

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

2005/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 104.-
(Form: 701.000.05/1)

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

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF104.-

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

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 104.-

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

2005/1

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 2005

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	

Systématique	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	

<i>Sistematica</i>	A	<i>Rapporti d'attività</i>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	<i>Prassi amministrativa</i>
	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	<i>Prassi dei tribunali civili</i>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	<i>Sviluppi</i>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	<i>Diversi</i>	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2005/1

A	<i>Tätigkeitsberichte</i> <i>Rapports d'activité</i> <i>Rapporti d'attività</i>	
A 1	<i>Wettbewerbskommission</i> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2004 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2004 de la Commission de la concurrence	11
	3. Rapporto annuale 2004 della Commissione della concorrenza	21
	4. Annual Report of the Competition Commission 2004	31
B	<i>Verwaltungsrechtliche Praxis</i> <i>Pratique administrative</i> <i>Prassi amministrativa</i>	
B 1	<i>Sekretariat der Wettbewerbskommission</i> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<i>Vorabklärungen</i> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>	
	1. Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines	41
	2. TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera	46
B 2	<i>Wettbewerbskommission</i> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<i>Untersuchungen</i> <i>Enquêtes</i> <i>Inchieste</i>	
	1. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)	54
	2. Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG	114
	3. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse	128
	4. CoopForte	146
3.	<i>Unternehmenszusammenschlüsse</i> <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>	
	1. fenaco/Primo-Visavis	171
B 3	<i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko	176
	2. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko	182
	3. Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko	183
C	<i>Zivilrechtliche Praxis</i> <i>Pratique des tribunaux civils</i> <i>Prassi dei tribunali civili</i>	
C 1	<i>Kantonale Gerichte</i> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Switzernet Sàrl/TDC Switzerland AG	200

D	Entwicklungen	
	<i>Développements</i>	
	<i>Sviluppi</i>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
	Actes législatifs, communications	
	Atti legislativi, comunicazioni	
	1. Formular vom 20. Dezember 2004 (BBI 2005 738) für die Meldung einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung	213
	2. Formulaire du 20 décembre 2004 (FF 2005 674) pour l'annonce d'une restriction à la concurrence potentiellement illicite	221
	3. Modulo del 20 dicembre 2004 (FF 2005 645) per l'annuncio di una limitazione della concorrenza potenzialmente illecita	229
D 2	Bibliografie	
	Bibliographie	
	Bibliografia	237
E	Diverses	
	<i>Divers</i>	
	<i>Diversi</i>	
E 2	Gutachten	
	Avis	
	Pareri	
	1. Klimarappen	239
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	244
	Index (deutsch, français e italiano)	246

Korrigenda

Randziffer 49, Seite 1258, RPW 2004/4, ist irrtümlicherweise ohne Zahlenangaben wiedergegeben worden. Nachfolgend finden Sie die korrekte Randziffer. Auf unserer Homepage ist sie korrekt aufgeschaltet.

49. In Bezug auf die Umsätze lässt sich Folgendes ergänzen: Der Umsatz wird berechnet, indem die verkaufte Menge mit dem verrechneten Preis multipliziert wird. Die Preise für zwei Mietleitungen der genau gleichen Art können aber je nach Anbieter und Region sehr starke Unterschiede aufweisen. Dies verdeutlicht ein Beispiel, das auf der Internetseite der Interessengruppe "Innovative Telekommunikation" (www.innotelco.ch, besucht am 22.9.2004) dargestellt wird. So hat eine Anfrage eines FDA bei Swisscom zu folgender Preisauskunft geführt: Swisscom verlangte für eine Mietleitung von Romanel nach Lausanne (ca. 6 km) CHF 8'900.- pro Monat, während eine gleichartige Mietleitung von Genf nach Zürich für CHF 2'100.- pro Monat angeboten wurde. Wenn also ein FDA zehn Mietleitungen des ersten Typs verkauft, macht dieser einen Jahresumsatz von CHF 1,068 Mio., während ein zweiter FDA, welcher zehn Mietleitungen desselben Typs von Genf nach Zürich vermietet, einen Jahresumsatz von CHF 252'000.- erwirtschaftet.

A *Tätigkeitsberichte* *Rapports d'activité* *Rapporti d'attività*

A 1 *Wettbewerbskommission* Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1	1. <i>Jahresbericht 2004 der Wettbewerbskommission</i>
-----	---

A *Einleitung*

Das Jahr 2004 stand im Zeichen der Revision des Kartellgesetzes. Am 1. April 2004 sind die vom Parlament am 20. Juni 2003 geänderten und neu erlassenen Bestimmungen in Kraft getreten. Auf den gleichen Zeitpunkt hin wurde die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung) in Kraft gesetzt. Sie präzisiert insbesondere die Anwendung der neuen Instrumente der direkten Sanktionierung, der Bonusregelung und der Meldung von Wettbewerbsbeschränkungen zwecks Vermeidung einer Sanktion. Obschon Sanktionen erst ab April 2005 ausgesprochen werden, gab es im Hinblick auf die revidierten Bestimmungen viel zu tun.

Die Wettbewerbskommission (Weko) hat vor und nach dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen erhebliche Anstrengungen unternommen, um die Neuerungen den Unternehmen zur Kenntnis zu bringen und zu erläutern. In mehr als 25 schriftlichen Beiträgen in Fach- und Branchenzeitschriften sowie in mehr als 120 mündlichen Präsentationen haben Mitglieder der Kommission und des Sekretariats die wichtigsten Punkte der Revision dargestellt und sich den Diskussionen der Unternehmen und Anwälte gestellt. Diese breit angelegte Informationskampagne hat dazu beigetragen, dass die direkten Sanktionen, die Bonusregelung und der neue Vermutungstatbestand bei Vertikalabreden bei Unternehmen, Verbänden und Anwälten breiter bekannt geworden sind und sich Begriffe wie "antitrust compliance" oder "antitrust audit" auch in der schweizerischen Rechtssprache einzubürgern beginnen.

Bis am 31. März 2005 gilt die Übergangsfrist zur Revision. Sie soll es den Unternehmen ermöglichen, ihr Verhalten und ihre Verträge den neuen Bestimmungen des Kartellgesetzes anzupassen, ohne sofort mit einer Sanktion rechnen zu müssen.

Ein Blick auf die Statistik (siehe E.2. unten) bestätigt den eingangs erwähnten Befund, dass die Revision im Zentrum der Aktivitäten stand. Seit Beginn der Übergangsfrist am 1. April 2004 haben die Wettbewerbsbehörden lediglich eine neue Untersuchung (drei im ganzen Kalenderjahr) eröffnet, dafür aber 154 Meldungen aus der Übergangsfrist bearbeitet und in 56 Fällen Unternehmen zu Fragen im Zusammenhang mit der Revision beraten.

Der Jahresbericht 2004 berichtet zu einem wesentlichen Teil über die Arbeiten im Zusammenhang mit der Revision (siehe B. Erste Erfahrungen mit den revidierten Bestimmungen und D. Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen). In einem zweiten Hauptteil beschäftigt er sich mit dem Thema der staatlichen technischen Handelshemmnissen (C.). Diesbezüglich enthält der Jahresbericht grundlegende Aussagen über die wettbewerbshemmenden Wirkungen solcher Handelshemmnisse und zeigt auf, dass sie mit der Einführung des so genannten "Cassis de Dijon-Prinzips" (bei rechtmässiger Inverkehrsetzung z.B. in der EU soll ein Produkt ohne Einschränkungen auch in die Schweiz eingeführt werden können) weitgehend behoben werden könnten.

Abgeschlossen wird der Jahresbericht mit Angaben zur Organisation von Weko und Sekretariat sowie mit der Statistik zu den Fällen und einer Aufstellung der Ende 2004 hängigen Untersuchungen (E. nachstehend).

B *Erste Erfahrungen mit den revidierten Bestimmungen*

1. *Einleitung*

Die Wettbewerbsbehörden haben seit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen am 1. April 2004 sowohl Meldungen von bestehenden wie auch von neuen Wettbewerbsbeschränkungen bearbeitet. Einen wesentlichen Teil der Arbeit nahmen dabei Beratungen durch das Sekretariat zu Fragen im Zusammenhang mit der möglichen direkten Sanktionierung von bestehenden oder neu geplanten Verhaltensweisen ein.

Die Weko hat im Zusammenhang mit der neuen Meldemöglichkeit einen Entwurf eines Meldeformulars im April 2004 in die Vernehmlassung gegeben. Aufgrund der Rückmeldungen wurde das Formular überarbeitet und von der Weko Ende 2004 in seiner definitiven Form verabschiedet. Es kann auf der Website der Weko unter www.weko.ch abgerufen werden.

2. *Beratungen*

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen ergaben sich viele Fragen von Unternehmen und deren Rechtsvertretern in Bezug auf die mögliche Sanktionierbarkeit einer Vereinbarung oder Verhaltensweise. Solche Fragen hat das

Sekretariat in Form von gebührenpflichtigen Beratungen behandelt.

Ziel der Beratung war es, den Unternehmen aufzeigen zu können, ob bei einer bestimmten Vereinbarung oder Verhaltensweise möglicherweise einer der sanktionsbedrohten Tatbestände des Kartellgesetzes erfüllt sein könnte oder nicht. Bei Ausschluss einer solchen Vermutung können die Unternehmen die entsprechende Vereinbarung oder Verhaltensweise umsetzen oder weiter praktizieren, ohne das Risiko von Sanktionen laufen zu müssen. Ist ein sanktionsbedrohter Tatbestand möglicherweise erfüllt, lautet die Beratung des Sekretariats dahingehend, dass eine formelle Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG einzureichen sei.

Die mehr als 50 Beratungen haben im Sekretariat einen erheblichen Anteil der personellen Ressourcen gebunden. Der grosse Beratungsaufwand des Sekretariats hat sich insofern gelohnt, als dadurch formelle Meldungen nach Artikel 49a KG vermieden werden konnten, die ihrerseits einen noch höheren Aufwand verursacht hätten.

3. Konkrete Fälle - eine Auswahl

Post/SIC - Tarife im Zahlungsverkehr

Am 28. Mai 2004 wurde der Weko die Einführung neuer Tarife (Tarifsenkung) der Post und der SIC im Zahlungsverkehr gemeldet. Die neuen Tarife, welche den Finanzinstituten für Gutschriften belastet werden (sog. B-Tarif), wurden von beiden Anbietern mit ihren Kunden ausgehandelt. Die Abklärungen haben ergeben, dass die beiden Zahlungssysteme im aktuellen Zeitpunkt verschiedene relevante Märkte bilden und sich nicht im Wettbewerb um dieselbe Kundschaft befinden. Die Weko verzichtete daher auf die Eröffnung einer Vorabklärung.

Maestro-Debitkarten: Einführung einer Interchange Fee und eines neuen Preismodells der Telekurs Multipay AG

Im Juli 2004 gingen bei der Weko zwei Meldungen betreffend Maestro-Debitkarten ein. Eine Meldung bezieht sich auf die Einführung einer multilateralen Interchange Fee im Rahmen der Umstellung auf das Maestro-System. Die Interchange Fee ist eine Gebühr, welche die Telekurs Multipay AG für Transaktionen in der Schweiz an die Herausgeber von Maestro-Debitkarten zu entrichten hat. Die zweite Meldung betrifft die Einführung eines neuen Preismodells durch die Telekurs Multipay AG als Folge der neuen Gebühr. Um abzuklären, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, hat das Sekretariat der Weko im September 2004 eine Vorabklärung eröffnet.

Vier Meldungen im Bereiche der Krankenkassen-Zusatzversicherung

Mehrere Krankenversicherungen schliessen gemeinsam oder einzeln Verträge mit einer Gruppe oder den verschiedenen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern oder den Privatkliniken in mehreren Kantonen ab. Die Verträge betreffen Spitalleis-

tungen im Bereich der Zusatzversicherung und legen die Preise für private und halbprivate Behandlungen fest. Es ist noch offen, ob es sich dabei um eine unzulässige Preisabsprache (Art. 5 Abs. 3 KG) handelt, die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG) oder ob sie kantonalen Bestimmungen untersteht (Art. 3 Abs. 1 KG).

Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen

Der Schweizer Pool für Luftfahrtversicherung (SPL) ist eine als einfache Gesellschaft organisierte Gemeinschaft, welche Risiken der Luft- und Raumfahrt, die von Mitgliedern als Erstversicherer gezeichnet werden, rückversichert. Er unterhält drei Sektionen: Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherungen. Zurzeit sind 18 Erstversicherer und vier Rückversicherer Mitglieder des Pools. Der SPL vereinheitlicht Preise und Geschäftsbedingungen von Versicherungsunternehmen und ist somit als eine Wettbewerbsabrede zu bezeichnen. Da der SPL des Weiteren über einen beträchtlichen Anteil am schweizerischen Luftfahrtversicherungsmarkt verfügt, gilt es abzuklären, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Auch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz für das Bestehen des SPL sind zu überprüfen.

Kalkulationshilfen der Tierärzte/innen

Gegenstand dieser Meldung bilden die Kalkulationshilfen der Tierärzte/innen für tiermedizinische Leistungen. Die Kalkulationshilfen dienen den Tierärzten/innen für die Preisberechnung ihrer Leistungen. Die Kalkulationshilfe besteht aus einem Leistungskatalog und entsprechenden Tarifelementen. Es ist zu prüfen, ob diese Empfehlungen von den Tierärzten tatsächlich befolgt werden und ob sie in dieser Form eine unzulässige Preisabrede darstellen.

SVV-Nettoprämientarife im Bereich BU, NBU und FV

Seit dem Inkrafttreten des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) im Jahr 1984 wenden die in dieser Sozialversicherung tätigen privaten Versicherungsgesellschaften einen einheitlichen Gemeinschaftstarif in den Bereichen Berufsunfallversicherung (BU), Nichtberufsunfallversicherung (NBU) und freiwillige Versicherung (FV) an. Diese Tarife werden durch den Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) erstellt. Am 4. Juni 2004 reichte der SVV eine Meldung ein, um die kartellrechtliche Zulässigkeit des auf den 1. Januar 2005 revidierten Tarifs überprüfen zu lassen. Während des Verfahrens beschloss der SVV am 20. September 2004, ab sofort keine Nettoprämientarife mehr zu erstellen.

Das wichtigste Problem stellt sich auf Stufe Versicherungsgesellschaft. Die Prämien für das Jahr 2005 basieren auf den empfohlenen Nettoprämientarife des SVV. Der Tarif wird durch unzählige Folgeverträge der Versicherungen mit den Arbeitgebern ausgeführt. Zudem verfügen die Versicherungen noch nicht über diejenigen Datengrundlagen, welche Voraussetzung für die Erstellung gesellschaftsindividueller Tarife sind. Die kartellgesetzlich konformen Tarife werden noch innerhalb der Übergangsfrist in Kraft gesetzt, benötigen aber für die Umsetzung eine Anpassungs-

zeit, die über den Ablauf der Übergangsfrist hinausgehen wird.

Eskamed AG

Gegenstand der Meldung der Eskamed AG sind die neuen Reglemente für das von der Eskamed betriebene ErfahrungsMedizinische Register (EMR), welche per 1. Januar 2005 in Kraft treten. Diese Reglemente regeln das Vertragsverhältnis zwischen dem Therapeuten und der Eskamed AG. Die Meldung wurde infolge eines vorangehenden Verfahrens (Untersuchung 32-0137, publiziert in RPW 2004/2, S. 449 ff.) eingereicht, bei welchem die Wettbewerbskommission gewisse Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der Eskamed AG auf dem Markt für Qualitätssicherungssysteme erkannte.

Swisspower

Am 18. Mai 2004 reichte das Unternehmen Swisspower eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung ein. An Swisspower beteiligen sich mehrere kleinere, auf dem Stromversorgungsmarkt tätige Anbieter und bezwecken damit, gemeinsam im Grosskundensegment die etablierten Unternehmen Xpo, BKW, EOS etc. zu konkurrieren. Obwohl dieses Verhalten von Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst wird, kam die Weko zum Schluss, dass genügend Aussenwettbewerb besteht, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Da der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch dieses gemeinsame Auftreten tendenziell sogar gefördert wird, kam die Weko zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen und damit kein Anlass für die Eröffnung eines Verfahrens besteht.

C Staatliche technische Handelshemmnisse

Im vergangenen Jahr wurden im Parlament zwei Vorstösse eingereicht, die sich im Ergebnis mit der Problematik von staatlichen Handelshemmnissen bei Warenimporten beschäftigen (Postulat 04.3390 von NR DORIS LEUTHARD und Motion 04.3473 von SR HANS HESS). Obwohl sich die Situation in den letzten Jahren verbessert hat, gibt es nach Meinung der Parlamentarier nach wie vor staatliche (technische) Vorschriften, welche sich für Importeure in die Schweiz als Handelshemmnisse auswirken. Zu erwähnen sind unter anderem schweizerische Herstellungs-, Prüfungs-, Verpackungs- und Beschriftungsvorschriften, welche den direkten Import von Produkten in die Schweiz behindern und dadurch die Kosten erhöhen oder den Import gar gänzlich verhindern, obwohl diese Produkte in der EU rechtskonform in Verkehr gesetzt werden dürfen (Stichwort "Hochpreisinsel Schweiz").

Eine Beseitigung dieser Handelshemmnisse könnte nach Ansicht dieser Parlamentarier durch die Übernahme des in der EU geltenden so genannten "Cassis de Dijon"-Prinzips erreicht werden. Dieses Prinzip wurde vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg vor 25 Jahren formuliert, als er einen Fall betreffend die Vermarktung des französischen Likörs Cassis de Dijon in Deutschland zu beurteilen hatte. Ausgangspunkt war der zwischen den Staaten der EU

geltende Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 28 EG-Vertrag). Dieser Grundsatz kann eingeschränkt werden einerseits durch den Ausnahmekatalog nach Artikel 30 EG-Vertrag (explizite Rechtfertigungsgründe) und andererseits durch immanente Schranken des Artikels 28 EG-Vertrag. Im "Cassis de Dijon-Urteil" hat der EuGH festgehalten, dass Hemmnisse für den Binnenhandel nur hingenommen werden müssen, "so weit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden" und so weit sie verhältnismässig und nicht diskriminierend sind. Das Prinzip von "Cassis de Dijon" will somit den freien Warenverkehr für diejenigen Bereiche einführen, in welchen bisher keine gemeinschaftlichen Regeln für die Inverkehrsetzung von Produkten geschaffen worden sind (d.h. im sog. "nicht-harmonisierten" Bereich). Den zwischenstaatlichen Handel behindernde nationale Vorschriften werden deshalb nur hingenommen, wenn sie anerkannter Weise nötig sind, um bestimmten Anforderungen zu genügen. Solche Anforderungen ergeben sich nach europäischer Rechtspraxis regelmässig aus Gründen des Konsumenten- und Umweltschutzes beziehungsweise der öffentlichen Gesundheit.

Im Ergebnis bedeutet das Cassis de Dijon-Prinzip, dass grundsätzlich jede in einem EU-Mitgliedstaat nach nationalen Vorschriften rechtmässig produzierte und/oder in Verkehr gebrachte Ware auch in einem anderen Mitgliedstaat ohne Einschränkung in Umlauf gesetzt werden darf. Dies gilt selbst dann, wenn die Ware nach anderen technischen oder qualitativen Vorschriften hergestellt worden ist, als im Importstaat zur Anwendung gelangen. Die Vermarktung im Importland ist somit möglich, wenn die Ware den rechtlichen Vorschriften und Herstellverfahren des Exportstaates entspricht.

Es handelt sich folglich um den Grundsatz, dass die EU-Mitgliedstaaten ihre jeweiligen nationalen Regelungen gegenseitig anerkennen, solange noch keine EU-weite Harmonisierung der technischen Vorschriften und Normen vorliegt. Der Bundesrat spricht (Integrationsbericht 1999) vom "Grundsatz der Gleichwertigkeit der jeweiligen mitgliedstaatlichen Produktengesetzgebungen". Dieses Prinzip bedeutet jedoch nicht eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Anpassung von Rechtsvorschriften, sondern bezieht sich nur auf den Bereich, in dem die Rechtsvorschriften nicht harmonisiert wurden; für inländische Produzenten dürfen weiterhin die strengeren nationalen Vorschriften gelten. Zudem lässt das Prinzip - wie bereits erwähnt - für Ausnahmefälle auch zu, dass das Importland Einfuhren aus andern Staaten verbietet, sofern ihm der Nachweis gelingt, dass sich die Vorschriften des Exportlandes als ungenügend erweisen, um ein öffentliches Interesse zu schützen, das höher zu gewichten ist als das Prinzip des freien Warenverkehrs.

Das Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995, das der Schaffung technischer Handelshemmnisse vorbeugen und diese - soweit sie bestehen - beseitigen soll, sowie das bilaterale Abkommen mit der EU über die gegenseitige An-

erkennung von Konformitätsbewertungen (MRA), welches 15 Produktgruppen betrifft, haben bereits zu einem - zumindest teilweisen - Abbau von staatlichen Handelshemmnissen geführt.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist grundsätzlich jeder weitere Schritt in Richtung Liberalisierung des Warenverkehrs zwischen der EU und der Schweiz zu begrüßen, da Liberalisierungsmassnahmen - auch bloss einseitige - zu Wohlfahrtsgewinnen führen. Die Schweiz sollte deshalb nicht bloss den Weg der Harmonisierung, sondern daneben auch den Weg der Anerkennung beschreiten. Diese Forderung steht auch im Einklang mit der in der Bundesverfassung garantierten Wirtschaftsfreiheit, welche der Bund zu gewährleisten hat.

Da das Cassis de Dijon-Prinzip auf dem gemeinschaftsweiten Vertrauen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beruht, stellt sich die Frage, ob nicht auch die Schweiz dieses Vertrauen in die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten haben dürfte. Die Tatsachen, dass die EU bereits heute gerade in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Konsumentenschutz über ein sehr hohes Schutzniveau verfügt und dass zahlreiche Waren auch im nicht harmonisierten Bereich in immerhin 25 Mitgliedstaaten zirkulieren dürfen (also keinen Einfuhrbeschränkungen unterliegen), zeigen auf, dass ein solches Vertrauen gestützt auf das Cassis de Dijon-Prinzip letztlich zu einer Erleichterung des freien Warenverkehrs und damit - auch im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz - zur Wohlfahrtssteigerung führen könnte. Begründete Ausnahmen von dieser Regelung wären - wie der EuGH-Entscheid im Falle Cassis de Dijon aufgezeigt hat - immer noch möglich.

Eine vom Sekretariat der Weko durchgeführte Befragung von Unternehmen und Verbänden hat aufgezeigt, dass heute zumindest in den Bereichen Lebensmittel und "Near-Food" (z.B. Kosmetika) noch zahlreiche Vorschriften bestehen, die von den Unternehmen und Verbänden als Handelshemmnisse eingeschätzt werden, welche zu einer Verteuerung der Produkte in der Schweiz führen.

Die Wettbewerbsbehörden werden aus diesen Gründen für die weitere Liberalisierung des Warenverkehrs eintreten. Entsprechend werden sie die genannten parlamentarischen Vorstösse, welche die (einseitige) Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips fordern, unterstützen.

D Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsreichen

1. Dienstleistungen

Im Bereich Gesundheitswesen konnte die Weko mehrere Untersuchungen abschliessen, so insbesondere auch diejenige im Bereich des Vertriebs von Tierarzneimitteln. Zahlreiche Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln verweigerten die Belieferung von Apotheken, womit den Apotheken der Ein- und Verkauf von Tierarzneimitteln weitgehend verwehrt blieb. Die Wettbewerbsbehörden kamen zum Schluss, dass diese Benachteiligung der Apotheken gegenüber

den Tierärzten kartellgesetzwidrig ist. Im Schlussstadium der Untersuchung vereinbarten die betroffenen Hersteller und Grossisten mit den Wettbewerbsbehörden eine einvernehmliche Regelung und beliefern seither Apotheken auf Bestellung vorbehaltlos mit Tierarzneimitteln. Somit können die Tierhalter heute selber frei entscheiden, ob sie die Tierarzneimittel beim Tierarzt oder in der Apotheke kaufen wollen. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde auch das Verhalten der Tierärzte untersucht, wobei sich die kartellrechtlichen Vorbehalte nicht bestätigten. Es konnte keine Abrede zwischen den Tierärzten festgestellt werden, die gegen den Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken gerichtet ist (RPW 2004/4, S. 1040 ff.).

Ebenfalls im Bereich Gesundheitswesen konnte die Untersuchung gegen den Verband der Privatkliniken im Kanton Genf eingestellt werden, nachdem sich dessen Mitglieder bereit erklärt hatten, die Vereinbarung betreffend die Abgeltung der stationären Leistungen im Bereich der privaten Zusatzversicherung nicht mehr weiter zu führen (RPW 2004/3, S. 803 ff.). Die Untersuchung hinsichtlich der Tarifverträge beziehungsweise betreffend der gemeinsamen Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung im Kanton Aargau konnte eingestellt werden, da die Parteien den Vertrag im Laufe des Verfahrens aufgelöst hatten (RPW 2004/4, S. 1018 ff., S. 1026 ff.). Die Untersuchung betreffend die Registrierung von Therapeuten im Erfahrungs-Medizinischen Register, wovon ein Teil der Krankenversicherer die Rückvergütung von komplementär-medizinischen Leistungen abhängig machen, konnte ebenfalls eingestellt werden. Die Eskamed AG hatte die Anwendung der Kriterien zur Registrierung an die wettbewerbsrechtlichen Erfordernisse angepasst (RPW 2004/2, S. 449 ff.). Weiter konnte auch die Untersuchung über die Vergütung von "Mitteln und Gegenständen" (Inkontinenzhilfen, Prothesen etc.) im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung abgeschlossen werden, da sich ergeben hatte, dass trotz des Vertrages zwischen Santésuisse und einem Hersteller von Inkontinenzhilfen weiterhin sämtliche Inkontinenzhilfeprodukte bis zum behördlich festgelegten Höchstpreis vergütet werden. Der Wettbewerb zwischen den Herstellern wurde somit nicht behindert (RPW 2004/4, S. 1100 ff.).

Im Bankenbereich läuft eine Untersuchung hinsichtlich der Kreditkarten Interchange Fee. Es soll abgeklärt werden, ob sich die Höhe der Domestic Interchange Fee - einer Verrechnungsgebühr zwischen Kreditkartenunternehmen, die Händler für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben ("Acquirer"), und Herausgebern von Kreditkarten ("Issuer") - auf die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten auswirkt. Eine Vorabklärung gegen die Herausgeber von Maestro-Debitkarten und Telekurs wurde betreffend der Einführung der Interchange Fee im Debitkartenbereich und eines darauf basierenden neuen Gebührenmodells (Händlerkommission) eröffnet. Zudem war aus dem Zusammenschlussverfahren UBS/SBV (RPW 1998/2, S. 278 ff.) die Einhaltung der Auflage III betreffend die KMU-

Kredite zu überwachen. Diese letzte Auflage aus dem Zusammenschluss UBS/SBV lief am 31. Dezember 2004 aus.

Im Bereich der freien Berufe ist die Untersuchung Flughafen Zürich (Unique) - Valet Parking offen. Es geht um die Frage, ob Unique ihre möglicherweise marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie zwei bisherigen Anbietern von "off Airport"-Valet Parking das Flughafenareal nicht mehr für ihre Dienstleistungen zur Verfügung stellt. In diesem Zusammenhang hat die REKO WEF die von der Weko verfügten vorsorglichen Massnahmen bestätigt (RPW 2004/3, S. 859 ff.). Wegen eines allfälligen Verstosses gegen diese inzwischen rechtskräftige Verfügung läuft ausserdem ein Sanktionsverfahren.

2. Infrastruktur

Im Bereich der Telekommunikation hat die Weko zwei Untersuchungen gegen die Swisscom eröffnet. In beiden Untersuchungen handelt es sich möglicherweise um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das Bündelangebot "Talk & Surf" umfasst den Telefonanschluss, einen breitbandigen Internetanschluss und verbilligte Zusatzdienste. Die Swisscom weigert sich, interessierten Fernmeldeanbietern den Wiederverkauf des Anschlusses anzubieten, weshalb es den anderen Anbietern nicht möglich ist, ein vergleichbares Bündel mit einheitlicher Rechnungsstellung anzubieten (vgl. Schlussbericht der Vorabklärung in RPW 2004/2, S. 357 ff.). In der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden" geht es um einen möglichen "Price Squeeze". Die Preise für gewisse Vorleistungen (z.B. die Terminierung ins Mobilfunknetz von Swisscom Mobile), welche andere Fernmeldedienstleister bezahlen müssen, liegen zum Teil über dem Preis, den die Swisscom von ihren eigenen Geschäftskunden verlangt.

Eine weitere Untersuchung betrifft die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt. Die REKO WEF hat die Zuständigkeit der Weko, welche von einigen Mobilfunkanbieterinnen angezweifelt worden war, klar bestätigt (RPW 2004/1, S. 204 ff.). Zudem konnte die Untersuchung Swisscom Directories AG abgeschlossen werden. Der Swisscom Directories AG kommt auf dem Markt für elektronische Adressdaten und dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten eine marktbeherrschende Stellung zu. Die Untersuchung wurde eingestellt, da die Swisscom Directories AG die für alternative Verzeichnisse und Verzeichnisdienste nötigen Grunddaten zu Konditionen herausgibt, die nicht als wettbewerbsschädigend gelten können (RPW 2005/1, S. 54 ff.).

Die Weko hat weiter drei Gutachten zuhanden des Bakom beziehungsweise der ComCom verfasst. Hinsichtlich der Vergabe der restlichen GSM 1800 Frequenzen hat sich die Weko dafür ausgesprochen, zur Belebung des Wettbewerbs die freien Frequenzen in einem Block, unter der Auflage der Netzöffnung für virtuelle Netzbetreiber, zu vergeben (RPW 2004/4, S. 1242 ff.). Die ComCom ist dieser Empfehlung indes nicht gefolgt. In den zwei Gutachten im Zusammen-

hang mit der Interkonnektion gemäss Artikel 11 FMG und Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a^{ter} FDV wurde die Swisscom als marktbeherrschend einerseits auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten (RPW 2004/4, S. 1263 ff.), andererseits auf dem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz (nicht jedoch im Fernnetz) (RPW 2004/4, S. 1248 ff.) beurteilt, obschon der Wettbewerbsdruck im Anschlussnetz generell zugenommen hat.

Im Bereich der Medien/Werbung hatte die Weko mehrere Zusammenschlüsse zu beurteilen. Die Weko untersagte (erstmalig in einem Zusammenschlussverfahren) den Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG, da dies eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe auf dem Leser- und Werbemarkt im Raum Bern begründen würde, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigt (RPW 2004/2, S. 529 ff.). Die Beschwerde gegen die Verfügung ist bei der REKO WEF hängig. Hingegen genehmigte die Weko den Einstieg der Espace Media Groupe bei der Bund Verlag AG - ausser bezüglich der Betreiberin des Radio BE1 - aufgrund der schwierigen finanziellen Situation der Bund Verlag AG (RPW 2004/2, S. 484 ff.). In Koordination mit den Europäischen Wettbewerbsbehörden wurde weiter die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Bertelsmann AG und die Sony Corporation of America bewilligt (RPW 2004/4, S. 1127 ff.). Zudem wurde eine Vorabklärung eröffnet, die klären soll, ob die Zusammenarbeit der NZZ-Gruppe und der Publigruppe SA auf der Ebene der Verlagsbeteiligung und der Medienvermarktung im Grossraum Zürich kartellrechtlich unbedenklich ist.

Im Bereich der Elektrizität standen die vorbereiteten Arbeiten zu einem neuen Stromversorgungsgesetz (StromVG) im Mittelpunkt der Aktivitäten. Dabei setzten sich die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Vernehmlassung und Ämterkonsultation für eine möglichst wettbewerbsneutrale Gesetzgebung mit einem vertretbaren Regulierungsaufwand ein. Entsprechend sprach sich Kommission und Sekretariat für den freien Netzzugang aller kommerziellen Stromkonsumenten aus und lehnte das so genannte WAS-Modell ab (RPW 2004/4, S. 1162 ff.). Daneben wurde 2004 die Vereinigung der Übertragungsnetze der Überlandwerke Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ und NOK im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle überprüft. Der Entscheid in dieser Sache stand Ende 2004 noch aus. Weiter leistete das Sekretariat zahlreiche Beratungsarbeiten in Bezug auf die Bestimmungen des revidierten Kartellgesetzes und das Bundesgerichtsurteil im Fall Watt/Migros - EEF, in welchem das höchste Gericht eine Durchleitungspflicht von Drittstrom bejaht hatte.

Im Übrigen hat die Weko ihre Untersuchung über den Fleischmarkt eingestellt. Die Anhaltspunkte für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Fleischverarbeitungsbetriebe Micarna (Migros) und Bell (Coop) auf dem Markt für die Beschaffung von Schlachtschweinen hatten sich nicht erhärtet (RPW 2004/3, S. 674 ff., S. 726 ff.). Abgeschlossen werden konnte weiter die Untersuchung Feldschlösschen/Coca-Cola. Die

vertraglichen Vereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Coca-Cola sind kartellrechtlich zulässig. Hingegen erklärte die Weko die Exklusivvereinbarungen von Feldschlösschen mit den Abnehmern von Getränken mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren nur als zulässig, sofern diese mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder einem andern finanziellen Engagement verbunden sind und für die Gaststätten nach fünf Jahren die jederzeitige Kündigung unter Rückzahlung der Restschuld vorsehen (RPW 2005/1, S. 114 ff.). Die Untersuchung im Bereich der Entsorgung, in welcher es um die Frage geht, ob Swico und S.EN.S in unzulässiger Weise den Markt für die Organisation der Rückführung und der Entsorgung von Elektroschrott aufgeteilt sowie eine Abrede über die Höhe und Überwälzung der vorgezogenen Recyclinggebühr getroffen haben, ist noch hängig.

3. *Produktmärkte*

Im Dienst Produktmärkte stellten die Erläuterungen zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel einen der Schwerpunkte dar. Im Rahmen der Umsetzung der erwähnten Bekanntmachung, die seit dem 1. November 2002 in Kraft ist, sah sich das Sekretariat der Weko veranlasst, zu einer bestimmten Anzahl von Fragen Erklärungen zu liefern, die von den Adressaten der Bekanntmachung aufgeworfen worden waren. Die Weko fasst in diesen Erläuterungen die häufigsten Fragen zusammen (RPW 2004/3, S. 964 ff.). Sie hat dabei insbesondere die Entwicklungen auf europäischer Ebene hinsichtlich der Verordnung (EU) Nr. 1400/2002 berücksichtigt und zielt auf eine grösstmögliche Übereinstimmung mit der durch die Europäische Kommission entwickelten Praxis ab.

Im Bereich des Detailhandels wurden in der Untersuchung CoopForte Kriterien zur Beurteilung von Nachfragemacht konkretisiert. Die Untersuchung sollte zeigen, ob Coop mit einem generellen Abzug von 0,5% (Bonus CoopForte) vom Rechnungsbetrag ihrer Lieferanten eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die Untersuchung ergab, dass zwischen den Detailhändlern ein intensiver Wettbewerb herrscht, es jedoch denkbar ist, dass einzelne Lieferanten von Coop abhängig sind. Kriterien dazu waren insbesondere die Bedeutung von Coop beim Vertrieb der betreffenden Produkte, die Verhandlungsposition der Marktgegenseite (Markenartikelhersteller) sowie individuelle Abhängigkeiten einzelner Lieferanten, wobei diesbezüglich hauptsächlich auf Ausweichmöglichkeiten und die Notwendigkeit spezifischer Aktiva abgestellt wird. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung hat sich Coop verpflichtet, innerhalb der nächsten sechs Monate zu verifizieren, ob die Erhebung des Bonus CoopForte gerechtfertigt ist. Coop verpflichtet sich, den Bonus rückwirkend zurückzuzahlen, wenn ein Lieferant glaubhaft darlegen kann, dass er keine entsprechende Gegenleistung von Coop erhält. Lieferanten, die mit Coop regelmässig in Verbindung stehen, sind von der Verifikation ausgenommen (RPW 2005/1, S. 146 ff.).

Im Bereich des Uhrenhandels konnte die Untersuchung gegen die ETA SA Manufacture Horlogère Suis-

se (nachfolgend: ETA), einer Tochtergesellschaft der Swatch Group, mit der Feststellung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch ETA abgeschlossen werden. ETA hatte die Absicht, die Lieferung von Ebauches (Rohwerken) ab Januar 2006 einzustellen und nur noch fertig montierte Uhrwerke zu liefern ("phasing-out"). Die Untersuchung ergab, dass ETA auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches bis zu einem Stückpreis von CHF 300.- über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Einstellung der Lieferung ist als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und damit als missbräuchlich zu qualifizieren. Für zahlreiche Wettbewerber hätte die Durchführung des phasing-out innert so kurzer Zeit faktisch den Entzug der Grundlage ihrer Tätigkeit bedeutet, da keine alternativen Lieferanten bestehen. In einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet sich ETA, die Ebauches bis Ende 2008 in bisherigem Umfang und danach für zwei weitere Jahre in reduziertem Umfang zu liefern. Dadurch werden die Voraussetzungen geschaffen, dass sich alternative Produktionsstätten entwickeln können (RPW 2005/1, S. 128 ff.).

In den Baumärkten hat die Weko eine Untersuchung zur Klärung der Frage eröffnet, ob bei der Ausschreibung (Submission) der für die Neat-Baustellen benötigten Zementlieferungen und Betonsysteme (Herstellung von Beton mit Tunnelausbruchmaterial) und den anschliessenden Vergaben der Wettbewerb behindert wurde. Die beiden Neat-Tunnel werden je von den Alp Transit Gesellschaften Gotthard AG und BLS Lötschberg AG erstellt.

Weiter hat das Sekretariat der Weko eine Vorabklärung gegen die FIFA eröffnet. Es soll abgeklärt werden, ob Anhaltspunkte für ein unzulässiges Wettbewerbsverhalten bei der Anwendung des Reglements der FIFA bestehen. Es geht um die Frage der unentgeltlichen Freistellung von Spielern der Vereine an die Nationalmannschaften für Anlässe, welche die FIFA organisiert.

4. *Binnenmarktgesetz*

Im Zentrum der Aktivitäten des Kompetenzzentrums Binnenmarkt stand die Mitarbeit bei der Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM). Als Mitglied der vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement eingesetzten Expertengruppe oblag ihm die Redaktion des Vorentwurfs, die Auswertung der Vernehmlassung und die Redaktion der Botschaft, welche am 24. November 2004 vom Bundesrat verabschiedet wurde. Mit dem revidierten BGBM sollen die Funktionsfähigkeit des Marktes durch den weiteren Abbau kantonaler und kommunaler Marktzugangsbeschränkungen verbessert (gesamtwirtschaftliches Ziel), die Berufsausübungsfreiheit erhöht (individualrechtliches Ziel) und die Aufsichtsfunktion der Wettbewerbsbehörden gestärkt (institutionelles Ziel) werden.

Des Weiteren beteiligte sich das Kompetenzzentrum Binnenmarkt in Zusammenarbeit mit dem Kompetenzzentrum Ökonomie aktiv an den Arbeiten zur Revision des Beschaffungsrechts. Diesbezüglich im Vordergrund stand die Analyse der geltenden Regu-

lierung aus wettbewerblicher Sicht und, gestützt darauf, die Ausarbeitung von Vorschlägen, welche die wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung des künftigen Beschaffungsrechts gewährleisten sollen.

5. Internationale Beziehungen

Die im Jahr 2003 begonnene Politik, die Vertretung der Schweiz auf der internationalen Ebene zu verstärken im Hinblick darauf, einerseits die internationalen Beziehungen und andererseits die internationale Anerkennung der schweizerischen Behörde zu verbessern, konnte im Jahr 2004 fortgesetzt werden. Die Weko und ihr Sekretariat haben den regelmässigen Kontakt zu den europäischen und den amerikanischen Wettbewerbsbehörden gepflegt. Weiter konnte ein offizieller Besuch der finnischen und deutschen Wettbewerbsbehörden organisiert werden.

Die schweizerische Wettbewerbsbehörde hat eine aktive Rolle bei Arbeiten in verschiedenen *internationalen Organisationen* übernommen, namentlich in der Wettbewerbskommission der OECD, im International Competition Network (ICN), in der UNCTAD, im IWF, in der EFTA und der "Ligue Internationale du Droit de la Concurrence" (LIDC). Die Arbeit der WTO im Hinblick auf ein internationales Abkommen zum Wettbewerbsrecht wurde nach der Ministerialkonferenz von Cancun vorübergehend eingestellt. Das Sekretariat konnte deshalb seine ganzen Ressourcen folgenden Arbeiten widmen:

OECD: Die Weko und ihr Sekretariat waren in verschiedenen Arbeitsgruppen der OECD aktiv (CLP, Working Parties 2 und 3, Joint Group on Trade and Competition). Im Rahmen dieser Aktivitäten verfasste das Sekretariat mehrere schriftliche Eingaben zu verschiedenen wettbewerbspolitischen Themen.

ICN: Die Weko und ihr Sekretariat haben im April 2004 an der dritten Jahreskonferenz der ICN in Seoul sowie am "Leniency and Cartel Workshop" in Sydney, der von der neuen Arbeitsgruppe der ICN betreffend Kartelle organisiert wurde, teilgenommen.

UNCTAD: Im Rahmen des Austauschprojektes für Latein-amerikanische Praktikanten, das in Zusammenarbeit mit dem Seco durch das Sekretariat im Rahmen eines Kooperationsprogramms mit der UNCTAD aufgebaut worden ist, konnten die ersten zwei Praktikanten aus Brasilien und Argentinien im Sekretariat arbeiten.

6. Ausblick

Die Wettbewerbsbehörden haben für das Jahr 2005 nach Ablauf der Übergangsfrist einen Schwerpunkt darauf gelegt, Verfahren in den Bereichen harte horizontale und vertikale Kartelle (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)

sowie im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) zu führen. Zudem sollen die Meldungen von neuen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) effizient und zeitgerecht bearbeitet werden. Die Weko wird sich auch für die Abschaffung staatlicher technischer Handelshemmnisse einsetzen.

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.

E Organisation und Statistik

1. Weko

In der Zusammensetzung der Weko ergaben sich im Jahr 2004 folgende Änderungen: Herr Dr. JÜRGEN NIKLAUS, Vertreter des Schweizerischen Bauernverbandes, und Herr Dr. JOHANN ZÜRCHER, Vertreter der Konsumentenorganisationen, traten auf Mitte 2004 in die Weko ein. Herr Prof. JEAN-CHRISTIAN LAMBELET trat auf Ende 2004 aus der Weko aus. Als seine Nachfolgerin wurde Frau Dr. EVELYNE CLERC ernannt. Die Vertretung von *economiesuisse* in der Weko wird neu von Herrn THOMAS PLETSCHER anstelle des zurückgetretenen Herrn Dr. PETER HUTZLI wahrgenommen. Frau CLERC und Herr PLETSCHER treten ihr Amt auf Anfang 2005 an.

Die Weko hat im Jahr 2004 17 Plenarsitzungen abgehalten. An einer internen Tagung zum Thema "Detailhandel" vom 3. Mai 2004 hat sie sich von Experten aus der Branche über die möglichen weiteren Entwicklungen im schweizerischen Detailhandelsmarkt orientieren lassen.

2. Sekretariat

Im Hinblick auf das Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen am 1. April 2004 hat das Sekretariat seine interne Struktur überprüft. Die Abklärungen unter Beizug eines externen Experten ergaben keinen Bedarf an strukturellen Anpassungen. Einzelne kleine Korrekturen sind vorgenommen worden; sie ändern an der bisherigen Aufstellung des Sekretariats mit drei Marktdiensten und einem Dienst Ressourcen & Logistik aber nichts.

Ende des Jahres beschäftigte das Sekretariat 60 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit). Der Frauenanteil betrug 43,33% (Stand Ende 2003: 56 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Frauenanteil von 42,86%).

3. Statistik

Untersuchungen	2003	2004
Während des Jahres geführt	23	24
Übernahmen vom Vorjahr	19	21
Eröffnungen	4	3
Endentscheide	5	10
davon Anpassung des Verhaltens	2	1
davon einvernehmliche Regelungen	1	2
davon behördliche Anordnungen	2	3
Vorsorgliche Massnahmen	2	1
Sanktionsverfahren	1	0
Vorabklärungen	2003	2004
Während des Jahres geführt	46	47
Übernahmen vom Vorjahr	27	25
Eröffnungen	19	22
Abschlüsse	30	20
davon mit Untersuchungseröffnung	4	3
davon mit Anpassung des Verhaltens	7	2
davon ohne Folgen	19	13
Meldungen	2003	2004
Gemäss Übergangsbestimmung vom 20. Juni 2003	keine Angaben	154
Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	keine Angaben	7
Beratungen im Zusammenhang mit den revidierten Bestimmungen	keine Angaben	56

Marktbeobachtung	2003	2004
Während des Jahres geführt	139	102
Abgeschlossen	95	82
Noch offen	44	20
Zusammenschlüsse	2003	2004
Meldungen	30	21
Kein Einwand nach Vorprüfung	25	16
Prüfungen	5	6
Entscheide der Weko	2	2
Vorzeitiger Vollzug	1	2
Sanktionen	0	2
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.	2003	2004
Gutachten (Art. 15 KG)	0	3
Empfehlungen (Art. 45 KG)	2	0
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	2	7
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	12	13
Nachkontrollen	2	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1
BGBM	2003	2004
Empfehlungen/Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	1	0
Erläuterungen (Sekretariat)	6	3

4. *Bearbeitete Untersuchungen 2004*

<i>Untersuchung</i>	<i>Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:</i>	<i>Eröffnung</i>	<i>Abschluss</i>	<i>Resultat</i>
Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung mit Privatkliniken im Kanton Aargau	Unzulässige Preisabreden	12.05.2000	01.10.2004	Untersuchung eingestellt, weil Verträge aufgehoben worden sind (im Nachgang zum Reko-Entscheid vom 10.10.2003, der die untersagende Verfügung vom 1.10.2001 aufgehoben hatte)
Vertrieb von Tierarzneimitteln	Unzulässige exklusive Vertriebsabreden	25.05.2000	11.10.2004	Einvernehmliche Regelung über Belieferung von Apotheken
Elektra Baselland	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	hängig	
Feldschlösschen/Coca Cola	Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Getränkevertrieb	20.11.2000	06.12.2004	Feststellung unzulässiger Wettbewerbsabreden im Verhältnis Feldschlösschen zu den Betreibern von Gaststätten
CoopForte	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	03.12.2001	08.11.2004	Einvernehmliche Regelung über nachträgliche Überprüfung und allenfalls Rückzahlung des CoopForte Bonusses
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	26.04.2004	Anpassung des Verhaltens im Laufe der Untersuchung
Fleischmarkt (Schweinefleisch)	Missbrauch (kollektiv) marktbeherrschender Stellung, Erzwingung unangemessener Preise	01.02.2002	15.03.2004	Es liegt keine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung bzw. ein Missbrauch vor
Axpo Vertriebspartnerschaften	Missbrauch marktbeherrschender Stellung gegenüber Endverteilern von Elektrizität	27.03.2002	hängig	
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	08.11.2004	Einvernehmliche Regelung über weitere Belieferung mit Ebauches in den nächsten sechs Jahren
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	
Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung mit öffentlichen Spitälern im Kanton Aargau	Unzulässige Preisabrede	17.12.2002	01.10.2004	Einstellung des Verfahrens wegen Auflösung der betreffenden Verträge
Vergütung von Mitteln und Gegenständen in der obligatorischen Krankenversicherung	Unzulässige Wettbewerbsabrede unter Krankenversicherern	27.03.2003	25.10.2004	Einstellung ohne Folgen, da keine unzulässige Wettbewerbsabrede
Mitglieder der Vereinigung Genfer Privatkliniken	Unzulässige Preisabrede über die Rechnungsstellung der in den Halbprivat- und Privatabteilungen erbrachten Leistungen	18.08.2003	05.04.2004	Anpassung des Verhaltens während der laufenden Untersuchung
Swisscom Directories	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Weitergabe der regulierten Verzeichnisdaten an Konkurrenten von Swisscom Directories	04.11.2003	22.11.2004	Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, aber kein Missbrauch
Flughafen Zürich - Valet Parking	Missbrauch einer marktbeherrschenden 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 Eröffnung eines Sanktionsverfahrens
Interchange Fee	Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Kreditkartensystemen betreffend Interchange Fee	15.12.2003	hängig	
Swisscom "Talk & Surf"	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Bündelangebote	16.02.2004	hängig	
Swisscom Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Prize Squeeze	16.02.2004	hängig	
Zement- und Betonpreise NEAT	Preisabreden bei der Vergabe, allenfalls Missbrauch marktbeherrschender Stellung	22.11.2004	hängig	

A 1

2. Rapport annuel 2004 de la Commission de la concurrence**A Introduction**

L'année 2004 a été placée sous le signe de la révision de la loi sur les cartels. Le 1^{er} avril 2004 sont entrées en vigueur les dispositions révisées, adoptées par le Parlement le 20 juin 2003. L'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les sanctions (OS LCart) a été fixée également à la même date. Cette ordonnance précise en particulier la mise en oeuvre des nouveaux instruments des sanctions directes, du programme de clémence et de l'annonce préalable pour éviter les sanctions. Bien que les sanctions ne seront prononcées qu'à partir du 1^{er} avril 2005, les nouvelles dispositions ont occasionné du travail.

Aussi bien avant l'entrée en vigueur des dispositions révisées, la Commission de la concurrence (Comco) a déployé des efforts considérables pour faire connaître et expliquer aux entreprises la nouvelle loi. Les membres de la Commission et du secrétariat ont présenté les points-clés de la révision dans plus de 25 contributions publiées dans des revues scientifiques ou spécialisées ainsi que lors de plus de 120 présentations orales et se sont mis à disposition des entreprises et des avocats pour la discussion. Cette large campagne d'information a contribué à ce que les sanctions directes, le programme de clémence et la nouvelle présomption concernant les accords verticaux soient mieux connus auprès des entreprises, des associations et des avocats. Des notions comme "compliance antitrust" ou "audit antitrust" commencent à s'implanter aussi dans le langage juridique suisse.

La période transitoire instaurée par la loi révisée dure jusqu'au 31 mars 2005. Celle-ci doit permettre aux entreprises d'adapter leurs comportements et leurs contrats aux nouvelles dispositions de la loi sur les cartels, sans devoir compter immédiatement sur une sanction.

Un coup d'œil sur les statistiques (cf. ci-dessous E.2.) confirme le constat fait au début de ce rapport sur la prépondérance de la révision dans les activités de l'année écoulée. Depuis le 1^{er} avril 2004, début de la période transitoire, les autorités de la concurrence ont ouvert une seule enquête (trois en tout dans l'année civile). En revanche, elles ont traité 154 annonces au sens des dispositions transitoires et ont conseillé des entreprises dans 56 cas sur des questions relatives aux dispositions révisées.

Le rapport annuel 2004 consacre une part importante aux travaux en relation avec la révision (cf. ci-dessous B. Premières expériences faites concernant les dispositions révisées et D. Activités dans les différents domaines économiques). Le rapport contient une deuxième partie sur le thème des entraves techniques au commerce (C). A cet égard, le rapport contient des constatations fondamentales sur les effets préjudiciables pour la concurrence de telles barrières étatiques au commerce et précise que ces effets pourraient être

en grande partie supprimés par l'introduction du principe dit de "Cassis de Dijon" (lorsqu'un produit a été mis licitement en circulation par exemple dans l'UE, celui doit pouvoir être importé également en Suisse).

Le rapport annuel se termine par des indications concernant l'organisation de la Comco et de son secrétariat, une statistique des cas ainsi qu'une liste des enquêtes pendantes fin 2004 (partie E).

B Premières expériences concernant les dispositions révisées**1. Introduction**

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions révisées le 1^{er} avril 2004, les autorités de la concurrence se sont occupées d'annonces aussi bien de restrictions existantes à la concurrence que de nouvelles restrictions. Une grande partie du travail du secrétariat a consisté à répondre à des questions qui lui sont parvenues sous forme de demandes de conseil, en rapport avec la possibilité d'infliger des sanctions directes à l'encontre de comportements anticoncurrentiels existants ou projetés.

En rapport avec la nouvelle possibilité d'annonce, la Comco a mis en consultation en avril 2004 un projet de formulaire. Sur la base des commentaires reçus, le formulaire a été révisé et adopté par la Comco en sa forme définitive fin 2004. Il peut être consulté sur le site de la Comco, sous www.comco.ch.

2. Conseils

L'entrée en vigueur des dispositions révisées a suscité de nombreuses questions de la part des entreprises et de leurs représentants légaux concernant la possibilité de sanctionner un accord ou un comportement anticoncurrentiel. Le secrétariat a traité de telles questions sous forme de conseils soumis à émoluments.

Ces conseils ont pour but d'indiquer aux entreprises si un accord ou comportement précis remplit ou non l'état de fait de la loi sur les cartels entraînant des sanctions directes. Par l'exclusion d'une telle présomption, les entreprises peuvent appliquer ou continuer à appliquer ledit accord ou comportement, sans encourir le risque d'être sanctionnées. En revanche, si l'état de fait entraînant des sanctions directes est rempli, le conseil que rendra le secrétariat sera d'annoncer la restriction à la concurrence au sens de l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart.

Ces nombreuses demandes, s'élevant à plus d'une cinquantaine, ont occupé une grande partie des ressources humaines du secrétariat. Ces efforts n'ont pas été vains car ils ont permis d'éviter des annonces au sens de l'article 49a LCart qui auraient exigé encore plus d'investissements de la part du secrétariat.

3. Cas concrets - un choix

Post/SIC - Tarifs dans le trafic des paiements

Le 28 mai 2004, l'introduction de nouveaux tarifs (réduction des tarifs) de la Poste et du SIC dans le trafic des paiements a été annoncée à la Comco. Les nouveaux tarifs, qui sont mis à la charge des instituts financiers pour les crédits (tarif B), ont été négociés par la Poste et le SIC avec leurs clients. Les investigations menées ont montré que les deux systèmes de paiement constituent à l'heure actuelle deux marchés distincts et ne sont pas en concurrence par rapport à leur clientèle. La Comco a dès lors renoncé à ouvrir une enquête préalable.

Cartes de débit Maestro: Introduction d'un Interchange Fee et d'un nouveau modèle de prix de Telekurs Multipay AG

En juillet 2004, deux annonces en rapport avec les cartes de débit ont été adressées à la Comco. L'une d'elles concernait l'introduction d'un Interchange Fee multilatéral dans le cadre de la transposition au système Maestro. L'Interchange Fee est un émolument que Telekurs Multipay AG doit verser aux sociétés émettrices de cartes de débit Maestro. La deuxième annonce concerne l'introduction d'un nouveau modèle de prix par Telekurs Multipay AG, en raison du nouvel émolument. Le secrétariat de la Comco a ouvert une enquête préalable en septembre 2004 afin de déterminer s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

Quatre annonces dans le domaine des assurances complémentaires d'assureurs-maladie

Plusieurs assureurs-maladie, ensemble ou séparément, concluent des contrats avec un groupe ou avec les différents hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics et les cliniques privées dans plusieurs cantons suisses. Les contrats portent sur les prestations hospitalières dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire et fixent les tarifs pour les traitements privés et semi-privés. S'agit-il d'accords sur les prix illicites (art. 5 al. 3 LCart), justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) ou régis par des dispositions légales cantonales (art. 3 al. 1 LCart)?

Pool suisse d'assurances pour le transport aérien

Le Pool suisse d'assurances pour le transport aérien (SPL) est une communauté, organisée sous la forme d'une société simple, qui réassure les risques liés au transport aérien et spatial assurés par ses membres. Il comprend trois sections: assurances accident, responsabilité civile et casco. A l'heure actuelle, 18 assureurs et quatre réassureurs sont membres du pool. Le SPL unifie les prix et les conditions commerciales des assureurs et doit dès lors être qualifié d'accord en matière de concurrence. Comme, en outre, le SPL dispose d'une part importante du marché suisse de l'assurance pour le transport aérien, il y a lieu de déterminer si l'accord affecte de manière notable la concurrence. Les motifs d'efficacité économique en faveur de l'existence du SPL devront également être examinés.

Aides au calcul pour les vétérinaires

L'objet de cette annonce sont les aides au calcul pour les prestations de médecine vétérinaire. Les aides au calcul sont utilisées par les vétérinaires pour le calcul des prix de leurs prestations. L'aide au calcul comprend un catalogue de prestations et les éléments tarifaires y relatifs. Il y a lieu d'examiner si cette recommandation est effectivement suivie par les vétérinaires et si elle constitue sous cette forme un accord illicite sur les prix.

Tarifs des primes nettes LAA

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'assurance accident (LAA) en 1984, les sociétés d'assurance privées actives dans ce secteur des assurances sociales appliquent un tarif commun unifié dans les domaines de l'assurance accident professionnel, assurance accident non professionnel et dans l'assurance volontaire. Ces tarifs sont édictés par l'Association Suisse d'Assurances (ASA). Le 4 juin 2004, l'ASA a déposé une annonce, demandant l'examen de l'admissibilité du point de vue du droit de la concurrence, du tarif révisé au 1^{er} janvier 2005. Au cours de la procédure, l'ASA a décidé de renoncer à édicter des tarifs pour les primes nettes à compter du 20 septembre 2004.

Le problème le plus important se pose au niveau des sociétés d'assurances. Les primes 2005 se basent sur les tarifs conseillés par l'ASA. Le tarif est appliqué dans de nombreux contrats passés entre les assureurs et les employeurs. En outre, les assureurs ne disposent pas des données de base qui sont indispensables pour édicter des tarifs individuels. Les tarifs conformes à la loi sur les cartels seront mis en vigueur durant le délai transitoire, mais nécessiteront un temps d'adaptation, qui dépassera la durée du délai transitoire.

Eskamed AG

L'objet de l'annonce d'Eskamed AG sont les nouveaux règlements du Registre de Médecine Empirique (RME), exploité par Eskamed, qui entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2005. Ces règlements régissent le rapport contractuel entre les thérapeutes et Eskamed AG. L'annonce intervient à la suite d'une procédure précédente (Enquête publiée in DPC 2004/2, p. 449 ss.), dans laquelle la Commission de la concurrence a reconnu certains indices d'une position dominante d'Eskamed sur le marché des systèmes visant à garantir la qualité.

Swisspower

Le 18 mai 2004, la société Swisspower a déposé une annonce au sens des dispositions transitoires. Swisspower regroupe divers petits distributeurs actifs sur le marché de la distribution d'électricité dans le but de concurrencer ensemble des entreprises établies comme Axpo, FMB, EOS etc. dans le segment de la clientèle commerciale. Bien que ce comportement tombe sous le coup de l'article 5 alinéa 3 LCart, la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion que la concurrence extérieure est suffisamment forte pour renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. Comme la stimulation de la concurrence sur le marché de référence par l'arri-

vée commune de ces entreprises est même plutôt souhaitable, la Comco est arrivée à la conclusion qu'il n'existait aucun indice d'une atteinte à la concurrence et qu'il n'y avait dès lors pas lieu d'ouvrir une procédure.

C *Entraves techniques au commerce*

Deux interventions ont été adressées l'année passée au Parlement. Celles-ci concernent la problématique des entraves étatiques au commerce dans le cadre de l'importation de marchandises (cf. postulat 04.3390 de Madame DORIS LEUTHARD [CN] et motion 04.3473 de Monsieur HANS HESS [CE]). Bien que la situation se soit améliorée ces dernières années, ces parlementaires estiment qu'il existe encore des réglementations étatiques (et techniques) qui entravent le commerce pour l'importateur suisse. On peut notamment mentionner les réglementations se rapportant à la production, à l'emballage ou encore à l'étiquetage. Celles-ci entraveraient l'importation de produits et en augmenteraient ainsi les coûts, voire même empêcheraient toute importation en Suisse, alors même que de tels produits seraient conformes aux prescriptions communautaires (on parle ainsi communément de l'"îlot suisse de cherté").

Ces parlementaires estiment que les entraves au commerce pourraient être supprimées en reprenant le principe communautaire du "Cassis de Dijon". Ce principe a été énoncé depuis 25 ans par la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE), qui siège à Luxembourg, dans le cadre d'un cas relatif à la commercialisation en Allemagne de la liqueur française Cassis de Dijon. L'arrêt se fonde sur le principe de la libre circulation des marchandises entre les Etats membres (art. 28 TCE). Ce principe peut être restreint, d'une part, par le catalogue d'exceptions prévu par l'article 30 TCE (motifs justificatifs explicites) et, d'autre part, par les restrictions inhérentes à l'article 28 TCE. Dans l'arrêt "Cassis de Dijon", la CJCE a estimé que des entraves au sein du marché intérieur pouvaient être autorisées "dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives" et pour autant qu'elles soient proportionnées et qu'elles ne soient pas discriminatoires. Le principe du "Cassis de Dijon" tend ainsi à promouvoir la libre circulation des marchandises dans les branches où il n'existe pas jusqu'à présent de règles communautaires relatives à la mise en circulation de produits (c'est-à-dire dans les branches "non harmonisées"). Les prescriptions nationales entravant le commerce entre Etats membres ne seront ainsi admises que dans la mesure où elles apparaissent comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences spécifiques. Selon la jurisprudence communautaire, de telles exigences tiennent, notamment, à la défense des consommateurs, à la protection de l'environnement, respectivement à la protection de la santé publique.

Le principe du "Cassis de Dijon" implique que toute marchandise produite et/ou mise en circulation dans un Etat membre, conformément aux prescriptions nationales, peut, en principe, aussi être commercialisée sans restrictions dans un autre Etat membre. Cela

vaut également dans le cas où la marchandise a été fabriquée selon d'autres prescriptions techniques ou quantitatives que celles appliquées dans le pays importateur. Dès lors, la commercialisation est possible dans le pays importateur lorsque la marchandise concernée respecte les prescriptions légales et les procédés de fabrication du pays exportateur.

Il s'agit donc du principe selon lequel les Etats membres reconnaissent mutuellement leurs règles nationales respectives, tant qu'il n'existe pas encore une harmonisation, sur le plan communautaire, des prescriptions et normes techniques. Le Conseil fédéral parle du "principe de l'équivalence des législations respectives des Etats membres sur les produits" (Rapport d'intégration 1999). Toutefois, ce principe n'implique pas une obligation générale de se conformer réciproquement aux prescriptions légales. Celui-ci se limite essentiellement aux branches où les prescriptions légales ne sont pas harmonisées; les prescriptions nationales plus strictes continuent à s'appliquer aux producteurs du pays. Par ailleurs, comme mentionné ci-dessus, le principe peut souffrir d'exceptions: le pays importateur peut interdire les importations provenant d'autres Etats s'il est en mesure de prouver que les prescriptions du pays exportateur sont insuffisantes pour protéger un intérêt public prépondérant par rapport au principe de la libre circulation des marchandises.

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC) qui vise à empêcher la création d'entraves techniques au commerce et à éliminer les entraves existantes, ainsi que l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne (CE) portant sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité (MRA) et qui concerne 15 groupes de produits, ont déjà permis une réduction partielle des entraves étatiques au commerce.

Sous l'angle du droit de la concurrence, tout effort en vue d'une libéralisation du commerce des marchandises entre l'Union Européenne (UE) et la Suisse est à saluer. En effet, toute mesure de libéralisation - même unilatérale - conduirait à augmenter le bien-être social. La Suisse ne devrait donc pas se contenter de prendre uniquement des mesures en vue d'une harmonisation des législations mais devrait aussi emprunter parallèlement le chemin de la reconnaissance. Une telle démarche s'inscrirait d'ailleurs dans le cadre du principe constitutionnel de la liberté économique, qui doit être garanti par la Confédération.

Dans la mesure où le principe du "Cassis de Dijon" repose sur la confiance accordée par l'UE aux législations de ses pays membres, la question se pose de savoir si la Suisse ne devrait pas elle aussi pouvoir faire confiance à ces législations. Le fait que l'UE dispose déjà aujourd'hui d'un niveau de protection très élevé dans les domaines de la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des consommateurs et que de nombreuses marchandises circulent déjà librement dans les 25 pays membres même dans les domaines non harmonisés (il n'existe donc aucune entrave à l'importation pour ces produits), démontre

qu'une telle confiance basée sur le principe du "Cassis de Dijon" pourrait conduire à faciliter la libre circulation des marchandises et - dans l'optique de la lutte contre les prix élevés en Suisse - améliorer le bien-être social. A l'instar de l'arrêt de la CJCE dans le cas "Cassis de Dijon", des exceptions à cette règle resteraient toujours possibles.

Une enquête menée par le Secrétariat de la Comco auprès d'entreprises et d'associations a montré qu'actuellement, du moins dans le domaine des denrées alimentaires et du "near food" (p.ex. les cosmétiques), il existe encore de nombreuses prescriptions considérées comme des entraves techniques au commerce. Ces prescriptions conduisent à un renchérissement des produits en Suisse.

Pour ces raisons, les autorités de la concurrence s'engagent pour une libéralisation accrue du commerce de marchandises. Dans ce sens, elles vont soutenir les interventions parlementaires demandant l'introduction unilatérale en Suisse du principe du "Cassis de Dijon".

D Activités dans les différents domaines économiques

1. Services

Dans le domaine de la santé, la Comco a pu clôturer plusieurs enquêtes, notamment celle dans le domaine de la distribution de produits vétérinaires. De nombreux fabricants et grossistes de produits vétérinaires refusaient de livrer des pharmacies, ce qui empêchait les pharmaciens de vendre ces produits. Les autorités de la concurrence sont arrivées à la conclusion que ce refus de livrer contrevenait à la LCart. Au stade final de la procédure, les fabricants et grossistes concernés ont conclu avec les autorités de la concurrence un accord amiable et livrent depuis des produits vétérinaires aux pharmacies, sur commande préalable. De la sorte, les propriétaires d'animaux peuvent aujourd'hui décider seuls s'ils désirent se fournir auprès d'un vétérinaire ou d'une pharmacie. Dans le cadre de cette procédure, le comportement des vétérinaires a aussi été analysé. Aucun accord entre vétérinaires, qui aurait visé à empêcher la livraison de produits vétérinaires aux pharmacies, n'a pu être constaté (DPC 2004/4, p. 1040 ss.).

Dans le domaine de la santé également, une enquête contre l'association des cliniques privées du canton de Genève a pu être classée, après que les membres se sont engagés à ne pas reconduire l'accord portant sur le remboursement des soins stationnaires dans le domaine de l'assurance complémentaire (DPC 2004/3, p. 803 ss.). L'enquête concernant le contrat tarifaire, respectivement la facturation des patients des divisions semi-privées dans le canton d'Argovie, a pu être clôturée, les parties ayant résilié le contrat au cours de la procédure (DPC 2004/4, p. 1018 ss., p. 1026 ss.). L'enquête portant sur l'inscription des thérapeutes dans le registre de médecine empirique, dont une partie des assureurs-maladie font dépendre le remboursement des prestations, a aussi pu être clôturée. En effet, l'entreprise Eskamed SA a adapté les conditions d'inscription au registre aux exigences de la

LCart (DPC 2004/2, p. 449 ss.). La procédure portant sur le remboursement des "moyens et appareils" (moyens auxiliaires pour l'incontinence, prothèses etc.) par l'assurance obligatoire a aussi pu être clôturée, dans la mesure où il s'est avéré que, malgré le contrat entre SantéSuisse et un fabricant de produits de lutte contre l'incontinence, les produits demeuraient remboursés par tous les assureurs jusqu'à concurrence du prix maximum fixé par l'autorité. La concurrence entre les producteurs n'était dès lors pas entravée (DPC 2004/4, p. 1100 ss.).

Dans le domaine bancaire, une enquête portant sur l'"Interchange fee" dans le secteur des cartes de crédit est toujours ouverte. Elle doit analyser si l'accord relatif aux commissions d'interchange en Suisse (domestic interchange fees) passé entre les entreprises de cartes de crédit qui affilièrent les commerçants pour l'acceptation d'une carte de crédit ("Acquirer") et les entreprises émettrices de cartes de crédit ("Issuer") viole la LCart. En outre, une enquête préalable contre l'entreprise Telekurs et les émetteurs des cartes de débit Maestro a été ouverte concernant l'introduction d'une "Interchange fee" dans le domaine des cartes de débit et une autre concernant le nouveau modèle de calcul des frais (commission des commerçants). Par ailleurs, la Comco a estimé que l'UBS avait respecté la charge III relative aux crédits commerciaux qui avait été imposée lors de la fusion UBS/SBS (DPC 1998/2, p. 278 ss.). Cette dernière charge est arrivée à échéance le 31 décembre 2004.

Dans le domaine des professions libérales, l'enquête Aéroport de Zurich (Unique) - Valet Parking a été ouverte. La question est de savoir si Unique abuserait de son éventuelle position dominante en cessant de mettre à disposition des deux offreurs de "off Airport"-Valet Parking une aire de l'aéroport. Dans ce cadre, la Commission de recours a confirmé les mesures provisionnelles prises par la Comco (DPC 2004/3, p. 859 ss.). Une procédure de sanction a été ouverte à l'encontre d'une violation présumée de ces mesures.

