches für das Befolgen einer Mehrfach-Strategie auf Spartenebene notwendig ist. In den Führungs- und Leitungsgremien haben durchaus ehrbare und verdienstvolle Persönlichkeiten ohne engeren Bezug zum Bankgeschäft mitgewirkt. Und schliesslich wurde die Bedeutung der Revolution in Informatik und Telekommunikation falsch eingeschätzt, auch was die Kostenfolgen anbetrifft. Manche, die untergegangen sind und über Fusionen ge-

rettet werden konnten, waren reif für den Untergang. Mit der Zeit haben es fast alle realisiert und dann auch darüber berichtet: dass die Schweiz "overbanked" sei und mit Vorteil daran gehe, die etablierten Strukturen zu überprüfen. Was dann in den späteren 90er Jahren geschehen ist, muss an dieser Stelle nicht rekapituliert werden.

Der historische Rückblick soll hier nicht weiter beschäftigen. Gefragt wird denn auch nach der "zukünftigen Entwicklung" der Gross- und Kleinbanken. Zur Gruppe der **Grossbanken** sind an dieser Stelle nicht nur die beiden bankstatistisch erfassten Institute UBS und CSG zu zählen sondern auch die grossen Kantonalbanken, die Raiffeisenbewegung, zwei bis drei grosse Regionalbanken und eine Handvoll "übriger Banken". Sie dürften weiter hinsichtlich Bilanzsumme, Jahreserfolg und Mitarbeiterzahl wachsen, teils durch Selbstfinanzierung, in starkem Masse aber auch durch Beteiligungen und Übernahmen. Konzernstrukturen werden ihre Bedeutung beibehalten. Ein Sonderfall stellt die Raiffeisenbewegung dar. Raiffeisen eröffnet im Mai 2003 ihre 1287igste Bankstelle in Küsnacht/Zürich, dies bei rund 500 genossenschaftlich organisierten Raiffeisenbanken mit über einer Mio. Mitglieder.

Die Gruppe der **Kleinbanken** umfasst logischerweise den Rest. Um die Kostenvorteile der Grossen zu nutzen, werden auch hier weitere Zusammenschlüsse und Beteiligungsnahmen erfolgen. Nach den grossen Fusionen der 90er Jahre wird sich die Konzentration im Finanzdienstleistungssektor in Form von Kooperationen weiter fortsetzen. Weil dabei manche rechtlich selbstständig bleiben, darf man nicht dem Fehler verfallen, einfach die eingetragenen Bankunternehmen zu zählen. Frage ist immer, wem sie gehören und mit wem sie kooperieren. Die Zahl der rechtlich selbstständig bleibenden Institute wird dadurch in den nächsten fünf Jahren nicht entscheidend abnehmen. Dennoch ist im geschilderten Sinne eine Redimensionierung des Bankensystems zu erwarten. Kooperationen und Gemeinschaftswerke werden ihre Bedeutung beibehalten, immer dann, wenn sie den Betroffenen Nutzen stiften. Die IT-Ausgaben und die IT-Investitionen der Banken werden weiterhin steigen, nach Schätzungen zwischen 6% und 10% pro Jahr. Kantonal-, Regional-, und Raiffeisenbanken werden in abnehmendem Masse jene Volumen aufbringen können, die notwendig sind, um Skaleneffekte im IT-Bereich zu generieren. Es wird in der Schweiz maximal fünf bis sechs (ev. auch weniger) Anbieter von Banken-IT geben, die den Kosten- und Investitionsdruck auf kleinere Institute verringern können. Die Banken werden sich an der Front auf den Vertrieb und die Non-IT-Produktion von Finanzdienstleistungen fokussieren. Grosse Bedeutung wird den Internet-Nutzungsarten zukommen: Telefonverbindung mit Handy, Fax, Telebanking, Direct Banking. Aufgrund von Primärerhebungen benutzen heute rund 50% der Bevölkerung das

Internet (vgl. Referat von T. COCCA anlässlich einer Tagung der Wettbewerbskommission in Bern vom 11.11.2002).

Exponenten in der schweizerischen Bankenszene haben vor kurzem die Schaffung einer "Schweizerischen Kantonalbank" gefordert. Auch wenn man einer solchen Idee aufgrund der politischen Konstellationen in unserem Lande keine Chance einräumen wird, verdeutlicht sie doch, wo letztlich der Schuh drückt. Die Idee hat übrigens ein scheidender Generaldirektor einer Kantonalbank eingebracht.

Frage Nr. 26

Welche Bedeutung haben Ihrer Meinung nach IT-Plattformen auf die zukünftige Entwicklung im Bankenmarkt?

Stellungnahme des Gutachters

Den IT-Plattformen wird in Zukunft noch stärkere Bedeutung zukommen. Gründe als Erklärung gibt es viele:

Die Bank von morgen ist zu begreifen als völlig vernetztes, komplexes, produktives soziales System. Anschlüsse an andere Systeme, beispielsweise an die Börsen dieser Welt, werden immer häufiger. Die IT-Plattformen werden immer leistungsfähiger, leider aber auch aufwändiger. Die Entwicklungen im IT-Bereich zwingen die Banken zur Kooperation, nicht nur die kleinen und mittleren Institute. Auch die Grossen suchen die nationale und internationale Zusammenarbeit, man denke nur an die Bestrebungen im Bereiche der "Global Custody", der weltweiten Vermögensverwaltung.

Eine der Zielsetzungen wird immer sein, durch die Zusammenarbeit Kosten zu sparen. Bei der Berechnung dieser Kosten ist stets zu beachten, dass die Zusammenarbeit oft zu einer Reduktion der Zahl der Mitarbeiter und damit zu einer Senkung der Lohn- und Nebenkosten führt. Die Lohnkosten bei Schweizer Banken machen derzeit etwa zwei Drittel der gesamten Betriebskosten aus, die IT-Kosten etwa einen Drittel. Während im Personalbereich immer auch gewerkschaftliche Bindungen eine Rolle spielen, welche stets Verhandlungen bedingen, lassen sich Kosteneinsparungen im Informatiksektor über Rationalisierungsmassnahmen eher realisieren.

Weil auch die Betreiber von IT-Plattformen - Bankengruppierungen, Verbände, Transaktionsbanken und auch einzelne Institute - gezwungen sind, ihre Leistungen möglichst kostengünstig zu erbringen, wird den Wirtschaftlichkeitsüberlegungen aber auch in Zukunft hohe Priorität zukommen. Wie früher schon dargelegt, dürfte es aus solchen und ähnlichen Gründen künftig weniger Plattformen geben, die sich anbieten, dafür aber grössere und komplexere.

Frage Nr. 27**Wie sehen Sie die zukünftige Rolle der Gemeinschaftswerke der Schweizer Banken?****Stellungnahme des Gutachters**

Gemeinschaftswerke werden ihre Bedeutung beibehalten, wobei es von zentraler Bedeutung sein wird, für sie die richtigen Strukturen und Rechtsformen, die zweckmässigen Finanzierungsvarianten und die optimalen Betriebsabläufe zu finden. Über die Notwendigkeit, im IT-Bereich zusammenzuarbeiten, wurde in diesem Gutachten schon mehrfach geschrieben. In Fachkreisen wird von shared utilities, von der gemeinsamen Nutzung von Kapazitäten gesprochen. Als Paradebeispiel wird oft die Telekurs angeführt, welche mehrere zentralisierte Funktionen schweizerischer Banken betreibt, so etwa das SIC Swiss Interbank Clearing und das Abwicklungszentrum für das Kartengeschäft. Gemeinschaftswerke sollen allen Interessenten zur Verfügung stehen und auch die Grossbanken dürften sich nicht zurückziehen, weil sie alle davon profitieren. Nicht zu bestreiten ist dabei, dass sie Abhängigkeiten schaffen, umgekehrt aber auch den Trend zu Standardisierungen und Normierungen fördern. Man spricht heute davon, dass die faktisch bindenden Empfehlungen von Basel II dazu beitragen werden, den Trend zur Konzentration und so zur Kooperation und Vereinfachung zu fördern.

Gemeinschaftswerke sind nur überlebensfähig, wenn sie sich dem Markt öffnen. Gemeinschaftswerke, die unter sich allein bleiben wollen, dürften langfristig untergehen. Dass diese Zusammenhänge erkannt worden sind, beweist die Tatsache, dass Kantonalbanken mit der Migros-Bank oder auch mit Privatbanken Kooperationsverbindungen eingehen.

Nur am Rande sei vermerkt: aus wissenschaftlicher Sicht interessant dürfte es sein, in der Bankpraxis zu beobachten, ob und in welchem Ausmasse die Zusammenarbeit in Gemeinschaftswerken bei den einzelnen angeschlossenen Instituten die vorhin angesprochenen **Standardisierungen** auslöst.

Trifft dies ein, dürften Annäherungen bei der Festlegung der bankinternen organisatorischen Strukturen und bei den Betriebsabläufen erkennbar sein. Die EBK hat ja den Auftrag, die Zweckmässigkeit der internen Organisation zu prüfen und das Organisations- und Geschäftsreglement zu genehmigen. Sie wird deshalb als erste erkennen können, inwieweit solche Standardisierungen erfolgen.

Frage Nr. 28

Welche anderen Banken als die Grossbanken verfügen Ihrer Ansicht nach über die Voraussetzungen, in Zukunft auf dem Beschaffungsmarkt (z.B. Refinanzierung, Beratung, Ausbildung etc.) bestehen oder expandieren zu können? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort.

Stellungnahme des Gutachters

Auf der Liste der zehn grössten Schweizer Banken nach der Höhe ihrer Bilanzsumme figurieren neben den beiden Grossbanken UBS und CSG und dem Raiffeisen-Konzern noch sechs Kantonalbanken (ZH, VD, GE, BE, SG und LU) sowie die Migros-Bank. Dabei vereinigten die fünf grössten Banken (UBS, CSG, Raiffeisen, ZKB und BCV) drei Viertel der Bilanzsumme und zwei Drittel der Beschäftigten (Quelle: Schweizerische Bankiervereinigung, "Der schweizerische Bankensektor in Zahlen", Basel, Februar 2000).

Nicht nur kleine sondern auch grosse Banken sind den wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt, wie dies in jüngster Zeit das Beispiel der Waadtländer Kantonalbank beweist. CHF 1,25 Mia. sind vom Kanton zur Finanzierung von Wertberichtigungen und Rückstellungen und zur Aufstockung des Eigenkapital einzuschliessen (vgl. NZZ, Nr. 252 vom 30.10.2002, Seite 19). Damit soll angedeutet sein, dass auch Grossbanken plötzlich vor neuen finanziellen Voraussetzungen und Gegebenheiten stehen können.

Voraussetzungen, um auf den Beschaffungsmärkten stärkere Bedeutung zu erlangen, bringen aber auch andere Institute mit. Aber: entscheidend wird sein, ob sich die Kantonalbanken, mit oder ohne Einbezug der ZKB, und die Regionalbanken und Sparkassen, mit Einbezug der Valiant-Gruppe, zu gemeinschaftlichen Werken finden werden, so auch auf dem Gebiete der Ausbildung und der Beratung. Nach eigenen Erfahrungen wird der Weg zu einer weiter reichenden Kooperation ein recht steiniger sein. Wenn man bei den Kantonalbanken die Themen "Teilprivatisierung" oder "Staatsgarantie" oder "Fusion mit einer andern Kantonalbank" nur schon anspricht und Vor- und Nachteile möglicher Handlungsvarianten zur Diskussion stellt, ist man als unbeteiligter Beobachter der Bankenszene bei den Betroffenen praktisch abgemeldet. Bei den Regionalbanken sind die gruppeninternen Spannungen ja zur Genüge bekannt. Die diversen Konfliktsituationen schaden all jenen Banken, die nicht zum Kreise der Grossen gehören.

Die viel kritisierten Grossen - die natürlich auch ihre spezifischen Probleme zu bewältigen haben - verfügen aufgrund mehrjähriger Beobachtungen bei der internen und externen Schulung über die qualitativ besseren Mitarbeiter. Etwa sieben oder acht oder zehn Universitätsabsolventen, welche nach dem Lizenziat die Anstellung

bei einer Bank suchen, wechseln zu einer Grossbank. Mehr als die Hälfte der Absolventen der "Swiss Banking School" wird von den Grossbanken gestellt, obwohl die Schulleitung den anderen Gruppierungen Jahr für Jahr über Quoten Plätze reserviert. Bei weniger bedeutsamen Banken haben sich Verwaltungsräte und Kaderkräfte auch schon damit gebrüstet, sich in den letzten fünf Jahren mit keinem Fachbuch auseinandergesetzt zu haben. Dabei haben allein schon die Rechtsentwicklungen in unserem Land, man denke nur an die neuen Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht, zur Geldwäscherei und zum Datenschutz oder zum Bankgeheimnis, das Verständnis für die grossen bankpolitischen Zusammenhänge massgeblich erschwert. Die Beispiele liessen sich beliebig fortsetzen und nötigenfalls auch belegen.

Wer seine eigenen Mängel selbstkritisch erkennt und entsprechend handelt, wird auch heute, im Zeitalter der Konzentrationsbewegungen, selbst kleinere Organisationen zum Erfolg führen. Die immer wieder neu zu erarbeitende Fachkompetenz wird im Umfeld Vertrauen schaffen, so auf den Beschaffungsmärkten, die hier angesprochen sind. Man wird so einer Institution in hohem Masse dienen, wenn es gelingt, seine Kräfte konzentriert und im innovativen Sinne für die Fortentwicklung der Bank einzusetzen.

Zusammenfassende Thesen

Die im laufenden Jahr 2002 durchgeführten Messen und Kongresse, die Tagungen und Seminarien, die Informatikprogramme an den Universitäten, die Literatur und die Quellenmaterialien bestätigen über weite Strecken und in grosser Übereinstimmung die Richtigkeit der folgenden abschliessenden Thesen:

1. Die jüngsten Entwicklungen in Informatik und Telekommunikation zwingen die Banken ganz allgemein zu hohen Erneuerungs- und Erweiterungsinvestitionen und bewirken tendenziell eine Verschlechterung der Cost-/Income-Ratio.
 2. Unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips sehen sich die Banken veranlasst, unter sich Gruppierungen von gleichgelagerten Instituten mit ähnlichen IT-Strategien und Interessen zu bilden und den Anschluss an bestehende oder neu zu schaffende IT-Plattformen zu suchen.
 3. Die moderne Ausgestaltung solcher IT-Plattformen erlaubt den anschlussuchenden Banken, eine eigenständige Geschäftspolitik mit Zielvorgaben, Strategien und Kontrollmechanismen zu betreiben, wenn sie die völlige **unternehmerische Freiheit** und Autonomie an der Kundenfront bewahren wollen.
 4. In Bezug auf die logistische IT-Unterstützung entstehen zwischen den Parteien - Anbietern und Nachfragern - Abhängigkeiten, de-
-

- ren Formen und Auswirkungen in einem begleitenden **Kooperationsvertrag** zu regeln sind.
5. Über dies hinaus ist es den Vertragspartnern freigestellt, im Rahmen des Kooperationsvertrags **Zusatzleistungen** im IT-Bereich selbst und auf klassischen bankwirtschaftlichen Teilgebieten wie Refinanzierung, Liquiditätssteuerung oder Eigenmittelunterlegung zu vereinbaren.
 6. Weil der Fantasie der Vertragspartner sowohl im IT-Bereich als auch im bankbetriebswirtschaftlichen Sektor keine Grenzen gesetzt sind, ist fallweise bei Analysen der Entscheidungsprozesse zu prüfen, ob und in wieweit die Kooperationsverträge den **Wettbewerb** auf den Finanzmärkten einschränken oder gar behindern.
 7. Wiederum aufgrund von Kosten-Nutzen-Erwägungen ist davon auszugehen, dass die Zahl der bedeutsamen Anbieter von IT-Plattformen tendenziell abnehmen wird, um über die Fixkostenverteilung Skaleneffekte zu nutzen. Dies wird bereits mittelfristig zur **Trennung** zwischen Rechenleistung und Transaktionsabwicklung und der Ausübung des eigentlichen Bankgeschäftes führen.
 8. Weil auch der moderne Kunde immer wieder Bedürfnisse nach individueller Betreuung und kompetenter fachlicher Beratung anmeldet, dürfte sich die Anzahl der im Wettbewerb agierenden Banken nicht im gleichen Masse reduzieren, wie dies bei den benutzten IT-Plattformen zu erwarten ist.
 9. Politische Ideen und Interessen können weiterhin zu Spannungen zwischen Grossbanken, Kantonalbanken oder Regionalbanken führen und die hier angesprochenen Entwicklungstendenzen verzögern, mindestens so lange, als der Kostendruck bankpolitische Auseinandersetzungen überhaupt noch zulässt.
 10. Die Banken werden permanent zwischen Individualität im Kundengeschäft und Standardisierungen und Normierungen im bankbetrieblichen Alltag zu befinden haben, um sich im Wettbewerb auch unter Beachtung aller **regulatorischen Anordnungen** positionieren zu können.

Verdankung

Für die vielen Informationen und Materialien, die mir von einer Vielzahl von Banken und Informatikunternehmen zur Verfügung gestellt worden sind, möchte ich mich an dieser Stelle sehr bedanken. Sehr wertvoll waren für mich die begleitenden Gespräche mit einzelnen meiner Kollegen von der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich (Prof. BAUKNECHT und MARTY). Dank schulde ich auch Frau IRÈNE GÄCHTER für die redaktionelle Unterstützung.

E 2	2. La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique - Avis de droit
-----	--

Avis de droit "La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique", rédigé par Monsieur ANDREAS AUER, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève, et Monsieur VINCENT MARTENET, avocat, chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Genève, 13 septembre 2003

Introduction

1. Par lettre du 1^{er} juillet 2003, le Secrétariat général du Département fédéral de l'économie nous a confié le mandat de rédiger une expertise portant en premier lieu sur la constitutionnalité d'une révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI) qui aurait pour objet:

- ?? d'élargir la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI) à l'établissement;
- ?? de soumettre les restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3 LMI) à la condition que les critères d'admission du lieu de provenance ne soient manifestement pas en mesure de garantir le niveau de protection recherché au lieu de destination (principe d'équivalence);
- ?? de garantir subsidiairement l'accès au marché à celui qui apporte la preuve d'une activité pratique.

2. Par ailleurs, il nous a été demandé d'examiner de façon plus générale si:

- ?? l'article 95 alinéa 2 Cst. permettrait à la Confédération d'obliger les cantons à harmoniser leurs législations dans la mesure où elles exercent un effet sur l'activité économique;
- ?? d'autres mesures seraient appropriées pour créer un espace économique unifié en Suisse.

3. En premier lieu, nous tenons à rappeler l'évolution du cadre constitutionnel général dans lequel s'inscrivent l'adoption et la révision envisagée de la LMI (I). Il sera ainsi possible d'aborder les unes après les autres les cinq questions qui nous ont été posées (II à VI).

I Le cadre constitutionnel

4. La LMI entretient avec la Constitution fédérale des rapports que l'on peut qualifier d'ambigus. Accrochée à une clause spécifique de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst), elle a servi de point de départ, sinon de prétexte pour l'insertion, dans la Constitution du 18 avril 1999 (Cst), d'une nouvelle disposition qui ne figurait pas explici-

tement dans la première. De telle sorte que son fondement constitutionnel repose aujourd'hui sur la conjonction de ces deux clauses, qu'il convient donc d'interpréter conjointement.

A Aspects historiques

5. Selon son préambule, la LMI est fondée sur les articles 31bis alinéa 2 et 33 alinéa 2 aCst., qui avaient la teneur que voici:

Art. 31bis al. 2

Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions. Elle doit, sous réserve de l'alinéa 3, respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Art. 33 al. 2

La législation fédérale pourvoit à ce que (ceux qui veulent exercer des professions libérales) puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération (voir l'art. 5 des dispositions transitoires).

Art. 5 DT

Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant l'adoption de la loi fédérale prévue à l'article 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

6. La question de savoir si la LMI pouvait valablement se fonder sur l'article 31bis alinéa 2 aCst. avait fait l'objet de quelques doutes en doctrine, en raison essentiellement du fait que cette loi ne confère pas seulement des droits aux opérateurs économiques, mais impose également, et même principalement, des devoirs aux cantons¹. C'est la raison pour laquelle le rapport explicatif de la commission d'étude du 21 janvier 1994 avait proposé, comme second fondement constitutionnel de la LMI, l'article 31 alinéa 1 aCst., qui garantissait la liberté du commerce et de l'industrie "*sur tout le territoire de la Confédération*"². Mais cette référence n'a finalement pas été retenue, conformément à la doctrine selon laquelle les libertés ne confèrent pas de compétences à la Confédération.

¹ PAUL RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz - Überblick und Würdigung aus öffentlich-rechtlicher Sicht, AJP/PJA 5/1995 593, 603; YVO HANGARTNER, NZZ No 156 du 7 juillet 1994, 13; THOMAS COTTIER/MANFRED WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP/PJA 12/1995 1582, 1583 note 5.

² RICHLI (note 1) 603.

7. L'article 31bis alinéa 2 aCst. a été repris, moyennant quelques changements rédactionnels, à l'article 95 alinéa 1 Cst., qui dispose que "*la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées*". La réserve du respect du principe de la liberté économique découle de la clause générale consacrée à l'article 94 alinéa 3 Cst³.

8. L'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst. pose la nouvelle règle selon laquelle "*(la Confédération) veille à créer un espace économique suisse unique*". A noter que, dans le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, le terme allemand "*einheitlich*" avait encore été traduit par "*homogène*"⁴, alors que dans le texte définitif de la nouvelle Constitution il l'est par "*unique*". Prise pour elle-même, la nuance est de taille. Mais, ne résultant que de la traduction française, il n'est pas certain qu'elle soit vraiment pertinente. Quoi qu'il en soit, pour justifier l'adoption de cette clause, qui ne figurait pas comme telle dans l'ancienne Constitution, ce même message se réfère non seulement à l'article 31 alinéa 1 aCst., mais aussi à la LMI, et conclut à ce "*qu'un renforcement du marché intérieur suisse (est) nécessaire et possible en vertu du droit constitutionnel*"⁵.

9. Les doutes que l'on pouvait nourrir à propos de la constitutionnalité de la LMI (supra no 6) paraissent donc avoir été levés par l'adoption de l'article 95 alinéa 2 Cst.⁶ D'une certaine manière, il est possible d'affirmer que cette disposition a "constitutionnalisé" les principes de la LMI. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, "*la dimension du marché intérieur de la liberté économique mise en œuvre par la loi sur le marché intérieur a été transposée à l'article 95 alinéa 2 Cst. Par ce biais, le droit constitutionnel antérieur, y compris la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative, a été repris*"⁷.

³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, art. 94 no 21, art. 95 no 5.

⁴ FF 1997 I 617.

⁵ FF 1997 I 303.

⁶ Voir notamment FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2^e éd., Berne 1997 130-131; RETO JACOBS, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar*, Zurich 2002, Art. 95 1042-1043 no 14-15; GIOVANNI BIAGGINI, *Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht*, janvier 2003, publié sur le site http://www.beschaffung.admin.ch/de/beschaffungswesen_bund/themen_trends/biagg_studie_1.pdf 36.

⁷ ATF 125 I 276, 287 X. (traduction AA/VM).

10. Le remplacement des articles 33 alinéa 2 aCst. et 5 DT par l'article 95 alinéa 2, deuxième phrase, Cst. est également marqué par la LMI, dont l'article 4 relatif à la reconnaissance des certificats de capacité préfigure la formule large retenue par le constituant de 1999: "*(la Confédération) garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse*"⁸.

11. On est donc en présence d'un exemple, relativement rare, d'une loi qui a contribué à faire évoluer, et à renforcer, son propre fondement constitutionnel⁹. C'est donc à la lumière de ce nouveau fondement qu'il convient de déterminer l'ampleur et les limites de la marge d'appréciation dont dispose le législateur.

B La marge de manœuvre du législateur

1 L'art. 95 al. 1 Cst.

12. Selon la lettre claire de l'article 95 alinéa 1 Cst., la compétence de la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques privées est de nature facultative. Elle peut le faire, en fonction des priorités et des préoccupations juridico-politiques du législateur, mais elle n'y est point tenue. La pratique montre qu'il existe une bonne vingtaine de lois spécifiques qui ont été fondées, au moins partiellement, sur cette clause, respectivement sur l'article 31bis alinéa 2 aCst. qui l'a précédé¹⁰.

13. D'autre part, la compétence générale figurant dans cette disposition est complétée par toute une série de dispositions constitutionnelles spécifiques qui confèrent à la Confédération des pouvoirs de même nature: l'article 98 pour les banques, les bourses et les entreprises d'assurance, l'article 118 alinéa 1 pour les denrées alimentaires, les produits thérapeutiques et d'autres produits, l'article 107 pour le commerce des armes etc.

14. La Constitution mentionne deux limites générales pour l'exercice de cette compétence. D'une part, le législateur veillera à respecter le principe de la liberté économique (art. 94 al. 3 Cst.): la législation

⁸ PIERRE TERCIER, Introduction à la LMI, in: TERCIER/BOVET (éd.), Droit de la concurrence, Genève 2002 1239 no 41-42.

⁹ Pour un autre exemple dans un domaine assez proche, voir la formule des "*autres formes de limitation de la concurrence*" de l'art. 96 al. 1 Cst, reprise de la Loi fédérale sur les cartels du 6 octobre 1995 (RS 251), FF 1997 I 305.

¹⁰ Pour une énumération détaillée AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 7.

portant sur l'exercice des activités économiques doit donc se limiter à des mesures de police et de politique sociale. Il ne lui appartient pas en revanche de prendre des mesures de politique économique, soit d'influencer les rapports de concurrence entre les acteurs économiques¹¹. D'autre part, seules les activités économiques lucratives privées peuvent être réglementées, à l'exception des activités privées non lucratives ainsi que des activités des pouvoirs publics¹². Il faut sans doute y ajouter, comme troisième limite constitutionnelle, le respect de l'ensemble des droits fondamentaux.

15. Les travaux préparatoires indiquent que l'article 95 alinéa 1 Cst. consacre une compétence de "*caractère global*"¹³, qui donne à la Confédération "*la possibilité d'édicter des prescriptions uniformes pour toute la Suisse ou encore des dispositions visant une simple harmonisation*"¹⁴. Aux Chambres, cette disposition n'a pratiquement pas suscité de débats, si l'on excepte une petite discussion au Conseil national¹⁵, un député souhaitant restreindre quelque peu la faculté de la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées¹⁶. Cette proposition a cependant été rejetée lors du vote¹⁷.

16. La doctrine aussi est unanime à considérer que l'article 95 alinéa 1 Cst. octroie à la Confédération une compétence législative très étendue en matière d'exercice des activités lucratives privées. Pour JEAN-FRANÇOIS AUBERT, cette compétence est "*très générale*"¹⁸, selon RETO JACOBS, elle s'étend à tous les paliers de ces activités¹⁹ et GIOVANNI BIAGGINI relève à juste titre que si la Confédération peut légiférer sur l'exercice de ces activités, il lui est loisible aussi de les unifier²⁰.

¹¹ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 5 ; JACOBS (note 6) no 12.

¹² Sauf lorsque l'Etat ou des entreprises dominées par ce dernier fournissent des prestations économiques tendant à réaliser un gain, JACOBS (note 6) no 8.

¹³ FF 1997 I 303.

¹⁴ FF 1997 I 302.

¹⁵ BO 1998 CN 970-972.

¹⁶ BO 1998 CN 970-971 (ULRICH SCHLÜER); selon cette proposition, la Confédération n'aurait eu la compétence de légiférer que sur *les conditions* pour l'exercice d'une activité économique lucrative privée.

¹⁷ BO 1998 CN 972 (84 voix pour la proposition de la majorité contre 41 pour celle de la minorité).

¹⁸ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 5.

¹⁹ JACOBS (note 6) no 6; voir également RAINER J. SCHWEIZER, Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Staatsrecht, in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, 161-177, 173, n° 23; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II Les droits fondamentaux, Berne 2000 no 665.

²⁰ BIAGGINI (note 6) 71.

2 L'art. 95 al. 2, première phrase, Cst.

17. A la différence de l'article 95 alinéa 1 Cst., la première phrase de l'alinéa 2 de cette disposition ne donne pas à la Confédération la seule faculté de "*créer un espace économique suisse unique*", mais l'oblige à prendre les mesures nécessaires à cette fin. Le constituant lui a donc conféré un véritable mandat qu'elle est tenue d'exercer, principalement par le biais de la législation, subsidiairement ou à titre complémentaire par le moyen d'ordonnances, de décisions et, *last but not least*, à travers la jurisprudence²¹. Ni la pratique ni la doctrine n'ont à ce jour eu l'occasion de préciser l'étendue et les limites de ce mandat²².

18. Selon le message du Conseil fédéral, cette disposition signifie qu'il incombe à la Confédération "*de pourvoir à la création d'un espace économique suisse homogène*²³; on met ainsi en évidence la "*dimension de marché intérieur*" de la liberté économique"²⁴. S'appuyant sur la jurisprudence et la doctrine, le Conseil fédéral insiste sur l'approche "*dans l'ensemble nette*" tendant à légitimer, d'un point de vue constitutionnel, "*l'uniformisation de l'espace économique*"²⁵. Les débats aux Chambres n'ont mis à jour aucune contestation portant sur le devoir de la Confédération de veiller à la création d'un espace économique suisse unique. Les travaux préparatoires laissent ainsi assez nettement apparaître que l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst. donne une compétence large à la Confédération en vue de réaliser un espace économique suisse unique. Une importante latitude est laissée à la Confédération pour déterminer les mesures susceptibles de contribuer à la réalisation d'un espace économique suisse unique.

19. La doctrine n'a pas manqué de relever que la formule de l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst. est vague, voire "*indifférenciée*"²⁶, notamment parce qu'elle n'indique pas ce qu'il faut entendre par "*espace économique suisse unique*"²⁷. Peu d'auteurs contesteraient que cela englobe la libre circulation des personnes, des biens et des services, soit la garantie de l'accès libre et égal au marché sur tout le

²¹ JACOBS (note 6) no 15.

²² BIAGGINI (note 6) 73.

²³ Supra no 8.

²⁴ FF 1997 I 303.

²⁵ FF 1997 I 303 et les références jurisprudentielles et doctrinales.

²⁶ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 10.

²⁷ JACOBS (note 6) no 16.

territoire de la Confédération²⁸. Mais la question de savoir par quelles mesures ces trois libertés et cette garantie peuvent être réalisées est laissée à l'appréciation du législateur. La Constitution, en d'autres termes, fixe un but qui est ambitieux, mais ne précise pas par quels moyens le législateur peut l'atteindre.

20. Tout ne lui est pas permis pour autant. Selon RETO JACOBS, *"un espace économique unique ne signifie pas que dans tous les cantons les mêmes conditions cadre de droit économique doivent prévaloir; la possibilité de réglementations différentes et les restrictions à la liberté de circulation qui en résultent sont la conséquence de la structure fédéraliste et de l'autonomie des cantons"*²⁹. GIOVANNI BIAGGINI exprime la même idée: *"la finalité de la compétence en matière de marché intérieur n'est pas le nivellement des différences cantonales, mais la garantie de l'accès libre et égal au marché sur tout le territoire de la Confédération"*³⁰. Et JEAN-FRANÇOIS AUBERT de noter que *"si légitimes qu'elles soient, la plupart des lois cantonales, quand elles diffèrent les unes des autres, mettent un obstacle, grand ou petit, à la libre circulation des personnes, des biens ou des services. Il y a, dans la notion d'espace unique, un indéniable principe d'uniformité, qui ne serait absolument satisfait que si la charge fiscale, la formation scolaire, la police du commerce, la politique sociale étaient identiques dans tous les cantons. Ce n'est évidemment pas ce qu'a voulu le constituant de 1999"*³¹.

21. Il n'en reste pas moins que, pour ce qui est de la création de l'espace économique unique, le constituant de 1999 a opéré un "saut qualitatif", un changement de perspective dont on commence seulement à mesurer l'importance. La petite phrase de l'article 95 alinéa 2 Cst. n'est pas innocente. Même bornée par les limites que l'on vient de rappeler, elle révèle un potentiel considérable, qui peut s'appuyer sur son histoire, sa lettre, sa systématique et sa finalité.

22. L'histoire, c'est la dimension spatiale de la liberté économique qui figure dans la Constitution fédérale depuis 1874, mais qui a été trop longtemps négligée. Il a fallu attendre la LMI pour que les insuffisances soient prises en compte par le législateur de 1995. La petite phrase participe de cette approche. La lettre, c'est d'abord la nouveauté de la formule constitutionnelle de l'espace économique unique, et ensuite le caractère impératif du mandat que cette formule

²⁸ BIAGGINI (note 6) 74.

²⁹ JACOBS (note 6) no 16.

³⁰ BIAGGINI (note 6) 74.

³¹ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 10.

confère à la Confédération. C'est encore l'emploi du terme "créer", qui laisse entendre que cet espace n'a pas été réalisé auparavant et qui signifie qu'une action nouvelle est attendue de la part de la Confédération. La systématique, c'est le rapport direct entre la petite phrase et l'article 95 alinéa 1 Cst., tous deux fondant une *Binnenmarktkompetenz* assez solide de la Confédération. La finalité, c'est toute la perspective d'un marché unique helvétique qui, ouvert à tous les acteurs, transperce les particularismes cantonaux afin de stimuler l'économie.

23. Il résulte de ce changement de perspective un renforcement du fondement constitutionnel de la LMI, qui non seulement écarte tout doute relatif à la constitutionnalité de celle-ci, mais qui la laisse apparaître non pas comme le seul, mais comme *un* moyen parmi d'autres, pour réaliser le mandat constitutionnel en question. La voie empruntée par le législateur en 1995 ne représente donc qu'une façon d'accomplir ce mandat et peut, voire doit être complétée par d'autres voies s'il s'avère qu'elle ne donne pas les résultats escomptés. Nous verrons que, parmi les autres voies possibles, celle de l'harmonisation des législations cantonales peut s'avérer nécessaire (infra no 90-94).

24. Pour le moment, il suffit de constater que le "saut qualitatif" effectué par le constituant de 1999 conduit à la conclusion que le législateur fédéral est aujourd'hui tenu d'adopter les mesures qui s'avèrent nécessaires pour faire en sorte que cet espace économique unique devienne réalité. Pour reprendre une formule classique du droit constitutionnel américain³², on pourrait dire que "nécessaire" ne signifie pas cependant "utile", pas plus que "unique" ne peut se traduire par "uniforme". Ce n'est qu'en présence d'une barrière sérieuse à la création d'un espace économique unique, clairement identifiée comme telle par la pratique et par les sciences juridiques et économiques, que le législateur doit intervenir, et ceci uniquement par des moyens finement ciblés vers cette seule barrière. En d'autres termes, c'est bien le principe de la proportionnalité qui doit guider le législateur fédéral dans l'exercice de la compétence en question.

25. Or, le principe classique de la proportionnalité³³ peut trouver un certain renfort, en ce domaine, dans le principe moins classique de la subsidiarité. Aux termes de l'article 42 alinéa 2 Cst., la Confédération

³² McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

³³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 19) no 217-237.

"assume les tâches qui doivent être réglées de façon uniforme"³⁴. Il est admis que cette disposition, relativement obscure, sinon "ratée"³⁵, ne constitue pas pour elle-même une source de compétence pour la Confédération. Mais elle peut donner une indication sur la façon dont il convient de mettre en œuvre une compétence que celle-ci tient d'une autre disposition constitutionnelle: le législateur fédéral ne doit en user que dans la mesure où une unification législative paraît nécessaire³⁶.