2. Infrastructures

Dans le secteur des télécommunications, la Comco a ouvert deux enquêtes contre Swisscom. Dans les deux enquêtes, il s'agit d'un éventuel abus de position dominante. L'offre groupée "Talk & Surf" comprend un raccordement téléphonique, une connexion Internet à large bande et des services supplémentaires à prix réduits. Swisscom refuse d'offrir la possibilité aux opérateurs de télécommunication intéressés d'offrir la revente du raccordement téléphonique, si bien qu'il n'est pas possible pour les autres opérateurs de proposer une offre combinée comparable avec facturation unique (cf. Rapport final de l'enquête préalable in DPC 2004/2, p. 357 ss.). Dans l'enquête "Service de téléphonie pour clients commerciaux", il s'agit d'un possible "Price Squeeze". Les prix des prestations en amont (p.ex. la terminaison des appels dans le réseau de téléphonie mobile de Swisscom Mobile) qui doivent être payés par les autres opérateurs de télécommunication se situent en partie au-dessus des prix que Swisscom facture à ses propres clients commerciaux.

Une autre enquête concerne les tarifs de terminaison sur le marché de la téléphonie mobile. La REKO-WEF a clairement reconnu la compétence de la Comco qui était mise en doute par certains opérateurs de téléphonie mobile (DPC 2004/1, p. 204 ss.). Par ailleurs, l'enquête menée contre Swisscom Directories SA a pu être close. Swisscom Directories SA dispose d'une position dominante sur les marchés des données électroniques d'adresses et de la fourniture de données actualisées d'annuaires. L'enquête a été classée sans suite car Swisscom Directories SA fournit les données régulées nécessaires pour la production d'annuaires et services y relatifs à des conditions qui ne peuvent être considérées comme dommageables à la concurrence (DPC 2005/1, p. 54 ss.).

La Comco a en outre établi trois expertises destinées à l'Ofcom et à la ComCom. S'agissant de l'attribution des fréquences GSM 1800 restantes, la Comco s'est prononcée, pour stimuler la concurrence, en faveur d'une mise aux enchères des fréquences libres en un bloc, avec charge d'ouvrir le réseau aux opérateurs de réseau virtuels (DPC 2004/4, p. 1242 ss.). La ComCom n'a néanmoins pas suivi cette recommandation. Dans les deux expertises relatives à l'interconnexion selon les articles 11 LTC et 43 alinéa 1 lettre a^{1er} OST, Swisscom a été considérée en position dominante d'une part sur le marché pour les services d'accès à large bande (DPC 2004/4, p. 1263 ss.) et d'autre part sur le marché des lignes louées, sur le réseau de raccordement uniquement (DPC 2004/4, p. 1248 ss.), quand bien même la pression concurrentielle s'est accrue d'une manière générale sur le réseau de raccordement.

Dans le secteur des médias/publicité, la Comco a été amenée à traiter plusieurs concentrations. La Comco a interdit (pour la première fois dans une procédure de contrôle de concentration) la prise de participation de Berner Zeitung AG dans 20 Minuten (Schweiz) AG car ceci aurait créé une position dominante d'Espace Media Groupe capable de supprimer la concurrence efficace sur le marché des lecteurs et des annonces dans la région bernoise (DPC 2004/2, p. 529 ss.). Un recours contre cette décision est pendant devant la REKO-WEF. En revanche, la prise de participation d'Espace Media Groupe dans la société Bund Verlag AG a été approuvée - sauf en ce qui concernait l'exploitation de Radio BE1 - en raison de la situation financière difficile de Bund Verlag AG (DPC 2004/2, p. 484 ss.). En outre, en coordination avec les autorités de la concurrence européennes, la fondation d'une entreprise commune par Bertelsmann SA et Sony Corporation of America a été approuvée (DPC 2004/4, p. 1127 ss.). Enfin, une enquête préalable a été ouverte en vue d'examiner si la collaboration du groupe NZZ avec Publigroupe SA dans l'agglomération zurichoise est admissible du point de vue du droit des cartels. Le groupe NZZ reprend des participations minoritaires de Publigroupe dans des journaux locaux et Publigroupe prend la régie publicitaire du groupe NZZ.

Dans le secteur de l'électricité, les travaux préparatoires relatifs à la nouvelle loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI) ont occupé une place centrale

dans les activités de la Comco. Dans ce cadre, les autorités de la concurrence se sont engagées au cours de la consultation et de la consultation des offices en faveur une législation aussi neutre que possible du point de vue de la concurrence, nécessitant un effort de régulation raisonnable. En conséquence, la Commission et le secrétariat se sont prononcés en faveur du libre accès au réseau pour l'ensemble des consommateurs commerciaux et ont rejeté le modèle dit MAG (DPC 2004/4, p. 1162 ss.). A côté de cela, la réunion des réseaux de transport des entreprises électriques Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ et NOK a été examinée en 2004 dans le cadre du contrôle des concentrations. La décision dans cette affaire n'était pas encore rendue à la fin de l'année 2004. En outre, le secrétariat a effectué de nombreux travaux de conseil en rapport avec les dispositions de la loi révisée sur les cartels et l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Watt/Migros - EEF, dans lequel la Haute Cour a confirmé l'obligation de transiter du courant d'entreprises tierces.

Par ailleurs, la Comco a classé sans suite l'enquête portant sur le marché de la viande. Les indices de position dominante collective des usines de transformation de viande Micarna (Migros) et Bell (Coop) sur le marché de l'acquisition de viande de porc n'ont pas été confirmés (DPC 2004/3, p. 674 ss., 726 ss.). L'enquête Feldschlösschen/Coca-Cola a également pu être menée à son terme. Les accords contractuels entre Feldschlösschen et Coca-Cola sont admissibles du point de vue du droit de la concurrence. Par contre, la Comco a estimé que les accords d'exclusivité de Feldschlösschen avec les acheteurs de boissons passés pour une durée de plus de cinq ans ne sont admissibles que s'ils sont liés à un prêt, un prêt à usage ou un autre engagement financier et s'ils prévoient la possibilité pour les restaurants de résilier le contrat à tout moment au-delà de cinq ans, sous réserve du remboursement du solde de la dette (DPC 2005/1, p. 114 ss.). L'enquête dans le domaine de l'élimination des déchets, qui porte sur la question de savoir si Swico et S.EN.S se sont réparti de manière illicite le marché de l'organisation du ramassage et de l'élimination des déchets électroniques et si elles ont passé un accord sur le montant et la répartition des taxes de recyclage prélevées, est encore pendante.

3. Industrie et production

Dans le service Industrie et Production, la note explicative relative à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile a constitué l'un des points forts de l'année. Dans le cadre de la mise en œuvre de la Communication susmentionnée, en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2002, le secrétariat de la Comco a été amené à fournir des réponses à un certain nombre de questions soulevées par les destinataires de la Communication. La Comco a réuni dans cette note explicative les réponses aux questions les plus fréquentes (DPC 2004/3, p. 971). Ce faisant, elle a tenu compte des développements au niveau européen dans l'application du règlement (CE) N° 1400/2002 et ainsi veillé à

rester dans la mesure du possible en harmonie avec la pratique développée par la Commission européenne.

Dans le domaine du commerce de détail, l'enquête CoopForte a dégagé les critères d'appréciation de la puissance d'achat. Cette enquête devait montrer si Coop, en prélevant systématiquement un bonus de 0,5% sur les factures de ses fournisseurs (programme CoopForte) abusait d'une éventuelle position dominante. L'enquête a fait ressortir qu'il existe une forte concurrence entre les détaillants. Toutefois, il reste concevable que certains fournisseurs soient en relation de dépendance économique par rapport à Coop. Les critères d'une telle dépendance économique sont notamment l'importance de Coop dans la distribution des produits concernés, la position de négociation des partenaires à l'échange (producteurs de produits de marque) ainsi que les relations de dépendance individuelle de certains fournisseurs. Pour l'évaluer, on se base principalement sur la possibilité de débouchés alternatifs et la nécessité d'investissements spécifiques. Dans le cadre d'un accord amiable, Coop s'est engagée à vérifier au cours des six prochains mois si le prélèvement du bonus est justifié. Coop s'est également engagée à rembourser rétroactivement le bonus à un fournisseur si celui-ci peut montrer de manière vraisemblable qu'il ne reçoit pas de contreparties correspondantes de la part de Coop. Sont exclus de la vérification les fournisseurs qui négocient régulièrement avec Coop (DPC 2005/1, p. 146 ss.).

Dans le domaine de l'industrie horlogère, l'enquête contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), une filiale du Swatch Group, a pu être close en constatant l'abus par ETA de sa position dominante. ETA avait l'intention de cesser complètement à partir de janvier 2006 la livraison d'ébauches et à la place de fournir seulement des mouvements terminés ("phasing-out"). L'enquête a montré qu'ETA était en position dominante sur le marché des ébauches mécaniques produites en Suisse dont le prix unitaire va jusqu'à CHF 300.-. La cessation complète des livraisons d'ébauches doit être qualifiée de refus illicite d'entretenir des relations commerciales et donc d'abusives au sens de la loi sur les cartels. Pour de nombreux concurrents, la mise en oeuvre du phasing-out sur une aussi courte période aurait signifié la fin de leur activité dès lors qu'aucun autre fournisseur n'existe. Dans un accord amiable, ETA s'est engagée à poursuivre les livraisons d'ébauches jusqu'à fin 2008 dans le même volume que jusqu'à présent, puis pendant deux années supplémentaires dans un volume réduit. Ainsi, les conditions nécessaires à l'émergence de productions alternatives à ETA ont été créées.

Dans le domaine de la construction, la Comco a ouvert une enquête pour déterminer si la concurrence a été entravée lors de l'appel d'offres pour l'approvisionnement en ciment et en systèmes de béton (béton produit à partir de matériaux excavés) nécessaires aux chantiers NLFA ainsi que lors des attributions subséquentes de marchés. Les deux tunnels pour les NLFA vont être construits par les entreprises AlpTransit Gothard SA et BLS AlpTransit SA.

Par ailleurs, le secrétariat a ouvert une enquête préalable contre la FIFA. Cette enquête préalable devra montrer s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence dans l'application du règlement de la FIFA. L'enquête préalable porte en particulier sur la question de la mise à disposition gratuite des joueurs par les clubs en faveur des équipes nationales lors des compétitions organisées par la FIFA.

4. *Loi sur le marché intérieur*

Les travaux en vue de la révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) ont été au coeur des activités du centre de compétence Marché intérieur. En tant que membre du groupe d'experts mis en place par le Département fédéral de l'économie, il a été chargé de la responsabilité de la rédaction du message, adopté par le Conseil fédéral le 24 novembre 2004. La LMI révisée devra améliorer la capacité fonctionnelle du marché par la suppression des barrières cantonales et communales à l'accès au marché (but d'économie générale), augmenter la liberté d'exercice d'une profession (but de liberté individuelle) et renforcer la fonction de surveillance des autorités de concurrence (but institutionnel).

Au surplus, le centre de compétence Marché intérieur a participé activement, en collaboration avec le centre de compétence Economie, aux travaux en vue de la révision du droit des marchés publics. A cet égard, l'analyse de la régulation actuelle du point de vue de la concurrence et l'élaboration de propositions fondées sur cette base afin d'assurer dans le futur la mise en place d'un droit des marchés publics favorable à la concurrence ont été mis au premier plan.

5. *Relations internationales*

La politique mise en oeuvre en 2003 afin de renforcer la représentation de la Suisse sur le plan international, en vue d'améliorer d'une part les contacts internationaux et d'autre part la reconnaissance internationale de l'autorité suisse, a pu être maintenue en 2004. La Comco et son secrétariat ont ainsi été en contact régulier avec les autorités européennes et américaines de la concurrence. En outre, une visite officielle a pu être organisée avec les autorités finlandaises et allemandes de la concurrence.

L'autorité suisse de la concurrence a pris une part active aux travaux de diverses *organisations internationales*, à savoir le Comité de la Concurrence de l'OCDE, l'International Competition Network (ICN), la CNUCED, le FMI, l'AELE et la "Ligue Internationale du Droit de la Concurrence" (LIDC). Les travaux de l'OMC en vue d'un accord international en matière de concurrence ayant été temporairement suspendus suite à la conférence ministérielle de Cancun, le secrétariat a pu investir toutes ses ressources dans les travaux suivants:

OCDE: La Commission de la concurrence et son secrétariat ont participé à divers groupes de travail (CLP, Working Parties 2 und 3, Joint Group on Trade and Competition). Dans le cadre de ces activités, le secrétariat a rédigé plusieurs contributions sur divers thèmes de politique de la concurrence.

ICN: La Comco et son secrétariat ont pris part à la 3ème conférence annuelle de l'ICN qui s'est déroulée en avril 2004 à Séoul ainsi qu'au "Leniency and Cartel Workshop" organisé à Sydney par le nouveau groupe de travail sur les cartels de l'ICN. Elle participe en outre activement aux tâches de différents groupes de travail.

CNUCED: Le projet d'échange de stagiaires latino-américains (en collaboration avec le Seco) mis en place par le secrétariat dans le cadre d'un programme de coopération avec la CNUCED a permis d'accueillir les deux premiers stagiaires du Brésil et de l'Argentine.

6. Perspectives

Pour 2005, les autorités de la concurrence mettront, dès l'expiration du délai transitoire, la priorité sur les procédures dans les secteurs des cartels horizontaux et verticaux durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) ainsi que dans le secteur des abus d'entreprises en position dominante (art. 7 LCart). En outre, il s'agira de traiter de manière efficace et au plus vite les annonces de nouvelles restrictions à la concurrence (art. 49a al. 3 let. a LCart). La Comco s'engagera aussi en faveur de la suppression des entraves techniques au commerce.

À côté de cela, l'autorité de la concurrence mènera à leur terme, dans la mesure du possible, les enquêtes en suspens (cf. ci-dessous E.4) et en ouvrira de nouvelles lorsque les enquêtes préalables présenteront des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

E Organisation et statistiques

1. Comco

La composition de la Comco a vu les modifications suivantes au cours de l'année 2004: Messieurs JÜRIG

NIKLAUS (Dr. en droit), représentant de l'Union suisse des paysans et JOHANN ZÜRCHER (Dr. en droit), représentant des organisations de consommateurs, ont été nommés à la Comco en milieu d'année. Monsieur le Professeur JEAN-CHRISTIAN LAMBELET a quitté la Comco à fin 2004. Pour le remplacer, Madame EVELYNE CLERC, Dr. en droit, a été nommée. La représentation d'économiesuisse sera assurée par Monsieur THOMAS PLETSCHER, en remplacement de Monsieur PETER HUTZLI (Dr. en droit). Madame CLERC et Monsieur PLETSCHER entreront en fonction au début de l'année 2005.

En 2004, la Comco s'est réunie lors de 17 séances plénières. Lors d'une journée interne sur le thème du commerce de détail, le 3 mai 2004, elle a été informée par divers experts des possibles évolutions futures sur le marché suisse du commerce de détail.

2. Secrétariat

Dans l'optique de l'entrée en vigueur des dispositions révisées le 1^{er} avril 2004, le Secrétariat a réexaminé sa structure interne. L'examen, effectué en collaboration avec un expert indépendant, n'a pas mis en évidence des besoins de modifications structurelles. Quelques petites corrections ont été apportées, qui ne modifient néanmoins en rien la composition existante, avec trois services de marchés et un service ressources & logistique.

A la fin de l'année, le secrétariat employait 60 collaboratrices et collaborateurs (plein-temps et temps-partiel). La proportion de femmes est de 43,33% (Etat fin 2003: 56 collaboratrices et collaborateurs, proportion de femmes de 42,86%).

3. Statistiques

Enquêtes	2003	2004
Menées durant l'année	23	24
Reprises de l'année précédente	19	21
Ouvertures	4	3
Décisions	5	10
dont adaptation du comportement	2	1
dont accords amiables	1	2
dont décisions de l'autorité	2	3
Mesures provisionnelles	2	1
Procédures de sanction	1	0
Enquêtes préalables	2003	2004
Menées durant l'année	46	47
Reprises de l'année précédente	27	25
Ouvertures	19	22
Clôtures	30	20
dont ouverture d'une enquête	4	3
dont accords amiables	7	2
dont sans suite	19	13
Annonces	2003	2004
Selon dispositions transitoires du 20 juin 2003	Pas de données	154
Selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	Pas de données	7
Conseils en rapport avec les dispositions révisées	Pas de données	56

Observation de marché	2003	2004
Menées durant l'année	139	102
Terminées	95	82
Encore ouvertes	44	20
Concentrations	2003	2004
Notifications	30	21
Pas d'intervention après examen préalable	25	16
Examens approfondis	5	6
Décisions de la Comco	2	2
Réalisations provisoires	1	2
Sanctions	0	2
Avis, recommandations et prises de position	2003	2004
Avis (Art. 15 LCart)	0	3
Recommandations (Art. 45 LCart)	2	0
Avis (Art. 47 LCart ou 11 LTV)	2	7
Prises de position sur demandes de concession LRTV	12	13
Suivi des affaires	2	1
Communications (Art. 6 LCart)	0	1
LMI	2003	2004
Recommandations/Enquêtes (Art. LMI)	0	1
Avis (Art. 10 al. 1 LMI)	1	0
Conseils (Secrétariat)	6	3

4. Enquêtes traitées en 2004

<i>Enquête</i>	<i>Enquête ouverte en raison d'indices de:</i>	<i>Ouverture</i>	<i>Clôture</i>	<i>Résultat</i>
Assurances complémentaires mi-privées dans le canton d'Argovie (contrat tarifaire avec les cliniques privées)	Accord illicite sur les prix	12.05.2000	01.10.2004	Enquête classée sans suite, les contrats ont été dénoncés (suite à la décision de la Reko-WEF du 10.10.2003, annulant la décision de la Comco du 01.10.2001 interdisant ces accords)
Distribution de médicaments vétérinaires	Accord de distribution exclusive illicite	25.05.2000	11.10.2004	Accord amiable sur la livraison aux pharmacies
Elektra Baselland	Refus illicite transit d'électricité	04.08.2000	pendant	
Feldschlösschen/ Coca Cola	Abus de position dominante dans la distribution de boissons	20.11.2000	06.12.2004	Constation d'accords illicites dans les rapports de Feldschlösschen avec les exploitants de restaurants
CoopForte	Abus de position dominante	03.12.2001	08.11.2004	Accord amiable portant sur la vérification rétroactive et le remboursement du bonus CoopForte
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)	Abus de position dominante. Entrave à l'accès ou l'exercice de la concurrence	31.01.2002	26.04.2004	Adaptation du comportement au cours de l'enquête
Marché de la viande (viande de porc)	Abus de position dominante (collective). Imposition de prix inéquitables	01.02.2002	15.03.2004	Pas de position dominante (collective), resp. pas d'abus
Partenariats de distribution Axpö	Abus de position dominante à l'encontre des distributeurs finaux d'électricité	27.03.2002	pendant	
SWICO/S.EN.S	Accord illicite concernant l'élimination 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 CATV	23.09.2002	pendant	
Tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile	Position dominante des opérateurs de téléphonie mobiles 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	04.11.2002	08.11.2004	Accord amiable portant sur le maintien de livraison d'ébauches pour les 6 prochaines années
Publicitas	Abus de position dominante en raison de discriminations	06.11.2002	pendant	
Prix des livres (Sammelrevers)	Accord sur les prix (après l'arrêt du TF, la Comco entreprend une analyse des motifs d'efficacité)	02.12.2002	pendant	
Assurances complémentaires mi-privées dans le canton d'Argovie (contrat tarifaire avec les hôpitaux publics)	Accord illicite sur les prix	17.12.2002	01.10.2004	Classé sans suite, les contrats en cause ont été dénoncés
Remboursement de moyens et appareils dans l'assurance obligatoire	Accord illicite entre assureurs-maladie	27.03.2003	25.10.2004	Classé sans suite, pas d'accord illicite en matière de concurrence
Membres de l'association des cliniques privées genevoises	Accord illicite sur les prix lors de la facturation des prestations fournies dans les divisions privées et demi-privées	18.08.2003	05.04.2004	Adaptation du comportement au cours de l'enquête
Swisscom Directories	Abus de position dominante dans la mise à disposition de données régulées aux concurrents de Swisscom Directories	04.11.2003	22.11.2004	Constat de position dominante, mais pas d'abus
Aéroport Zürich - Valet Parking	Abus de position dominante par non-attribution d'autorisations pour les services de parking	01.12.2003	pendant	Mesures provisionnelles contre l'aéroport de Zürich afin de maintenir l'état antérieur prises le 1.12.2003
Interchange Fee	Accord illicite entre les systèmes de cartes de crédit relatif aux Interchange Fee	15.12.2003	pendant	
Swisscom "Talk & Surf"	Abus de position dominante par une offre groupée	16.02.2004	pendant	
Services de téléphonie pour clients commerciaux de Swisscom	Abus de position dominante. Prize Squeeze	16.02.2004	pendant	
Prix du ciment et du béton des chantiers NLFA	Accord sur les prix lors de la soumission, év. abus de position dominante	22.11.2004	pendant	

A 1

3. Rapporto annuale 2004 della Commissione della concorrenza**A Introduzione**

Il 2004 è stato caratterizzato dalla revisione della legge sui cartelli. Le nuove disposizioni, adottate dal Parlamento il 20 giugno 2003, sono entrate in vigore il 1° aprile 2004, contemporaneamente all'ordinanza sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart - Ordinanza sulle sanzioni). Quest'ultima contiene disposizioni dettagliate in merito all'applicazione dei nuovi strumenti, ossia le sanzioni dirette, il sistema del bonus e l'annuncio di limitazioni della concorrenza inteso ad evitare l'adozione di una sanzione. Anche se le sanzioni potranno essere pronunciate soltanto dal mese di aprile 2005, l'introduzione delle nuove disposizioni ha comportato molto lavoro.

Prima e dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la Commissione della concorrenza (Comco) si è adoperata notevolmente per introdurre e spiegare le novità alle imprese. Con oltre 25 interventi in riviste scientifiche o specializzate e più di 120 presentazioni orali, i membri della Commissione e della segreteria hanno presentato i principali punti della revisione, dando alle imprese e agli avvocati la possibilità di discutere in merito alle nuove disposizioni. Questa vasta campagna d'informazione ha contribuito a far conoscere meglio alle imprese, alle associazioni e agli avvocati le sanzioni dirette, il sistema del bonus e la nuova fattispecie della presunzione di illegalità riguardo agli accordi verticali nonché a introdurre nel linguaggio giuridico svizzero concetti quali "antitrust compliance" o "antitrust audit".

Il periodo transitorio previsto dalla nuova legge scade il 31 marzo 2005. Tale periodo dovrebbe permettere alle imprese di adattare le loro pratiche e i loro contratti alle nuove disposizioni della legge sui cartelli senza incorrere immediatamente in sanzioni.

La statistica (si veda il capitolo E.2.) conferma quanto affermato in precedenza, ossia il fatto che la revisione è stata al centro delle attività nel 2004. Dall'inizio del periodo transitorio il 1° aprile 2004, le autorità in materia di concorrenza hanno aperto una sola nuova inchiesta (tre nel corso dell'intero anno civile). Esse hanno però trattato 154 annunci ai sensi della dispo-

sizione transitoria e consigliato in 56 casi imprese su questioni riguardanti la revisione.

Il rapporto annuale 2004 è consacrato principalmente ai lavori relativi alla revisione (si vedano i capitoli B. Prime esperienze riguardo alle nuove disposizioni, e D. Attività nei diversi rami economici). Esso affronta, inoltre, la questione degli ostacoli tecnici al commercio a livello statale (C). A tale proposito, presenta osservazioni d'ordine generale sugli effetti negativi di tali ostacoli in termini di concorrenza e dimostra che tali ostacoli potrebbero essere in parte soppressi con l'introduzione del cosiddetto principio "Cassis de

Dijon" (un prodotto commercializzato legalmente ad esempio nell'UE deve poter essere importato senza limitazioni anche in Svizzera).

Per concludere, il rapporto annuale fornisce informazioni sull'organizzazione della Comco e della segreteria e presenta una statistica dei casi nonché un elenco delle inchieste pendenti alla fine del 2004 (si veda il capitolo E).

B Prime esperienze riguardo alle nuove disposizioni**1. Introduzione**

Dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni il 1° aprile 2004, le autorità in materia di concorrenza hanno trattato, oltre agli annunci di limitazioni esistenti della concorrenza, anche annunci di nuove limitazioni. Una parte considerevole del lavoro è stata assorbita dalle consulenze della segreteria su questioni relative all'eventuale applicazione di sanzioni dirette nei confronti di pratiche esistenti o previste.

In seguito alla nuova possibilità di annunciare una limitazione della concorrenza, nel mese di aprile 2004 la Comco ha posto in consultazione un nuovo modulo di annuncio. La nuova versione del modulo, modificata in base ai risultati della consultazione, è stata pubblicata alla fine del 2004 ed è disponibile alla pagina Internet della Comco, all'indirizzo www.weko.ch.

2. Consulenze

L'entrata in vigore delle nuove disposizioni ha sollevato numerose domande da parte delle imprese e dei rispettivi rappresentanti legali riguardo alla sanzionabilità di una convenzione o di una pratica. La segreteria ha trattato tali domande sotto forma di consulenze a pagamento.

Lo scopo della consulenza consiste nell'indicare alle imprese se una determinata convenzione o pratica può costituire o meno una fattispecie sanzionabile ai sensi della legge sui cartelli. Escludendo una simile presunzione, le imprese possono attuare o continuare ad attuare la convenzione o la pratica interessata senza il rischio di incorrere in una sanzione. In presenza di una fattispecie sanzionabile, la segreteria consiglia all'impresa di presentare un annuncio formale giusta l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart.

Le oltre 50 consulenze fornite hanno impegnato una parte considerevole delle risorse di personale della segreteria. Gli sforzi profusi non si sono tuttavia rivelati vani in quanto hanno permesso di evitare la presentazione di annunci formali giusta l'articolo 49a LCart, che avrebbero comportato un maggior dispendio di tempo.

3. Selezione di casi concreti

Post/SIC - Tariffe per il traffico dei pagamenti

Il 28 maggio 2004 è stata annunciata alla Comco l'introduzione di nuove tariffe (riduzione tariffaria) da parte della Posta e di SIC per il traffico dei pagamenti. Le nuove tariffe, applicate agli istituti finanziari per gli accrediti (cosiddette tariffe B), sono state negoziate dalla Posta e da SIC con i loro clienti. Dagli accertamenti effettuati è risultato che, attualmente, entrambi i sistemi di pagamento riguardano due mercati distinti e non sono in concorrenza per la stessa clientela. La Comco ha pertanto deciso di non aprire un'inchiesta preliminare.

Carte di debito Maestro: introduzione di una Interchange Fee e di un nuovo modello tariffale da parte di Telekurs Multipay SA

Nel mese di luglio 2004 la Comco ha ricevuto due annunci relativi alle carte di debito Maestro. Il primo annuncio riguarda l'introduzione di una Multilateral Interchange Fee nell'ambito della conversione al sistema Maestro. L'Interchange Fee è una commissione che Telekurs Multipay SA deve versare alle società emittenti di carte di debito Maestro per le transazioni in Svizzera. Il secondo annuncio riguarda l'introduzione, in seguito all'adozione della nuova commissione, di un nuovo modello tariffale da parte di Telekurs Multipay SA. Per stabilire se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza, nel mese di settembre 2004 la segreteria della Comco ha aperto un'inchiesta preliminare.

Quattro annunci nel settore dell'assicurazione complementare delle cassa malati

Varie casse malati concludono convenzioni, congiuntamente o singolarmente, con un'associazione, con i vari ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico oppure con le cliniche private in vari Cantoni. Le convenzioni riguardano le prestazioni ospedaliere nel settore dell'assicurazione complementare e fissano i prezzi per le cure nei reparti privati e semiprivati. Resta ancora da chiarire se si tratta di accordi illeciti sui prezzi (art. 5 cpv. 3 LCart), se gli accordi sono giustificati da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart) oppure se sottostanno a disposizioni cantonali (art. 3 cpv. 1 LCart).

Pool svizzero d'assicurazione contro i rischi d'aviazione

Il Pool svizzero d'assicurazione contro i rischi d'aviazione è un consorzio organizzato in forma di società semplice che riassicura i rischi nel settore dell'aviazione e dell'astronautica assicurati dai suoi membri in qualità di primi assicuratori. È strutturato in tre sezioni: assicurazione contro gli infortuni, responsabilità civile e assicurazione casco. Il pool, che attualmente annovera 18 primi assicuratori e quattro riassicuratori, uniforma i prezzi e le condizioni commerciali delle società di assicurazione. In questo caso si può parlare di accordo in materia di concorrenza. Dato che il pool dispone inoltre di una quota considerevole del mercato svizzero delle assicurazioni nel settore dell'aviazione, occorre chiarire se l'accordo ostacola

in modo considerevole la concorrenza. Occorre inoltre esaminare i motivi di efficienza economica che giustificano l'esistenza del pool.

Schemi di calcolo dei veterinari

L'annuncio in questione riguarda gli schemi di calcolo per le prestazioni veterinarie. Tali schemi sono usati dai veterinari per calcolare i prezzi delle prestazioni fornite. Sono composti da un catalogo delle prestazioni e dai rispettivi elementi tariffari. Occorre verificare se i veterinari osservano realmente tali schemi e se si tratta di un accordo illecito sui prezzi.

Tariffe per il calcolo dei premi netti LAINF

Dall'entrata in vigore della legge sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF) nel 1984, le compagnie d'assicurazione private operanti nel settore degli infortuni applicano un tariffario comune unificato per quanto riguarda l'assicurazione contro gli infortuni professionali, l'assicurazione contro gli infortuni non professionali e l'assicurazione facoltativa. Questo tariffario è elaborato dall'Associazione Svizzera d'Assicurazioni (ASA). Il 4 giugno 2004, l'ASA ha presentato un annuncio in cui chiedeva di verificare la conformità con la legge sui cartelli delle tariffe adeguate il 1° gennaio 2005. Durante la procedura, l'ASA ha deciso di non fissare più tariffe per i premi netti a partire dal 20 settembre 2004.

Il problema principale riguarda le compagnie d'assicurazione. I premi per il 2005 si basano sulle tariffe dei premi netti raccomandate dall'ASA. Il tariffario è applicato in numerosi contratti conclusi tra le assicurazioni e i datori di lavoro. Le assicurazioni non dispongono inoltre dei dati necessari per poter fissare tariffe individuali. Le tariffe conformi alla legge sui cartelli entreranno in vigore durante il termine transitorio ma la loro attuazione richiederà un periodo di adattamento, che si estenderà oltre la durata del termine transitorio.

Eskamed SA

L'annuncio di Eskamed SA riguarda i nuovi regolamenti per il Registro di Medicina Empirica (RME) da essa gestito che entreranno in vigore il 1° gennaio 2005. Tali regolamenti disciplinano i rapporti contrattuali tra i terapeuti ed Eskamed SA. L'annuncio è stato inoltrato in seguito a una precedente procedura (Inchiesta 32-0137, pubblicata in DPC 2004/2, pag. 449 segg.), nell'ambito della quale la Commissione della concorrenza ha riconosciuto l'esistenza di alcuni indizi secondo cui Eskamed SA occupa una posizione dominante sul mercato dei sistemi di garanzia della qualità.

Swisspower

Il 18 maggio 2004 Swisspower ha presentato un annuncio giusta la disposizione transitoria. Swisspower ingloba vari fornitori di piccole dimensioni operanti nel mercato dell'approvvigionamento energetico, che si sono uniti per far concorrenza alle imprese affermate nel settore della clientela commerciale (come ad es. Axpo, BKW, EOS, ecc.). Anche se si tratta di un comportamento contemplato dall'articolo 5 capover-

so 3 LCart, la Comco è giunta alla conclusione che la concorrenza esterna è sufficientemente forte e si può quindi negare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace. Dato che la concorrenza sul mercato interessato tende ad essere addirittura favorita dall'arrivo di tali imprese, la Comco ha concluso che non sussistono indizi di una grave limitazione della concorrenza e non vi è quindi motivo di aprire una procedura.

C Ostacoli tecnici al commercio a livello statale

Lo scorso anno sono stati presentati in Parlamento due interventi concernenti la problematica degli ostacoli statali al commercio nell'ambito dell'importazione di merci (postulato 04.3390 della consigliera nazionale DORIS LEUTHARD e mozione 04.3473 del consigliere agli Stati HANS HESS). Anche se negli ultimi anni la situazione è migliorata, secondo gli autori degli interventi parlamentari vi sono ancora prescrizioni (tecniche) statali che ostacolano il commercio per gli importatori svizzeri. Vanno menzionate, in particolare, le prescrizioni svizzere in materia di produzione, esami, imballaggio ed etichettatura, che ostacolano l'importazione diretta di prodotti in Svizzera aumentandone i costi o ne impediscono addirittura l'importazione, sebbene si tratti di prodotti che possono essere commercializzati legalmente nell'UE (si fa riferimento al concetto di "Svizzera, isola dei prezzi elevati").

Gli autori dei suddetti interventi parlamentari ritengono che questi ostacoli al commercio potrebbero essere soppressi adottando il cosiddetto principio "Cassis de Dijon" in vigore nell'UE. Tale principio è stato formulato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) di Lussemburgo 25 anni fa, nell'ambito di una sentenza riguardante la distribuzione in Germania del liquore francese Cassis de Dijon. La sentenza si basa sul principio della libera circolazione delle merci (art. 28 Trattato CE) in vigore tra gli Stati dell'UE. Tale principio può essere limitato, da un lato, dalla serie di eccezioni di cui all'articolo 30 del Trattato CE (motivi giustificativi espliciti) e, dall'altro, dalle restrizioni inerenti all'articolo 28 del Trattato CE. Nella sentenza "Cassis de Dijon", la CGCE ha sottolineato che gli ostacoli agli scambi intracomunitari vanno accettati soltanto "qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative" e qualora siano proporzionali e non discriminanti. In questo modo, il principio "Cassis de Dijon" intende introdurre la libera circolazione delle merci nei settori in cui non esistono ancora norme comunitarie in materia di commercializzazione di prodotti (ossia nel cosiddetto "settore non armonizzato"). Le prescrizioni nazionali che ostacolano il commercio tra Stati membri sono perciò accettate soltanto se è riconosciuto che sono necessarie per rispondere a determinate esigenze. Secondo la prassi giuridica, tali esigenze sono determinate dai principi della tutela dei consumatori e dell'ambiente nonché dalla sanità pubblica.

Il principio "Cassis de Dijon" implica in genere che ogni merce prodotta e/o messa in commercio in un

altro Stato membro dell'UE conformemente alle prescrizioni nazionali può essere commercializzata anche in un altro Stato membro senza limitazioni. Tale principio vale anche se la merce è stata prodotta conformemente a prescrizioni tecniche o qualitative diverse da quelle in vigore nello Stato d'importazione. La distribuzione nello Stato d'importazione è pertanto possibile se la merce è conforme alle prescrizioni giuridiche e alle procedure di produzione del Paese d'esportazione.

Si tratta del principio del riconoscimento reciproco, da parte degli Stati membri dell'UE, delle rispettive legislazioni nazionali nel caso in cui non esistono, a livello comunitario, prescrizioni e norme tecniche armonizzate. Il Consiglio federale parla di "principio dell'equivalenza fra le singole legislazioni sui prodotti in vigore negli Stati membri" (Rapporto sull'integrazione 1999). Tale principio non comporta tuttavia l'obbligo generale di conformarsi reciprocamente alle prescrizioni giuridiche ma si applica soltanto al settore in cui le prescrizioni giuridiche non sono armonizzate; i produttori indigeni continuano a sottostare alle prescrizioni nazionali più severe. Come menzionato in precedenza, tale principio comporta altresì delle eccezioni: un Paese può vietare le importazioni di merci da altri Stati se può dimostrare che le prescrizioni del Paese di esportazione sono insufficienti per proteggere un interesse pubblico di importanza superiore al principio della libera circolazione delle merci.

La legge federale del 6 ottobre 1995 sugli ostacoli tecnici al commercio (LOTG), intesa a prevenire la formazione di ostacoli tecnici al commercio e a eliminare quelli esistenti, e l'Accordo bilaterale sul reciproco riconoscimento in materia di valutazione della conformità (MRA), che riguarda 15 settori di prodotti, hanno già contribuito a rimuovere, almeno in parte, ostacoli statali al commercio.

Dal punto di vista del diritto della concorrenza, occorre in genere valutare positivamente ogni passo in direzione di una liberalizzazione degli scambi commerciali tra la Svizzera e l'UE poiché le misure di liberalizzazione - anche se unilaterali - contribuiscono ad aumentare il benessere sociale. La Svizzera non dovrebbe perciò limitarsi ad adottare misure di armonizzazione delle legislazioni ma dovrebbe altresì seguire la via del riconoscimento reciproco. Tale esigenza è altresì conforme al principio costituzionale della libertà economica, che deve essere garantito dalla Confederazione.

Dato che il principio "Cassis de Dijon" poggia sulla fiducia a livello comunitario nelle legislazioni degli Stati membri, ci si chiede se la Svizzera non debba altresì condividere tale fiducia. Il fatto che l'UE disponga già, nei settori sanità, sicurezza, tutela dei consumatori e protezione dell'ambiente, di un livello di protezione molto elevato e che molte merci possano circolare liberamente in 25 Stati membri anche nel settore non armonizzato (assenza quindi di restrizioni all'importazione), dimostra che una simile fiducia, basata sul principio "Cassis de Dijon", potrebbe favorire la libera circolazione delle merci e, anche nel-

l'ambito della lotta contro i prezzi elevati in Svizzera, incrementare il benessere sociale. Come dimostrato dalla decisione della CGCE nella causa "Cassis de Dijon", in casi fondati sarebbe tuttavia possibile derogare a tale regola.

Da un'indagine condotta dalla segreteria della Comco presso imprese e associazioni è emerso che, attualmente, esistono ancora numerose prescrizioni, perlomeno nel settore alimentare e del "near-food" (ad es. cosmetica), che sono considerate come ostacoli tecnici al commercio e che comportano un rincaro dei prodotti in Svizzera.

Le autorità in materia di concorrenza si impegnano pertanto a favore di una maggiore liberalizzazione della circolazione delle merci. A tal fine, esse sosterranno gli interventi parlamentari in cui si chiede l'introduzione (unilaterale) in Svizzera del principio "Cassis de Dijon".

D Attività nei diversi rami economici

1. Servizi

Nel settore della sanità la Comco ha potuto chiudere varie inchieste, in particolare quella relativa alla distribuzione di medicinali per animali. Vari produttori e grossisti si rifiutavano di rifornire le farmacie di medicinali per animali, rendendone praticamente impossibile l'acquisto e la vendita da parte di queste ultime. La autorità in materia di concorrenza sono giunte alla conclusione che un simile comportamento penalizza le farmacie rispetto ai veterinari e viola le disposizioni in materia di cartelli. Nella fase finale dell'inchiesta, i produttori e i grossisti interessati hanno concluso una conciliazione con le autorità in materia di concorrenza e hanno cominciato a rifornire, su ordinazione, le farmacie. I detentori di animali possono ora decidere liberamente se acquistare i medicinali presso il veterinario o presso una farmacia. Nell'ambito di questa procedura è stato altresì esaminato il comportamento dei veterinari ma, da un punto di vista della concorrenza, gli indizi raccolti non hanno trovato conferma. Non si è infatti potuta dimostrare l'esistenza di un accordo fra i veterinari diretto contro la distribuzione di medicinali per animali alle farmacie (DPC 2004/4, pag. 1040 segg.).

Sempre nel settore sanitario, si è potuta archiviare l'inchiesta contro l'Associazione delle cliniche private di Ginevra. I suoi membri si sono infatti dichiarati disposti a non rinnovare la convenzione sul rimborso delle cure ospedaliere nel settore dall'assicurazione complementare (DPC 2004/3, pag. 803 segg.). È stato inoltre possibile chiudere l'inchiesta sulla convenzione tariffale o la fatturazione di pazienti dei reparti semiprivati nel Canton Argovia, in quanto le parti hanno rescisso il contratto nel corso della procedura (DPC 2004/4, pag. 1018 segg./1026 segg.). L'inchiesta relativa all'iscrizione dei terapeuti nel Registro di Medicina Empirica (RME), a cui una parte delle casse malati subordina il rimborso delle prestazioni mediche complementari, è stata altresì chiusa. Eskamed SA ha infatti adeguato le condizioni di iscrizione alle esigenze in materia di diritto della concorrenza (DPC 2004/2, pag. 449 segg.). È stata inoltre chiusa l'inchie-

sta relativa al rimborso dei costi dei "mezzi e apparecchi" (mezzi ausiliari per l'incontinenza, protesi, ecc.) da parte dell'assicurazione malattia obbligatoria; nel corso dell'inchiesta è infatti risultato che, nonostante il contratto tra santésuisse e un produttore di mezzi ausiliari per l'incontinenza, gli assicuratori malattia continuavano a rimborsare tutti i mezzi ausiliari fino al prezzo massimo fissato dall'autorità. La concorrenza tra i produttori non risultava quindi ostacolata (DPC 2004/4, pag. 1100 segg.).

Per quanto riguarda il settore bancario è tuttora in corso un'inchiesta sull'Interchange Fee relativa alle carte di credito. Occorre appurare se l'accordo inteso a fissare l'importo della Domestic Interchange Fee - una commissione interbancaria tra società ("acquirer") che affiliano gli operatori commerciali intenzionati ad accettare una carta di credito e società emittenti di carte di credito ("issuer") - viola le condizioni in materia di concorrenza nei mercati interessati. È stata inoltre aperta un'inchiesta preliminare contro le società emittenti di carte di debito Maestro e la società Telekurs per quanto riguarda l'introduzione dell'Interchange Fee nel settore delle carte di debito e la conseguente adozione di un nuovo modello di calcolo delle commissioni (merchant fee). È stato tra l'altro sorvegliato il rispetto dell'onere III concernente i crediti alle PMI imposto nell'ambito della concentrazione UBS/SBS (DPC 1998/2, pag. 278 segg.). Tale onere è scaduto il 31 dicembre 2004.

Nel settore delle libere professioni è in corso l'inchiesta Aeroporto di Zurigo SA (Unique) - Valet Parking. Questa inchiesta deve appurare se, cessando di mettere a disposizione dei due fornitori di servizi di parcheggio valet parking "off airport" l'area dell'aeroporto, Unique abusa della sua eventuale posizione dominante sul mercato. A tale proposito, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF) ha confermato le misure cautelari decise dalla Comco (DPC 2004/3, pag. 859 segg.). In seguito a una presunta violazione di tale decisione, che nel frattempo è passata in giudicato, è stato inoltre avviato un procedimento sanzionatorio.

2. Infrastruttura

Nel settore delle telecomunicazioni, la Comco ha aperto due inchieste contro Swisscom. Entrambe le inchieste riguardano l'eventuale abuso di una posizione dominante sul mercato. L'offerta combinata "Talk & Surf" include l'allacciamento telefonico, una connessione Internet a banda larga e altri servizi supplementari a prezzi ridotti. Swisscom nega la possibilità ad altri operatori di telecomunicazioni interessati di rivendere l'allacciamento telefonico; gli altri operatori non possono quindi proporre un pacchetto simile con una fatturazione unica (si veda il rapporto finale dell'inchiesta preliminare in DPC 2004/2, pag. 357 segg.). L'inchiesta relativa alle prestazioni di telefonia per la clientela commerciale riguarda una pratica conosciuta sotto il nome di "Price Squeeze". I prezzi per determinate prestazioni (ad esempio la terminazione delle chiamate sulla rete di telefonia mobile di Swisscom Mobile) pagati a Swisscom da altri fornitori di servizi di telecomunicazione sono a

volte superiori di quelli fatturati da Swisscom alla propria clientela commerciale.

Un'altra inchiesta riguarda le tariffe di terminazione nel mercato della telefonia mobile. La REKO WEF ha chiaramente riconosciuto la competenza della Comco messa in dubbio da alcuni operatori di telefonia mobile (DPC 2004/1, pag. 204 segg.). È stata inoltre chiusa l'inchiesta Swisscom Directories SA. Swisscom Directories SA occupa una posizione dominante sui mercati degli elenchi elettronici di indirizzi e della fornitura di dati aggiornati per la compilazione degli elenchi. L'inchiesta è stata archiviata in quanto Swisscom Directories SA fornisce i dati di base necessari all'allestimento di elenchi e indispensabili all'offerta di servizi annessi a condizioni che non possono essere considerate pregiudizievoli per la concorrenza (DPC 2005/1, pag. 54 segg.).

La Comco ha inoltre redatto tre perizie a destinazione dell'Ufficio federale delle comunicazioni (Ufcom) e della Commissione federale delle comunicazioni (ComCom). Per quanto riguarda l'assegnazione delle rimanenti bande di frequenza GSM 1800 MHz, nell'intento di promuovere la concorrenza la Comco ha raccomandato di mettere a concorso le frequenze GSM libere in un colpo solo, subordinandone l'assegnazione all'apertura della rete agli operatori di reti virtuali (DPC 2004/4, pag. 1242 segg.). Tuttavia, la ComCom non ha seguito tale raccomandazione. Per quanto riguarda le due perizie inerenti l'interconnessione giusta l'articolo 11 LTC e l'articolo 43 capoverso 1 lettera a) OST, la Comco ha concluso che Swisscom deteneva una posizione dominante, da un lato, sul mercato per gli accessi ai servizi a banda larga (DPC 2004/4, pag. 1263 segg.) e, dall'altro, sul mercato delle linee affittate a livello di rete locale (ma non sulla rete WAN) (DPC 2004/4, pag. 1248 segg.), e questo nonostante il generale aumento della pressione concorrenziale sulla rete locale.

Nel settore media/pubblicità, la Comco ha dovuto esprimersi in merito a varie concentrazioni. La Comco ha vietato (per la prima volta in una procedura di controllo delle concentrazioni) la partecipazione della Berner Zeitung SA al capitale di 20 Minuten (Schweiz) SA. Ciò avrebbe infatti creato una posizione dominante di Espace Media Groupe sul mercato dei lettori e degli annunci nella regione bernese suscettibile di provocare la soppressione di una concorrenza efficace (DPC 2004/2, pag. 529 segg.). Contro questa decisione è stato inoltrato un ricorso, tuttora pendente, presso la REKO WEF. La Comco ha invece approvato, considerata la difficile situazione finanziaria della Bund Verlag SA, la partecipazione al capitale di quest'ultima da parte di Espace Media Groupe, ad eccezione della gestione di Radio BE1 (DPC 2004/2, pag. 484 segg.). È stata inoltre autorizzata, in collaborazione con le autorità europee in materia di concorrenza, l'istituzione di un'impresa comune da parte di Bertelsmann SA e di Sony Corporation of America (DPC 2004/4, pag. 1127 segg.). Infine, è stata aperta un'inchiesta preliminare volta ad appurare se la collaborazione tra il gruppo NZZ e Publigroupe SA nell'agglomerato di Zurigo è conforme alla legge sui

cartelli. Il gruppo NZZ assume partecipazioni minoritarie di Publigroupe SA in giornali locali e Publigroupe assume la direzione pubblicitaria del gruppo NZZ.

Nel settore energia elettrica, la Comco si è dedicata soprattutto alla preparazione della nuova legge sull'approvvigionamento elettrico (LApEI). A tale proposito, le autorità in materia di concorrenza si sono impegnate, nell'ambito della procedura di consultazione e della consultazione degli uffici, per elaborare una normativa il più possibile neutrale dal punto di vista della concorrenza che comporti una densità normativa sopportabile. La Commissione e la segreteria si sono pertanto pronunciate a favore del libero accesso alla rete per tutti i clienti commerciali di energia elettrica e hanno respinto il modello opzionale di approvvigionamento elettrico assicurato (DPC 2004/4, pag. 1162 segg.). Oltre a ciò, nel 2004 è stato esaminato, nell'ambito dei controlli sulle concentrazioni, il progetto delle aziende elettriche Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ e NOK di unire la gestione delle loro reti di trasporto. A fine 2004, non era ancora stata pronunciata alcuna decisione in materia. La segreteria ha inoltre fornito numerose consulenze in relazione alle nuove disposizioni della legge sui cartelli e alla decisione del Tribunale federale nella causa Watt/Migros-EEF, in cui la corte suprema ha confermato l'obbligo di garantire il transito di energia elettrica di imprese terze.

La Comco ha chiuso, inoltre, l'inchiesta sul mercato della carne. Gli indizi di una posizione dominante collettiva delle imprese per la lavorazione della carne Micarna (Migros) e Bell (Coop) nell'acquisto di carne di maiale macellata non hanno trovato conferma (DPC 2004/3, pag. 674 segg. e pag. 726 segg.). È stata altresì archiviata l'inchiesta Feldschlösschen/Coca-Cola. Gli accordi contrattuali tra Feldschlösschen e Coca-Cola sono leciti dal punto di vista della legge sui cartelli. La Comco ha invece ritenuto che gli accordi di esclusività conclusi da Feldschlösschen con gli acquirenti di bevande per una durata di oltre 5 anni sono leciti unicamente se legati a un prestito, a un comodato o a un altro impegno finanziario e se, dopo cinque anni, prevedono per gli esercizi pubblici la possibilità di disdire il contratto in qualsiasi momento previo rimborso del debito residuo (DPC 2005/1, pag. 114 segg.). È ancora pendente l'inchiesta nel settore dello smaltimento dei rifiuti intesa ad appurare se Swico e S.EN.S si sono ripartiti in modo illecito il mercato dell'organizzazione del riciclaggio e dello smaltimento di rifiuti elettrici e se hanno concluso un accordo sull'ammontare e la ripartizione delle tariffe di riciclaggio anticipate.

3. Industria e produzione

Nel servizio "Industria e produzione", la priorità è stata data all'opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli. Nell'ambito dell'applicazione della Comunicazione di cui sopra, in vigore dal 1° novembre 2002, la segreteria della Comco si è trovata a dover rispondere a una serie di domande sollevate dai destinatari di tale Comunica-

zione. La Comco ha raccolto nel suddetto opuscolo le domande poste con maggiore frequenza (DPC 2004/3, pag. 964 segg.). In tale ambito, ha tenuto conto in particolare degli sviluppi attuati a livello europeo nell'applicazione del regolamento (CE) n. 1400/2002, allo scopo di conformarsi alla prassi sviluppata dalla Commissione europea.

Per quanto riguarda il settore del commercio al dettaglio, nell'inchiesta CoopForte sono stati definiti e applicati i criteri per la valutazione del potere della domanda. Lo scopo dell'inchiesta consisteva nell'aprire se Coop, riducendo sistematicamente l'importo delle fatture dei propri fornitori dello 0,5% (cosiddetto bonus CoopForte), abusava di un'eventuale posizione dominante sul mercato. Secondo quanto emerso, nonostante una forte concorrenza tra i dettaglianti è probabile che singoli fornitori dipendano economicamente da Coop. I criteri di una simile dipendenza economica sono in particolare la prevalenza di Coop nella distribuzione dei prodotti interessati, la posizione negoziale dei partner commerciali (produttori di articoli di marca) e le relazioni di dipendenza individuale di alcuni fornitori. Per valutare tale dipendenza ci si basa soprattutto sulle alternative di smercio e la necessità di effettuare investimenti specifici. Nell'ambito di una conciliazione, Coop si è impegnata a verificare durante i sei mesi successivi se la riscossione del bonus CoopForte sia giustificata. Coop si è altresì impegnata a rimborsare retroattivamente il bonus ai fornitori che possono dimostrare in modo credibile di non ricevere nessuna controprestazione specifica da Coop. Sono esclusi dalla procedura di verifica i fornitori che sono regolarmente in negoziazione con Coop (DPC 2005/1, pag. 146 segg.).

Nel settore della produzione di orologi, è stata chiusa l'inchiesta contro ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (di seguito ETA), una filiale dello Swatch Group. In tale ambito è stato constatato l'abuso da parte di ETA della sua posizione dominante. ETA aveva l'intenzione di interrompere completamente, dal mese di gennaio 2006, la fornitura di movimenti grezzi, fornendo in seguito soltanto movimenti finiti ("phasing-out"). Dall'inchiesta è emerso che ETA occupa una posizione dominante sul mercato svizzero dei movimenti grezzi fino a 300 franchi al pezzo. La decisione di interrompere la fornitura di movimenti grezzi va considerata come un rifiuto illecito di intrattenere relazioni commerciali ed è quindi abusiva ai sensi della legge sui cartelli. Per molti concorrenti l'applicazione del phasing-out in tempi così brevi avrebbe comportato, considerata la mancanza di fornitori alternativi, la fine delle proprie attività. Nell'ambito di una conciliazione, ETA si è impegnata a continuare la fornitura di movimenti grezzi ai propri clienti in quantità pari a quelle attuali fino alla fine del 2008, e in quantità ridotte per altri due anni. In tal modo sono state create le basi per lo sviluppo di produzioni alternative a ETA (DPC 2005/1, pag. 128 segg.).

Nel settore dell'edilizia la Comco ha aperto un'inchiesta per determinare se, nell'ambito del bando di concorso per la fornitura del cemento e dei sistemi di

calcestruzzo (produzione di calcestruzzo con il materiale estratto dalla galleria) necessari ai cantieri per la nuova ferrovia transalpina (NFTA) nonché nell'ambito dei successivi appalti, si è verificata una limitazione della concorrenza. Entrambi i tunnel per la nuova ferrovia transalpina sono costruiti dalle società Gotthard SA e BLS Lötschberg SA.

La segreteria ha inoltre aperto un'inchiesta preliminare contro la FIFA. Bisognerà appurare se, nell'applicazione del regolamento della FIFA, vi sono indizi di una limitazione illecita della concorrenza. L'inchiesta preliminare riguarda in particolare la questione della messa a disposizione gratuita di giocatori, da parte dei club, alle squadre nazionali per le competizioni organizzate dalla FIFA.

4. Legge sul mercato interno

Il centro di competenze LMI si è dedicato in particolare ai lavori in materia di revisione della legge sul mercato interno (LMI). Quale membro del gruppo di esperti istituito dal Dipartimento federale dell'economia, si è occupato della redazione dell'avamprogetto, della valutazione dei risultati della consultazione e della redazione del messaggio adottato dal Consiglio federale il 24 novembre 2004. La nuova LIM si prefigge di migliorare il funzionamento del mercato sopprimendo le limitazioni cantonali e comunali di accesso al mercato (obiettivo economico generale), di rafforzare la libertà di esercitare una professione (obiettivo riguardante la libertà individuale) nonché di consolidare la funzione di sorveglianza delle autorità in materia di concorrenza (obiettivo istituzionale).

Il centro di competenze LMI ha inoltre partecipato attivamente, unitamente al centro di competenze "Economia", ai lavori riguardanti la revisione del diritto in materia di acquisti pubblici. In tale ambito, è stata data priorità all'analisi della regolamentazione vigente dal punto di vista della concorrenza e alla successiva elaborazione di proposte intese a garantire l'esistenza di un diritto in materia di acquisti pubblici favorevole alla concorrenza.

5. Relazioni internazionali

Nel corso dell'anno è proseguita la politica avviata nel 2003 intesa a rafforzare la rappresentanza della Svizzera a livello internazionale e volta a migliorare le relazioni internazionali nonché il riconoscimento internazionale delle autorità svizzere. La Comco e la segreteria hanno continuato ad intrattenere contatti regolari con le autorità europee e americane in materia di concorrenza. È stato inoltre organizzato un incontro ufficiale con le autorità finlandesi e tedesche in materia di concorrenza.

L'autorità svizzera in materia di concorrenza ha partecipato attivamente ai lavori di varie *organizzazioni internazionali*, segnatamente la Commissione della concorrenza dell'OCSE, la Rete internazionale della concorrenza (RIC), l'UNCTAD, il FMI, l'AELS e la "Ligue Internationale du Droit de la Concurrence" (LIDC). Dato che, in seguito alla conferenza ministeriale di Cancun, i lavori dell'OMC per l'elaborazione

di un accordo internazionale in materia di concorrenza sono stati temporaneamente sospesi, la segreteria ha potuto dedicarsi interamente alle seguenti attività:

OCSE: la Comco e la segreteria hanno partecipato a vari gruppi di lavoro dell'OCSE (CLP, Working Parties 2 e 3, Gruppo di lavoro sul commercio e sulla concorrenza). In tale ambito, la segreteria ha redatto varie indicazioni in merito a diversi temi in materia di politica della concorrenza.

RIC: nel mese di aprile 2004, la Comco e la segreteria hanno partecipato alla terza conferenza annuale della RIC a Seoul nonché al "Leniency and Cartel Workshop" organizzato a Sydney dal nuovo gruppo di lavoro della RIC in relazione al tema dei cartelli.

UNCTAD: grazie al progetto di scambio di stagisti latino-americani, avviato dalla segreteria in collaborazione con il Seco nell'ambito di un programma di cooperazione con l'UNCTAD, due stagisti provenienti dal Brasile e dall'Argentina hanno potuto lavorare presso la segreteria.

6. Prospettive

Nel 2005, le autorità in materia di concorrenza si concentreranno, una volta trascorso il periodo transitorio, sulle procedure nei settori dei cartelli duri orizzontali e verticali (art. 5 cpv. 3 e 4 LCart) e degli abusi da parte di imprese che dominano il mercato (art. 7 LCart). Esse si impegneranno inoltre a trattare efficacemente e tempestivamente gli annunci di nuove limitazioni della concorrenza (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart). La Comco si adopererà altresì per sopprimere gli ostacoli tecnici al commercio a livello statale.

Parallelamente, l'autorità in materia di concorrenza concluderà per quanto possibile le inchieste pendenti [si veda il capitolo E.4] e ne aprirà delle nuove nel caso in cui le inchieste preliminari dovessero far emergere indizi di eventuali limitazioni illecite della concorrenza.

E Organizzazione e statistica

1. Comco

Nel 2004 la composizione della Comco ha subito i seguenti cambiamenti: a metà anno il signor JÜRGEN NIKLAUS, rappresentante dell'Unione svizzera dei contadini, e il signor JOHANN ZÜRCHER, rappresentante delle organizzazioni dei consumatori, sono stati nominati membri della Comco. Il professor JEAN-CHRISTIAN LAMBELET ha dato le dimissioni alla fine del 2004. Al suo posto, è stata nominata la signora EVELYNE CLERC. La rappresentanza di economie suisse presso la Comco sarà assunta dal signor THOMAS PLETSCHER, il quale sostituirà il signor PETER HUTZLI. La signora CLERC e il signor PLETSCHER entreranno in carica all'inizio del 2005.

Nel 2004 la Comco si è riunita in 17 sedute plenarie. Nell'ambito di una giornata informativa interna sul tema del commercio al dettaglio, tenutasi il 3 maggio 2004, la Comco è stata informata da esperti del settore sui possibili sviluppi nel mercato svizzero del commercio al dettaglio.

2. Segreteria

In vista dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni il 1° aprile 2004, la segreteria ha riesaminato la propria struttura interna. Le verifiche, effettuate in collaborazione con un esperto esterno, non hanno rivelato la necessità di effettuare adeguamenti strutturali. Sono state effettuate alcune piccole correzioni che non hanno però modificato la struttura della segreteria, composta da tre servizi di analisi dei mercati e un servizio "Risorse & Logistica".

A fine anno, la segreteria occupava 60 collaboratori (a tempo pieno e parziale). La percentuale di donne ammontava al 43,33% (stato fine 2003: 56 collaboratori, di cui il 42,86% donne).

3. Statistica

Inchieste	2003	2004
Eseguite nel corso dell'anno	23	24
Riprese dall'anno precedente	19	21
Aperture	4	3
Decisioni finali	5	10
di cui adeguamenti del comportamento	2	1
di cui conciliazioni	1	2
di cui ordini delle autorità	2	3
Misure cautelari	2	1
Procedimenti sanzionatori	1	0
Inchieste preliminari	2003	2004
Eseguite nel corso dell'anno	46	47
Riprese dall'anno precedente	27	25
Aperture	19	22
Chiusure	30	20
di cui con apertura di un'inchiesta	4	3
di cui con adeguamento del comportamento	7	2
di cui senza seguito	19	13
Annunci	2003	2004
Secondo la disposizione transitoria del 20 giugno 2003	nessun dato	154
Secondo l'articolo 49° capoverso 3 lettera a Lcart	nessun dato	7
Consulenze sulle nuove disposizioni	nessun dato	56

Osservazioni di mercato	2003	2004
Eseguite nel corso dell'anno	139	102
Concluse	95	82
Ancora aperte	44	20
Concentrazioni	2003	2004
Annunci	30	21
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	25	16
Esami	5	6
Decisioni della Comco	2	2
Esecuzione anticipata	1	2
Sanzioni	0	2
Perizie, raccomandazioni, prese di posizione, ecc.	2003	2004
Perizie (art. 15 Lcart)	0	3
Raccomandazioni (art. 45 Lcart)	2	0
Perizie (art. 47 Lcart o 11 LTC)	2	7
Prese di posizione sulle domande di concessione giusta la LRTV	12	13
Controlli successivi	2	1
Comunicazioni (art. 6 Lcart)	0	1
LMI	2003	2004
Raccomandazioni/Inchieste (art. 8 LMI)	0	1
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	1	0
Chiarimenti (segreteria)	6	3

4. *Inchieste elaborate nel 2004*

<i>Inchiesta</i>	<i>Inchiesta aperta in base a indizi di:</i>	<i>Data apertura</i>	<i>Data chiusura</i>	<i>Risultato</i>
Convenzione tariffale con le cliniche private nel Canton Argovia nel settore dell'assicurazione complementare	Accordo illecito sui prezzi	12.05.2000	01.10.2004	Archiviazione dell'inchiesta per rescissione delle convenzioni (in seguito alla decisione della Reko-WEF del 10.10.2003, che revoca la decisione della Comco dell'1.10.2001 intesa a vietare tali accordi)
Distribuzione di medicinali per animali	Accordo illecito di distribuzione esclusiva	25.05.2000	11.10.2004	Conciliazione sulla fornitura di medicinali per animali alle farmacie
Elektra Baselland	Rifiuto illecito del transito sulla propria rete della corrente di un fornitore concorrente	04.08.2000	pendente	
Feldschlösschen/ Coca Cola	Abuso di posizione dominante sul mercato nella vendita di bevande	20.11.2000	06.12.2004	Constatazione di accordi illeciti nei rapporti di Feldschlösschen con gli esercenti pubblici
CoopForte	Abuso di posizione dominante sul mercato	03.12.2001	08.11.2004	Conciliazione sulla verifica successiva e l'eventuale rimborso del bonus CoopForte
Carte di debito	Abuso di posizione dominante sul mercato, divieto di differenziazione dei prezzi in funzione del mezzo di pagamento	29.01.2002	pendente	
Medicina complementare "Registro di medicina empirica" (RME)	Posizione dominante sul mercato, ostacoli nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza	31.01.2002	26.04.2004	Adeguamento del comportamento nel corso dell'inchiesta
Mercato della carne (carni suine)	Abuso di posizione (collettiva) dominante sul mercato, imposizione di prezzi inadeguati	01.02.2002	15.03.2004	Nessuna posizione (collettiva) dominante o abuso
Partenariati di distribuzione Axpo	Abuso di posizione dominante sul mercato nei confronti dei distributori finali di energia elettrica	27.03.2002	pendente	
SWICO/S.EN.S	Accordo illecito sulla concorrenza relativo allo smaltimento di rifiuti elettrici	16.05.2002	pendente	
Teleclub/ Cablecom	Abuso di posizione dominante sul mercato dovuto alla mancata messa in servizio di Teleclub digitale sulla rete CATV	23.09.2002	pendente	
Tariffe di terminazione nel settore della telefonia mobile	Posizione dominante degli operatori di telefonia mobile sulle proprie reti nonché accordi sui prezzi (tariffe di terminazione)	15.10.2002	pendente	

ETA SA Fabrique d'Ebauches	Abuso di posizione dominante sul mercato contro gli acquirenti di movimenti grezzi	04.11.2002	08.11.2004	Conciliazione sul proseguimento della fornitura per i prossimi sei anni
Publicitas	Abuso di posizione dominante sul mercato a causa di discriminazione	06.11.2002	pendente	
Accordo sui prezzi dei libri (condizioni commerciali)	Accordo illecito sui prezzi (in seguito alla decisione del Tribunale federale la Comco analizza i motivi di efficienza)	02.12.2002	pendente	
Convenzione tariffale con gli ospedali pubblici nel Canton Argovia nel settore dell'assicurazione complementare	Accordo illecito sui prezzi	17.12.2002	01.10.2004	Archiviazione dell'inchiesta in seguito alla rescissione delle convenzioni interessate
Rimborso di mezzi e apparecchi nell'assicurazione obbligatoria	Accordo illecito tra assicuratori malattia	27.03.2003	25.10.2004	Chiusura senza seguito, nessun accordo illecito sulla concorrenza
Membri dell'Associazione delle cliniche private di Ginevra	Accordo illecito sui prezzi relativo alla fatturazione di prestazioni fornite nei reparti privati e semi-privati	18.08.2003	05.04.2004	Adeguamento del comportamento nel corso dell'inchiesta
Swisscom Directories	Abuso di posizione dominante nella messa a disposizione di dati regolamentati ai concorrenti di Swisscom Directories	04.11.2003	22.11.2004	Constatazione di posizione dominante, ma nessun abuso
Aeroporto Zurigo - Valet Parking	Abuso di posizione dominante 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 all 1.12.2003 Apertura di un procedimento sanzionatorio
Interchange Fee	Accordo illecito sulla concorrenza tra i sistemi di carte di credito relativo all'Interchange Fee	15.12.2003	pendente	
Swisscom "Talk & Surf"	Abuso di posizione dominante in seguito a un pacchetto di Swisscom	16.02.2004	pendente	
Servizi di telefonia per i clienti commerciali di Swisscom	Abuso di posizione dominante. Price Squeeze	16.02.2004	pendente	
Prezzo del cemento e del calcestruzzo NFTA	Accordi sui prezzi nell'ambito della messa a concorso, ev. abuso di posizione dominante	22.11.2004	pendente	

A 1

4. Annual Report of the Competition Commission 2004**A Introduction**

The year 2004 was marked by the revision of the Cartels Act. On 1st April 2004 the new provisions amended and approved by Parliament on 20 June 2003 came into force. The Ordinance regarding the Sanctions for Unlawful Restrictions of Competition (ACart-Sanctions Ordinance) came into force at the same time. This ordinance specifies in particular the application of the new instruments of direct sanctions, the leniency programme and the notification of restraints on competition for the purpose of avoiding a penalty. Although sanctions will not be imposed until April 2005, there was a great deal to be done in view of the revised provisions.

The Competition Commission (Comco), before and after the coming into force of the revised provisions, devoted considerable effort to the task of explaining the new regulations and of making companies aware of them. In more than 25 written contributions that appeared in specialised and sector journals, as well as in more than 120 oral presentations, members of the Commission and of the Secretariat set out the most important points of the revised provisions and engaged in discussions with the companies and with lawyers. This broadly based information campaign ensured that companies and lawyers were more deeply aware of direct sanctions and of the leniency programme, as well as of the new presumption in the case of vertical agreements, and it helped establish such terms as "antitrust compliance" and "antitrust audit" in the legal vocabulary of Switzerland.

Up to 31st March 2005 the transitional phase of the new provisions is in force. This phase is designed make it possible for companies to adapt their conduct and their contracts to the new provisions of the Cartels Act, without facing the risk or threat of an immediate sanction.

A look at the statistics (see E.2. below) confirms the afore-mentioned finding, namely that the revision was the most central of the Commission's activities. Since the beginning of the transitional phase on 1st April 2004, the competition authorities have opened only one new investigation (three in the whole calendar year), but have dealt with 154 notifications in the transitional phase, and have in 56 cases provided advice to companies on matters arising from the revised provisions.

The Annual Report for 2004 is concerned to a large extent with activities in connection with the revision (see B. First Experiences with the Revised Provisions and D. Activities in Individual Economic Sectors). In a second major section it addresses the topic of state approved technical obstacles on trade (C.). In this regard the Annual Report contains fundamental statements concerning the anti-competitive effects of such trade obstacles, and demonstrates that they could

largely be eliminated with the introduction of the so-called "Cassis de Dijon" principle (meaning that that when a product is lawfully allowed to circulate, e.g. in the EU, it should also be possible to introduce it without restrictions in Switzerland).

The Annual Report concludes with details on the organisation of the Competition Commission and the Secretariat, and provides statistics on the cases and a listing of the investigations pending at the end of 2004 (E. below).

B First Experiences with the Revised Provisions**1. Introduction**

Since the coming into force of the revised provisions on 1st April 2004, the competition authorities have dealt with notifications of existing as well as of new restraints on competition. A substantial portion of the work here involved consultations by the Secretariat on questions arising from the possibility of direct sanctions being applied to existing or newly planned practices.

In respect of the new notification provision, the Competition Commission circulated a draft report form for consultation in April 2004. As a result of feedback received, the form was revised and approved in its final form by the Competition Commission at the end of 2004. It can be downloaded from the Competition Commission's website at www.weko.ch.