26. S'il apparaît que le droit positif découlant de la loi ou de la jurisprudence ne parvient pas à atteindre les buts que la disposition constitutionnelle attributive de compétences fixe à la Confédération, le législateur peut s'appuyer sur le principe de la subsidiarité pour réviser ce droit de façon à réaliser le mandat que la Constitution confère à la Confédération. En paraphrasant une formule subtile due au professeur BIAGGINI³⁷, on pourrait dire que plus les effets des différences cantonales affectent le fonctionnement du marché intérieur, plus le mandat de veiller à la création d'un espace économique unique prend de l'importance et plus la compétence fédérale en la matière peut fonder une harmonisation du droit par le législateur fédéral. Dans notre contexte, cela signifie que s'il devait s'avérer que la lettre de la LMI, et/ou l'interprétation que lui confère la jurisprudence du Tribunal fédéral, font obstacle à la création d'un espace économique suisse unique, le législateur serait non seulement fondé, mais tenu de réviser cette loi, et de corriger indirectement cette jurisprudence, afin d'exercer à bon escient le mandat que lui confère la Constitution.

3 L'art. 95 al. 2, deuxième phrase, Cst.

27. Cette disposition concrétise la notion d'espace unique sur un point central, à savoir la libre circulation professionnelle. Elle confère, d'une part, à la Confédération une compétence législative facultative

³⁴ Voir notamment URS THALMANN, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in THOMAS FLEINER et al. (éd.), La nouvelle Constitution suisse, Bâle 2000, 149-170, 162-167; BLAISE KNAPP, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (note 19) 457-472, 459, n° 9; SCHWEIZER (note 19) n° 30; EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (note 6), (RAINER J. SCHWEIZER) Art. 42 no 7-9; AUBERT/MAHON (note 3) art. 42 no 14-20.

³⁵ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Le principe de la subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in Mélanges en l'honneur de HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Bâle 2000 3, 23; THALMANN (note 34) 164-166.

³⁶ Ibid.

³⁷ "Je geringer die Auswirkungen kantonaler Unterschiede auf das gute Funktionieren des schweizerischen Binnenmarktes sind, desto eher rückt der Grundsatz des freien und gleichberechtigten Marktzugangs in den Hintergrund, desto schwieriger wird es, eine Rechtsharmonisierung durch den Bund auf die Binnenmarktcompetenz abzustützen", BIAGGINI (note 6) 75.

dont elle peut user de différentes manières: créer des certificats fédéraux, comme elle l'a fait pour les professions médicales, poser des conditions minimales pour l'inscription dans un registre cantonal qui confère le droit de l'exercice professionnel dans toute la Suisse³⁸, comme elle l'a fait pour les avocats³⁹ ou encore imposer la reconnaissance de certificats de capacité, comme elle la fait dans la LMI. La nouvelle règle constitutionnelle confère, d'autre part, valeur constitutionnelle au droit consacré par l'article 4 LMI, en garantissant à tous les titulaires de certificats cantonaux ou de titres reconnus comme équivalents le droit d'exercer leur profession dans toute la Suisse⁴⁰.

28. En d'autres termes, comme l'a bien noté le Conseil fédéral, le droit garanti par l'article 95 alinéa 2, deuxième phrase, Cst. englobe d'emblée "*la liberté d'établissement des personnes actives*"⁴¹. Pour sa part, le Tribunal fédéral a confirmé, dans le cadre de l'interprétation de l'article 4 LMI, que la reconnaissance des certificats de capacité valait également pour l'établissement professionnel⁴² et que la présomption de l'équivalence des certificats de capacité cantonaux s'étendait aux conditions personnelles telles que l'honorabilité et la confiance, dans la mesure au moins où elles ont un rapport avec l'aptitude à exercer correctement la profession en cause⁴³. Il a cependant tenu de rappeler que, selon sa lettre, la règle constitutionnelle se réfère à la seule formation et ne se prononce pas sur les autres conditions d'exercice d'une activité lucrative⁴⁴.

II L'élargissement de la liberté d'accès au marché à l'établissement (art. 2 LMI)

29. La première question qui nous a été posée porte sur la possibilité, au regard du cadre constitutionnel ainsi résumé, "*d'élargir l'article 2 LMI de telle sorte que, pour obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative (vente de marchandises ou fourniture de prestations de service), le droit du canton dans lequel la personne concernée a déjà une autorisation d'exercer soit applicable*".

A La problématique

30. Dans une jurisprudence qui, même si elle est récente, ne manque pas de constance, le Tribunal fédéral considère que l'article 2 LMI ne

³⁸ Loi fédérale du 19 décembre 1877, RS 811.11.

³⁹ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61.

⁴⁰ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 11; JACOBS (note 6) no 18/19.

⁴¹ FF 1997 I 303.

⁴² ATF 125 I 267, 272 X.; 125 I 322, 326 S.

⁴³ ATF 125 I 276, 284-287 X.

⁴⁴ ATF 125 I 276, 287 X.

visé pas l'établissement professionnel dans un autre canton⁴⁵. Il s'ensuit que, pour les juges de Mon Repos, la liberté d'établissement est, dans sa dimension économique et professionnelle, exclue du champ d'application de la LMI. Le Tribunal fédéral a justifié ainsi sa position:

*"La loi sur le marché intérieur traite de la libre circulation des marchandises et des services, pour laquelle est déterminant, sous réserve de l'article 3 LMI, le principe du lieu de provenance, c'est-à-dire le droit du canton d'origine. Par contre, la loi sur le marché intérieur ne dit rien sur l'établissement. Celui qui souhaite s'établir dans un autre canton doit se conformer au droit qui s'y applique et ne peut pas se fonder sur le fait que d'autres règles s'appliquent dans un autre canton. Cela ressort également de l'article 3 alinéa 1 LMI qui ne prévoit des restrictions que pour les offreurs externes, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas établis dans le canton"*⁴⁶.

31. Il convient de relever d'emblée que l'argumentation du Tribunal fédéral se fonde essentiellement sur la lettre des articles 2 alinéa 1 et 3 alinéa 1 LMI. En d'autres termes, l'obstacle à l'extension du principe du lieu de provenance à l'établissement professionnel se situe clairement au niveau de la loi elle-même et ne prend source ni dans la seule jurisprudence, ni dans la Constitution fédérale.

32. Le Tribunal fédéral a encore indiqué que ni la liberté d'établissement (art. 24 Cst.), ni la liberté économique (art. 27 Cst.) en tant que cette dernière vise les établissements commerciaux, ne confèrent un droit à l'application des règles en vigueur dans le canton de provenance lors de l'établissement dans un autre canton⁴⁷. Pour les juges, ces garanties constitutionnelles ne consacrent donc, sur ce point, aucun droit subjectif. La liberté d'établissement revêtirait essentiellement une dimension personnelle et non une dimension professionnelle ou économique⁴⁸. Cependant, ces libertés n'excluent bien évidemment pas que de tels droits puissent être conférés par la législation fédérale.

⁴⁵ ATF 125 I 322, 324-326 S. = SJ 2000 I 49, 51-53; ATF du 6 juillet 1999 publié in SJ 2000 I 177, 181-182; voir également ATF 128 I 92, 98 Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV/ASP, qui pourrait amorcer un début d'assouplissement de la jurisprudence. Il s'agissait cependant d'un cas de contrôle abstrait d'une disposition de la loi zurichoise sur la santé.

⁴⁶ ATF 125 I 322, 325 S. = SJ 2000 I 52.

⁴⁷ ATF 125 I 325 = SJ 2000 I 52; cf. ULRICH CAVELTI, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (note 6) art. 24 BV no 8.

⁴⁸ Voir notamment FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2^e éd., Berne 1997 52; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998 138.

33. En revanche, le Tribunal fédéral a admis que l'article 4 LMI (reconnaissance des certificats de capacité) valait également pour l'établissement professionnel. Ainsi, le principe de la reconnaissance de la réglementation du lieu de provenance (principe "Cassis-de-Dijon") est étendu aux cas d'établissement dans un autre canton, dans la mesure où cet établissement dépend de la possession d'un certificat de capacité⁴⁹.

34. La jurisprudence du Tribunal fédéral excluant du champ d'application de la LMI l'établissement professionnel dans un autre canton a suscité - à juste titre - diverses critiques de la part de la doctrine. Il lui est fondamentalement reproché d'avoir interprété de manière erronée les articles 2 et 3 LMI - le message du Conseil fédéral relatif à la LMI contenant des références expresses à la liberté d'établissement⁵⁰ - et de s'être référée de manière incomplète au principe "Cassis-de-Dijon", lequel englobe certains aspects de la liberté d'établissement⁵¹. De plus, en raison de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, toutes les professions ne sont pas mises sur un pied d'égalité devant la LMI: certaines d'entre elles ne bénéficient pas pleinement de ses effets puisque, de par leur nature, elles ne peuvent être exercées que par la voie de l'établissement, et non par celle des prestations de services à partir d'un autre canton⁵².

35. Nous ne nous étendrons pas plus longuement sur les controverses relatives à la portée véritable des articles 2 et 3 LMI et au caractère bien ou mal fondé de la jurisprudence y relative. La question que nous avons à résoudre porte en effet sur la latitude dont dispose le législateur fédéral, au regard de la Constitution fédérale, pour élargir à l'établissement la liberté d'accès au marché garantie par l'article 2 LMI.

B Une base constitutionnelle solide

36. Il apparaît d'emblée que la large latitude dont dispose le législateur fédéral, sur la base des articles 95 alinéa 1 et 95 alinéa 2, première phrase, Cst., pour déterminer les mesures susceptibles de contribuer à la réalisation d'un espace économique suisse unique couvre l'extension de la liberté d'accès au marché à la liberté d'établissement.

⁴⁹ ATF 125 I 326 = SJ 2000 I 53; voir également ATF 125 I 267, 272 X.

⁵⁰ FF 1995 I 1193, 1206 et 1209.

⁵¹ Voir spécialement DOMINIQUE DREYER/BERNARD DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur - Une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 126-131; voir déjà KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbebefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Bâle 1998 225-232; *Contra*: MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire de la LMI, in TERCIER/BOVET (note 8) 1275, n° 24.

⁵² DREYER/DUBEY (note 51) 127.

37. En premier lieu, les travaux préparatoires ne révèlent aucune volonté d'exclure du champ d'application de l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst. la dimension économique et professionnelle de la liberté d'établissement. Déjà lors de l'adoption de la LMI, le Conseil fédéral et plusieurs députés ont insisté sur le lien direct qui relie l'objectif de la réalisation d'un espace économique unique à la reconnaissance de la liberté d'établissement en matière professionnelle⁵³. Les rares intervenants lors de la discussion du futur article 95 Cst. aux Chambres fédérales se sont référés à cette conception du marché intérieur, ont souligné la nécessité de réaliser un espace économique unique même s'ils ont indiqué que cette révision mettait à jour le droit constitutionnel en vigueur⁵⁴.

38. Quant à la jurisprudence, elle a motivé l'exclusion de la liberté d'établissement de la liberté d'accès au marché par la lettre et la systématique de la LMI⁵⁵ et non par une contrainte qui aurait son origine dans la Constitution, ancienne ou nouvelle. En d'autres termes, le Tribunal fédéral n'a nullement interprété l'article 95 alinéa 2 Cst. comme empêchant la Confédération, dans le cadre de son devoir de veiller à la création d'un marché économique suisse unique, de poser des règles facilitant l'établissement professionnel dans d'autres cantons que celui où une personne est autorisée à exercer une activité lucrative.

⁵³ FF 1995 I 1193, 1206: "C'est le propre d'un marché intérieur que de permettre aux personnes d'exercer une activité lucrative sans avoir à subir de manière injustifiée des entraves ou des discriminations découlant de réglementations étatiques (ou d'ententes privées). De même, un marché intérieur suppose la liberté d'établissement et la liberté de choisir son emploi. La libre circulation des personnes doit supprimer les obstacles à la mobilité des salariés et des indépendants". Voir également les débats aux Chambres relatifs à la LMI: spécialement BO 1995 CE 871 (ROSMARIE SIMMEN, rapporteur): "Der Freiheit, sich überall in der Schweiz niederlassen zu können, steht die Freiheit zur Seite, überall in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben zu können. Das Ziel des Binnenmarktgesetzes, nämlich die Stärkung der Handels- und Gewerbefreiheit, entspricht in jedem Fall dem Willen des Verfassungsgebers".

⁵⁴ BO 1998 CE 240 (PIERRE AEBY, rapporteur): "L'article 86, intitulé 'Activité économique lucrative privée', n'a pas fait l'objet de grandes discussions et, en tout cas, d'aucune contestation lors des débats en commission. [...] j'attire peut-être votre attention en particulier sur l'alinéa 2 qui fait obligation à la Confédération de veiller ... à créer un espace économique suisse homogène". C'est toute la dimension du marché intérieur, ou du "Binnenmarkt", qui est ici évoquée; ça paraît fondamental dans l'optique de toute la législation qui s'est mise en place et qui continue à se mettre en place sur le marché intérieur"; BO 1998 CE 240 (ARNOLD KOLLER, Conseiller fédéral): "Mit der neuen Formulierung wird der Grundsatz der Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraumes im Interesse der nötigen Transparenz noch klarer hervorgehoben"; BO 1998 CE 240 (PIERRE AEBY, rapporteur); BO 1998 CN 971 (JOSEPH DEISS, rapporteur) et 972 (ARNOLD KOLLER, Conseiller fédéral).

⁵⁵ ATF 125 I 276, 279/80; 125 I 322, 325.

39. Certains auteurs admettent d'ailleurs clairement que la dimension "liberté d'établissement" fait d'emblée partie intégrante de l'article 95 alinéa 2 Cst. Ainsi, pour JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *"la liberté d'établissement pour les acteurs de l'économie est devenue une composante du marché intérieur suisse qu'entendent achever le Constituant (art. 95 al. 2 Cst.) et le législateur fédéral (Loi sur le marché intérieur); dans ce contexte la liberté d'établissement permet de s'opposer à des régimes administratifs cantonaux (en particulier à des autorisations) qui restreindraient sans justification la mobilité des administrés et de leurs activités"*⁵⁶. RETO JACOBS suit une même approche: *"L'article 95 alinéa 2 Cst. ne précise pas ce qu'il faut entendre par espace économique suisse unique. Selon la conception dominante, les biens, les services et le capital doivent pouvoir librement circuler dans un espace économique unique. Ces trois libertés sont complétées, au niveau de la Constitution, par la liberté d'établissement (art. 24) conçue comme un droit fondamental"*⁵⁷.

40. Si la doctrine majoritaire hésite à aller si loin, elle n'en est pas moins unanime, ou presque, à considérer que le manque d'efficacité de la LMI est très largement dû à la jurisprudence par trop fédéraliste du Tribunal fédéral, notamment sur la question de la liberté d'établissement⁵⁸ et cet avis critique est largement partagé par les instances politiques et administratives qui se sont penchées sur la problématique du marché intérieur⁵⁹. L'avis du Secrétariat de la commission de la concurrence est particulièrement tranché: "Die Rechtsprechung

⁵⁶ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, La liberté d'établissement, in THÜRER/AUBERT/MÜLLER (note 19) 753, 759, n° 20. L'auteur fait - il est vrai - état de la jurisprudence du Tribunal fédéral restrictive en matière de LMI (n° 21).

⁵⁷ JACOBS (note 6) no 16.

⁵⁸ ROLAND VON BÜREN, La mise en œuvre du marché intérieur suisse, in La vie économique - Revue de politique économique 4-2001 4-8, 8; ROLF DÄHLER, La reconnaissance des certificats de capacité et des diplômes au sein du marché intérieur suisse, in La vie économique - Revue de politique économique 4-2001 9-13, 11-12; SERGE ZOGG, La LMI et son impact sur l'ouverture des marchés en Suisse, in La vie économique - Revue de politique économique 4/2001 14-18, 17; GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (note 19) 791, n° 27; JACOBS (note 6) no 17; DREYER/DUBEY (note 51) 126-131.

⁵⁹ COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL, Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse - Rapport du 27 juin 2000 établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, FF 2000 5603 ss., 5607-5610; ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION, Evaluation: Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse? - Rapport final du 11 février 2000 à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, FF 2000 5616 ss., notamment 5622; SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION DE LA CONCURRENCE, Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM): Bericht zuhanden des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, Berne, mai 2002 (non publié) 5-6.

des Bundesgerichts verhindert den Marktzutritt für ganze Berufsgruppen wie Ärzte, Heilpraktiker und Gastwirte, die sich bei ausserkantonaler Tätigkeit regelmässig im Bestimmungskanton niederlassen müssen. Die Verwirklichung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums (Binnenmarkt) bedingt, dass dem Prinzip des freien Marktzugangs Vorrang gegenüber der kantonalen Gesetzgebungskompetenz (Föderalismusprinzip) eingeräumt wird. Das Recht auf Geschäftsniederlassung muss daher vom Grundsatz des freien Marktzugangs erfasst und der Gesetzestext von Artikel 2 BGBM entsprechend angepasst werden⁶⁰.

41. Sous l'angle du principe de la subsidiarité (supra no 24), ces constatations et ces revendications ont un poids certain. Compte tenu du relatif échec de la LMI quant à la réalisation d'un espace économique suisse unique, l'adoption de normes fédérales destinées à remédier à l'inefficacité de la LMI en matière d'établissement professionnel paraît se justifier, sinon s'imposer sous l'angle du principe de la subsidiarité.

42. En résumé, il appert que le législateur fédéral est compétent pour élargir la portée de l'article 2 LMI de façon à rendre applicable le principe de la réglementation du lieu de provenance également à l'établissement professionnel dans un autre canton.

C Les objections

43. L'application du principe de la réglementation du lieu de provenance à l'établissement professionnel dans un autre canton soulève deux objections principales dont le Tribunal fédéral a fait état: le principe de territorialité des ordres juridiques et l'interdiction des discriminations à rebours. Il convient d'y répondre brièvement.

1 Le principe de la territorialité des ordres juridiques

44. Dans sa jurisprudence sur la liberté d'établissement rendue dans le cadre de l'interprétation de la LMI, le Tribunal fédéral évoque le principe de la territorialité des ordres juridiques cantonaux, qui, selon lui, constituerait en obstacle à la reconnaissance d'une telle liberté en matière professionnelle⁶¹. Précisons d'emblée que le raisonnement du Tribunal fédéral tient chaque fois en une demi-phrase à peine et que l'on cherche en vain une motivation tant soit peu détaillée.

⁶⁰ SECRETARIAT DE LA COMMISSION DE LA CONCURRENCE (note 59) 5/6.

⁶¹ ATF 125 I 322, 325-326 S. = SJ 2000 I 49, 52-53 ; ATF 125 I 276, 280 X.

45. La lettre claire de l'article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst. exclut tout principe rigide de territorialité des ordres juridiques en matière économique, puisque cette disposition charge la Confédération de veiller à la création d'*un* espace - et non de plusieurs espaces - économique suisse unique. A défaut, la réalisation d'un tel espace, voulue par le constituant, ne pourrait guère devenir réalité. La notion même d'"espace unique" suppose une certaine uniformisation⁶² et s'oppose à une application rigide du principe de la territorialité des ordres juridiques.

46. De plus, il n'est pas inutile de rappeler que la LMI prévoit d'ores et déjà l'application de la réglementation du lieu de provenance pour déterminer l'admissibilité de l'offre de marchandises, de services ou de prestations de travail au lieu de destination⁶³. Or ce système a directement été pris en compte dans les travaux préparatoires relatifs à l'article 95 alinéa 2 de la Constitution fédérale (supra no 18).

47. A la vérité, il faut probablement admettre que le principe de la territorialité des ordres juridiques cantonaux ne fait que rappeler la structure fédérale de la Confédération suisse et les limites que les compétences fédérales découlant de l'article 95 Cst. trouvent dans l'existence et dans l'autonomie des cantons. La création d'un marché unique dans une construction étatique de type fédéraliste ne peut s'effectuer qu'à travers un compromis - certes difficile et délicat - entre le besoin d'unité, qui seul rend possible le marché unique, et l'impératif de diversité, qui est l'essence même du fédéralisme. Il appartient au législateur de déterminer les termes de ce compromis et, comme nous l'avons montré, il dispose à ce sujet d'une marge d'appréciation relativement large.

48. Dans cette perspective, qui est nécessairement nuancée, car naviguant sans cesse entre deux pôles opposés, l'on ne saurait admettre que le principe de la territorialité des ordres juridiques cantonaux, respectivement le fédéralisme, empêche le législateur fédéral d'élargir la portée de l'article 2 LMI en rendant applicable le principe de la réglementation du lieu de provenance aux conditions de l'établissement professionnel dans un autre canton.

⁶² AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 10.

⁶³ Art. 2 al. 1 et 3 LMI.

2 L'interdiction des discriminations à rebours

49. Le Tribunal fédéral évoque le risque, pour des prestataires de services établis dans un canton, de se voir moins bien traités dans leur propre canton que des prestataires de services qui souhaitent s'y établir alors qu'ils sont déjà établis dans d'autres cantons plus libéraux⁶⁴. Le risque d'une discrimination à rebours⁶⁵ dans une telle situation est bien réel, du fait que les prestataires de services établis dans le canton restrictif sont soumis à une réglementation plus stricte que celle des cantons libéraux à laquelle sont soumis les prestataires de services établis dans ceux-ci, y compris lors de leur établissement dans le canton le plus restrictif.

50. Au préalable, il faut admettre que la LMI n'oblige pas, à elle seule, un canton à réduire ses exigences et à les aligner sur celles prévues dans le canton le moins exigeant en la matière lorsqu'il s'agit d'octroyer une première autorisation d'exercer une activité⁶⁶. Cependant, qu'ils bénéficient ou non d'une autorisation délivrée auparavant par un autre canton, tous les prestataires de services sont, dans un canton ayant une législation restrictive, des concurrents directs, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral portant sur l'article 27 Cst. En effet, ils font partie de la même branche économique, s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue

⁶⁴ ATF 125 I 276, 281-282 X.

⁶⁵ Sur cette notion, voir notamment ASTRID EPINEY, *Umgekehrte Diskriminierungen*, Cologne 1995 77 ss.; ALEXANDRE BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zurich / Berne 1996 160-162.

⁶⁶ ATF 128 I 92, 98 Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV/ASP (conditions mises à l'autorisation d'exercer comme psychologue indépendant sans formation médicale): *"La question de savoir s'il faudrait, sur la base de la LMI, délivrer dans le canton de Zurich également une autorisation à un psychologue qui est autorisé à pratiquer à titre indépendant dans un autre canton, n'a pas besoin d'être réglée dans la loi zurichoise elle-même, et la possibilité qu'une telle autorisation soit accordée ne signifierait encore pas que le législateur cantonal devrait abaisser les exigences pour les autorisations qui doivent être délivrées pour la première fois dans le canton de Zurich"* (traduction française in DREYER/DUBEY [note 51] 115). Dans le même sens, DREYER/DUBEY [note 51] 128-131: *"Il n'est, en effet, pas contestable que les cantons conservent la compétence d'adopter, dans leur réglementation, le niveau d'exigences qu'ils souhaitent et estiment nécessaire, sans avoir à tenir compte de l'existence de réglementations moins exigeantes dans d'autres cantons. Cette réglementation plus stricte s'appliquera tout naturellement aux professionnels concernés, lorsqu'ils demandent une première autorisation d'exercer dans le canton concerné. En cela, la LMI n'impose donc pas un 'nivellement par le bas' des réglementations professionnelles cantonales. [...] En revanche - et même s'il n'est pas nécessaire pour un canton de prévoir expressément ce cas de figure dans ses propres lois - le canton restera, à notre avis, tenu d'appliquer les art. 2 et 3 LMI au professionnel déjà autorisé (une première fois) à exercer dans un autre canton, mais qui souhaite s'établir ensuite sur son territoire"*.

de satisfaire les mêmes besoins⁶⁷. Par conséquent, la différence de traitement entre divers prestataires de service, les uns provenant du canton en cause, les autres de cantons plus libéraux, doit être justifiée par un motif qualifié⁶⁸. Les exigences posées par le Tribunal fédéral sont strictes en la matière.

51. Selon le principe du lieu de provenance, le seul fait qu'un prestataire de services bénéficie d'une première autorisation dans un canton libéral lui confère le droit de s'établir dans un canton restrictif aux conditions du lieu de son premier établissement, alors qu'un autre prestataire de services, qui remplit également ces conditions, n'est pas nécessairement autorisé à s'y établir, parce qu'on lui applique des conditions plus strictes, à savoir celles du canton restrictif qui est, par hypothèse, celui de son premier établissement. Il y a, à notre sens, une tension évidente sous l'angle de l'égalité de traitement entre concurrents économiques⁶⁹. Au reste, même si l'on refuse d'admettre le risque de discriminations à rebours, la situation n'est pas nécessairement satisfaisante. En effet, des prestataires de services souhaitant obtenir une première autorisation dans un canton restrictif, mais qui ne satisferaient pas aux conditions en vigueur dans ce canton, pourraient constituer un premier établissement dans un canton libéral, puis s'établir dans le canton restrictif. Cela reviendrait à contourner sinon la lettre, du moins l'esprit de la LMI. On risquerait ainsi de créer une autre forme de discrimination - autrement plus pernicieuse - entre ceux qui ont les moyens de s'établir préalablement dans un canton libéral et ceux qui en sont dépourvus.

⁶⁷ ATF 125 II 129, 149 Coop Bern; 121 I 270, 285 Circus Gasser Olympia AG = JT 1997 I 264, 268.

⁶⁸ ATF 125 II 149; ATF 121 I 285 = JT 1997 I 269.

⁶⁹ Dans ce sens, VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zurich 2003 488 n° 1092 et l'illustration donnée. D'un autre avis, DREYER/DUBEY (note 51) 104-105: "*la personne qui s'est formée professionnellement dans un canton, s'y est installée et ne fait pas valoir son droit à la mobilité professionnelle intercantonale ne pourra pas prétendre à la protection de la LMI à l'encontre d'une réglementation cantonale restrictive qui régit son activité lucrative. Elle risquera, par conséquent d'être 'discriminée à rebours' par rapport à la personne qui peut invoquer la LMI. Ce n'est toutefois pas au droit fédéral, mais bien aux cantons, de faire en sorte d'éliminer ce type de discriminations, en s'efforçant, par exemple, d'harmoniser entre eux les conditions matérielles d'accès et d'exercice des différentes activités lucratives soumises à autorisation*". Ces auteurs ne prennent cependant pas en compte le droit des concurrents économiques à être traités de manière égale par l'Etat (égalité de traitement entre concurrents économiques), même s'ils réservent les cas dans lesquels une personne "*peut invoquer la protection d'un droit fondamental tel que la liberté économique*" (104, note 439). Contrairement à ce qu'ils soutiennent, il ne s'agit dès lors pas d'une simple question relevant du droit cantonal.

A titre d'exemple, prenons l'état de fait ayant donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral non publié du 22 février 2001⁷⁰: un avocat pratiquant à Zurich - canton qui n'exigeait pas la conclusion d'une assurance RC professionnelle - s'était vu refuser le droit de continuer à exercer sa profession en Argovie, du fait qu'il était au bénéfice d'une assurance RC à concurrence de CHF [...] seulement par dommage, alors que la réglementation argovienne exigeait que les avocats soient au bénéfice d'une assurance RC à hauteur de CHF 1 mio. par dommage. Si le canton d'Argovie avait accordé l'autorisation de pratiquer à cet avocat aux "conditions zurichoises", c'est-à-dire sans que celui-ci soit tenu de conclure une assurance RC professionnelle - ce qui se justifiait à notre avis - cet avocat aurait alors disposé d'un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents établis en Argovie, car les frais généraux sont plus faibles en raison de la dispense de conclure une assurance RC, souvent fort onéreuse. Il en résulterait une distorsion de la concurrence. A notre sens, l'on ne saurait exclure, par principe, que les avocats établis en Argovie se prévalent de l'égalité de traitement entre concurrents économiques dans une telle situation. Cela pourrait provoquer une harmonisation des législations cantonales du fait de l'abandon de réglementations cantonales excessives ou inadaptées - ce n'était pas le cas en l'espèce - ou d'un nivellement "par le bas" - conséquence, à certains égards, inhérente au principe "Cassis-de-Dijon".

52. En somme, le risque de discriminations à rebours existe et ne saurait être ignoré. Aussi appartiendra-t-il aux autorités judiciaires de déterminer au cas par cas s'il y a effectivement une différence de traitement entre divers prestataires de services et si celle-ci est justifiée.

53. Ce risque est cependant, dans une certaine mesure, inhérent au principe "Cassis-de-Dijon" consacré par la LMI. Il existe d'ailleurs déjà avec le système actuellement en vigueur. En effet, un offreur externe de marchandises, de services ou de prestations de travail peut, selon les cas, se voir mieux traité qu'un offreur purement interne, puisqu'à ce dernier uniquement s'applique la réglementation du lieu de destination, par hypothèse, plus stricte que celle du lieu de provenance. Or nous avons vu que le système de la LMI a été avalisé par le constituant (supra no 9 et 18).

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 22 février 2001, 2P.180/2000; DREYER/DUBEY (note 51) 132-133.

54. En outre, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral relative à l'établissement professionnel n'est pas exempte d'autres contradictions. Ainsi, un praticien en thérapies naturelles établi dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures qui ferait des visites à domicile dans le canton de Saint-Gall pourrait invoquer la LMI alors que, s'il souhaitait s'établir dans le canton de Saint-Gall, il ne pourrait pas se prévaloir du fait que son activité est autorisée dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures⁷¹!

55. De surcroît, le fait d'appliquer le principe de la réglementation du lieu de provenance ou de remédier à des discriminations à rebours en cas d'établissement professionnel n'implique pas un accroissement des compétences fédérales, mais revient à "intercantonaliser" ou plutôt à "transcantonaliser" la problématique. La compétence demeure fondamentalement cantonale, mais les cantons ne sauraient faire abstraction de ce que font les autres cantons. Cela se traduit progressivement par une harmonisation des législations cantonales - c'est-à-dire par la prise en compte des solutions des cantons les plus libéraux, le cas échéant après injonction d'autorités judiciaires - ou par l'adoption de concordats intercantonaux. Cette tendance à l'harmonisation s'inscrit pleinement dans l'optique de la réalisation d'un espace économique suisse unique au sens de l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst., tout en respectant - autant que faire se peut - le fédéralisme. Les particularismes cantonaux ne sont ainsi pas tout puissants.

56. Enfin, il sera encore noté que l'article 3 LMI offre une soupape de sécurité qui permet de tempérer le risque de discrimination à rebours en permettant de conditionner, voire de restreindre l'accès au marché du lieu où des prestataires de services souhaitent s'établir professionnellement⁷². De ce fait, le traitement réservé aux prestataires de services préalablement établis dans un autre canton pourrait s'avérer, en définitive, assez proche de celui auquel ont droit les prestataires locaux.

57. En conclusion, il appartiendra aux autorités judiciaires de déterminer, au cas par cas, si des différences de traitement existent entre divers prestataires de services qui se trouvent dans un rapport de concurrence et, le cas échéant, si elles sont justifiées. Cette faculté reconnue aux autorités judiciaires ne remet cependant pas en cause la compétence du législateur fédéral de rendre le principe de la réglementation du lieu de provenance applicable aux cas d'établissement professionnel dans un autre canton.

⁷¹ Organe parlementaire de contrôle de l'administration (note 59) 13.

⁷² Dans ce sens, Bianchi della Porta (note 51) 1276 n° 29.

D Perspectives pour la révision de la LMI

58. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il n'existe pas d'obstacle constitutionnel à l'extension de la portée de l'article 2 LMI de façon à garantir la liberté d'établissement professionnel dans un autre canton. Cette garantie peut cependant être consacrée de différentes manières.

59. Selon une première variante, l'article 2 LMI pourrait être révisé en ce sens que toute personne qui est autorisée à exercer une activité lucrative dans un canton ou dans une commune a le droit de l'exercer et de s'établir professionnellement sur l'ensemble du territoire suisse, et que l'établissement professionnel est régi par les prescriptions applicables au lieu de provenance.

60. Si l'on souhaitait élargir de manière encore plus substantielle la portée de la LMI, l'on pourrait prévoir que le simple fait d'être domicilié dans un canton permet à un individu qui souhaite s'établir professionnellement dans un autre canton de se référer aux exigences de son canton de domicile⁷³. Cette approche très libérale irait nettement au-delà du système mis en place par la LMI. De plus, elle risquerait d'entraîner des abus, dans la mesure où une personne pourrait prendre domicile dans un canton libéral uniquement dans le but d'éviter l'application des prescriptions applicables dans un canton plus restrictif où il compte réellement s'établir professionnellement.

⁷³ Une telle approche était défendue par le recourant G. dans l'arrêt du Tribunal fédéral publié in SJ 2000 I 177: le recourant était domicilié dans le canton de Soleure et avait requis des autorités de Bâle-Campagne l'octroi d'une autorisation pour l'exploitation d'un établissement à Ettigen/BL. Le canton de Soleure ayant aboli les certificats de capacité pour les cafetiers-restaurateurs, le recourant estimait que l'autorisation devait lui être accordée sur la base de la LMI, quand bien même il n'était pas en possession d'un certificat de capacité pourtant requis par la législation de Bâle-Campagne. On sait que le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette approche: *"La fonction de marché intérieur de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas touchée. Que le recourant ait son domicile privé dans le canton de Soleure, qui n'exige pas un certificat de capacité pour l'exploitation des cafés et des restaurants, ne peut rien y changer. Le point d'attache spatial du champ d'application des dispositions de police du commerce est tant dans ses principes généraux que selon le sens de la LMI le lieu où se situe l'entreprise, respectivement l'établissement commercial, et non le lieu du domicile privé du dirigeant de l'entreprise. L'opinion du recourant selon laquelle une personne résidant dans le canton de Soleure peut exercer une activité de cafetier-restaurateur dans le canton de Bâle-Campagne sans certificat de capacité conduirait à un traitement différent des activités commerciales à l'intérieur d'un canton en fonction du canton de domicile privé du chef d'entreprise"* (SJ 2000 I 182).

61. Il faut aussi se demander si le fait d'exercer licitement une activité lucrative non soumise à autorisation dans un canton devrait donner le droit d'exercer cette activité dans un autre canton exigeant, en revanche, une autorisation. Cette variante requiert une interprétation extensive de la LMI⁷⁴. A notre avis, il serait possible de reconnaître à une personne exerçant licitement une activité lucrative dans un canton le droit de s'établir dans un autre canton afin d'y exercer cette activité, même si seul le canton "de destination" soumet l'exercice de cette activité à autorisation⁷⁵. Dans le même ordre d'idées, le fait qu'une personne soit autorisée à exercer une activité dans un canton en fonction d'un certain certificat de capacité (exemple: brevet d'expert fiscal pour le contentieux fiscal) devrait lui permettre d'exercer la même activité dans un autre canton, même si celui-ci réserve *a priori* l'exercice de cette activité aux titulaires d'un autre certificat de capacité (exemple: brevet d'avocat pour le contentieux fiscal)⁷⁶. De même, une profession indépendante existant dans un canton mais n'étant pas prévue, comme telle, dans un autre canton devrait bénéficier des effets de la LMI, si bien qu'une personne exerçant valablement cette profession devrait, sous réserve de l'article 3 LMI, être autorisée à l'exercer au lieu de destination⁷⁷.