2. Consultations

In connection with the coming into force of the revised provisions there arose many questions from companies and their legal representatives with regard to potential sanctions on account of an agreement or practice. These questions were dealt with by the Secretariat on a fee basis in the form of consultations.

The aim of the consultations was to show the companies whether or not, on account of a certain agreement or practice, there existed a state of affairs potentially subject to sanctions under the Cartels Act. In the absence of such a presumption the companies are free to implement or continue to operate the agreement in question without being exposed to the threat of sanctions. If there exists a situation posing a potential risk of sanctions, the Secretariat's advice is to the effect that a formal notification under article 49a paragraph 3 letter a ACart should be submitted.

The more than 50 consultations tied up a considerable portion of the Secretariat's staff resources. But this extensive expenditure of effort devoted to consultation paid off inasmuch as it helped prevent formal notifications in terms of article 49a ACart, which would themselves have absorbed still more time and effort.

3. Selected Specific Cases

Post Office/ SIC – Tariffs in Payment Transactions

On 28th May 2004, the Competition Commission was informed of the introduction of new tariffs (lower tariffs) affecting payment transactions by the Post Office and the SIC. The new tariffs, levied on financial institutes for credit notes (known as the B-Tariff), were negotiated by both suppliers with their clients. Investigations revealed that at the present time the two methods of payment form different relevant markets and do not compete with each other for the same customers. The Competition Commission therefore refrained from opening a preliminary investigation.

Maestro Debit Cards: introduction of an interchange fee and of a new price model of the Telekurs Multipay AG

In July 2004 the Competition Commission received two notifications relating to Maestro Debit Cards. One notification referred to the introduction of a multilateral interchange fee in connection with the adoption of the Maestro system. The Interchange fee is a fee that Telekurs Multipay AG has to pay for transactions in Switzerland to the suppliers of Maestro debit cards. The second notification concerns the introduction of a new price model by Telekurs Multipay AG as a result of the new tariff. In order to ascertain whether there were grounds indicating unlawful restraint of competition, the Secretariat of the Competition Commission opened a preliminary investigation in September 2004.

Four Notifications in the Area of Supplementary Health Insurance

Several health assurance companies have collective or individual contracts with a group or with public or publicly subsidised hospitals or private clinics in a number of cantons. The contracts affect in-patient services in the area of supplementary insurance, and establish the fees for private and semi-private treatment. It is still unclear whether this constitutes an unlawful pricing agreement (art. 5 para. 3 ACart), or whether it is a justified agreement for reasons of economic efficiency (art. 5 para. 2 ACart) or whether it is governed by cantonal provisions (art. 3 para. 1 ACart).

Swiss Pool for Air Transport Insurance

The Swiss Pool for Air Transport Insurance (SPL) is a group organised as a simple partnership that reinsures risks in air and space transport underwritten by its members as primary insurers. It maintains three sections covering accidents, third party and hull insurance. At present 18 primary insurers and four reinsurers are members of the Pool. The SPL standardises insurance companies' prices and terms and conditions of business, and this can accordingly be designated as an agreement restricting competition. Since the SPL also has a considerable share of the Swiss air transport insurance, there is a need to investigate whether the agreement restricts competition to a significant effect. It is also necessary to examine what reasons of

economic efficiency there are for the existence of the SPL.

Calculation aids for Veterinary Surgeons

This notification deals with the calculation aids used by veterinary surgeons for calculating prices and rates for their services. The aid consists of a catalogue of services and the tariffs to be charged for them. It must be ascertained whether these recommendations are in fact observed by the veterinary surgeons, and whether in the form they take they constitute an unlawful price agreement.

SVV Net Premium Tariffs

Since the coming into force of the Accident Insurance Act (AIA) in the year 1984, private insurance companies engaged in this social insurance have applied a standard group tariff in the areas of occupational accident insurance, non-occupational accident insurance and voluntary insurance. These tariffs are established by the Swiss Insurance Association (SVV). On 4th June 2004, the SVV submitted a report in order to have the permissibility of the tariffs revised on 1 January 2005 examined in terms of cartel legislation. During this process the SVV decided with immediate effect on 20th September 2004 to establish no further net premium tariffs.

The most important problem is at the insurance company level. The premiums for the year 2005 are based on the recommended net premium tariffs of the SVV. The tariff is implemented in countless subsequent contracts made by the insurance companies with the employers. In addition the insurance companies do not yet have available to them the databases required for the setting up of company specific tariffs. The tariffs conforming to cartel legislation will still be put in force within the transitional period, but they will require for their implementation an adjustment period that will extend beyond the expiry of the transitional phase.

Eskamed AG

The notification of the Eskamed AG concerns the new regulations governing the Alternative Medicine Register (AMR) kept by Eskamed, which come into force as of 1st January 2005. These regulations cover the contractual relationship between the therapists and Eskamed AG. The notification was submitted as a result of a previous procedure (investigation 32-0137, published in RPW 2004/2, p. 449 ff.), which resulted in the Competition Commission recognising certain signs indicating that Eskamed AG occupied a dominant position in the market for quality assurance systems.

Swisspower

On 18th May 2004, the company Swisspower submitted a notification in accordance with the transitional requirement. Swisspower comprises several small suppliers active in the electricity supply market, and their aim is to use their collective strength as a means of competing in the major client sector with the established companies Axpo, BKW, EOS etc. Although this conduct is covered in article 5 paragraph 3 ACart, the

Competition Commission came to the conclusion there is sufficient external competition to reverse the presumption of the elimination of effective competition. Since competition in the relevant market tends in fact to be furthered by this collective approach, the Competition Commission came to the conclusion that no indications of significant affection of competition were present, and there was therefore no cause for the opening of proceedings.

C State Approved Technical Obstacles to Trade

In the past year two parliamentary initiatives were presented which in effect deal with the problem of state approved trade obstacles in the case of imported goods (motion 04.3390 by National Council Member DORIS LEUTHARD and 04.3473 by Council of States Member HANS HESS). Although the situation has improved in recent years, parliament is of the opinion that there are still technical state regulations that have a restrictive effect on the importing of goods into Switzerland. Attention must be drawn here to, inter alia, Swiss regulations on production, testing, packaging and labelling, which impede the direct import of products into Switzerland and thereby increase costs, or which even prevent the import entirely, even though these products may be lawfully allowed to circulate within the EU ("High Price Island Switzerland" has become a buzz phrase).

An elimination of these trade obstacles could be achieved in the opinion of these politicians through the adoption of so-called "Cassis de Dijon" principle which is valid in the EU. This principle was formulated by the European Court of Justice (ECJ) in Luxembourg 25 years ago, when the Court was called upon to deliver a judgment in a case relating to the marketing of the French Liqueur Cassis de Dijon in Germany. The starting point was the principle that prevailed among the EU states relating to the free movement of goods (art. 28 EC Treaty). This principle can be restricted both by applying the exceptions listed under article 30 of the EC Treaty (explicit grounds for justification) and also through internal limits under article 28 of the EC Treaty. In the Cassis de Dijon judgement, the ECJ specified that restrictions for the internal market must be accepted only "to the extent that these provisions are necessary to do justice to compelling requirements" and to the extent that they are proportionate and do not discriminate. The Cassis de Dijon principle thus sets out to introduce the free movement of goods for those areas in which previously no common rules had been created for the putting of products into circulation (i.e. in the so-called "non-harmonised" area). National regulations hampering trade between states are therefore only acceptable if they are clearly recognised to be necessary in order to comply with certain requirements. According to European legal practice such requirements derive regularly from reasons of consumer protection and environment protection, and from considerations of public health.

The Cassis de Dijon principle in effect means that fundamentally any goods produced lawfully and allowed to circulate in one EU member state according to national regulations may also be permitted to circulate

without restriction in another member state. This holds good even when the products are manufactured according to technical or quality regulations that differ from the ones that prevail in the importing country. Marketing in the country of import is therefore possible if the goods comply with the legal regulations and manufacturing procedures of the country of export.

The issue is therefore the principle that the EU-member states mutually recognise each other's respective national regulations as long as there is no EU-wide harmonisation of technical regulations and standards. The Federal Council speaks of the "principle of equivalence of the respective member states' product legislation." (Integration report 1999). This principle does not however imply a mutual adaptation to legal regulations, but refers only to the area in which legal regulations have not been harmonised; domestic manufacturers may continue to be subject to stricter national regulations. In addition, the principle - as already mentioned - provides for exceptional cases in that the country of import can prohibit exports from other states provided it can prove that the regulations of the exporting country are inadequate for the task of protecting a public interest judged to be higher than the principle of free movement of goods.

The Federal Act of 6th October 1995 on Technical Barriers to Trade, which prevents the creation of technical barriers to trade and which is meant to eliminate them where they exist, as well as the bilateral agreement with the EU on the mutual recognition of conformity assessments (MRA), which affects 15 groups of products, have already led to at least a partial removal of state approved barriers to trade.

From the viewpoint of competition legislation every further step towards liberalising the movement of goods between the EU and Switzerland is in principle to be welcomed, as liberalisation measures, even mere unilateral ones, lead to increased prosperity. Switzerland should therefore proceed not only on the path of harmonisation, but also on the path of recognition. This requirement is also in accord with the principle of economic freedom which is guaranteed by the Swiss Constitution and which the Federation must uphold.

Since the Cassis de Dijon principle is based on Community wide trust in the member states' legal systems, the question arises as to whether or not Switzerland too might have this confidence in the legal systems of EU member states. The EU today already possesses a very high level of protection in the areas of health, safety, and consumer protection, and numerous goods in the non-harmonised area are allowed after all to circulate in 25 member states (are therefore not subject to any import restrictions); these facts reveal that this type of trust based on the Cassis de Dijon principle could ultimately lead to a facilitating of the free movement of goods and thus to an increase in prosperity in the struggle against "High Price Island Switzerland" as well. Well-founded exemptions from this regulation would always still be

possible, as the ECJ decision in Cassis de Dijon case revealed.

A survey of companies and associations carried out by the Secretariat of the Competition Commission revealed that at least in the areas of foodstuffs and "near-food" (e.g. cosmetics) there are still numerous regulations in existence that are judged by the companies and associations to be obstacles to trade and lead to the products being more highly priced in Switzerland.

For these reasons the competition authorities will encourage the further liberalisation of the movement of goods. Accordingly they will support the aforementioned parliamentary initiatives demanding the (unilateral) introduction of the Cassis de Dijon principle.

D Activities in Individual Economic Sectors

1. Services

In the field of health care, the Competition Commission has been able to conclude a number of investigations, in particular that in relation to the sale of veterinary medicines. Numerous manufacturers and wholesalers of veterinary medicines have refused to supply pharmacies, with the result that pharmacies remain to a large extent barred from purchasing or selling veterinary medicines. The competition authorities came to the conclusion that the detrimental effect on pharmacies in comparison with veterinary surgeons is contrary to the Cartels Act. In the final stage of the investigation, the manufacturers and wholesalers concerned reached an amicable settlement with the competition authorities and have since then unconditionally supplied pharmacies with veterinary medicines in accordance with the orders submitted. As a result, those who keep animals are now free to decide whether they wish to buy veterinary medicines from their vet or in the pharmacy. As part of these proceedings, the conduct of veterinary surgeons was also investigated, but concerns relating to compliance with competition law were not substantiated. No evidence was found of any agreement between veterinary surgeons that was aimed at preventing the sale of veterinary medicines to pharmacies (RPW 2004/4, p. 1040 ff.).

Likewise in the field of health care, it was possible to conclude the investigation against the Association of Private Clinics in the Canton of Geneva after its members declared that they were prepared not to continue with the Agreement relating to payment for in-patient services in the area of supplementary private health insurance (RPW 2004/3, 803 ff.). The investigation with regard to tariff agreements and joint billing of patients in semi-private wards in the Canton of Aargau was also concluded, as the parties terminated the agreement in the course of the proceedings (RPW 2004/4, p. 1018 ff./p. 1026 ff.). The investigation relating to the registration of therapists in the Alternative Medicine Register, which is a condition for some health insurance companies making reimbursement of the costs of complementary medical services was also concluded, with Eskamed AG amending the criteria applied for registration to meet competition law requirements (RPW 2004/2, p. 449 ff.). In addition, it was also possible to complete the investigation into

payments for "aids and apparatus" (incontinence aids, prostheses etc.) under compulsory health insurance, as despite the agreement between Santésuisse and a manufacturer of incontinence aids, all other incontinence aid products were paid for up to the official maximum price. Accordingly, there was no restraint on competition between manufacturers (RPW 2004/4, p. 1100 ff.).

In the banking sector, an investigation is ongoing with regard to the credit card interchange fee. Clarification should be obtained of whether the level of the domestic interchange fee - a clearing charge between credit card companies that recruit retailers ("acquirers") to accept credit cards and the institutions issuing of credit cards ("issuers") - has an effect on the general conditions of competition in the markets concerned. A preliminary investigation was opened against the issuer of Maestro charge cards and Telekurs relating to the introduction of the interchange fee in the debit card sector and of a new fee scheme (dealer commission). In addition, the merger proceedings relating to UBS/SBC (RPW 1998/2, p. 278 ff.) required the monitoring of compliance with Condition III relating to SME credits. This final condition arising from the merger of the UBS and the SBC expired on 31.12.2004.

In the field of liberal professions, the investigation into Zurich Airport (Unique) - Valet Parking remains open. This investigation relates to the question of whether Unique is abusing its potentially dominant position, in that it no longer permits two providers of "off airport" valet parking services to operate within the airport area. In this connection, the Competition Appeals Commission (REKO WEF) approved the interim measures ordered by the Competition Commission (RPW 2004/3, p. 859 ff.). A sanctions procedure is also ongoing in relation to a possible infringement of the Competition Commission's interim measures, which have now taken full legal effect.

2. Infrastructure

In the telecommunications sector, the Competition Commission has opened two investigations against Swisscom. Both investigations relate to possible abuses of a dominant position. The package deal "Talk & Surf" includes a telephone access, a broadband Internet connection and cut-price additional services. Swisscom refuses to allow interested telecommunications providers to resell a telephone access, with the result that other providers are unable to offer a comparable package with standard billing (cf. final report on the preliminary investigation in RPW 2004/2, p. 357 ff.). In the investigation "telephony services for business customers", the issue is a possible "price squeeze". The prices for certain input work (e.g. access to the mobile network belonging to Swisscom Mobile) that have to be paid by other suppliers of telecommunications services is in some cases higher than the price that Swisscom charges its own business customers.

A further investigation relates to termination charges in the mobile telephony market. The REKO WEF has

clearly confirmed the authority of the Competition Commission, which has been called into question by certain mobile telephony providers (RPW 2004/1, p. 204 ff.). In addition, it has been possible to conclude the investigation against Swisscom Directories AG. Swisscom Directories AG holds a dominant position in the market for electronic address data and the market for the supply of up-to-date directory data. The investigation was terminated as Swisscom Directories AG provides the basic data required by alternative directories and directory services according to conditions that cannot be regarded as harmful to competition (RPW 2005/1, p. 54 ff.).

The Competition Commission has also drafted three expert reports for Ofcom and ComCom. With regard to the award of the remaining GSM 1800 frequencies, the Competition Commission advocated that in order to stimulate competition the free frequencies should be awarded in a block, subject to the opening of the network to virtual network operators (RPW 2004/4, p. 1242 ff.). ComCom, however, has not followed this recommendation. In the two expert reports in connection with interconnection in accordance with article 11 of the Telecommunications Act and article 43 paragraph 1 letter a^{ter} of the Telecommunications Services Ordinance, Swisscom was held to hold a dominant position firstly in the market for access to broadband services (RPW 2004/4, p. 1263 ff.) and secondly in the market for leased lines in the local network (but not in the long distance network) (RPW 2004/4, p. 1248 ff.), although competitive pressure in the local network has, generally speaking, increased.

In the fields of media and advertising, the Competition Commission was called upon to assess a number of mergers. The Competition Commission prohibited (for the first time in merger proceedings) Berner Zeitung AG from taking a shareholding in 20minuten (Switzerland) AG, as this would have given the Espace Media Group a dominant position in the print media and advertising market in the Bern area, which would have effectively eliminated any competition (RPW 2004/2, p. 529 ff.). An appeal against this ruling is pending before the REKO WEF. However, the Competition Commission approved the participation of the Espace Media Groupe in Bund Verlag AG - with the exception of its interest in running Radio BE1 - as a result of the parlous financial situation of Bund Verlag AG (RPW 2004/2, p. 484 ff.). In coordination with the European competition authorities, the setting up of a joint venture by Bertelsmann AG and the Sony Corporation of America was also approved (RPW 2004/4, p. 1127 ff.). In addition, a preliminary investigation was opened that is intended to establish whether the cooperation between the NZZ Group and Publigroupe SA in relation to participations in publishing ventures and media marketing in the Zurich region is unobjectionable under competition law.

In the electricity industry, the focus was on the preparatory work for a new Power Supply Act (PowerSA). Here the competition authorities in the consultative committee stage and the consultation of the government offices is committed to the most competitively

neutral legislation possible with reasonable resources available for regulatory activities. Accordingly, the Commission and the Secretariat recommended free access to the network for all commercial electricity consumers and rejected the so-called WAS Model (RPW 2004/4, p. 1162 ff.). In 2004 an investigation was also made into the Association of the transmission networks of the major regional companies Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ and NOK as part of a merger control procedure. The decision in this matter had yet to be taken at the end of 2004. The Secretariat answered numerous requests for advice in relation to the provisions of the revised Cartels Act and the Federal Supreme Court judgement in the case of Watt/Migros - EEF, in which the Supreme Court adjudicated in favour of an obligation to transmit electricity from a third party supplier.

In addition, the Competition Commission completed its investigation into the market in meat. The indications of a collective dominant position held by the meat processing companies Micarna (Migros) and Bell (Coop) in the market for the purchase of pigs for slaughter were not substantiated (RPW 2004/3, p. 674 ff. and p. 726 ff.). Also concluded was the investigation into Feldschlösschen/Coca-Cola. The contractual agreements between Feldschlösschen and Coca-Cola are permitted under competition law. However, the Competition Commission held that the exclusive agreements entered into by Feldschlösschen with drinks purchasers for a term of more than five years were permitted only if they were tied to a loan, a loan for use, or a similar financial commitment, and in the case of hotels and restaurants termination of the agreement at any time after five years gives rise to an obligation to repay the outstanding debt (RPW 2005/1, p. 114 ff.). The investigation in the field of waste disposal, which related to the issue of whether Swico and S.EN.S have unlawfully divided up the market for organising the return and disposal of electrical waste as well as entering into an agreement on the level and rolling over of the pre-paid recycling charge, is still pending.

3. Product Markets

In the product markets sector, the guidelines on the notice on the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade were the focus element. In the implementation of this notice, which has been in force since 1st November 2002 in force, the Secretariat of the Competition Commission felt the need to provide guidelines on a certain number of issues that had been raised by the addressees of the notice. The Competition Commission summarised in these guidelines the most frequently asked questions (RPW 2004/3, p. 964 ff.). In doing so, it took account in particular of developments at a European level with regard to Regulation (EU) No. 1400/2002 and aimed for the greatest possible harmony with the practice developed by the European Commission.

In the retail trade sector, the CoopForte investigation specified criteria on the assessment of purchasing power puts into specific terms. The investigation was intended to indicate whether Coop by means of a

general discount of 0,5% (the CoopForte Bonus) from the invoice total payable by its suppliers is abusing a dominant position. The investigation revealed that there was intense competition between retailers, but that it is conceivable that individual suppliers are dependent on the Coop. The criteria for this were in particular the importance of Coop in the sale of the products in question, the bargaining position of trading partners (manufacturers of branded goods), as well as individual dependencies of specific suppliers, in relation to which the emphasis was mainly placed on alternatives and the necessity of having specific assets. As part of an amicable settlement, Coop has undertaken to verify within the next six months whether the use of the CoopForte Bonus is justified. Coop is undertaking to repay the bonus with retrospective effect if a supplier can credibly show that it has not received an equivalent consideration from Coop in return. Suppliers that have regular dealings with Coop are exempted from the verification process (RPW 2005/1, p. 146 ff.).

In the watch industry, the investigation into ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (hereinafter: ETA), a subsidiary of the Swatch Group, was concluded with the finding that ETA was abusing its dominant position. ETA had had the intention to discontinue its supply of ébauches (movement blanks) from January 2006 and thereafter to supply only fully assembled watch movements ("phasing-out"). The investigation revealed that ETA held a dominant position in the market for Swiss made mechanical ébauches up to a unit price of CHF 300.-. The termination of supplies has to be regarded as an unlawful refusal to do business and therefore as an abusive practice. For numerous competitors, the implementation of the phasing-out within such a short time meant in practical terms that they had been deprived of the basis for their business activity, as there was no alternative supplier. In an amicable settlement, ETA has undertaken to supply the ébauches until the end of 2008 at the current volume and thereafter for two further years at a reduced volume. This will create a situation in which alternative production plants may be set up (RPW 2005/1, p. 128 ff.).

In the construction markets sector, the Competition Commission opened an investigation into the question of whether competition was being obstructed in the case of invitations to tender for the supply of cement and concrete systems (manufacture of concrete with tunnel excavation material) for the NRLA construction sites and in the subsequent award of contracts. The two Neat-Tunnels are being constructed by the Alpine transit companies Gotthard AG and BLS Lötschberg AG respectively.

In addition, the Secretariat of the Competition Commission has opened a preliminary investigation into FIFA. It is intended to establish whether there are indications of unlawful competitive behaviour in the application of the FIFA regulations. The investigation relates to the issue of players being made available by their clubs for free when playing for their national teams in events organised by FIFA.

4. *Internal Market Act*

The focus of the activities of the Competence Centre for the Internal Market was its participation in the revision of the Internal Market Act (IMA). As a member of the panel of experts appointed by the Federal Department of Economic Affairs, it was required to revise the preliminary draft, evaluate the findings of the consultative committees and edit the dispatch that was approved by the Federal Council on 24th November 2004. The revised IMA should improve efficiency in the market through the further reduction of cantonal and communal restrictions on market access (objective for the economy as a whole), greater freedom to practise a trade or profession (objective for the rights of individuals) and the reinforcement of the function of the competition authorities (institutional objective).

In addition, the Competence Centre for the Internal Market took part in joint activities with the Competence Centre for the Economy on the revision of the law on public procurement. In this connection, the primary element was the analysis of regulations currently applicable from the point of view of competition and, based on this, the drafting of proposals intended to guarantee a competition-friendly structure for the future law on public procurement.

5. *International Relations*

The policy begun in 2003 of strengthening Swiss representation Switzerland at international level with a view on the one hand of improving international relations and on the other of increasing international recognition of the Swiss competition authorities was continued in 2004. The Competition Commission and its Secretariat have cultivated regular contacts with the European and the American competition authorities. In addition, an official visit from the Finnish and German competition authorities was organised.

The Swiss competition authority played an active role in the work of various *international organisations*, in particular in the Competition Committees of the OECD, in the International Competition Network (ICN), in UNCTAD, the IMF, the EFTA and the "Ligue Internationale du Droit de la Concurrence" (LIDC). The work of the WTO towards an international agreement on competition law was temporarily suspended following the Ministerial Conference in Cancun. The Secretariat was therefore able to devote all its resources to the following activities:

OECD: The Competition Commission and its Secretariat were active in various OECD working groups (CLP, Working Parties 2 and 3, Joint Group on Trade and Competition). In the course of these activities, the Secretariat submitted several written submissions on various competition policy themes.

ICN: In April 2004, the Competition Commission and its Secretariat took part in the third annual conference of the ICN in Seoul as well as in the "Leniency and Cartel Workshop" in Sydney, which was organised by the new ICN working group on cartels.

UNCTAD: As part of the exchange programme for Latin-American trainees, which has been set up by the Secretariat in cooperation with Seco as part of a programme of cooperation with UNCTAD, the first two trainees, who came from Brazil and Argentina, were able to work in the Secretariat.

6. Outlook

The competition authorities have made it a priority for 2005 after expiry of the transition period to take proceedings in the areas of hard horizontal and vertical cartels (art. 5 paras. 3 and 4 ACart) as well as in the area of abusive practices by dominant companies (art. 7 ACart). In addition, it is intended to process notifications of newly introduced restraints of competition (art. 49a para. 3 let. a ACart) efficiently and in good time. The Competition Commission will also campaign for the abolition state approved technical barriers to trade.

The competition authority will also wherever possible complete pending investigations (see E.4), and begin full investigations in cases where preliminary investigations reveal indications of unlawful restraints of competition.

E Organisation and Statistics

1. Competition Commission

In the composition of the Competition Commission, the following changes took place in 2004: Dr. JÜRGEN NIKLAUS, representative of the Swiss Farmers' Union, and Dr. JOHANN ZÜRCHER, representative of the con-

sumers' organisations, were appointed to the Competition Commission in the middle of 2004. Prof. JEAN-CHRISTIAN LAMBELET retired from the Competition Commission at the end of 2004. Dr. EVELYNE CLERC was appointed as his successor. Economiesuisse is now represented in the Competition Commission by Mr THOMAS PLETSCHER, who takes over from Dr. PETER HUTZLI, who resigned. Dr CLERC and Mr PLETSCHER take up their positions at the start of 2005.

The Competition Commission held 17 plenary sessions in 2004. At an internal meeting on the subject of retail trade on 3rd May 2004, experts from the branch presented information on potential developments in the Swiss retail trade market.

2. Secretariat

With a view to the introduction of the revised provisions on 1st April 2004, the Secretariat reviewed its internal structure. The investigations, carried out with the assistance of external specialists, revealed no need for structural modifications. Individual small alterations have been made; however, these change nothing in the current organisation of the Secretariat with three market services and a service for resources & logistics.

At the end of the year, the Secretariat employed 60 members of staff (full-time and part-time). The percentage of women was 43,33% (position at the end of 2003: 56 employees, percentage of women 42,86%).

3. Statistics

Investigations	2003	2004
Carried out during the year	23	24
Carried over from previous year	19	21
Opened	4	3
Final decisions	5	10
Modification of conduct	2	1
Amicable settlement	1	2
Administrative rulings	2	3
Interim measures	2	1
Sanctions proceedings	1	0
Preliminary investigations	2003	2004
Carried out during the year	46	47
Carried over from previous year	27	25
Opened	19	22
Results	30	20
Investigations opened	4	3
Modification of conduct	7	2
No consequences	19	13
Notifications	2003	2004
In accordance with transitional provision of 20 June 2003	no answer	154
In accordance with art. 49a para. 3 let. a ACart	no answer	7
Advice in relation to the revised provisions	no answer	56
Monitoring of the market	2003	2004
Carried out during the year	139	102
Concluded	95	82
Ongoing	44	20

Mergers	2003	2004
Reports	30	21
No objection following preliminary examination	25	16
Investigations	5	6
Decisions of the Competition Commission	2	2
Early implementation	1	2
Sanctions	0	2
Expert reports, recommendations and opinions etc.	2003	2004
Expert report (art. 15 ACart)	0	3
Recommendations (art. 45 ACart)	2	0
Expert report (art. 47 ACart or 11 TCA)	2	7
Opinions on applications for RTVA concessions	12	13
Follow-up checks	2	1
Notices (art. 6 ACart)	0	1
Internal Market Act	2003	2004
Recommendations/ investigations (art. 8 IMA)	0	1
Expert reports (art. 10 I IMA)	1	0
Guidelines (Secretariat)	6	3

4. Investigations carried out in 2004

<i>Investigation</i>	<i>Investigation opened due to indications of:</i>	<i>Opened on:</i>	<i>Conclusion</i>	<i>Result</i>
Tariff agreement in the semi-private supplementary insurance with private clinics in the Canton of Aargau	Unlawful price-fixing agreements	12.05.2000	01.10.2004	Investigation terminated because contracts have been cancelled (following Appeals Commission decision dated 10.10.2003 that quashed the injunction dated 1.10.2001)
Sale of veterinary medicines	Unlawful exclusive sales agreements	25.05.2000	11.10.2004	Amicable settlement on the supply of pharmacies
Elektra Baselland	Unlawful refusal to transmit electricity	04.08.2000	pending	
Feldschlösschen/Coca Cola	Abuse of dominant position in beverages market	20.11.2000	06.12.2004	Finding of unlawful agreements on the restraint of trade in the relationship between Feldschlösschen and the operators of hotels and restaurants
CoopForte	Abuse of dominant position	03.12.2001	08.11.2004	Amicable settlement on retrospective assessment and possible repayment of th CoopForte Bonus
Debit cards	Abuse of dominant position, prohibition of price differentiation depending on the method of payment	29.01.2002	pending	
Complementary medicine "Alternative Medicine Register" (AMR)	Dominant position, restraint on the initiation or exercise of competition	31.01.2002	26.04.2004	Adaptation of conduct in the course of the investigation
Market in meat (pork)	Abuse (collective) of dominant position, enforcement of unreasonable prices	01.02.2002	15.03.2004	There is no (collective) dominant position respectively abuse
Axpo Sales Partnerships	Abuse of dominant position in relation to end distributors of electricity	27.03.2002	pending	
SWICO/S.EN.S	Unlawful competition-related agreements relating to the disposal of electrical waste	16.05.2002	pending	
Teleclub/Cablecom	Abuse of dominant position due to non-activation of Teleclub digital on the CATV-network	23.09.2002	pending	
Termination of mobile phone networks	Dominant position of mobile phone network operators in their networks as well as price-fixing agreements for termination charges	15.10.2002	pending	

ETA SA Fabrique d'Ebauches	Abuse of dominant position in relation to customers of movement blanks	04.11.2002	08.11.2004	Amicable settlement on continued supply of ébauches for next six years
Publicitas	Abuse dominant position due to discrimination	06.11.2002	pending	
Book price-fixing ("Sammelrevers")	Unlawful price-fixing agreement (following decision of the Federal Supreme Court, the Competition Commission is carrying out an efficiency assessment)	02.12.2002	pending	
Tariff agreement in semi-private supplementary insurance with public hospitals in the Canton of Aargau	Unlawful price-fixing agreement	17.12.2002	01.10.2004	Termination of the proceedings due to cancellation of the contracts in question
Payment for aids and apparatus in compulsory health insurance	Unlawful agreement restricting competition among health insurance companies	27.03.2003	25.10.2004	Termination without consequences, as no unlawful agreement restricting competition
Members of the Association of Geneva private clinics	Unlawful price-fixing agreement on billing of services provided in semi-private and private wards	18.08.2003	05.04.2004	Adaptation of conduct during the ongoing investigation
Swisscom Directories	Abuse of a dominant position in the passing on of regulated directory data to competitors of Swisscom Directories	04.11.2003	22.11.2004	Finding of a dominant position, but no abuse
Zurich Airport - Valet Parking	Abuse of a dominant position by not issuing licences for parking services	01.12.2003	pending	Interim measures against Zurich Airport to maintain the current position on 1.12.2003, opening of sanctions proceedings
Interchange Fee	Unlawful agreement restricting competition between credit card systems relating to the interchange Fee	15.12.2003	pending	
Swisscom "Talk & Surf"	Abuse of a dominant position by package offer	16.02.2004	pending	
Swisscom telephony services for business customers	Abuse of a dominant position due to a price squeeze	16.02.2004	pending	
Cement and concrete prices for NRLA	Price-fixing agreements on the award of contracts, possible abuse of dominant position	22.11.2004	pending	

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. <i>Vorabklärungen</i> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>
B 1.1	1. <i>Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines</i>

Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecite; art. 7 LCart

Rapport final du 21 décembre 2004 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart sur le cas. Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines relatif à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'article 7 LCart

A. En fait

1. Par courrier du 24 août 2004, diverses agences de voyage (ci-après: agences) regroupées au sein du Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS) ont dénoncé auprès du Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: secrétariat) une pratique que Swiss International Air Lines SA (ci-après: Swiss) envisage d'imposer aux agences à compter du 1^{er} janvier 2005, impliquant la cessation du paiement de commissions aux agences pour la vente de billets sur les vols de Swiss. RAVIS estime que ce comportement est susceptible de constituer un abus de position dominante au sens de l'article 7 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels; LCart; RS 251). Il a requis d'assortir la procédure de l'effet suspensif (maintien du système de commissions actuel).

2. Le présent cas tombe sous le champ d'application de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (ATA; RS 0.748.127.192.68). Après avoir consulté la Commission européenne, le secrétariat a estimé que l'article 10 ATA est applicable en l'espèce, ce qui implique la compétence des autorités suisses ainsi que l'applicabilité du droit suisse.

3. Le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart et, le 5 octobre 2004, a fait

parvenir à Swiss un questionnaire afin de clarifier l'état de fait. Le 6 octobre 2004, le secrétariat a refusé d'accéder à la requête de mesures provisionnelles déposée par RAVIS (maintien du système de commissions actuel).

4. Le but de l'enquête préalable est de déterminer s'il existe des indices indiquant que le changement de système de distribution imposé par Swiss constitue une pratique illicite.

5. Les agences membres de l'International Air Transport Association (IATA) sont soumises à l'octroi d'une licence leur autorisant la vente de billets d'avion pour le compte des compagnies aériennes. Les prestations fournies par les agences dans le cadre de la vente de billets sont notamment la mise à disposition d'une infrastructure, de locaux, de personnel qualifié IATA, de systèmes informatiques spécialisés dans ce domaine, d'encaissements et décomptes, ainsi que d'encaissement de taxes et redevances gouvernementales et locales.

6. Les relations entre les agences et Swiss se fondent notamment sur la résolution de l'Accord IATA 824. Celui-ci prévoit une rémunération de l'agence par la compagnie aérienne pour la vente de billets et services auxiliaires. Jusqu'à présent Swiss rémunérait les agences par le biais d'une commission de 7% sur le prix net du billet vendu. Le système de commissions était le standard pratiqué par la plupart des compagnies aériennes dans le monde.

7. Par communiqué de presse du 7 août 2003 Swiss a annoncé la suppression de la commission en pourcentage à compter du 1^{er} janvier 2005, les commissions de 7% restant valables dans l'intervalle. Cette décision apparaît avoir été prise après d'intenses négociations portant sur la future rémunération des agences, menées depuis le début de l'année avec les représentants du secteur touristique. En juin/juillet 2004 Swiss a présenté aux agences un nouveau contrat.

8. Ledit contrat stipule que l'agence ne sera plus rémunérée sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires pour les prestations commerciales liées à la vente de prestations de transport de Swiss. Afin de rémunérer ces prestations commerciales, l'agence pourra/devra percevoir de ses clients un montant en supplément du tarif net pratiqué par Swiss. Ce montant, couvrant les frais d'émission, est fixé librement par chaque agence sur la base d'un calcul interne.

9. Pour sa part, Swiss percevra également des frais d'émission, soit CHF 50.- pour les vols européen et CHF 80.- pour les vols long-courriers. Si la réservation est effectuée sur le site Internet de Swiss, le montant s'élève à CHF 25.- pour tous les vols. Aucun coût additionnel ne sera perçu pour les "Web Specials" et les deux classes de réservation les plus basses du réseau européen.

B. En droit

B.1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

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

11. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (Message concernant la Loi sur les cartels, édition spéciale, p. 63). Swiss est une entreprise au sens de cette définition.

12. L'examen de la position dominante s'effectue sous l'angle de l'article 7 LCart (ch. 24 ss.). La position dominante est une forme qualifiée de la puissance sur le marché (cf. DPC 2001/2, p. 268, ch. 79; Message concernant la Loi sur les cartels, édition spéciale, p. 75 s.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1998, art. 2 ch. 14). Dans la mesure où la position dominante est démontrée par la suite, la puissance sur le marché doit dès lors être reconnue. Si la position dominante ou un abus d'une position dominante devait être nié, l'examen de la puissance sur le marché deviendrait obsolète, puisque dans ce cas il n'existerait pas de comportement relevant pour le droit des cartels au sens de l'article 7 LCart.

B.2 Prescriptions réservées

13. En vertu de l'article 3 alinéa 1 de la Loi sur les cartels, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées.

14. Dans ce contexte, on peut relever les divers accords entre la Suisse et des pays tiers dont beaucoup stipulent qu'une seule compagnie aérienne nationale peut desservir des lignes directes entre les deux pays contractants. Souvent, la fixation du prix est également réglée dans ces accords. De tels accords sont susceptibles de tomber sous l'article 3 alinéa 1 et dev-

raient être pris en considération si des liaisons de transport spécifiques étaient examinées.

B.3 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

B.3.1 Entreprise en position dominante

15. Une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart ne peut être le fait que d'une entreprise dominant le marché. Aux termes de l'article 4 alinéa 2 LCart cette notion se réfère à une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Afin de déterminer si une entreprise domine le marché, ce dernier doit d'abord être défini.

B.3.1.1 Marché de référence

16. Le marché de référence est composé d'un élément matériel et d'un élément géographique.

a. Marché de produits

17. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 6 octobre 1995, OCCE [RS 251.4] par analogie).

18. Pour une compagnie aérienne, les agences constituent un canal de distribution pour la vente de billets pour ses vols. Entre autres, celles-ci informent le passager potentiel, vendent le billet et procèdent à l'encaissement au nom de la compagnie aérienne. Pour la grande majorité des compagnies aériennes, les services des agences de voyages ne sont pas (encore) substituables par un autre canal de distribution.

19. Dans l'arrêt Virgin/British Airways¹, la Commission européenne a défini un marché des services d'agences de voyages aériens, qu'elle a jugé distinct du marché du transport aérien. Selon cette définition, les agences de voyages agissent pour le compte des compagnies aériennes en qualité d'intermédiaires indépendants exerçant une activité de prestation de services autonome. Les compagnies aériennes sont les acheteurs de ces services (promotion et publicité pour les compagnies aériennes, information et conseil aux passagers, émission du billet, encaissement du prix et versement aux compagnies aériennes). British Airways a contesté la définition du marché telle que l'opère la Commission, estimant que la base devrait être l'offre de services de transport aérien. Le Tribunal de Première Instance a confirmé l'avis de la Commission en affirmant que les services des agences de voya-

¹ Décision de la Commission 2000/74/EC du 14 juillet 1999, IV/d-2/34.780 - Virgin/British Airways, JO 2000 L 30, p. 1.

ges aériens constituent un marché distinct du marché de transport aérien, retenant que - à l'époque de l'arrêt contesté - les compagnies aériennes ne pouvaient pas remplacer ces services par une autre forme de distribution de billets.² Swiss pour sa part s'est déclarée d'accord avec une définition du marché de produits telle que retenue par l'UE.

20. On pourrait également estimer que l'accent devrait être mis sur le marché du transport aérien. L'argument principal en faveur d'une telle définition du marché est la dépendance des agences envers une compagnie aérienne, lorsque l'agence ne peut substituer certains vols de cette compagnie par des offres d'autres compagnies aériennes. Ainsi, en examinant la position sur le marché pour des vols pour diverses destinations le résultat serait différent et plus complexe. RAVIS a fait référence quant à elle à la position de Swiss sur le "marché suisse des voyages aériens".

21. En l'espèce, pour le cadre de cette enquête préalable, le secrétariat retient le marché des services d'agences de voyages aériens, sans négliger l'importance de l'offre de services du transport aérien.

b. Marché géographique

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

23. Le secrétariat retient comme marché géographique déterminant le territoire de la Suisse et du Liechtenstein, où les conditions du marché semblent être dans une large mesure homogènes. C'est également le marché domestique de Swiss.

B.3.1.2 Position sur le marché

24. L'application de l'article 7 LCart exige que l'entreprise incriminée ait une position dominante sur le marché. Selon l'article 4 alinéa 2 LCart, on entend par entreprise dominant le marché une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

25. Dans sa plainte, RAVIS présume que Swiss est une entreprise dominante sur le marché, en relevant "l'influence indiscutable dont dispose la compagnie nationale Swiss International Air Lines SA sur le marché suisse des voyages aériens". Il en veut pour preuve qu'après l'annonce de Swiss de changer son système de distribution avec les agences beaucoup d'autres compagnies aériennes ont suivi son exemple.

26. Quelle que soit la définition du marché, Swiss détient sans doute encore une position forte en Suisse dans le secteur du transport aérien relatif à ses concurrents. Elle a encore des parts de marché³ significativement plus élevées que ses plus grands concurrents. Elle est (notamment en raison de traités bilatéraux qui prévoient qu'une seule compagnie aérienne nationale a le droit de desservir des lignes entre la

Suisse et l'autre pays) souvent la seule compagnie aérienne à offrir des lignes directes entre la Suisse et d'autres pays hors de l'Europe. Pourtant, la position de Swiss est bien inférieure à celle que détenait Swissair, et est également bien inférieure, en comparaison, avec la position de compagnies aériennes étrangères importantes sur leur marchés domestiques. Les parts de marché de Swiss ont fortement diminué les dernières années. Principalement dans le transport aérien en Europe, Swiss perd des parts de marché face à une forte concurrence d'autres compagnies aériennes, d'un côté par les compagnies "low-cost" qui attirent les clients sensibles au prix, de l'autre côté au niveau des passagers "business" par des compagnies traditionnelles et par celles qui sont spécialisées sur ces clients. Il est également à constater que Swiss n'est pas la compagnie dominante sur tous les aéroports nationaux: à Genève, la compagnie "low-cost" easyJet offre plus de vols que Swiss.

27. La position des agences ne doit pas être négligée. Ce canal de distribution est très important pour une compagnie aérienne. Les agences ont un contrepoids considérable qu'elles savent mettre en œuvre, par exemple en menaçant de boycotter Swiss après l'introduction de son nouveau système de réservation sur Internet.⁴

28. Au vu des parts de marché actuelles, de leur évolution, de la concurrence intense sur une grande partie du marché du transport aérien, ainsi que de la position des agences de voyages, le secrétariat doute que Swiss détienne une position dominante par rapport aux agences. Une appréciation définitive de la définition du marché et d'une éventuelle position dominante de Swiss ne pourraient intervenir qu'après avoir effectué de plus amples recherches. Ces questions peuvent cependant rester ouvertes, dans la mesure où le comportement de Swiss ne constitue pas une pratique illicite.

B.3.2 Pratiques illicites

29. En vertu de l'article 7 alinéa 1 LCart sont réputées illicites les pratiques d'entreprises ayant une position dominante lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises

² T-219/99, British Airways plc c. Commission des Communautés européennes, Recueil de la jurisprudence 2003-0000, N. 100.

³ Le secrétariat dispose des chiffres sur les parts de marché provenant notamment de "Net-Advance" (chiffres des ventes par les systèmes informatiques de réservation). Ces chiffres sont considérés comme des secrets d'affaires.

⁴ Un tel accord à fin de boycott peut également soulever des questions de droit de la concurrence. Dans le cas concret, le secrétariat a renoncé à poursuivre l'étude du cas en tenant compte du changement rapide de ce secteur.

à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. En l'espèce, il pourrait s'agir notamment d'un cas relevant de l'article 7 alinéa 2 lettre c LCart, à savoir l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable.

30. Les relations entre Swiss et les agences sont - en dehors des règles de la résolution 824 - régies par les règles du contrat d'agence (art. 418a ss. CO). Dans ce cadre, plusieurs méthodes de rémunération (art. 418g CO) sont possibles, soit par exemple une commission sur le chiffre d'affaires (la méthode la plus fréquente) ou la différence entre le prix fixé par le mandant et le prix qui peut être réalisé sur le marché libre.⁵ Le nouveau système qui sera introduit ne modifiera que le mode de la rémunération, passant d'une commission sur le chiffre d'affaires (1) à la possibilité pour l'agence de percevoir des frais d'émission d'un montant à déterminer individuellement.

31. Les agences auront l'obligation de déclarer clairement le prix net du billet. Swiss facilite l'introduction de frais d'émission par les agences en percevant elle-même de tels frais. Cette pratique est respectivement devient courante sur les marchés européens. Il convient d'ajouter que Swiss avait déjà annoncé le changement du modèle de distribution au mois d'août 2003. Les agences avaient donc suffisamment de temps pour se préparer à la nouvelle situation.

32. En outre, le comportement d'une entreprise dominante n'est illicite que dans le cas où celui-ci ne peut être justifié par des raisons économiques ("legitimate business reasons"). Une entreprise dominante doit avoir la possibilité d'améliorer son efficacité, notamment en abaissant les coûts ou en introduisant une technologie ou un système de distribution plus efficace même si cela a pour effets secondaires des implications négatives pour ses partenaires ou ses clients.

33. En l'espèce, en abandonnant le paiement de commissions, Swiss entend réduire ses coûts dans le canal de distribution des agences. Par ce changement elle s'adapte à plusieurs évolutions sur le marché:

- La tendance à modifier la distribution par les agences dans le sens d'un système tel qu'envisagé par Swiss s'observe à l'échelle mondiale. Sur les marchés européens importants, les commissions seront abandonnées totalement ou réduites à 1% en 2005. En Allemagne et en France, les marchés domestiques des principaux concurrents de Swiss, Air France et Lufthansa, aucune commission ne sera payée. Si Swiss maintenait le système actuel de commissions elle serait désavantagée par rapport à ses concurrents.
- La vente de billets par les agences est la méthode de distribution la plus importante pour Swiss. Cependant au cours des dernières années, elle a perdu du poids au profit de la vente directe. Ce phénomène peut être observé auprès de nombreuses compagnies aériennes. En particulier, les ventes par Internet ont significativement augmenté. Internet est particulièrement utilisé pour la réservation de billets simples ("point to point") et avantageux. Les

coûts de distribution sont différents pour les divers canaux de distribution. En raison des commissions payées et des coûts importants des systèmes informatiques de réservation (CRS), la distribution par les agences est particulièrement onéreuse. Les coûts de la vente directe sont habituellement inférieurs, et une vente par Internet implique des coûts sensiblement plus bas. Cette dernière est particulièrement utilisée par les compagnies "low-cost". Afin de rester compétitive, une compagnie aérienne comme Swiss a intérêt à inciter quelques segments de sa clientèle à utiliser les canaux qui engendrent pour elle un minimum de coûts. Par conséquent, pour ses propres frais d'émission, Swiss ne percevra que CHF 25.- par billet vendu sur Internet, contre CHF 50.- (destinations en Europe) et CHF 80.- (destinations hors Europe) pour les autres formes de vente directe. Il est probable que les agences qui offrent un système de réservation virtuel exigeront également des frais d'émission inférieurs à ceux d'une vente "traditionnelle". Ainsi, le nouveau mécanisme, sans commissions, aura pour effet de mieux faire jouer les avantages des divers canaux de distribution.

34. Le nouveau système, basé sur les prix nets (qui sont les mêmes pour Swiss et les agences), est susceptible d'augmenter la concurrence entre les agences, car les frais d'émission (avec les frais de consultation) constituent un élément de sélection additionnel.

35. Swiss a communiqué qu'elle ne réduira pas les prix de ses billets suite au changement de système même si ses coûts devaient baisser par la suppression des commissions. Il est même possible que les prix augmentent. Sur les marchés libéralisés (notamment le territoire de l'UE) la concurrence est forte et des augmentations des prix ne pourront très probablement pas être imposées. Par contre, des augmentations de prix seront éventuellement possibles (en fonction de l'élasticité de la demande) pour les liaisons protégées par des accords bilatéraux ou celles où il n'y a pas une concurrence actuelle ou potentielle suffisante. Le fait que Swiss ne baisse pas les prix des billets peut être admis, du fait que les prix de vols ont constamment baissé ces dernières années. De ce fait et en raison de la situation financière difficile de Swiss, il est compréhensible que celle-ci essaye de ralentir la réduction de sa marge, en cherchant des méthodes de distribution plus efficaces et cesse entre autres de payer des commissions. Swiss estime pour sa part qu'elle aurait dû adapter les prix dans le segment brut sans l'introduction du nouveau système de distribution.

⁵ Cf. THEODOR BÜHLER, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, Teilband V 2f, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zurich 2000, p. 106, avec renvoi à HANS ULRICH ZÜRCHER, Der Provisionsanspruch des Agenten nach dem Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949, thèse, Berne 1952.

36. Le changement du système de distribution par Swiss ne constitue donc pas une pratique illicite au sens de l'article 7 LCart.

C. Conclusions

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

1. constate qu'il n'y a pas indice d'une pratique illicite d'une entreprise dominant le marché;
2. clôt l'enquête préalable sans suite;
3. communique la clôture de l'enquête préalable aux parties.

B 1.1	2. TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera
--------------	---

Unzulässige Wettbewerbsabrede und unzulässige Verhaltensweise; Art. 5 und 7 KG

Accord illicite et pratique illicite; art. 5 et 7 LCart

Accordo illecito e pratiche illecite; art. 5 e 7 LCart

Schlussbericht vom 19. November 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 5 und 7 KG

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wurde von mehreren Konsumenten auf die von drei im Kanton Graubünden ansässigen Bergbahngesellschaften angebotene TopCard aufmerksam gemacht. Bei der TopCard handelt es sich um ein gemeinsames Abonnement der Davos Klosters Bergbahnen AG, Klosters (nachfolgend: Bergbahnen Davos-Klosters), der Weisse Arena Bergbahnen AG, Laax (nachfolgend: Bergbahnen Flims-Laax-Falera) und der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Lenzerheide (nachfolgend: Bergbahnen Lenzerheide-Valbella). In den Wintersportregionen Davos-Klosters und Flims-Laax-Falera gilt die TopCard seit der Wintersaison 2001/02. Beginnend mit der Wintersaison 2004/05 wurde die Gültigkeit der TopCard auf die Region Lenzerheide-Valbella ausgeweitet. Die Konsumenten brachten in ihren Eingaben an das Sekretariat vor, dass die TopCard eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den involvierten Bergbahngesellschaften und damit Preiserhöhungen bewirke und die Kunden zur Annahme von Leistungen zwingt, die sie ohne TopCard nicht nachfragen würden.

2. Am 13. September 2004 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Kartellgesetzes (KG; SR 251). Im Rahmen der Vorabklärung wurde geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das gemeinsame Abonnement TopCard eine allenfalls unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG darstellt und ob bezüglich der mit der TopCard verbundenen Koppelungspraktiken Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen gemäss Artikel 7 KG bestehen.

3. Adressaten des vorliegenden Schlussberichts sind die Bergbahnen Davos-Klosters, die Bergbahnen Flims-Laax-Falera und die Bergbahnen Lenzerheide-Valbella. Im Laufe der Vorabklärung beantworteten die drei Bergbahngesellschaften je einen Fragebogen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

5. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468, S. 533). Die genannten Bergbahngesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

6. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 10 ff.) eingegangen.

7. Die Prüfung der Marktbeherrschung der Unternehmen erfolgt unter Artikel 4 Absatz 2 KG (Rz. 42 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar (vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2, Rz. 14). Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen kann.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

9. Bezüglich des Betriebs von Bergbahnen und dem Angebot von Abonnements für die Benützung von Bergbahnen sind keine Bestimmungen ersichtlich, welche im Zusammenhang mit vorliegender Vorabklärung als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG Bedeutung erlangen könnten.

B.3 Keine unzulässigen Wettbewerbsabreden beim gemeinsamen Angebot eines Abonnements (TopCard)

10. 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).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

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

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

13. Bei der TopCard handelt es sich um ein gemeinsames Angebot der Bergbahnen Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella, das an die Stelle der zuvor separat erhältlichen Saisonabonnemente der Wintersportgebiete getreten ist. Die drei Bergbahngesellschaften gehen damit bewusst und gewollt eine Kooperation ein, die zu einer Vereinheitlichung der Saison- respektive Jahresabonnementspreise in den drei Regionen führt. Dass ein internes Kontrollsystem besteht, das in Abhängigkeit von der Frequentierung der einzelnen Bergbahnen durch die TopCard-Kunden Ausgleichszahlungen zwischen den drei Bergbahngesellschaften vorsieht, ändert daran nichts. Hinsichtlich der Preise der Saison- respektive Jahresabonnemente wird somit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt. Die TopCard stellt das Vehikel dar, mit welchem die drei Bergbahngesellschaften miteinander eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG eingehen.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

14. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

15. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -kom-

ponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 100). Auf welche Weise die Preisfestsetzung erfolgt, ist somit für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand nicht entscheidend (vgl. RPW 2001/4, S. 666 f., Rz. 70).

16. Die drei Bergbahngesellschaften, welche gemeinsam die TopCard anbieten, stehen tatsächlich (oder zumindest der Möglichkeit nach) miteinander im Wettbewerb. Mit Hilfe der TopCard erfolgt eine gemeinsame Festsetzung der Saison- beziehungsweise Jahresabonnementspreise. Demzufolge ist vorliegend der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

B.3.2.2 Umstossung der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

17. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

18. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

19. 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 17.6.1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

20. Bei der Marktgegenseite der an der Abrede beteiligten Bergbahngesellschaften handelt es sich primär um Wintersportler, welche die von den Bergbahngesellschaften betriebenen Bergbahnen (Standseil-, Luftseil-, Gondel-, Sesselbahnen und Skilifte) zwecks Ausübung ihrer sportlichen Betätigung benützen.

21. Diese Bergbahnen sind ein integraler Bestandteil der von den einzelnen Wintersportregionen insgesamt zur Verfügung gestellten Infrastruktur (Ski- und Snowboardpisten, Wanderwege usw.). Das Vorhandensein von auf die Bedürfnisse der Kundschaft angepassten Bergbahnen ist nur ein Parameter, der für den Wettbewerb zwischen verschiedenen Wintersportregionen relevant ist. Andere wichtige Parameter sind Pistenbeschaffenheit, Schneesicherheit, geografische Lage, Vorhandensein von Hotels, Bergrestaurants usw. Trotzdem kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens der in Frage kommende sachlich relevante Markt auf den Betrieb von Bergbahnen in Wintersportgebieten eingeschränkt werden, da eine weitere sachliche Marktabgrenzung die

kartellrechtliche Beurteilung nicht beeinflussen würde.

22. Zu prüfen ist hingegen, ob sich eine engere sachliche Marktabgrenzung aufdrängt. Der Marktgegenseite stehen zur Nutzung dieser Infrastruktur mehrere Abonnementstypen zur Verfügung, die auf die verschiedenen Kundengruppen abgestimmt sind. Das Angebot verschiedener Abonnementstypen beinhaltet sowohl Elemente einer Preisdifferenzierung aufgrund beobachtbarer Eigenschaften der Nachfrager (Familienkarten, Ermässigungen für Kinder und Jugendliche, Senioren, Einheimische, Skischulen und VIP) als auch einer Preisdifferenzierung aufgrund nicht beobachtbarer Eigenschaften der Nachfrager (Tages-, Mehrtageskarten, Saison- und Jahresabonnemente).

23. Aufgrund der mittels Preisdifferenzierung bewirkten Marktsegmentierung kann sich unter Umständen eine engere, auf einzelne Kundengruppen fokussierte Marktabgrenzung ergeben. Die Nachfrager von Saison- und Jahresabonnements bestehen zu einem grossen Teil aus Ferienhaus- und Ferienwohnungsbesitzern und Personen aus der näheren Umgebung, während die Nachfrager von Tages- und Mehrtageskarten in der Regel eine weitaus geringere Bindung an eine bestimmte Wintersportregion aufweisen dürften. Zu erwähnen ist, dass die TopCard für die Bevölkerung der jeweiligen Wintersportregionen nicht relevant ist, da dieser Kundengruppe ohnehin Sonderkonditionen gewährt werden.

24. Es ist davon auszugehen, dass die Tages- und Mehrtageskarten eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preise der Saison- und Jahresabonnemente ausüben. Sobald die Preise der Saison- und Jahresabonnemente eine bestimmte Schwelle überschreiten würden, dürfte dies auch viele der typischen Nachfrager von Saison- und Jahresabonnements (Ferienhaus- bzw. Ferienwohnungsbesitzer, Personen aus der näheren Umgebung) dazu bewegen, auf Tages- und Mehrtageskarten - bei denen aufgrund des stärkeren Wettbewerbsdrucks von Seiten anderer Wintersportregionen geringere Preissetzungsspielräume bestehen - umzusteigen. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird der Markt für Saison- und Jahresabonnemente separat abgegrenzt. Da - wie nachfolgend gezeigt wird - selbst bei dieser engeren sachlichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für kartellrechtlich allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden bestehen, kann die genaue sachliche Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

25. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens werden die *Saison- respektive Jahresabonnemente für die Benützung von Bergbahnen* als eigener sachlich relevanter Markt betrachtet, wobei die definitive sachliche Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden kann.

B.3.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

26. 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).

27. Die drei Wintersportregionen Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella befinden sich im Kanton Graubünden - allerdings nicht in unmittelbarer Nachbarschaft zueinander. Flims-Laax-Falera ist ca. 35 km von Lenzerheide-Valbella und ca. 65 km von Davos-Klosters entfernt, während die Distanz zwischen Lenzerheide-Valbella und Davos-Klosters ca. 40 km beträgt. Insgesamt gesehen stehen die drei Wintersportregionen zweifellos untereinander und mit anderen Wintersportregionen im In- und Ausland im Wettbewerb.

28. Im Bereich Saison- und Jahresabonnemente erscheint es allerdings nicht von vornherein klar, dass die drei Wintersportregionen tatsächlich in nennenswertem Umfang miteinander im Wettbewerb stehen. Gerade bei Wintersportlern, deren festes Feriendomicil (Ferienhaus oder -wohnung) sich direkt in einer der drei Wintersportregionen befindet, dürfte aufgrund des Anfahrtsweges nur eine geringe Neigung bestehen, auf eine der beiden anderen Regionen auszuweichen. Bei Personen, die aus der näheren Umgebung der Skigebiete stammen, dürfte der Fall etwas anders liegen. So ist beispielsweise Flims-Laax-Falera von der Region Chur aus in ebenso kurzer Zeit erreichbar wie Lenzerheide-Valbella. Ähnliches gilt für Wintersportler aus anderen Regionen des Kantons Graubünden. Gemäss Schätzungen der befragten Bergbahngesellschaften handelt es bei ca. 40% der Saison- beziehungsweise Jahresabonnementsbenützer um Ferienhaus- beziehungsweise -wohnungsbesitzer, was darauf hindeutet, dass ein nicht zu vernachlässigender Anteil der Saison- beziehungsweise Jahresabonnemente von Personen nachgefragt werden, die aus der näheren Umgebung der drei Wintersportgebiete stammen. Gemäss Angaben der befragten Bergbahngesellschaften weichen TopCard-Benützer während durchschnittlich 1,4 Tagen pro Saison auf ein zweites Wintersportgebiet aus. Eine wettbewerbliche Interaktion zwischen den drei Wintersportregionen bezüglich Saison- beziehungsweise Jahresabonnements ist somit grundsätzlich vorhanden, auch wenn diese nur relativ schwach ausgeprägt ist. Bei der Beurteilung des vorliegenden Abredetatbestandes wird davon ausgegangen, dass die drei Wintersportregionen bezüglich des Angebots von Saison- und Jahresabonnements demselben räumlich relevanten Markt zugeordnet werden können. Letztlich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da sich weder bei engerer noch bei einer weiteren Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes am Resultat etwas ändern würde.

29. Aufgrund der obigen Erwägungen wird in Bezug auf den Abredetatbestand als räumlich relevanter Markt das von den drei von der Abrede betroffenen Wintersportgebieten umschlossene Gebiet betrachtet, das im Wesentlichen aus den Regionen Churer Rheintal/Domleschg/Heinzenberg, Mittelbünden und Davos/Prättigau besteht.

30. Da - wie nachfolgend gezeigt wird - selbst bei dieser (bei der Beurteilung des Abredetatbestandes)

engst möglichen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede bestehen, kann auch die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen bleiben.

31. Als relevanter Markt werden für die Zwecke des in dieser Vorabklärung betrachteten Abredetatbestandes *Saison- respektive Jahresabonnemente für die Benützung von Bergbahnen in den Regionen Churer Rheintal/Domleschg/Heinzenberg, Mittelbünden und Davos/Prättigau* betrachtet, wobei auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

B.3.2.2.2 Aktueller Wettbewerb

32. Im von den drei Wintersportgebieten Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella umschlossenen Gebiet respektive unmittelbar angrenzend dazu, liegen verschiedene andere grössere und kleinere Wintersportgebiete. Zu nennen sind Arosa, Savognin, Thusis-Heinzenberg, Pizol-Bad Ragaz, Grusch-Danusa, Tschierschen, Chur-Brambrüesch und Obersaxen. Auf die explizite Nennung von weiter entfernt liegenden Wintersportregionen im In- und Ausland kann verzichtet werden, obwohl auch diese eine gewisse disziplinierende Wirkung ausüben dürfen.

33. Es ist davon auszugehen, dass bezüglich der Saison- und Jahresabonnemente die wettbewerblichen Interaktionen zwischen den drei an der TopCard beteiligten Wintersportregionen schwach ausgeprägt sind und dass für viele Wintersportler aus der Region Davos-Klosters aufgrund der relativen geografischen Nähe beispielsweise die Wintersportregion Arosa eine valablere Alternative darstellt als die Wintersportregionen Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella. Allerdings sind gerade für Personen, die eine Ferienwohnung oder ein -haus in einer bestimmten Wintersportregion besitzen, auch unmittelbar angrenzende Wintersportregionen keine vollständigen Substitute zur eigenen Wintersportregion. Nicht ausser Acht gelassen werden darf, dass die Bergbahngesellschaften nur einen verhältnismässig kleinen Teil ihres Umsatzes mit Saison- und Jahresabonnementen generieren (ca. 20%) und dass bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation die Ausweichmöglichkeiten zu den Tages- und Mehrtageskarten mit zu berücksichtigen sind. Unter der Berücksichtigung der geringen Substituierbarkeit der Jahres- beziehungsweise Saisonabonnemente der drei an der TopCard beteiligten Wintersportregionen und aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten kann im vorliegenden Fall nach Auffassung des Sekretariats die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden.

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis

34. Es ist davon auszugehen, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des bestehenden aktuellen Wettbewerbs, das heisst aufgrund der relativen Nähe der bestehenden Substitutionsmöglichkeiten, umgestossen werden kann. Die

Prüfung des potenziellen Wettbewerbs erübrigt sich somit.

B.3.2.3 Keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

35. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

36. Das Sekretariat hat sich bereits einmal mit dem Wettbewerb im Bereich Wintersportinfrastrukturen auseinandergesetzt. Gegenstand der Vorabklärung "Prix des abonnements de skis en Valais" (RPW 2000/3, S. 319) waren Empfehlungen für Rabatte bei Skiabonnementen in verschiedenen Wintersportgebieten im Kanton Wallis. Namentlich aufgrund der zu erwartenden Strukturveränderungen und der Unverbindlichkeit der Empfehlungen wurde diese Vorabklärung ohne Folgen eingestellt. Ein im vorliegenden Zusammenhang erwähnenswerter Fall aus der amerikanischen Rechtsprechung ist Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. (U.S. Supreme Court, 472 U.S. 585, 1985), der ebenfalls vom gemeinsamen Verkauf von Tickets für Skiliftanlagen durch an sich konkurrierende Wintersportregionen handelt. Allerdings wurde dort weniger die Abrede zwischen zwei Wintersportregionen, als vielmehr die Beendigung der Kooperation durch eine der beiden Wintersportregionen unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beurteilt.

37. Bei den im vorliegenden Verfahren betrachteten Wintersportinfrastrukturen handelt es sich um differenzierte Produkte, die sich insbesondere durch die geografische Lage der einzelnen Wintersportregionen voneinander unterscheiden. Marktanteilszahlen sind gerade in solchen Fällen ein ungenügender Indikator, um die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Auf die bestehenden Ausweichmöglichkeiten wurde bereits in Randziffer 32 hingewiesen. Ein wichtiger Indikator dafür, ob die Abrede den beteiligten Bergbahngesellschaften neue Preissetzungsspielräume eröffnet und damit den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ist die Entwicklung der Preise der Saison- respektive Jahresabonnemente in den einzelnen Skigebieten. Die Preise der TopCard entwickelten sich seit deren Einführung folgendermassen:

Saison	Erwachsene	Jugendliche	Kinder	Familien
2001/2002	CHF 795.-	CHF 530.-	CHF 295.-	CHF 1'850.-
2002/2003	CHF 840.-	CHF 560.-	CHF 280.-	CHF 1'910.-
2003/2004	CHF 885.-	CHF 590.-	CHF 295.-	CHF 1'950.-

Tabelle 1: Preise TopCard

38. Der Preisvergleich zwischen der TopCard und den durch die TopCard abgelösten Saisonabonnements ergibt folgendes Bild:

a) In der Region Flims-Laax-Falera kostete ein Saisonabonnement in der Wintersaison 2000/2001, das heisst vor der Einführung der TopCard, CHF 930.- für Erwachsene, CHF 744.- für Jugendliche und CHF 465.- für Kinder. Seit 2002 ist die TopCard auch im Sommer gültig. In der Region Flims-Laax-Falera hat die Einführung der TopCard zu einer Senkung der Abonnementspreise geführt. Auch wenn die Preise der TopCard seither angestiegen sind, liegen sie immer noch unter den Preisen der Saisonabonnements vor Einführung der TopCard.

b) In der Region Davos-Klosters kostete das Saisonabonnement vor Einführung der TopCard CHF 950.-. Auch hier war die Einführung der TopCard also mit einer Preissenkung verbunden.

c) In der Region Lenzerheide-Valbella kostete die Wintersaisonkarte vor Einführung der TopCard CHF 760.-. Die Sommersaisonkarte kostete CHF 125.-. Für eine vierköpfige Familie kostete die Wintersaisonkarte CHF 1'824.-, die Sommersaisonkarte CHF 250.-. Für eine fünfköpfige Familie kostete die Wintersaisonkarte CHF 1'976.-, die Sommersaisonkarte CHF 250.-. Die Einführung der TopCard brachte in der Region Lenzerheide gewisse Anpassungen der Altersstrukturen mit sich. Beispielsweise gilt der Kindertarif neu bis zum 12. Altersjahr statt wie bisher bis zum 15. Altersjahr. Aus der Einführung der TopCard resultierten in der Region Lenzerheide-Valbella für einige Kunden Preiserhöhungen (z.B. eine vierköpfige Familie, die ausschliesslich in der Region Lenzerheide-Valbella Wintersport treiben möchte), für andere hingegen Preissenkungen und eine - zumindest potenzielle - Ausweitung des Angebots auf die anderen beiden Wintersportregionen. Das Angebot wird in der Region Lenzerheide-Valbella im Übrigen stärker ausgeweitet als in den beiden anderen Regionen, da Lenzerheide-Valbella mit 155 Pistenkilometern (Davos-Klosters 307 Pistenkilometer; Flims-Laax-Falera 220 Pistenkilometer) die kleinste der drei Regionen ist und demzufolge ursprünglich auch den tiefsten Saisonabonnementspreis aufzuweisen hatte. Auch in der Region Lenzerheide-Valbella bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür, dass die Einführung der TopCard mit einer Einschränkung des Angebots oder einer generellen Erhöhung der Preise verbunden ist.

39. Somit kann festgehalten werden, dass die TopCard nicht generell zu höheren Preisen geführt hat. Tendenziell sind die Preise mit der Einführung der TopCard sogar gesunken. Zu berücksichtigen ist ebenfalls der Umstand, dass die Einführung der TopCard eine Zusatzleistung - nämlich die Nutzung der Infrastruktur der jeweils anderen beiden Wintersportgebiete - mit sich bringt (auch wenn diese Zusatzleistung den meisten Nachfragern von Saison- und Jahresabonnements nur einen relativ geringen Zusatznutzen stiften dürfte). Die aktuelle Preisentwicklung lässt somit nicht darauf schliessen, dass die TopCard zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt.

B.3.2.3.2.1 Ergebnis

40. Aufgrund der vorgenommenen Abklärungen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bergbahngesellschaften Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella mit Hilfe der TopCard eine Abrede treffen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

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

43. Um festzustellen, ob sich die drei Wintersportgebiete Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella einzeln oder gemeinsam tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.4.1.1 Relevanter Markt

B.4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

44. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist).

45. Als sachlich relevanter Markt wird für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung der Markt für Saisonrespektive Jahresabonnements für die Benützung von Bergbahnen angenommen, wobei die Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden kann (vgl. Rz. 25).

B.4.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

46. 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).

47. Als räumlich relevanter Markt kommt - wie in Randziffer 31 ausgeführt - das von den drei Wintersportgebieten Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella umschlossene Gebiet in Frage, das im Wesentlichen aus den Regionen Churer Rheintal/Domleschg/Heinzenberg, Mittelbünden und Davos/Prättigau besteht. In diesem Fall müssten die im Rahmen von Artikel 7 KG zu beurteilenden Kopplungspraktiken unter dem Lichte einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung beurteilt werden. Das

Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung erscheint indes insbesondere aufgrund der vergleichsweise schwachen wettbewerblichen Interaktion zwischen den Saison- beziehungsweise Jahresabonnements der beteiligten Bergbahngesellschaften (vgl. Rz. 32f. und Rz. 37) von vornherein unwahrscheinlich. Um die im vorliegenden Schlussbericht behandelten Koppelungspraktiken unter Artikel 7 KG beurteilen zu können, müsste eine engere Marktabgrenzung, bei welcher im Bereich der Saison- respektive Jahresabonnements jedes Wintersportgebiet einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellen würde, vorgenommen werden. Da - wie nachfolgend gezeigt wird - bei beiden Marktabgrenzungen keine missbräuchlichen Verhaltensweisen vorliegen, kann die genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offen bleiben.

48. Als relevante Märkte werden für die Zwecke der in dieser Vorabklärung betrachteten Koppelungspraktiken Saison- respektive Jahresabonnements für die Benützung von Bergbahnen in den Wintersportregionen Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella betrachtet, wobei auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet werden kann.

B.4.1.2 Marktstellung

49. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

B.4.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

50. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

51. Die bei der weiteren räumlichen Marktabgrenzung gemäss Randziffer 31 notwendige Bedingung für eine missbräuchliche Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung dürfte im vorliegenden Zusammenhang nicht gegeben sein (vgl. auch Rz. 47). Bei der engeren räumlichen Marktabgrenzung, die in Randziffer 48 vorgenommen wurde, gemäss der jedes Wintersportgebiet im Bereich Saison- respektive Jahresabonnements einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt, liegt der Schluss nahe, dass die einzelnen Bergbahngesellschaften in ihren jeweiligen Gebieten eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Dies braucht indes nicht abschliessend verifiziert zu werden, da - wie nachfolgend gezeigt wird - ohnehin keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 KG vorliegen.

B.4.1.3 Zwischenergebnis

52. Die Frage, ob die drei Bergbahngesellschaften Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera und Lenzerheide-Valbella auf den relevanten Märkten "Saison- respektive Jahresabonnements für die Benützung von Bergbahnen" in den jeweiligen Wintersportgebieten (oder allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in den Regionen Churer Rheintal/Dom-

leschg/Heinzenberg, Mittelbünden und Davos/Prättigau) einnehmen, kann offen gelassen werden, da - wie nachfolgend gezeigt wird - keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen.

B.4.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

53. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweise fällt gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG insbesondere die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen, in Betracht.

54. Mit dieser Vorschrift soll verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen dadurch benachteiligt oder behindert, dass es den Abschluss eines Geschäfts von Zugeständnissen abhängig macht, die keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft haben. Bei der Beurteilung von konkreten Fällen ist zu untersuchen, ob die zusätzlichen Leistungen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Grundgeschäft stehen. Der Vertragspartner eines Anbieters soll nicht gezwungen werden, Waren oder Dienstleistungen anzunehmen, an denen er kein Interesse hat, weil er sie entweder nicht benötigt oder anderweitig günstiger beziehen kann. Als Rechtfertigungsgründe für die Koppelung verschiedener Leistungen sind in der Praxis vor allem zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung anerkannt. Ein wichtiger Rechtfertigungsgrund sind auch Sicherheitsaspekte (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 108 f.). Mit der Negativqualifikation derartiger Praktiken soll verhindert werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen über Koppelungswirkungen seine besondere Stellung auf Märkte überträgt, auf denen es keine überragende Stellung hat (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 1998, S. 219 f., Rz. 24).

55. Es sind grundsätzlich zwei Fälle denkbar, in denen Koppelungspraktiken volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen zeitigen können. Erstens besteht die Möglichkeit, dass Koppelungspraktiken eine Preisdifferenzierung zwischen Konsumentengruppen mit unterschiedlichen Präferenzen bewirken können, wobei die daraus resultierenden Wohlfahrtswirkungen ambivalent und von Fall zu Fall unterschiedlich sind. Zweitens sind Fälle denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Hilfe von Koppelungspraktiken seine marktbeherrschende Stellung auf einen Markt überträgt, in welchem es bisher über keine derartige Stellung verfügt hat (MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 460 ff.).

56. CARRON (Les Transactions couplées en droit de la concurrence, Analyse économique et juridique comparée, Travaux de la faculté de droit de l'université

de Fribourg, 2004, S. 177 ff., S. 415 ff.) nennt folgende vier Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Koppelungsgeschäft eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt:

- a) Der Anbieter drängt ein Koppelungsgeschäft im engeren Sinne auf.
- b) Der Anbieter besitzt eine bedeutende Marktmacht auf dem Markt des koppelnden Gutes.
- c) Die Kombination des koppelnden und des gekoppelten Gutes bewirkt eine spürbare und dauerhafte Verschlechterung der Struktur des Marktes für das gekoppelte Gut.
- d) Die eigenen Effizienzgewinne ergeben sich nicht aus der Kombination des koppelnden und des gekoppelten Gutes.

57. Im Fall nicht komplementärer Güter konnte gezeigt werden, dass die Möglichkeit zur Übertragung von Marktmacht nicht nur von den Wettbewerbsverhältnissen im ersten, koppelnden Markt, sondern auch von denjenigen im zweiten, gekoppelten Markt abhängt. Nur wenn der Wettbewerb auch im gekoppelten Markt teilweise beschränkt ist, können Koppelungsverträge zu Veränderungen in der Marktstruktur durch das Verdrängen von anderen Konkurrenten führen (vgl. Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen. Aktuelle Juristische Praxis 7/1996, S. 834 ff.). Whinston (Tying, Foreclosure and Exclusion. American Economic Review, 1990, 80/4, S. 837 ff.) definiert drei Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit Koppelungsverträge allenfalls wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten können:

- a) Erstens muss eine beherrschende Stellung im koppelnden Markt vorliegen.
- b) Zweitens ist notwendig, dass das Unternehmen ein Festhalten an der Koppelungsstrategie glaubhaft machen kann.
- c) Drittens muss die Koppelungsstrategie Marktaustritte im gekoppelten Markt zur Folge haben und diese Austritte zu einer Reduktion des Wettbewerbs (v.a. Erhöhung der Marktzutrittsschranken) im gekoppelten Markt führen.

58. Die bisherige Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Koppelungspraktiken lässt sich wie folgt zusammenfassen: In der Vorabklärung "Swiss Online AG" (RPW 1997/3, S. 326, Rz. 27) konnte die kartellrechtliche Beurteilung der Koppelung von Videotext- und Internetzugang aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten offen gelassen werden. In der Untersuchung "Lokoop AG vs. SBB AG" (RPW 2002/1, S. 75, Rz. 21 ff.) ging das Sekretariat davon aus, dass keine Legitimate Business Reasons für das Beharren der SBB auf der Erbringung eines Gesamtpakets bei Rangierleistungen auf verschiedenen Bahnhöfen bestünden. Allerdings verzichtete die Wettbewerbskommission aufgrund einer Verhaltensänderung der SBB auf eine endgültige Beurteilung des Sachverhaltes. In der Untersuchung "Markt für Schlachtschweine - Teil A" (RPW 2004/3, S.

724, Rz. 130) wurde die Problematik von Koppelungsgeschäften ebenfalls lediglich als Obiter dictum abgehandelt, wobei festgehalten wurde, dass die beim Kauf und Verkauf von Schlachtschweinen vereinzelt praktizierten Koppelungsgeschäfte Ausdruck der Knappheitsverhältnisse bei den jeweiligen Schweinekategorien und somit Teil des normalen Marktgeschehens seien. In der Vorabklärung "Produktbündel 'Talk & Surf'" (RPW 2004/2, S. 372 f., Rz. 69 ff.) wurde das Vorhandensein von kartellrechtlich relevanten Koppelungspraktiken verneint, da die gekoppelte Dienstleistung auch einzeln angeboten wird. Die in der Untersuchung "TicketCorner" (RPW 2004/3, S. 778 ff.) betrachtete Exklusivitätsklausel, wonach TicketCorner den Vertrieb der Tickets einer Veranstaltung davon abhängig macht, auch den Vertrieb der Tickets aller anderen Veranstaltungen desselben Veranstalters zu übernehmen, stellt ebenfalls ein Koppelungsgeschäft dar. Das Bestehen von Legitimate Business Reasons wurde von der Wettbewerbskommission in diesem anders gelagerten Fall verneint.

59. Die TopCard beinhaltet im Wesentlichen zwei Arten von Koppelungspraktiken:

- a) Konsumenten, die ein Abonnement für eine der drei Regionen Davos-Klosters, Flims-Laax-Falera oder Lenzerheide-Valbella nachfragen, erhalten mit der TopCard automatisch ein Abonnement für die beiden anderen Regionen.
- b) Konsumenten, die ein Saisonabonnement für die Wintersaison nachfragen, erhalten mit der TopCard automatisch ein Saisonabonnement für die Sommersaison, das heisst die TopCard stellt de facto ein Jahresabonnement dar.

60. Die durch die TopCard bewirkte gegenseitige Koppelung der Abonnemente steht in engem Zusammenhang mit dem in Randziffer 11 ff. untersuchten Abredetatbestand. Die Befragungen der Bergbahngesellschaften haben zwar gezeigt, dass tatsächlich nur eine Minderheit der Konsumenten, die ein Saison- respektive Jahresabonnement einer bestimmten Wintersportregion nachfragen, gleichzeitig an einem Abonnement einer anderen Wintersportregion interessiert ist (vgl. Rz. 28). Für einen Teil der Konsumenten stellt das gekoppelte Angebot mit Bestimmtheit einen Mehrwert dar. Mögliche Gründe hierfür sind die grössere Pistenauswahl sowie geringeres Risiko von wetter- oder verkehrsbedingten Ausfalltagen. Tatsächlich können die beteiligten Wintersportregionen mit Hilfe der TopCard die Wintersaison aufgrund der unterschiedlichen Lage (Nord- resp. Südhang) der Regionen verlängern.

61. Selbst wenn der Anteil der Konsumenten, welche von den zusätzlichen Möglichkeiten der TopCard effektiv Gebrauch machen, relativ gering ist, macht diese Koppelung ökonomisch Sinn, da im Bergbahngeschäft die variablen Kosten gegenüber den Fixkosten unbedeutend sind und somit jedes zusätzlich verkaufte Abonnement einen Beitrag zur Deckung der Fixkosten leistet, ohne variable Kosten in nennenswertem Umfang zu generieren. Wie in Randziffer 37

f. gezeigt wurde, hat die Einführung der TopCard im Allgemeinen nicht zu höheren Preisen geführt. Dies deutet darauf hin, dass die Einführung der TopCard - abgesehen von gewissen marketingtechnischen Gründen - einer besseren Auslastung der Infrastruktur der drei Wintersportregionen dient. Darauf deuten auch die seit der Einführung der TopCard in den Regionen Davos-Klosters und Flims-Laax-Falera gestiegenen Abonnementszahlen hin. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass mit der Einführung der TopCard eine allfällige marktbeherrschende Stellung von einem Markt auf einen anderen Markt übertragen werden könnte. Was die in Randziffer 56 und in Randziffer 57 aufgeführten Kriterien anbelangt, ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit die im vorliegenden Fall betrachtete Koppelungspraktik zu einer Verschlechterung der Struktur des Marktes des gekoppelten Produkts respektive zu Marktaustritten auf diesen Märkten führen soll. Zudem ist die TopCard in zwei der drei Wintersportregionen - und in der dritten teilweise - günstiger als die zuvor bestehenden Saisonabonnemente, weshalb das Weiterführen dieser Saisonabonnemente - zumindest zu den bisherigen Preisen - nicht sinnvoll erscheint. Es trifft zu, dass in der Region Lenzerheide-Valbella der Preis der TopCard für einen Teil der Kundschaft über dem Preis des ehemaligen Saisonabonnements liegt. Es deutet indes alles darauf hin, dass in dieser Region eine solche Preisanpassung auch unilateral, das heisst ohne Kooperation mit den beiden anderen Regionen, hätte durchgeführt werden können.

62. Was die mit der TopCard eingeführte Koppelung von Sommer- und Wintersaison anbelangt, kann festgehalten werden, dass eine solche von jedem Win-

tersportgebiet einzeln durchgeführt werden könnte. Grundsätzlich kann fast jedes Produkt als Resultat der Koppelung verschiedener Bestandteile aufgefasst werden (z.B. Tageskarten als Resultat einer Koppelung von Vormittags- und Nachmittagskarten). Es ist davon auszugehen, dass die Koppelung von Sommer- und Wintersaison der besseren Auslastung der bestehenden Kapazitäten dient und zumindest einem Teil der Nachfrager einen zusätzlichen Nutzen stiftet. Der sachliche Zusammenhang zum Grundgeschäft ist klar gegeben. Eine missbräuchliche Verhaltensweise liegt somit nicht vor.

63. Die im vorliegenden Fall angewandten Koppelungsgeschäfte sind somit - selbst im Falle des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung - nicht geeignet, eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG zu begründen.

C. Schlussfolgerungen

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

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

B 2

Wettbewebsskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. <i>Untersuchungen</i> <i>Enquêtes</i> <i>Inchieste</i>
B 2.2	1. <i>Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)</i>

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung vom 22. November 2004 in Sachen Swisscom Directories AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG. Der Swisscom Directories AG kommt aufgrund ihres faktischen Monopols auf dem Markt für elektronische Adressdaten eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Lieferung von tagesaktuellen Verzeichnisdaten in elektronischer Form zu. Die Anhaltspunkte, wonach die Swisscom Directories AG die für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse benötigten Grunddaten zu wettbewerbsschädigenden Konditionen herausgibt, haben sich nicht erhärtet.

Décision du 22 novembre 2004 dans la cause Swisscom Directories AG pour comportement illicite selon l'article 7 LCart. La Swisscom Directories AG dispose d'une position dominante sur le marché de la fourniture de données d'annuaires actualisées sous forme électronique en raison d'un monopole de fait sur le marché des données électroniques d'adresses. Les indices selon lesquels la Swisscom Directories AG mettrait à disposition les données de base nécessaires à la création d'annuaires indépendants à des conditions dommageable à la concurrence ne se sont pas confirmés.

Decisione del 22 novembre 2004 nella causa Swisscom Directories AG per comportamento illecito giusta l'articolo 7 LCart. La Swisscom Directories AG perviene a una posizione dominante sul mercato per la fornitura di dati attuali in forma elettronica dato il monopolio effettivo sul mercato di indirizzi elettronici. Gli indizi secondo i quali la Swisscom Directories AG metterebbe a disposizione i dati di base per la compilazione di elenchi indipendenti a condizioni considerate pregiudizievoli per la concorrenza non si sono verificati.

A. Prozessgeschichte

1. Am 18. Oktober 1999 machte die *Pearsoft GmbH* (nachstehend "Pearsoft") das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend "Sekretariat") auf einen Sachverhalt aufmerksam, wonach Pearsoft von der Swisscom Directories AG (nachstehend "SD") Adressdaten beziehen wollte, um ihr eigenes Online-Adressverzeichnis nachzuführen. SD habe Pearsoft auf eine entsprechende Anfrage informiert, sie verkaufe diese Adressdaten nur an Hersteller von gedruckten Telefonbüchern oder Telefonbuch-CDs. Das Sekretariat gelangte daraufhin im Rahmen einer Marktbeobachtung gemäss Artikel 45 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) mit Schreiben vom 21. Oktober 1999 an SD und konfrontierte sie mit dem von Pearsoft erhobenen Vorwurf.

2. SD ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Swisscom AG und der PubliGroupe SA (vgl. RPW 1998/4, S. 601, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom"), welches seit dem 7. Januar 1999 operativ ist. SD besorgt seit diesem Zeitpunkt sämtliche Verzeichnisdienste der Swisscom AG und entwickelt beziehungsweise vermarktet die damit zusammenhängenden Produkte. Namentlich stellt SD auch diejenigen Verzeichnisdienste sicher, welche die Swisscom Fixnet AG (nachstehend "Swisscom FX") als aktuelle fernmelderechtliche Grundversorgungskonzessionärin zu erfüllen und hiezu an SD ausgelagert hat.

3. Über ihren Rechtsvertreter nahm SD am 23. Dezember 1999 zum Schreiben des Sekretariats Stellung. Im Wesentlichen wies SD darauf hin, Pearsoft verlange von SD die Übertragung von Daten unter Verwendung eines so genannten Übertragungsproto-

kolls (nämlich TCP/IP¹), welche SD als Produkt gegenwärtig nicht anbiete und gemäss den (zu jener Zeit) geltenden fernmelderechtlichen Vorgaben auch nicht anbieten müsse. SD habe Pearsoft den Zugang zu den Adressdaten im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften zu den gleichen Konditionen wie ihren anderen Kunden angeboten, nämlich über eine so genannte "Telepac"-Verbindung² unter Verwendung eines File Transfer-Protokolls ("FTP"³). Im Übrigen behandle SD ihre Kunden, Konkurrenten und auch die eigenen, mit anderen Marktteilnehmern in Konkurrenz stehenden Geschäftszweige gleich. Ausserdem habe Pearsoft ihren bisherigen Bestand an Adressdaten in unerlaubter Weise angelegt, nämlich unter anderem durch das unzulässige Zugänglichmachen einer Telefonbuch-CD der Twix AG, welche ihrerseits die Daten rechtmässig bei SD beziehe. Darüber hinaus habe Pearsoft Daten aus dem Direktmarketing- und Adresshandelbereich erlangt, was zu unerfreulichen Situationen mit Kunden von SD geführt habe: Privatkunden von SD, welche sich mit der Zeit entschieden hätten, nicht mehr mit einem Eintrag im Telefonbuch zu erscheinen (Teilnehmer auf der sog. "liste noire"), seien aufgrund der Praktiken von Pearsoft in der Adressbeschaffung dennoch auf der Homepage von Pearsoft über deren Datenbank abrufbar gewesen.

4. Mit Schreiben vom 29. Dezember 1999 informierte die **Säuberlin & Pfeiffer SA** (nachstehend "Säuberlin & Pfeiffer") das Sekretariat, der Preis der Adressdaten, welche sie zur Herstellung ihrer gedruckten, regionalen Telefonbücher von SD beziehe, seien seit der Ausgliederung der Swisscom-Verzeichnisdienste an SD im Jahre 1999 um 400% angestiegen. Es folgte ein Briefwechsel zwischen dem Sekretariat und Säuberlin & Pfeiffer.

5. Pearsoft machte das Sekretariat am 17. Januar 2000 darauf aufmerksam, unter der Internetadresse "www.tel.search.ch" werde ein online-Adressverzeichnis angeboten, welches jeweils dem aktuellen Stand der SD-Verzeichnisse zu entsprechen scheine. Pearsoft gehe davon aus, dass SD dem Betreiber dieser Website die benötigten Daten zur Verfügung stelle. Das Sekretariat äusserte sich hierauf gegenüber Pearsoft mit Schreiben vom 3. Februar 2000. Am 15. Mai 2000 und 19. Februar 2001 gelangte Pearsoft abermals an das Sekretariat mit dem Hinweis, sie wolle von SD nicht die veredelten, sondern die unveredelten Verzeichnisdaten erwerben. Die SD sei hiezu jedoch nicht bereit.

6. Mit Schreiben vom 26. Februar 2001 gelangte die **VTX Services SA** (nachstehend "VTX") an das Sekretariat. VTX ist ein Mitglied der Smart Telecom Group, welcher auch die Smartphone AG angehört, und bietet online-Verzeichnisdienste über das Internet beziehungsweise mittels eines hierfür entwickelten Web-Interfaces an. Für das Erbringen ihrer Dienstleistungen nutzte VTX bis anhin den Zugang zum ETV unter Verwendung einer so genannten "X.25 Telepac"-Verbindung (Standleitung). Diese Daten verwende VTX laut eigenen Angaben auch für den Betrieb eines offline-Verzeichnisangebotes, welches vor allem von "www.tel.search.ch" genutzt werde. VTX beklagte

gegenüber dem Sekretariat den Umstand, SD habe die Datenbezugspreise erhöht und lege auch die Bedingungen für die Nutzung der ETV-Daten neuerdings sehr restriktiv fest: Neben dem Erfordernis einer Nutzeridentifikation formuliere SD auch ein Wiederverkaufsverbot für bezogene Daten sowie Höchstbezugsmengen und anderes. Insbesondere sei SD für den Preis des Datenbezugs von einem Zeit- zu einem Mengentarif übergegangen, was die Datenbezugspreise eklatant in die Höhe getrieben habe. VTX wolle auch künftig in der bisherigen Art auf die ETV-Daten zugreifen können. Ausserdem biete SD unter der Internetadresse "www.weisseseiten.ch" neu einen kostenlosen Verzeichnisdienst an.

7. Am 9. März 2001 teilte der **Verband Inside Telecom** dem Sekretariat mit, er sei von der Glue Software Engineering AG (nachstehend "Glue") auf bedenkliche Entwicklungen im Bereich der elektronischen Teilnehmerverzeichnisse hingewiesen worden. Bisher seien die Daten des ETV von Swisscom respektive SD über eine Schnittstelle Drittanbietern von Verzeichnisdiensten zur Verfügung gestellt worden, was diesen ermöglicht habe, ein eigenes Verzeichnisangebot zu erstellen. Über eine Kombination mit benutzerfreundlichen Internet-Präsentationen und effizienten Suchfunktionen hätten diese Drittanbieter einen Mehrwert zu den "ETV-Rohdaten" schaffen und sich damit auf dem Markt differenzieren kön-

¹ TCP/IP = Abkürzung für englisch *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*, eine ursprünglich vom US-Verteidigungsministerium entwickelte Familie von Netzwerkprotokollen, die den Datenaustausch zwischen Rechnern regelt. TCP/IP ist heute die technische Basis für die Vernetzung von Computern über das Internet und in lokalen Netzwerken. TCP sorgt dabei für den fehlerlosen Transport der Daten zwischen Sender und Empfänger, während IP die Daten in so genannte Datagramme verpackt, die neben den eigentlichen Nutzdaten noch vorangestellte Kontrolldaten wie Protokollversion, Datagrammgrösse, Kontrollsumme, Quell- und Zieladresse enthalten.

² Diese Verbindung wird nachstehend auch unter der Bezeichnung X.25, X.25 \$\$ oder X.25 \$\$ Telepac verwendet; die Parteien verwenden die Abkürzung jeweils uneinheitlich. Unter dieser Verbindung wird eine Mietleitung verstanden, die von einer Fernmelde-dienstanbieterin eingerichtet wird und über welche Daten unter Verwendung des X.25-Übertragungsprotokolls übermittelt werden. X.25 ist ein weltweit standardisiertes Übertragungsprotokoll, welches auf der Technologie der Paketvermittlung basiert und eine effiziente Übertragung der Daten mit einer hohen Übermittlungsqualität gewährleistet. Die Adressdaten werden in dem von SD proprietären \$\$-Format geliefert. Wesentlich ist, dass X.25 in bestehende Applikationen integriert werden kann und dem Kunden in der Darstellung der Daten volle Flexibilität verschafft.

³ FTP = Abkürzung für englisch *File Transfer Protocol*. FTP ist ein Netzwerkprotokoll, das für den Datentransfer zwischen Rechnern sowie für das Durchsuchen von Dateisystemen auf fremden Rechnern entwickelt wurde. Die Kommandosprache von FTP gestattet es, Dateien und Verzeichnisse zu übertragen oder zu löschen oder Daten zu konvertieren. Es wird im Internet vor allem dazu benutzt, um Daten bei einem Download möglichst schnell zu übertragen.

nen. Glue habe unter der Bezeichnung "webETV" ein Verzeichnisangebot entwickelt, welches von verschiedenen Internet Service Provider (nachstehend als "ISP" bezeichnet) bezogen und deren Kunden im Sinne eines Wiederverkaufs zur Verfügung gestellt werde. Anfang 2001 habe SD neue Preise und Konditionen für den Bezug von "ETV-Rohdaten" festgelegt. Neben der massiven Preiserhöhung beanstandete Glue insbesondere die Restriktion, wonach Bezüger von "ETV-Rohdaten" diese Daten nur noch ihren eigenen Endkunden zugänglich machen dürften - das Angebot von Glue an ISP als Wiederverkäufer des Zugangs zum ETV sei damit fortan nicht mehr möglich. Dies beeinträchtigt die unternehmerische Freiheit und den kommerziellen Handlungsfreiraum derjenigen Unternehmen, welche auf der Basis der "ETV-Rohdaten" ein eigenes Verzeichnisangebot erstellen. Glue könne unter den neuen Nutzungsbedingungen von SD ihr "webETV"-Angebot nicht aufrechterhalten und werde aus dem Markt für Verzeichnisdienste ausscheiden. Es sei indessen wünschenswert, dass mehrere Verzeichnisdienstleister bestünden, welche ihr Angebot unter Verwendung der ETV-Daten betreiben würden. Sowohl auf der Stufe der Endkunden als auch der ISP als Wiederverkäufer von Verzeichnisdiensten bestehe ein Bedürfnis nach unabhängigen Verzeichnisdienstleistern. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass infolge der Einführung neuer Kurznummern auch reine Verzeichnisanbieter einen Sprachauskunftsdienst anbieten könnten, was Wettbewerb im Bereich der online-Verzeichnisse für Telefonbucheinträge voraussetze.

8. Ab Januar 2001 gelangte die **Glue Software Engineering AG** ("Glue") selber an das Sekretariat und beanstandete das Verhalten der SD auf dem schweizerischen Verzeichnismarkt. Wie soeben erwähnt, bietet Glue verschiedenen ISP und anderen Nachfragern in der Schweiz den Zugang zum ETV über eine eigens entwickelte Web-Lösung (v.a. über eigene Applikationen) an. Laut Glue bestehe der Mehrwert dieses Dienstes darin, dass die von der ETV-Datenbank über eine X.25 Telepac-Datenverbindung gelieferten "Rohdaten" effizient präsentiert würden. SD formuliere neuerdings restriktive Datenbezugsbedingungen, die es Glue unter anderem verböten, die bezogenen Daten an Nicht-Endabnehmer, das heisst an ISP, weiterzuverkaufen. Damit würde Glue die meisten ihrer Kunden verlieren, und diese würden sodann wahrscheinlich direkt von SD bedient. Ferner verbiete SD den Wiederverkäufern des Zugangs zur ETV-Datenbank den Betrieb einer eigenen Sprachauskunft. SD biete zudem ihrerseits eine ETV-Abfrage über Internet an Endkunden an, wobei der Preis für den Bezug der "bereits aufbereitet gelieferten Daten" dem Preis entspreche, welchen SD für die Lieferung der Rohdaten an die Nicht-Endabnehmer wie Glue verlange. Der Preis für den Bezug der "Rohdaten" von SD durch Nicht-Endabnehmer wie Glue müsse mindestens [...] % unter dem Preis liegen, den die Nutzer eines Endabnehmerangebots von SD bezahlten. Nicht zuletzt auch wegen der Kosten für die Datenübertragung (Mietleitung und damit zusammenhängende Infrastruktur) sei es unter diesen Bedin-

gungen für alternative Verzeichnisanbieter nicht möglich, auf dem Endabnehmermarkt für Verzeichnisdienste ein wirtschaftliches Angebot zu schaffen. In der Folge informierte Glue das Sekretariat regelmässig über die Vertragsverhandlungen zwischen ihr und SD betreffend den Bezug von ETV-Verzeichnisdaten von SD.

9. Mit Schreiben vom 1. Februar 2001 konfrontierte das Sekretariat SD mit den geäusserten Vorwürfen und stellte verschiedene Fragen. SD liess sich zu diesen Fragen über ihren Rechtsvertreter am 21. März 2001 vernehmen und bestritt die von Glue geäusserten Vorwürfe.

10. Mit Eingabe vom 23. April 2001 stellte Glue über ihren Rechtsvertreter den Sachverhalt aus ihrer Sicht dar. Unter anderem machte Glue geltend, die Modifikation der Bedingungen für den Zugang zu den ETV-Daten von SD sei auf den Zeitpunkt erfolgt, in welchem SD ihr Gratisangebot "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch" aufgeschaltet habe. Der Übergang vom Zeittarif (CHF 0.10 pro Minute) zum Mengentarif (CHF 0.016 pro Datenelement) verunmögliche ein wirtschaftliches Angebot alternativer Verzeichnisdienste unter Nutzung des ETV über den X.25 Telepac-Zugang. Ferner werde Glue gegenüber anderen Nutzern der Telepac-Verbindung schlechter behandelt. Sodann sei auch der Zugriff auf das ETV für Sprachauskunftsanbieter über die so genannte "E.115"-Verbindung mit CHF 0.30/Transaktion zu teuer, zumal SD die gleiche Leistung im Jahre 2000 noch für CHF 0.09/Transaktion angeboten habe. Ausserdem brachte Glue vor, es bestehe neben einem entsprechenden Vertrag mit SD kein wirtschaftlich gleichwertiger Zugang zu den "ETV-Rohdaten".

11. Am 29. Mai 2001 meldete die **Räber Information Management GmbH** (Betreiberin von www.tel.search.ch;⁴ nachstehend "search.ch") dem Sekretariat per Mail Bedenken gegenüber dem Verhalten der SD an: SD verweigere der Smartphone AG (nachstehend "Smartphone", vgl. oben Rz. 6) seit März 2001 den Zugang "zum Directory". Smartphone liefere search.ch jedoch den Inhalt der Verzeichnisse, welche search.ch anbiete. Die Konditionen, zu welchen search.ch auf die Daten von SD zugreifen könne, seien in finanzieller Hinsicht inakzeptabel. Zudem erachte es search.ch für unmöglich, dass SD ihr Angebot "www.weisseseiten.ch", welches auf die ETV-Datenbank zurückgreift, zu den gleichen Konditionen finanzieren könne, die SD search.ch für den Datenbezug auferlege.

⁴ Die Räber Information Management AG wurde im Mai 2004 rückwirkend auf den 1. April 2004 an die Post AG verkauft und wird von dieser als Konzerngesellschaft weitergeführt (vgl. "Der Bund" vom 29.5.2004).

12. SD liess sich auf die Darstellung von Glue vom 23. April 2001 beziehungsweise auf ein weiteres Schreiben des Sekretariats hin am 31. Mai 2001 erneut vernehmen. Insbesondere machte SD auf den Umstand aufmerksam, einige Verzeichnisdienstleister hätten die auf CD-ROM erhältlichen ETV-Einträge kopiert und danach unentgeltlich online zur Verfügung gestellt. Gegen diese Praktiken müsse SD vorgehen. SD wies sodann darauf hin, es sei allen Nicht-Endverbrauchern erlaubt, den Zugang zu ETV an alle Endkunden weiterzuverkaufen. Ferner werde die Rabattstruktur überarbeitet und es sei fortan möglich beziehungsweise erlaubt, unter Nutzung einer X.25 Telepac-Verbindung und des ETV eine Sprachauskunft zu betreiben. Ausserdem behandle SD alle ihre Kunden gleich, namentlich auch die Bluewin AG, welche sich für ihr Angebot des ETV-Zugangs an ihre Endkunden auf den einschlägigen Standardvertrag stütze. SD machte zudem Ausführungen zu den Gründen für einen Wechsel vom Zeit- zum Mengentarif.

13. Es folgten längere Verhandlungen zur Vertragsgestaltung zwischen SD und Glue, über deren Resultat das Sekretariat jeweils in Kenntnis gesetzt wurde. Nach weiteren Kontakten zwischen dem Sekretariat und SD stellte SD ab Mai 2001 in Aussicht, im Zuge der zu jenem Zeitpunkt hängigen Revision der Fernmeldegesetzgebung ein neues Geschäftsmodell mit überarbeiteter Vertragsstruktur zu entwickeln. Ferner erwäge SD auch die Beseitigung des Verbots, ETV-Daten weiter zu verkaufen. Neben den soeben angesprochenen Punkten erfuhren auch andere technische Belange gewisse Änderungen. Am Mengentarif und den Weiterverwendungsrestriktionen hinsichtlich bezogener ETV-Daten hielt SD indessen im Wesentlichen fest. Auf Anregung des Sekretariats nahm SD sodann weitere Änderungen am hauptsächlich interessierenden "Vertrag über die Nutzung des Elektronischen Telefonbuchs ETV über X.25 \$\$\$" vor. Eine Einigung zwischen Glue und SD blieb indessen aus.

14. Die *DNS-Net GmbH* (nachstehend "DNS"; vormals Pearsoft GmbH) ersuchte SD am 21. September 2001, ihr tagesaktuelle Verzeichnisse gemäss der revidierten und am 1. Januar 2002 in Kraft tretenden Fernmeldeverordnung zu verkaufen. Hierüber setzte SD das Sekretariat in Kenntnis.

15. Am 30. November 2001 befragte das Sekretariat SD unter anderem über die Finanzierung der SD-Angebote "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch". Dieses Angebot ist für die Benutzer gratis und laut SD werbefinanziert, wobei die Datenzugriffskosten gemäss SD intern verrechnet und buchhalterisch separat erfasst würden.

16. Mangels einer Einigung zwischen Glue und SD stellte Glue am 5. Dezember 2001 ein *Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen*. Glue beantragte sinngemäss, SD sei im Sinne provisorischer Massnahmen zu verpflichten, ihr bis auf weiteres den Zugang zu ETV zu den Bedingungen des alten Vertrags vom 28. August/11. September 2000 auf der Basis der X.25 Telepac-Verbindung zu gewähren. Glue rügte erneut den Übergang vom Zeit- zum Mengentarif beim Abfragen der ETV-Daten und machte geltend,

die Swisscom AG [sic!] verfüge aufgrund der von ihr bedienten Hausanschlüsse über rund 98% der vorliegend interessierenden Daten und halte daher die einzige verlässliche Datenquelle. Glue werde beim Datenbezug von SD im Sinne von Artikel 7 KG diskriminiert, und ausserdem liege ein Koppelungsgeschäft vor, weil Glue zusätzlich zu den Datenbezugskosten zwingend die Kosten für den Betrieb der X.25-Verbindung entgelten müsse. Infrastruktur- und Datenbezugskosten verunmöglichten ein rentables Angebot von Verzeichnisdiensten, insbesondere in Konkurrenz zu "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch".

17. Die Wettbewerbskommission wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 18. März 2002 ab (vgl. RPW 2002/2, S. 276 ff.).

18. Im Hinblick auf das per 1. Januar 2002 bevorstehende Inkrafttreten der revidierten FDV empfing das Sekretariat am 19. Dezember 2001 Vertreter von SD zu einem Gespräch, in welchem Fragen im Zusammenhang mit den so genannten "regulierten Verzeichnisse" im Sinne von Artikel 29 FDV diskutiert wurden. SD legte dem Sekretariat hiezu den Entwurf eines Vertrags "zur Überlassung der regulierten Verzeichnisse" vor.

19. Während des hängigen Verfahrens um vorsorglichen Rechtsschutz eröffnete das Sekretariat am 15. Januar 2002 eine *Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG* und informierte die Parteien des Massnahmeverfahrens am 16. Januar 2002 entsprechend. Gegenstand dieser Vorabklärung bildete zu dieser Zeit die Frage, ob die Verhaltensweisen von SD hinsichtlich des Verkaufs veredelter Verzeichnisse (scil. der ETV-Daten) möglicherweise gegen Artikel 7 KG verstossen. Im Januar 2002 richtete das Sekretariat Fragebogen an verschiedene Fernmeldedienstleisterinnen (nachstehend "FDA") sowie Anbieter von Verzeichnisdiensten.

20. Als *FDA* wurden befragt:

- Tele2 Telecommunication Services AG (nachstehend "Tele2"; Telefonieanbieterin und ISP);
- MCI Worldcom/UUNet Schweiz AG (nachstehend "MCI"; Dienstleistungsunternehmen im Bereich nationaler und sowie internationaler Sprach-, Daten- und Internetdienste);
- Orange Communications SA (nachstehend "Orange"; FDA im Bereich Mobiltelefonie, Datenübertragung und mobilem Internet-Zugang);
- TDC/Sunrise AG (nachstehend "Sunrise"; FDA im Bereich Festnetz- und Mobiltelefonie und ISP);
- Colt Telecom AG (nachstehend "Colt"; als FDA konzessioniertes Telekommunikationsunternehmen im Bereich Aufbau und Betrieb von Städtetnetzen und nationalen beziehungsweise internationalen Verbindungen basierend auf Glasfasertechnologie);
- Ascom AG (Technologieunternehmen, welches unter anderem Netzwerke und Dienstleistungen im Bereich Integration von Sprache und Daten anbietet).

21. Als **Anbieter von Verzeichnisdiensten** wurden befragt:

- SPDS AG (nachstehend "SPDS"; Dienstleistungsunternehmen im Bereich Direktmarketing);
- Twix AG (Dienstleistungsunternehmen im Bereich Entwicklung und Verkauf von Informatikprodukten mit dem elektronischen Telefonbuch "TwixTel" auf CD-ROM);
- Glue (Dienstleistungsunternehmen im Bereich Software-Entwicklung);
- Schober Information Group (resp. Schober Firmenadressen AG, nachstehend "Schober"; Dienstleistungsunternehmen im Bereich Datenbankangebote v.a. für Direktmarketingunternehmen);
- my-link AG (nachstehend "my-link"; Dienstleistungsunternehmen in den Bereichen Erhebung von Daten und Angebot von Datenbanklösungen);
- Säuberlin & Pfeiffer SA, Arts Graphiques (Dienstleistungsunternehmen u.a. im Bereich Druck regionaler Papier-Telefonverzeichnisse);
- Payserv AG (heute "Telekurs AG"; Dienstleistungsunternehmen im Bereich Processing- und Logistikdienste für Banken und Kreditkartenherausgeber und Online-Applikationen für Finanzinformationen und Zahlungsverkehr);
- Nova Esprit AG (nachstehend "Nova Esprit"; Dienstleistungsunternehmen im Bereich Entwicklung von Software für den Zugriff auf das ETV);
- search.ch (Räber Information Management Services GmbH; Dienstleistungsunternehmen, welche die Internetplattform "search.ch" [resp. "tel.search.ch"] mit Angeboten im Bereich von Internet-Suchdiensten und ein online-Telefonbuch betreibt).

22. **my-link** legte dem Sekretariat am 16. Januar 2002 eine umfangreiche Stellungnahme zum schweizerischen Telefonverzeichnismarkt vor: my-link betreibt unter der Bezeichnung "Swissbrain" eine Datenbank, welche sie mit tagesaktuellen Verzeichnisdaten der verschiedenen FDA jeweils aktualisieren wolle. Daher sei my-link unter anderem am tagesaktuellen, blockweisen online-Bezug der unveredelten, so genannten "regulierten Verzeichnisdaten" der verschiedenen FDA interessiert. Die FDA hätten die seit der Revision der Fernmeldegesetzgebung bestehende Verpflichtung, ihre Verzeichnisdaten jedermann tagesaktuell und blockweise zur Verfügung zu stellen, an SD übertragen. Die Swisscom - respektive SD - verweigere indessen den Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten. Sinngemäss macht my-link zudem geltend, die Bezugspreise für die regulierten Verzeichnisdaten seien gemäss dem "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" zu hoch, und die Nutzungsbedingungen seien prohibitiv. Der Zugriff auf die (veredelten) ETV-Daten wiederum sei zu teuer, und SD formuliere auch in diesem Bereich willkürliche Verwendungsrestriktionen. Insgesamt verhindere das Verhalten von SD die Entstehung von Konkurrenz auf dem Verzeichnismarkt. my-Link beantragte gestützt auf ihre sachlich und rechtlich weit

gefächerten Rügen den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die Wettbewerbskommission, zog dieses Begehren dann aber wieder zurück.

23. Am 18. Januar 2002 ging die Stellungnahme von SD zu den Fragen des Sekretariats vom 30. November 2001 (oben Rz. 15) ein. Mittlerweile hatte sich mit dem Inkrafttreten der überarbeiteten FDV das einschlägige Fernmelderecht per 1. Januar 2002 geändert. Entsprechend wies SD darauf hin, seit dem 1. Januar 2002 bestehe in Form der so genannten "regulierten Verzeichnisdaten" im Sinne von Artikel 29 FDV eine alternative Datenbezugsquelle zu den ETV-Daten. Diese regulierten Verzeichnisdaten böten alle Informationen, welche für das Erstellen von Verzeichnissen beziehungsweise das Erbringen von Verzeichnisdiensten notwendig seien. Ferner sei eine Einigung mit Glue nicht zustande gekommen, da Glue unter anderem Sonderkonditionen für den Zugang zu ETV verlangt habe. Die Produkte "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch" [...].

24. Fortan konzentrierte sich die Vorabklärung vermehrt auf die Konditionen, zu welchen SD regulierte Verzeichnisdaten nach Artikel 29 Absatz 5 FDV weiterverkaufte, sowie auf die Frage, ob die erweiterten Dienste "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch" von SD aus dem vorgelagerten Bereich der Erhebung beziehungsweise Verwaltung von Verzeichnisdaten quersubventioniert sein könnten, oder ob eine Werbefinanzierung tatsächlich möglich ist. Insbesondere zur Frage der Finanzierung der Produkte "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch" äusserte sich SD im Laufe des Verfahrens wiederholt.

25. Am 21. Januar 2002 beklagte sich DNS sodann beim Sekretariat, die Swisscom AG [sic!] halte sich nicht an die revidierte, seit dem 1. Januar 2002 geltende Fernmeldeverordnung und missbrauche ihre Monopolstellung im Bereich der Verzeichnisdaten. Der Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten, den SD vorgelegt habe, sehe zu hohe (resp. künstlich verteuerte) Datenbezugspreise vor; der Aufwand von SD für die fernmelderechtlich verlangte Aufbereitung der regulierten Verzeichnisdaten werde nämlich bereits von den Teilnehmern, die einen E.164-Anschluss belegten, entgolten. Die Daten befänden sich schliesslich nicht im Eigentum der Swisscom AG, auch wenn diese das Gegenteil behauptete.

26. Im Juli 2002 gelangte das Sekretariat zudem an die Preisüberwachung und beauftragte diese mit der Abklärung der Preisgestaltung von SD im Zusammenhang mit dem Verkauf regulierter Verzeichnisdaten in blockweiser Übertragung beziehungsweise über einen online-Zugang. SD wurde hierüber vom Sekretariat am 17. Juli 2002 informiert. Mit gleicher Post befragte das Sekretariat SD erneut zu den regulierten Verzeichnisdaten und zum Betrieb von "www.weisseseiten.ch" sowie "www.gelbeseiten.ch". SD beantwortete diese Fragen mit Eingabe vom 20. September 2002.

27. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2002 gelangte die **Xentel AG** (nachstehend "Xentel") an das Sekretariat. Xentel betreibt als Dienstleistungsunternehmen im Bereich Telefonie unter der Kurznummer 1818 einen telefonischen Sprachauskunftsdienst in Konkurrenz zum Sprachauskunftsdienst von Swisscom FX (Kurznummer 111). Xentel nutze für das Angebot seines Sprachauskunftsdienstes den ETV-Zugang "ETV Professional Internet VIP", den SD Xentel seinerzeit hiefür empfohlen habe. Per Starttermin des Sprachauskunftsdienstes von Xentel habe SD den Transferpreis für die Adressabfragen ins ETV - offenbar auf Druck eines anonym bleibenden Grosskunden von SD - um 25% erhöht, was die Abfragekosten für Xentel auf CHF 0.65 bis CHF 0.75 pro Adressauskunft erhöht habe und die Existenz des Sprachauskunftsdienstes von Xentel in Frage stelle. Zudem betreffe diese Preiserhöhung nicht den Auskunftsdienst der Kurznummer 111. Die Datenbezugskosten für Xentel seien damit ca. vier bis fünf Mal höher als für den Swisscom-Dienst unter der Nummer 111. Laut Xentel seien auch die Auskunftsdienste anderer Netzbetreiber nicht von der erwähnten Preiserhöhung betroffen. Ferner verweigere SD Xentel den Zugriff auf die Adressen einzelner europäischer Länder. Insgesamt werde Xentel von SD vor allem gegenüber dem Dienst unter der Nummer 111 klar diskriminiert. Schliesslich seien die Transaktionspreise von SD in der Schweiz generell ca. 15 bis 20 Mal höher als im übrigen Europa, mit Ausnahme von Deutschland.

28. Das Sekretariat befragte daraufhin SD nach den Gründen, weshalb die Preise für das Produkt ETV Professional Internet VIP um 25% erhöht wurden und weshalb diese Preiserhöhung nicht den Auskunftsdienst der Nummer 111 betraf.

29. Am 10. und 23. Oktober 2002 beklagte sich my-link erneut sinngemäss über den Preis und die Modalitäten, zu welchen SD bereit sei, my-link Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 FDV zu gewähren.

30. SD liess sich am 28. Oktober 2002 über ihren Rechtsvertreter zu den Fragen im Zusammenhang mit der Erbringung von Sprachauskunftsdiensten durch Xentel vernehmen. SD erklärte die Unterschiede ihrer verschiedenen Produkte, mit welchen auf die ETV-Datenbank zugegriffen werden kann, und für welche Verwendungszwecke beziehungsweise Kundenbedürfnisse diese jeweils konzipiert seien. Für die Erbringung von Sprachauskunftsdiensten biete SD insbesondere die Produkte "ETV 111 native" sowie "ETV E.115" an, wogegen sich das Produkt "ETV Professional Internet VIP" für den vorliegend interessierenden Verwendungszweck nicht eigne. Der Betrieb von "ETV Professional Internet VIP" sei Xentel ab Ende April 2002 für eine Testphase von fünf Monaten kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Xentel habe während dieser Testphase den Betrieb ihrer Sprachauskunft aufgenommen, sei am Ende der Testphase von SD sodann aufgefordert worden, sich für ein Produkt zu entscheiden, und habe sich offenbar per Ende der Testphase an die Wettbewerbskommis-

sion und das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) gewandt.

31. Xentel habe SD wiederholt dazu zu bewegen versucht, ihr Produkt "ETV Professional Internet VIP" nach ihren Vorstellungen anzupassen. SD habe dies aber abgelehnt, weil es sich beim fraglichen Produkt um eine Standardlösung handle, welche von vielen Kunden verwendet werde; für eine spezifische Anpassung an die jeweiligen Kundenwünsche seien die Produkte "ETV Professional X.25 \$\$" (Telepac), "ETV 111 native" und "ETV E.115" vorgesehen. Ferner biete das von Xentel gewählte Produkt im Gegensatz zu den anderen erwähnten Lösungen keinen Zugang zu internationalen Verzeichnissen.

32. Sodann sei die Behauptung von Xentel, die Datentransferpreise seien per Starttermin des Dienstes der Nummer 1818 erhöht worden, unzutreffend: Die Preisanpassung sei vielmehr per 1. Mai 2002 in Kraft getreten und Xentel bereits Ende April 2002 zu Beginn der Testphase bekannt gewesen. Schliesslich begründete SD die fragliche Preisanpassung für das Produkt "ETV Professional Internet VIP" mit der mittlerweile mangelnden Rentabilität und dem in Vergleich mit den anderen SD-Produkten zu günstigen Preis. Gerade im Lichte der angestrebten Gleichbehandlung aller SD-Kunden über möglichst alle Produkte hinweg habe die Preisanpassung erfolgen müssen, um den Preis pro bezogenem Verzeichniseintrag bei sämtlichen Produkten möglichst ähnlich zu gestalten. Die Preisanpassung sollte schliesslich bewirken, dass die effektiven Kosten für die Nutzung der Datenbank verrechnet würden, wobei zu berücksichtigen sei, dass ein tiefer Datenbezugspreis zu unpräzisen Anfragen verleite, welche die Datenbank intensiv belasteten. Im Übrigen habe SD mit der fraglichen Preisanpassung auf die Vorwürfe von Glue reagiert, welche in den Preisen für die Produkte "ETV Professional Internet Basic" und "ETV Professional Internet VIP" im Verhältnis zum von Glue verwendeten "X.25 Telepac"-Produkt eine kartellrechtlich unzulässige Preisunterbietung sehe. Schliesslich bestreite SD, dass die fragliche Preisanpassung im Datenbezug die wirtschaftliche Existenz von Xentel gefährde.

33. Auf den Vorwurf der Diskriminierung von Xentel gegenüber dem Swisscom-Auskunftsdienst unter der Kurznummer 111 entgegnete SD, Swisscom verende für ihre Sprachauskunft ebenso wie die Unternehmen BNS Group (u.a. Auskunftsdienst von Sunrise) und Conduit (Auskunftsdienst von Orange, Kurznummer 1850) die hiefür vorgesehenen und optimierten Produkte "ETV 111 native" beziehungsweise "ETV E.115". Die Preise für diese Produkte seien in der Tat nicht erhöht worden, weil die Rentabilität dieser Lösungen im Gegensatz zum von Xentel verwendeten Produkt befriedigend gewesen sei. Bei einem Wechsel zu einem für Sprachauskunftsdienste vorgesehenen Produkt würde SD Xentel die gleichen Konditionen einräumen wie den übrigen Kunden.

34. Nach Erkundigungen seitens des Sekretariats äusserte sich die **Preisüberwachung** am 10. Januar 2003 zur Frage der Preisgestaltung durch SD im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten, um deren Prüfung das

Sekretariat im Juli 2002 nachgesucht hatte. Auf Nachfrage des Sekretariats, ob und gegebenenfalls wie der Preisüberwacher in der vorliegenden Angelegenheit tätig zu werden gedenke, vertrat dieser im Schreiben vom 19. Februar 2003 gestützt auf seine Auslegung von Artikel 29 FDV den Standpunkt, der Bezug von Verzeichnisdaten stelle vorab ein telekommunikationsrechtliches Problem dar und falle daher in die Zuständigkeit des Bakom oder der Kommunikationskommission (ComCom).

35. Am 21. März 2003 machte das **Bakom** das Sekretariat auf die Ausgestaltung der Verträge zur Überlassung von (regulierten) Verzeichnisdaten aufmerksam. Die Verträge seien fernmelderechtlich nicht zu beanstanden. Indessen seien die Bedingungen für den Weiterverkauf der von SD bezogenen regulierten Verzeichnisdaten fragwürdig, da diese verlangten, diese Daten müssten vor einem Weiterverkauf mit einem Aufwand von mindestens 20% veredelt werden. Zudem seien die Preise für den erstmaligen (blockweisen) Bezug eines Datensatzes (CHF 0.60/Datensatz) und für die Aktualisierung eines Datensatzes (CHF 1.10/Datensatz) wohl zu hoch.

36. Die bereits erwähnte Verlagerung des Verfahrensgegenstandes vom Zugang zum ETV unter anderem auf die Frage der Nutzung regulierter Verzeichnisdaten machte es angesichts der fortgeschrittenen Zeit und der weiteren eingegangenen Beschwerden erforderlich, SD sowie verschiedene FDA und aktuelle beziehungsweise potenzielle Verzechnisanbieter am 31. März 2003 erneut zu befragen.

37. Als **FDA** wurden befragt: Sunrise, Swisscom Mobile AG (nachstehend "Swisscom Mobile"), Swisscom FX, Orange, Tele2, MCI, Colt.

38. Als aktuelle oder potenzielle **Verzechnisanbieter** wurden befragt: SPDS, search.ch, Twix, VTX, Glue, my-link, Schober, Nova Esprit, Swissguide AG (nachstehend "Swissguide"; Anbieterin eines schweizerischen, öffentlich zugänglichen Firmen-, Produkte- und Markenverzeichnisses).

39. Im Wesentlichen war nunmehr abzuklären, ob die diversen **FDA** seit dem Inkrafttreten der revidierten FDV am 1. Januar 2002 die Herausgabe der Verzeichnisdaten selber organisierten oder ob sie für die Erfüllung der Pflichten gemäss Artikel 29 FDV einen so genannten "Data Agent" im Sinne von Artikel 29 Absatz 6 FDV einsetzten. Erhoben wurden auch Angaben zu den Kosten der FDA für die Datenerfassung und -verarbeitung sowie zu den Kosten, welche SD gegebenenfalls durch die Übernahme der Aufgaben eines Data Agent für die Aufbereitung und Bereitstellung der Verzeichnisdaten nach Massgabe der fernmelderechtlichen Vorgaben entstehen.

40. **SD** wurde befragt, ob sie von den FDA als Data Agent eingesetzt werde, welche Kosten und Entschädigungen mit dieser Tätigkeit einhergingen und wem beziehungsweise zu welchen Konditionen die regulierten Verzeichnisdaten übermittelt würden. Analoge Fragen wurden SD zum ETV gestellt sowie zur Beziehung der regulierten Verzeichnisdaten zum Betrieb des ETV.

41. Die verschiedenen aktuellen und potenziellen **Verzechnisanbieter** wurden vor allem befragt, ob, wie und in welchem Umfang sie regulierte Verzeichnisdaten und/oder Daten aus der ETV-Datenbank beziehen beziehungsweise wie sie diese Daten verwenden. Im Zusammenhang mit den regulierten Verzeichnisdaten hatten die Verzechnisanbieter wenn möglich anzugeben, welchen Veredelungsaufwand sie betreiben, um die regulierten Verzeichnisdaten in ihre Produkte zu integrieren.

42. Am 19. Juni 2003 gelangte **Xentel** erneut an das Sekretariat und beklagte sich unter Beilage eines umfangreichen Mailverkehrs mit SD, weiterhin von SD diskriminiert zu werden und dadurch hohen Schaden erlitten zu haben. Im Wesentlichen machte Xentel geltend, durch verschiedene Betriebsunterbrüche des ETV-Zugangs geschädigt worden zu sein und diesen Schaden mit den angefallenen Forderungen von SD für den Zugang zur ETV-Datenbank verrechnen zu wollen. SD widersetze sich hingegen einer solchen Verrechnung und habe angedroht, Xentel den Zugang zu ETV zu sperren, falls die ausstehenden Datenbezugsrechnungen nicht beglichen würden. Xentel bestritt ihrerseits, dass ein Verrechnungsverbot vereinbart worden sei. Eine Abschaltung des ETV-Zugangs würde laut Xentel das Ende der Existenz des Auskunftsdienstes der Nummer 1818 bedeuten.

43. SD liess sich zu den geäusserten Vorwürfen am 27. Juni 2003 vernehmen und reichte zuhanden des Sekretariats unaufgefordert eine Stellungnahme ein. Wiederholt wies SD darauf hin, das von Xentel gewählte Produkt für den Zugang zu ETV ("ETV Professional Internet VIP") sei mangels genügender Verfügbarkeit des Zugangs für den Betrieb eines Sprachauskunftsdienstes ungeeignet. Darauf sei Xentel von SD mehrmals hingewiesen worden. Der Schaden aus diversen Betriebsstörungen, den Xentel behaupte, sei nicht substantiiert, zudem formuliere der einschlägige Vertrag ein Verrechnungsverbot. Ohne Bezahlung der ausstehenden Rechnungen komme SD gemäss den geltenden Vertragsbestimmungen nicht umhin, Xentel nach mehrmaliger Mahnungen den Zugang zum ETV per 9. Juli 2003 zu sperren.

44. Am 2. Juli 2003 informierte Xentel das Sekretariat über den Stand der Verhandlungen mit SD und machte insbesondere geltend, in der Vertragskopie, welche SD Xentel zugestellt habe, fehle die seinerzeit vereinbarte Streichung des strittigen Verrechnungsverbots. Xentel beabsichtige angesichts der nunmehr bestehenden Zeitnot, die Wettbewerbskommission bis am 4. Juli 2003 um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen, bitte indessen um Nachricht, falls einstweiliger Rechtsschutz bis am 9. Juli 2003 (Datum der angedrohten Abschaltung) nicht möglich sei.

45. Per E-Mail teilte das Sekretariat Xentel gleichentags mit, der Erlass vorsorglicher Massnahmen bis am 9. Juli 2003 komme angesichts der Komplexität des Sachverhalts und des Erfordernisses, der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, zeitlich nicht in Betracht. Ferner machte das Sekretariat Xentel darauf aufmerksam, die Fragen allfälliger Schadenersatzansprüche gegenüber SD infolge der be-

haupteten Betriebsunterbrüche sowie des strittigen Verrechnungsverbots seien rein vertragsrechtlicher Natur und oblägen der Beurteilung durch ein Zivilgericht.

46. Xentel benachrichtigte das Sekretariat am 8. Juli 2003, die ausstehenden Rechnungen von SD bezahlt zu haben. Am 23. Juli 2003 liess Xentel über ihren nunmehr beigezogenen Rechtsvertreter gegenüber dem Sekretariat verlauten, sich in der hängigen Vorabklärung zum Verhalten von SD substantiiert äussern zu wollen, was mit Eingabe vom 23. September 2003 auch geschah: Xentel legte die Schwierigkeiten und Verzögerungen im Zusammenhang mit der Aufschaltung der Kurznummer 1818 durch Swisscom FX dar. Zur Sprache kamen auch die Höhe der Grund- und Minutengebühren für die Sprachauskunft Nr. 1818, die Kosten der Gebührenprogrammierung und weitere technische Fragen. Xentel wies auch auf die unübersichtliche Entstehung des entsprechenden Vertrags über den Betrieb des Auskunftsdienstes Nr. 1818 hin und vertrat die Meinung, dieser Vertrag formuliere missbräuchliche Bedingungen beziehungsweise Preise. Xentel habe diesen Vertrag nur wegen des "Monopols" von Swisscom FX und des damit von Swisscom FX ausgeübten Druckes unterzeichnet, habe aber Vorbehalte angebracht, die Swisscom FX nicht anerkenne. Es folgten Erläuterungen zur nach Ansicht von Xentel nicht gehörigen Erfüllung der Verpflichtungen von Swisscom FX und insbesondere von SD. Sodann wies Xentel erneut auf den gestörten ETV-Zugang infolge von Fehlern seitens von SD und den dadurch entstandenen Schaden hin. Schliesslich rügte Xentel, dass Swisscom FX bei der Rechnungsstellung für die Telefongebühren, auf welchen auch die Gebühren für die Inanspruchnahme der verschiedenen Sprachauskunftsdienste erscheinen, Eigenwerbung für die Nr. 111 mache.

47. Gestützt auf den Schlussbericht vom 3. November 2003 und im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission eröffnete das Sekretariat am **4. November 2003** eine **Untersuchung** im Sinne von Artikel 27 KG. Die Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte aufgrund eines Versehens bei der Bundeskanzlei erst im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 20. Januar 2004 beziehungsweise im Bundesblatt vom 27. Januar 2004 (BBl 2004 194).

48. Am 9. Dezember 2003 fand zwischen Vertretern von SD und dem Sekretariat eine Besprechung am Sitz der Wettbewerbskommission statt. Unter Bezugnahme auf den Schlussbericht der Vorabklärung erläuterte SD unter anderem die Art, wie kostenpflichtige Datenelemente in ihren Verzeichnisprodukten verrechnet werden. Ferner ging SD auf die vom Sekretariat im Schlussbericht beanstandeten Verwendungsrestriktionen beim Bezug regulierter Verzeichnisdaten ein. Der Inhalt dieser Besprechung ist aktenkundig.

49. Am Untersuchungsverfahren hat das Sekretariat folgende Unternehmen als Parteien im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG in Verbindung mit Artikel 6 VwVG beteiligt:

- SD (materielle Verfügungsadressatin)
- Glue
- my-link
- search.ch

50. Als Dritte ohne Parteistellung im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 43 Absatz 2 KG hat das Sekretariat folgende Unternehmen am Verfahren beteiligt:

- Telecommunication Support Services AG (nachstehend "TSS")
- Telegate AG (nachstehend "Telegate")
- VTX
- Digical SA
- Sunrise
- Conduit Europe S.A. (nachstehend "Conduit")

51. Am 1. April 2004 reichte SD eine "Meldung gemäss Übergangsbestimmung" des revidierten und per 1. April 2004 in Kraft getretenen KG ein. Mit Schreiben vom 5. April 2004 teilte das Sekretariat SD unter Verweis auf die Auffassung des Präsidenten der Wettbewerbskommission mit, bereits bekannte Tatsachen könnten der Wettbewerbskommission nicht mit sanktionsbefreiender Wirkung im Sinne der Übergangsbestimmung zum revidierten KG gemeldet werden.

52. Am 7. April 2004 informierte das Sekretariat die Verfahrensbeteiligten, welche Unternehmen als Parteien oder Dritte ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt sind.

53. Mit Eingabe vom 14. April 2004 legte Telegate dem Sekretariat ihre kommerzielle und rechtliche Sicht der Probleme dar, welche sich ihres Erachtens in der Untersuchung stellten. Im Wesentlichen führte Telegate aus, der online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten von SD durch Telegate zwecks Erbringung einer internationalen Sprachauskunft verursache höhere Kosten als der Zugriff zu den Daten des ETV über eine X.25-Verbindung nach dem E. 115-Standard gemäss dem internationalen DA-Vertrag von SD, dessen Datenpreise ohnehin völlig überhöht seien. Die offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten sodann sei wirtschaftlich nicht tragbar, weil SD verlange, der bezogene Datensatz müsse alle sechs Monate vollständig neu erworben werden. Dieser Aufwand sei kombiniert mit den Kosten für die laufende Aktualisierung für einen ausländischen Anbieter von Telefonauskünften inakzeptabel.

54. Am 29. April 2004 fand eine zweite Besprechung zwischen Vertretern von SD und dem Sekretariat am Sitz der Wettbewerbskommission statt. SD erläuterte unter anderem die Kostenstruktur betreffend die regulierten Verzeichnisdaten unter Bezugnahme auf die Erfolgsrechnung des vergangenen Geschäftsjahres 2003 und ging auf Fragen im Zusammenhang mit den Verwendungsrestriktionen für den online- und offli-

ne-Bezug dieser Daten ein. Der Inhalt dieser Besprechung ist aktenkundig.

55. Am 7. Mai 2004 stellte SD ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung und stellte neben formellen folgende materielle Anträge:

"-Es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 1. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung der Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht hat;

- Es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass der Gesuchstellerin für den mit Schreiben vom 1. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden kann;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

56. Mit Eingabe vom 21. Mai 2004 reichte SD auf Wunsch des Sekretariats hin eine Zusammenstellung der Besprechungen vom 9. Dezember 2004 beziehungsweise 29. April 2004 unter Einschluss der dem Sekretariat ausgehändigten Dokumentation ein.

57. Am 20. Juli 2004 erkundigte sich SD mit Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit, wann ein Entscheid der Wettbewerbskommission betreffend das gestellte Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung erfolge. Diesbezüglich wies das Sekretariat am 23. Juli 2004 darauf hin, dass im vorliegenden Fall kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse am Erlass einer Verfügung bezüglich Meldefähigkeit bestehe.

58. Mit Schreiben vom 21. Juli 2004 hat das Sekretariat den Parteien den Verfügungsentwurf zur Kenntnis gebracht mit dem Hinweis, das Dossier liege zur Akteneinsicht auf.

59. Mit Schreiben vom 4. August 2004 erklärte sich SD grundsätzlich bereit, das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend die Frage der Meldefähigkeit nach der Übergangsbestimmung KG zurückzuziehen, wenn bestätigt würde, dass für den gemeldeten Sachverhalt keine Sanktionen drohten. Diesbezüglich teilte die Wettbewerbskommission SD am 22. September 2004 mit, dass in der Endverfügung über das Gesuch entschieden werde, sofern darauf eingetreten werden könne.

60. Mit Schreiben vom 17. September 2004 nahm Glue Stellung zum Antrag des Sekretariats. Glue führte aus, dass die Wettbewerbskommission in Verkenning der gesetzlichen Grundlagen die Untersuchung gegen SD anstelle der marktbeherrschenden FDA führe, welche ihren "eigenen" Data-Agenten gewählt habe und dadurch den Aufbau einer Alternative verhindere. Der Anschluss sei mit dem Eintrag im Teilnehmerverzeichnis untrennbar verbunden, weshalb die Kosten für die Erstellung und den Unterhalt bereits voll abgegolten seien. Der Preis für den Zugang zu den Verzeichnisdaten sei überteuert. Glue verlangte, dass eine Ausschreibung für die Rolle des

Data Agents durchgeführt und der Zugangspreis begrenzt werden müsse. Glue beantragte, der Antrag des Sekretariats vom 29. Juni 2004 sei zur Überarbeitung der enthaltenen Mängel zurückzuweisen.

61. Mit Schreiben vom 21. September 2004, nach Einsichtnahme in die Akten in den Räumlichkeiten des Sekretariats am 12. August 2004, nahm search.ch Stellung zum Antrag des Sekretariats. Search.ch brachte vor, dass die von SD geltend gemachten Kosten und vor allem deren Zuordnung zu den regulierten Verzeichnisdaten beziehungsweise anderen "Produkten" sehr intransparent und durch erhebliche Unsicherheiten geprägt seien. Die Einnahmen aus der Haltung der regulierten Verzeichnisdaten für die FDA seien kostendeckend. Search.ch schloss sich bezüglich des "Price squeeze" den Erwägungen an, machte jedoch geltend, dass es durch die Anwendung gleicher Preise bei völlig unterschiedlichen Nutzungs-, respektive Amortisierungsmöglichkeiten zu einer Diskriminierung komme, die sich wirtschaftlich betrachtet wie ein "Price squeeze" auswirke. Sinngemäss wurde beantragt, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch SD im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG festzustellen sei. Die Bezugspreise für regulierte Verzeichnisdaten müssten um mindestens 80% gesenkt und die Nutzungsbeschränkungen ersatzlos gestrichen werden, da dies zu einer Markteintrittsbarriere führe.

62. Mit Schreiben vom 23. September 2004, nach Einsichtnahme in die Akten in den Räumlichkeiten des Sekretariats am 10. August 2004, nahm my-link Stellung zum Antrag des Sekretariats. my-link machte detaillierte Ausführungen zu einzelnen Erwägungen, die belegen sollten, dass die (langjährige) Bindung der FDA an SD, die Preisfestsetzung und die Nutzungsbedingungen von SD, das Entstehen eines Konkurrenzangebots verhinderten, ebenso den (potenziellen) Markt für regulierte Verzeichnisdaten als Quelle aller veredelten Datenbestände. So wurde denn auch behauptet, die von der Wettbewerbskommission vorgenommenen Vergleiche seien untauglich.

63. Nach schriftlicher Akteneinsichtnahme vom 4. August 2004 nahm SD mit Schreiben vom 30. September 2004 Stellung zum Antrag des Sekretariats. SD stellte folgende Anträge:

"-Die Untersuchung sei einzustellen;

- Im Dispositiv des Einstellungsentscheides sei nicht festzustellen, dass Directories über eine marktbeherrschende Stellung verfügt;

- Eventualiter für den Fall, dass die Anträge 1 und/oder 2 abgewiesen werden, sei Directories vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission Einsicht in die vollständigen Akten (inkl. der als Geschäftsgeheimnisse qualifizierten Bezugsquellen für Verzeichnisdaten) zu gewähren und Directories im Anschluss daran die Möglichkeit einzuräumen, zum Verfügungsentwurf erneut Stellung zu nehmen;

- Directories seien keine Kosten aufzuerlegen."

Das Online-Verzeichnis von telsearch.ch sei seit Jahren führend in der Schweiz. Die Verzeichnisdaten würden indes nicht bei SD bezogen. Es bestünden somit alternative Bezugsquellen, weshalb SD nicht über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Verzeichnisdaten verfüge. Telsearch.ch komme ohne tagesaktuelle Daten aus. Entsprechend seien tagesaktuelle Daten aus der Sicht der Verzeichnisanbieter durch nicht-tagesaktuelle Daten substituierbar. Somit bestehe kein eigener relevanter Markt für tagesaktuelle Verzeichnisdaten. SD sei die Einsicht in die Dokumente bezüglich der alternativen Bezugsquelle verweigert worden. Damit aber habe die Wettbewerbskommission zum Nachteil des Betroffenen hinsichtlich der Marktabgrenzung und der Stellung auf geheime Daten abgestellt. Dies verstosse gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör.

SD rügte weiter eine Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung, da die Wettbewerbskommission bisher in einer Einstellungsentscheidung noch nie die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens festgestellt habe. Zudem machte SD präzisierende Ausführungen zu den Erwägungen.

64. Am 25. Oktober 2004 ging zudem eine Ergänzung zur Stellungnahme vom 30. September 2004 von SD ein. SD führte aus, dass die Feststellung der Marktbeherrschung im Dispositiv keine zu treffende Massnahme im Sinne von Artikel 30 KG sei. Überdies hat my-link mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 an die Mitglieder der Wettbewerbskommission ihren Unmut über die Führung sowie das Ergebnis der Untersuchung zum Ausdruck gebracht.

A.1 Vorbemerkungen zum Untersuchungsgegenstand

65. Zu beurteilen sind vorliegend die Verhaltensweisen von SD im Zusammenhang mit der Erhebung, Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von Adressbeziehungsweise Verzeichnisdaten in elektronischer Form. Die Komplexität der vorliegend zu beurteilenden Materie verlangt, dass der Schilderung des rechtserheblichen Sachverhalts einige Vorbemerkungen zum Verfahrensgegenstand im weitesten Sinne vorangestellt werden.