62. Selon cette variante, la LMI pourrait être révisée en ce sens que toute personne exerçant de manière licite une activité lucrative dans un canton ou une commune a le droit de l'exercer et de s'établir professionnellement sur l'ensemble du territoire suisse.

⁷⁴ Voir notamment DREYER/DUBEY (note 51) 126-127, se référant au message du Conseil fédéral relatif à la LMI: "Bien au contraire: il faut admettre que les extraits précités du Message constituent autant d'indices concrets militant en faveur d'un régime unifié de la libre circulation des marchandises, de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement, à condition bien sûr que la personne ait été établie et dûment autorisée dans un autre canton auparavant".

⁷⁵ Dans ce sens, WUNDER (note 51) 230.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Dans ce sens, DREYER/DUBEY (note 51) 138-141. Contra: ATF 125 I 276, 283-288 X.: celui qui possède un certificat de capacité d'un autre canton pour une profession qui n'est en aucune manière autorisée dans le canton où il veut s'établir (interdiction d'exercer à titre indépendant la profession de prothésiste dentaire dans le canton des Grisons) ne peut pas se prévaloir de l'article 4 LMI. Pour une approche plus satisfaisante, fondée sur la seule liberté économique, voir ATF 125 I 335 J. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé qu'il était disproportionné de refuser à une acupunctrice l'autorisation d'exercer sa profession à titre indépendant lorsque l'intéressée est aussi bien, voire mieux formée à cet effet qu'un médecin.

63. Dans l'ensemble, il faut reconnaître que l'intégration de la liberté d'établissement, dans sa dimension professionnelle et économique, dans le concept de la liberté d'accès au marché cher à la LMI pourra avoir un impact relativement lourd sur les législations cantonales. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que les cantons peuvent suivre des approches différentes s'agissant de la réglementation d'activités lucratives privées. Ainsi, un canton A peut mettre l'accent uniquement sur la procédure d'autorisation de certaines activités (exemple: nécessité d'obtenir un certificat de capacité, soumis à des exigences très strictes, pour exploiter un restaurant), tandis qu'un canton B peut négliger cet aspect, pour se concentrer sur la surveillance de ces activités (exemple: renonciation à l'exigence du certificat de capacité pour exploiter un restaurant et possibilité d'ouvrir librement un tel restaurant, mais surveillance stricte des conditions d'hygiène et de bon exercice de l'activité en question). Il pourrait s'avérer peu opportun de permettre à une personne exerçant depuis peu de temps dans le canton B de s'établir professionnellement dans le canton A en se fondant sur les seules exigences en vigueur dans le canton B. En effet, l'activité exercée par cette personne dans le canton A pourrait être pratiquement soustraite à un contrôle étatique (absence de contrôle dans le canton B dans la mesure où ce canton permet d'exercer librement une activité et que la personne en cause n'exerce son activité que depuis peu de temps, si bien qu'elle ne peut se prévaloir d'une pratique irréprochable pendant un long laps de temps, et absence de contrôle dans le canton A puisque celui-ci met l'accent sur la procédure d'autorisation à laquelle est précisément soustraite la personne en cause). Pour cette raison, il se justifie de prévoir une soupape de sécurité de façon à préserver les intérêts essentiels du "lieu de destination" (infra no).

64. En d'autres termes, le régime d'autorisation d'une activité lucrative privée s'inscrit dans un cadre législatif et réglementaire souvent complexe, composé notamment de mesures de surveillance, si bien qu'une comparaison entre les prescriptions applicables au lieu de provenance et celles qui le sont au lieu de destination demeure nécessaire. Il sied cependant, eu égard au principe de la proportionnalité, de chercher autant que possible à octroyer une autorisation au lieu de destination en l'assortissant éventuellement de conditions, plutôt que de refuser purement et simplement une telle autorisation (infra no).

III La reconnaissance du principe d'équivalence (art. 3 LMI)

65. La deuxième question qui nous a été posée porte sur la constitutionnalité de l'adoption d'un principe d'équivalence dans la LMI, en ce sens que *"la liberté d'accès au marché ne pourrait être restreinte que quand les conditions d'admission du lieu de provenance ne sont*

manifestement pas idoines pour atteindre le niveau de protection recherché au lieu de destination".

66. En d'autres termes, le principe d'équivalence soumettrait les restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3 LMI) à la condition que les critères d'admission du lieu de provenance ne soient manifestement pas en mesure de garantir le niveau de protection recherché au lieu de destination.

A La situation actuelle

67. En vertu de l'article 2 alinéa 1 LMI, *"toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement"*. L'article 2 alinéa 3 LMI ajoute que *"l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement"* et que *"toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse"*.

68. Le législateur a ainsi voulu incorporer dans la LMI le principe dit "Cassis-de-Dijon" qui prévaut en droit communautaire⁷⁸. C'est donc le principe du lieu de provenance (das Herkunftsortsprinzip) qui régit l'admissibilité de marchandises, de services ou de prestations de travail⁷⁹. Or, de ce principe découle un principe d'équivalence plus général⁸⁰. Cela signifie qu'à l'heure actuelle, une certaine forme d'équivalence est déjà sous-jacente à l'article 2 LMI⁸¹. Ainsi présume-t-on que les conditions d'exercice des activités lucratives tombant dans le champ d'application de la LMI sont équivalentes sur tout le territoire national⁸².

⁷⁸ Pour beaucoup, COTTIER/WAGNER (note 1) 1582-1590, 1584-1585.

⁷⁹ ATF 125 I 322, 324 S. = SJ 2000 I 49, 51.

⁸⁰ Voir spécialement BERNEL (note 65) 136-138 ; DREYER/DUBEY (note 51) 136.

⁸¹ FF 1995 I 1193 ss., 1237: *"Quant au [...] principe (dit "Cassis-de-Dijon"), adapté à cette occasion au cadre juridique suisse, il établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI (liberté du commerce et de l'industrie) sont équivalentes, de sorte que la personne qui a obtenu l'autorisation d'exercer une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'on ne puisse démontrer, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte"*, DREYER/DUBEY (note 51) 107 et 128.

⁸² BIANCHI DELLA PORTA (note 51) 1277 n° 35.

69. Or, nous avons vu que le système de la LMI a non seulement été pris en considération par le constituant, mais que ce dernier l'a fait sien (supra no 18-21). Il nous semble dès lors qu'un éventuel renforcement du mécanisme prévu à l'article 2 LMI, tout en en conservant l'esprit, s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'article 95 alinéa 2 Cst. Une telle conclusion s'impose d'autant plus que le manque d'efficacité de la LMI a été dûment constaté, justifiant dès lors une intervention accrue de la Confédération eu égard au principe de subsidiarité (supra no 39). En outre, aujourd'hui déjà, le principe de la proportionnalité doit être appliqué strictement aux restrictions posées par un canton à l'égard d'offreurs externes respectant la réglementation en vigueur dans leur propre canton⁸³, ce qui reflète - certes de manière implicite - une certaine présomption d'équivalence.

70. En d'autres termes, la LMI consacre d'ores et déjà, certes de façon atténuée, le principe d'équivalence. Ainsi, *"la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions [...] sont indispensables à la préservation d'intérêts publics importants"* (art. 3 al. 1 let. b LMI). Par ailleurs, il faut que *"la protection recherchée ne [puisse] pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance"* (art. 3 al. 3 let. b LMI).

71. La notion d'équivalence des réglementations provient donc de la comparaison des niveaux de protection qu'assurent les ordres juridiques du lieu de provenance, d'une part, et du lieu de destination, d'autre part⁸⁴. Des législations sont dites équivalentes si l'une et l'autre garantissent de manière aussi efficace la réalisation de l'objectif légitime poursuivi⁸⁵. Dans le contexte du marché intérieur suisse, il convient de présumer une telle équivalence. Diverses prescriptions déterminant l'accès au marché - conditions personnelles, exigences formelles, exigences financières, etc. - entrent en ligne de compte⁸⁶ et devraient ainsi être couvertes par la présomption d'équivalence.

⁸³ ATF 128 I 295, 307 Association suisse des annonceurs; 125 I 474, 482 MediService SA et les références doctrinales.

⁸⁴ BERNEL (note 65) 109 à propos du droit communautaire.

⁸⁵ BERNEL (note 65) 82-83 et 109 à propos du droit communautaire.

⁸⁶ ATF 125 I 276, 284 X.

72. Dans cette optique, et sans même qu'il soit indispensable de réviser formellement la LMI, le principe de proportionnalité pourrait et devrait être appliqué encore plus strictement que par le passé, notamment en ce qui concerne l'établissement professionnel. Il conviendrait de chercher autant que possible à octroyer une autorisation d'exercer une activité lucrative au lieu de destination en l'assortissant éventuellement de conditions ou de limites, plutôt que de la refuser purement et simplement.

Ainsi, par exemple, dans l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à l'exercice de la profession de guérisseur⁸⁷, le recourant était autorisé à exercer la profession de guérisseur à Heiden, dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures. Il avait ensuite demandé aux autorités zurichoises l'autorisation d'exercer la profession de naturopathe dans le canton de Zurich. Les autorités zurichoises ont estimé que l'activité de guérisseur était possible, pour autant qu'elle se limitât à l'exercice d'activités telles que massages ou conseils prodigués exclusivement à des personnes en bonne santé ou à l'application de méthodes non scientifiques telles que prières, utilisation du pendule ou astrologie⁸⁸. Au-delà de ces activités, une autorisation était nécessaire, laquelle ne pouvait cependant être délivrée qu'à des médecins ou des professionnels spécialement formés. Le canton de Zurich a alors refusé de reconnaître l'examen de guérisseur appenzellois. Plutôt que d'adopter une position aussi tranchée, les autorités zurichoises auraient dû examiner ce que recouvrait effectivement l'autorisation obtenue dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures. Ainsi, cette autorisation ne permettait au recourant d'utiliser et d'administrer dans son cabinet que des médicaments pour lesquels une ordonnance médicale n'était pas nécessaire⁸⁹. De plus, lui étaient interdites les activités exclusivement réservées au corps médical ou qui nécessitent une autorisation particulière, le traitement de maladies dont l'annonce est obligatoire et de maladies transmissibles, les interventions chirurgicales ainsi que l'exécution de ponctions, d'injections et de perfusions⁹⁰. Une autorisation limitée, reprenant en définitive les limites résultant de la législation d'Appenzell Rhodes-Extérieures, aurait dès lors pu être accordée par les autorités zurichoises et participerait d'une approche fondée sur le principe d'équivalence.

⁸⁷ ATF 125 I 322 S. = SJ 2000 I 49.

⁸⁸ ATF 125 I 323 S. = SJ 2000 I 50.

⁸⁹ ATF 125 I 331 S. = SJ 2000 I 58.

⁹⁰ Ibid.

73. Evidemment, cela peut compliquer la tâche des autorités cantonales dans un premier temps, car elles devront se référer à la législation d'un autre canton. Toutefois, avec le temps, cela pourrait avoir pour effet de combattre la sur-réglementation existant dans certains cantons et de pousser les cantons à tenir compte des réglementations des autres cantons, voire de les inciter à adopter des concordats intercantonaux. Force est de constater que de telles incitations paraissent - l'expérience le montre - indispensables si l'on souhaite effectivement réaliser un espace économique suisse unique dans lequel la mobilité professionnelle est vraiment garantie. Il est en effet fort douteux que, dans certains domaines en tout cas, l'impulsion vienne des cantons eux-mêmes. Or, la réalisation d'un tel espace est expressément voulue par le Constituant, en vertu de l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst.

B Perspectives pour la révision de la LMI

74. Il est question d'inscrire expressément un principe d'équivalence dans la LMI. Ainsi, la liberté d'accès au marché ne pourrait être restreinte que lorsque les conditions d'admission du lieu de provenance ne sont manifestement pas idoines pour atteindre le niveau de protection recherché au lieu de destination.

75. Une telle révision correspond certes à un accroissement de l'intensité de la liberté d'accès au marché et de sa protection. Mais, au regard de ce qui a été dit, elle n'opère pas un changement conceptuel et ne constitue en aucun cas une rupture par rapport au régime existant.

76. Dès lors, l'article 3 LMI pourrait être révisé en ce sens que les prescriptions régissant l'accès au marché et l'établissement professionnel applicables au lieu de provenance seraient réputées équivalentes à celles applicables du lieu de destination. Les autorités du canton ou de la commune du lieu de destination conserveraient cependant la faculté de démontrer que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent manifestement pas d'atteindre la protection recherchée au lieu de destination. Elles devraient toutefois tenir compte notamment des autorisations, des attestations ainsi que des certificats délivrés ou produits au lieu de provenance.

Ce renforcement se justifie tout particulièrement dans des cas tels que celui ayant fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral du 14 juin 1999 en la cause X⁹¹. Dans cet arrêt, le re-

⁹¹ ATF 125 I 276 X.

courant était autorisé à exercer en tant que prothésiste dentaire dans le canton de Zurich. Il souhaitait exercer à titre indépendant dans le canton des Grisons, ce qui lui fut refusé par les autorités de ce canton. Le Tribunal fédéral a rejeté toute idée d'équivalence des législations cantonales et s'est uniquement focalisé sur la législation grisonne⁹². Or, la présomption d'équivalence devrait typiquement viser ce genre de situations afin que celles-ci tombent dans le champ d'application de la LMI. Il appartiendrait alors aux autorités grisonnes de démontrer qu'une restriction de la liberté d'accès au marché se justifie tout de même, ce qui ne devrait être admis que de manière très restrictive.

77. Enfin, par mesure de clarté, il serait probablement utile de définir, dans la LMI, les termes "lieu de provenance" et "lieu de destination"⁹³, afin d'indiquer clairement qu'ils couvrent aussi l'établissement professionnel.

IV La garantie subsidiaire de l'accès au marché par la preuve d'une activité pratique (art. 3 LMI)

78. La troisième question porte sur *"la possibilité d'obtenir l'accès au marché par une preuve de l'exercice d'une pratique : le fait de ne pas remplir les conditions d'admission au lieu de destination pourrait être compensé par la preuve d'une pratique sans opposition de plusieurs années"*.

79. La prise en compte d'une expérience pratique est actuellement prévue par la LMI dans le cadre de la reconnaissance des certificats de capacité. Ainsi, en vertu de l'article 4 alinéa 4 LMI, *"si le certificat de capacité ne répond que partiellement aux exigences en vigueur au lieu de destination, l'intéressé peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique"*.

⁹² ATF 125 I 288: "Jedoch wurde dem Beschwerdeführer die Bewilligung nicht deswegen verweigert, weil die bündnerischen Behörden seine beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse als Zahnprothetiker in Zweifel gezogen hätten, sondern deshalb, weil das bündnerische Recht die selbstständige Ausübung dieses Berufs gar nicht zulässt, und zwar mit der gesundheitspolizeilichen Überlegung, dass auch ein ausgebildeter Zahnprothetiker mit Fähigkeitsausweis nicht hinreichend qualifiziert ist, um selbstständig am Patienten zu arbeiten."; voir également, pour une critique de cet arrêt, DREYER/DUBEY (note 51) 139-140.

⁹³ A propos de ces notions, voir BIANCHI DELLA PORTA (note 51) 1264, no 79-80.

80. Du moment que la Confédération dispose d'une compétence étendue pour légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées et pour créer un espace économique suisse unique, que le système de la LMI a été avalisé par le Constituant et que la LMI manque singulièrement d'efficacité dans sa teneur actuelle (supra no 39), nous ne voyons pas quel obstacle constitutionnel empêcherait de compléter la réglementation prévue à l'article 4 LMI en consacrant, à l'article 3 LMI, la possibilité subsidiaire d'obtenir l'accès au marché par une preuve de l'exercice d'une pratique constante et incontestée. Ainsi, le fait de ne pas remplir toutes les conditions d'admission au lieu de destination n'est pas, à lui seul, déterminant. Les autorités du lieu de destination devraient tenir compte non seulement des autorisations, certificats ou autres attestations, mais aussi de la preuve d'une pratique constante et incontestée.

81. Pour être reconnue, une telle pratique devrait remplir deux conditions. Il faut en premier lieu qu'elle atteigne une certaine durée. Mais quelle durée? Et qui la fixe? Difficile de répondre à ces deux questions dans le cadre de cet avis de droit. Une durée trop longue entraînerait sans doute l'ineffectivité de la règle. Une durée trop courte en revanche risquerait de donner lieu à des abus. Exiger une base légale en droit cantonal signifierait que les cantons seraient tenus de prévoir, pour chaque autorisation professionnelle, un substitut sous forme d'une pratique incontestée, obligation qui sera difficilement compatible avec leur autonomie. Fixer la durée en termes absolus dans la loi fédérale, pour chacune des activités économiques entrant en considération, paraît impossible. De sorte qu'il ne semble rester, comme source et comme technique normative, que la jurisprudence. Si le principe de la preuve par la pratique devra être mentionné dans la LMI, il appartiendra aux autorités administratives puis, en cas de litige, au juge de déterminer au cas par cas, sur la base des indications fournies par les parties, si la durée et la solidité d'une pratique invoquée lui paraissent suffisantes.

82. La preuve d'une telle pratique - avec les autorisations, attestations et certificats qu'elle est appelée, dans certaines circonstances, à remplacer - constituerait ainsi un facteur supplémentaire pour limiter l'ampleur des restrictions que les cantons peuvent apporter au principe du lieu de provenance, ou de l'équivalence. En d'autres termes, il s'agit d'une exception à l'exception, qui est censée renforcer la règle générale.

V L'harmonisation des législations cantonales

83. La quatrième question qui nous a été posée est peut-être la plus délicate: la Confédération peut-elle, sur la base de l'article 95 Cst., "*obliger les cantons à harmoniser leur législation à condition qu'elle ait un effet sur l'activité économique?*" Formulée ainsi, la question ne peut être tranchée que par la négative. Mais la réponse à la question

de savoir si et dans quelle mesure la Constitution tolère, voire exige que les législations cantonales en matière économique soient harmonisées ne peut être que nuancée.