66. Wie der Prozessgeschichte entnommen werden kann, bezogen sich die Erhebungen des Sekretariats ursprünglich auf das so genannte "Elektronische Telefonverzeichnis ETV" (nachstehend "ETV"), welches SD aufgrund der Teilnehmerdaten des öffentlichen Telefondienstes führt, die ihr aus der früheren Monopolzeit der Swisscom AG (resp. vormals der Telecom PTT) respektive heute von Seiten der Grundversorgungskonzessionärin Swisscom FX und den anderen, von den einschlägigen fernmelderechtlichen Bestimmungen über das Verzeichniswesen erfassten FDA zur Verfügung stehen. SD führt und verwaltet das ETV nicht nur, sondern bietet diverse Verzeichnisprodukte an, welche auf die ETV-Datenbank zugreifen und entweder für so genannte "Endabnehmer" oder so genannte "Nicht-Endabnehmer" - das heisst Weiterverkäufer des Zugangs zum ETV, meistens ISP oder

datenverarbeitende Unternehmen - konzipiert sind. Neben SD existieren sodann diverse andere Unternehmen, welche vorab als ISP Produkte anbieten, die entweder den Zugang zur ETV-Datenbank beziehungsweise zum Datenbestand von SD nutzen oder eigene Datenbanken bewirtschaften. Solche Unternehmen verkaufen den online-Zugang zum ETV meistens unter Verwendung spezieller, selber entwickelter Software-Applikationen weiter, wobei die Kunden dieser Nicht-Endabnehmer hiezu die Einrichtungen und Verbindungen der ISP verwenden. Die Kunden dieser Nicht-Endabnehmer sind gemeinhin entweder Endkunden, welche die bezogenen Daten für sich verwenden, oder wiederum Nicht-Endabnehmer (v.a. andere ISP), welche ihren Abonnenten den Zugang zum ETV anbieten.⁵ Zum Teil bezogen beziehungsweise beziehen Unternehmen auf verschiedenen Wegen auch Datensätze aus dem ETV, um daraus eigene Datenbanken zu erstellen, welche sodann online (über eine Internet-Verbindung und eigene Adresssuchmaschinen) oder offline (etwa als CD-ROM/DVD oder gedruckte Verzeichnisse⁶) angeboten werden. Der Zugang zum ETV wird auch von Anbietern von Sprachauskunftsdiensten genutzt.

67. Die Unternehmen, welche die Daten des ETV für ihre Zwecke verwenden, beanstandeten und beanstanden in erster Linie die Preise, welche SD für den Bezug von Daten aus dem ETV veranschlagt, sowie die Restriktionen für die Weiterverwendung der bezogenen Daten, welche SD in den ETV-Datenbezugsverträgen formuliert. Im Laufe des Verfahrens der Vorabklärung ist eine Vielzahl von Unternehmen mit jeweils unterschiedlichen Interessen an das Sekretariat gelangt. Auch das von der Wettbewerbskommission abgewiesene Gesuch von Glue um Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. oben Rz. 16 f.) hatte den Preis und die Weiterverwendung von Daten des ETV zum Gegenstand.

68. Per 1. Januar 2002 hat sich indessen mit dem Inkrafttreten der revidierten Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1) das einschlägige Fernmelderecht geändert. Diese Rechtsänderung hat sich in einer für das vorliegende Verfahren entscheidenden Weise ausgewirkt und den Schwerpunkt der Vorabklärung verlagert. Der Grund hiefür liegt darin, dass die verschiedenen FDA seit dem 1. Oktober 2002 ihre sämtlichen Teilnehmerdaten nach Massgabe von Artikel 29 FDV als

⁵ Z.B. Glue, welche den Zugang zum ETV über ihr spezielles Produkt "webETV" beispielsweise an "www.swissonline.ch" weiterverkauft, von wo aus Endkunden auf das ETV zugreifen können.

⁶ Z.B. "Twixtel" der Twix AG oder branchen- bzw. regionspezifische gedruckte Telefonbücher wie etwa Ortstelefonbücher.

so genannte "regulierte Verzeichnisdaten" aufbereiten und jedermann tagesaktuell online oder blockweise mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitstellen müssen. Dies bedeutet, dass nach der Intention des Gesetzgebers seit der Revision der FDV fernmelderechtlich eine Alternative zur ETV-Datenbank von SD bestehen soll. Die laufende Vorabklärung hatte sich in der Folge nicht mehr primär mit Fragen im Zusammenhang mit dem ETV zu befassen, sondern mit der Verfügbarkeit der regulierten Verzeichnisdaten beziehungsweise deren Verhältnis zur ETV-Datenbank und der darauf basierenden Produkte von SD.

69. Der Verfahrensgegenstand hat sich demnach aufgrund der vielfältigen Anzeigen verschiedener Unternehmen beim Sekretariat und wegen der Änderung der fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen per 1. Januar 2002 in verschiedene Richtungen entwickelt. Ferner haben sich immer neue Unternehmen in unterschiedlicher Weise an der Vorabklärung beteiligt. Das sich wandelnde tatsächliche und rechtliche Umfeld sowie Verhandlungen zwischen SD und interessierten Unternehmen haben wesentlich zu den Weiterungen und zur Länge des Verfahrens beigetragen.

70. Der Sachverhalt ist ausserdem auch in technischer Hinsicht komplex, wobei zu beachten ist, dass die involvierten Unternehmen abweichende Auffassungen nicht nur hinsichtlich der technischen Eigenarten der zu beurteilenden Materie, sondern auch zur einschlägigen Terminologie äussern, vor allem was die Erfassung, Bearbeitung, Verwendung und Bezeichnung der verschiedenen Datenarten angeht. Für das Verständnis der zu beurteilenden Materie sowie der nachstehenden Ausführungen sind daher im Rahmen dieser Verfügung umfangreiche Ausführungen in technischer und begrifflicher Hinsicht notwendig. Bereits im Rahmen der Darlegung des erheblichen Sachverhalts sind aus all diesen Gründen die fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen im gebotenen Umfang zu erläutern. Zudem wird die einschlägige Terminologie festgelegt.

B. Sachverhalt

B.1 Fernmelderechtliche Rahmenbedingungen

71. Das einschlägige Fernmelderecht hat sich wie erwähnt mit dem Inkrafttreten der revidierten FDV per 1. Januar 2002 im Laufe des Verfahrens geändert und dabei die fernmelde- und wettbewerbsrechtliche Lage beeinflusst. Das Verständnis dieses Falles bedingt eine Skizzierung der Entwicklung der fernmelderechtlichen Bestimmungen, soweit sie Fragen des Verzeichniswesens betrifft.

72. Unter anderem umfassen die Pflichten der Konzessionärin der Grundversorgung gemäss Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997⁷ (FMG; SR 784.10) den öffentlichen Telefondienst und laut Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d FMG den Zugang zu den schweizerischen Verzeichnissen der Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst. Die Dienste der Grundversorgung sind *nachfrageorientiert* auszugestalten (Art. 16 Abs. 1 FMG).

73. Gemäss Artikel 21 FMG können die Verzeichnisse der Kunden von Telekommunikationsdiensten veröffentlicht werden. Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ermöglichen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten den Zugang zu den Verzeichnissen der Teilnehmer nach internationalen Normen. Den elektronischen Zugang haben die Anbieterinnen der Grundversorgung auch dann zu ermöglichen, wenn sie die Verzeichnisse nicht veröffentlicht haben. Den Kunden der Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung steht es sodann gemäss Artikel 21 Absatz 3 FMG frei, sich in Verzeichnisse eintragen zu lassen.

74. Laut Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 6. Oktober 1997 (AS 1997 2833, 2000 1044; nachstehend "FDV 1997") umfasste die Grundversorgung im Sinne von Artikel 16 FMG seinerzeit unter anderem den Anschluss für Sprach- und Datenübertragung an das öffentliche Telefonnetz und einen Haupteintrag in das Teilnehmerverzeichnis. Gemäss Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe d FDV 1997 umfassten die Dienste der Grundversorgung auch die Gewährung des Zugangs nach Wahl des Benutzers gegen Entgelt zu den Teilnehmereinträgen in den Verzeichnissen aller Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten in der Schweiz in elektronischer Form oder über eine Sprachauskunft in den drei Amtssprachen (...). Artikel 19 Absatz 1 FDV 1997 verlangte, der Eintrag in das Verzeichnis der Teilnehmer von Diensten der Grundversorgung müsse mindestens den Namen und Vornamen oder den Firmennamen, die vollständige Adresse und die Rufnummer enthalten. Laut Artikel 55 FDV 1997 waren die Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst berechtigt, ihren Eintrag mit einem Vermerk kennzeichnen zu lassen, wonach sie keine Werbung wünschten und ihre Daten auch nicht zum Zwecke der Direktwerbung benutzt oder weitergegeben werden dürften.

75. Für die Sicherstellung der flächendeckenden Grundversorgung in der Schweiz war gemäss Artikel 66 FMG bis zum 31. Dezember 2002 die Swisscom AG (resp. vormals Telecom PTT) zuständig. Im Rahmen der Grundversorgungskonzession gewährleistete Swisscom namentlich den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über die Telefonanschlüsse in den Haushalten. Jeder dieser Anschlüsse war demnach ins Teilnehmerverzeichnis aufzunehmen, sofern sich der Inhaber des jeweiligen Anschlusses nicht dagegen

⁷ Art. 86 FDV (Stand am 26.2.2002; dieser Artikel der Übergangsbestimmungen ist mit der Überarbeitung der FDV auf den Stand am 22.12.2003 durch eine Bestimmung über die "Bekanntgabe der Preise für Mehrwertdienste in den Verzeichnissen" ersetzt worden [AS 2003 4767]).

⁸ Stand am 22. Dezember 2003.

entschieden hatte. Zur Erfüllung der Pflicht, ein Verzeichnis der Teilnehmer zu führen (Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG, Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV 1997), gab die Swisscom einerseits die Telefonbücher heraus und legte andererseits das ETV an, dessen Datenbestand dem der gedruckten Telefonbücher entspricht. Die für den Betrieb des ETV erstellte Datenbank war zu jener Zeit die einzige komplette, tagesaktuelle Verzeichnisdatenbank, welche über die Daten sämtlicher eingetragener Teilnehmeranschlüsse verfügte.

76. Per 1. Januar 2002 ist die revidierte FDV in Kraft getreten. In Vollzug von Artikel 16 FMG (Umfang der Grundversorgung) hat die Grundversorgungskonzessionärin gemäss Artikel 19 FDV für den Anschluss an das Telefonnetz einen Netzanschlusspunkt (...) einschliesslich Eintrag ins Teilnehmerverzeichnis des öffentlichen Telefonverzeichnisses bereitzustellen (Abs. 1 Bst. a) und gegen Entgelt den Zugang zu den Teilnehmereinträgen in den Verzeichnissen aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung in der Schweiz in elektronischer Form oder über eine Sprachauskunft in den drei Amtssprachen zu gewährleisten (Abs. 1 Bst. d). Für den Anschluss gemäss Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a FDV kann die Grundversorgungskonzessionärin Gebühren gemäss Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a FDV erheben.

77. Artikel 29 FDV⁹ regelt sodann seit dem 1. Januar 2002 die Anlegung und Verwaltung der Teilnehmerverzeichnisse: Gemäss Artikel 29 Absatz 1 FDV müssen die FDA, die den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über einen durch eine E.164-Nummer¹⁰ definierten Anschluss bereitstellen, ein Verzeichnis ihrer Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes führen, soweit diese im Sinne von Artikel 21 Absatz 3 FMG in den Eintrag in dieses Verzeichnis eingewilligt haben. Der Eintrag in das Verzeichnis der Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes besteht gemäss Artikel 29 Absatz 2 Buchstabe a-f FDV mindestens aus dem Namen und Vornamen oder Firmennamen des Teilnehmers, der vollständigen Adresse, der Rubrik, unter welcher der Teilnehmer erscheinen möchte, der E.164-Nummer (d.h. der "Telefonnummer") sowie gegebenenfalls dem Kennzeichen im Sinne von Artikel 65 FDV, wonach der Teilnehmer keine Werbemittelungen von Dritten erhalten möchte und dass seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen. Bei einer Nummer eines entgeltlichen Mehrwertdienstes ist zusätzlich eine Preisbekanntgabe gemäss der Preisbekanntgabeverordnung¹¹ vorzunehmen.

78. Nach Artikel 29 Absatz 4 FDV sind die FDA (Art. 29 Abs. 1 FDV) für die Erhebung der Verzeichnisdaten bei ihren Teilnehmern verantwortlich und allein berechtigt, diese Daten auf Verlangen des Teilnehmers zu ändern. (...) Die FDA sind nicht verpflichtet, die Daten auf ihre Richtigkeit zu prüfen, müssen aber sicherstellen, dass sie den Angaben der Teilnehmer entsprechen. Sie können es ablehnen, einen Eintrag in das Verzeichnis aufzunehmen, der offensichtlich unrichtig ist oder einem rechtswidrigen Zweck dient, und können einen solchen Eintrag aus dem Verzeichnis entfernen.

79. Die FDA sind sodann gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV seit dem 1. Oktober 2002¹² *verpflichtet, jedermann auf Verlangen und gegen Bezahlung sowohl den Online-Zugang zu den Verzeichnisdaten ihrer Teilnehmer als auch die blockweise Übertragung der Daten mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitzustellen*. Für die Erfüllung der Verpflichtungen gemäss Artikel 29 Absatz 1-5 FDV können die FDA im Rahmen eines Vertragsverhältnisses Dritte beiziehen (Art. 29 Abs. 6 FDV). Die technischen Einzelheiten der Pflichten der FDA hinsichtlich des Führens, des Inhalts, des Formats der Daten, der Bearbeitungsart, der Änderung und der Zurverfügungstellung der Daten online sowie blockweise werden in den "Technische[n] und administrative[n] Vorschriften für die Verzeichnisse der Teilnehmerinnen und Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes" vom 12. August 2003¹³ (nachstehend "TV"; SR 784.101.113/1.1) umfassend beschrieben.

80. Nach Massgabe dieser fernmelderechtlichen Bestimmungen haben mithin alle FDA im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe b FMG¹⁴ respektive Artikel 29 Absatz 1 FDV

⁹ Stand am 22. Dezember 2003; Änderung vom 5. Dezember 2003 (AS 2003 4767).

¹⁰ Diese Nummern werden gemäss dem Nummerierungsplan E.164/2002 des Bakom (Ausgabe 5 vom 12.8.2003, in Kraft seit dem 1.10.2003; SR 785.101.113/2.2) zugeteilt. Dieser Nummernplan setzt in der Schweiz die Empfehlung der Internationalen Fernmeldeunion (ITU-T) "ITU-T E.164 (Mai 1997; The International Public Telecommunication Numbering Plan)" im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung und Zuteilung der Adressierungselemente (Art. 28 FMG) um. Die Regelung betreffend Format, Zuteilung und die weiteren Einzelheiten der Administration der E.164-Nummern und Nummernblöcke erfolgt in der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104; insbesondere Art. 16 ff.) sowie die Technischen und Administrativen Vorschriften des Bakom betreffend die Aufteilung der E.164-Nummern (Ausgabe 9 vom 15.1.2004, in Kraft seit dem 1.4.2004; SR 784.101.113/2.8).

Vereinfacht beschrieben definiert der in der Schweiz verwendete geschlossene Nummernplan eine Nummernstruktur und das Format, in dessen Rahmen Nummern für den öffentlichen Telefondienst definiert werden. Den FDA werden Nummernblöcke zugeteilt, aus welchen diese den Teilnehmern Nummern zuweisen (vgl. Art. 19 ff. und Art. 23 AEFV).

Unter die verschiedenen Nummernformate fallen u.a. die sog. "nationalen Nummern": Diese Nummern gemäss der einschlägigen ITU-T Empfehlung "E. 164 (National [Significant] Number)" besteht aus der Kennzahl für die geografische Region und für den jeweiligen Fernmelde- oder Sonderdienst (z.B. 031 für die Netzgruppe Bern) sowie der siebenstelligen sog. "Teilnehmernummer" (z.B. 111 22 33), welche festen oder mobilen Teilnehmern von Telekommunikationsdiensten wie Festnetz- und Mobiltelefonie, Funkruf, oder Mehrwertdiensten (Gratisnummern, Telekiosk etc.) zugeteilt werden. Mit einer nationalen Nummer gemäss E.164-Nummernplan wird ein Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes eindeutig definiert. Vgl. hierzu v.a. Ziff. 1.2, 1.5, 3.3 und 3.4. des Nummerierungsplans E.164/2002. Die so generierten und zugeteilten Nummern werden in die Telefonverzeichnisse in der als "Telefonnummern" bekannten Form aufgenommen.

¹¹ Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (BPV; SR 942.211).

¹² Art. 86 FDV.

¹³ Ausgabe 2, in Kraft seit dem 1. Oktober 2003.

ein Verzeichnis zu führen. Als Konzessionärin der Grundversorgung 2003 bis 2007¹⁵ verfügt Swisscom FX aufgrund der von ihr gehaltenen so genannten "Letzten Meile" zu den Hausanschlüssen nach wie vor über die Adressdaten von nahezu allen Teilnehmern am öffentlichen Telefondienst (vgl. etwa auch RPW 1998/4, S. 601 f., Rz. 3, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom"), und dies unabhängig von der Frage, von welchem FDA der jeweilige Teilnehmer mittels so genannter "Carrier Preselection" seinen Telefondienst bezieht.

81. Aufgrund der Verpflichtungen der FDA, Verzeichnisse zu führen beziehungsweise den gegenseitigen Zugang zu diesen Verzeichnissen gemäss Artikel 21 Absatz 2 FMG und Artikel 19 Absatz 1 Buchstaben a und d FDV sowie Artikel 29 FDV¹⁶ zu gewährleisten, ergibt sich mit Blick auf die Teilnehmerverzeichnisse vorerst, dass unter dem geltenden Recht lediglich ein "virtuelles", nicht aber ein universelles und zentralisiertes, offizielles schweizerisches Teilnehmerverzeichnis besteht.¹⁷ Swisscom FX gewährleistet als Konzessionärin der Grundversorgung den beschriebenen Zugang zu den Verzeichnissen aller FDA (Art. 19 Abs. 1 Bst. d FDV und Ziff. 4.4 der Grundversorgungskonzession vom 6.6.2002). Aufgrund der Anschlussdaten, die Swisscom FX aus dieser Verpflichtung sowie nicht zuletzt dank den Hausanschlüssen auf der so genannten "Letzten Meile" zur Verfügung stehen, hat sich wie erwähnt die Adressdatenbank für das ETV entwickelt. Diese Datenbank entspricht inhaltlich den gedruckten Telefonbüchern, die heute von SD erstellt und vertrieben werden. Über den Betrieb des ETV durch SD erfüllt Swisscom FX ihre Pflicht als Grundversorgungskonzessionärin, die Teilnehmereinträge Interessierten in elektronischer Form entgeltlich zugänglich zu machen.¹⁸

B.2 Umsetzung der Verpflichtungen im Verzeichniswesen durch die FDA

82. Das Anlegen, Aktualisieren und Bereitstellen der erwähnten Verzeichnisse für Dritte gemäss den einschlägigen Vorschriften stellt für die FDA nicht nur keinen unternehmerischen Kernbereich dar, sondern verursacht wegen der fernmelderechtlichen Vorgaben vielmehr einen Ressourcenaufwand hinsichtlich Infrastruktur, Erarbeitung von Know-how und Betreuung, den die FDA laut eigenen Aussagen nicht zu tragen bereit sind.¹⁹ Vor dem Hintergrund unter anderem solcher Überlegungen hat die Swisscom AG wie bereits erwähnt per 7. Januar 1999 sämtliche Verzeichnisdienste auf die als Gemeinschaftsunternehmen zwischen der Swisscom AG und der PubliGroupe SA gegründete SD ausgegliedert (vgl. RPW 1998/4, S. 601 f., Rz. 3 ff., "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom").

83. SD nimmt mittlerweile im Rahmen ihrer "Teilstrategie Content" auf vertraglicher Basis (Art. 29 Abs. 6 FDV) für die wichtigsten FDA in der Schweiz die gesetzlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Führen von Verzeichnissen im Sinne von Artikel 29 FDV beziehungsweise TV wahr;²⁰ in diesem Zusammenhang wird SD als so genannten "Data Agent" bezeichnet. Der überwiegende Grossteil der

schweizerischen FDA, welche die fernmelderechtlichen Pflichten im Verzeichniswesen zu erfüllen haben, setzen SD als Data Agent ein. Es handelt sich hierbei vorab um die Unternehmen *Swisscom FX, Swisscom Mobile, Sunrise, Orange, T-Systems Multi-link SA, Cablecom GmbH und Colt*.²¹

B.3 "Teilnehmerdaten" und "regulierte Verzeichnisdaten"

84. Bei der fernmelderechtlich regulierten Erfassung, Anlage in einer Datenbank und Veröffentlichung von Verzeichniseinträgen ist technisch und terminologisch Folgendes zu beachten:

85. Die FDA, welche den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über einen E.164-Anschluss bereitstellen, erfassen die Daten der bei ihnen abonnierten Teilnehmer. Diese Daten werden im Folgenden als

¹⁴ Als FDA wird qualifiziert, wer Fernmeldedienste erbringt und dabei erhebliche Teile der für die Übertragung benutzten Fernmeldeanlagen unabhängig betreibt oder in einer anderen Weise Fernmeldedienste erbringt und hiezu die Infrastruktur eines Dritten beansprucht oder durch diesen Dritten betreiben lässt (vgl. für diese Definition des FDA einerseits Art. 4 FMG und die Definition des Bakom unter www.bakom.ch/de/telekommunikation/anbieter/meldung/unterseite1/index.html; besucht am 15.6.2004).

¹⁵ Grundversorgungskonzession Nr. 255530 2003 vom 6. Juni 2002, abrufbar unter <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/konzessionenfrda/5.pdf>.

¹⁶ Resp. in der Zeit vor dem 1. Januar 2002 nach den einschlägigen Bestimmungen der FDV 1997.

¹⁷ Vgl. hierzu den erläuternden Bericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Energie und Kommunikation (UVEK) vom Juli 2002 zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Fernmeldegesetzes, S. 16, abrufbar unter <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/grundlagenundkonsultation/konsultationen/fmg-revision/4.pdf> (besucht am 30.7.2003).

¹⁸ Art. 16 Abs. 1 Bst. d und Art. 21 Abs. 2 FMG; Art. 19 Abs. 1 Bst. d FDV; Ziff. 4.4 der Grundversorgungskonzession vom 6. Juni 2002.

¹⁹ So sinngemäss die Antworten auf die entsprechenden Fragen ab März 2003.

²⁰ Vgl. hierzu die Homepage von SD, http://www.directories.ch/dir1.aspx?menu1=about&menu2=aboutstrategie&page=about_strategie_content-de.html (besucht am 15.6.2004).

²¹ Vgl. zum Ganzen http://www.directories.ch/dir1.aspx?menu1=about&menu2=aboutstrategie&menu3=about_strategie_content und http://www.directories.ch/dir1.aspx?menu=about&menu2=aboutreferences&menu3=about_references (beide besucht am 4.8.2003).

"Teilnehmerdaten" bezeichnet. Neben Telefonnummer,²² Name, Vorname und Adresse enthalten diese auch weitere Angaben über den Kunden. Die Teilnehmerdaten werden bei den FDA gespeichert.

86. Die FDA übermitteln SD diese Teilnehmerdaten in einem Umfang und in einer Weise, die es SD ermöglichen, daraus gemäss den fernmelderechtlichen Anforderungen die so genannten "**regulierten Verzeichnisdaten**" herzustellen. Laut eigenen Angaben verwaltet SD Teilnehmerdaten von folgenden FDA und in folgendem Umfang (Stichtag 30.4.2003):

FDA	Anzahl Datensätze Teilnehmerdaten
Cablecom GmbH	[...]
Colt Telecom AG	[...]
Orange Communications SD	[...]
Swisscom Fixnet AG	[...]
Swisscom Mobile AG	[...]
TDC Switzerland AG (Sunrise)	[...]
T-Systems Multilink SA	[...]

87. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten von SD und der FDA bei der Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten werden in einem Standardvertrag ("Vertrag über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten") zwischen SD und den jeweiligen FDA geregelt:

- **Inhaltlich und in formatierungstechnischer Hinsicht** müssen die FDA ihre Teilnehmerdaten gemäss Ziffer III.A.3 dieses Vertrags mindestens mit den in den Ziffern 2.2.1 bis 2.2.6 der technischen und administrativen Vorschriften (TV) aufgeführten Attributen²³ und zusätzlich mit den gemäss Ziffer 2.4 TV vorgeschriebenen so genannten "XML-Tags" versehen, damit der online-Zugang und die blockweise Übertragung ermöglicht werden kann.
- Die technischen Spezifikationen für die **Übermittlung** der Teilnehmerdaten an SD werden sodann vor allem in Anhang 3 (Auftragsschnittstelle TSP) des "Vertrag(s) über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten" genau geregelt.²⁴ Nach diesem Vertrag und insbesondere gemäss dessen Anhang 3 (Auftragsschnittstelle TSP) haben die FDA ihre Teilnehmerdaten SD in einem bestimmten Format und nach verschiedenen Datenfeldern gegliedert zu übermitteln.

88. SD bereitet die empfangenen Teilnehmerdaten nach Massgabe der fernmelderechtlichen Bestimmungen auf und stellt sie Interessierten Dritten als so genannte "regulierte Verzeichnisdaten" gegen Bezahlung (Art. 29 Abs. 5 FDV) zur Verfügung. Gemäss Ziffer IV des "Vertrag(s) über die Herstellung von und

den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten" bestehen die Leistungen von SD vorab

- in der Herstellung regulierter Verzeichnisdaten und deren Aufnahme in die Datenbank,
- im Betrieb der Datenbank und
- in der Gewährung des Online-Zugangs zur Datenbank und der blockweisen Übertragung regulierter Verzeichnisdaten an jedermann gegen Entgelt.

89. Zudem stellt SD den Teilnehmern der FDA, welche in einem regulierten Verzeichnisdatensatz erfasst sind, nach der Aufnahme in die Datenbank kostenlos ein Exemplar des entsprechenden regionalen Telefonbuchs zu, wobei die FDA die mit der Zustellung der Telefonbücher verbundenen Kosten von SD zu tragen haben. Die FDA können ferner über einen Online- oder Offlinevertrag²⁵ mit SD auf die regulierten Verzeichnisdaten zugreifen. Wollen die FDA den Inhalt der regulierten Verzeichnisdaten überprüfen, können sie einen Onlinevertrag mit SD abschliessen, worauf ihnen SD zu Kontrollzwecken täglich 50 Einträge kostenlos übermittelt. Die FDA haben ausserdem weitere Kontrollrechte gegenüber SD.

90. Für die Bearbeitung der Teilnehmerdaten nimmt SD nach eigenen Angaben und mit Rücksicht auf die technischen und administrativen Vorschriften (TV) folgende Schritte vor:

- Extrahierung der Informationen, die in einem Verzeichnis enthalten sein müssen;
- Entfernen von Informationen, die nicht in einem Verzeichnis erscheinen dürfen;
- Hinzufügen neuer Informationen wie Werbesperren gemäss Artikel 65 FDV (vgl. auch Ziff. 2.2 und 2.2.6 TV);

²² Als "Telefonnummer" wird im Folgenden das Adressierungselement gemäss dem Nummerierungsplan E.164/2002 verstanden; vgl. hierzu oben Fn. 10.

²³ Zur Vereinfachung und Verwaltung der Präsentation verlangen die "technischen und administrativen Vorschriften" von den FDA - resp. vom jeweiligen Data Agent, vorliegend also von SD -, neben der E.164-Nummer, Name, Vorname, Firma, Adresse, gegebenenfalls der Rubrik und der Werbesperre zusätzlich spezifische Informationen in die Verzeichnisse aufzunehmen. Diese speziellen Informationen werden in Form zusätzlicher Felder übertragen. Es handelt sich dabei um Angaben über die Dienstart, die Herkunft der Daten und die Bearbeitungsart.

²⁴ Definiert werden technische Einzelheiten wie Feldformate und Mindestinhalte der Übertragungen pro Datensatz. Für die verlangte elektronische Übertragung wird in der Regel das Format "delimited ASCII-File" gewählt.

²⁵ "Vertrag über den Online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten", "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten".

- Kontrolle der Datensätze; dabei werden die Datensätze im Sinne von Ziffer 4 des Anhangs 3 (Auftragsschnittstelle TSP) zum "Vertrag über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten" so genannt "plausibilisiert", wobei gewisse wichtige und von den FDA zu formatierende Felder überprüft, fehlerhafte Datenrecords in einem Fehlerprotokoll dokumentiert und an die jeweiligen FDA zurückgeschickt werden;
- Bereitstellen der Informationen als Datensätze in einer Datenbank zur online- oder blockweisen Übertragung gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV.

91. Für die vertragliche Übernahme der fernmelderechtlichen Pflichten der FDA im Verzeichniswesen, das heisst konkret für die Herstellung regulierter Verzeichnisdaten und deren Aufnahme in die Datenbank, den Betrieb der Datenbank und die Bereitstellung des Zugangs, verrechnet SD den FDA pro regulierten Verzeichnisdatensatz (vgl. hierzu sogleich nächste Rz.) **CHF 0.0666** (exkl. MwSt.) monatlich.

Hinzu kommen die Kosten für die Zustellung der Telefonbücher, welche sich je nach Portokosten oder Logistikerunternehmen auf CHF 2.90 (exkl. MwSt) pro Telefonbuch und Teilnehmer belaufen.

92. Die hergestellten regulierten Verzeichnisdaten werden in einer Datenbank geführt und können von Interessierten gegen Entgelt als so genannte "Datensätze" abgerufen werden. Den Zugang zu dieser Datenbank regelt der "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" für den offline-Bezug von ausgewählten Teilen des Datenbestandes oder der "Vertrag über den Online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten"²⁶ zwischen SD und einem interessierten Abnehmer. Ein kostenpflichtiger "Datensatz" wird in beiden Verträgen als E.164-Nummer definiert (nachstehend grau unterlegt). Das folgende Beispiel enthält demnach drei kostenpflichtige Datensätze:

Peter	Muster	Mustergasse	3000	Bern	Tel.	031 333 333 333
Peter	Muster	Mustergasse	3000	Bern	Fax	031 333 333 334
Peter	Muster	Mustergasse	3000	Bern	Mobile	079 333 333 335

B.4 Preise und Bedingungen für die Nutzung der regulierten Verzeichnisdaten

B.4.1 Offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten

93. Gemäss dem "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" (offline) kostet ein blockweise übertragener Datensatz **CHF 0.60**. Für die blockweise, periodische Aktualisierung von Datensätzen - die Frequenz variiert je nach Wunsch des Kunden und innerhalb der Vorgaben von Ziffer 2.4.2 TV von täglich bis halbjährlich - verrechnet SD **CHF 1.10** pro Datensatz. Die Lieferung des per Stichtag (Ziff. 3.2 des Vertrags) ausgewählten Datenbestandes erfolgt jeweils auf CD-ROM im Format "delimited ASCII" unter Beachtung der gesetzlich vorgegebenen Datenfelder gemäss Ziffer 2.2.6.TV. Die Aktualisierungen werden jeweils mittels FTP (File Transfer Protocol) innerhalb der vertraglich und in den TV festgelegten Formatparameter übermittelt. Die Möglichkeit des Bezugs von Aktualisierungen steht dem Kunden gemäss Ziffer 3.5 des Vertrags "nur während den ersten sechs Monaten nach dem Stichtag gemäss Ziffer 3.2 zur Verfügung. Nach Ablauf dieser sechs Monate können keine Aktualisierungen für den ausgewählten Datenbestand mehr geliefert werden, und der Kunde muss einen neuen Datenbestand beziehen, bevor er für diesen Datenbestand Aktualisierungen beziehen kann." In Anhang 2 dieses Vertrags werden Inhalt, Umfang, die allgemeinen Modalitäten und insbesondere der Rhythmus der Aktualisierungen definiert, respektive gewählt: Gemäss Ziffer 4 von Anhang 2 darf die erste Aktualisierung des selektier-

ten Datenbestandes nicht später als sechs Monate nach dem Stichtag gemäss Ziffer 3.2. des Vertrags erfolgen. Vgl. zu diesem Punkt auch Absatz 2 von Ziffer 2.4.2 TV, wonach der "Aktualisierungszeitraum im Maximum sechs Monate umfasst."

94. Gemäss Ziffer 4.1 des Vertrags zur Überlassung regulierter Verzeichnisdaten (offline) darf der Kunde den ausgewählten und übermittelten Datenbestand nutzen

- zum eigenen Gebrauch
- zum Herstellen veredelter Verzeichnisdaten
- zum Herstellen von Offline-Verzeichnissen aller Art
- zum Betrieb von Online-Verzeichnissen aller Art
- zum Betrieb von Sprachauskunftsdiensten aller Art

95. Dabei ist der Kunde berechtigt, den ausgewählten Datenbestand mehrmals und/oder für mehrere der soeben erwähnten Nutzungen gleichzeitig einzusetzen.

²⁶ Vgl. soeben Fn. 25.

96. Ziffer 4.2 dieses Vertrags formuliert die **unzulässigen Nutzungsarten**. Demnach ist der Kunde "nicht berechtigt, den ausgewählten Datenbestand oder Teile davon an Dritte zu verkaufen oder Dritten zu überlassen, ohne den Datenbestand oder Teile davon vorgängig mit erheblichem eigenen Aufwand zusätzlich zu veredeln.²⁷ Als erheblich gilt ein Aufwand, der mindestens 20% des definitiven Preises [...] des ausgewählten Datensatzes beträgt. Directories kann verlangen, dass der Kunde den eigenen Veredelungsaufwand belegt." Wird gegen diese Bestimmung verstossen, schuldet der Kunde SD unter Vorbehalt weiterer Schadenersatzansprüche und unter Androhung der Einstellung der Datenlieferung eine Konventionalstrafe in der Höhe von 20% des definitiven Preises für den ausgewählten Datensatz, mindestens aber in der Höhe von CHF 100'000.-.

B.4.2 Online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten

97. Gemäss "**Vertrag über den Online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten**" kostet ein online und jeweils tagesaktuell übertragener Datensatz **CHF 0.016**. SD gewährt dem Abnehmer von regulierten Verzeichnisdaten mit zunehmender Datenbezugsmenge Rabatte.²⁸ Ausrüstung und Anschaffung der Infrastruktur, die den Online-Zugang zum Datenbestand und dessen Nutzung ermöglichen, sind Sache des Kunden von SD. Er hat hiezu die jeweils für seine Bedürfnisse passenden Verbindungsverträge mit einem FDA abzuschliessen (beispielsweise für X.25 \$\$ Telepac-Mietleitungen bzw. spezielle oder konventionelle Internet-Zugänge).

98. Nach Ziff. 4.1 dieses Vertrags ermöglicht SD dem Kunden die nicht exklusive Nutzung des Online-Zugangs zum Datenbestand (scil. zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten). Der Kunde darf ausschliesslich folgende Nutzungshandlungen vornehmen:

- Den Online-Zugang zum Datenbestand. Dieser umfasst die Suche im Datenbestand nach Datensätzen gemäss den vorhandenen Suchkriterien und die **einmalige** Verwendung der übermittelten Datensätze.
- Den Weiterverkauf und/oder die kostenlose Weitergabe des Online-Zugangs zum Datenbestand an Dritte.

99. Gemäss Ziffer 4.2 des Online-Vertrags sind dem Kunden und Dritten alle nicht ausdrücklich in Ziffer 4.1 genannten Nutzungshandlungen und Verwendungsarten **untersagt**, insbesondere:

- die **mehrmalige** Verwendung der übermittelten Datensätze. Als unzulässige mehrmalige Verwendung gelten insbesondere das "Speichern von insgesamt mehr als 5'000 Datensätzen in irgendeiner Form, um diese mehrmals abfragen, verwenden oder weitergeben zu können" sowie das "Einarbeiten von insgesamt mehr als 5000 Datensätzen in Datenbanken oder Programme, um die Datensätze mehrmals abfragen, verwenden oder weitergeben zu können";

- die Veränderung oder Löschung der im Datenbestand gespeicherten Datensätze oder eines Teils des Datenbestandes;
- die Verwendung der Datensätze zur Erreichung eines unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecks.

100. Verletzt der Kunde diese Bestimmungen, schuldet er SD unter Vorbehalt weiterer Schadenersatzansprüche eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 50'000.-.

101. Den **Weiterverkauf und/oder die kostenlose Weitergabe des Online-Zugangs zum Datenbestand an Dritte** regelt der Online-Vertrag in Ziffer 4.4. Demnach ist der Kunde von SD - das heisst der "Nicht-Endverbraucher" der übermittelten Daten - berechtigt, den Online-Zugang zum Datenbestand an beliebig viele seiner eigenen Kunden (genannt "Kunden-Nutzer" oder Drittkunden) weiterzuverkaufen oder kostenlos weiterzugeben, um diesen die Nutzung des Datenbestandes zu ermöglichen. Gegenüber SD bleibt indessen der Kunde allein berechtigt oder verpflichtet. (...) Die Kunden-Nutzer haben sich an die Nutzungsbestimmungen gemäss Anhang 1 zum Online-Vertrag zu halten, der hinsichtlich der Nutzungsrestriktionen für die Daten dasselbe vorsieht wie die Ziffern 4.1 und 4.2. des Online-Vertrags gegenüber den Kunden von SD. Die Kunden-Nutzer dürfen insbesondere ihrerseits den Online-Zugang zum Datenbestand an Dritte weiterverkaufen und/oder kostenlos weitergeben, können demnach mit anderen Worten den Zugang zum Datenbestand entweder als Nicht-Endabnehmer oder als Endabnehmer der Daten nutzen. Um allfällige Verstösse der Kunden-Nutzer gegen die Nutzungsbestimmungen in Anhang 1 zum Online-Vertrag belegen zu können, haben die Kunden von SD das Nutzungsverhalten ihrer Kunden-Nutzer in einem elektronischen Protokoll zu erfassen, ausser sie bedienen mehr als 500 Kunden-Nutzer. Das Protokoll führt auf, wie viele Datensätze dem jeweiligen Kunden-Nutzer an jedem einzelnen Tag während eines Jahres übermittelt worden sind. Besteht begründeter Anlass zur Annahme, dass ein Kunden-Nutzer die Nutzungsbestimmungen verletzt hat, hat der Kunde SD das Protokoll zunächst anonymisiert und bei erstelltem Verstoss unter Angabe der Identität des Kunden-Nutzers herauszugeben sowie dessen Zugang zum Datenbestand zu sperren.

²⁷ Zum Begriff des "Veredelns" vgl. unten Rz. 104 ff.

²⁸ 5% ab 1 Mio. bis 25% ab 40 Mio. bezogener Datensätze (Anhang 3 zum Online-Datenbezugsvertrag).

B.4.3 Erfolgsrechnung von SD im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten

102. SD führt den Bereich der regulierten Verzeichnisdaten, welche sie als Data Agent betreibt, unternehmensintern buchhalterisch getrennt. Entsprechend erstellt SD für den Bereich Data Agent eine eigene Erfolgsrechnung. Es ist zu beachten, dass diese Erfolgsrechnung nur die Posten für die Herstellung, Verwaltung und Herausgabe regulierter Verzeichnisdaten nach den fernmelderechtlichen Vorgaben ausweist; Aufwand und Ertrag aus weiteren Veredelungstätigkeiten für die auf die regulierten Verzeichnisdaten basierenden ETV-Datenbank sind darin nicht enthalten. Die Erfolgsrechnung des Jahres 2003 für den Bereich Data Agent präsentiert sich vereinfacht folgendermassen (in Tausend):

Erfolgsrechnung Data Agent 2003

Eintragsertrag	[...]
Verkauf regulierte Daten	[...]
Total Ertrag	[...]
Personalaufwand	[...]
Informatikaufwand	[...]
Betriebsaufwand	[...]
Overhead Content	[...]
Total Aufwand	[...]
Aufwandüberschuss	[...]

103. Erläuterungen:

- **Eintragsertrag:** Abgeltung, welche die FDA SD als Data Agent für die vertragliche Übernahme der Pflichten gemäss Artikel 29 FDV entrichten. Die Anzahl der jeweils verarbeiteten Datensätze multipliziert mit dem vertraglich festgelegten Preis von CHF 0,666 pro Datensatz ergibt den Ertrag.
- **Verkauf regulierte Daten:** Erträge aus dem Verkauf regulierter Verzeichnisdaten. Laut Angaben von SD beziehen gegenwärtig [...] regulierte Verzeichnisdaten bei SD unter Verwendung des Standardvertrags für den Online-Zugang. [...] bezieht SD laut eigenen Angaben unternehmensintern gemäss dem Standardvertrag für die blockweise Übermittlung (offline) und zu den auch für Dritte geltenden Preisen regulierte Verzeichnisdaten, um daraus "veredelte Verzeichnisdaten" herzustellen. Pro Monat bezieht SD nach eigenen Aussagen durchschnittlich [...], was multipliziert mit CHF 1.10 pro Datensatz einen für den Datenbezug verrechneten Betrag von monatlich CHF [...] ergibt.

B.5 "Veredelte Verzeichnisdaten"

104. Im Rahmen des Vertrags "über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten" nimmt jeder FDA, der SD die Teilnehmerdaten zur Verarbeitung liefert, in Ziffer II.2 die Absicht von SD zur Kenntnis, die regulierten Verzeichnisdaten unternehmensintern gemäss den Bestimmungen des Vertrags "zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" zu beziehen, um daraus "veredelte Verzeichnisdaten" herzustellen und damit Verzeichnisprodukte und Verzeichnisdienstleistungen (d.h. das ETV) zu alimentieren beziehungsweise anzubieten. Diese Tätigkeit ist jedoch nicht Gegenstand des Vertrags über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten und davon strikt zu trennen. SD bedingt sich in dieser Hinsicht sämtliche Freiheit aus.

105. Wie dargelegt, betreibt SD neben der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten seit längerer Zeit auch eine Datenbank mit so genannten "**veredelten Verzeichnisdaten**". Diese Adressdatenbank bildet die Grundlage für die verschiedenen Verzeichnisprodukte von SD im Rahmen ihrer Teilstrategien "Print" beziehungsweise "Digital", und zwar sowohl für die Offline-Angebote (CD-ROM "telinfo" und "Directories-CD", offline-Adressverkauf sowie die gedruckten Telefonbücher), als auch die Online-Angebote (die verschiedenen, auf einem online-Zugang zur ETV-Datenbank basierenden Produkte und Zugangsarten für End- bzw. Nicht-Endabnehmer, sowie die Internet-Verzeichnisse "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch").

106. Unter der Datenbank mit den "veredelten Verzeichnisdaten" ist faktisch das ETV zu verstehen. SD bezeichnet das "Directories ETV" als grösste, öffentliche Adressdatenbank der Schweiz" mit mehr als sechs Millionen tagesaktuellen Einträgen sämtlicher Geschäfts- und Privatkunden aller Fernmeldedienstleister in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein. Das ETV verzeichne rund 50 Millionen Abfragen pro Monat. Das ETV und die ihm zugrunde liegende Adressdatenbank (auch "Directories Datenbestand" genannt) mit den veredelten Verzeichnisdaten werden von SD begrifflich zuweilen synonym verwendet, weshalb im Folgenden lediglich vom "ETV" oder der "ETV-Datenbank" die Rede sein wird.²⁹

107. Das ETV basiert bekanntlich ursprünglich auf den Teilnehmerdaten praktisch aller Teilnehmer des

²⁹ Vgl. zum Ganzen etwa die Presseinformation von SD vom 25. September 2002 ("ETV - die grösste und aktuellste Adressdatenbank der Schweiz"), sowie die einschlägigen Websites auf der Homepage von SD unter http://www.directories.ch/dir1.aspx?Menu=etvinfo&menu2=etvabout&menu3=about_etv und http://www.directories.ch/dir1.aspx?menu=about&menu2=aboutfacts&menu3=about_facts (besucht am 6.8.2003).

öffentlichen Telefondienstes, welche Swisscom aufgrund der von ihr im Rahmen ihrer Stellung auf der "Letzten Meile" verwalteten Hausanschlüsse zur Verfügung stehen (vgl. RPW 1998/4, S. 601 f., Rz. 3, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom"). Seit der Verpflichtung der FDA, ihre Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV zugänglich zu machen - respektive seit sämtliche von Artikel 29 FDV erfassten FDA diese Verpflichtungen vertraglich an SD als Data Agent ausgelagert haben -, alimentiert und aktualisiert SD das ETV im Umfang der Daten nach Artikel 29 FDV unter Verwendung der regulierten Verzeichnisdaten. Diese bezieht SD wie erwähnt gemäss Standardvertrag zur *offline-Überlassung* der regulierten Verzeichnisdaten mit täglichen Aktualisierungen.

108. Das ETV enthält indessen diverse Zusatzinformationen, welche den Gehalt der regulierten Verzeichnisdaten übersteigen, namentlich zusätzliche Mobilnummern, Fax- und Telepagenummern, Mehrwertdienste, E-Mail- und Homepageadressen (sog. URL³⁰) jener Teilnehmer, die dies wünschen.³¹ Über den online-Zugang zum ETV über "www.bluewin.ch" bietet die Bluewin AG in ihrem Verzeichnisangebot als "Nicht-Endabnehmerin" der ETV-Daten zudem Postkontonummern sowie Adressen von Teilnehmern aus Andorra, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Holland und Österreich an.³²

109. Grundsätzlich erhebt SD fast alle dieser zusätzlichen Informationen im Rahmen eines so genannten "*Redaktionssystem*" direkt bei den betroffenen Personen und Unternehmen und ergänzt damit den ETV-Datenbestand. Die in dieser Weise ergänzten Verzeichnisdaten des ETV können als so genannte "veredelte Verzeichnisdaten" bezeichnet werden. In die Veredelung der Verzeichnisdaten investiert SD laut eigenen Angaben jährlich ca. CHF [...].

110. Das ETV besteht demnach einerseits aus den Daten im Umfang der "regulierten Verzeichnisdaten" im Sinne von Artikel 29 FDV und zusätzlichen, im Redaktionssystem bei den einzelnen Teilnehmern erhobenen Informationen.

B.5.1 Produkte gestützt auf Daten des ETV; Preise und Nutzungsbedingungen

B.5.1.1 Produkte von SD gestützt auf ETV-Daten

111. Unter Nutzung der Daten des ETV bietet SD zurzeit folgende Produkte und Lösungen an:³³

Produkt	Kurzbeschreibung	Typische Nutzer, Verwendungszweck
Telefonbuch	Offline-Verzeichnis (Print)	Private und Unternehmen
telinfo	Offline-Verzeichnis (CD-ROM)	idem
Directories CD	idem, aber mit weniger Zusatzanwendungen	idem
Gelbseiten/Weisseiten	Kostenloser Online-Zugang zu den Privateinträgen (Weisseiten) und Geschäftseinträgen (Gelbseiten) über eine vorgegebene Internet-Verzeichnisoberfläche.	Private
ETV Adressbuch	Persönlich zusammenstellbares, täglich aktualisiertes Adressbuch unter online-Zugang zum ETV	Private
ETV Professional Internet (Basic)	Online-Zugang zum ETV über eine bestimmte, vorgegebene Internet-Verzeichnisoberfläche; es werden alle nach den verwendeten Suchparametern gefundenen Datensätze detailliert angezeigt und verrechnet.	kleinere und mittlere Unternehmen
ETV Professional Internet (VIP)	idem, jedoch werden die gemäss den verwendeten Suchparametern gefundenen Datensätze in einer Gratisauswahlliste präsentiert, worauf lediglich der anschliessend ausgewählte Detailbeitrag verrechnet wird.	idem

³⁰ URL = Uniform Resource Locator, d.h. die Adresse, die ein Dokument im World Wide Web (www) eindeutig kennzeichnet.

³¹ Ziff. 3.1. des "Vertrag[s] über die Nutzung des Elektronischen Telefonbuchs ETV über X.25 \$\$".

³² Gemäss ETV-Angebot unter http://etv.bluewin.ch/tel/index_d.html (besucht am 15.6.2004).

³³ Vgl. das Angebot auf der Homepage von SD unter www.directories.ch.

ETV Access X.25	Online-Zugang zum ETV über das X.25 Telepac-Netz (Paketvermittlungstechnologie) ohne Verzeichnisoberfläche, Übermittlung der Daten im \$\$-Format inklusive Feldzeichen. Die Daten können so frei in bestehende Applikationen integriert und frei dargestellt werden.	grössere Unternehmen und Anbieter von Online-Verzeichnissen
ETV Access TCP/IP ³⁴	Online-Zugang zum ETV via TCP/IP mit oder ohne Verzeichnisoberfläche und unter Übermittlung der Daten im XML ³⁵ -Format. Volumen- oder zeitabhängige Verbindungsgebühren. XML erlaubt volle Flexibilität bezüglich Darstellung und Weiterverarbeitung von Daten in und durch bestehende Applikationen. Dank eindeutigen Eintragschlüssel wird der Aufwand für die Datenbankaktualisierung reduziert. Zusätzliche Identifikations- und Suchfunktion über UID. ³⁶	idem
DA-Services National	Online-Zugang zum ETV ohne Verzeichnisoberfläche. Übermittlung der Daten in speziellem Format mit garantierten Zugriffszeiten unter 1 Sekunde.	Sprachauskunftsdienstanbieter mit 18xy-Kurznummer in der Schweiz
DA-Services International	Online-Zugang zum ETV ohne Verzeichnisoberfläche. Übermittlung der Daten im internationalen E.115-Format der ITU-T. ³⁷	idem, die auf ausländische Verzeichnisse zugreifen wollen, sowie Sprachauskunftsdienstanbieter ausserhalb der Schweiz, die auf die Schweizer Verzeichnisse zugreifen wollen
Offline Adressverkauf	Überlassung der veredelten Verzeichnisdaten im Format ASCII ³⁸ oder Excel	Hersteller von gedruckten und elektronischen Offline-Adressverzeichnissen auf CD oder DVD

B.5.1.2 Datenbezugspreise für die ETV-basierten Verzeichnisprodukte von SD

112. Für den Bezug der Daten aus dem ETV setzt SD die Preise folgendermassen fest:

113. Gemäss **Vertrag "ETV Access X.25"** (auch: "Vertrag über die Nutzung des Elektronischen Telefonbuchs ETV über X.25 \$\$") kostet ein kostenpflichtiges Datenelement (auch Informationseinheit genannt) CHF 0.016. Als kostenpflichtige Informationseinheit gilt eine Zeile, die mit einem entsprechenden Feldschlüssel³⁹ beginnt. Folgendes Beispiel ent-

³⁴ TCP/IP = Abkürzung für englisch *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*, eine ursprünglich vom US-Verteidigungsministerium entwickelte Familie von Netzwerkprotokollen, die den Datenaustausch zwischen Rechnern regelt. TCP/IP ist heute die technische Basis für die Vernetzung von Computern über das Internet und in lokalen Netzwerken. TCP sorgt dabei für den fehlerlosen Transport der Daten zwischen Sender und Empfänger, während IP die Daten in so genannte *Datagramme* verpackt, die neben den eigentlichen Nutzdaten noch vorangestellte Kontrolldaten wie Protokollversion, Datagrammgrösse, Kontrollsumme, Quell- und Zieladresse enthalten.

³⁵ Abkürzung für *Extensible Markup Language*; eine 1998 vom World-Wide-Web-Consortium standardisierte Sprache auf der Basis von SGML, mit der sich Auszeichnungssprachen definieren lassen. Im Unterschied zu SGML oder HTML können bestimmte Teile von XML selbst definiert und im gleichen Dokument auch genutzt werden. Damit wird der Seitenaufbau und die Behandlung von Daten mit XML erheblich flexibler.

³⁶ Unique Identifier; erlaubt, einen ETV-Eintrag selbst nach einer zwischenzeitlichen Änderung eindeutig zu identifizieren. Der UID kann in der Datenbank des Kunden gespeichert werden.

³⁷ ITU = International Telecommunication Union.

³⁸ ASCII-Code = Abkürzung für englisch *American Standard Code for Information Interchange*. Amerikanischer Standardcode für den Informationsaustausch. ASCII ist der am häufigsten verwendete Zeichensatz für die binäre Darstellung von Daten. Der ASCII-Zeichensatz besteht aus den Ziffern 0 bis 9, den Gross- und Kleinbuchstaben des Alphabets, den Satzzeichen und verschiedenen Sonderzeichen. Jedem Zeichen wird eine bestimmte Folge von 7 Bit zugeordnet. Damit sind 2⁷=128 verschiedene Zeichen darstellbar. Die ersten 32 Zeichen stellen dabei Steueranweisungen für die Datenübertragung dar. Dieser 7-Bit-ASCII-Code ist auf allen modernen Rechenanlagen gleich. Um auch landesspezifische Zeichen darstellen zu können, wie die deutschen Umlaute, wird der erweiterte 8-Bit-ASCII-Code verwendet. Mit ihm sind 2⁸=256 Zeichen darstellbar. Die Belegung der zusätzlichen 128 Zeichen kann von Rechner zu Rechner unterschiedlich sein.

³⁹ Die Übermittlung des Feldschlüssels, d.h. eines speziellen Zeichens vor einer Datenzeile, ermöglicht dem Kunden, die übermittelten Daten in einer eigenen Verzeichnisoberfläche unter Verwendung eigener Applikationen (i.e. Programme) in einer aus seiner Sicht zweckmässigen Weise anzuzeigen. Diese "Feldschlüssel" werden in Ziff. 2.2.6 TV als "spezifische Informationen im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung der Verzeichnisdaten" folgendermassen vorgeschrieben: "Neben den Informationen, welche die eigentlichen Einträge bilden, werden bestimmte spezifische Informationen benötigt, um die Verwaltung und Präsentation den Dritten zur Verfügung gestellten Einträge zu vereinfachen. Diese spezifischen Informationen werden in Form von zusätzlichen Feldern übertragen, die mit den Informationsfeldern der einzelnen Einträge verknüpft sind. Für die Endbenutzerinnen und -benutzer sind sie nicht sichtbar. Einzige Ausnahme bildet das Informationsfeld 'Dienststart' (Ziffer 2.2.6.1). Diese spezifischen Informationen sind obligatorisch und sind unter Ziffer 2.2.6.1 bis 2.2.6.3 beschrieben." Bei diesen Zusatzinformationen handelt es sich neben dem Hinweis auf die Dienststart um Angaben über die Herkunft der Daten (Name des FDA, der die Teilnehmerdaten geliefert hat) und über die Bearbeitungsart. Letztere werden v.a. für die Aktualisierung der Verzeichnisdaten verwendet.

hält demnach drei Zeilen beziehungsweise kostenpflichtige Informationseinheiten:

\$Muster@Peter{Musterweg^45# 3006}Bern<BE-----	*031-111 22 33
"Fax-----	031 111 22 34
"*E-Mail-----	muster@bluewin.ch

114. Pro Monat wird ein Mindestbetrag von CHF 250.- in Rechnung gestellt, was 15'625 übertragenen kostenpflichtigen Datenelementen entspricht. Auf den Preis der Datenelemente gewährt SD Rabatte zwischen 5% (ab 1 Mio. pro Monat bezogener Informationseinheiten) und 25% (ab 40 Mio. pro Monat bezogener Informationseinheiten).

115. Beim Zugang zu ETV über den "**Vertrag zur Nutzung von Directories ETV Access (TCP/IP)**" werden pro kostenpflichtiges Datenelement CHF 0.02 verrechnet. Als kostenpflichtige Datenelemente gelten jede E.164-Nummer (inklusive Telepagenummern), jede E-Mail-Adresse (E-Mail), jede URL- beziehungsweise FTP-Adresse und jede Rubrik (die sog. "Business Category"). Pro Monat werden mindestens CHF 250.- in Rechnung gestellt, was 12'500 übermittelten kostenpflichtigen Datenelementen entspricht. Auf den Preis der Datenelemente werden Rabatte gewährt zwischen 5% (ab 2.5 Mio. monatlich bezogener Datenelemente) und 10% (ab 8 Mio. monatlich bezogener Datenelemente). Pro spezielle sog. "UID-Abfrage", das heisst eine Abfrage anhand eines beim Kunden gespeicherten Identifikationsmerkmals als akkurates Suchkriterium (auch "Suchargument genannt"), wird CHF 1.- verrechnet. Für UID-Abfragen werden Rabatte von 39% (ab monatlich 2'000 als Suchargument verwendeten UID) bis 75% (ab monatlich 21'000 als Suchargument verwendeten UID).

116. Auf das Produkt "**Directories ETV-Interface**", welches auf der Lösung "Directories ETV Access" basiert, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

117. Die Verträge betreffend Zugriff zum ETV zur Erbringung von **Sprachauskunftsdiensten (DA-Services national und international)** sehen vor, dass jede ausgelöste Transaktion kostenpflichtig ist. Als Transaktion gilt jede vom Kunden ausgelöste Aktion zum Starten einer Abfrage und/oder zum Anzeigen weiterer Suchergebnisse. Pro Transaktion werden CHF 0.10 (DA national) beziehungsweise CHF 0.30 (DA International) verrechnet. Es sind jeweils Rabatte bis zu 6% (DA national) beziehungsweise 25% (DA International) vorgesehen. In beiden Vertragsarten wird ein monatlicher Mindestbetrag von CHF 450.- in Rechnung gestellt.

118. Gemäss Vertrag "**ETV professional Internet (Basic)**" werden alle gefundenen "Einträge" detailliert angezeigt und sind kostenpflichtig. Als "Eintrag" werden je die Informationseinheiten Telefon- beziehungsweise Telefaxnummer, Mobile-Nummer, URL, E-Mail-Adresse, Postkontonummer oder Branche/Rubrik etc. verstanden. Pro Eintrag werden CHF 0.02 ver-

rechnet. Ab 50'000 bezogenen Einträgen werden Rabatte von 10% gewährt. Es werden monatlich mindestens CHF 250.- in Rechnung gestellt, wobei die Lieferung von 12'500 Einträgen inbegriffen ist.

119. Gemäss Vertrag "**ETV professional Internet (VIP)**" werden alle gefundenen Einträge in einer Gratisauswahlliste präsentiert. Kostenpflichtig sind danach nur diejenigen Detaileinträge, welche anschliessend ausgewählt werden. Pro ausgewählten Detaileintrag werden CHF 0.25 verrechnet. Ab 50'000 bezogenen Einträge gewährt SD einen Rabatt von 12%. Pro Monat werden mindestens CHF 250.- fakturiert, wobei die Lieferung von 1'000 Detaileinträge inbegriffen ist.

120. Der **offline-Datenbezug für die Herstellung gedruckter oder elektronischer Verzeichnisse**⁴⁰ auf CD/DVD beläuft sich laut dem "Vertrag über den Verkauf von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse zur Herstellung von papierenen Telefonverzeichnissen" beziehungsweise "zur Herstellung von Telefonverzeichnissen auf CDROM/DVD" respektive gemäss des für beide Vertragsarten geltenden Anhangs 2 "Allgemeine Bedingungen über die Lieferung von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse" vom 21. September 2000 für einen Grundeintrag (Name, Vorname, Strasse und Nummer, Ortschaft, PLZ und E.164-Nummer) auf CHF 0.30. Ein Folgeeintrag (Mobile-Nummer, Faxnummer, elektronische Adressen, Zusatztexte) kostet CHF 0.15. Es werden Rabatte von 5% (ab 1 Mio. bezogener Einträge) bis 20% (4. Mio. bezogener Einträge) gewährt. Es sind monatlich Daten für mindestens CHF 300.- zu bestellen.

121. Das **ETV-Adressbook** kostet je nach Ausführung ("private" und "small") CHF 20.- bis CHF 38.- jährlich.

B.5.1.3 Nutzungsbedingungen der ETV-basierten Produkte

122. Die Nutzungsbedingungen für den Zugang zum ETV und die Verwendung der veredelten Verzeichnisdaten sind für sämtliche Verzeichnisprodukte von SD mit wenigen Ausnahmen identisch. Da sich ausschliesslich Nicht-Endverbraucher der Daten über diese Nutzungsbedingungen beschwert haben, konzentrieren sich die nachstehenden Ausführungen vorab auf die einschlägigen Bedingungen derjenigen Verträge, welche die Verwendung der für Nicht-Endverbraucher konzipierten Verzeichnisprodukte regeln.

123. Beim Zugang zum ETV über "**ETV Access X.25**" sind folgende zulässige Nutzungsarten vorgesehen (Ziff. 4.1):

⁴⁰ Auch bei diesem Produkt werden Daten aus der ETV-Datenbank bezogen.

- Online-Zugang zum ETV, der die Suche im ETV nach ETV-Einträgen gemäss den vorhandenen Suchfunktionen sowie die *einmalige* Verwendung der übermittelten ETV-Einträge umfasst;
- Weiterverkauf und/oder kostenlose Weitergabe des Online-Zugangs zum ETV an Dritte.

124. Unzulässig für Kunden und Dritte sind gemäss Ziffer 4.2 alle in Ziffer 4.1 nicht genannten Nutzungshandlungen und Verwendungsarten, insbesondere:

- Speichern von insgesamt mehr als 5'000 ETV-Einträgen in irgendeiner Form, um die ETV-Einträge *mehrmals* abfragen, verwenden oder weitergeben zu können;
- Einarbeiten von insgesamt mehr als 5'000 ETV-Einträgen in Datenbanken oder Programme, um die ETV-Einträge *mehrmals* abfragen, verwenden oder weitergeben zu können;
- Veränderung oder Löschung der im ETV gespeicherten ETV-Einträge oder eines Teils des ETV;
- Verwendung der ETV-Einträge zur Erreichung eines unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecks.

125. Die Nutzungsbedingungen (Anhang 1 des ETV Access X.25-Vertrags) für die Kunden-Nutzer des Vertragspartners von SD, welche diesen den Zugang zum ETV weiterverkauft, entspricht den soeben aufgeführten Regelungen.

126. Die Nutzungsbedingungen des Vertrags "*ETV Access TCP/IP*" entsprechen in der von SD vorgelegten Version mit Ausnahme der Ausführungen zum Suchargument "UID" und der Bestimmungen für den Weiterverkauf des Online-Zugangs zum ETV an Dritte (Endkunden; im Vertrag in Ziff. 8 als "Drittkunden" bezeichnet) in Ziffer 8 des Vertrags beziehungsweise Anhang 4 zum Vertrag des Kunden von SD im Wesentlichen denjenigen des "ETV Access X.25"-Vertrags. Anhang 4 des Vertrags "ETV Access TCP/IP" sieht Folgendes vor:

Ziff. 3: Der Kunde darf ausschliesslich folgende Nutzungshandlungen vornehmen:

- a) Suchen im Directories ETV nach ETV-Einträgen gemäss den vorhandenen Suchfunktionen;
- b) *Einmaliges* Verwenden der vom Directories ETV übermittelten ETV-Einträge durch den Kunden für eigene, interne Zwecke oder

einmalige entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung der vom Directories ETV übermittelten ETV-Einträge an Endkunden. Als Endkunden gelten nur natürliche und juristische Personen, welche die ETV-Einträge ausschliesslich für ihre eigenen, internen Zwecke verwenden.

Ziff. 4: Alle nicht ausdrücklich unter Ziffer 3 genannten Nutzungshandlungen und Verwendungsarten des Directories ETV und/oder der ETV-Einträge sind dem Kunden untersagt, insbesondere:

- *Mehrmalige* Verwendung der übermittelten ETV-Einträge. Als unzulässige mehrmalige Verwendung gelten insbesondere:
- Speichern von insgesamt mehr als 5'000 ETV-Einträgen in irgendeiner Form, um die ETV-Einträge *mehrmals* abfragen, verwenden oder weitergeben zu können;
- Einarbeiten von insgesamt mehr als 5'000 ETV-Einträgen in Datenbanken oder Programme, um die ETV-Einträge *mehrmals* abfragen, verwenden oder weitergeben zu können;
- Entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung der übermittelten ETV-Einträge an *Nicht-Endkunden*;
- Veränderung oder Löschung der im ETV gespeicherten ETV-Einträge oder eines Teils des Directories ETV;
- Verwendung der ETV-Einträge zur Erreichung eines unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecks.

127. Die Nutzungsbedingungen für "*ETV Professional Internet Basic*" und "*VIP*" entsprechen den Bedingungen des "ETV Access X.25"-Vertrags.

128. Die Nutzungsbedingungen für den Zugang zu den in der speziellen *Datenservice-Datenbank (DA-DB)* gespeicherten ETV-Verzeichnisdaten in den "*DA-Service-Verträgen*" (national und international, für Sprachauskunftsdiensanbieter) entsprechen denjenigen des bereits mehrfach erwähnten "ETV Access X.25"-Vertrags, jedoch mit folgenden Abweichungen:

- Erlaubt ist gemäss Ziffer 6.2.c die entgeltliche oder unentgeltliche Ermöglichung der Nutzung der DA-DB gemäss den in Anhang 4 (des Vertrags) festgelegten Nutzungsbedingungen durch einen anderen Sprachauskunftsanbieter.
- Nicht erlaubt ist gemäss Ziffer 7.1 Lemma 2 die entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung der übermittelten ETV-Einträge an Dritte mit Ausnahme der Übermittlung im Rahmen einer Sprachauskunft oder an andere Sprachauskunftsdiensanbieter, welche die ETV-Einträge im Rahmen einer Sprachauskunft selbst einsetzen.

129. Die Bestimmungen für Sprachauskunftsdiensanbieter, welche der Kunde von SD bedient,⁴¹ entsprechen sinngemäss dem bereits mehrfach zitierten Anhang 1 zum "ETV Access X.25"-Vertrag, jedoch mit folgenden Ausnahmen:

⁴¹ In den Worten der anderen Verträge demnach "Kunden-Nutzer" oder "Drittkunden"; die Bezeichnung der Unternehmen, welche von einem Vertragspartner von SD bedient werden, ist durchwegs uneinheitlich.

- **Ziffer 3.a/b:** Erlaubt sind nur die Suche in der DA-DB nach den ETV-Einträgen sowie das einmalige Verwenden der von der DA-DB übermittelten ETV-Einträge für die Erbringungen einer Sprachauskunft;
- **Ziffer 4 Lemma 2:** Nicht erlaubt ist die entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung der übermittelten ETV-Einträge an Dritte mit Ausnahme der Übermittlung im Rahmen einer Sprachauskunft oder an andere Sprachauskunftsdienstleister, welche die ETV-Einträge im Rahmen einer Sprachauskunft selbst einsetzen.

130. Sodann formulieren die **"Allgemeinen Bedingungen über die Lieferung von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse"**⁴² (worunter vorliegend die ETV-Verzeichnisdaten verstanden werden) folgende Nutzungsrestriktionen (Zusammenfassung):

- Der Kunde darf die von SD gelieferten Verzeichnisdaten ausschliesslich für die Herstellung des jeweils angegebenen Erzeugnisses verwenden, mithin entweder für die Herstellung eines Papierverzeichnisses oder einer CD/DVD. Konventionalstrafen und Schadenersatzansprüche werden vorbehalten.
- Will der Kunde die Verzeichnisdaten für die Herstellung eines anderen Produkts verwenden, hat er dies SD anzuzeigen, worauf der Datenbezug in einem speziellen Vertrag geregelt wird.
- Es ist dem Kunden untersagt, die Einträge anders als in Form des im Vertrag bezeichneten Produkts Dritten weiterzugeben, abzutreten, auszuleihen, mitzuteilen, zu verkaufen oder über Intranet, Extranet, Internet usw. zugänglich zu machen, die Einträge zur Herstellung eines Produkts im Auftrag Dritter zu gebrauchen oder die Einträge für ungesetzliche oder unsittliche Zwecke zu gebrauchen. Die Weiterverwendungsrestriktionen werden hinsichtlich CD-ROM- und DVD-Verzeichnissen noch zusätzlich konkretisiert.

B.6 Disposition der zu beurteilenden Fragen

131. Gerügt werden von den Nicht-Endbenutzern der Daten aus dem Datenbestand von SD einerseits die **Datenbezugspreise**, und zwar sowohl der ETV-Daten als auch der regulierten Verzeichnisdaten. Diese Preise würden ein kommerziell sinnvolles Angebot von alternativen Verzeichnisdiensten verunmöglichen. Umstritten sind einerseits der Übergang vom Zeit- zum Mengentarif beim online-Bezug von ETV-Daten und andererseits das Verhältnis der Preise der verschiedenen Produkte, welche auf die ETV-Datenbank zugreifen.

132. Sodann sind die Preise der verschiedenen online- und offline-Bezugsarten von ETV-Daten den Preisen für den online- beziehungsweise offline-Bezug von regulierten Verzeichnisdaten im Sinne von Artikel 29 FDV gegenüberzustellen und zu untersuchen. In diesem Zusammenhang interessiert insbesondere auch die Stellung von SD als Data Agent und die unternehmensinterne Verwendung respektive Verrech-

nung der bezogenen regulierten Verzeichnisdaten für den Betrieb des ETV.

133. Die Nicht-Endbenutzer von Daten aus dem Datenstamm von SD rügen zudem die **Nutzungsbedingungen** für den Umgang mit den on- und offline bezogenen regulierten Verzeichnisdaten beziehungsweise ETV-Einträgen. Grundsätzlich argumentieren die Nicht-Endbenutzer dieser Daten, die Speicher- und Wiederverwendungsverbote für diese Daten verhinderten, dass alternative Datenbanken erstellt und alternative Verzeichnisdienste bereitgestellt werden könnten.

134. In Frage steht zudem, ob der Betrieb der SD-Produkte **"weisseseiten.ch"** und **"gelbeseiten.ch"** tatsächlich werbefinanziert ist oder ob es sich dabei um Produkte mit strukturellen Defiziten handelt, welche SD aus Monopolmärkten quersubventioniert.

135. Von Xentel und Telegate wird das Verhalten von SD im Zusammenhang mit der Datenlieferung für die Erbringung eines **Sprachauskunftsdienstes** gerügt.

C. Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

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

C.1.1 Unternehmen

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

C.1.2 Marktbeherrschendes Unternehmen

138. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG⁴³). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum

⁴² Anhang 2 zu den Verträgen über den Verkauf von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse zur Herstellung von papierenen Telefonverzeichnissen bzw. zur Herstellung von Telefonverzeichnissen auf CD-ROM/DVD.

schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

139. Um festzustellen, ob sich SD in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

C.1.2.1 Relevanter Markt

140. Der relevante Markt ist in sachlicher, räumlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht zu definieren.

C.1.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

141. 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 17.6.1996; VKU, SR 251.4).

142. Grundsätzlich bietet SD im Rahmen der Anlage und des Betriebs von Adressdatenbanken Adressbeziehungweise Verzeichnisdaten aus ihrem Datenbestand in elektronischer Form an. Diese Daten lassen sich über verschiedene Nutzungs- und Bezugsverträge on- oder offline beziehen. Interessierte Unternehmen können aus diesen Daten einerseits als so genannte "Nicht-Endabnehmer" neue Adressverzeichnisse und/oder Verzeichnisdienste erstellen und anbieten. Andererseits können die von SD über spezielle Verzeichnisprodukte angebotenen Daten von interessierten "Endabnehmern" abgerufen und direkt als Informationen verwendet werden. Ferner können Unternehmen als "Nicht-Endabnehmer" der Daten interessierten Dritten den Zugang zu den Adressverzeichnissen von SD weiterverkaufen.

143. SD bietet regulierte Verzeichnisdaten an, deren Inhalt und Umfang den Vorgaben von Artikel 29 FDV entsprechen müssen, sowie "veredelte", mit weiteren Informationen angereicherte Daten aus der ETV-Datenbank. Im Bereich der Adressverzeichnisse bietet SD diverse Verzeichnisprodukte an (vgl. oben Rz. 111), welche ihre Daten aus der ETV-Datenbank beziehen.

144. Die *Marktgegenseite* von SD bilden allgemein zunächst Unternehmen, welche als Nicht-Endabnehmer von Daten unter Abschluss von Datenübermittlungsverträgen Daten von SD oder eventuell anderen Datenlieferanten on- oder offline (blockweise) beziehen, diese elektronischen Adressdaten datenbanktechnisch selber zu neuen Verzeichnissen verarbeiten und gestützt darauf eigene Verzeichnisdienste anbieten.

145. Sodann stehen auf der Marktgegenseite Unternehmen (z.B. ISP), welche als Nicht-Endabnehmer auf die jeweiligen Verzeichnisdatenbanken

zugreifen, um die abgefragten Daten interessierten Endabnehmern zu übermitteln, ohne jedoch eine eigene Datenbank anzulegen. Dies geschieht etwa dadurch, dass Dritte (Endabnehmer) einen entsprechenden Verzeichnisdienst über einen ISP oder einen anderen Nicht-Endabnehmer von Daten abonniert haben.⁴⁴ Der Nicht-Endabnehmer (z.B. ISP) von Daten aus den Verzeichnissen von SD stellt für die Suche in den Datenbeständen von SD oder eventuell anderer Anbieter speziell konzipierte Applikationen⁴⁵ bereit und unterhält für den Datenbezug einen geeigneten Vertrag mit SD oder einem möglichen anderen Verzeichnisdienstanbieter beziehungsweise einen Vertrag über den Betrieb einer geeigneten Übermittlungseinrichtung (Mietleitung oder Web-Interface) mit einem FDA.

146. Unter diese Nutzungskategorie fallen auch Anbieter von Sprachauskunftsdiensten, welche die Daten bei einem Betreiber/Anbieter einer Adressdatenbank über ein geeignetes Datenlieferungsprodukt mit entsprechender Software beziehen und die abgerufenen Informationen entgeltlich an die Endabnehmer weitergeben, welche den Auskunftsdienst in Anspruch nehmen.

147. Zu nennen sind ferner Unternehmen, welche Dritten - Unternehmen wie ISP oder auch Privaten - den Zugang zu den verschiedenen Verzeichnisprodukten von SD weiterverkaufen.

148. Schliesslich finden sich auf der Marktgegenseite von SD Unternehmen und Private, welche über die Nutzung der SD-Verzeichnisprodukte Daten als Endabnehmer direkt von SD beziehen und die Informationen unmittelbar für sich verwenden.

149. Vorliegend interessieren als Marktgegenseite vorab die Unternehmen, welche unter Verwendung von Daten aus dem Datenbestand von SD Verzeichnisse und Verzeichnisprodukte herstellen oder unter Nutzung des Zugangs zum Datenbestand über verschiedene Verzeichnisprodukte weitere Verzeichnisdienstleistungen wie Sprachauskunftsdienste anbieten beziehungsweise den Zugang zum Datenbestand weiterverkaufen. Die Rede ist somit in erster Linie

⁴³ Fassung gemäss AS 2004 1385, 1390.

⁴⁴ Z.B. bei "bluwin.ch" (ersichtlich auf der Homepage), "computer-serve.ch" oder "sunrise.ch" (unter http://app1.sunrise.ch/info/kiosk_sso/index.jsp?la=de&kat0=Telefonverzeichnis&kat1=Elektronisches+Telefonverzeichnis). Diese ISP gewähren jeweils über eine spezielle Oberfläche lediglich ihren Abonnenten Zugang zum ETV; insofern kann auch von einem Wiederverkauf des Zugangs zum ETV gesprochen werden, das Ergebnis ist dasselbe.

⁴⁵ Programme, mit welchen unter Verwendung spezieller Suchkriterien und Darstellungsweisen zielgerichtet und effizient in den Datenbeständen gesucht werden kann, und welche es erlauben, die ermittelten Daten auf diversen Anzeigegeräten wie Mobiltelefonen über WAP oder SMS oder auf PDA (Personal Digital Assistant) sichtbar zu machen. Ein Beispiel für die Verwendung solcher Applikationen ist "webETV" von Glue, womit auf den Datenbestand des ETV zugegriffen wird. Vgl. hierzu www.glue.ch (besucht am 25.8.2003).

von den bereits mehrfach als "Nicht-Endabnehmer" von Daten bezeichneten Unternehmen (beispielsweise Glue, my-link, search.ch, Teledata, Swissguide, bluewin, compuserve, swissonline etc.) sowie von Betreibern von Sprachauskunftsdiensteanbietern wie Conduit (Nr. 1850), Swisscom (Nr. 111) oder Xentel (Nr. 1818).

C.1.2.1.1.1 Markt für Adressdaten in elektronischer Form

150. Als Marktgegenseite der Datenlieferanten wie SD gelten hier in erster Linie Unternehmen, welche aus den gelieferten Daten Adressverzeichnisse in elektronischer (online- und offline nutzbare Datenbanken) oder gedruckter Form herstellen oder den Zugang zu diesen Daten für eigene Verzeichnisdienste nutzen wollen.

151. Für die Marktgegenseite spielen hiefür vor allem die Qualität der Daten - gewissermassen der Grundlage für die Erstellung eines Verzeichnisses - eine Rolle. Die Qualität des Datenbestandes wird weitgehend durch seine Vollständigkeit und seine Aktualität bestimmt. Die Verlässlichkeit und damit die Konkurrenzfähigkeit von Verzeichnisdiensten hängen in entscheidendem Mass von der **Tagesaktualität** der verwendeten Datenbank ab. Demnach sind die Anbieter von Verzeichnissen und Verzeichnisdiensten auf tagesaktuelle Daten angewiesen, welche mindestens sämtliche E.164-Nummern in der Schweiz umfassen (vgl. im Allgemeinen RPW 2001/2, S. 363, Rz. 23, Gutachten der Wettbewerbskommission in Sachen "Interkonkonnktionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAX vs. Swisscom AG"). Die Tagesaktualität eines Verzeichnisses lässt sich entweder über den online- oder offline-Bezug (blockweise mit der Option periodischer, maximal täglicher Aktualisierungen) tagesaktueller Daten sicherstellen, wie dies Artikel 29 Absatz 5 FDV und die TV vorsehen.

152. Die Marktgegenseite ist ferner darauf angewiesen, die Daten in einer Form zu beziehen, welche eine effiziente Weiterverarbeitung ermöglicht. Aus diesem Grund konzentriert sich die Betrachtung vorliegend auf Daten, welche in elektronischer Form zusammen mit den für eine Erfassung in einer Datenbank notwendigen Feldschlüsseln übermittelt werden. Gedruckte Verzeichnisse fallen daher als Datenquellen ausser Betracht, denn sie sind wegen des hohen Bearbeitungsaufwandes a priori nicht geeignet, elektronisch gespeicherte und übertragbare Daten zu substituieren (vgl. hiezu bereits RPW 1998/4, S. 605, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom").

153. Es steht sodann in Frage, ob der Markt für elektronische Adressdaten weiter in einen Markt für so genannte "unveredelte" (m.a.W. regulierte) und "veredelte" Verzeichnisdaten segmentiert werden muss. Davon ist abzusehen: Zwar besteht eine Nachfrage nach so genannten "veredelten Verzeichnisdaten" - im weitesten Sinne den Daten aus der ETV-Datenbank -, doch ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass sich die "Veredelung" vorab aus der spezifischen Anreicherung des Daten- und Informationsgehalts des jeweiligen Verzeichnisses ergibt, des-

sen Einträge abgefragt werden. Demnach sind weder der einzelne Adresseintrag noch die einzelnen, dem Eintrag zugrunde liegenden Daten als "veredelt" zu betrachten, wie dies gelegentlich aus diversen Eingaben von Anzeigern missverstanden werden könnte, sondern das **Verzeichnis als solches**, respektive die das Verzeichnisprodukt alimentierende **Datenbank** mit dem verfügbaren Informationsbestand. Daher ist unter "veredelten Verzeichnisdaten" nach Ansicht der Wettbewerbskommission eine Adressdatenbank zu verstehen, deren Inhalt über die im Sinne von Artikel 29 FDV bereitzustellenden regulierten Verzeichnisdaten hinausgeht, weil sie mit zusätzlich erhobenen Informationen versehen ist und so einen Mehrwert für den Nutzer des Verzeichnisses aufweist. Dieser Mehrwert macht die besondere Qualität des jeweiligen Verzeichnisses aus und wird von den Nutzern des Verzeichnisses abgegolten.

154. Daraus folgt umgekehrt, dass für die Erstellung eines tagesaktuellen Adressverzeichnisses grundsätzlich nur die regulierten Verzeichnisdaten der diversen FDA zwingend benötigt werden, welche die nötigen Teilnehmerinformationen enthalten. Die Erhebung weiterer Daten bei den Teilnehmern sowie die hiefür anzuwendende Geschäftsstrategie obliegt den einzelnen Betreibern der jeweiligen Datenbanken. Ausserdem wird - jedenfalls im Falle von SD - mit den Daten veredelter Verzeichnisse (z.B. der ETV-Datenbank) nicht Handel getrieben, sondern es wird nur der Zugang zu diesen "veredelten" Adressdatenbanken gewährt. Der Zugang kann sodann auch weiterverkauft werden, entsprechend aber nicht die Daten als Grundlage des Adressverzeichnisses; SD formuliert denn auch Nutzungsrestriktionen für den Schutz ihrer Investitionen in den Datenbestand der ETV-Datenbank.

155. Daher sind nicht verschiedene Arten von Daten in gesonderte sachlich relevante Märkte zu segmentieren, vielmehr müssen die verschiedenen "veredelten" Verzeichnisse von der Datenbank mit den Grunddaten (nämlich den regulierten Verzeichnisdaten i.S. von Art. 29 FDV) als Grundlage für neue Verzeichnisse unterschieden und als einzelne sachlich relevante Märkte ausgediegt werden.

156. Sodann ist im Zusammenhang mit weiter verwertbaren Adressdaten in elektronischer Form zu untersuchen, ob tagesaktuelle, elektronisch übertragbare Daten durch andere Datensammlungen substituierbar sind. Verzeichnisse, welche in elektronischer Form auf CD-ROM oder DVD erworben werden können (z.B. telinfo, Directories-CD, TwixTel etc.), sind aus naheliegenden Gründen nicht tagesaktuell und fallen daher unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Marktgegenseite als substituierbare Datenquellen ausser Betracht. Aus dem oben Ausgeführten erhellt zudem, dass diese "Datensammlungen" als solche nicht mit eigentlichen Datenquellen für die Erstellung neuer Verzeichnisse gleichgesetzt werden können und sich zu diesem Zweck auch nicht eignen, weil sie eben bereits an sich spezielle Verzeichnisse mit spezifischen Eigenschaften, eigenen Darstellungen und Suchoptionen bilden. Entsprechend weisen

diese offline-Produkte hinsichtlich der Weiterverwendung der gespeicherten und in geeigneter Form aufbereiteten Daten vielfach vertragliche Restriktionen auf, die gewährleisten sollen, dass der getätigte Verarbeitungsaufwand mindestens amortisiert werden kann.

157. Auch Sprachauskunftsdienste eignen sich nicht, um Adressdaten für die Erstellung einer Datenbank für Verzeichnisdienste zu verkaufen, weil sie ihrerseits auf Adress- und Verzeichnisdatenbanken Dritter zurückgreifen müssen (vgl. zum Ganzen RPW 2002/2, S. 283, Rz. 41, "Glue Software Engineering AG/Swisscom Enterprise Solutions AG", sowie RPW 2001/2, S. 363, Rz. 23, "Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom/Swisscom AG und diAX/Swisscom AG"). So greifen beispielsweise die Sprachauskunftsdienste von Swisscom, Conduit und Xentel für die Vermittlung von Adressinformationen an Interessierte auf das ETV von SD.

158. Aus diesen Gründen wird der sachlich relevante Markt vorliegend definiert als **Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen.**

C.1.2.1.1.2 Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste

159. Die Marktgegenseite von SD setzt sich wie erwähnt auch aus Unternehmen zusammen, welche die Adressverzeichnisse von SD (oder anderer Verzeichnisanbieter) als Nicht-Endabnehmer nutzen, indem sie die Daten abrufen und interessierten Dritten in Form einer Sprachauskunft oder in elektronischer Form übermitteln. Letzteres gegebenenfalls in spezieller Darstellung und unter Verwendung spezieller Applikationen beziehungsweise Suchoptionen. Sodann können Nicht-Endabnehmer, welche verschiedene Verzeichnisprodukte abonniert haben, Dritten kostenlos oder entgeltlich den Zugang zum jeweiligen Verzeichnis verschaffen. Schliesslich sind auch Nutzer von Verzeichnisdiensten zu erwähnen, welche die abgerufenen Daten und Informationen als Endabnehmer selber unmittelbar verwenden.

160. Die fraglichen Adressverzeichnisse haben dabei für die auf diese Weise beschriebene Marktgegenseite im Grundsatz immer den Zweck, Informationen über natürliche oder juristische Personen, Behörden, Organisationen etc. in Erfahrung zu bringen. Für die Marktgegenseite sind diejenigen Adressverzeichnisse untereinander funktionell austauschbar, welche die jeweils gewünschten Informationen enthalten. Die Art der konkret nachgefragten Informationen bestimmt, auf welches Verzeichnis der Interessierte jeweils zugreift: Beispielsweise für Geschäftsdaten bieten sich das Branchenbuch, "teledata.ch", "swissguide.ch", "gelbeseiten.ch" oder das Handelsregister ("zefix.ch") an, wogegen Privatadressen über das ETV (resp. "weisseseiten.ch"), die Twixtel-CD oder "tel.search.ch" abgerufen werden.

161. Verzeichnisse existieren in gedruckter Form auf Papier (Telefonbücher), als Sprachauskunftsdienste

und vermehrt in elektronischer Form entweder offline auf CD-ROM/DVD oder als online-Dienste im Internet unter Verwendung eines geeigneten Zugangs (z.B. einer normalen Internet-Verbindung oder einer Mietleitung). Aufgrund ihres Verwendungszweckes und Inhalts sind die Verzeichnisse an sich unabhängig vom Informationsträger untereinander austauschbar, soweit sie vergleichbare Daten enthalten. Jedoch vermag etwa eine Datenbank, welche nur Geschäftsdaten von Unternehmen enthält, eine Datenbank mit Privatadressdaten nicht zu substituieren. Die Informationsträger kennzeichnen sich jedoch durch unterschiedliche Eigenschaften: So haben Verzeichnisse in Papierform oder auf CD-ROM gegenüber online-Verzeichnissen den Nachteil, nicht tagesaktuell zu sein. Weiter können CD-ROM-Verzeichnisse und online-Versionen nur in Verbindung mit Verarbeitungsgaräten (Computer, Mobiltelefone, PDA⁴⁶) genutzt werden. Diese teilweise unterschiedlichen Eigenschaften deuten darauf hin, dass elektronische nicht mit gedruckten Verzeichnissen substituierbar sind.

162. Es ist jedoch bei der heutigen Verbreitung von Personal Computern auch denkbar, dass die Form des Informationsträgers beim Entscheid des Konsumenten, welches Verzeichnis er konsultieren will, nurmehr eine untergeordnete Rolle spielt. Träfe dies zu, liessen sich Adressverzeichnisse unabhängig vom Informationsträger einem relevanten Markt zuordnen.

163. Wie unten (Rz. 172 ff., insbesondere Rz. 184 ff.) zu zeigen sein wird, kann vorliegend in der Frage der Adressverzeichnisse auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet werden, weil offen gelassen werden kann, ob SD auf dem Verzeichnismarkt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

164. Hilfsweise wird jedoch ein **sachlich relevanter Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste** definiert.

C.1.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

165. 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).

C.1.2.1.2.1 Markt für Adressdaten in elektronischer Form

166. Die Herausgeber von Verzeichnissen fragen die Teilnehmer- respektive Adressdaten und weitere Informationen je nach Art des zu produzierenden Verzeichnisses für einen lokalen, regionalen oder nationalen Markt nach. Besonders Hersteller von Adressverzeichnissen in gedruckter Form verarbeiten Adressdaten zum Teil nur aus gewissen Regionen oder

⁴⁶ "Personal Digital Assistant", d.h. Handcomputer wie elektronische Agenden mit entsprechenden Leistungsmerkmalen.

Ortschaften. Indessen besteht nach Kenntnis des Sekretariats gegenwärtig kein elektronisches Adressver-

zeichnis, welches nur regionale oder lokale Daten enthält und als kommerzielles Informationsprodukt vermarktet wird.

167. In der Regel werden die Daten für den nationalen Raum erhoben und von Herstellern von Verzeichnisprodukten nachgefragt. Wohl bestehen wie erwähnt Verzeichnisanbieter, welche sich beispielsweise auf den Druck lokaler oder regionaler Telefonbücher spezialisiert haben.⁴⁷ Angesichts der zunehmenden Wichtigkeit von online-Verzeichnissen sowie der fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen für die Erhebung von und den Umgang mit Teilnehmer- und Adressdaten und nicht zuletzt wegen der informationstechnischen beziehungsweise ökonomischen Notwendigkeit, nationale Datenbanken als Datenquellen zu führen, wird der Markt für Adressdaten in elektronischer Form *national* abgegrenzt. Es besteht kein Anlass, in dieser Frage von der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission abzuweichen (vgl. RPW 1998/4, S. 607, Rz. 44 ff, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom", RPW 2002/2, S. 283, Rz. 45, "Glue Software Engineering AG/Swisscom Enterprise Solutions AG").

C.1.2.1.2.2 Markt für Adressverzeichnisse

168. Für Adressverzeichnisse in Papierform, die bei einer möglicherweise engeren sachlichen Marktabgrenzung nicht demselben Markt wie Adressverzeichnisse in elektronischer Form zuzuordnen sind, ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Wohnregion häufig den Mittelpunkt des sozialen und geschäftlichen Lebens bildet. Dadurch entstehen auch die meisten Informationsbedürfnisse nach Adressen in einem regionalen Raum. Der Markt für Adressverzeichnisse in Papierform weist demnach eine regionale Dimension auf.

169. Die Marktgegenseite fragt die Informationen über Adressen, Telefon- oder Faxnummern und E-Mail-Adressen jedoch nicht nur für den lokalen und regionalen, sondern auch für den nationalen und teilweise internationalen Raum nach. Die Adressverzeichnisse in Papierform können kaum integral in einem einzigen Band für einen nationalen oder gar internationalen Raum produziert werden - SD bietet ihr Telefonbuch in 25 regionalen Bänden an, welche sich aus naheliegenden Gründen nicht als einziges Buch herausgeben lassen. Adressverzeichnisse in elektronischer Form kennen diese umfangmässigen Restriktionen hingegen nicht. Demzufolge werden gegenwärtig in elektronischer Form nicht regionale, sondern ausschliesslich nationale Verzeichnisse angeboten. Der Markt für Adressverzeichnisse in elektronischer Form hat demnach eine *nationale* Dimension.

170. Für Adressverzeichnisse in Papierform werden demnach lokale beziehungsweise regionale räumliche Märkte definiert. Angesichts der Verbreitungsdichte elektronischer Verzeichnisse wird jedoch eine regionale Begrenzung des Marktes für Adressverzeichnisse zunehmend verschwinden. Bei der vorliegend hilfsweise verwendeten, weniger engen sachlichen Abgrenzung (d.h. Adressverzeichnisse unabhängig vom Informationsträger) kann daher durchaus von einem

nationalen Markt für Adressverzeichnisse ausgegangen werden (vgl. hierzu RPW 1998/4, S. 606 f, Rz. 37 ff, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom"; vgl. auch das Gutachten der Wettbewerbskommission in Sachen "Interkonkonnktionsverfahren MCI World-Com/Swisscom AG und diAX/Swisscom AG" in RPW 2001/2, S. 365, Rz. 38).

C.1.2.2 Zwischenergebnis

171. Vorliegend wird von folgenden Märkten ausgegangen:

- Markt für Telefon- und Adressdaten in elektronischer Form, näher definiert als *Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen*. Dieser Markt ist räumlich national abzugrenzen.
- Zusätzlich und lediglich hilfsweise ein *Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste*. Dieser Markt ist national abzugrenzen.

C.1.2.3 Marktstellung

C.1.2.3.1 Markt für Adressdaten in elektronischer Form

C.1.2.3.1.1 Aktuelle Konkurrenz

172. Aufgrund der ehemaligen Monopolstellung der Swisscom (damals Telecom PTT) auf dem Telefonie markt, der gegenwärtig nach wie vor starken Stellung auf der so genannten "Letzten Meile" dank ihrer Hausanschlüsse und namentlich wegen der Eigenschaft von Swisscom FX als Konzessionärin der Grundversorgung sind nach wie vor nahezu alle Teilnehmer über einen Netzabschlusspunkt von Swisscom FX am öffentlichen Telefonnetz angeschlossen (vgl. auch RPW 2002/2, S. 283, Rz. 46 f., m.H., "Glue Software Engineering AG/Swisscom Enterprise Solutions AG"). Als Tochtergesellschaft der Swisscom AG ist SD für sämtliche Verzeichnisbelange des Swisscom-Kon-

⁴⁷ Z.B. die Säuberlin&Pfeiffer S.A., welche die Daten des SD-Telefonbuches Nr. 2 für die Riviera Vaudoise verarbeitet, und im Februar 2002 eine Preiserhöhung von 350% durch SD gerügt hat. Das Sekretariat hat Kenntnis von ca. [...] Anbietern gedruckter, lokaler bis regionaler Adressverzeichnisse mit Privat- und/oder Geschäftseinträgen.

zerns verantwortlich - insbesondere für die Sicherstellung der gesetzlichen Pflichten von Swisscom FX im Verzeichniswesen gemäss Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d FMG - und verfügt in dieser Eigenschaft mittelbar über sämtliche Adressdaten aller Telefonanschlüsse im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a und d FMG sowie Artikel 19 Absatz 1 Buchstaben a und d beziehungsweise Artikel 20 FDV⁴⁸ (vgl. auch RPW 1998/4, S. 601 f., Rz. 3, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom").

173. Gemäss Artikel 29 FDV haben die FDA, welche den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über eine E.164-Nummer bereitstellen, ein Teilnehmerverzeichnis zu führen und tagesaktuell on- und offline zugänglich zu machen. Unter Berufung auf Artikel 29 Absatz 6 FDV haben sämtliche FDA in der Schweiz SD als "Data Agent" vertraglich für die Erfüllung ihrer diesbezüglichen Verpflichtungen beigezogen und die Erstellung und Zugänglichmachung regulierter Verzeichnisdaten ausgelagert. Demnach werden die regulierten Verzeichnisdaten als Grundlage neu zu erstellender Verzeichnisse von SD aufgrund der ihr von den FDA übermittelten Teilnehmerdaten hergestellt, verwaltet und Interessierten angeboten. Die FDA sind sodann aufgrund der vertraglichen Übertragung ihrer Verpflichtungen im Sinne von Artikel 29 FDV an SD nicht länger gehalten, ihre Teilnehmerdaten selber und direkt interessierten Verzeichnisanbietern oder anderen Dritten anzubieten.

174. Entgegen der von Glue und sinngemäss auch von my-link geäusserten Auffassung ist die vertragliche Übertragung der Verpflichtung gemäss Artikel 29 FDV nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die Untersuchung richtet sich gegen SD und nicht die FDA. Die Überwachung der Einhaltung fernmelderechtlicher Bestimmungen ist Sache des Bakom.

175. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Anzahl der Teilnehmerdaten - respektive der daraus erstellten regulierten Verzeichnisdaten - der diversen FDA im Vergleich zur Anzahl der von Swisscom FX (und Swisscom Mobile) gelieferten Daten vernachlässigbar ist (vgl. oben Rz. 86). Ohne die Verwendung der Daten von Swisscom FX ist die Herstellung eines konkurrenzfähigen Verzeichnisses undenkbar.

176. SD ist daher das einzige Unternehmen, welches über tagesaktuelle, regulierte Verzeichnisdaten im Sinne von Artikel 29 FDV von Privaten und Unternehmen verfügt. SD hält mithin ein faktisches Monopol für tagesaktuelle Adressdaten in elektronischer Form, welche im fernmelderechtlich festgelegten Minimalumfang sämtliche E.164-Nummern in der Schweiz umfassen.

177. Alternative Quellen für elektronische Adressdaten, welche eine mit den regulierten Verzeichnisdaten vergleichbare Qualität aufweisen und insbesondere tagesaktuell sind, existieren nicht. Ausser Betracht fallen namentlich die diversen on- und offline verfügbaren Datenbanken und Verzeichnisse⁴⁹, welche SD als Alternativen zu ihren Verzeichnisprodukten nennt⁵⁰ (insbesondere Branchenbücher wie

"www.yellowmap.ch", "www.branchenbuch.ch", "www.swissfirms.ch", "www.teledata.ch"). Diese Verzeichnisse sind, sofern sie Tagesaktualität anstreben, selber auf tagesaktuelle Adressdaten als Grundlage für die Verzeichnisdatenbank angewiesen. Diese werden zurzeit einzig von SD in Form der regulierten Verzeichnisdaten angeboten. Dasselbe gilt für die

⁴⁸ Vgl. auch Ziff. 4.1 der Grundversorgungskonzession Swisscom Fixnet AG vom 6. Juni 2002.

⁴⁹ Z.B. "www.tel.search.ch", "www.handybutler.ch", Zugang zum ETV über "www.compuserve.ch" (wo der Zugang über "webETV" von Glue angeboten wird [Stand September 2003]); TwixTel.

⁵⁰ Vgl. etwa die Eingabe von SD vom 20. September 2002, S. 4 f., Rz. 11 ff.

Beachte: SD sowie "search.ch" erwähnen als Datenquelle auch die **DCL Data Care AG** (nachstehend "DCL"). DCL betreibt aber laut eigenen Aussagen keinen Handel mit Adressdaten im Sinne eines Verkaufs, der mit dem Datenhandel von SD oder anderer Verzeichnisdatenbankdiensten vergleichbar wäre. Die Schweizerische Post erhebt im Rahmen der Postgesetzgebung und insbesondere in den Schranken des Datenschutzgesetzes (vgl. Art. 13 des Postgesetzes [PG, SR 783.0] und Art. 12 der Postverordnung [VPG, SR 783.01]) Umzugsdaten, um ihre Postadressen aktuell zu halten und Dritten diese Daten zur Nachführung deren Adresssammlungen zu überlassen. Die Aktualisierungsaufgaben übernimmt die DCL. DCL aktualisiert demnach ausschliesslich Adressen für ihre Kunden und bietet entsprechende Abgleichungsprodukte an, betreibt aber weder einen Verzeichnisdienst mit Suchfunktionen noch einen Datenhandel in der vorliegend interessierenden Art. Voraussetzung für die Überlassung solcher Aktualisierungsdaten ist, dass der Anfrager bereits über die vollständige, alte Postadresse verfügt; es werden demnach anders als bei Adresslieferanten für Direktmarketingdienste keine neuen Adressen herausgegeben, um es Dritten z.B. zu ermöglichen, neue Geschäftskontakte herzustellen oder die Adressen ihnen unbekannter Teilnehmer zu finden.

Ein gesamtschweizerisches Teilnehmerverzeichnis kann demnach aus diesen Daten kaum erstellt werden. Postkunden können sodann ein Aktualisierungsverbot aussprechen. Ferner werden für die Aktualisierung nur die Adressen verwendet, welche der Post von den umgezogenen Kunden mit dem sog. "Nachsendeauftrag" mitgeteilt werden. Diese Nachsendeaufträge werden jedoch oft unvollständig ausgefüllt.

Grundlage der Aktualisierungsprodukte (MAT[CH]-Produkte) von DCL bildet die ABS-Datenbank von PostMail, d.h. der Schweizerischen Post. Die Post liefert DCL die Daten gemäss einschlägigem Vertrag exklusiv und entgeltlich. Diese Daten bearbeitet DCL redaktionell (manuelle Erfassung, Plausibilisierung, Selektion) und technisch, um sie weiterverwenden zu können. Als weitere Datenlieferanten nennt DCL [...]. DCL verwende keine Daten aus den ETV. Von den erfassten Daten werden in der Regel nur die Festnetznummer und die Adresse zur Aktualisierung weitergegeben, nicht aber Beruf und Mobiltelefonnummer. Die Daten werden wenn möglich tagesfertig, nicht aber tagesaktuell gehalten. Abonnierte Datenbestände werden den Kunden von DCL über CD-ROM zum Preis von CHF 1.10 pro Adresse geliefert. Kunden von DCL sind v.a. Unternehmen, welche umfangreiche Adressdatenbestände führen und diese Adressen für die Pflege ihrer geschäftlichen Kontakte verwenden.

Demnach fallen die Schweizerische Post und DCL als mit SD vergleichbare Grunddatenlieferanten ausser Betracht. Die Daten von DCL können die regulierten Verzeichnisdaten von SD nicht substituieren.

Datenbanken www.swissguide.ch⁵¹ sowie für die von my-link nach eigenen Angaben bereits weit ausgebaut "Swissbrain"-Datenbank: Diese Datenbanken streben wohl Tagesaktualität an, beziehen ihre Daten und Adressen aber zum Teil aus dem Handelsregister, von Direktmarketing-Unternehmen oder von Telefon-CD-ROM, welche - entgegen den Einschätzungen der Betreiber dieser Datenbanken - nicht tagesaktuell im hier relevanten Sinn sind: Tagesaktuell sind definitionsgemäss nur Datenbestände, welche eine tägliche Aufdatierung erfahren und dauernd abgerufen werden können. Selbst wenn unter diesen Umständen von tagesaktuellen Verzeichnissen gesprochen werden könnte, weil sie täglich zum Teil aufgrund eigener Erhebungen aufdatiert werden (was offenbar etwa bei gewissen [...]unternehmen wie der [...] der

Fall ist, welche Datenlieferungsverträge z.B. mit [...]), ändert dies nichts am Umstand, dass diese Unternehmen wiederum in irgend einer Art mittelbar auf die tagesaktuellen, regulierten Verzeichnisdaten angewiesen sind. Diese können aber gegenwärtig wegen des Entscheids der Artikel 29 FDV unterworfenen FDA, die Möglichkeit von Artikel 29 Absatz 6 FDV zu nutzen und einen Data Agent einzusetzen, nur von SD bezogen werden.

178. Die folgende Tabelle bietet einen groben Überblick über Unternehmen, welche online- und offline-Datenbanken führen und entsprechende Dienste anbieten beziehungsweise über die Art, wie sie ihre Daten erheben oder beziehen. Eigens bewirtschaftete, mehr oder weniger selbstständige Datenbanken sind hellgrau unterlegt.

<i>Unternehmen</i>	<i>Produkt</i>	<i>Datenquelle</i>	<i>Bezugsart; Tagesaktualität (TA)</i>
Swissguide	Firmen-, Produkte- und Markenverzeichnis mit ca. 650'000 Einträgen	an reg. Verzeichnisdaten interessiert; eigenes Redaktionssystem	online/TA angestrebt, Mutationen werden von den Lieferanten täglich übertragen
my-link	"Swissbrain"-Verzeichnis, Privat- und Business-Informationen	eigene Erhebungen; reg. Verzeichnisdaten nötig als Grundlage	Aktualisierungen offline/TA angestrebt
Glue	"webETV" in verschiedenen Varianten; Zugang zum SD-ETV über spezielle Applikationen	ETV; an reg. Verzeichnisdaten interessiert, da keine Alternative dazu bestehe	online
SPDS (Direct Marketing)	Firmen- und Privatadressen-Datenbank, Handel mit Adressen; keine Verzeichnisdienste	eigene Erhebungen; Überprüfung einzelabfrageweise online über ETV	unklar
Schober	Datenbank mit Geschäftsdaten und -adressen; Handel mit Adressen v.a. für Direktmarketing-Unternehmen	ETV, weisseseiten.ch und gelbeseiten.ch	unklar
Twix AG	Twixtel-CD	ETV, nicht an reg. Verzeichnisdaten interessiert	keine TA
tel.search.ch	Privat- und Geschäftsadressen	eigene Datenbank; Grunddaten stammten früher von [...] und heute nicht mehr liefern kann; jedoch keine valable Alternative zu den SD-Daten; an reg. Verzeichnisdaten interessiert	online, nicht mehr aktuell/keine TA
Nova Esprit AG	Applikationen für die Suche im ETV	keine anderen Datenquellen oder Verzeichnisprodukte als diejenigen von SD	-
Säuberlin & Pfeiffer S.A.	Telefonbücher	SD-Datenbestand, da keine Alternative	keine TA

⁵¹ Viersprachiges, öffentlich und kostenlos zugängliches elektronisches Firmen-, Marken- und Produkteverzeichnis mit den Grunddaten (inkl. Telefon- und Faxnummern, URLs und Mailadressen) aller in der Schweiz tätigen Unternehmen.

DCL Data Care AG	Umzugsdatenbank mit ca. 4 Mio. Adressdaten	Schweizerische Post und andere (vgl. oben Fn. 50), nicht aber ETV oder reg. Verzeichnisse. Restriktive Voraussetzungen für die Herausgabe von Daten (nur zur Aktualisierung bereits bekannter Adressen; kein eigentlicher Datenhandel).	angestrebt, aber nicht möglich
Swissfirms AG ⁵²	DL der schweiz. Handelskammer; nur Geschäftsdaten von Unternehmen, ca. 430'000 Einträge; Übermittlung als Excel- oder Textfiles	eigene Erhebungen, Erfassung angeschlossener Unternehmen	wohl keine TA
www.gate24.ch	Produkte-, Branchen- und Stellendatenbank	unbekannt	unbekannt
Yellowmap Schweiz AG ⁵³	www.yellowmap.ch; Branchenbuch mit ca. 400'000 Firmenadressen	eigene Erhebungen und v.a. kostenpflichtige Einträge von Unternehmen	unbekannt; kaum TA
BNS Group AG	Call Center mit Sprachauskunftsdienst für sunrise	ETV	online über DA-Vertrag; TA
Swisscom Nr. 111	Sprachauskunftsdienst für Swisscom	ETV	online über DA-Vertrag; TA
Conduit AG	Sprachauskunftsdienst für Orange	ETV	online über DA-Vertrag; TA
Xentel AG	u.a. Sprachauskunftsdienst	ETV	online über ETV Internet professional-Vertrag; TA

179. Hinzu kommt noch eine Vielzahl von offline-Verzeichnissen anderer Anbieter. Diese Verzeichnisse erscheinen mehrheitlich in Papierform und beziehen die verarbeiteten Daten aus dem ETV-Datenbestand.

180. Mit Ausnahme von DCL, welche als mit SD vergleichbare Datenlieferantin wie dargelegt aber ausser Betracht fällt,⁵⁴ sind alle diese Unternehmen unmittelbar oder mittelbar auf den Datenbestand von SD (mindestens auf die regulierte Verzeichnisse) angewiesen, um ihre Adressdatenbanken zu kompletieren, abzugleichen oder zu überprüfen. Selbst die Unternehmen, welche eigene Datenbanken angelegt haben und diese zum Teil aufgrund eigener redaktioneller Erhebungen beziehungsweise unter Bezug verschiedener Datenlieferanten aktuell halten wollen (z.B. SPDS, Schober), müssen unmittelbar oder mittelbar die Teilnehmerdaten der FDA in Form der regulierten Verzeichnisse verwenden. Dies ist indessen nur unter online- oder offline-Nutzung der tagesaktuellen SD-Datenbestände möglich.⁵⁵

181. Als tagesaktuelle Datenquelle, die mit den regulierten Verzeichnisse vergleichbar wäre, fällt sodann auch das Handelsregister ausser Betracht: Einerseits enthält dieses grundsätzlich nur die Daten von gemäss Artikel 934 OR⁵⁶ eintragungspflichtigen Unternehmen, und andererseits sind diese Daten - mindestens im Umfang der Teilnehmerdaten des öffentli-

chen Telefondienstes - nicht in dem Masse tagesaktuell wie die Daten aus den SD-Datenbeständen.

182. An sich bieten auch die Post und Einwohnerkontrollen der Gemeinden Zugang zu Adressen. Diese Möglichkeiten vermögen jedoch das Verhalten von SD auf dem fraglichen Markt nicht zu disziplinieren, zumal die auf diesem Wege bezogenen Adressen nicht tagesaktuell sind.

183. Der Adressenbezug über Einwohnerkontrollen verursacht Schwierigkeiten, weil die Einwohnerkontrollen nicht einheitliche elektronische Systeme einsetzen, ein geeigneter online-Zugang zu den Datenbanken nicht vorgesehen ist und deshalb für den Nachfrager nach Adressdaten hohe "Synchronisierungskosten" entstehen würden. Die Daten der Einwohnerkontrollen wären zudem nur in einem regionalen Markt für Adressdaten eine mögliche Alternative zu den Daten von SD (vgl. hierzu auch RPW

⁵² Vgl. www.swissfirms.ch (besucht am 28.8.2003).

⁵³ Vgl. www.yellowmap.ch (besucht am 28.8.2003).

⁵⁴ Vgl. oben Fn. 50.

⁵⁵ Beispiel: Die Swissguide AG zieht [...] als Datenlieferantin bei, welche zur Überprüfung der Aktualität und der Plausibilität der erhobenen Adressen ihrerseits auf das ETV zugreift.

⁵⁶ SR 220.

1998/4, S. 611, Rz. 72 ff. "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom", wo die Wettbewerbskommission die Swisscom AG noch vor der Ausgliederung von SD mit Sicherheit als führenden Anbieter von Adressdaten in der Schweiz qualifiziert hatte).

184. Dieses Bild zeigt sich allgemein in Märkten, welche von elementaren Verzeichnisdaten - gleichsam von "Rohstoffdaten" einer "**Kerndatenbank**" (sog. "core database") - ausgehen: Unabhängig von den je nach länderspezifischer Regulierung gewählten Lösung muss eine solche Datenbank die relevanten Informationen möglichst aller Teilnehmer enthalten. Zudem sollte ein allgemein gebräuchliches Datenformat verwendet werden. Das Bereitstellen einer solchen Datenbank verlangt einen beträchtlichen Koordinationsaufwand nicht nur zwischen den FDA, sondern auch im Verhältnis zwischen den FDA und den Teilnehmern des öffentlichen Telefondienstes. Nur eine in diesem technischen Rahmen angelegte Datenbank ist geeignet, von Verzeichnisanbietern als Grundlage für weitere Verzeichnisdienste und eigene, erweiterte Datenbanken genutzt zu werden.⁵⁷ Die Bereitstellung von Teilnehmerdaten in dieser Art ist indessen mit beträchtlichem Infrastruktur-, Personal- und Organisationsaufwand verbunden.

185. Die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Bereitstellung vollständiger "Kerndatenbanken" liegen auch dem Gedanken zu Grunde, die Erbringung der Universaldienste in Telekommunikationsnetzen auf dem Gebiet der EU im Grundsatz nach einheitlichen Kriterien zu regulieren. Die Grundsätze der einschlägigen **Universaldienstrichtlinie**⁵⁸ werden nachstehend kurz zusammengefasst:⁵⁹

186. Im Rahmen der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes soll europaweit ein Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen garantiert werden. Ziel des durch die Universaldienstrichtlinie harmonisierten Rechtsrahmens bildet sodann die Förderung des Wettbewerbs auf allen Zugangs- und Dienstleistungsmärkten bei Kommunikationsdiensten sowie die Vermehrung der Wahlmöglichkeiten des Endnutzers und die Garantie erschwinglicher Preise von Diensten, welche der Universaldienstverpflichtung unterstehen. Der Universaldienst umfasst gemeinhin u.a. die Bereitstellung von Netzabschlusspunkten für Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes und die für eine effiziente Nutzung der Telefonie nötigen **Verzeichnisse**. Der Verpflichtung, Universaldienste zu kostengünstigen Preisen und im verlangten Umfang anzubieten, sollen vorab Unternehmen unterstehen, welche die Universaldienste am effizientesten, verlässlichsten und kostengünstigsten erbringen können.

187. Der Zugang zu den Verzeichnissen als wesentliches Mittel zu den öffentlichen Telefondiensten (bzw. als unterstützendes Angebot des "öffentlichen Telefondienstes" i.S. von Art. 2 der Universaldienstrichtlinie) ist wie die Erbringung der anderen Universaldienste technisch und ökonomisch in einer Weise zu gewährleisten, die jedermann deren **kostenorientierte** und **nicht diskriminierende** Nutzung ermöglicht (Art. 25 Universaldienstrichtlinie). Nutzer und Ver-

braucher wünschen vollständige Teilnehmerverzeichnisse, einen Auskunftsdienst über alle zugänglichen Nummern sowie die Bereitstellung der Verzeichnisisformationen ohne Vorzugsbehandlung (E. 11 der Universaldienstrichtlinie). Daher haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass den Endnutzern mindestens ein umfassendes Teilnehmerverzeichnis - nämlich ein universelles Telefonbuch⁶⁰ - in gedruckter und/oder elektronischer Form zur Verfügung steht, dessen Inhalt und Bereitstellung von der zuständigen Behörde gebilligt worden ist und welches regelmässig mindestens einmal jährlich aktualisiert wird (Art. 5 Nr. 1 Bst. a Universaldienstrichtlinie). Die Teilnehmerverzeichnisse umfassen unter dem Vorbehalt, dass sich ein Teilnehmer nicht eintragen lassen will (vgl. sogleich), alle Teilnehmer öffentlich zugänglicher Telefondienste (Art. 5 Nr. 2 Universaldienstrichtlinie).

188. Einzelheiten des Verzeichniswesens regelt weiter die Richtlinie 97/66 EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation.⁶¹ Diese Rechtsharmonisierung betrifft vor allem den Umgang mit Teilnehmerdaten (z.B. Einsehbarkeit oder Unterdrückung von Rufnummeranzeigen, Speicherung von Daten, die für den telefonischen Verbindungsaufbau notwendig sind, Vertraulichkeit von Telekommunikationsdaten) unter Datenschutzgesichtspunkten. Diese Vorgaben sollen sicherstellen, dass Entstehung und Weiterentwicklung neuer Telekommunikationsdienste und Telekommunikationsnetze zwischen Mitgliedstaaten nicht behindert werden (E. 8 und Art. 1 der Richtlinie). Artikel 11 regelt den Anspruch auf Eintragung in ein gedrucktes oder elektronisches Teilnehmerverzeichnis, wobei es einem Teilnehmer grundsätzlich freisteht, sich in ein

⁵⁷ Vgl. hierzu PAUL RICHARDS, Competition issues on access to databases for the provision of directory information services in the EU, in: Telecommunications Policy, Volume 27, Numbers 8-9, September/October 2003, S. 563 ff., S. 564 f.

⁵⁸ Europäische Richtlinie 2002/22/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51 ff.). Für die gemeinsamen Bestimmungen im Bereich der Harmonisierung der regulatorischen Bedingungen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze, die verschiedenen Verfahren sowie die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden vgl. auch die sog. "Rahmenrichtlinie" (Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste [Rahmenrichtlinie] [ABl. L 108/33 vom 24.4.2002, S. 33 ff.]

⁵⁹ Zum Ganzen vgl. vor allem E. 1, 4, 8, 11, 14, 17 ff., insb. 26, 27 und 35 sowie die Art. 1, 2, 5, 8, 9, 12, 13, 14, insb. 17, und 25 der Universaldienstrichtlinie.

⁶⁰ Vgl. zu diesem Begriff auch den geänderten Vorschlag der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (KOM/2001/0503 endg. - COD 2000/0183; ABl. C 332 E vom 27.11.2001, S. 292), Ziff. 3.2.1.

⁶¹ ABl. L 024 vom 30.1.1998, S. 1.

Verzeichnis eintragen zu lassen. Es ist jedoch anzustreben, dass vollständige Verzeichnisse geführt werden können. Artikel 6 der Richtlinie legt fest, welche Verkehrsdaten im Minimum für die Gebührenanrechnung zugänglich zu machen und zu verarbeiten sind, sowie den weiteren Umgang mit den zugänglichen Daten, insbesondere die Frage, wann diese Daten weitergegeben werden dürfen. Der Anhang der Richtlinie führt die Daten auf, welche für die Gebührenanrechnung erhoben werden dürfen. Es handelt sich hierbei um

- die Nummer oder Identifikation des Teilnehmerendgerätes,
- die Anschrift des Teilnehmers und die Art des Endgerätes,
- die zu berechnenden Einheiten,
- die Nummer des angerufenen Teilnehmers,
- Art, Beginn und Dauer des Anrufes und/oder die übermittelte Datenmenge sowie
- Zahlungsinformationen.

189. Beim Erlass der Universaldienstrichtlinie war sich das EU-Parlament einerseits bewusst, dass die Erbringung der Universaldienste zu "erschwinglichen Preisen" bedeuten kann, dass die Preisbildung unter Umständen von den normalen Marktbedingungen abweicht. Für solche Fälle ist daher national zu gewährleisten, dass die der Universaldienstverpflichtung unterstehenden Anbieter unter Umständen in Beachtung der Bedürfnisse eines unverzerrten Wettbewerbs für ihre Dienstleistungen staatlich entschädigt werden. Hiefür schreibt die Universaldienstrichtlinie Grundsätze zur Finanzierung, Überwachung der Tarife, Berechnung der Nettokosten von Universaldiensten sowie zur Ausgestaltung eines transparenten Verfahrens zur Kostenanlastung und Streitbeilegung vor.⁶² Andererseits wurde auch erkannt, dass gewisse dieser Universaldienste unter Umständen nur von marktmächtigen Unternehmen erbracht werden können. Hinsichtlich der Dienste marktmächtiger Unternehmen hat das europäische Parlament wegen der Gefahr wettbewerbsschädigenden Verhaltens festgelegt, nationale Regulierungsbehörden müssten in solchen Fällen zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs sowie zur Wahrung anderer öffentlicher Interessen im Bereich der Universaldienste Massnahmen wie zum Beispiel Preisobergrenzen, die Anwendung eines Kostenrechnungssystems und dergleichen gesetzgeberisch anordnen. Als problematische Verhaltensweisen nennen E. 26 und Artikel 17 Nr. 2 der Universaldienstrichtlinie etwa Kampfpreise, Bündelungen oder die ungerechtfertigte Bevorzugung bestimmter Kunden.

190. Hinsichtlich des Bedürfnisses nach vollständigen Teilnehmerverzeichnissen (Art. 5 Universaldienstrichtlinie) entspricht die Situation in der Schweiz den in der Universaldienstrichtlinie geäusserten Vorgaben im Grundsatz weitgehend. Die Konsultation der Materialien der hängigen Revision des schweizerischen FMG zeigt sodann, dass unter anderem im schweizerischen Verzeichniswesen mit Blick auf das verbraucher-

seitige Interesse an einem vollständigen Verzeichnis eine Angleichung an das europäische Recht angestrebt wird. Dies äussert sich bereits in der Ergänzung des Umfangs der Grundversorgung im Sinne von Artikel 16 FMG: Gemäss Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d E-FMG⁶³ kann der Bundesrat neuerdings vorsehen, dass eine Grundversorgungskonzessionärin ein Verzeichnis aller Kunden von Diensten der Grundversorgung als so genanntes "Universalverzeichnis" führen muss. Dadurch könne die Zentralisierung der Verzeichnisdaten der Teilnehmer garantiert werden, falls der Markt nicht selber dafür Sorge; einer der grössten Nachteile des heutigen Systems bestehe nämlich darin, dass lediglich ein virtuelles globales Verzeichnis vorgesehen sei, welches auf dem Grundsatz des gegenseitigen Zugangs zu den Verzeichnissen gemäss Artikel 21 FMG beruhe. Die Botschaft erwähnt sogar explizit, zurzeit führe SD ein zentrales Verzeichnis, welches die Daten aller Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst umfasst.⁶⁴ Sodann haben Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ein Verzeichnis ihrer Kunden zu führen (Art. 21 Abs. 1 E-FMG). Anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder Diensten, welche auf den Verzeichnisdaten basieren, ermöglichen sie den Zugang zum Mindestinhalt der Verzeichnisse; den elektronischen Zugang zum Mindestinhalt der Verzeichnisse (Art. 12d Abs. 2 E-FMG mit Verweis auf die Verordnungsstufe) haben die betreffenden FDA selbst dann zu gewähren, wenn sie die Verzeichnisse nicht veröffentlicht haben (Art. 21 Abs. 2 E-FMG). Der Zugang zu den Verzeichnissen ist nach internationalen Normen und auf transparente, nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren; für die Streitbeilegung gelten die Bestimmungen über das Zugangsverfahren von Artikel 11 Absätze 4-6 E-FMG⁶⁵ (Art. 21 Abs. 3 E-FMG).

191. Mit Artikel 21 Absatz 3 E-FMG will der Fernmeldegesetzgeber den zahlreichen Problemen im Bereich des Zugangs zu Verzeichnisdiensten begegnen. Die Botschaft führt hierzu Folgendes aus (BBI 2003 7977 f.; Hervorhebungen hinzugefügt):

"Für die Anbieterinnen, die Verzeichnisdienste oder andere auf Verzeichnisdaten basierende Dienste bereitstellen möchten, ist der Zugang zu diesen Daten oft schwierig. Auf Verzeichnisdaten basierende Dienste sind Dienste, für welche die Verwendung von Daten über die Teilnehmerinnen und Teilnehmer absolut unerlässlich ist. Dies ist heute bei

⁶² Vgl. Art. 9, 12 und 13 sowie Anhang IV der Richtlinie.

⁶³ BBI 2003 8007 ff.

⁶⁴ vgl. zum Ganzen BBI 2003 7977.

⁶⁵ Nach altem Recht als "Interkonnektionsverfahren" bezeichnet und für die Schaffung grösserer Flexibilität in Fragen des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Unternehmen neu als "Gewährung des Zugangs" bezeichnet (vgl. BBI 2003 7969 ff.) Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten sind aufgrund der Bedürfnisse der Grundversorgung und der Interoperabilität auch ohne das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zur Interkonnektion verpflichtet (BBI 2003 7970).

immer mehr Diensten oder Leistungen verschiedenster Art der Fall (Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Standortidentifikation der Notrufe, Validierungsdienste). Der Begriff der auf den Verzeichnissen basierenden Dienste schliesst hingegen die Verwendung von Verzeichnisdaten für direkte Werbung aus. Die Anwendung der *Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Kostenorientiertheit* der Preise rechtfertigt sich dadurch, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen exklusiv Zugang zu den Daten ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer haben. Damit der Wettbewerb uneingeschränkt funktionieren und seine positiven Wirkungen entfalten kann, ist die Information der Nutzerinnen und Nutzer von Fernmeldediensten von höchster Bedeutung. *Die Verzeichnisdaten stellen insofern eine Schlüsselressource dar. Die Gefahr, dass die Inhaberinnen der Teilnehmerdaten ihre Bekanntgabe an Dritte auf missbräuchliche Art einschränken, ist deshalb zu vermeiden.* Zudem gehören die Verzeichnisdaten in erster Linie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern selbst. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die solche Daten sammeln, müssen zwar angemessen entschädigt werden, *dürfen aber keinen wesentlichen Geschäftsvorteil daraus ziehen.* Diese Regelung entspricht übrigens dem neuen europäischen Recht (vgl. Art. 25 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie). Bei Streitigkeiten kann künftig wie bei Konflikten um den Zugang die ComCom angerufen werden."

192. Dass vor diesem Hintergrund die Anlegung einer "core database" notwendig ist und dass diese nahegelegenerweise wegen der diversen Synchronisierungsprobleme zwischen den FDA und den Teilnehmern einerseits sowie zwischen den verschiedenen FDA andererseits von einem einzigen Unternehmen erstellt und verwaltet werden muss - sei dies nach Massgabe des gesetzgeberischen Konzepts oder aufgrund ökonomischer Notwendigkeiten -, erstaunt kaum und mag eventuell sogar die einzig effiziente Realisierungsart des Universalisierungsgedankens im Verzeichniswesen darstellen.⁶⁶ Die Botschaft zum E-FMG weist denn auch darauf hin, mit der wachsenden Bedeutung der Teilnehmerdaten für die Erbringung von Fernmeldediensten und Fernmeldedienstleistungen stelle sich die Frage, ob eine zentrale und neutrale Verwaltung dieser Daten insbesondere in Bezug auf die Qualität nicht eine vorteilhafte Lösung darstellen würde; der Vorschlag einer zentralen Datenbank sei indessen von einer Arbeitsgruppe mit Vertretern interessierter Kreise abgelehnt worden, doch stelle diese Möglichkeit eine geeignete Lösung für die diversen Probleme im Verzeichniswesen dar und werde in vielen europäischen Ländern angewandt.⁶⁷

193. Der Betreiber einer solchen Kerndatenbank bewegt sich nicht nur auf einem separat abzugrenzenden Markt für elektronische Adressdaten, sondern stellt für die anderen Stufen der Wertschöpfungsketten (nämlich die alternativen Verzeichnis- und Ver-

zeichnisdienstanbieter) einen dominanten Lieferanten essentieller Güter (nämlich regulierter Verzeichnisdaten) dar, der den Zugang Dritter zu diesen Gütern nur unter sehr besonderen Umständen einschränken darf.⁶⁸ In dieser Position befindet sich zurzeit SD als Data Agent der schweizerischen FDA, respektive als Betreiberin der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 FDV. Diese Situation reflektiert die Reaktion des Marktes auf der Seite der FDA auf das gesetzgeberische Konzept von Artikel 21 FMG und Artikel 29 FDV - der Fernmelde Markt hat mithin gewissermassen selber für ein "Universalverzeichnis" im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d E-FMG gesorgt und SD als Verwalterin dieses Verzeichnisses bestellt.

194. Aus diesen Gründen kann eine weitere Untersuchung der diversen Datenbanken und -lieferanten unterbleiben. Insbesondere erübrigt sich eine nähere Untersuchung der Marktanteile von SD auf diesem Markt. SD verfügt sodann in diesem Markt über bedeutendes Know-how, welches zum Teil aus der vormaligen Monopolzeit herrührt, sowie über einen grossen technologischen Vorsprung. Ferner hat SD dank den Verträgen mit den FDA (Art. 29 Abs. 6 FDV) und der konzerninternen Verbindung mit Swisscom FX als aktuelle Grundversorgungskonzessionärin überragenden Zugang zu den Beschaffungsmärkten (scil. zu den Teilnehmerdaten der FDA) und verfügt über sehr starke Strukturen sowie personelle beziehungsweise finanzielle Ressourcen.⁶⁹ All dies äussert sich auch darin, dass für die FDA ausser SD keine anderen Unternehmen als Data Agents in Betracht kommen, weil nach Aussagen der FDA einerseits keines dieser Unternehmen über ein mit SD vergleichbares Know-how im Gebiet der Datenpflege verfüge und einige Unternehmen ihre Dienste nur zu teuren Konditionen als SD anbieten könnten, weil sie einen Teil des Amortisationsaufwands auf die FDA überwälzen wollten.⁷⁰ [...] führt sogar aus, mit den entsprechenden Bedingungen im Vertrag mit SD zur Herstellung der regulierten Verzeichnisdaten nicht vollauf zufrieden zu sein, SD wegen ihrer Erfahrung aber dennoch als Data Agent gewählt zu haben [...].

⁶⁶ Insofern ist auch die Idee eines Universalverzeichnisses gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. d E-FMG naheliegend.

⁶⁷ Vgl. BBl 2003 7978.

⁶⁸ Vgl. auch RICHARDS, a.a.O., S. 569.

⁶⁹ Für eine Übersicht über die verschiedenen Indizien für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vgl. etwa ROGER ZACH, in VON BÜREN/DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 172 ff.

⁷⁰ Vgl. etwa die entsprechenden Aussagen der FDA zum Fragebogen vom 31. März 2003: Colt führt aus, my-link habe wesentlich zu spät offeriert und Glue sei nicht interessiert gewesen. Nach Orange [...] sunrise nennt my-link, BNS-Group und Glue als möglicherweise alternative Data Agents, äussert aber Bedenken hinsichtlich deren Kompetenz und weist darauf hin, der FDA hätte Teile der hohen Fixkosten dieser Unternehmen mittragen müssen, welche bei SD bereits amortisiert seien.

195. SD ist demnach gegenwärtig das einzige Unternehmen, welches aus der Sicht der FDA als Data Agent im Sinne von Artikel 29 Absatz 6 FDV in Frage kommt und regulierte Verzeichnisdaten als Grundlage bestehender oder neuer Verzeichnisse anbietet. Insbesondere können die regulierten Verzeichnisdaten auch nicht direkt von den einzelnen FDA bezogen werden, da diese ihre fernmelderechtlichen Verpflichtungen im Verzeichniswesen mit der Beanspruchung der Möglichkeiten von Artikel 29 Absatz 6 FDV erfüllen. Die aktuelle Konkurrenz auf dem Markt für Adressdaten in elektronischer Form ist demnach praktisch inexistent.

C.1.2.3.1.2 Potenzielle Konkurrenz

196. Weil sämtliche FDA in der Schweiz ihre Pflichten betreffend die regulierten Verzeichnisdaten an SD ausgelagert haben (Art. 29 Abs. 6 FDV), herrscht auf dem interessierenden Markt für Adressdaten in elektronischer Form eine faktische Monopolsituation. Der Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten ist für das Angebot neuer Verzeichnisdienste die zentrale Markteintrittsvoraussetzung (so auch RPW 2002/2, S. 283, Rz. 51, "Glue Software Engineering AG/Swisscom Enterprise Solutions AG"), da zu diesen "Rohstoffdaten" auf der entsprechenden "Kerndatenbank" von SD keine Substitute bestehen. Wie dargelegt, werden die FDA ausserdem innert nützlicher Frist ausser SD keine anderen Unternehmen als Data Agents beziehen. Hinzu kommen die starke Stellung und der überragende Bekanntheitsgrad der Verzeichnis- und Datendienste von SD. Bei dieser Lage ist es unwahrscheinlich, dass innert nützlicher Frist neue Lieferanten von tagesaktuellen Adressdaten in elektronischer Form unabhängig von den Daten aus dem Datenbestand von SD auf den Markt für Adressdaten in elektronischer Form eintreten werden.

197. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 29 Absatz 5 FDV mit der Verpflichtung der einzelnen FDA, ihre Teilnehmerdaten jedermann als regulierte Verzeichnisdaten zugänglich zu machen, ursprünglich bezweckte, ein Alternativangebot zum Datenbestand und zu den Verzeichnissen von SD entstehen zu lassen. Die Wettbewerbskommission hat in RPW 2002/2, Seite 283, Randziffer 50 ("Glue Software Engineering AG/Swisscom Enterprise Solutions AG") die Meinung vertreten, dank Artikel 29 Absatz 5 FDV und den damit zur Verfügung stehenden regulierten Verzeichnisdaten sei künftig auf dem Markt für elektronische Adressdaten ein solches Alternativangebot möglich, jedoch seien die Marktzutrittsschranken hoch. Nachdem alle schweizerischen FDA SD als Data Agent im Sinne von Artikel 29 Absatz 6 FDV beigezogen haben, ist eine alternative Quelle von "Kerndaten" kaum mehr denkbar.

C.1.2.3.1.3 Zwischenfazit

198. Aus diesen Gründen besteht auf diesem sachlich und räumlich relevanten Markt daher praktisch keine potenzielle Konkurrenz zu den regulierten Verzeichnisdaten, da SD diese als einziges Unternehmen anbietet. Angesichts der mangelnden aktuellen und potenziellen Konkurrenz nimmt SD auf dem Markt

für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen, eine *beherrschende Stellung* im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG ein.

199. Der von SD geäusserte Vorwurf, wonach sich die Wettbewerbskommission im Rahmen der Marktabgrenzung und der -stellung zum Nachteil der SD auf geheime Daten stütze, geht an der Sache vorbei. Der sachlich relevante Markt, insbesondere die Relevanz der Tagesaktualität, die von vielen Verzeichnisanbietern angestrebt wird, sowie die Marktstellung von SD wurden ausführlich dargelegt. Die teilweise bestehenden alternativen Bezugsquellen für Verzeichnisdaten, die die regulierten Verzeichnisdaten jedoch nicht voll substituieren können, sind einerseits nicht entscheidungsrelevant und andererseits durch ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse gedeckt. Zudem wird dem Anspruch auf rechtliches Gehör von SD durch die diesbezüglich umfassenden Ausführungen der Wettbewerbskommission zur Marktabgrenzung und -stellung von SD Rechnung getragen (ebenso gleich anschliessend Rz. 200 ff.)

C.1.2.3.2 Markt für Adressverzeichnisse

C.1.2.3.2.1 Aktuelle Konkurrenz

200. SD bietet selber je nach gewünschtem Verwendungszweck den Zugang zum ETV über verschiedene kostenpflichtige Produkte an (vgl. oben Rz. 111). Dieser Zugang kann wie erwähnt weiterverkauft oder in einer Weise durch Nicht-Endabnehmer genutzt werden, welche die effiziente Weitergabe abgerufener Einträge erlaubt (z.B. unter Verwendung von Applikationen). Die Einträge können auch direkt als Endabnehmer genutzt werden. Ferner stellt SD über "www.weisseseiten.ch" und "www.gelbeseiten.ch" einen Gratiszugang zum ETV mit einer fest vorgegebenen Suchmaske bereit.

201. Offline ist das ETV über die "Directories CD-ROM" oder die "telinfo CD-ROM" nutzbar, welche von der Optobyte AG für SD in Kombination mit verschiedenen zusätzlichen Optionen hergestellt wird.

202. Das ETV ist nicht zuletzt aus Gründen, die aus der vormaligen Monopolstellung der Swisscom AG im Verzeichniswesen herrühren, äusserst bekannt, tagesaktuell und verfügt über ca. 6 Mio. Privat- und Geschäftseinträge aller FDA aus der Schweiz und des FL Liechtenstein, welche deutlich über den Umfang der regulierten Verzeichnisdaten hinausgehen - die Zahl der Zusatzeinträge zu den Haupteinträgen wird von SD auf ca. 1.6 Mio. beziffert.⁷¹ Allein www.weisseseiten.ch und "www.gelbeseiten.ch" werden gemäss WEMF-Erhebungen 2.2 Mio. beziehungsweise 3.5 Mio. Mal monatlich besucht, womit diese Dienste zu den zehn meistbesuchten Websites in der Schweiz zählen. Das ETV wird als Adressdatenbank in verschiedener Weise gesamthaft über 50 Mio. Mal im

⁷¹ Quelle: SD-Homepage, besucht am 5. März 2003.

Monat von Privaten, Sprachauskunftsdiensten, Verzeichnisdiensteanbietern, Geschäftskunden oder Publi-fon-Diensten abgefragt, wobei der Sprachauskunftsdienst von Swisscom Nr. 111 und die Publi-fon-Abfragen den grössten Teil des Zugriffs ausmachen.⁷² ETV verfügt mithin über einen beträchtlichen Marktanteil.

203. Wie die Tabelle in Randziffer 178 zeigt, existieren verschiedene alternative online- und offline-Verzeichnisse sowie Sprachauskunftsdiensteanbieter. Die meisten der in den letzten Jahren neben den Verzeichnissen von SD auf den Markt für online-Adressverzeichnisse eingetretenen Anbieter von Verzeichnisdiensten stellen Branchenverzeichnisse her, welche lediglich Geschäftsadressen und Geschäftsdaten enthalten. Diejenigen online- und offline-Verzeichnisse, welche neben den Verzeichnissen von SD auch Privatadressen anbieten (z.B. "tel.search.ch", Twixtel-CD), sind entweder aus technischen Gründen (offline-Verzeichnisse) oder lediglich zurzeit ("tel.search.ch") nicht tagesaktuell. In fast allen Fällen werden sie zudem unmittelbar oder mittelbar über Verbindungen zum Datenbestand von SD alimentiert. Die Sprachauskunftsdiensteanbieter beziehen die Daten zurzeit durchwegs aus dem ETV.

204. Sodann ist jeweils zu unterscheiden, ob die Anbieter von Verzeichnisdiensten tatsächlich selbstständige Verzeichnisse angelegt haben und daraus Abfragen tätigen (z.B. Swissguide, Twixtel, tel.search.ch), oder ob sie lediglich je nach spezifischem Verwendungszweck über spezielle Applikationen und Suchmasken auf andere Verzeichnisse - in der Regel das ETV - zugreifen, um die abgerufenen Daten interessierten Endabnehmern in geeigneter Form zu übermitteln.⁷³ Der Weiterverkauf des Zugangs zu ETV beispielsweise durch Glue über deren Produkt "webETV" stellt (entgegen der Ansicht von Glue) kein eigenes Verzeichnis dar. Dieses Produkt kann indessen durchaus als Verzeichnis*dienst* bezeichnet werden, dessen Mehrwert in der Kombination der Daten von SD mit den von Glue entwickelten Applikationen, Suchparametern und Kartendiensten liegt und einen akkuraten, kundenspezifischen und komfortablen Zugriff ermöglicht.

205. Anbieter alternativer Verzeichnisse sind wie dargelegt mittelbar oder unmittelbar⁷⁴ vom Bezug von "Kerndaten" für das Erstellen eigener Verzeichnisse oder das Angebot eigener Verzeichnisdienste abhängig. Solche Kerndaten bilden die von SD verwalteten regulierten Verzeichnisdaten. Die entsprechende Datenbank von SD kann denn auch ohne weiteres als "Kerndatenbank" ("core database") bezeichnet werden. Eine Kerndatenbank mit den elementaren Angaben der Teilnehmer, welche über einen durch eine E.164-Nummer definierten Anschluss am öffentlichen Telefondienst angeschlossen sind, ermöglicht also nicht nur die Lieferung von Daten direkt an Endkunden,⁷⁵ sondern bildet insbesondere die unentbehrliche Datenquelle für alternative Verzeichnisangebote in online- oder offline-Form von Unternehmen, welche diese Daten als Nicht-Endabnehmer beziehen.⁷⁶ Entsprechend bildet die

Datenbank von SD mit den Daten des ETV, welche deutlich über den Minimalgehalt nach Artikel 29 FDV hinausgeht, *keine* solche "core database".

206. Es zeigt sich somit, dass zwischen den Märkten für Adressverzeichnisse und dem Markt für elektronische Adressdaten ein enger Zusammenhang besteht (vgl. bereits RPW 1998/4, S. 610, Rz. 66, "Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe-Swisscom"): Die Nachfrage nach dem Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten von SD als "Kerndaten" leitet sich vor allem vom Erfolg der alternativen Verzeichnisanbieter, die ihre Verzeichnisse ganz oder teilweise aus den regulierten Verzeichnisdaten alimentieren, bei ihren Endkunden ab. Sodann wird sich Wettbewerb aufgrund des faktischen Monopols von SD auf dem Markt für elektronische Verzeichnisdaten primär auf dem nachgelagerten Markt für Verzeichnisse und Verzeichnisdienste einstellen.⁷⁷

207. Dies bedeutet, dass der wirtschaftliche Erfolg des Weiterverkaufs des Zugangs zu Verzeichnissen sowie des Bezugs von Daten aus solchen Verzeichnissen zwecks Weitergabe an Dritte online, offline oder über einen Sprachauskunftsdienst vom Zugang zu einer vollständigen und aktuellen Kerndatenbank abhängig ist, respektive von den Datenbezugsbedingungen, welche der Betreiber der jeweiligen Datenbank festlegt. Prohibitive Datenbezugspreise oder restriktive Nutzungsbestimmungen für den Bezug regulierter Verzeichnisdaten durch einen Nicht-Endabnehmer können die Rentabilität eines zum ETV alternativen Verzeichnisdienstes verunmöglichen. Dies bedeutet aber auch, dass unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers, Wettbewerb zwischen Adressverzeichnissen und entsprechenden Diensten zu schaffen, von einer kartellrechtlichen Untersuchung des Marktes für Adressverzeichnisse und -verzeichnisdienste solange abzusehen ist, wie der Zugang zur "core database" - den regulierten Verzeichnisdaten - auf dem vorgelagerten Markt nicht zu wettbewerbsrechtlich einwandfreien Konditionen gewährleistet ist.