A Une compétence étendue qui englobe le principe d'une harmonisation

84. Comme nous avons vu (supra no 7/8), l'article 95 Cst confère à la Confédération deux compétences législatives distinctes. La première détermine un champ possible pour l'action du législateur fédéral, fort large au demeurant: l'exercice des activités économiques lucratives privées (al. 1). La seconde désigne une finalité, certes vague et "indifférenciée", mais qui est impérative et dont le principe ne peut plus être contesté: la création d'un espace économique suisse unique (al. 2). Les travaux préparatoires et la doctrine n'ont pas manqué de relever que les deux compétences se renforcent mutuellement. *"D'une certaine manière - dit le Conseil fédéral - (la seconde) renforce le caractère global de la compétence consacrée par (la première)"*⁹⁴. Et si JEAN-FRANÇOIS AUBERT exprime la crainte que la formule *"un peu hardie"* de l'alinéa 2 risque d'inciter le législateur fédéral *"à exploiter plus intensément que par le passé la compétence qu'il tient de l'alinéa premier"*⁹⁵, il confirme indirectement qu'une telle compétence existe bel et bien et que la marge d'appréciation laissée au législateur fédéral pour la mettre en œuvre est large.

85. Il est important de rappeler qu'en adoptant la LMI, le législateur fédéral n'a pas pu et n'a pas voulu épuiser sa compétence en la matière. S'inspirant directement du droit communautaire, il a tenté d'éviter une trop forte centralisation économique au moyen de deux principes, celui de "Cassis de Dijon" et celui de l'interdiction des discriminations, le but étant la suppression des barrières étatiques à la concurrence et la réalisation du marché intérieur. *"Plutôt que de réglementer de manière centralisée des domaines entiers et pour des raisons tenant au respect du fédéralisme, le législateur soumet les compétences cantonales et communales à des critères d'évaluation qui sont indépendants des branches d'activités économiques concernées"*⁹⁶.

⁹⁴ FF 1997 I 303.

⁹⁵ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 10.

⁹⁶ TERCIER (note 8) 1246 no 43; Voir aussi BO 1995 CE 1154 (JEAN-PASCAL DELAMURAZ, Conseiller fédéral): *"La Loi fédérale sur le marché intérieur a été conçue de manière à tenir compte des intérêts légitimes des cantons et des communes à pouvoir réglementer eux-mêmes l'exercice du commerce et de l'industrie et à éviter que la Confédération n'ait à faire usage de sa compétence concurrente dans ce domaine"*; comp. ATF 125 I 276, 285-286 X.

86. La LMI repose en d'autres termes sur un pari: que la reconnaissance de la liberté d'accès au marché (art. 2) et l'ouverture de voies de droit (art. 9) incitent les opérateurs économiques à défendre spontanément leurs intérêts devant le juge, permettant à ce dernier de créer peu à peu un marché unique en éliminant les uns après les autres les obstacles étatiques à la libre circulation. Il s'agit en quelque sorte d'une ruse du législateur fédéral qui, pour éviter la centralisation, emprunte une technique qui semble avoir fait ses preuves en droit communautaire. Produit doctrinal, la LMI traduit un libéralisme peut-être un peu naïf: que la dynamique du marché, stimulée par l'action conjuguée de l'agent économique et du juge, parvienne à elle seule à épurer le marché helvétique de tous les obstacles de droit public qui freinent son développement⁹⁷. Un libéralisme qui s'accompagne d'une bonne dose d'opportunisme, car le législateur fédéral n'était pas vraiment mécontent de pouvoir remettre à d'autres - à savoir aux juges - le soin de trancher la difficile question de l'équilibre entre le fédéralisme et la liberté économique⁹⁸.

87. Force est aujourd'hui de constater que le pari a été perdu, que la ruse n'a pas marché et que la pratique a puni la naïveté et l'opportunisme des auteurs de la LMI. Les tribunaux ont été peu sollicités, le juge fédéral a privilégié le fédéralisme sur la liberté économique et les cantons se sentent, en matière économique, presque aussi libres qu'avant l'adoption de la LMI. Pire, la LMI a provoqué des inégalités considérables entre les différentes activités et professions qui peuvent s'en prévaloir, des inégalités qui étaient inconnues auparavant. Pour couronner le tout, la concurrence ne s'est pas intensifiée et les prix n'ont pas baissé⁹⁹.

⁹⁷ "En dernier ressort, il appartient aux plaideurs et au Tribunal fédéral de parachever l'intégration économique helvétique", VINCENT MARTENET/CHRISTOPHE RAPIN, *Le marché intérieur suisse - les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen*, Berne 1999 68.

⁹⁸ FF 2000 5613.

⁹⁹ Voir les rapports cités à la note 59.

88. Dans ces conditions, et compte tenu du caractère impératif de l'objectif constitutionnel de créer un espace économique unique, le législateur fédéral devrait se souvenir que la "méthode LMI" n'a été conçue que comme une alternative à l'harmonisation. L'échec relatif de cette méthode renforce donc le besoin de recourir, bon gré mal gré, à la seconde méthode, celle l'harmonisation. La nécessité économique de celle-ci est renforcée par un impératif juridique que le législateur ferait bien de ne pas négliger: la sécurité du droit. Car si les experts et les politiques sont unanimes, ou presque, à considérer que, sous l'effet de la LMI, "*l'ouverture du marché intérieur s'effectue au coup par coup selon un processus lent et non coordonné*"¹⁰⁰, il en résulte, tant pour les autorités que pour les agents économiques, une insécurité juridique que, probablement, seule une certaine harmonisation permettra d'effacer. "*Die unter volkswirtschaftlichem Blickwinkel erwünschte Homogenität und Rechtssicherheit lässt sich vielfach nur mittels rechtsangleichender Regulierung erzielen*"¹⁰¹.

89. Le législateur fédéral a sans doute dû s'en rendre compte lorsqu'il a adopté la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61). Fondée sur l'article 95 alinéa 1 et 95 alinéa 2, deuxième phrase, Cst., cette loi a non seulement pour but de garantir la libre circulation des avocats, mais aussi de fixer les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse (art. 1). Or la constitutionnalité de cette loi a été facilement admise par le Conseil fédéral¹⁰² et, certes avec quelques voix discordantes, par les députés¹⁰³. La même remarque s'applique à la Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001 (RS 943.1), qui unifie très largement cette profession, sans que sa constitutionnalité ait été mise en question¹⁰⁴. Cela montre que la pratique récente admet que la régulation fédérale de l'exercice de certaines professions ou activités¹⁰⁵ peut s'appuyer sur la Constitution fédérale, particulièrement en vue de l'objectif de l'espace économique unique.

¹⁰⁰ FF 2000 5606, 5626.

¹⁰¹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (note 48) 163.

¹⁰² FF 1999 5331, 5387-5388.

¹⁰³ BO 1999 CN 1551-1570 ; BO 1999 CE 1158-1175. Dans les deux Chambres, l'entrée en matière a été décidée sans opposition. Les débats ont surtout porté sur la définition de certaines exigences matérielles, en particulier celle de l'indépendance des avocats.

¹⁰⁴ FF 2000 3849, 3888; voir aussi l'ordonnance du 4 septembre 2002, RS 943.11.

¹⁰⁵ Voir la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques, du 15 décembre 2000 (RS 812.21); FF 2000 3151, 3282-3248.

90. Il apparaît ainsi que le principe d'une certaine harmonisation de l'exercice des activités et professions économiques privées par législateur fédéral entre parfaitement dans le cadre des larges compétences que l'article 95 Cst. attribue à la Confédération. Encore faut-il en esquisser les conditions et les limites.

B Les conditions et les limites d'une harmonisation

91. Deux approches législatives nous semblent d'emblée être exclues de par la lettre et le sens des dispositions constitutionnelles précitées:

92. En premier lieu, le *status quo*. Au vu des résultats, dans l'ensemble convergents, de toutes les analyses et expertises portant sur l'(in)efficacité de la LMI, le législateur fédéral ne peut plus fermer les yeux devant les lacunes, les inconsistances et les lenteurs qui affectent le processus de création d'un espace économique unique. La passivité serait de mise, en droit, si la Constitution ne faisait de la création d'un espace unique qu'une faculté pour le législateur fédéral, une simple éventualité qu'il pourrait, mais ne devrait pas nécessairement prendre en considération. Il en est rien (supra no 17). En d'autres termes, sa responsabilité pour l'échec de la LMI est engagée au même titre que celle du Tribunal fédéral¹⁰⁶. Cette responsabilité implique que le législateur se tourne, lorsque cela s'avère nécessaire, vers l'autre solution que l'article 95 Cst. lui offre: l'harmonisation. Celle-ci peut revêtir plusieurs formes d'une intensité variable. Dans certains cas, une législation cadre très souple s'avérera suffisante. Dans d'autres cas, une intervention plus lourde de la part du législateur fédéral sera justifiée, allant jusqu'à l'unification des règles sur l'exercice d'une activité ou d'une profession.

93. En second lieu et à l'opposé, la Confédération ne peut pas se fonder sur l'article 95 Cst. pour unifier indistinctement l'exercice de toutes les activités économiques lucratives privées. C'est sans doute cette perspective extrême qu'ont en vue les auteurs qui craignent les excès auxquels la "*formule hardie*" de l'article 95 alinéa 2, première phrase, Cst. se prête dans son interprétation littérale¹⁰⁷. Il en va de

¹⁰⁶ C'est l'avis aussi de la Commission de gestion du Conseil national: "les résultats obtenus pour l'instant dans la réalisation du marché intérieur ne sont pas à la hauteur des espérances placées dans la loi. De l'avis de la Commission de gestion, il semble pourtant excessif de stigmatiser le Tribunal fédéral qui aurait favorisé le fédéralisme et l'autonomie cantonale au détriment de la réalisation du marché intérieur. Cela ne tient pas tant à la jurisprudence qu'au fait que le législateur fédéral n'a pas tranché politiquement la question et qu'il a admis, du moins implicitement, que le Tribunal fédéral le ferait à sa place", FF 2000 5613.

¹⁰⁷ AUBERT/MAHON (note 3) art. 95 no 10; JACOBS (note 6) no 16.

même de la formule extrêmement large à laquelle se réfère la question qui nous a été posée dans ce contexte: "*obliger les cantons à harmoniser leur législation à condition qu'elle ait un effet sur l'activité économique*" irait sans doute trop loin, tant il est vrai que toute législation cantonale en la matière est susceptible d'exercer de tels effets.

94. Entre ces deux extrêmes, il y a de la place pour une approche nuancée qui s'efforce de coordonner les exigences en partie contradictoires de la Constitution. Cette concordance pratique ne peut probablement pas être atteinte de façon globale, mais implique une différenciation selon les domaines et les professions qui sont en cause. Les études effectuées par l'OPCA et le Secrétariat de la Commission de la concurrence ouvrent des pistes utiles dans ce contexte¹⁰⁸. S'il se confirme que les professions paramédicales, la profession d'opticien, le secteur hôtelier, la profession de régisseur et de courtier en immeubles¹⁰⁹ et, plus encore, la profession d'installateur sanitaire, les services de taxi, et les professions dans le domaine des thérapies naturelles¹¹⁰ continuent, en dépit de la LMI, à être réglées par les seules législations cantonales et que celles-ci forment un obstacle sérieux à la réalisation d'un espace unique, une certaine harmonisation de ces professions semble s'imposer par l'effet conjugué des articles 8 (principe d'égalité), 27 (égalité des concurrents), 42 alinéa 2 (principe de subsidiarité) et 95 Cst.

95. Il s'ensuit que l'harmonisation de l'exercice de certaines professions et activités appelle une législation fédérale spécifique, selon le domaine et par des techniques appropriées, et qu'elle ne peut pas s'effectuer uniquement par une révision de la LMI, très générale et axée sur des mécanismes qui représentent une alternative à cette voie. Au regard de la Constitution, les deux voies sont en principe admissibles et probablement même nécessaires. Le législateur fédéral, en d'autres termes, doit réapprendre à "marcher sur ses deux jambes" et compléter ponctuellement le moyen choisi par la LMI par une harmonisation ciblée.

¹⁰⁸ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION, (note 59) 39-84; SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, *Les professions réglementées et la construction du marché intérieur suisse*, (note 59) 29-76.

¹⁰⁹ FF 2000 5619.

¹¹⁰ FF 2000 5620.

VI Autres mesures pour promouvoir l'espace économique unique

96. La dernière question porte sur "les autres possibilités respectivement mesures qui seraient appropriées pour créer un espace économique suisse unique".

97. Nous nous limitons ici à évoquer celles qui s'inscrivent dans l'esprit de la LMI et renonçons donc volontairement à aborder des domaines tels que les régales et les monopoles cantonaux ainsi que les subventions cantonales et communales, qui n'avaient intentionnellement pas été pris en compte lors de l'élaboration de la LMI¹¹¹.

A La reconnaissance de diplômes ou certificats de capacité étrangers

98. En vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, le titulaire d'un diplôme étranger, reconnu par un canton, qui souhaite s'établir professionnellement dans un autre canton, ne peut pas se prévaloir des articles 2 et 4 LMI¹¹². Cet arrêt concernait un dentiste titulaire d'un diplôme allemand reconnu par divers cantons, mais non reconnu par le canton des Grisons. Le Tribunal fédéral a estimé que la LMI n'était d'aucun secours dans un tel cas¹¹³. Cette jurisprudence est quelque peu déconcertante.

99. A notre sens, si le diplôme étranger d'une personne est reconnu par un canton, il devrait tomber dans le champ d'application de l'article 4 LMI. Il s'agit d'un aspect important de la réalisation d'un espace économique suisse unique. Cela s'inscrit aussi dans l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral consistant à faire bénéficier de la liberté économique les étrangers établis ou au bénéfice d'un droit à une autorisation de séjour¹¹⁴. Certes, la non-reconnaissance d'un diplôme étranger par un canton, alors que ce diplôme est reconnu par d'autres cantons, peut toucher tout aussi bien un opérateur suisse qu'un opérateur étranger. Toutefois, il est évident que ce sont surtout des étrangers qui risquent d'être victimes d'une telle situation. Il peut en résulter une certaine forme de "discrimination indirecte" à l'égard des étrangers.

¹¹¹ FF 1995 I 1193 ss., 1229.

¹¹² ATF 125 I 267, 271-273 X.

¹¹³ ATF 125 I 273: "[...] Daraus ergibt sich, dass Art. 4 BGBM nach der Absicht des Gesetzgebers auf schweizerische Fähigkeitsausweise beschränkt ist. Die Kantone sind nicht verpflichtet, ein bloss von einzelnen Kantonen anerkanntes ausländisches Diplom gestützt auf Art. 4 BGBM anzuerkennen. Der Beschwerdeführer kann sich daher nicht auf diese Bestimmung berufen".

¹¹⁴ ATF 119 Ia 35 Dr. S. = JT 1995 I 309; ATF du 4 juillet 1997 publié in SJ 1998, pp. 45 ss.

B L'octroi d'un droit de recours à la Commission de la concurrence?

100. L'une des insuffisances du système actuel de la LMI a trait aux réticences de nombreuses personnes auxquelles l'accès à un marché est refusé de porter devant le juge les réglementations ou décisions cantonales restrictives¹¹⁵. Le coût d'une procédure paraît parfois trop élevé en comparaison des avantages que l'on peut en retirer.

101. Dans cette optique, il paraît à première vue opportun d'accorder, dans l'intérêt même d'une meilleure application de la LMI, un droit de recours à la Commission fédérale de la concurrence (Comco) contre toutes les formes de restrictions de droit public à la liberté d'accès au marché. Ce droit de recours pourrait viser tant les actes normatifs que les décisions et impliquerait sans doute l'obligation, pour les cantons, de transmettre d'office à la Comco leurs réglementations en matière économique ainsi que leurs décisions, prises en dernière instance cantonale, refusant ou restreignant l'accès au marché. L'idée de base est de stimuler la saisie du juge qui doit, lui aussi, remplir le mandat que l'article 95 confère à la Confédération. A regarder de plus près, des considérations à la fois juridiques et pratiques permettent cependant de douter de la pertinence de cette proposition.

102. Du point de vue juridique, l'autonomie constitutionnelle des cantons fait probablement obstacle à la reconnaissance d'un droit de recours au niveau cantonal. Quant à la reconnaissance d'un droit de recours au niveau fédéral, elle pourrait difficilement être réglée dans le cadre du recours de droit public prévu par l'article 9 LMI, pour le motif que la Comco, n'étant pas titulaire de la liberté économique, n'aurait pas qualité pour agir au sens de l'article 88 OJ. Il ne reste donc que la voie du recours unifié en matière de droit public prévue dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. En l'état, le projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral ne prévoit pas explicitement cette possibilité¹¹⁶.

¹¹⁵ Voir les rapports cités à la note 59.

¹¹⁶ Message du 28 février 2001, FF 2001 4127/4128: l'art. 84 LTF confère la qualité pour recourir à la Chancellerie fédérale, aux départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, aux unités qui leur sont subordonnées.

103. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que l'attribution d'un tel droit de recours accentuerait le caractère bureaucratique de la mise en œuvre du processus de création du marché intérieur. L'obligation de transmission de tous actes et décisions pertinents en matière économique pèsera lourdement sur les cantons et les communes et il y a fort à parier qu'elle ne sera exécutée que de façon sporadique et incomplète. L'intervention de la Comco, pour être efficace, nécessiterait sans doute un renforcement sensible de ses moyens personnels et matériels. Surtout, si cette intervention devait accroître la pression sur le pouvoir judiciaire, elle ne conférerait guère d'appui concret à ce dernier pour être en mesure de mieux opérer la difficile concorde entre le fédéralisme et la liberté économique. En dernière analyse, même si ses effets préventifs ne sont pas nécessairement négligeables, elle risque de ne guère constituer qu'un stratagème supplémentaire, pour le législateur fédéral, de déléguer à d'autres instances sa responsabilité centrale en ce domaine.

Conclusions

104. La Constitution fédérale de 1999 a renforcé la compétence de la Confédération en matière de marché intérieur (*Binnenmarktkompetenz*), à tel point que la LMI, naguère d'une constitutionnalité douteuse, repose maintenant sur un fondement solide. Ce fondement constitutionnel permet au législateur fédéral d'aller plus loin dans la voie tracée par cette loi.

105. Ainsi, le législateur fédéral est compétent pour élargir la portée de l'article 2 LMI de façon à rendre applicable le principe de la réglementation du lieu de provenance également à l'établissement professionnel dans un autre canton. Les objections que soulève cet élargissement au regard du fédéralisme et de la possibilité de discriminations à rebours doivent être prises en considération, mais ne remettent pas en cause le principe de cette compétence fédérale.

106. La LMI consacre d'ores et déjà un aspect du principe d'équivalence que le législateur est habilité à élargir, en ce sens que les prescriptions régissant l'accès au marché et l'établissement professionnel applicables au lieu de provenance seraient réputées équivalentes à celles applicables du lieu de destination.

107. Il n'y a pas d'obstacle constitutionnel à ce que le législateur consacre la possibilité subsidiaire d'obtenir l'accès au marché par la preuve d'une pratique constante et incontestée au lieu de provenance.

108. De même, aucune règle constitutionnelle n'empêche le législateur fédéral de prévoir que les diplômes ou certificats de capacité étrangers reconnus par un canton puissent entrer dans le champ d'application de la LMI.

109. En plus d'être habilité à renforcer les mécanismes prévus par la LMI, le législateur peut se fonder valablement sur l'article 95 Cst. pour prendre ponctuellement d'autres mesures qui s'avèrent nécessaires à la création d'un espace économique unique.

110. En présence d'une barrière sérieuse à la création d'un espace économique unique, clairement identifiée comme telle par la pratique et par les sciences juridiques et économiques, le législateur doit intervenir, mais ceci uniquement par des moyens ciblés afin de faire tomber cette barrière. Une telle intervention s'impose par l'effet conjugué des articles 8 (principe d'égalité), 27 (égalité des concurrents), 42 alinéa 2 (principe de subsidiarité) et 95 Cst.

111. Une certaine harmonisation de l'exercice des activités et professions économiques privées entre ainsi dans le cadre des larges compétences que l'article 95 Cst. attribue à la Confédération. Selon l'importance des obstacles en place et conformément au principe de la proportionnalité, l'harmonisation peut revêtir plusieurs formes d'une intensité variable.

E 2	3. Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur - Avis de droit complémentaire
-----	---

Avis de droit complémentaire "Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur", rendu par Monsieur ANDREAS AUER, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève et Monsieur VINCENT MARTENET, Avocat, chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Genève, 15 octobre 2003

Introduction

1. A la demande du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie, nous avons rendu, en date du 13 septembre 2003, un avis de droit consacré à *la loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique*.

2. Par courrier du 24 septembre 2003, le Secrétariat général du Département fédéral de l'économie nous a confié le mandat d'examiner, à titre complémentaire, la constitutionnalité d'un projet de disposition de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) qui concernerait les monopoles cantonaux et communaux. La disposition en cause aurait la teneur suivante:

Article 3bis Monopoles

¹ *Les monopoles cantonaux et communaux sont compatibles avec la présente loi s'ils sont justifiés par des motifs tirés de la sécurité publique ou de l'efficacité économique et s'ils respectent le principe de la proportionnalité.*

² *Les personnes qui ont leur siège ou leur établissement en Suisse ne doivent pas être désavantagées, lors de l'octroi de concessions (Monopolnutzung), d'une manière contraire à l'article 3 (de la présente loi).*

I. Le cadre constitutionnel

3. L'article 31 alinéa 2, 3^{ème} phrase, de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.) réservait expressément *les régales cantonales*. Les droits visés par cette disposition étaient avant tout fondés sur des raisons historiques: les cantons exerçaient, avant 1874, le monopole sur les mines, la chasse, la pêche, le sel et l'utilisation des forces hydrauliques¹. Dans ces domaines, les cantons n'étaient pas soumis au respect de la liberté économique².

4. L'article 31 alinéa 2 aCst. autorisait aussi les cantons, voire les communes, à instituer d'autres monopoles que les "régales cantonales", pour autant que soient respectés les principes traditionnels applicables aux restrictions apportées à la liberté économique³. Ainsi, de tels monopoles devaient notamment se justifier par un motif de police ou de politique sociale et respecter le principe de la proportionnalité⁴. Ils ne pouvaient toutefois poursuivre de purs intérêts fiscaux⁵. Tant les monopoles de droit que les monopoles de fait pouvaient s'avérer compatibles avec l'article 31 aCst⁶.

¹ Voir notamment ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berne 2000, p. 359, n° 701.

² ATF 119 Ia 123, 131 *Paul Kuhn* = JT 1995 I 626.

³ Voir - en dernier lieu, semble-t-il - ATF 125 I 209, 221-222 *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA*.

Voir, parmi de nombreux auteurs, RENÉ RHINOW in AUBERT/EICHENBERGER/MÜLLER/RHINOW/SCHINDLER, *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, Bâle et al. 1988, n° 232 ad art. 31; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998, pp. 367-368, n° 36; plus réservés, FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2^e éd., Berne 1997, pp. 74 ss.

⁴ Voir notamment ATF 124 I 11, 15-16 *GEORG MÜLLER* et les nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales; ATF 124 I 25, 27 *Wiggis-Park AG*.

⁵ ATF 125 I 222; ATF 124 I 15-19 et les références.

⁶ Pour une synthèse s'agissant de ces deux notions, voir ATF 125 I 222 et les références doctrinales.

5. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) n'a pas modifié le cadre constitutionnel applicable aux régales et autres monopoles cantonaux et communaux. Ainsi, l'article 94 alinéa 4 *in fine* Cst. réserve également les droits régaliens des cantons. Certes, l'article 94 Cst. n'évoque pas expressément "les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie", comme le faisait l'article 31 alinéa 2, 1^{ère} phrase, aCst. Cependant, le message du Conseil fédéral se réfère, *s'agissant de l'actuel article 94 Cst.*, clairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux monopoles autres que les régales et les monopoles historiques⁷. Du reste, la volonté de s'en tenir à une mise à jour de la Constitution fédérale s'agissant de l'article 94 Cst. ressort clairement du message du Conseil fédéral⁸.

6. Les interventions parlementaires relatives à cette disposition participent de la même approche. Sur ce point, les travaux préparatoires sont parfaitement clairs. En effet, un Conseiller aux Etats (M. THEO MAISSEN) a souhaité s'en tenir au texte proposé par le Conseil fédéral s'agissant de l'actuel article 94 alinéa 4 Cst., qui, selon lui, reflétait plus clairement le droit constitutionnel existant, en particulier la faculté des cantons de conserver ou de créer des monopoles autres que les régales historiques⁹. Il lui a alors été répondu que le texte retenu par les commissions - et finalement adopté par les Chambres - ne changeait rien au droit constitutionnel alors en vigueur¹⁰. Fort des garanties qu'il avait obtenues, le Conseiller aux Etats MAISSEN a retiré sa proposition et s'est rallié à l'avis de la commission¹¹. Les membres du Conseil national ne se sont guère attardés sur cette disposition et n'ont pas remis en question les considérations émises par les Conseillers aux Etats¹².

⁷ Message du 20 novembre 1996: FF 1997 I 1 ss., 301 et les références jurisprudentielles: "L'étendue de cette réserve (de droits régaliens des cantons) n'est pas complètement déterminée. Quoi qu'il en soit, elle englobe en tout cas les régales et les monopoles "historiques" (tels les droits régaliens en matière de chasse ou de montagne). La jurisprudence relative à l'article 31, 2^{ème} alinéa, [a]Cst., a permis la création, à certaines conditions, de nouveaux monopoles cantonaux".

Dans ce sens, voir AUER/MALINVERN/HOTTELIER (note 1) p. 360, n° 702 *in fine*; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, pp. 249 s., n° 22b.

⁸ FF 1997 I 297.

⁹ BO 1998 CE 238.

¹⁰ Voir spécialement BO 1998 CE 239 (RENÉ RHINOW): "Herr MAISSEN (voir BO 1998 CE 238) befürchtet nun, dass hier eine zusätzliche Handhabe gegen kantonale Monopole aufgerichtet werden könnte. Ich darf Sie beruhigen, Herr MAISSEN: Das ist nicht die Meinung. Dieser Passus ändert nichts an der bestehenden Rechtslage".

Dans le même sens, voir BO 1998 CE 240 (ARNOLD KOLLER, Conseiller fédéral): "Zur Frage der so genannten Monopole oder Regalien und vor allem zum Problem der Gebäudeversicherungsmonopole: Wir machen, wie in der geltenden Verfassung, ganz klar einen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Regalrechte. Daran ändert, wie gesagt, auch dieser Zusatz ihrer Kommission nichts".

¹¹ BO 1998 CE 240.

¹² BO 1998 CN 962-965.

7. Quoi qu'il en soit, la question est désormais tranchée par le Tribunal fédéral. S'appuyant sur les travaux préparatoires, le Tribunal fédéral a estimé que la réserve figurant à l'article 94 alinéa 4 Cst. correspond à celle que contenait l'article 31 alinéa 2 aCst.¹³. Concrètement, la réserve des droits régaliens des cantons doit être interprétée comme englobant d'autres monopoles que les seules régales historiques des cantons. Aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'empire de l'article 31 alinéa 2 aCst. conserve-t-elle toute son actualité¹⁴. Il convient de noter que le Tribunal fédéral base son jugement sur les articles 27, 36 et 94 Cst.¹⁵. Ainsi, un monopole (de droit en l'occurrence) doit-il reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité¹⁶.

8. L'adoption de l'article 95 alinéa 2, 2^{ème} phrase, Cst. ne modifie guère ce constat. Selon cette norme constitutionnelle, la Confédération "*veille à créer un espace économique suisse unique*". Les travaux préparatoires relatifs à cette norme ne laissent apparaître aucune volonté de restreindre, par rapport à l'article 31 aCst., la faculté des cantons de maintenir, voire d'instituer des monopoles. Au contraire - serions-nous tentés d'écrire - puisque l'article 95 alinéa 2 Cst. "constitutionnalise" les principes de la LMI¹⁷. Or les régales et les monopoles cantonaux n'avaient intentionnellement pas été pris en compte lors de l'élaboration de la LMI¹⁸.

9. En partant de ce cadre constitutionnel, il convient maintenant d'évaluer la constitutionnalité des deux volets du projet d'article 3bis LMI.

II. La restriction de la marge de manœuvre des cantons

10. Selon l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI, les monopoles cantonaux et communaux ne seraient désormais compatibles avec la LMI que s'ils sont justifiés par des motifs tirés de la sécurité publique ou de l'efficacité économique et s'ils respectent le principe de la proportionnalité.

¹³ ATF 128 I 3, 10 Commune d'Arosa et les références: "Nach dem aus den Materialien hervorgehenden Willen des Verfassungsgebers sollte sich indessen in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit bestehender bzw. der Errichtung neuer kantonaler Monopole an der bisherige Rechtslage nichts ändern ...".

¹⁴ ATF 128 I 10.

¹⁵ ATF 128 I 9-10.

¹⁶ ATF 128 I 11 et les références jurisprudentielles.

¹⁷ Voir notre avis de droit du 13 septembre 2003, notamment p. 3, n° 9.

¹⁸ Message du 23 novembre 1994 relatif à la LMI: FF 1995 I 1193 ss., 1229.

11. Il convient d'emblée d'observer que cette proposition vise à limiter la marge de manœuvre du législateur cantonal et communal, mais se réfère à la seule conformité des monopoles cantonaux et communaux à la *Loi sur le marché intérieur*. La première question qui se pose est dès lors celle de savoir si le législateur fédéral peut modifier les conditions de l'admissibilité des monopoles qui découlent de la Constitution fédérale, soit en les rendant plus sévères comme c'est le cas en l'espèce, soit en les élargissant. La réponse est à notre avis négative. Le cadre fixé par la Constitution fédérale s'impose à toute autorité, fédérale aussi bien que cantonale. Basée sur les articles 31bis alinéa 2 et 33 alinéa 2 aCst. auxquels correspondent les trois phrases de l'article 95 Cst., la LMI ne peut valablement établir et imposer aux cantons un système autonome de référence qui s'écarte de ce qui découle de la Constitution. Il n'y a pas, d'un côté, les monopoles qui sont admissibles au regard de la LMI et, de l'autre côté, les monopoles qui sont compatibles avec la Constitution fédérale. Que le Tribunal fédéral et les autres autorités soient tenus d'appliquer les lois fédérales (art. 191 Cst.) ne signifie pas que le législateur fédéral soit autorisé à s'écarter de la Constitution¹⁹. Il faut donc admettre que, contrairement à ce que laisse entendre sa lettre, l'article 3bis LMI proposé entend bien redéfinir les conditions de l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux au regard de la Constitution fédérale.

12. Dans cette perspective, la disposition proposée a pour but et pour effet de restreindre, *s'agissant des motifs admissibles*, la marge de manœuvre des cantons quant au maintien ou à la création de monopoles. En effet, selon l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral de l'article 31 alinéa 2 aCst. ainsi que des articles 27 et 94 alinéa 4 Cst., les cantons ou les communes sont autorisés à instituer des monopoles si ces derniers se justifient *par un motif de police ou de politique sociale* et s'ils respectent le principe de la proportionnalité²⁰. Cette jurisprudence est généralement reprise par la doctrine²¹.

¹⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* vol. I Berne 2000 no 1830.

²⁰ ATF 128 I 10 ; ATF 124 I 15-16 ; ATF 124 I 27.

²¹ Voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) p. 359, n° 702; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e éd., Zurich 2001, pp. 205 s., n° 720; KLAUS A. VALLENDER in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zurich 2002, n° 57 ad Art. 27; AUBERT/MAHON (note 7), pp. 249-250, n° 22b.

13. La jurisprudence du Tribunal fédéral se réfère au bien-être général (*öffentliches Wohl*)²². Or, cette notion est indiscutablement plus large que la sécurité publique et l'efficacité économique²³, seuls motifs admis au sens de l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI. Au reste, le Tribunal fédéral fait depuis longtemps preuve d'une certaine souplesse s'agissant des motifs de police ou de politique sociale justifiant des monopoles cantonaux et communaux²⁴.

14. Ainsi, par exemple, la protection des sites urbains et du paysage a été considérée comme un motif a priori admissible par le Tribunal fédéral²⁵. Or, un tel motif ne serait pas toléré par l'article 3bis alinéa 1 LMI. Il en va de même des motifs de politique sociale qui sont pourtant admis à l'heure actuelle²⁶. Dans un arrêt de 1975, le Tribunal fédéral a estimé que l'institution d'un monopole en faveur d'une caisse publique d'assurances, concernant l'assurance scolaire obligatoire contre les accidents, était compatible avec l'article 31 aCst.²⁷

²² ATF 128 I 10 ; ATF 124 I 15 ; ATF 124 I 27.

²³ Comp. VALLENDER (note 18), n° 60 ad Art. 27.

²⁴ Pour une synthèse, voir CLAUDE RUEY, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Lausanne 1988, notamment pp. 268-270 et 296-301; KLAUS A. VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 3^e éd., Berne 1995, pp. 103-104, n° 144; HÄFELIN/HALLER (note 18), p. 206, n° 721.

²⁵ ATF 128 I 14-15 (monopole d'affichage sur des fonds privés jugé finalement *disproportionné*; l'examen du principe de proportionnalité était décisif dans cet arrêt, non celui de l'admissibilité *a priori* des motifs invoqués); ATF 125 I 223-224.

²⁶ Voir notamment KARIN SUTTER-SOMM, *Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht*, thèse, Bâle 1989, pp. 162-168; VALLENDER (note 21), p. 104, n° 145; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 1999, p. 673 et les références.

²⁷ ATF 101 Ia 124, 128-129 *Chambre fribourgeoise des agents généraux d'assurances*.

15. Certes, la justification d'un monopole par des motifs de politique sociale est - partiellement - critiquée par certains auteurs²⁸. Il n'en demeure pas moins que les autorités cantonales et le Tribunal fédéral, en cas de recours, sont souvent mieux à même de procéder à une pesée des intérêts, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, en vue de juger de la constitutionnalité d'un monopole justifié par de tels motifs²⁹.

16. En adoptant une norme comme l'alinéa premier du projet d'article 3bis LMI, le législateur fédéral avancerait sur un terrain inconnu et incertain. Il n'y a pas, sauf erreur, d'autre exemple où la loi opère un choix restrictif parmi les différents motifs qui composent la notion d'intérêt public. Ce faisant, elle court le risque de consacrer une solution fixe et peu nuancée, en écartant d'emblée des motifs qui, selon les cas, peuvent ressortir de cette notion. De ce point de vue, l'opportunité d'une telle nouvelle est sujette à caution.

17. En réalité, comme bien souvent s'agissant des libertés, l'examen de la proportionnalité demeure décisif³⁰. Or, cet examen convient parfaitement au juge constitutionnel³¹, le législateur n'étant pas, pour sa part, confronté aux spécificités de chaque situation puisqu'il se borne à "raisonner dans l'abstrait" en posant des règles générales. Relevons, en passant, que le Tribunal fédéral devrait, à notre sens, appliquer avec rigueur le principe de proportionnalité lors de l'examen d'un monopole de droit, compte tenu de la gravité de l'atteinte à la liberté économique que représente un tel monopole³².

²⁸ Voir notamment RUEY (note 21), p. 320; ANDREAS LIENHARD, *Deregulierung - Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?*, thèse, Berne 1995, pp. 43 s.