⁷² Vgl. Medienmitteilung SD vom 22. August 2001 sowie <http://www.directories.ch/dir1.aspx?menu=about&menu2=aboutreferences&menu3=aboutreferences>.

⁷³ Über Internet, Mobiltelefone oder PDA (SMS, WAP).

⁷⁴ *Unmittelbar*, wenn der Verzeichnisanbieter selber die Daten bei SD bezieht, um diese weiterzugeben oder in eine eigenen Datenbank zu verarbeiten; *mittelbar*, wenn sie die Daten von einer anderen Datenbank beziehen, welche ihrerseits auf die SD-Daten zugreifen muss.

⁷⁵ In Lehre und Praxis zu dieser Problematik in der EU als "downstream directory services" bezeichnet, vgl. RICHARDS, a.a.O., S. 67, Fn. 5, und S. 567.

⁷⁶ In Lehre und Praxis zu dieser Problematik in der EU als sog. "upstream services" bezeichnet, vgl. RICHARDS, a.a.O., S. 564 (insb. Fn. 5).

⁷⁷ D.h. auf dem Markt für "downstream services"; RICHARDS, a.a.O., S. 568.

208. Wegen der Abhängigkeit des Marktes für Verzeichnisse und Verzeichnisdienste vom vorgelagerten Markt für elektronische Adressdaten und wegen der gegenwärtigen Übermacht von SD respektive des ETV auf dem Verzeichnismarkt ist hier die aktuelle Konkurrenz als gering zu beurteilen. Dies trifft vorab für Verzeichnisdienste zu, welche Geschäfts- und Privateinträge anbieten, und sofern die Tagesaktualität von Bedeutung ist, was bei online-Verzeichnissen regelmässig der Fall ist. Anders könnte sich unter dem Aspekt der aktuellen Konkurrenz eventuell die Stellung von SD im Vergleich mit online-Branchenbüchern darstellen. Es ist jedoch nicht opportun, den relevanten Markt für Verzeichnisdienste in Verzeichnisse mit und ohne Privateinträge zu segmentieren, da auch solche Datenbanken unmittelbar oder mittelbar Verzeichnisdaten im Umfang von Artikel 29 FDV benötigen.

C.1.2.3.2.2 Potenzielle Konkurrenz

209. Diverse Verzeichnisanbieter haben angegeben, für den Betrieb ihrer Datenbanken am Bezug von regulierten Verzeichnisdaten interessiert zu sein:

210. Die *Swissguide* AG würde diese Daten für die Aktualisierung ihres Verzeichnisses gerne beziehen, sieht aber gegenwärtig wegen der ihrer Ansicht nach zu hohen Datenbezugspreise davon ab, zumal alle 650'000 Einträge aktualisiert werden müssten und die Datenbank ein jährliches Mutationsvolumen von ca. 200'000 bei steigender Tendenz verzeichne.

211. *my-link* beabsichtigt, mit der Datenbank "Swissbrain" einen erfolgsorientierten Verzeichnisdienst mit öffentlich zugänglichen, aktuellen schweizerischen Privat- und Geschäftsinformationen on- und offline (CD-ROM) anzubieten. Ebenso sei ein Sprachauskunftsdienst nicht nur geplant, sondern personell und technisch grundsätzlich bereit. Dass dieser Dienst noch nicht operationell sei, liege einerseits daran, dass die Nummer 111 noch bis im Jahr 2005 in Betrieb bleiben werde, sei aber andererseits vorab darauf zurückzuführen, dass *my-link* von SD noch keinen kommerziell vertretbaren Zugriff zu den regulierten Verzeichnisdaten erhalten habe. *my-link* verfüge über beträchtliches Know-how im Bereich der Datenverwaltung und werde zurzeit lediglich durch das Geschäftsgebaren von SD davon abgehalten, als ernste Konkurrenz auf dem Verzeichnismarkt wahrgenommen zu werden.

212. *Glue* liess verlauten, das Konzept ihrer Verzeichnisdienste zu überdenken, sofern der Zugang zu den Teilnehmerdaten der FDA - mithin zu den regulierten Verzeichnisdaten - zu wirtschaftlich vertretbaren Konditionen möglich wäre. Ausserdem habe *Glue* mit [...].

213. *search.ch* ist am Bezug regulierter Verzeichnisdaten interessiert und würde ihre Datenbank mit diesen Daten aktuell halten beziehungsweise die Daten zur Steigerung der Benutzerfreundlichkeit weiter bearbeiten ("veredeln"). Das Angebot der Internetplattform "search.ch" wird trotz der momentan nicht gewährleisteten Tagesaktualität von "tel.search.ch"

gemäss WEMF-Erhebungen offenbar nach wie vor rege nachgefragt.

214. Auf dem Markt für Verzeichnisdienste ist demnach zu beobachten, dass Markteintritte grundsätzlich ohne unüberwindbare Marktzutrittsschranken möglich sind und die nötigen Infrastrukturen in technischer und personeller Hinsicht bei diversen Unternehmen weitgehend bereitstehen. Regulierte Verzeichnisdienste können ohne weiteres aufgrund eigener, freilich nicht mit unerheblichem Aufwand verbundenen redaktionellen Erhebungen mit weiteren Daten wie "Lifestyle-" oder "Businessdaten" ergänzt werden. Diverse alternative Verzeichnisse und Verzeichnisdienste sind gegenwärtig bereit, operativ zu werden oder sind bereits operativ, jedoch nicht im gewünschten Mass und nicht unter Verwendung der gewünschten Grundlagen (z.B. "tel.search.ch"). Der Grund für die verzögerten Marktzutritte liegt laut den betroffenen Unternehmen in der Abhängigkeit der Verzeichnisanbieter zu den regulierten Verzeichnisdaten, welche von SD verwaltet werden.

215. Trotz der gegenwärtig starken Stellung des ETV auf dem Verzeichnismarkt kann unter diesen Aspekten davon ausgegangen werden, dass potenzielle Konkurrenz zu den Verzeichnisprodukten von SD besteht und SD diesen Markt nicht im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beherrscht. Innovative konkurrierende Projekte sind zum Teil bereits weit gediehen.

216. Der Markt für Adressverzeichnisse ist wie erläutert dem Markt für elektronische Adressdaten nachgelagert und vom Bezug der regulierten Verzeichnisdaten als Grundlagen eines tagesaktuellen, kompletten, schweizerischen Verzeichnisses mit Privat- und Geschäftseinträgen abhängig. Die potenzielle Konkurrenz von SD auf dem Markt für Adressverzeichnisse wird nach Angaben der betreffenden Unternehmen derzeit lediglich wegen dieser Abhängigkeit vom vorgelagerten Markt für elektronische Adressdaten davon abgehalten, sich aktuell im Wettbewerb zu manifestieren. Die an sich einsatzbereiten Alternativangebote der potenziellen Konkurrenten wären durchaus geeignet, das Geschäftsgebaren von SD auf dem Markt für Adressverzeichnisse zu disziplinieren, würde sich die Abhängigkeit vom vorgelagerten Markt nicht in der beschriebenen Weise auswirken.

C.1.2.3.2.3 Zwischenfazit

217. Wegen der Interdependenzen zwischen den beiden relevanten Märkten kann vorliegend offen gelassen werden, ob SD auf dem Markt für Adressverzeichnisse und Verzeichnisdienste eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG einnimmt. Es kann davon ausgegangen werden, dass der wettbewerbskonforme Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten von SD beachtenswerte neue aktuelle und weitere potenzielle Konkurrenz für das ETV-Angebot von SD generieren wird, sofern eine solche nicht bereits besteht.

218. Die nachfolgenden Erwägungen werden sich daher nur mit dem Verhalten von SD bei der Verwaltung und Herausgabe (Preise und Nutzungsbedingungen) der regulierten Verzeichnisdaten befassen.

Dies bedeutet, dass die Fragen im Zusammenhang mit den Produkten und Dienstleistungen von SD, welche auf der ETV-Datenbank basieren ("www.weisseseiten.ch" bzw. "www.gelbeseiten.ch", ETV Access und TCP/IP, ETV Internet, ETV-Zugänge für Anbieter von Sprachauskunftsdiensten), nicht Gegenstand dieser Untersuchung bilden. Für die Beurteilung der Preise und der Bedingungen für den Bezug der regulierten Verzeichnisdaten werden die Preise und Bezugsbedingungen der ETV-Daten jedoch zu Vergleichszwecken herangezogen.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

C.2.1 Vorbehaltene Vorschriften auf den relevanten Märkten

220. Wie erwähnt bildet lediglich der Markt für elektronische Adressdaten Gegenstand der Untersuchung. Es ist daher zu prüfen, ob Bestimmungen vorliegen, welche im Zusammenhang mit den Preisen und Nutzungsbedingungen der *regulierten Verzeichnisdaten im Sinne von Artikel 29 FDV* der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen (Art. 3 KG).

C.2.1.1 Keine fernmelderechtlichen Vorbehalte

221. Fernmelderechtliche Spezialvorschriften bestehen in einem gewissen Masse im Bereich der gesetzlich vorgeschriebenen Verzeichnisdienste der FDA (Art. 21 FMG und Art. 29 FDV betreffend die regulierten Verzeichnisdaten) und der verzeichnisbezogenen Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin (Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG, Art. 19 Abs. 1 Bst. d FDV). Diese Bestimmungen erfahren in technischer und administrativer Hinsicht eine nähere Konkretisierung in den TV.

222. Die erwähnten Bestimmungen regeln lediglich Umfang und Inhalt der bereitzustellenden Verzeichnisse, die technischen Rahmenbedingungen des Zugangs beziehungsweise der Übertragung sowie der vorzunehmenden elektronischen Datenformatierung: Die diesbezüglichen Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin beschränken sich gegenwärtig darauf, den Zugang zu den schweizerischen Verzeichnissen der Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst *nachfrageorientiert* und nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik anzubieten (Art. 16 Abs. 1 Bst. d FMG). Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten haben anderen FDA und Dritten den Zugang zu den Verzeichnissen der Teilnehmer nach internationalen Normen mindestens elektronisch zu ermöglichen, selbst wenn sie die Verzeichnisse nicht selber veröffentlicht haben (Art. 21 Abs. 2 FMG). Nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe d FDV haben Anbieter von Diens-

ten der Grundversorgung Interessierten den Zugang zu den Teilnehmereinträgen in den Verzeichnissen aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung in der Schweiz in elektronischer Form oder über eine Sprachauskunft *gegen Entgelt* anzubieten. FDA, welche Verzeichnisse führen, sind verpflichtet, jedermann auf Verlangen und gegen Bezahlung den online-Zugang zu den Verzeichnisdaten sowie die blockweise Übertragung der Daten mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitzustellen; hiezu können die FDA Dritte vertraglich beziehen (Art. 29 Abs. 5 und 6 FDV).

223. Artikel 16 und 21 FMG, die Vorschriften über den Inhalt beziehungsweise die technischen Modalitäten der Bereitstellung regulierter Verzeichnisdaten in Artikel 29 FDV und die einschlägigen Technischen Vorschriften für die Verzeichnisse der Teilnehmerinnen und Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes (TV), gehen in ihrem fernmeldetechnischen Gehalt dem Kartellgesetz vor.

224. Indessen sind die Verzeichnisdienste "nachfrageorientiert" (Art. 16 Abs. 1 FMG) zu erbringen, und Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe d sowie Artikel 29 Absatz 5 FDV verpflichten die FDA, den Zugang zu den Verzeichnissen gegen "Entgelt" respektive gegen "Bezahlung" bereitzustellen. Weitere Rahmenbedingungen in kommerzieller Hinsicht werden zurzeit nicht formuliert. Die Fernmeldegesetzgebung regelt gegenwärtig also lediglich die technischen Aspekte der Anlegung und Bereitstellung regulierter Verzeichnisdaten, überlässt mit Blick auf den Anwendungsbereich des KG die Frage der Preisgestaltung hingegen grundsätzlich den Marktkräften und unterlässt die Formulierung einer staatlichen Markt- und Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG.

225. An dieser Stelle ist an die Ziele der hängigen Revision des FMG zu erinnern: Der Gesetzgeber hat die gegenwärtige Problematik des Zugangs zu den Verzeichnisdaten erkannt. Dies mag wie erwähnt darauf zurückzuführen sein, dass sämtliche FDA die Erfüllung ihrer Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Führen von Teilnehmerverzeichnissen im Sinne von Artikel 29 Absatz 6 FDV auf SD übertragen haben.⁷⁸

226. Neu soll daher Artikel 21 Absätze 2 und 3 E-FMG die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung verpflichten, anderen FDA oder Anbieterinnen von auf Verzeichnisdaten basierenden Diensten den Zugang zu ihren Teilnehmerverzeichnissen in transparenter, *nicht diskriminierender* und insbesondere *kostenorientierter* Weise zu ermöglichen. Den Grundsätzen der Transparenz, Nichtdiskriminierung und der Kostenorientiertheit ist unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Nachachtung zu verschaffen (Art. 21a Abs. 3 E-FMG;

⁷⁸ Vgl. den bereits erwähnten Hinweis in der Botschaft, heute führe SD ein zentrales Verzeichnis mit den Daten aller Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes (BBI 2003 7977).

sogleich unten).⁷⁹ Diesem Ansatz steht mitunter die Überlegung zu Grunde, die Verzeichnisdaten stellen eine Schlüsselressource dar, welche für den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für Verzeichnisdienste zentral sei und zu welcher die FDA exklusiven Zugang hätten. Die Verzeichnisdaten (sic!) gehörten sodann in erster Linie den Teilnehmern selber. Die FDA, welche Verzeichnisdaten zu sammeln hätten, seien hiefür zwar angemessen zu entschädigen, dürften aber aus dieser Tätigkeit keinen wesentlichen Geschäftsvorteil ziehen.⁸⁰

227. Im Streitfall soll die Frage des kostenorientierten, nicht diskriminierenden und transparenten Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten beziehungsweise des entsprechenden Preises künftig auf dem Weg eines Interkonkurrenzverfahrens (Art. 11 Abs. 4-6 E-FMG) von der Kommunikationskommission entschieden werden (Art. 21 Abs. 3 E-FMG). Diese für die Verzeichnisdaten speziell gefasste Regelung ist Ausdruck des gesetzgeberischen Konzepts von Artikel 21a E-FMG, wonach Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten verpflichtet sind, die Interoperabilität zwischen den Benutzern dieser Dienste sicherzustellen (Art. 21a Abs. 1 E-FMG) und hiezu dem Interkonkurrenzregime gemäss Artikel 11 FMG unterstehen (Art. 21a Abs. 3 E-FMG).

228. Mit diesen Neuerungen soll die schweizerische Regulierung unter anderem im Verzeichniswesen fortan der Lösung entsprechen, welche Artikel 25 Absatz 2 der europäischen Universalienrichtlinie für die EU-Länder formuliert.⁸¹

229. Dass das Interkonkurrenzregime für den Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten erst in der hängigen Revision thematisiert wird, könnte allenfalls als Hinweis gewertet werden, dass die Interkonkurrenzbestimmungen unter dem geltenden Recht nicht auf das Verzeichniswesen anwendbar sind. Dies ist jedoch für die Frage der Anwendbarkeit des KG nicht von Relevanz und kann hier offen gelassen werden: Im Zusammenhang mit den regulierten Verzeichnisdaten fallen alle Fragen, welche den Preis für den Datenbezug sowie die weiteren Modalitäten des Bezugs und der Weiterverwendung der übermittelten Daten betreffen, *auch* in den Anwendungsbereich des KG. Die Beurteilung technischer Fragen zum Beispiel zum Führen der Datenbank, zum Zugang sowie zur Art und Weise der Übermittlung der Daten obliegt dagegen dem Bakom. Bereits unter geltendem Recht ist ausserdem zu beachten, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine kartellrechtliche Untersuchung nach Artikel 7 in Verbindung mit Artikel 26 ff. KG *unterschiedliche Zwecke* als das Interkonkurrenzverfahren gemäss Artikel 11 FMG verfolgt und parallel zu einem solchen Interkonkurrenzverfahren geführt werden kann (vgl. BGE 2A.503/2000 in Sachen Comcare vs. Swisscom AG, E. 6c; bestätigt in BGE 2A.142/2003, E. 4, insb. E. 4.1.3): Auch im Fernmeldebereich gilt demnach das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht. Die Interkonkurrenzpflicht bildet lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.⁸² So-

weit entsprechende Tatbestände erfüllt sind, lassen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender FDA mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. Dabei ist indessen zu beachten, dass es nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden ist, absolute, kostenorientierte Preise zu berechnen; dies gilt vor allem für sektorspezifische Märkte wie den Telekommunikationsmarkt.⁸³ Die kartellrechtliche Betrachtung von Preisen und Geschäftsbedingungen orientiert sich an anderen Grundsätzen als die sektorspezifischen Berechnung der kostenorientierten Preisgestaltung (Art. 45 FDV) im Rahmen eines Interkonkurrenzverfahrens gemäss Artikel 11 FMG.

230. Gemäss Artikel 16 Absatz 2 PüG⁸⁴ bleibt sodann dem Preisüberwacher die Überprüfung der Missbräuchlichkeit von verabredeten Preisen oder von Preisen marktmächtiger Unternehmen vorbehalten. SD nimmt auf dem Markt für Adressdaten in elektronischer Form eine beherrschende Stellung ein, und es steht neben dem Aspekt der Bedingungen für die Nutzung regulierter Verzeichnisdaten die Erzwingung unangemessener Preise in Frage (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Die Preisüberwachung hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission jedoch mitgeteilt, die Beurteilung der Preise der regulierten Verzeichnisdaten sei durch das Bakom oder die Wettbewerbskommission vorzunehmen. Die Preisüberwachung würde sich gegebenenfalls im Rahmen eines fernmelderechtlichen Verfahrens vor dem Bakom zur Preisbildung äussern. Im Übrigen gehen Verfahren vor der Wettbewerbskommission Verfahren nach dem PüG grundsätzlich vor (Art. 3 Abs. 3 KG), und die Wettbewerbskommission hat in diesem Verfahren die Priorität beansprucht.

C.2.1.2 Keine urheberrechtlichen Vorbehalte

231. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 KG ist weiter zu prüfen, ob die regulierten Verzeichnisdaten immateriellerrechtlicher - vorliegend urheberrechtlicher - Schutz geniessen, welcher der Anwendung des KG vorgeht.

⁷⁹ Vgl. BBI 2003 7970.

⁸⁰ BBI 2003 7978.

⁸¹ Vgl. zum Ganzen auch den erläuternden Bericht des UVEK zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des FMG vom Juli 2002, S. 17.

⁸² Vgl. dazu PATRIK DUCREY, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence - Application du nouveau droit suisse de la concurrence, in: Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 19 ff.; PETER R. FISCHER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - eine Standortbestimmung, in: Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 40.; beide zitiert nach dem erwähnten BGE.

⁸³ Vgl. hiezu statt vieler RICHARD WHISH, Competition Law, 4th edition, London 2001, S. 168 f. und S. 637 f.

⁸⁴ Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20).

232. Die urheberrechtliche Qualifikation von Adressverzeichnissen und anderer elektronischen Datenbanken⁸⁵ ist kontrovers, insbesondere die Frage, ob einer Datenbank der Charakter eines Werks im Sinne von Artikel 2 URG⁸⁶ zukommt. Datenbanken werden gemeinhin im Zusammenhang mit Sammelwerken im Sinne von Artikel 4 URG erwähnt.⁸⁷ Herkömmliche Sammelwerke sind schützbar, sofern sie bezüglich Auswahl und Anordnung der verschiedenen Elemente individuellen Charakters im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 URG sind. Typische Sammelwerke sind etwa Zeitschriften, Enzyklopädien, Kochbücher oder TV-Sendungen.⁸⁸ Auch Datenbanken können urheberrechtlich schützbar darstellen, sofern sie hinsichtlich Auswahl und Anordnung des Datenbankinhalts individuell sind.

233. Die Auswahl des Datenbankinhalts setzt ein bewusstes Sammeln und Bewerten von immaterialgüterrechtlich geschütztem oder ungeschütztem Inhalt unter bestimmten Auswahlkriterien voraus, um eine Datenbank zu einem bestimmten Themenkreis zu errichten. Eine schützbar Datenbank muss einerseits aufgrund von definierten Auswahlkriterien eine gewisse innere Einheit aufweisen und darf keine beliebige Zusammenstellung von beliebigem Material darstellen. Individualität kommt etwa kleineren, speziellen Datenbanken zu, welche nicht auf Vollständigkeit bedacht sind, sondern nur spezifische, nach besonderen Kriterien ausgewählte Informationen liefern sollen. Bei der Auswahl der Daten muss indessen ein gewisser Spielraum bestehen, in welchem der Auswahlprozess stattfindet. Dieser Gestaltungsspielraum ist entscheidend für den individuellen Charakter der Datenbank. Individualität liegt nicht vor, wenn die Selektion des Materials von vornherein von offensichtlich zwingenden Einflüssen im Hinblick auf eine spätere Verwendung der Datenbank bestimmt ist.⁸⁹

234. Die Anordnung der Daten ist allenfalls individuell, wenn ein spezielles, nicht durch die Datenbank zwingend bestimmtes Abfragesystem gewählt worden ist. Die Trennung von Abfragesystem und Datenbank ist jedoch kaum praktikabel.⁹⁰

235. Umfassenden Verzeichnissen - zum Beispiel normalen Telefonverzeichnissen⁹¹ - fehlt indessen meistens der individuelle Charakter, weshalb sie nicht unter den Werkbegriff von Artikel 2 URG fallen. Der Grund hierfür liegt einerseits darin, dass solche Verzeichnisse zwangsläufig auf Vollständigkeit angelegt sind und so keine individuelle Auswahl von Daten erfolgen kann. Andererseits ist auch die Anordnung alphabetisch, chronologisch oder nummerologisch standardisiert und nach Name, Vorname, Telefonnummer etc. vorgegeben.⁹²

236. Hinsichtlich des Verzeichnisses von SD mit den regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 FDV sind vor allem die Auswahl der Daten, aber auch die Anordnung derselben gesetzlich vorgegeben. Diese Datenbank stellt demnach kein Werk im Sinne von Artikel 2 URG dar, weshalb der Anwendung des KG auch kein immaterialgüterrechtlicher Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 2 KG entgegensteht.

237. Entgegen der von SD mehrfach auch in den einschlägigen Datenbezugsverträgen geäusserten Ansicht sind auch die einzelnen Einträge (scil. die regulierten Verzeichnisdaten an sich) im fraglichen Verzeichnis nicht urheberrechtlich schützbar. Die einzelnen Daten und Datensätze der regulierten Verzeichnisdaten stellen keine Werke im Sinne von Artikel 2 URG dar, denn ihr Inhalt ist gesetzlich durch das FMG und die FDV beziehungsweise TV vorgegeben. Adressierungselemente stellen wohl fernmelderechtlich ein knappes Gut dar,⁹³ doch werden Telefonnummern innerhalb eines Nummernblocks aufgrund standardisierter Kriterien computergestützt und nach den Regeln der Kombinatorik generiert und den einzelnen Teilnehmern weitgehend zufällig zugewiesen. Diese Daten entbehren daher bereits der Qualität "geistiger Schöpfungen".⁹⁴ Eine Postadresse oder eine Rubrikangabe schliesslich ist offensichtlich kein urheberrechtlich schützbares Werk. Die interessierenden Daten sind demnach nicht nur keine geistigen Schöpfungen des Verzeichnisbetreibers oder Adresseninhabers, sondern vielmehr technische Gegebenheiten, welchen jede urheberrechtliche Individualität fehlt.

238. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die einzelnen Verzeichnisdaten die Grundlage für das Erstellen und das Aktualisieren neuer Verzeichnisse bilden und zu diesem Zweck gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV auf Datenbanken gespeichert und alternativen Verzeichnisherstellern übermittelt werden müssen. Unter urheberrechtlichen Aspekten sind die einzelnen Daten daher strikt vom Begriff des Verzeichnisses - verstanden als Kombination von Datenbank und sachdienlicher Datenbanksoftware unter Verwendung geeigneter Suchkriterien - zu trennen.

⁸⁵ Eine Datenbank im hier interessierenden Sinn besteht gemeinhin aus einem Inhalt in Form selbstständig schützbarer Werke oder nicht geschützter Daten und Informationen, aus Computerprogrammen, mit welchen die Datenbank erstellt und betrieben wird, und aus einem Abfragesystem, welches seinerseits u.U. urheberrechtlich schützbar ist. Vgl. hierzu EMIL F. NEFF/MATTHIAS ARN, in VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/2, Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998, S. 55 f.

⁸⁶ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; SR 231.1).

⁸⁷ Vgl. etwa EMIL F. NEFF/MATTHIAS ARN, in VON BÜREN/MARBACH (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/2, Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998, S. 169; KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel/Genf/München 2001.

⁸⁸ Vgl. auch ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Bern 2002, N. 247 ff.

⁸⁹ Vgl. NEFF/ARN, a.a.O., S. 174.

⁹⁰ Vgl. etwa NEFF/ARN, a.a.O., S. 172 ff.

⁹¹ D.h. nicht spezielle Branchen- oder Wirtschaftsverzeichnisse, welche aufgrund besonderer Informationen, welche nach spezifischen Kriterien angeordnet sind, ausgewertet werden können; NEFF/ARN, a.a.O., S. 174.

⁹² Vgl. NEFF/ARN, a.a.O., S. 174.

⁹³ Vgl. BBI 2003 7964.

⁹⁴ NEFF/ARN, a.a.O., S. 171 f., m.H.

Selbst wenn die Datenbank dank individueller Auswahl und Anordnung des Inhalts urheberrechtlich schutzfähig sein sollte - was bezüglich der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten nicht der Fall ist -, bedeutet dies nicht, dass auch der Inhalt der Datenbank, also konkret die einzelnen Daten, geschützt ist.⁹⁵ Die Art und Weise, wie die einzelnen Informationen in einer speziellen, kommerziell nutzbaren Datenbank zusammengeführt und effizient mit geeigneten Computerprogrammen abgerufen werden sollen, ist also von den einzelnen Daten und Datensätzen als Bestandteile der Verzeichnisse gesondert zu betrachten.

239. Diese Überlegungen zeigen, dass der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken ohnehin dort seine Grenze hat, wo nur einzelne Teile von Datenbanken kopiert werden: Isolierten Teilen eines Datenbestandes - selbst wenn die Datenbank urheberrechtlich schutzbar ist - geht die nötige Individualität ab.⁹⁶

240. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass das schweizerische im Unterschied zum EU-Recht für den Schutz von urheberrechtlich nicht geschützten Datenbanken kein "Schutzrecht sui generis" kennt. Das in der einschlägigen EU-Richtlinie⁹⁷ statuierte besondere Schutzrecht schützt die Anleger und Betreiber von urheberrechtlich nicht geschützten Datenbanken vor der Entnahme und Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Datenbestands, sofern die Anlage der Datenbank mit wesentlichen Investitionen verbunden war. Ein solcher spezifischer Investitionsschutz ist dem schweizerischen Immaterialgüterrecht zurzeit fremd.⁹⁸

241. Angesichts der technischen, fernmeldegesetzlichen Vorgaben betreffend Teilnehmer- und regulierten Verzeichnisdaten sowie für andere, in irgendeiner Weise generierte beziehungsweise einzelnen Adressaten zugeteilte Daten erübrigen sich in dieser Frage weitere immaterialgüterrechtliche Erörterungen. Ein Vorbehalt zum Anwendungsbereich des KG gemäss Artikel 3 Absatz 2 besteht für den Handel mit regulierten Verzeichnisdaten nicht.

C.3 Unzulässige Verhaltensweisen

242. unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Diese Bestimmung erfasst als **Generalklausel** alle erdenklichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG missbraucht ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung, wenn es in objektiv wettbewerbswidriger Weise Konkurrenten behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, ohne sich hierfür auf sachliche Gründe ("legitimate business reasons") stützen zu können. Ein Missbrauch liegt nahe, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen die konkrete Verhaltensweise unter Wettbewerbsbedingungen nicht leisten könnte, ohne selber einen Wettbewerbsnachteil zu riskieren. Die ist jeweils einzelfallweise zu beurteilen. Bei Ausbeutungstatbeständen ist

zu prüfen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber der Marktgegenseite wesentlich von dem abweicht, was bei funktionierendem Wettbewerb zu erwarten wäre. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik ist, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten: Im System der Marktwirtschaft muss es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen gestattet sein, seine Eigeninteressen zu verfolgen und unter Anwendung sachlicher, kaufmännischer Grundsätze seine Stellung zu behaupten.⁹⁹

C.3.1 Unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen für die Herausgabe regulierter Verzeichnisdaten?

243. Vorliegend interessiert das Verhalten von SD als Lieferantin von regulierten Verzeichnisdaten. Die regulierten Verzeichnisdaten im Sinne von Artikel 29 FDV sind dazu bestimmt, Unternehmen in vertikaler Richtung - in einem dem Markt für elektronische "Kerndaten" nachgelagerten Markt, also gleichsam "upstream"¹⁰⁰ - die Herstellung neuer Verzeichnisse (d.h. Verzeichnisdatenbanken) und Verzeichnisdienste zu ermöglichen.¹⁰¹ Im strittigen Geschäftsgebaren von SD könnte unter diesen Umständen eine vertikal verstandene Ausbeutungssituation im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG liegen. SD wendet auf alle Abnehmer regulierter Verzeichnisdaten die gleichen Preise an und schreibt ihnen identische Nutzungsbedingungen vor, womit die Prüfung einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) ausser Betracht fällt.

244. Bei der Beurteilung möglicherweise unangemessener Preise haben es die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich zu vermeiden, als Preisregulatoren zu wirken, besonders wenn die Verhältnisse in speziellen Wirtschaftssektoren wie der Telekommunikation zu beurteilen sind. Stattdessen hat sich die kartellrechtliche Beurteilung auf die Frage zu konzentrieren, ob die angewandten Preise und anderen Geschäftsbedingungen im Sinne eines Ausbeutungsmissbrauchs nach Artikel 7 KG schädliche Wirkungen auf diejenigen Märkte haben, welche von den fraglichen Geschäftspraktiken betroffen sind, und ob dadurch

⁹⁵ Vgl. hiezue etwa NEFF/ARN, a.a.O., S. 171 ff., insb. S. 174, m.H.

⁹⁶ Vgl. NEFF/ARN, a.a.O., S. 175.

⁹⁷ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Abl. Nr. L 077 vom 27.3.1996, S. 20 ff.; E. 38 ff und Art. 7).

⁹⁸ Vgl. zum Investitionsschutz für Anleger und Betreiber von Datenbanken auch NEFF/ARN, a.a.O., S. 175 f.

⁹⁹ Vgl. Botschaft KG 1995 (Separatum), S. 102 f., ferner etwa ZÄCH, a.a.O., S. 186 f. mit zahlreichen Hinweisen, von BÜREN/MARBACH, a.a.O., N. 1314 ff., BORER, a.a.O., N. 5 zu Art. 7 KG, sowie WHISH, a.a.O., S. 149 f.

¹⁰⁰ Vgl. RICHARDS, a.a.O., S. 564, Fn. 5.

¹⁰¹ Vgl. im Zusammenhang mit der hängigen Revision des FMG BBI 2003 2977 f.

übermässige Eintrittsbarrieren errichtet werden, welche der Dynamik des Wettbewerbs schaden. Die Berechnung absoluter Preise obliegt dagegen dem sektorspezifischen Regulator in einem hierzu geeigneten Interkonktionsverfahren nach Artikel 11 FMG.¹⁰² Vorliegend bedeutet dies, dass sich die Wettbewerbskommission in der Frage der absoluten Preise nur mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Adressverzeichnisse und Verzeichnisdienste, welcher dem Markt für "Kerndaten" nachgelagert ist, äussert. Die Berechnung der absoluten Kosten und Preise für die regulierten Verzeichnisdienste hat allenfalls der sektorspezifische Regulator anhand der Kriterien von Artikel 11 FMG beziehungsweise Artikel 45 FDV im Rahmen eines Interkonktionsverfahrens vorzunehmen.

245. Im Folgenden sind für die Prüfung der Preise regulierter Verzeichnisdienste zwei Aspekte zu unterscheiden, nämlich einerseits das *Verhältnis der Preise dieser Daten zu den Daten aus der ETV-Datenbank* und andererseits die *Preisbildung bei den regulierten Verzeichnisdiensten durch SD an sich*.

C.3.1.1 Preise der regulierten Verzeichnisdienste im Verhältnis zu den Daten aus der ETV-Datenbank

246. In der Vorabklärung hat das Sekretariat aus dem Verhältnis der Bezugspreise für regulierte Verzeichnisdienste zu den Bezugspreisen für ETV-Daten über die verschiedenen ETV-gestützten Produkte von SD Anhaltspunkte für das Vorliegen einer nach Artikel 7 KG missbräuchlichen Verhaltensweise von SD abgeleitet. Diesem Befund lagen grob die folgenden Überlegungen zu Grunde:

247. Für einen *online* bezogenen Datensatz regulierter Verzeichnisdienste verrechnet SD CHF 0.016, wobei Rabatte von 5% (ab 1 Mio. bezogener Datensätze) bis zu 25% (ab 40 Mio. bezogener Datensätze) gewährt werden. Die Datensätze werden mit einem so genannten "Feldschlüssel" versehen geliefert, der dem Abnehmer (insbesondere dem Nicht-Endabnehmer) eine flexible Verwendung und Darstellung der Daten bei der Weiterverwendung ermöglicht, zum Beispiel durch die Verbindung mit speziellen Such-Applikationen. Demgegenüber verrechnet SD beim preisgünstigsten online-Zugang zur ETV-Datenbank, bei welchem diese Feldschlüssel ebenfalls übertragen werden ("ETV Access X.25"), die gleichen Preise und gewährt dieselben Rabatte wie beim online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdiensten.

248. Für die *offline-Übertragung* regulierter Verzeichnisdienste (mit der Option mindestens täglicher Aktualisierungen) verrechnet SD sodann CHF 0.60 pro Datensatz beziehungsweise CHF 1.10 pro aktualisierten Datensatz. Der Offline-Bezug von Daten der ETV-Datenbank zur Herstellung gedruckter oder elektronischer Verzeichnisse kostet demgegenüber CHF 0.30 pro Grundeintrag beziehungsweise CHF 0.15 pro Folgeeintrag.

C.3.1.1.1 Standpunkt des Sekretariats im Schlussbericht der Vorabklärung

249. Von diesem Preisvergleich hat das Sekretariat im Schlussbericht der Vorabklärung auf Anhaltspunkte geschlossen, wonach SD auf dem vorgelagerten Markt für elektronische Adressdaten dank ihrer marktbeherrschenden Stellung als Data Agent und Tochtergesellschaft des grössten schweizerischen FDA (Swisscom FX) die Preise künstlich hochhalte, um auf dem nachgelagerten Markt für Adressverzeichnisse und Verzeichnisdienste den Eintritt der an sich eintrittsbereiten potenziellen Konkurrenten zu den ETV-Produkten zu verhindern.¹⁰³

250. Die regulierten Verzeichnisdienste werden nach Massgabe von Artikel 29 FDV und der TV aufbereitet und bereitgestellt. Die Teilnehmerdaten, welche SD weiter verarbeitet, werden SD von den FDA aufgrund strenger Vereinbarungen hinsichtlich Formatierung und Übermittlung vorbereitet und geliefert. Für die fernmelderechtlich geforderte Weiterverarbeitung und Bereitstellung der Daten durch SD (vgl. vorne Rz. 87 ff., und Ziff. 2, insb. Ziff. 2 TV) entrichten die FDA SD einen Betrag von CHF 0.0666 pro hergestellten Verzeichnisdienstleistung. SD verkauft die aufbereiteten Daten - die Grundlage für alternative Verzeichnisse und Verzeichnisdienste - wiederum gegen Entgelt an interessierte Dritte.

251. Für die Datenerfassung, Ergänzung des Datenbestandes und -pflege der "veredelten Verzeichnisdienste" - also des ETV, nicht der regulierten Verzeichnisdienste - betreibt SD im Rahmen eines speziellen Redaktionssystems laut eigenen Angaben jährlich einen Aufwand von ca. CHF [...]. Die ETV-Datenbank ist ungleich umfangreicher als der Gehalt der regulierten Verzeichnisdienste. Für die Aktualisierung der ETV-Datenbank verwendet SD ausserdem die regulierten Verzeichnisdienste, welche sie gemäss dem auch für Dritte geltenden offline-Standardvertrag¹⁰⁴ zu einem Preis von CHF 1.10 für jedes aktualisierte Datenelement bezieht. Pro Monat bezieht SD ca. [...] aktualisierte, regulierte Verzeichnisdienstleistungen, integriert sie in die veredelte Verzeichnisdienste und bezahlt hierfür unternehmensintern und unter buchhalterischer Trennung der verschiedenen Datenbanken einen Betrag von rund CHF [...].

252. Bei einer solchen Betrachtung könnte SD durchaus ein Interesse haben, die Preise für den Bezug regulierter Verzeichnisdienste künstlich hochzuhalten, um die gegenwärtig stark nachgefragten ETV-Produkte nicht selber zu konkurrenzieren. Solange die Preise für die Daten, deren Inhalt gesetzlich vorgegeben ist, gleich hoch oder höher als die Preise für Daten aus der umfassenderen ETV-Datenbank wären,

¹⁰² Vgl. zu dieser Frage WHISH, a.a.O., S. 168 f.

¹⁰³ In diesem Sinne wohl auch RICHARDS, a.a.O., S. 568 f.

¹⁰⁴ "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdienste".

würde sich der Bezug regulierter Verzeichnisdaten für alternative Verzeichnishersteller nicht lohnen: Zusätzlich zu den Kosten für die regulierten Verzeichnisdaten müsste von den alternativen Verzeichnisanbietern ein beträchtlicher redaktioneller Veredelungsaufwand betrieben werden, um eine neue Datenbank konkurrenzfähig zu machen, denn es sind gerade die zusätzlich zu den regulierten Verzeichnisdaten erhobenen Informationen, die einen wesentlichen Teil des Mehrwerts und der Kompetitivität einer Verzeichnisdatenbank ausmachen.

253. Die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten wird hier als ökonomisch separater, den alternativen "downstream"-Verzeichnisdiensten vorgelagerter Markt erfasst. Auf diesem Markt liefert SD als faktisches Monopolunternehmen "upstream" die essenziellen Grunddaten für weitere Adressdatenbanken und Verzeichnisdienste. Bei der Ausgestaltung der Konditionen und Preise für den "upstream"-Zugang alternativer Verzeichnisanbieter zu diesen Daten sind die wettbewerblichen Verhältnisse zwischen Verzeichnisanbietern und Endkunden (also "downstream") zu berücksichtigen: Da SD als einzige Anbieterin regulierter Verzeichnisdaten mit dem ETV auf dem nachgelagerten Markt gleichzeitig das aktuell grösste Adress- und Telefonverzeichnis anbietet, dürfen die verschiedenen zu SD alternativen Verzeichnisanbieter im Wettbewerb um die Endkunden nicht bereits auf der Stufe des Zugangs zu den Grundinformationen benachteiligt werden.¹⁰⁵

254. Will ein alternativer Verzeichnisanbieter also ein selbstständiges Verzeichnis erstellen, wird er gestützt auf die regulierten Verzeichnisdaten weitere Informationsquellen erschliessen und daraus denjenigen Mehrwert generieren, den die Endkunden nachfragen beziehungsweise zu entgelten bereit sind. Dieser zusätzliche Aufwand bedingt, dass die regulierten Verzeichnisdaten zu Konditionen zugänglich sein müssen, welche die Schaffung dieses Mehrwerts zulassen.

255. Gemäss Schlussbericht müsste daher der Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten zu geringeren Kosten gewährt werden als der Bezug von Daten aus bereits veredelten Verzeichnissen, namentlich aus dem ETV. Dies bedeute, dass selbst das billigste ETV-Zugangsprodukt von SD teurer als der Zugang zu den veredelten Verzeichnisdaten sein müsste.

256. Der Grossteil der Daten, die für die Veredelung eines neuen Verzeichnisses erhoben werden müssten, könnten indessen gegenwärtig aus dem bereits seit langem bestehenden ETV zu Preisen erlangt werden, welche dem Preis der regulierten Verzeichnisdaten entsprechen (Produkt "ETV Access X.25") oder sogar niedriger sind (Bezug von ETV-Daten für die Erstellung von gedruckten oder online-Verzeichnissen). Damit sei der Bezug regulierter Verzeichnisdaten als Grundlage neuer Verzeichnisse wirtschaftlich unattraktiv, weil neue Verzeichnisdienste aufgrund selbstständiger Datenbanken zu Preisen angeboten werden müssten, welche im Vergleich zu den Preisen für ETV-Produkte nicht konkurrenzfähig seien; der zusätzliche Veredelungsaufwand lasse sich nicht amortisieren.

Gerade Anbieter spezieller Datenbanken seien darauf angewiesen, nur Grunddaten zu erhalten, aufgrund derer sie gezielte Informationserhebungen einleiten können.¹⁰⁶ Ein Beleg dafür, dass der Bezug regulierter Verzeichnisdaten zurzeit wirtschaftlich nicht lohnenswert sei, könne im Umstand erblickt werden, dass gegenwärtig [...] Unternehmen solche Daten [...] von SD beziehen, obwohl diverse alternative Verzeichnisanbieter gegenüber dem Sekretariat Interesse an den regulierten Verzeichnisdaten bekundet hätten. Es sei auch ohne detaillierte Kostenrechnung zum ETV oder zu den regulierten Verzeichnisdaten nicht nachvollziehbar, warum der Betrieb der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten unter den genannten Umständen dieselben Kosten wie die Verwaltung der ETV-Datenbank generieren solle, zumal die FDA SD für ihre Dienste gemäss Artikel 29 Absätze 5 und 6 FDV entschädigten. Der Aufwand für die beiden Datenbanken müsse unterschiedlich sein; insbesondere könne er sich hinsichtlich der regulierten Verzeichnisdaten kaum in Datenbezugspreisen niederschlagen, die den Preisen für ETV-Daten entsprechen oder sogar noch höher als diese liegen. Solange die regulierten Verzeichnisdaten nicht zu ungleich günstigeren Konditionen als die Daten aus der ETV-Datenbank angeboten würden, seien sie wettbewerbsrechtlich ohne Nutzen, und die Entstehung neuer, selbstständiger Verzeichnisse werde blockiert.

C.3.1.1.2 Neue Erkenntnisse zum Verhältnis der verschiedenen Produkte von SD

257. Es ist wettbewerbsrechtlich anzustreben, dass die Beschaffung der gesetzlich regulierten und durch SD faktisch monopolisierten "Kerndaten" zu Konditionen erfolgt, welche die weitere Beschaffung von Informationen für alternative Datenbanken und Verzeichnisdienste auf der Grundlage der regulierten Verzeichnisdaten wirtschaftlich nicht von vornherein in Frage stellt. Nähere Abklärungen im Verlauf der Untersuchung haben indessen ergeben, dass die Ansicht des Sekretariats zu den geschilderten Anhaltspunkten eines missbräuchlichen Verhaltens von SD hinsichtlich der Verhältnisse der Preise der regulierten und der ETV-Daten nicht haltbar sind.

C.3.1.1.2.1 Online-Bezug von Daten

258. SD machte in den beiden Unterredungen mit dem Sekretariat zunächst geltend, das online-Produkt "ETV Access X.25" sei mit dem Produkt "Online regulierte Verzeichnisdaten"¹⁰⁷ hinsichtlich der Datenpreise nicht vergleichbar: Das Produkt "ETV Access X.25" beruhe auf einer anderen Technologie als der online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten und sei

¹⁰⁵ RICHARDS, a.a.O., S. 568.

¹⁰⁶ Vgl. etwa auch RICHARDS, a.a.O., S. 567.

¹⁰⁷ D.h. der online-Zugang zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten gemäss dem "Vertrag über die Herstellung von und den Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten".

zudem veraltet. Insbesondere würden bei jenem Produkt die "kostenpflichtigen Einheiten" anders definiert als beim Produkt "Online regulierte Verzeichnisdaten", weshalb die Nutzungskosten bei diesen beiden Zugängen nur einem beschränkten Vergleich zugänglich seien. Technisch vergleichbar mit dem online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten sei hingegen das Produkt "ETV Access TCP/IP", da dieses auf der gleichen Technologie wie jenes Produkt beruhe und sich die Definitionen der "kostenpflichtigen Einheiten" - also der Datenelemente, welche verrechnet würden - bei diesen beiden Produkte weitgehend entsprächen.

259. Die einschlägigen Verträge zeigen, dass sich die Datenbezugspreise der Produkte "Online regulierte Verzeichnisdaten" und "ETV TCP/IP" im Gegensatz zum Vergleich der Preise der Produkte "Online regulierte Verzeichnisdaten" und "ETV Access X.25" unterscheiden: Der Preis für den online-Bezug eines Datenelements aus der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten beträgt CHF 0.016, während ein Datenelement aus der ETV-Datenbank über den Zugang "ETV Access TCP/IP" CHF 0.02 kostet. Dies entspricht einer Preisdifferenz von über 25%. Hinzu kommt, dass SD beim online-Bezug regulierter Verzeichnisdaten höhere Mengenrabatte gewährt als beim Bezug von Daten aus der ETV-Datenbank über "ETV Access TCP/IP", nämlich 5% ab 1 Mio. bis zu 25% ab 40 Mio. übermittelter Datenelemente (bzw. 17% ab 8 Mio. übermittelter Datenelemente) gegenüber 5% ab 2,5 Mio. bis zu 10% ab 8 Mio. kostenpflichtiger Datenelemente, was den Bezugspreis pro Datenelement noch einmal senkt. Die regulierten Verzeichnisdaten sind damit beim online-Zugang billiger als die Daten aus der ETV-Datenbank.

260. Nach Aussagen von SD ist der Nachweis, inwiefern und weshalb sich die Produkte "Online regulierte Verzeichnisdaten" und "ETV Access X.25" hinsichtlich der jeweils übertragenen "kostenpflichtigen Elemente" unterscheiden, technisch äusserst schwierig. Ein solcher Nachweis kann vorliegend jedoch unterbleiben, weil bereits die Betrachtung der Art und Weise, wie die kostenpflichtigen Elemente bei den Produkten "Online regulierte Verzeichnisdaten" und "ETV Access X.25" bei einer Datenbankabfrage selektiert, übermittelt und verrechnet werden, die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des Verhältnisses dieser beiden Datenbestände beziehungsweise deren online-Zugänge zeigt, selbst wenn dieser Vergleich nach Ansicht von SD aus technischen Gründen unzulässig ist.

I. Unterschiedlicher Informationsgehalt der Datenbanken mit den regulierten Verzeichnisdaten und den Daten des ETV

261. Die Anfrage an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten generiert ein Resultat, dessen Dateninhalt nicht über die von Artikel 29 FDV verlangten Informationen hinausgeht. Dieselben Informationen im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten werden auch im Falle einer identischen Anfrage an das ETV übermittelt, weil das ETV im Umfang der "Kerndaten" den regulierten Verzeichnisdaten nach

Artikel 29 FDV entspricht und aus der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten alimentiert wird.¹⁰⁸ Indessen resultieren aus einer identischen Anfrage im ETV **zusätzliche** Treffer, deren Informationsgehalt das Minimum gemäss Artikel 29 FDV übersteigt, sofern sich der betreffende Teilnehmer entschieden hat, seinem Verzeichniseintrag im Rahmen des Redaktionssystems von SD (kostenpflichtig) zusätzliche Angaben beifügen zu lassen. Diese speziellen Treffer (resp. "kostenpflichtige Datenelemente" oder "Datensätze") werden bei den Zugangsprodukten, welche über einen X.25-Zugang oder andere Technologien auf das ETV greifen, zusätzlich zu den Informationen im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten übermittelt und verrechnet. Dies sei nachstehend anhand zweier einfacher Beispiele illustriert.

262. **Beispiel 1:** Gleicher Informationsgehalt "Online regulierte Verzeichnisdaten" - Datenbank des ETV, wobei die Kosten beider Abfragen identisch sind, weil jeweils nur Informationen im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten verfügbar sind und übermittelt werden:

¹⁰⁸ Dieser Datenbezug erfolgt wie erwähnt zu den Konditionen des einschlägigen offline-Datenbezugsvertrags, welcher auch für Dritte gilt, und der Aufwand für die Datenbezüge wird von SD wie erwähnt buchhalterisch gesondert ausgewiesen.

"Online regulierte Verzeichnisdaten"

(Teilnehmer anonymisiert, der Wettbewerbskommission bekannt):

E.164-Nr.	Name	Vorname	Strasse	Hausnr.	PLZ	Ort	Kanton	CHF
0311112233	X	Y	Z-Str.	72	3007	Bern	BE	0.016
Total								0.016

Anfrage im ETV (z.B. über "ETV Access X.25", überprüft mit einem privaten ETV-Zugang über www.bluewin.ch;

(Teilnehmer anonymisiert, der Wettbewerbskommission bekannt):

X Y	CHF
Z-Str. 72	
3007 Bern BE	
*031 - 111 22 33	0.016 (resp. 0.2 bei "ETV Access TCP/IP" ohne UID-Abfrage)
Total	0.016

263. **Beispiel 2:** Unterschiedlicher Informationsgehalt "Online regulierte Verzeichnisdaten" - Datenbank des ETV, wobei die Kosten bei der ETV-Anfrage we-

gen der grösseren Zahl verfügbarer und übermittelter Datenelemente ca. doppelt so hoch sind als bei der Abfrage in der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten:

"Online regulierte Verzeichnisdaten"

(Teilnehmer anonymisiert, der Wettbewerbskommission bekannt):

E.164-Nr.	Name	Vorn.	Strasse	Hausnr.	PLZ	Ort	Kanton	CHF
0314445566	XY-AG		Z-Weg	1	3176	Neuenegg	BE	0.016
0314445567	XY-AG		Z-Weg	1	3176	Neuenegg	BE	0.016
0797778899	XY-AG		Z-Weg	1	3176	Neuenegg	BE	0.016
Total								0.048

Anfrage im ETV (z.B. über "ETV Access X.25", überprüft mit einem privatem ETV-Zugang über www.bluewin.ch:

Teilnehmer anonymisiert, der Wettbewerbskommission bekannt):

XY-AG	CHF
Holzbau/Bedachungen und Gartenprogramm	2 x 0.016 (Wird je nach Selektionskriterien auch unter der entsprechenden Rubrik angezeigt und pro E.164-Nummer sowie E-Mail-Adresse und URL [sofern vorhanden] verrechnet.)
Z-Weg 1	
3176 Neuenegg BE	
031 - 444 55 66	0.016
Fax 031 - 444 55 67	0.016
Mobile *079 - 777 88 99	0.016
E-Mail: x.y@xy-ag.ch	0.016
Total	0.096

264. Diese Beispiele zeigen, dass SD dem Nutzer jedes kostenpflichtig bezogene Datenelement verrechnet, unabhängig von der angefragten Datenbank. Je mehr Datenelemente pro registriertem Teilnehmer in der jeweils angefragten Datenbank vorhanden sind, desto mehr Elemente werden übermittelt und verrechnet. Daraus folgt, dass eine Anfrage an die Datenbank des ETV teurer ist als eine Abfrage an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten, wenn das ETV für den selektierten Teilnehmereintrag umfangreichere Informationen in Form zusätzlicher kostenpflichtiger Einträge aufweist.

265. Mit Blick auf das ETV bedeutet dies einerseits, dass mit jeder online-Abfrage eines Datenelements die Investitionen von SD in das Redaktionssystem sukzessive amortisiert werden. Für die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten bedeutet dies andererseits, dass der Umstand, dass die übermittelten Einträge aus den regulierten Verzeichnisdaten nicht billiger als die identischen Einträge aus der ETV-Datenbank sind, nicht den Schluss zulässt, SD halte für den Schutz seiner Investitionen in das ETV den Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten künstlich hoch, um in kartellrechtlich missbräuchlicher Weise alternative Angebote auf dem nachgelagerten Verzeichnismarkt zu verhindern: Im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten nach Artikel 29 FDV erhält ein online-Nutzer der Daten informationsmässig keinen Mehrwert, wenn er seine Anfrage in einer Adressdatenbank wie dem ETV tätigt. Der Mehrwert liegt vielmehr in allfälligen Zusatzinformationen, welche der Datenbankbetreiber selber bei den Teilnehmern oder über andere Quellen im Rahmen eines Redaktionssystems erschlossen hat. Der Aufwand von SD für das Generieren dieses Veredelungsmehrwerts wird

dem Nutzer des ETV bei Übermittlung jedes zusätzlichen kostenpflichtigen Datenelements, welches auf die Veredelungstätigkeit von SD zurückzuführen ist, überwältigt. Die Attraktivität einer erweiterten, "veredelten" Adressdatenbank liegt mithin eben gerade in den zusätzlich erhobenen Spezialinformationen, nicht im Informationsgehalt der regulierten Verzeichnisdaten, und der Nutzer hat den Bezug dieser Spezialinformationen pro Datenelement zusätzlich zu entgelten.

266. Die ETV-Datenbank entspricht im Umfang von Artikel 29 FDV wie dargelegt der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten. SD bezieht für die Aktualisierung des ETV regulierte Verzeichnisdaten über den offline-Standardvertrag "zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten". Es ist demnach durchaus nachvollziehbar und nach Artikel 7 KG nicht zu beanstanden, dass - unter Beachtung der von SD geltend gemachten technischen Unterschiede zwischen den Produkten "Online regulierte Verzeichnisdaten" und "ETV Access X.25" - identische Einträge im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten auf beiden Datenbanken für den online-Bezug zu gleichen Preisen angeboten werden: Diese Daten verursachen einem Verzeichnis- oder Verzeichnisdienstleister auf dem nachgelagerten Markt ausser minimalen Kosten für die Integration der Daten in eine eigene Datenbank oder für die Verknüpfung mit eigenen Zugangsapplikationen keinen weiteren Bearbeitungsaufwand. Der Integrations- oder Verknüpfungsaufwand ist indessen vernachlässigbar, weil die Daten mit Feldschlüsseln übermittelt werden, welche eine passende Integration und Weiterverwendung der Daten für einen Zugriff über verschiedene Applikationen ohne weiteres ermöglicht, und weil die regu-

lierten Verzeichnisdaten inhaltlich gar nicht bearbeitet werden dürfen (Art. 29 Abs. 7 FDV). Da die Verzeichnisdaten im Umfang von Artikel 29 FDV in der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten und im ETV identisch sind, wäre auch nicht einsichtig, weshalb SD für diese identischen Daten je nach angefragter Datenbank relativ unterschiedliche Preise verrechnen sollte.

267. Insbesondere liesse sich nicht begründen, weshalb ein reguliertes Datenelement im ETV *teurer* als das identische Element in der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten sein sollte. Daran ändert nichts, dass SD die aktualisierten, regulierten Verzeichnisdaten zum Preis von CHF 1.10 pro Datenelement beziehen und in ihre Datenbank integrieren muss: Das ETV als selbstständige Datenbank bildet die Grundlage für eine Vielzahl von Produkten, über welche End- und Nicht-Endnutzer auf diese Datenbank zugreifen können (sämtliche online- und offline-Produkte auf der Basis des ETV). Die einmal bezogenen (und von SD intern verrechneten) Datenelemente werden on- und offline unzählige Male von Nutzern abgerufen, welche SD für den Zugang zu ebendiesen Datenelementen ein Entgelt leisten.

268. Dies kann anhand eines einfachen Zahlenbeispiels illustriert werden: Um den Aufwand von SD für den Bezug eines regulierten Datenelements (CHF 1.10) für die Aktualisierung des ETV zu amortisieren, muss dieses Element von den ETV-Nutzern online zum Preis von CHF 0.016 knapp 69 Mal abgefragt werden. In Bezug auf das ETV muss aber beachtet werden, dass ein solches Datenelement beträchtlich häufiger als 69 Mal abgefragt wird, und zwar nicht nur on-, sondern auch offline (z.B. über CD-ROM), und diesfalls zum Teil zu höheren Preisen pro Datenelement: Die ETV-Datenbank ist Grundlage aller online- und offline-Produkte, welche SD im ETV-Bereich anbietet. Damit wird auch ein allfälliger (jedoch regelmässig sehr geringer) Integrations- und Verknüpfungsaufwand bei der Aktualisierung amortisiert.

269. Je häufiger auf ein solches Datenelement zugegriffen wird, desto intensiver wird der Aufwand der Beschaffung und Integration dieses Datenelements in die Datenbank beziehungsweise für die Verknüpfung mit online-Applikationen amortisiert. Die Grenzkosten gehen dabei gegen Null, wobei es ökonomisch nachvollziehbar ist, dass SD den Preis für den Bezug eines Datenelements durch einen End- oder Nicht-Endnutzer deutlich unter CHF 1.10 respektive ebenfalls nahe bei Null festlegt. Dass sich das ETV als etablierte Datenbank einer grossen Nachfrage erfreut, relativiert diesen Befund nicht - die vom FMG gestellte Forderung nach Innovation und Konkurrenz auf dem Verzeichnismarkt liegt denn auch nicht bei den regulierten Verzeichnisdaten, sondern bei der Schaffung spezieller online-Dienste beziehungsweise vorab bei der Entstehung neuer, alternativer Datenbanken. Die tiefen Bezugskosten unter CHF 1.10 für ein Datenelement aus der ETV-Datenbank ist daher nicht zu beanstanden, und damit bildet umgekehrt auch der Preis von ebenfalls CHF 0.016 für ein identisches Datenelement aus der Datenbank mit den regulierten

Verzeichnisdaten relativ betrachtet keinen Verstoss gegen Artikel 7 KG.

II. Insbesondere: Keine Kosten-Preisschere ("price squeeze")

270. Die regulierten Verzeichnisdaten bilden die fernmelderechtlich definierte Grundlage ("core database") für alternative Verzeichnisdatenbanken und Verzeichnisdienste. Da sich die Preise beim online-Zugang zu den Daten gemäss Artikel 29 FDV über den "Vertrag über den online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten" und den Vertrag "ETV Access X.25" entsprechen, ist zusätzlich zu prüfen, ob dieses Preisverhältnis eine so genannte "Kosten-Preisschere" ("price squeeze") erzeugt, welche als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG qualifiziert werden könnte.

271. Eine Kosten-Preisschere kann vorliegen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinne zu erwirtschaften, um im Markt zu verbleiben. Kosten-Preisscheren können sich in verschiedenen Anwendungsfällen äussern (vgl. zum Ganzen RPW 2004/2, S. 369, Rz. 58, "Produktbündel Talk & Surf").

272. "Price squeezes" beschäftigen das Kartellrecht der USA seit dem so genannten "Alcoa"-Fall. Die Aluminium Company of America ("Alcoa") hielt ein Monopol in einem vorgelagerten Markt für verarbeitete Aluminiumbarren. Gleichzeitig verkaufte Alcoa als vertikal integriertes Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt Aluminiumblätter. Indem Alcoa den Preis der Güter auf dem nachgelagerten Markt so nahe zum Preis der Güter auf dem vorgelagerten Markt setzte, war es den Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt unmöglich, ausreichende Gewinnmargen aus dem Verkauf der Aluminiumblätter zu erzielen (United States v. Aluminium Company of America, 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]). Ein Teil der ökonomischen Literatur äusserte sich in der Folge kritisch zur Beurteilung von Kosten-Preisscheren durch das Wettbewerbsrecht.¹⁰⁹ In den letzten Jahren erlangte die Thematik des "prize squeeze" im Zusammenhang mit der Öffnung von Infrastrukturnetzen erhöhte Beachtung.

273. Rechtsprechung und Lehre zum europäischen Wettbewerbsrecht qualifizieren Kosten-Preisscheren unter gewissen Voraussetzungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Bezugnahme auf das europäische Wettbewerbsrecht rechtfertigt

¹⁰⁹ Vgl. u.a. ROBERT BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1993, S. 243 ff.

sich, da Artikel 7 KG weitgehend dem Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2. Oktober 1997 (EGV) nachempfunden ist. Es wird denn auch anerkannt, dass Artikel 7 KG und Artikel 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten.¹¹⁰

274. Die Europäische Kommission hat im Fall "Napier Brown - British Sugar"¹¹¹ folgendes Verhalten als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert: Eine Reduktion der Zuckerpreise an Endkunden führte zu einer unzureichenden Gewinnspanne zwischen den Preisen für Endkunden und denjenigen für Rohmaterialien. British Sugar war dabei gleichzeitig auf dem Vorleistungsmarkt für Rohmaterial und auf dem Endkundenmarkt tätig.

275. Das europäische Gericht erster Instanz (EuG) hat als Kosten-Preisschere bezeichnet, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft und dabei die Preise für den Verkauf des Vorprodukts an Dritte so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben.¹¹²

276. Die Europäische Kommission präzisierte ihre Rechtsprechung am 21. Mai 2003 im Entscheid "Deutsche Telecom AG (DT)" folgendermassen: Eine Kosten-Preisschere liegt dann vor, wenn die Summe der monatlich einmalig für den Vorleistungszugang an DT zu entrichtenden Entgelte die Konkurrenten von DT zwingt, ihren Endkunden für ihre Dienstleistungen höhere Entgelte zu berechnen, als dies DT an ihre eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen tut. Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber von DT unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie DT sind, da ihnen neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, zum Beispiel für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso etc. anfallen.¹¹³

277. Im vorliegenden Fall ist SD auf dem vorgelagerten Markt für elektronische "Kerndaten" (regulierte Verzeichnisdaten) und dem nachgelagerten Markt für Adressverzeichnisse und online- beziehungsweise offline-Verzeichnisdienste tätig. Auf beiden Märkten bietet SD den von Artikel 29 FDV fernmelderechtlich festgelegten Informationsgehalt der regulierten Verzeichnisdaten online an, nämlich über den Direktzugriff auf die ETV-Datenbank (Vertrag "ETV Access X.25" und andere, an dieser Stelle wegen der jeweils höheren Datenbezugspreise nicht interessierenden Verträge) sowie via Direktzugriff auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten. Bei beiden Zugriffsarten auf den jeweils im Umfang von Artikel 29 FDV identischen Informationsgehalt veranschlagt SD einen Preis von CHF 0.016 pro Datensatz und gewährt die folgenden monatlichen Mengenrabatte:

¹¹⁰ Vgl. u.a. EVELYNE CLERC, in: TERCIER/BOVET (éd.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Genf/Basel/München 2002, Art. 7, N. 44.

¹¹¹ Napier Brown - British Sugar, ABl. L 284 vom 19.10.1988, S. 41.

¹¹² Urteil vom 30. November 2000, Industrie des poudres sphériques SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rs. T-5/97, Rz. 178.

¹¹³ Entscheidung der Kommission vom 21.5.2003 (Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG; bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2003) 1536; ABl. L 263 vom 14.10.2003, S. 9, Rz. 102 ff.

Reg. Verzeichnisdaten Direktzugriff			über "ETV Access X. 25"		
Datensätze/ Kalendermonat	Rabatt %	Preis/ Datensatz in CHF	Datensätze/ Kalendermonat	Rabatt %	Preis/ Datensatz in CHF
bis 0,999 Mio.	0	0.01600	bis 0,999 Mio.	0	0.01600
ab 1 Mio.	5	0.01520	ab 1 Mio.	5	0.01520
ab 1,5 Mio.	9	0.01456	ab 1,5 Mio.	9	0.01456
ab 2 Mio.	12	0.01408	ab 2 Mio.	12	0.01408
ab 2,5 Mio.	14	0.01376	ab 2,5 Mio.	14	0.01376
ab 3 Mio.	15	0.01360	ab 3 Mio.	15	0.01360
ab 8 Mio.	17	0.01328	ab 8 Mio.	17	0.01328
ab 12 Mio.	18	0.01312	[ab 12 Mio.*	18	0.01312]
ab 16 Mio.	19	0.01296	ab 16 Mio.	19	0.01296
ab 20 Mio.	20	0.01280	ab 20 Mio.	20	0.01280
ab 24 Mio.	21	0.01264	ab 24 Mio.	21	0.01264
ab 28 Mio.	22	0.01248	ab 28 Mio.	22	0.01248
ab 32 Mio.	23	0.01232	ab 32 Mio.	23	0.01232
ab 36 Mio.	24	0.01216	ab 36 Mio.	24	0.01216
ab 40 Mio.	25	0.01200	ab 40 Mio.	25	0.01200

* Zeile mit 12 Mio. ist im online-Angebot "ETV Access X.25" nicht aufgeführt

278. Es ist im online-Bereich zu prüfen, ob eine Kosten-Preisschere vorliegt, wenn der online-Direktzugang zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten mit der online-Nutzung des ETV-Datenbestandes über den Vertrag "ETV Access X.25" verglichen wird.

279. Im ersten Fall wird über geeignete Software-Applikationen und eine geeignete Verbindung direkt auf die "Kerndatenbank" des vorgelagerten Marktes für regulierte Verzeichnisdaten zugegriffen.¹¹⁴ Diese Nutzung stellt einen online-Verzeichnisdienst auf dem den regulierten Verzeichnisdaten nachgelagerten Markt dar. Im zweiten Fall wird über das Produkt "ETV Access X.25" auf den ETV-Datenbestand zugegriffen. Der ETV-Datenbestand ist als selbstständige Adressdatenbank ein Angebot des den regulierten Verzeichnisdaten nachgelagerten Marktes, ebenso der online-Verzeichnisdienst, der auf den ETV-Datenbestand zugreift.

280. Die in diesen beiden Fällen angebotenen online-Verzeichnisdienste sind wettbewerbsrechtlich Teil des den regulierten Verzeichnisdaten nachgelagerten Marktes. Eine herkömmliche Unterscheidung von vor- und nachgelagerten Märkten im Sinne der oben (Rz.

271 ff.) erwähnten Praxis beziehungsweise eine Gegenüberstellung von Rohstoff- und Verarbeitungsmärkten ist demnach nicht möglich, wenn die **online-Verzeichnisdienste** auf der Grundlage der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten und des ETV-Datenbestandes unter dem Aspekt des "price squeeze" miteinander verglichen werden sollen: Zugangsdienste zu den beiden interessierenden Datenbeständen gehören nach den Marktabgrenzungen im vorliegenden Fall beide zu derjenigen Marktstufe, die dem Markt für "Kerndaten" nachgelagert ist. Wird hingegen geprüft, ob die online-Nutzung des Direktzugangs zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten die online-Nutzung des Datenbestandes des ETV konkurrenzieren kann, ist die Gegenüberstellung eines vor- und eines nachgelagerten Marktes praktikabel, wenn dabei nicht unmittelbar die online-Verzeichnisdienste, sondern die konkurrierenden **Datenbestände** als Grundlage der Verzeichnisdienste miteinander verglichen werden - die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten ist ein Angebot des

¹¹⁴ Vgl. zu den Marktdefinitionen oben Rz. 150 ff. und Rz. 159 ff.

vorgelagerten, der ETV-Datenbestand ein Angebot des nachgelagerten Marktes. Das Verhältnis zwischen den online-Verzeichnisdiensten auf Grundlage der regulierten Verzeichnisdaten und des ETV-Datenbestandes kann auf diese Weise zwar nicht direkt, jedoch indirekt beurteilt werden.

281. Der ETV-Datenbestand entspricht im Umfang der Informationen über Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes im Sinne von Artikel 29 FDV den regulierten Verzeichnisdaten und wird regelmässig unter Nutzung der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten aktualisiert. Die Datenbestände der beiden interessierenden online-Verzeichnisdienste (Zugang zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten bzw. zum ETV-Datenbestand) weisen demnach im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten im Sinne von Artikel 29 FDV einen *identischen Informationsgehalt* auf: Eine gleiche Anfrage an beide Datenbestände generiert im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten identische Treffer. SD verrechnet für den Bezug von Datensätzen aus beiden Datenbeständen die gleichen Grundpreise (CHF 0.016) und gewährt die gleichen Mengenrabatte (oben Rz. 277). Dies bedeutet insbesondere, dass die Grundpreise und Mengenrabatte für den Bezug der Daten im Umfang von Artikel 29 FDV sowohl bei einer online-Anfrage an das ETV als auch an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten identisch sind.