²⁹ Voir, par exemple, ATF 101 Ia 128: "*Le législateur (fribourgeois) a en effet considéré que toutes les activités des élèves sont à ce point interdépendantes qu'il n'était guère possible de les dissocier ou d'en limiter la portée du risque. La création d'une assurance unique évitait ainsi toute discussion sur la question de savoir dans quelle mesure et par qui les risques d'accidents étaient couverts. Les assurés, comme leurs familles, ne pouvaient qu'en tirer avantage. Un monopole devait par ailleurs faciliter l'exécution de la loi et le contrôle de l'assujettissement de tous les élèves à l'assurance contre les accidents. Le fait que la responsabilité des collectivités publiques est engagée pour une part relativement importante des risques d'accidents courus par les enfants en âge de scolarité militait également en faveur de la création d'un monopole. Enfin, l'exécution de l'assurance scolaire contre les accidents par une seule caisse publique, qui assure ses membres selon le principe de la mutualité, devait permettre d'obtenir des conditions d'assurance plus avantageuse, ce qui est dans l'intérêt tant de l'Etat, qui prend à sa charge une partie des primes, que des assurés et de leurs parents*".

³⁰ Voir notamment TOMAS POLEDNA, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Berne 1994, pp. 113 ss.

³¹ Voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) p. 109, n° 218: "*Des trois conditions que doivent remplir les restrictions aux libertés, celle de la proportionnalité convient sans doute le mieux au juge constitutionnel*".

³² Voir spécialement RUEY (note 21), pp. 284-287 et 325-326; GYGI/RICHLI (note 3), p. 76.

18. L'alinéa premier du projet d'article 3bis LMI aurait pour conséquence de restreindre sensiblement la marge de manœuvre des cantons et des communes en matière de monopoles. Il constituerait un durcissement par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux. Or, les principes posés par notre Haute Cour se rattachent directement aux articles 27, 36 et 94 alinéa 4 Cst. Mieux, ces principes ont, en quelque sorte, été "constitutionnalisés", puisque les travaux préparatoires relatifs à la nouvelle Constitution fédérale s'y réfèrent expressément, des garanties expresses ayant même été fournies sur ce point lors des débats au Conseil des Etats (supra no 6).

19. Dès lors, selon les travaux préparatoires ainsi que, désormais, la jurisprudence du Tribunal fédéral, la réserve des "droits régaliens des cantons" (art. 94 al. 4 Cst.) couvre également d'autres monopoles que les régales historiques, l'admissibilité de ces monopoles devant être évaluée à l'aune des principes résultant désormais de l'article 36 Cst. (voir supra no 5-7).

20. Dans cette optique, il apparaît que le durcissement souhaité devrait passer par une révision de la Constitution fédérale³³. En d'autres termes, l'adjonction préconisée d'un article 3bis alinéa 1 à la LMI ne semble pas compatible avec les principes jurisprudentiels découlant de la garantie constitutionnelle de la liberté économique et des principes de l'ordre économique.

21. Il faut cependant se demander si le mandat donné à la Confédération de "*créer un espace économique suisse unique*" (art. 95 al. 2. 1^{ère} phrase, Cst) peut servir d'appui à l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI. Le législateur fédéral peut-il se prévaloir de cette norme constitutionnelle pour adopter une règle comme celle de l'article 3bis alinéa 1 LMI? Le potentiel considérable que révèle la célèbre petite phrase³⁴ couvre-t-il la restriction envisagée de la marge de manœuvre des cantons et des communes en matière de création et de maintien de monopoles? Tel ne nous semble pas être le cas.

³³ Voir déjà RUEY, op. cit. (note 21), p. 331: "Il serait dès lors souhaitable, soit que le constituant précise mieux les conditions d'admission des monopoles de droit, soit qu'il prévoie une base constitutionnelle spécifique pour chaque type de monopole admissible, soit encore qu'il interdise la création de monopoles de droit d'intérêt public".

³⁴ Voir notre avis de droit du 13 septembre 2003, notamment no 21 à 26.

22. Il est vrai que la conjonction de l'article 95 alinéa 1 et de l'article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst. a fait naître une *Binnenmarktkompetenz* relativement large de la Confédération, qui permet au législateur, en présence d'obstacles sérieux et avérés à la mobilité professionnelle et aux échanges économiques, d'aller plus loin que la LMI tant en matière de réglementation de l'exercice des activités économiques privées qu'en ce qui concerne la lutte contre le protectionnisme étatique. Mais, pour ce qui est des monopoles cantonaux et communaux autres que les droits régaliens, force est de constater que le dynamisme potentiel considérable résultant de l'article 95 Cst. se trouve bloqué par la réserve résultant de l'article 94 alinéa 4 Cst. qui, selon les travaux préparatoires et la jurisprudence désormais bien établie, couvre précisément ces monopoles. On peut le regretter et reprocher au constituant de 1999 d'avoir manqué une occasion, soit en mentionnant expressément que les monopoles cantonaux autres que les droits régaliens sont conformes à la Constitution, soit en les privant de toute base constitutionnelle. Mais il n'appartient pas au législateur fédéral de revenir sur les promesses et les décisions qui ont été prises alors.

23. Par ailleurs, il faut rappeler que l'article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst. n'a pas, en tant que tel, restreint la marge de manœuvre des cantons s'agissant de la création ou du maintien de monopoles (supra no 8). En adoptant cette disposition, le constituant s'est non seulement inspiré des principes sous-tendant la LMI, mais il les a, en quelque sorte, constitutionnalisés³⁵. Deux principes sont centraux dans le cadre de la LMI ainsi que dans la notion même d'espace économique unique: l'accès au marché en fonction des prescriptions en vigueur au lieu de provenance et l'interdiction de la discrimination³⁶. Plus généralement, la création d'un espace économique suisse unique conduit à supprimer les entraves à la mobilité professionnelle ainsi qu'aux échanges économiques en Suisse³⁷.

³⁵ Ibid. pp. 2 et 3, n^{os} 8 et 9.

³⁶ Voir spécialement, PIERRE TERCIER, *Introduction à la LMI*, in PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (éd.), *Droit de la concurrence*, Genève 2002, pp. 1246-1248, n^{os} 43-53.

³⁷ Article premier al. 2 let. a LMI.

24. Or, l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI ne constitue pas, à proprement parler, une mesure destinée à favoriser la mobilité professionnelle ou les échanges économiques. Il ne s'agit pas non plus une norme exprimant, sous une forme particulière, le principe de non-discrimination. La proposition reflète, au contraire, un choix économique et politique propre, celui consistant à restreindre - assez drastiquement, il faut bien le dire - la faculté, pour les cantons ou les communes, de créer ou de maintenir en place des monopoles. Dans cette perspective, l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI ne peut être rattaché au seul article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst.³⁸

25. Enfin, il nous sera permis de rappeler que cette norme constitutionnelle octroie certes une compétence très large à la Confédération, mais que cette compétence ne saurait fonder n'importe quelle intervention du législateur fédéral dans le domaine économique³⁹. A cet égard, il n'est nullement établi que les principes posés par le Tribunal fédéral en vue de juger de l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux sont largement rejetés et conduisent à des résultats totalement insatisfaisants. Les critiques de certains auteurs se sont plutôt focalisées sur la (trop) grande permissivité dont fait parfois preuve le Tribunal fédéral à l'endroit de certains monopoles cantonaux (voir supra no 17). Quoi qu'il en soit, la volonté du constituant s'agissant de l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux doit être respectée (supra nos 5-6 et 19, 22).

26. Cela dit, lorsqu'il examine dans des cas concrets si un monopole cantonal respecte les conditions énumérées à l'article 36 Cst., le Tribunal fédéral ne doit pas oublier qu'il exerce, avec le législateur et le gouvernement, un mandat constitutionnel de créer un espace économique unique⁴⁰. Sous l'angle de la proportionnalité surtout, et plus précisément de la règle de la nécessité, les cantons devront donc établir qu'un monopole existant ou nouveau non seulement constitue le meilleur moyen pour mener à bien une politique publique, mais n'érige pas une barrière absolue pour la création du marché unique. Selon le poids qu'il accorde à cette finalité impérative, le Tribunal fédéral peut faire de l'article 95 Cst. un puissant instrument pour combattre les protectionnismes. En d'autres termes, ce que le législateur est empêché de faire en des termes généraux et abstraits - bannir d'emblée certains motifs justifiant des monopoles - le juge pourra l'obtenir ponctuellement en exerçant un contrôle plus strict.

³⁸ Voir néanmoins GYGI/RICHLI (note 3), p. 76: "... Sodann muss sich ein kantonales Monopol auf ein Gesetz im formellen Sinn stützen können, die Gemeinde auf eine kantonale Ermächtigung dieser Art. Weiter ist die Verhältnismässigkeit zu wahren. Diesem Erfordernis wurde nichts stets die gebührende Beachtung geschenkt. Angesichts der Grundsätze des Binnenmarktgesetzes sind die Hürden inskünftig höher anzusetzen".

³⁹ Voir notre avis de droit du 13 septembre 2003, notamment pp. 22 ss.

⁴⁰ Voir notre avis de droit du 13 septembre 2003, no 17.

27. Pour tous ces motifs, nous arrivons à la conclusion que la Constitution fédérale ne permet pas, dans sa teneur actuelle, l'adoption de l'alinéa premier du projet d'article 3bis LMI.

28. Du moment que nous concluons à l'inconstitutionnalité de l'alinéa 1^{er} du projet d'article 3bis LMI, il nous faut déterminer si cet alinéa peut être formulé de manière différente afin de le rendre compatible avec les articles 94 et 95 Cst. A cet égard, il nous semblerait peu opportun de faire figurer, dans la LMI, une disposition reprenant simplement les principes posés par le Tribunal fédéral lors de l'examen de monopoles cantonaux. En effet, une telle redite n'aurait aucune véritable valeur ajoutée, ces principes découlant d'ores et déjà des articles 27, 36 et 94 alinéa 4 Cst. Elle pourrait même entraver la jurisprudence du Tribunal fédéral si celui-ci souhaite, à l'avenir, durcir le ton à l'égard de certains monopoles cantonaux et communaux. Un tel durcissement jurisprudentiel s'est déjà produit en matière de monopole d'affichage sur des fonds privés⁴¹. Aujourd'hui déjà, la jurisprudence du Tribunal fédéral montre quelques signes d'évolution. Dans ce contexte, nous préconisons d'abandonner purement et simplement l'alinéa premier du projet.

III. L'interdiction de la discrimination lors de l'octroi de concessions

29. Le second alinéa du projet d'article 3bis LMI nous paraît moins problématique sous l'angle de l'article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst. En effet, tout désavantage dont souffre un candidat lors de l'octroi d'une concession en raison du lieu de son siège ou de son établissement professionnel constitue, en quelque sorte, une entrave à la création d'un espace économique unique en Suisse.

30. Il faut cependant noter qu'une telle approche résulte d'ores et déjà de l'article 3 alinéa 4 LMI, puisque les restrictions visées à cette disposition "*ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux*". Du reste, la LMI paraît s'opposer à toutes les formes que peut revêtir le protectionnisme local⁴². Dans le même ordre d'idées, l'article 3 alinéa 3 lettre a LMI stipule que "*les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination ne constitue pas une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative*".

⁴¹ Comp. ATF 100 Ia 445, 451-453 AWAG (monopole déclaré compatible avec l'art. 31 aCst.), reviré par l'ATF 128 I 3, 10-17 *Commune d'Arosa* (monopole déclaré incompatible avec l'art. 27 Cst.).

⁴² Dans ce sens, MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *Article 3 LMI*, in PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (éd.), *Droit de la concurrence*, Genève 2002, p. 1296, n° 49.

31. Plus généralement, l'article 1^{er} alinéa 1 LMI enjoint indirectement aux collectivités publiques, notamment aux cantons et aux communes, d'adapter leurs réglementations de manière à garantir aux acteurs économiques l'accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse⁴³. Cela suppose, en particulier, la mise en place d'une procédure d'octroi de concessions ne discriminant pas les acteurs économiques en fonction de leur provenance cantonale ou communale. En effet, le fait de pouvoir se porter candidat à l'octroi d'une concession constitue une forme d'accès au marché.

32. Le second alinéa du projet d'article 3bis LMI ne fait donc qu'exprimer ces principes dans le cadre de l'octroi de concessions par un canton ou une commune. Une réglementation ou même une décision cantonale ou communale qui désavantagerait, lors de l'octroi d'une concession, certains candidats en fonction de leur provenance cantonale ou communale irait à l'encontre du but, de l'esprit et même de la lettre (art. 1^{er} ainsi que 3 al. 3 et 4) de la LMI.

33. En conclusion, le second alinéa du projet d'article 3bis LMI s'inscrit dans le droit fil de la LMI et, plus généralement, de l'article 95 alinéa 2, 1^{ère} phrase, Cst. L'article 94 Cst. permet vraisemblablement aussi de fonder une telle norme, dans la mesure où il impose aux autorités étatiques une obligation de neutralité en matière de concurrence⁴⁴. Or, interdire aux autorités étatiques d'avantager des candidats en fonction de leur provenance cantonale ou communale constitue une mise en œuvre de cette exigence de neutralité. Au reste, il est admis que les cantons et les communes sont tenus de respecter le principe d'égalité lors de l'octroi de concessions⁴⁵. Dans cette optique, l'article 3bis alinéa 2 LMI ne fait que mettre en œuvre, sous une forme particulière, l'exigence générale qui découle des articles 8, 27 et 94 Cst.

⁴³ Voir notamment MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *Article premier LMI*, in PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (éd.), *Droit de la concurrence*, Genève 2002, p. 1252, n° 9.

⁴⁴ Voir notamment VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich 2003, pp. 595-597.

⁴⁵ HÄFELIN/HALLER, op. cit. (note 21), p. 204, n° 712.

34. Si le second alinéa du projet d'article 3bis LMI peut dès lors être considéré comme étant conforme au droit constitutionnel en vigueur, force est de constater que son utilité pratique sera fort réduite, sinon inexistante. Car du moment que l'alinéa 1^{er} qu'il complète doit être abandonné en raison de son inconstitutionnalité (supra no 28) et que, sur le fond, il n'ajoute rien à ce qui résulte d'emblée de l'article 3 alinéa 3 lettre a et 3 alinéa 4 LMI, on ne voit pas quelles conséquences juridiques pourraient résulter de sa consécration. Or, on ne révisé pas la loi pour lui faire redire quelque chose qu'elle dit déjà.

35. De sorte que, tout bien considéré, l'alinéa 2 de l'article 3bis proposé devrait partager le sort de son alinéa 1^{er}, à savoir l'abandon pure et simple.

Conclusion

36. L'article 3bis alinéa 1 LMI n'est pas conforme à la Constitution fédérale, car en limitant l'admissibilité des monopoles cantonaux et communaux aux seuls motifs de la sécurité publique et de l'efficacité économique, il exclut que les cantons puissent maintenir ou fonder des monopoles sur d'autres motifs, qui sont admissibles au regard de la Constitution fédérale.

37. L'article 3bis alinéa 2 LMI n'est pas contraire à la Constitution fédérale, mais ne fait que reprendre sous une autre forme des exigences qui résultent déjà de la LMI dans sa teneur actuelle.

38. Dans ces circonstances, nous estimons que l'article 3bis LMI devrait être purement et simplement biffé du projet de révision de la LMI.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		F	
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	G	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
B		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	H	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBi	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	I	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGer	Bundesgericht	J	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	JdT	Journal des Tribunaux
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	K	
BR	Bundesrat	KG	Kartellgesetz
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BV	Bundesverfassung	L	
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
C		LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
CC	Code civil	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CE	Communauté Européenne	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Conseil des Etats	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CF	Conseil fédéral	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CO	Code des obligations	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
Cost.	Costituzione federale	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LF	Loi fédérale / Legge federale
CPS	Code pénal suisse	LL	Legge federale sul lavoro
cst.	Constitution fédérale	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
D		LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DG	Direction Générale (UE)		
E			
EU	Europäische Union		

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
		WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X**Y****Z**

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

- A**
 abgestimmtes Verhalten 216
 abgestimmte Verhaltensweise 22, 86, 94, 215
 f.,
 Abrede 6, 20, 31, 87 f., 108, 211
 Acquiring -
 Anhörung 155
- B**
- C**
- D**
- E**
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 4, 8, 18, 25
- F**
 Submission -
 Submissionskartell -
- G**
 geografische Beschränkungen -
- H**
- I**
 Indizienbeweis -
- J**
- K**
 kollektive Marktbeherrschung 100 f.
 Kontrolle von Unternehmenszusammen-
 schlüssen 90, 97, 114, 137, 182, 229
 Koppelungsgeschäft 210
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
 legitimate business reasons 118, 201 f.
- M**
 marktbeherrschende Stellung 2, 7 ff., 20 f.,
 91, 98, 117, 122, 135 f., 145, 151, 155,
 157 f., 190, 204 f., 208 f., 217, 221
 Marktgegenseite 89 f., 96 ff., 100, 114, 116
 f., 133 f., 137 f., 142 ff., 147, 156, 204
 Marktstruktur 128, 144, 165, 247 f.
 Marktzutrittsschranken 268 f.
 Meldepflicht 14, 131, 133, 137, 142, 146 f.,
 181, 190, 193 ff.
- Missbrauch 1 ff., 7 f., 10, 13, 15, 20 ff., 85, 89,
 93, 96, 100, 113, 117 f., 122, 179, 195,
 209, 211, 219, 225, 229
- N**
- O**
- P**
 Parallelverhalten 100, 207, 210, 216
- Q**
- R**
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- T**
 Tarife 8, 10, 104 f., 109, 111, 119, 123, 169,
 224
- U**
 Untersuchung 2, 5 ff., 16, 20, 31, 103, 106,
 125, 140, 143, 204 ff., 212, 214 f., 217,
 219 f., 226 f.
 unzulässige Wettbewerbsabrede 7, 96, 205,
 207, 209, 226
- V**
 vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede
 -
 Veröffentlichung -
 Verschulden -
 vorbehaltene Vorschriften 3, 26, 86, 94, 107
 f., 115, 214, 222
- W**
- X**
- Y**
- Z**