282. Die Gegenüberstellung des ETV-Datenbestands und der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten - welche beim an dieser Stelle interessierenden online-Zugang als Grundlage alternativer online-Verzeichnisdienste und nicht als Kerndatenbestand einer selbstständigen Verzeichnisdatenbank genutzt wird - zeigt einen entscheidenden Unterschied zu den Fällen, in welchen ein vertikal integriertes Unternehmen gleichzeitig als Lieferantin eines Rohstoffes und Anbieterin eines Verarbeitungserzeugnisses auf vor- und nachgelagerten Märkten auftritt:

283. Informationsgehalt als Kerndaten im Umfang von Artikel 29 FDV unbearbeitet bleiben (Art. 29 Abs. 7 FDV) und werden als solche informationsmässig unverändert entweder über den Direktzugang zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten oder unter Nutzung eines Verzeichnisprodukts auf Grundlage des ETV-Datenbestandes von Nicht-Endnutzern beziehungsweise Endnutzern abgerufen. Die regulierten "Kerndaten" als Grundlage von online-Verzeichnisdiensten und selbstständigen Verzeichnisdatenbanken sind demnach im Umfang von Artikel 29 FDV sowohl auf dem vorgelagerten als auch auf dem nachgelagerten Markt identisch, unabhängig davon, ob die hier zu beurteilenden online-Verzeichnisdienste auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten oder auf den ETV-Datenbestand zugreifen. Die Informationen der regulierten Verzeichnisdaten können also im Gegensatz etwa zu unraffiniertem Zucker oder unverarbeiteten Aluminiumbarren sowohl vom Nicht-Endkunden als auch vom Endkunden gleichermaßen unverändert genutzt werden, ob der Datenzugriff nun direkt auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten oder

auf den ETV-Datenbestand erfolgt. Es zeigt sich ferner, dass im Verzeichniswesen zwar ein vorgelagerter Markt für "Kerndaten" (nämlich regulierte Verzeichnisdaten) und ein nachgelagerter Markt für Adressverzeichnisdienste auf der Grundlage dieser "Kerndaten" oder auf der Basis von selbstständigen, regulierte Verzeichnisdaten enthaltenden Datenbeständen unterschieden werden kann, jedoch besteht kein vor- und nachgelagerter Markt für das Gut "regulierte Verzeichnisdaten": Die regulierten Verzeichnisdaten sind auf jeder Marktstufe identisch.

284. Das ETV als Adressverzeichnis kann daher wie alle anderen auf regulierten Verzeichnisdaten basierenden Verzeichnisse auf dem nachgelagerten Markt nicht als Verarbeitungserzeugnis eines Vorprodukts "regulierte Verzeichnisdaten" im Sinne der oben erwähnten Praxis zur Problematik des "price squeeze" bezeichnet werden (wie z.B. raffiniertes Zucker oder Aluminiumblätter, Rz. 271 ff.); Der Datenbestand des ETV als selbstständige Verzeichnisdatenbank besteht zwar zu einem grossen Teil aus regulierten Verzeichnisdaten, wird jedoch mit Informationen ergänzt, welche nicht eine Verarbeitung der regulierten Verzeichnisdaten, sondern eine *Erweiterung des Informationsgehalts der Datenbank* über das fernmelde-rechtlich verfügbare Minimum hinaus darstellt; dieser Vorgang lässt sich "Veredelung" bezeichnen. Eine Anfrage an das ETV generiert daher ein Suchergebnis, welches einerseits die Information der (unveränderten) regulierten Verzeichnisdaten und andererseits der zusätzlich durch SD erhobenen Daten aufweist. Die Übermittlung der zusätzlich von SD erhobenen und zugänglich gemachten Daten wird dem Nutzer pro Datensatz kumulativ zu den regulierten Datensätzen verrechnet.

285. Die regulierten Verzeichnisdaten als "Kerndaten" sind den Nicht-Endnutzern und Endnutzern unter Verwendung eines online-Zugangs direkt zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten oder zum Datenbestand des ETV *identisch* und *unbearbeitet* zugänglich, nur erzeugt eine Anfrage ins ETV wegen des eigens angereicherten Datenbestandes wie erwähnt mehr kostenpflichtige Treffer. Dass die regulierten Verzeichnisdaten in den abgefragten Datenbeständen beider Marktstufen in gleicher Weise zugänglich sind, beruht einerseits auf dem Entscheid des Fernmeldegesetzgebers in Artikel 29 FDV und andererseits auf der vom Markt vorgegebenen Notwendigkeit, dass jede Adressdatenbank beziehungsweise jeder Adressverzeichnisdienst in der Lage sein muss, mindestens die Informationen der regulierten Verzeichnisdaten wiederzugeben.

286. Angesichts des im Rahmen von Artikel 29 FDV identischen Informationsgehalts der regulierten Verzeichnisdaten auf den online zugänglichen Datenbeständen des vor- und nachgelagerten Marktes und weil sich ein vor- und nachgelagerter Markt für das Gut "regulierte Verzeichnisdaten" weder fernmelde-rechtlich noch wettbewerbsrechtlich trennen lässt, ist wie bereits dargelegt kartellrechtlich nicht einsehbar, weshalb die regulierten Verzeichnisdaten zu unterschiedlichen Grundpreisen angeboten werden müssten:

Unabhängig davon, ob mittels online-Verzeichnisprodukten direkt auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten oder auf den Datenbestand des ETV zugegriffen wird, ist das Suchresultat im Umfang der Teilnehmerinformationen gemäss Artikel 29 FDV gleich; weitere Treffer sind auf eine allfällige Erweiterung der jeweils abgefragten Datenbank zurückzuführen. Diese Lage unterscheidet sich demnach grundlegend von Fällen, in welchem ein auf dem vorgelagerten Rohstoffmarkt beherrschendes Unternehmen die Rohstoffpreise und die Preise eines Verarbeitungserzeugnisses derart ansetzt, dass die Konkurrenten wegen der Bezugskosten für die Rohstoffe kein lohnendes Angebot auf dem nachgelagerten Markt machen können.

287. Es könnte indessen eingewendet werden, das übereinstimmende Mengenrabattsystem lasse die direkte online-Nutzung der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten in Konkurrenz zu den ETV-Onlineprodukten nicht zu Gewinn bringenden Konditionen zu; aus dem Verhältnis des Entgelts, das die Wiederverkäufer des online-Zugangs zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten SD zu entrichten hätten, und des Preises, den SD den Endnutzern des ETV für dieselben Daten verrechnen, resultiere daher eine Kosten-Preisschere. Dieses Argument ist zu verwerfen.

288. Ab einem Bezug von 1 Mio. Datensätzen beim Direktzugriff auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten liegt der Preis pro Datensatz 5% unter dem Grundpreis von CHF 0.016. Bietet ein Nicht-Endkunde als Wiederverkäufer des Direktzugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten Verzeichnisdienste auf dieser Grundlage und in Verknüpfung mit eigenen Software-Applikationen an, darf davon ausgegangen werden, dass die monatlichen Datenbezüge 1 Mio. Datensätze übersteigen werden. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die regulierten Verzeichnisdaten über verschiedene online-Zugangsprodukte abgefragt werden können, wie zum Beispiel über die diversen Applikationen von Glue ("webETV"-Angebote, vgl. www.glue.ch). Sodann ist zu berücksichtigen, dass jede Anfrage oft die Übertragung von mehr als einem kostenpflichtigen Datensatz auslöst, wie das Beispiel oben in Randziffer 263 zeigt. Es erscheint daher durchaus realistisch, dass ein als Verzeichnisdienstleister auftretender **Nicht-Endnutzer** der regulierten Verzeichnisdatenbank die für einen Mengenrabatt nötigen monatlichen Datenbezugslimiten erreichen kann. Dagegen wird ein **Endnutzer**, der die Daten der ETV-Datenbank zum Beispiel für den Abgleich einer Kundendatenbank verwendet, solche Datenbezugsmengen kaum erreichen. Die Preise für den Bezug **regulierter Verzeichnisdatensätze** über ein Zugangsangebot eines alternativen Verzeichnisdienstleisters unter direkter Nutzung der regulierten Verzeichnisdatenbank respektive über den "ETV Access X.25"-Zugang von SD auf die ETV-Datenbank sind demnach für den **Endnutzer** in beiden Fällen grundsätzlich gleich; der Bezug der Daten des erweiterten Datenbestands der ETV-Datenbank wird dem Endnutzer des ETV-Zugangsprodukts von SD zusätzlich verrechnet. Dem-

nach sinkt der Datenbezugspreis für den **Nicht-Endnutzer** regulierter Verzeichnisdaten unter den Datenbezugspreis, den dieser einem Endnutzer verrechnen kann, womit eine Gewinnmarge für den Nicht-Endnutzer möglich ist; der Endkundenpreis kann je nach Konzeption und Mehrwert der vom Nicht-Endnutzer der regulierten Verzeichnisdatenbank angebotenen Zugangsprodukte grösser oder gleich CHF 0.016 betragen.

289. Die faktischen Preisreduktionen für Nicht-Endnutzer der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten mittels Gewährung der angeführten Mengenrabatte ermöglichen nach Ansicht der Wettbewerbskommission durchaus eine Amortisation eines allfälligen Aufwands für den Bezug der Daten und deren Verknüpfung mit eigenen Applikationen. Ein Gewinn bringender Betrieb von online-Verzeichnisdiensten auf der Grundlage der regulierten Verzeichnisdaten ist daher im Verhältnis zum ETV-Onlineangebot aus wettbewerbsrechtlicher Sicht möglich.

290. In der Tat ist die Wahrscheinlichkeit, dass die online-Nutzung der ETV-Datenbank für einen Endnutzer insgesamt schneller zu höheren Datenbezügen und höheren Mengenrabatten führt, grösser als bei einer direkten Nutzung lediglich der regulierten Verzeichnisdatenbank. Der Grund dafür liegt im umfangreicheren Datenbestand des ETV, der pro Anfrage zu durchschnittlich mehr kostenpflichtigen Treffern führt als eine entsprechende online-Anfrage an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten. Obwohl die Mengenrabatte für den Bezug von Daten aus dem ETV-Datenbestand und aus der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten identisch sind, führen jeweils gleiche Anfragen an diese Datenbanken im Falle des ETV wegen dessen umfangreicheren Datenbestands zu grösseren Datenbezügen, woraus in absoluten Zahlen tiefere Preise für die regulierten Datensätze resultieren. In die Erhebung dieser zusätzlichen Daten bei den Teilnehmern des öffentlichen Telefondienstes im Rahmen eines eigenen Redaktionssystems investiert SD jedoch jährlich über CHF [...]. Dass sich diese zusätzlichen Datensätze im ETV-Datenbestand in der beschriebenen Weise auf die Anwendung der Mengenrabatte auswirken, ist jedoch nicht Ausdruck einer wettbewerbsrechtlich missbräuchlichen Verhaltensweise von SD, sondern Folge des Aufwands, den SD betreibt, um das ETV innovativ zu gestalten. Eine Kosten-Preisschere liegt daher auch unter dieser Betrachtung nicht vor.

291. Dieser Befund mag für die Anbieter alternativer Verzeichnisdienste auf der Grundlage des online-Zugriffs auf die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten in Konkurrenz zu den ETV-Onlineprodukten sowie nicht zuletzt auch unter dem Gedanken der Förderung des Wettbewerbs im Verzeichnisswesen unbefriedigend sein. Das wettbewerbsrechtliche Resultat ist jedoch Konsequenz der gegenwärtigen fernmelderechtlichen Regulierung des schweizerischen Verzeichnisswesens und deren Auswirkungen auf die Einflussmöglichkeiten des Kartellgesetzes in diesen Märkten. Die Anhaltspunkte

aus der Vorabklärung, wonach SD mit dem Preis der regulierten Verzeichnisdaten ihre Investitionen in das ETV beziehungsweise die darauf basierenden Produkte schützen und damit die Entstehung eines den regulierten Verzeichnisdaten nachgelagerten alternativen Verzeichnismarktes verhindern will, haben sich daher im online-Bereich nicht erhärtet.

292. Die von search.ch geltend gemachten unterschiedlichen Nutzungs- und Amortisationsbedingungen von SD (bei einem Bezug von regulierten Verzeichnisdaten für ETV) im Vergleich zu einem Dritten konnten nicht nachgewiesen werden.

C.3.1.1.2.2 Offline-Bezug von Daten

293. Das Verhältnis der Preise für den offline-Bezug von Daten aus den Datenbanken mit den regulierten Verzeichnisdaten und den Daten des ETV (oben, Rz. 248) lieferte nach Ansicht des Sekretariats in der Vorabklärung ebenfalls Anhaltspunkte für ein nach Artikel 7 KG missbräuchliches Verhalten im oben beschriebenen Sinn. Die weiteren Abklärungen im Laufe der Untersuchung haben indessen ergeben, dass die kartellrechtlichen Befürchtungen auch im offline-Bereich unbegründet sind:

294. SD bietet für die Überlassung von Daten aus dem ETV keine Produkte an, welche mit dem Produkt "Offline regulierte Verzeichnisdaten"¹¹⁵ vergleichbar sind. Im Rahmen des so genannten "Adressverkaufs" über den offline-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten hat der Bezüger dieser Daten die Möglichkeit, die Daten mehrfach und für diverse Zwecke (Ziff. 4.1 des Vertrags "zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten", vgl. unten Rz. 332 f.) umfassend zu verwenden, zum Beispiel zum Herstellen eigener, veredelter online- und offline-Verzeichnisse oder für den Betrieb einer Sprachauskunft. Die regulierten Verzeichnisdaten können als eigene Datenbank angelegt, mit Zusatzdaten ergänzt und über verschiedene online- und offline-Verzeichnisprodukte (Internetzugang, CD-ROM, Papierverzeichnisse) an Endkunden weitergegeben werden. Durch die Möglichkeit, ein einmal bezogenes Datenelement beliebig oft zu unterschiedlichen Zwecken weiterzuverwenden und durch die Endnutzer über die auf diesen Daten beruhenden eigenen Verzeichnis- und Datenbankdienste mehrfach abrufen zu lassen, erhält der Nicht-Endnutzer der regulierten Verzeichnisdaten die Möglichkeit, den Aufwand für den Bezug und die Aktualisierung dieser Daten mindestens zu amortisieren. Bei einem Bezugspreis von CHF 0.60 für ein erstmals bezogenes Datenelement beziehungsweise von CHF 1.10 für den Bezug eines aktualisierten Elements darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ein Datenelement einer hinsichtlich Präsentation und Inhalt konkurrenzfähigen Verzeichnisdatenbank von den Endkunden über online- sowie insbesondere offline-Produkte (v.a. CD-ROM) mindestens so oft abgerufen wird, dass die ursprünglichen und aktualisierungsbedingten Datenbezugskosten des Datenbankbetreibers mindestens amortisiert werden können. Die Möglichkeit der mehrfachen Verwendung der regulierten Verzeichnisdaten zu den diversen gemäss Ziffer 4.1 des "Vertrags zur Überlassung der regulier-

ten Verzeichnisdaten" zulässigen Zwecken bedeutet nicht nur gegenüber dem online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten einen Mehrwert, sondern auch gegenüber dem offline-Zugang zu den Daten der ETV-Datenbank, wie sogleich dargelegt wird.

295. Dagegen gestatten die Verträge "über den Verkauf von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse zur Herstellung von Telefonverzeichnissen auf CDROM/DVD" beziehungsweise "zur Herstellung von papierenen Telefonverzeichnissen" dem Datenbezüger jeweils nur die Verwendung des gelieferten Datenbestandes **für den je nach einem dieser Verträge vereinbarten Zweck**. Der Datenkäufer hat die Produkte, für welche er die Daten verwenden will, ausdrücklich zu nennen. Insbesondere ist es dem Käufer von Daten aus der ETV-Datenbank untersagt, den bezogenen Datenbestand Dritten über Inter- oder Extranet etc. - das heisst zum mehrmaligen Abrufen - zugänglich zu machen.¹¹⁶ Diese beiden Produkte sind daher bereits aufgrund der zulässigen Arten der Datenverwendung nicht miteinander vergleichbar.

296. Ferner sieht SD für den offline-Adressverkauf aus dem ETV anders als bei der offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten keine Möglichkeit vor, analog zu Artikel 29 Absatz 5 FDV mindestens tägliche Mutationen im gekauften Datenbestand zu Aktualisierungszwecken zu beziehen. Auch damit wird deutlich, dass sich die offline-Überlassung von Daten des ETV als selbstständige Adressdatenbank nicht für den Betrieb einer tagesaktuellen, alternativen Verzeichnisdatenbank eignet - anders als der fernmelde-rechtlich geregelte offline-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten mit der Option mindestens täglicher Aktualisierungen.

297. Schliesslich enthalten auch die offline überlassenen Daten aus dem ETV Zusatzeinträge, welche über die regulierten Verzeichnisdaten hinausgehen. Diese werden analog zum oben beschriebenen online-Zugang zum ETV verrechnet. Die oben in Randziffer 264 ff. gemachten Ausführungen gelten sinngemäss.

298. Der Schluss von den relativen Datenbezugspreisen der beiden erwähnten Produkte auf einen Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG, wie er im Schlussbericht der Vorabklärung gezogen wurde, ist daher wegen der mangelnden Vergleichbarkeit der in Frage stehenden Produkte von SD im offline-Bereich ebenfalls nicht haltbar.

¹¹⁵ D.h. die offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten gemäss dem "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten".

¹¹⁶ Vgl. "Allgemeine Bedingungen über die Lieferung von Einträgen aus dem Bestand der Directories Verzeichnisse" (Anhang 2 zum Vertrag), Ziff. 3.1, insb. Ziff. 3.1.1 bis 3.1.3.

C.3.1.1.3 Elemente der Preisbildung für regulierte Verzeichnisdaten

299. Liegt hinsichtlich der relativen Preisgestaltung im Verhältnis der Produkte von SD, über welche auf die Datenbanken mit den regulierten Verzeichnisdaten beziehungsweise mit den Daten des ETV zugegriffen werden kann, kein Verstoss gegen Artikel 7 KG vor, sind im Folgenden die absoluten Preise der regulierten Verzeichnisdaten auf eine allfällige Missbräuchlichkeit im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG hin zu untersuchen.

300. Missbräuchlich nach Artikel 7 KG ist unter anderem die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis unangemessen, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Das KG greift mit anderen Worten dort ein, wo die Preise nicht Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage sind, das heisst in Fällen, wo die Renditenormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist.¹¹⁷ Auch hohe Preise können indessen gerechtfertigt sein, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen ("legitimate business reasons") beruht.¹¹⁸ Es ist indessen zu beachten, dass das KG nicht bezweckt, für "gerechte" Preise zu sorgen. In einem nach Artikel 4 Absatz 2 KG vermachteten Markt ist unter dem Titel von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG vielmehr zu prüfen, wie sich die strittigen Preise (oder Geschäftsbedingungen) ohne Bestehen einer marktbeherrschenden Position eines Unternehmens präsentieren würden.¹¹⁹

301. Vorliegend veranschlagt SD für alle Abnehmer regulierter Verzeichnisdaten - selbst unternehmensintern für die Alimentierung der ETV-Datenbank mit tagesaktuellen regulierten Verzeichnisdaten nach Massgabe des einschlägigen offline-Vertrags - die gleichen Tarife und Mengenrabatte. Wendet das marktbeherrschende Unternehmen den Preis auf alle Abnehmer an, ist die Beurteilung der Angemessenheit schwierig und allenfalls hilfsweise anhand der Kriterien von Artikel 13 PüG vorzunehmen.¹²⁰ Gemäss Artikel 13 PüG sind bei der Beurteilung von Preisen in vermachteten Marktstrukturen die **Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung angemessenen Gewinns, die Kostenentwicklung, besondere Unternehmensleistungen, besondere Marktverhältnisse und unter Umständen der Preissockel** zu berücksichtigen.

302. Diese Kriterien vereinigen die Hauptgedanken des so genannten "Vergleichsmarktkonzepts" und der so genannten "Kostenmethode": Anhaltspunkte für die Unangemessenheit eines Preises können sich aus einem Vergleich der Preise aus ähnlich gelagerten **Vergleichsmärkten** herleiten lassen (sog. "Vergleichsmarktkonzept"). Sodann lassen sich aus dem Vergleich des Preises mit den Gestehungskosten unter

Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge Hinweise gewinnen, ob von einer unangemessenen und damit missbräuchlichen Preisbildung ausgegangen werden muss (sog. "Kostenmethode").¹²¹

303. Indessen ist eine solche Kosten- und Preisberechnung durch Wettbewerbsbehörden unter **kartellrechtlichen** Aspekten kontrovers, was auch Lehre und Praxis zu Artikel 82 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft¹²² zeigen.¹²³ Die Beurteilung der Kosten, die ein marktbeherrschendes Unternehmen seiner Preisberechnung zugrunde legt, ist vor allem dann problematisch, wenn das Unternehmen diverse Produkte auf verschiedenen Märkten anbietet und sich unternehmensinterne Wertschöpfung sowie Aufwand nicht produktweise zuordnen lassen; dies erschwert die Ausscheidung produktespezifischer Gewinne und insbesondere die Beurteilung, ob die Höhe des jeweiligen produktespezifischen Gewinns missbräuchlich hoch im Sinne des Wettbewerbsrechts ist.¹²⁴ Hinzu kommt, dass bei einer derart breiten Produktpalette auf der gleichen Grundlage (nämlich im Falle von SD dem ETV und den regulierten Verzeichnisdaten) nicht ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, sondern die mit der Produktdiversität verbundene Effizienz (sog. Verbundvorteile) als ursächlich für einen hohen Unternehmensgewinn zu berücksichtigen ist.¹²⁵ SD befindet sich mit ihrer umfangreichen Produktpalette (vgl. oben Rz. 111) in ebendieser Lage. Die Kostenanalyse wird zusätzlich komplex, wenn das Unternehmen eine "essential facility" (wie die regulierten Verzeichnisdaten) herstellt beziehungsweise kontrolliert und dieses Basisgut für die eigenen "downstream-" und "upstream"-Angebote verwendet. Auch diese Schwierigkeit stellt sich bei der Kostenausscheidung zwischen den Bereichen "Data Agent" und "ETV" von SD, auch wenn SD die Bezüge regulierter Verzeichnisdaten in Übereinstimmung mit dem international formulierten Erfordernis, "Interkonnectionsbereiche" und davon abhängige Unternehmensaktivitäten buchhalterisch getrennt führt. Derartige Konstellationen sind typischerweise Gegenstand sektorspezifischer Kostenanalysen.¹²⁶ So fällt vorliegend auf und wird auch von

¹¹⁷ Vgl. hierzu etwa ROBERTO DALLAFIOR, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 113 zu Art. 7 KG, VON BÜREN/MARBACH, a.a.O., Rz. 1335 ff., ZÄCH, a.a.O., S. 213 f., sowie WHISH, a.a.O., S. 635, je mit Hinweisen.

¹¹⁸ vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 214, sowie VON BÜREN/MARBACH, a.a.O., Rz. 1336.

¹¹⁹ Botschaft KG 1995 (Separatum), S. 103; ausserdem VON BÜREN/MARBACH, a.a.O., Rz. 1336, sowie bereits LEO SCHÜRMAN, in: SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG + PüG, Zürich 1988, Kommentierung zu Art. 12, Ziff. II.

¹²⁰ ZÄCH, a.a.O., S. 214.

¹²¹ Zu diesen Konzepten vgl. etwa DALLAFIOR, a.a.O., Rz. 116 f. zu Art. 7 KG.

¹²² Konsolidierte Fassung, ABl. C 325 vom 24.12.2002, S. 33 ff.

¹²³ Hierzu statt vieler WHISH, a.a.O., S. 633 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

¹²⁴ In diesem Sinne WHISH, a.a.O., S. 634.

¹²⁵ Vgl. etwa WHISH, a.a.O., S. 634.

¹²⁶ Vgl. hierzu WHISH, a.a.O., S. 637 f., mit Hinweisen.

search.ch hervorgehoben, dass es SD selber schwer fällt, eine transparente und nachvollziehbare Kostenzuordnung vorzunehmen. Gerade im Zusammenhang mit einer essential facility, die für eigene "downstream-" und "upstream"-Angebote eingesetzt wird, wäre eine klare Zuordnung der Kosten von vorrangiger Bedeutung.

304. Die europäischen Wettbewerbsbehörden haben zwar im Fall ITT/Belgacom¹²⁷ die kostenorientierten Preise von Verzeichnisdaten einer Prüfung anhand der Kostenmethode unterzogen, doch zeigt sich gerade in diesem Fall, dass für eine derart komplexe Kostenberechnung ein sektorspezifisches Verfahren vorzuziehen ist.¹²⁸

C.3.1.1.3.1 Beschränkte Aussagekraft von Preisen auf Vergleichsmärkten

305. Soll die Vergleichsmarktmethode verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, müssen die Vergleichsmärkte tatsächlich und rechtlich vergleichbar sein. Dabei sind die preisrelevanten tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede in den verglichenen sachlichen und geografischen Märkten zu berücksichtigen. Von einem Preisunterschied zwischen Vergleichsmärkten zum Beispiel in verschiedenen Volkswirtschaften mit differierenden Rechtsrahmen lässt sich nicht direkt auf die kartellrechtliche Unangemessenheit schliessen.¹²⁹ Die erhebliche Schwierigkeit bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts liegt gemeinhin darin, dass gerade wegen der beherrschenden Stellung eines Unternehmens auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt - wie vorliegend dem Markt für elektronische "Kerndaten" schweizerischer Telefonieteilnehmer - gerade kein aussagekräftiger Vergleichsmarkt besteht.¹³⁰

306. Im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten bieten sich einerseits *ausländische Märkte* zum Vergleich mit den Verhältnissen in der Schweiz an. Sektorspezifische und Wettbewerbsbehörden einiger europäischer Länder haben im Rahmen fernmelde- oder kartellrechtlicher Verfahren bereits festgestellt, dass die Datenbezugspreise, welche die vormaligen Monopolunternehmen im nationalen Kommunikationswesen (sog. "Incumbents") veranschlagt hatten, missbräuchlich hoch oder nicht kostenorientiert waren, oder dass die Incumbents ihre eigenen Konzerngesellschaften unmittelbar oder mittelbar bei Bezug und Weitergabe von Teilnehmer- beziehungsweise Verzeichnisdaten bevorzugt hatten.¹³¹ Betreffend die Preise wurde beispielsweise in Deutschland und den Niederlanden erkannt, die Incumbents hätten von Dritten für den Zugang zu den Verzeichnisdaten exzessive Preise verlangt. In den Niederlanden ermittelte die für Post- und Telekommunikationsfragen zuständige Behörde (OPTA), dass der äquivalente Preis für ein Datenelement bei ca. 0.005 Gulden liege; der ursprünglich vom niederländischen Incumbent (KPN) verlangte Preis pro Datenelement von 0.85 Gulden überstieg diesen Preis um ein Vielfaches. Trotz der Schwierigkeiten und der oft fehlenden Transparenz der Preisberechnung in diesem Gebiet kam auch das deutsche Bundeskartellamt zum Schluss, es dürften lediglich sehr bescheide-

ne Preise für den Bezug von grundlegenden Verzeichnisdaten verlangt werden; das entsprechende Kartellverfahren in Deutschland wurde jedoch im Jahre 2003 nach einer Einigung mit der Deutschen Telekom AG eingestellt.¹³² Sodann verurteilte der französische Conseil de la Concurrence France Télécom im September 2003 zu einer Busse von EUR 40 Mio., weil der Incumbent seine Abonentendaten zu exzessiven Preisen verkauft hatte.¹³³

307. Vergleiche mit diesen europäischen Verzeichnismärkten und die Aussagen über die konkrete Preisberechnung in den angesprochenen Entscheiden sind vorliegend jedoch nicht geeignet, um die Preisgestaltung von SD für die regulierten Verzeichnisdaten als missbräuchlich zu qualifizieren. Zum einen erschweren bereits die Unterschiede des allgemeinen länder-spezifischen Preisniveaus und der Lohnkosten in verschiedenen Volkswirtschaften einen verlässlichen Vergleich unter kartellrechtlicher Betrachtung.¹³⁴ Zum anderen differieren die fernmelderechtlichen Bestimmungen, welchen die FDA im Ausland und in der Schweiz unterworfen sind. Daran ändert nichts, dass sich die EU-Mitgliedstaaten seit 2002 an die Vorgaben der Universaldienstrichtlinie zu halten haben und sich der schweizerische Gesetzgeber grundsätzlich an die in dieser Richtlinie formulierten Grundsätze anlehnt: Der harmonisierte Rechtsrahmen bezeichnet Qualität und Erschwinglichkeit der Universaldienste als Schlüsselfaktoren eines einheitlichen, europäischen Telekommunikationswesens (vgl. E. 17 und 26 sowie Art. 1, 3, 9 und 17 Universaldienstrichtlinie) und legt die minimalen Modalitäten fest, wie diese Ziele in den nationalen Regulierungen zu erreichen sind, nämlich primär nichtdiskriminierend, transparent und kostenorientiert. Neben den grundlegenden Anweisungen an die technische und informationsrechtliche beziehungsweise informationstechnische Umsetzung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen legt die Richtlinie auch die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden fest. Dazu gehören spezielle Verfahrensaspekte sowie der abstrakte, minimal vereinheitlichte Rahmen für die Berechnung der Nettokosten bei der Kostenanlastung (Art. 12 und 13 Universaldienstrichtlinie). Die nationalen Regulierungsmassnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (Art. 17 Universaldienstrichtlinie) zählen sodann Mittel auf,

¹²⁷ COMP IV/36.167; ITT zog die Beschwerde zurück und das Verfahren wurde mit einer Einigung beendet.

¹²⁸ Vgl. WHISH, a.a.O., S. 638. Zum Fall ITT/Belgacom vgl. ferner XXVIIth Report on competition policy - 1997, S. 129 f., und die einschlägige Pressemitteilung der EU-Kommission vom 11. April 1997 (IP/97/292).

¹²⁹ Vgl. DALLAFIORI, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 7 KG.

¹³⁰ Vgl. BORER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 7 KG.

¹³¹ Vgl. zum Ganzen etwa RICHARDS, a.a.O., S. 564 und 568.

¹³² Vgl. RICHARDS, a.a.O., S. 571 ff., mit Hinweisen auf die erwähnten und weitere Fälle, sowie die Pressemitteilung des deutschen Bundeskartellamts vom 19. September 2003, einsehbar unter www.bundeskartellamt.de/19_19_2003.html (besucht am 25.6.2004)

¹³³ Vgl. "Le Monde" vom 15.9.2003.

¹³⁴ Vgl. WHISH, a.a.O., S. 636.

mit welchen die Regulatoren gegen wettbewerbs-schädliche Praktiken marktbeherrschender Anbieter von Universaldiensten vorgehen können. Die konkrete Umsetzung dieser Vorgaben obliegt jedoch nach dem Subsidiaritätsprinzip des Gemeinschaftsrechts den Mitgliedstaaten (vgl. hierzu schon E. 14 der Universaldienstrichtlinie).

308. In Bezug auf die konkrete Kostenberechnung für die verschiedenen Universaldienste - auch für das Anlegen von Teilnehmerverzeichnissen - lassen sich der Universaldienstrichtlinie ausser der Verpflichtung, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in geeigneten Strukturen und Verfahren umzusetzen, keinerlei Vorgaben entnehmen. Es ist demnach der nationalen Gesetzgebung überlassen, welches Minimum an Daten die FDA in einem Verzeichnis anzulegen haben und wie sie diese Informationen elektronisch bereithalten und übermitteln müssen. Den Mindestinhalt der Verzeichnisse legt auch der Anhang der Richtlinie 97/66 (oben, Rz. 188) nicht fest, denn dort wird lediglich geregelt, welche Telekommunikationsdaten der Teilnehmer die FDA zum Zweck der Gebührenabrechnung verarbeiten dürfen.

309. Hinsichtlich der vorliegend interessierenden Kosten der Bereitstellung "regulierter Verzeichnisdaten" besteht der einzige mit dem europäischen Recht vergleichbare Aspekt darin, dass nationale Behörden im Zusammenhang mit marktbeherrschenden Anbietern von Universaldiensten unter anderem kostenorientierte Preise in einem dafür geeigneten Verfahren verfügen können - die einzelnen Kostenelemente werden dagegen national festgelegt. Die nationalen Unterschiede hinsichtlich der inhaltlichen und technischen Ausgestaltung der Universalverzeichnisse beziehungsweise des Zugangs dazu sowie die national unterschiedlich zu gewichtenden einzelnen Kostenelemente lassen daher Vergleiche für die Beurteilung der Kosten der Herstellung, Verwaltung und Bereitstellung regulierter Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 FDV und TV kaum zu.

310. Im Übrigen kann eine weitere Untersuchung ausländischer Vergleichsmärkte ohnehin unterbleiben, denn selbst wenn eine vergleichbare Regulierung der hier zu beurteilenden Problematik vorliegen würde, liesse sich die Preisgestaltung von SD für die regulierten Verzeichnisdaten in kartellrechtlicher Betrachtung nicht als missbräuchlich qualifizieren (vgl. unten Rz. 312 ff.).

311. Auf dem *schweizerischen* Markt für elektronische Adressdaten existieren im Bereich des online-Zugangs zu regulierten Verzeichnisdaten hinsichtlich des Dateninhalts und der technischen Übertragungsvorgaben keine vergleichbaren Angebote. Hingegen wird der *offline-Zugang* zu Adressdaten etwa auch von DCL angeboten, wenn auch unter grundlegend anderen Rahmenbedingungen als beim Produkt "Offline regulierte Verzeichnisdaten" von SD:¹³⁵ Für eine Aktualisierungsadresse aus der Umzugsdatenbank von DCL über das Produkt MAT[CH]move verrechnet DCL für 300 Umzugsadressen eine Grundpauschale von CHF 300.- und für jede weitere Umzugsadresse einen Betrag von CHF 1.10, was dem Preis für den

Bezug eines aktualisierten Datensatzes regulierter Verzeichnisdaten gemäss dem "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" (Anhang 2, Ziff. 6) entspricht. DCL bezieht für seine Basisdatenbank "ABS" keine Daten aus dem Datenbestand von SD, sondern erschliesst andere Datenquellen. Dass DCL für ihre Daten unter diesen Umständen den gleichen Preis wie SD für den online-Bezug regulierter Verzeichnisdaten verrechnet, kann als Indiz gewürdigt werden, wonach diesem Preis eine sachliche Grundlage nicht von vornherein abgesprochen werden kann. Indessen ist zu beachten, dass DCL und ihre Datenlieferanten [...] im Umgang mit Adressdaten anders als die FDA und SD nicht den einschlägigen Bestimmungen des FMG und der FDV, sondern vorab der Postgesetzgebung unterworfen sind. Die auf den Inhalt der regulierten Verzeichnisdaten bezogenen und übertragungstechnischen Vorgaben von Artikel 29 FDV beziehungsweise der TV wirken sich für die FDA und SD auf die Preisbildung in einer Weise aus, welche einen Vergleich mit den Preisen anderer Datenquellen nur sehr beschränkt zulassen.

C.3.1.1.3.2 Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne

312. Vorliegend hat sich ergeben, dass SD aus ihrer Tätigkeit als Data Agent für die FDA keinen Gewinn, sondern gemäss der Erfolgsrechnung für das Jahr 2003 einen Verlust in der Höhe von derzeit CHF [...] verbucht.¹³⁶ Die Erfolgsrechnung 2003 erfasst allein den Bereich "Data Agent" innerhalb von SD.

313. Es stellt sich die Frage nach den Ursachen dieses Aufwandüberschusses. Es könnte argumentiert werden, die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten nach Massgabe von Artikel 29 FDV und den TV werde bereits durch die Anschlussgebühren nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 1 Buchstaben a und d FDV finanziert - was beispielsweise auch von Glue und search.ch vorgebracht wird, und ausserdem hätten die FDA die Kosten für die Erstellung dieser Daten zu tragen. Sodann liesse sich anführen, der Betrag, den die die FDA SD für ihre Dienste als Data Agent (Art. 29 Abs. 6 FDA) leiste, sei zu gering.

314. Diese Argumente gehen jedoch fehl: Die Preisobergrenze von Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a FDV bezieht sich lediglich auf die Bereitstellung eines Anschlusses als Dienst der Grundversorgung im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a FDV, nicht aber auf den Zugang zu den Verzeichnissen (Art. 19 Abs. 1 Bst. d FDV). Für die Finanzierung des Verzeichniswesens lässt sich aus Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a FDV nichts ableiten.

¹³⁵ Vgl. oben, Rz. 180 und Fn. 50.

¹³⁶ Vgl. Rz. 102.

315. Insbesondere aber bestimmen Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 29 Absatz 5 FDV, der Zugang zu den Verzeichnisdaten habe *jedermann gegen Bezahlung* offen zu stehen. Dies bedeutet, dass die Kosten für die Herstellung, Verwaltung und Herausgabe der regulierten Verzeichnisdaten in erster Linie von den *Nutzern* dieser Daten getragen werden müssen und nicht von den FDA, welche diese Daten lediglich zugänglich machen müssen. Auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko/Wef) hat in ihrem rechtskräftigen Entscheid vom 12. August 1999 in Sachen Swisscom AG c. Preisüberwacher betreffend Preismissbrauch (Geschäftsnummer 98/GB-002) in Erwägung 4 (S. 16 f.) Folgendes festgehalten (Hervorhebungen hinzugefügt):

"Zweifellos muss der Telefonbenutzer die Telefonnummern der Teilnehmer, mit denen er telefonieren will, in Erfahrung bringen können. Sonst kann er das Telefon nicht benutzen. Das bedeutet aber nicht, dass deshalb das Fernmeldeunternehmen aus der Verfügbarkeit von Teilnehmerverzeichnissen einen besonderen Nutzen zieht. Im Gegenteil, gerade weil Teilnehmerverzeichnisse und Auskunftsdienste eine Voraussetzung der Telefonbenützung sind, können die Fernmeldeunternehmen davon ausgehen, dass die *Teilnehmer* diese Produkte und Dienstleistungen je nach ihrem Bedarf beziehen und auch bezahlen..., 16 f.)

Dieser Bedarf ist allerdings keineswegs gleichförmig. Die Bedürfnisse unterscheiden sich vielmehr nach dem Umfang und der Ordnung der Daten (regionale, landesweite, nach Namen oder Branchen geordnete Verzeichnisse) sowie nach der Form, in der diese verfügbar gemacht und weiter verwendet werden (gedruckte Verzeichnisse, CD-Rom oder Online Dienste). Dementsprechend variiert auch der Preis, den der Telefonbuchbenutzer für Verzeichnisse und Auskunftsdienste zu zahlen bereit ist. Dieser *Preis* steht nicht in einem fixen Verhältnis zum Aufwand der einzelnen Abonnenten für die Benutzung der Fernmeldedienste, sondern er *bestimmt sich danach, wie oft ein Teilnehmer die Teilnehmernummer von Abonnenten, mit denen er in Verbindung treten will, nicht kennt und in Erfahrung bringen will*. Aus der Sicht des Telefonbenutzers ist es deshalb durchaus sachgerecht, die *Kosten der Telefonie von denjenigen der Adressredaktion zu trennen und den Benutzern entsprechend ihrer individuellen Nachfrage nach Fernmeldediensten einerseits und Adressdaten andererseits in Rechnung zu stellen*. Die angefochtene Verfügung lässt sich daher *nicht damit begründen, die Telefonie hätte vor dem 1. Dezember 1997 zu Recht den Hauptteil der Kosten der Adressredaktion getragen und sei auch weiterhin damit zu belasten*, sodass kein Grund einer Preiserhöhung gegenüber den Adresskäufern bestehe. "

316. Diese Argumentation entspricht dem Konzept von Artikel 29 Absatz 5 FDV, der nach diesem Entscheid in Kraft getreten ist, und lässt sich sinngemäss auf den Bezug regulierter Verzeichnisdaten übertragen: Wer mithin Verzeichnisdaten nachfragt, hat deren Bezug nach der Intention von FMG und FDV zu entgelten. Die FDA haben regulierte Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 Absatz 5 FDV bereitzustellen, müssen aber die diesbezüglichen Kosten nicht selber tragen, sondern können diese in einem gewissen Umfang auf die Nutzer überwälzen. Der Ansicht der Preisüberwachung, die Datenbezugspreise dürften sich nur aus den Zugangskosten zusammensetzen und lediglich knapp über Null liegen, weil bereits die FDA SD ein Entgelt für die Herstellung der regulierten Verzeichnisdaten entrichten, ist im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 7 KG nicht zu folgen.

317. Dieses Konzept der Kostenverlegung wird mit der Revision des FMG zusätzlich untermauert, wenn in Artikel 21 Absatz 3 E-FMG festgelegt wird, die FDA müssten den Zugang zu den (regulierten) Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen ermöglichen. Dafür sollen sie angemessen entschädigt werden, doch dürfen sie aus dem Bereitstellen der regulierten Verzeichnisdaten keinen wesentlichen Geschäftsvorteil ziehen.¹³⁷

318. Bekanntlich nimmt SD die verzeichnisbezogenen Aufgaben der FDA vertraglich als Data Agent (Art. 29 Abs. 6 FDV) wahr. Die soeben dargelegten Grundsätze gelten damit ebenso für die Tätigkeit von SD im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten. Das Prinzip, dass die Bezüger der regulierten Verzeichnisdaten den daraus gezogenen Nutzen zu entgelten haben, schneidet auch die Forderung ab, die FDA müssten SD für die Tätigkeit als Data Agent pro Datenelement einen grösseren Betrag als CHF 0.0666 entrichten. Als Nutzer der regulierten Verzeichnisdaten kommen sodann vorliegend vor allem die Nicht-Endabnehmer der Daten in Frage, welche auf dieser Grundlage online-Verzeichnisdienste anbieten oder selbstständige Datenbanken anlegen wollen. Auch diese Nicht-Endabnehmer haben den Aufwand der FDA (resp. von SD) für die Bereitstellung der Daten in angemessener Höhe zu tragen. Bei einem Aufwandüberschuss von über CHF [...] kann jedoch von einem "übermässigen Geschäftsvorteil" von SD aus dem Bereitstellen regulierter Verzeichnisdaten oder von unangemessenen, prohibitiven Datenpreisen keine Rede sein.

319. Angesichts der Tatsache, dass ein erheblicher Aufwandüberschuss ausgewiesen wird und keine Manipulationen erkennbar sind, kann eine Prüfung der weiteren Kriterien nach Artikel 13 PÜG unterbleiben. Die Preisbildung von SD im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten lässt sich bei dieser Lage nicht als unangemessen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG qualifizieren. Dennoch sei zum Kriterium der "besonderen Marktverhältnisse" (Art. 13 Abs. 1 Bst. e PÜG) das Folgende angefügt.

¹³⁷ BBI 2003 7978.

C.3.1.1.3.3 "Besondere Marktverhältnisse" (Art. 13 Abs. 1 Bst. e PüG)

320. Dass alle von Artikel 29 FDV erfassten FDA die Erfüllung der Pflichten für die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten an SD ausgelagert haben, bildet ein Indiz, wonach diese Tätigkeit kostenintensiv und organisatorisch aufwändig ist sowie ein speziell auf die Verwaltung von Daten ausgerichtetes Geschäftsmodell erfordert. Dem soeben Ausgeführten könnte daher allenfalls entgegen gehalten werden, SD nehme einen unternehmerischen Verlust im Bereich "Data Agent" in Kauf, weil die Monopolisierung der regulierten Verzeichnisdaten die Herausgabe zu prohibitiven Preisen und damit das Verhindern von Neueintritten auf dem nachgelagerten Verzeichnismarkt auf der Grundlage dieser "Kerndaten" zu einer Festigung der Stellung des ETV beziehungsweise zu höheren Gewinnen über die ETV-Produkte führe. Es könnte mithin dafür gehalten werden, SD sei gar nicht an Kunden im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten interessiert, weshalb sie im Bereich des Geschäfts mit regulierten Verzeichnisdaten ein strukturelles Defizit bewusst einplane.

321. Gegen eine solche Auffassung spricht, dass auch SD wie alle anderen Verzechnisanbieter für den Betrieb der ETV-Datenbank auf den Bezug regulierter Verzeichnisdaten angewiesen ist und die Bezüge analog zum Transparenzerfordernis von Artikel 44 FDV buchhalterisch getrennt verbucht. SD unter diesen Umständen die Strategie eines permanenten Verlustgeschäfts im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten vorzuwerfen, lässt sich nach Ansicht der Wettbewerbskommission nicht begründen. Hinzu kommt, dass der datenbezogene kompetitive Wert des ETV nicht in den regulierten, sondern den zusätzlich erhobenen Verzeichnisdaten liegt und SD den ETV-Kunden jedes bezogene Datenelement - auch die im ETV enthaltenen regulierten Verzeichnisdaten - verrechnet. Die Gegenüberstellung von Geschäftsbereichen, welche als Interkonnektionssachverhalte im Sinne von Artikel 11 FMG beziehungsweise Artikel 40 FDV zu erfassen sind, und darauf basierenden Angeboten desselben Unternehmens erfordert im Übrigen eine umfangreiche, spezielle Datenerfassung, welche indessen im Rahmen eines sektorspezifischen Verfahrens zu erfolgen hat, besonders wenn die Kosten und das absolute Preisniveau des monopolisierten Basisgutes ermittelt werden soll.¹³⁸

322. Es ist wie dargelegt durchaus möglich, mit einmal bezogenen regulierten Verzeichnisdaten eine Datenbank Gewinn bringend zu betreiben, wenn die Datenelemente oft abgefragt werden (oben, Rz. 268 f.). Jedoch ist wie bereits erwähnt darauf hinzuweisen, dass der wirtschaftliche Erfolg eines alternativen Verzeichnisses oder Verzeichnisprodukts nicht ausschliesslich vom Zugang respektive von der Weitergabe blosser regulierter Verzeichnisdaten, sondern von weiteren Innovationen abhängt, wie zum Beispiel von speziellen, benutzerfreundlichen Applikationen oder attraktiven, zusätzlichen Datenbankinhalten. Für einen alternativen Datenbankbetreiber bedeutet dies, dass neben den Anfangsinvestitionen bezie-

ungsweise den Kosten für die periodische Aktualisierung ein beträchtlicher Anfangsaufwand betrieben werden muss, um das neue Verzeichnisangebot im Wettbewerb zu positionieren. Solche Eintrittsbarrieren sind jedoch auf dem Verzeichnismarkt nicht ungewöhnlich, handelt es sich doch um ein sehr spezielles und kapitalintensives Geschäftsfeld. Es obliegt jedem Verzeichnishersteller, seine Strategie innerhalb der technischen und fernmelderechtlichen Möglichkeiten so zu wählen, dass sie für ihn den grösstmöglichen Nutzen erzeugt. Verzeichnisse sind sodann nicht nur auf Erträge aus Datenabfragen, sondern auch von Werbeeinnahmen abhängig. Dies bedingt zusätzlich die Akquisition von Inserenten, um eine gewisse Werbefinanzierung zu erreichen (vgl. etwa RPW 4/1998, S. 609, Rz. 57 ff., Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe - Swisscom). Entsprechend bedingt das Verzeichniswesen nicht grosse Innovationen bei der Konzeption der Verzeichnisse, sondern auch ein geeignetes Insertionswesen. Eine von SD nach Artikel 7 KG in kartellrechtswidriger Weise künstlich erzeugte Eintrittsschranke kann in diesen Partikularitäten des Verzeichnismarktes nicht erblickt werden.

C.3.1.2 Bedingungen für die Nutzung der regulierten Verzeichnisdaten

323. Geschäftsbedingungen wie etwa Lieferungs-, Zahlungs-, Verkaufs- oder Einkaufsbedingungen sind missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG, wenn sie unbillig oder unverhältnismässig sind oder in inhaltlicher oder zeitlicher Hinsicht übermässig binden. Grundsätzlich gelten für die Beurteilung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen die gleichen Kriterien wie bei den Preisen.¹³⁹

C.3.1.2.1 Nutzungsbedingungen gemäss "Vertrag über den online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten"

324. Gemäss Ziffer 4.2 des Vertrags über den online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten untersagt SD unter anderem die folgenden Verwendungsarten der bezogenen Daten (vgl. bereits oben Rz. 81):

- Die **mehrmalige Verwendung** der übermittelten Datensätze. Als unzulässige mehrmalige Verwendung gelten insbesondere das "Speichern von insgesamt mehr als 5'000 Datensätzen in irgendeiner Form, um diese mehrmals abfragen, verwenden oder weitergeben zu können", sowie
- das "Einarbeiten von insgesamt mehr als 5'000 Datensätzen in Datenbanken oder Programme, um die Datensätze mehrmals abfragen, verwenden oder weitergeben zu können".

¹³⁸ Vgl. hierzu WHISH, S. 634 f. und 637 f.

¹³⁹ Vgl. etwa ZACH, a.a.O., S. 214, sowie DALLAFIOR, a.a.O., Rz. 121 f. zu Art. 7 KG; Botschaft KG 1995 (Separatum), S. 105 f.

325. Diese Restriktionen verbieten ab einer Anzahl von 5'000 Datensätzen allgemein eine Mehrfachnutzung regulierter Verzeichnisdaten, welche online zu einem Preis von CHF 0.016 pro Datenelement bezogen worden sind. SD bringt vor, diese Restriktion sollte die Investitionen von SD in die Herstellung der regulierten Verzeichnisdaten von jährlich ca. CHF [...] schützen und gleichzeitig die Bedürfnisse der Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes nach Datenschutz berücksichtigen. Wie dargelegt, verursachen Herstellung, Verwaltung und Herausgabe regulierter Verzeichnisdaten nach den fernmelderechtlichen Vorgaben einen Aufwand, den die FDA nicht zu tragen bereit sind und daher ausgelagert haben. Insofern ist es nachvollziehbar, dass SD ein Interesse an einem **vertraglichen Schutz** der entsprechenden Investitionen hat, da das schweizerische Recht keinen immaterialgüterrechtlichen Datenbankschutz kennt.

326. Diese Nutzungsrestriktionen zeigen, dass es nach Ansicht von SD nicht dem Zweck des online-Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten entspricht, auf diese Weise alternative Datenbanken anzulegen. Diese Bedingungen sollen insbesondere verhindern, dass der ganze Datenbestand online zum Beispiel unter Einsatz einer Einkaufsgemeinschaft bezogen und uneingeschränkt beziehungsweise ohne weitere Abgeltung des von SD getätigten Aufwandes weiter verwendet werden kann.

327. Wie oben in Randziffer 268 f. gezeigt, hat SD wie jede Betreiberin einer Datenbank ein sachliches Interesse, dass die Datenelemente möglichst oft abgerufen werden, damit die Gestehungskosten mindestens amortisiert werden können. Werden die regulierten Verzeichnisdaten in grossem Umfang (z.B. alphabetisch oder nach Postleitzahlen) online einmal bezogen, gespeichert und unter Umständen im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft weiterverkauft, verringert sich die Wahrscheinlichkeit, dass die einzelnen Datenelemente jemals in einem Umfang abgerufen werden, welche eine Amortisation der Gestehungskosten ermöglicht. Das Verbot, die regulierten Verzeichnisdaten ab einer Menge von 5'000 Datenelementen zu speichern, um sie mehrmals abfragen oder weitergeben zu können, beruht daher auf "legitime business reasons".

328. Dieselben Überlegungen gelten auch in Bezug auf das im Schlussbericht sinngemäss vertretene Argument, einmal online bezogene regulierte Verzeichnisdaten eigneten sich gar nicht für den Betrieb einer alternativen, tagesaktuellen Datenbank, weil ein Datenbestand begriffsnotwendigerweise nur einen Tag lang tagesaktuell bleibe und es im Übrigen Sache der Datenbankbetreiber sei, ob sie eine solche Datenbank täglich aktualisieren wollten. Es ist nicht länger haltbar, daraus abzuleiten, die strittigen Speicher- und Mehrfachverwendungsrestriktionen entbehren eines sachlichen Grundes, denn in der Frage des Bezugs von Aktualisierungen aus der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten hat SD einerseits ein legitimes wirtschaftliches Interesse an einer möglichst regen Benutzung der Datenbank, und andererseits besteht auch hier die Gefahr, dass dieses

Interesse durch den Einsatz von Einkaufsgemeinschaften unterlaufen wird.

329. Trotz dieser Restriktionen können Interessierte den online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten in vielfältiger Weise nutzen und gestützt darauf Verzeichnisdienstleistungen anbieten, so etwa

- als ISP das Angebot des online-Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten an seine Kunden unter Verwendung spezieller Software-Applikationen und Suchoptionen oder über ein werbefinanziertes Web-Portal,
- den Wiederverkauf des Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten,
- für den Betrieb von Online-Verzeichnissen,
- für den Betrieb einer Sprachauskunft,
- zwecks Aktualisierung eigener Daten (z.B. von Kundendatenbanken).

330. Aus diesen Gründen sind die vertraglichen Restriktionen, wonach die online bezogenen regulierten Verzeichnisdaten nicht in einem 5'000 Datenelemente übersteigenden Mass gespeichert und insbesondere mehrmals verwendet oder weitergegeben werden dürfen, nicht unangemessen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

C.3.1.2.2 Nutzungsbedingungen gemäss "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" (offline)

331. Das Sekretariat hat im Zusammenhang mit dem offline-Bezug regulierter Verzeichnisdaten die Bestimmung gemäss Ziffer 4.2 des offline-Vertrags beanstandet. Laut dieser Bestimmung ist der Kunde nicht berechtigt, den ausgewählten Datenbestand oder Teile davon an Dritte zu verkaufen oder Dritten zu überlassen, ohne den Datenbestand oder Teile davon vorgängig mit erheblichem eigenem Aufwand zusätzlich zu veredeln. Als "erheblich" in diesem Sinne bezeichnet SD einen Aufwand, der mindestens 20% des definitiven Preises des ausgewählten Datenbestands ausmacht.

332. Ziffer 4.1 des offline-Vertrags nennt dagegen die zulässigen Arten der Datennutzung. Zulässig ist die Verwendung der Daten

- zum eigenen Gebrauch,
- zum Herstellen veredelter Verzeichnisdaten,
- zum Herstellen von Online- und Offline-Verzeichnissen aller Art,
- zum Betrieb von Sprachauskunftsdiensten aller Art.

333. Der Kunde ist dabei berechtigt, den ausgewählten Datenbestand **mehrmals** und für **mehrere der soeben genannten Nutzungen gleichzeitig** einzusetzen (dies im Gegensatz zu den online bezogenen regulierten Verzeichnisdaten).

334. Zum Erfordernis des minimalen Veredelungsaufwandes gemäss Ziffer 4.2 des Vertrags hat das Sekretariat in Randziffer 233 des Schlussberichts festgehalten, es müsse einem Verzeichnisanbieter

unbenommen sein, dem Endkunden ein Angebot zu unterbreiten, dessen Datenbestand sich in jenem der regulierten Verzeichnisdaten erschöpfe. Über den "Veredelungsaufwand", den ein Anbieter einer konkurrenzfähigen Verzeichnisdatenbank zu betreiben habe, entschieden die Marktkräfte, je umfassender oder themenspezifischer eine Datenbank sei, desto eher werde sie als Datenquelle gewählt und desto teurer werde der Datenbezug daraus. Wer aber mit der Bereitstellung von Grundinformationen hinreichend bedient sei, jedoch zum Beispiel Wert auf spezielle Applikationen lege, werde mit einem "Rumpfangbot" an Daten auskommen. Entsprechend würden die Verzeichnisanbieter ihr Angebot ausrichten. Es sei nicht Sache von SD, den angemessenen "Veredelungsaufwand" vertraglich zu quantifizieren. (...)

335. Aus den folgenden Gründen beruht diese Auffassung auf einer unzutreffenden Interpretation des Kriteriums des "Veredelungsaufwands" nach Ziffer 4.2 des offline-Vertrags: Zweck der offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten ist die **mehrfache Verwendung** der bezogenen Datenelemente durch den Kunden, dies im Gegensatz zum online-Zugang der Daten, der auf eine **einmalige** Verwendung der Daten ausgelegt ist. Dieser offline-Datenkauf ist vor allem für Nicht-Endabnehmer interessant, welche die Daten zu selbstständigen Verzeichnisdatenbanken ausbauen, eventuell mit Zusatzeinträgen ergänzen und gestützt darauf eigene Verzeichnisprodukte on- oder offline (Internetabfragen oder CD-ROM) anbieten wollen. Die Datenbestände können nach Postleitzahlen sortiert bezogen werden, wie dies Ziffer 2.4.2. der TV vorschreibt. In Anwendung des offline-Vertrags zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten lassen sich demnach lokale bis nationale Verzeichnisse anlegen. Mit der Option täglicher Aktualisierungen nach Artikel 29 Absatz 5 FDV kann ein solcher Datenbestand tagesaktuell gehalten werden.

336. Die in Ziffer 4.1. des Vertrags genannten, zulässigen Verwendungsarten bedingen keinerlei zusätzlichen Veredelungsaufwand des bezogenen Datenbestands, um daraus Verzeichnisdaten im Rahmen eigener Verzeichnisprodukte weitergeben zu können. Der Sinn des nach Ziffer 4.2. des Vertrags vorgeschriebenen Veredelungsaufwandes besteht vielmehr darin, eine völlig unbearbeitete Weitergabe der gekauften Daten "en bloc" zu verhindern. Mit dieser Regelung sollen wiederum "Einkaufsgemeinschaften" unterbunden werden, deren Mitglieder die Daten portionweise kaufen und unter einander kostengünstiger oder sogar kostenlos weitergeben. Wie beim online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten ist die Verhinderung solcher Einkaufsgemeinschaften wettbewerbsrechtlich legitim, wie die beiden folgenden, einfachen Beispiele zeigen:

337. **Beispiel 1:** Eine Einkaufsgemeinschaft aus verschiedenen Verzeichnisanbietern plant Angebote auf Grundlage aller nationalen regulierten Verzeichnisdaten. Die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft teilen sich den Datenbestand nach Postleitzahlen (vgl. Ziff. 2.4.2 Abs. 1 TV) auf. Die einmal bezogenen Datenbe-

stände und die täglichen Aktualisierungen dieser Datenbestände werden in der Einkaufsgemeinschaft unter den Verzeichnisdienstleistern weitergegeben, woraus mehrere nationale Verzeichnisdatenbanken entstehen, obwohl SD den gesamten Datenbestand nur einmal verkauft hat.

338. **Beispiel 2:** Es wird angenommen, SD verkaufe einen Datenbestand im Wert von CHF 140'000.- Mit dem Gebot, diesen vor einer Weitergabe zuerst im Umfang von 20% des Verkaufspreises zu veredeln, erreicht SD, diesen Datenbestand unter Umständen mehrere Male zum Preis von CHF 140'000.- verkaufen zu können. Ohne eine solche Restriktion ist folgende Entwicklung anzunehmen: Statt mehrerer Abnehmer findet SD für ebendiesen Datenbestand nunmehr lediglich einen einzigen Abnehmer. Dieser gibt diesen Datenbestand an zehn weitere Abnehmer unbearbeitet zu einem Preis von CHF 14'000.- weiter und deckt aus dem Erlös seine Kosten. Die Zweitabnehmer geben denselben Datenbestand wiederum unbearbeitet an zehn weitere Abnehmer für CHF 1'400.- weiter - etc. SD verliert auf diese Weise ab der ersten Stufe dieses Ablaufes alle Abnehmer, welche andernfalls den vollen Preis von CHF 140'000.- zu entrichten hätten und zur Amortisation des von SD getätigten Aufwandes beitragen würden.

339. Die Bestimmung, wonach ein bezogener Datenbestand aus den regulierten Verzeichnisdaten von einer Weitergabe zuerst im Umfang von 20% des Kaufpreises bearbeitet werden muss, stellt daher keine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG dar, sondern ist unter den genannten Umständen sachlich begründet. Insbesondere sind sämtliche Verwendungsarten gemäss Ziffer 4.1 des offline-Vertrags ohne weitere Bearbeitung des Informationsgehalts des bezogenen Datenbestandes zulässig; es ist einem Verzeichnisanbieter überlassen, ob er eine Verzeichnisdatenbank lediglich im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten betreiben will oder ob er diese Datenbank mit Zusatzeinträgen je nach der speziellen Ausrichtung des Angebots ergänzen will. Die Wettbewerbskommission erachtet es aus diesen Gründen als gewährleistet, dass auf der Grundlage der regulierten Verzeichnisdaten alternative Verzeichnisdatenbanken und -dienste angeboten werden können, um Wettbewerb im schweizerischen Verzeichnismarkt zu generieren.

340. Schliesslich hat sich Telegate beschwert, ein rentables Verzeichnisangebot basierend auf dem offline-Bezug regulierter Verzeichnisdaten sei wirtschaftlich wegen der Bestimmungen im offline-Vertrag über die Aktualisierung des Datenbestandes nicht realisierbar: Der offline-Vertrag verlange, nach Ablauf von sechs Monaten müsse der gesamte, einmal bezogene Datenbestand neu gekauft werden, weil SD Aktualisierungen nur während sechs Monaten seit dem Stichtag der Datenselektion anbiete.

341. Diese Auffassung geht fehl: Ziffer 3.5 des online-Vertrags lautet wie folgt:

"Der Kunde hat gemäss Anhang 2 die Möglichkeit, bei Directories für den ausgewählten

Datenbestand periodisch Aktualisierungen zu beziehen. Diese Möglichkeit steht nur während den ersten sechs Monaten nach dem Stichtag gemäss Ziffer 3.2 zur Verfügung. Nach Ablauf dieser sechs Monate können keine Aktualisierungen für den ausgewählten Datenbestand mehr geliefert werden, und der Kunde muss erneut einen Datenbestand beziehen, bevor er dann für diesen Datenbestand Aktualisierungen beziehen kann."

342. Diese Bestimmung wird in Ziffer 4 Absatz 4 von Anhang 2 des offline-Vertrags konkretisiert:

"Das erste Aktualisierungsdatum darf nicht später als sechs Monate nach dem Stichtag gemäss Ziffer 3.2 des Vertrags sein."

343. Hieraus wird deutlich, dass der einmal bezogene Datenbestand nicht alle sechs Monate integral erneuert werden muss, sofern innert sechs Monaten ab dem Stichtag der Selektion des übermittelten Datenbestandes die erste Aktualisierung erfolgt. Auf diesem Weg soll vermieden werden, dass ein völlig veralteter Datenbestand auf dem Weg der fernmelde-rechtlich vorgeschriebenen Aktualisierungsmethode mit unverhältnismässigem Aufwand abgeglichen werden muss. Die anzubietenden Aktualisierungsfrequenzen werden im Übrigen in Ziffer 2.4.2 der TV geregelt, wobei der Aktualisierungszeitraum auf sechs Monate festgelegt worden ist:

"Nach der blockweisen Übertragung der Verzeichnisdaten muss die Aktualisierung dieser Daten mindestens täglich oder in grösseren Abständen möglich sein, wobei der Aktualisierungszeitraum im Maximum sechs Monate umfasst."

344. Demnach kann der einmal bezogene Datenbestand ad infinitum aktualisiert werden, sofern zwischen dem erstmaligen Datenbezug und der ersten Aktualisierung beziehungsweise zwischen den jeweiligen weiteren Aktualisierungen nicht mehr als sechs Monate vergangen sind. Zum weiteren fernmelde-rechtlichen Gehalt dieser Regelung hat sich die Wettbewerbskommission nicht zu äussern.

C.3.2 Mengen- statt Zeittarif für die online-Nutzung der regulierten Verzeichnisdaten

345. SD verrechnet die online-Nutzung ihrer Verzeichnisdatenbanken seit dem Jahre 2001 nicht mehr über einen zeit- sondern einen mengenabhängigen Tarif. Diverse Kunden von SD rügen diese Umstellung vom Zeit- zum Mengentarif als missbräuchlich (vgl. etwa oben Rz. 6).

346. In der Tat steigen die Kosten des Datenbezugs, wenn die Abrechnung nach gesuchten beziehungsweise bezogenen Datenelementen statt nach Verbindungsdauer erfolgt. SD macht geltend, bei einer Anfrage müsse die effektive Rechenleistung des für die Datensuche eingesetzten Rechners beziehungsweise der Einsatz der hierfür verwendeten Software entschädigt werden; mithin müsse der Nutzer die Bean-

spruchung der Rechner- und Übermittlungskapazität der Datenbank als knappes Gut entgelten, nicht die Verbindung (resp. deren Dauer) als damals knappes Gut zur Datenbank. Je unpräziser eine Anfrage an das System gestellt werde, desto mehr mögliche Antworten würden generiert und übermittelt; entsprechend hoch würden Datenbank und Rechnerleistung belastet. Der Zeittarif führe jedoch im Gegensatz zum Mengentarif dazu, dass Nutzer mit gleich langen Verbindungszeiten ohne Rücksicht auf die jeweils unterschiedlich intensive und effiziente Nutzung der Datenbank den gleichen Nutzungspreis entrichten müssten, das heisst unabhängig davon, wie viele Daten gesucht, gefunden und übermittelt würden. Dies bedeute eine nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung ungleicher Datenbankbeanspruchungen.

347. Die Wettbewerbskommission erachtet es für einen Verzeichnisanbieter als wirtschaftlich durchaus legitim, durch unpräzise Anfragen verursachten Mehraufwand dem Kunden zu verrechnen. Die Verbindungszeit gibt in der Tat keine Hinweise über die effektive Nutzung einer Datenbank und die bezogene -menge. Es ist denn auch nicht die blosser Verbindung, welche eine Datenbank belastet, sondern erst ein gestarteter Suchvorgang und die Übermittlung der Abfrageergebnisse. Je präziser eine Suchanfrage gestellt wird, desto geringer fallen sodann die notwendige Rechnerleistung und Datenbankbeanspruchung aus. Umgekehrt wirkt sich eine unpräzise Anfrage belastender auf das System aus, weshalb mehr Ergebnisse übermittelt werden, welche denn auch abzugelten sind. Diesen Zusammenhängen wird ein Zeittarif nicht gerecht.

348. Sodann würde bei der Anwendung eines Zeittarifs die Verbindungsdauer zur Datenbank von der Bandbreite der verwendeten Internet-Verbindung abhängen. Dieses Kriterium ist für die Ermittlung einer verursacherorientierten Abgeltung der Datenbanknutzung untauglich. Dieser Schluss drängt sich nicht nur im Hinblick auf die Entgeltung der Datenbank- und Rechnerbelastung auf: Wie oben (Rz. 265 ff.) gezeigt wurde, hat eine Datenbankbetreiberin wie SD ein aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen gerechtfertigtes Interesse, den Aufwand für die Erhebung beziehungsweise Verarbeitung der einzelnen Verzeichnisdaten mindestens amortisieren zu können. Eine solche Amortisation tritt dann ein, wenn die einzelnen Datenelemente von den Nutzern möglichst oft abgefragt werden. Dieser Zusammenhang verlangt, dass ein Verrechnungssystem angewandt wird, welches sich auf den Redaktionsaufwand pro Datenelement bezieht - der Redaktionsaufwand und die Amortisation der Datenelemente dank wiederholter Nutzung (Abrufen der Verzeichnisdaten) können nur über einen Mengentarif zueinander in Relation gebracht werden. Ein Zeittarif trägt der Beziehung zwischen Redaktionsaufwand und dem Bedürfnis nach Amortisation durch mehrmaliges Abrufen der einzelnen Datenelemente nicht Rechnung und ist betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll.

349. Im Übrigen verwenden alle bekannten Online-Datenbanken einen Mengentarif (z.B. Westlaw, Tele-

data, Handelsregister, NZZ-Archiv etc.). Ein sachlicher Grund, weshalb gerade bei der Suche nach Verzeichnisdaten von diesem etablierten Modell abgewichen werden soll, ist nicht ersichtlich. Schliesslich hat das Verrechnungsmodell auf Grundlage des Zeittarifs dem unzulässigen Herunterladen des gesamten Datenbestandes von SD (resp. seinerzeit der Telecom PTT) Vorschub geleistet (vgl. auch oben, Rz. 3). Insofern bildet der Mengentarif auch eine taugliche Massnahme, um unzulässige Nutzungen der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten zu erschweren und damit das berechnete wirtschaftliche Anliegen von SD, diese Datenbank zu amortisieren, zu schützen. Die Wettbewerbskommission qualifiziert daher die Verwendung eines Mengentarifs als Verrechnungsmodell für den online-Bezug regulierter Verzeichnisdaten nicht als missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, sondern als sachlich gerechtfertigt.

C.3.3 Ergebnis

350. Aufgrund ihres faktischen Monopols auf dem Markt für elektronische Adresdaten nimmt SD auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen, eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG ein.

351. SD bringt vor, dass es nicht der Praxis der Wettbewerbskommission entspreche, im Falle der Einstellung der Untersuchung das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im Dispositiv festzustellen. Zudem sei dies auch keine zu treffende Massnahme im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG. Zwar trifft es zu, dass die diesbezügliche Praxis nicht ganz einheitlich ist. Unter Hinweis auf ZÄCH¹⁴⁰ und die Untersuchung Recymet SA (RPW 1997/4, S. 503 f.) ist jedoch festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission auch bei Einstellung einer Untersuchung hinsichtlich aller anderen Punkte gestützt auf Artikel 30 Absatz 1 KG die Marktbeherrschung feststellen kann. Dies gerade im Hinblick auf Artikel 9 Absatz 4 KG, welcher im Falle eines späteren Zusammenschlusses eine Meldepflicht statuiert. Dadurch wird nicht die Marktbeherrschung als solche für unzulässig erklärt, jedoch soll die Wettbewerbskommission ihre durch das Gesetz eingeräumte Kontrollmöglichkeit wahrnehmen. Die von SD angeführten Fälle sind nur bedingt mit der vorliegenden Situation vergleichbar, da es sich um Untersuchungen handelt, die aufgrund einer einvernehmlichen Regelung oder einer Anpassung des Verhaltens durch die Unternehmen eingestellt wurden.

352. Es liess sich nicht nachweisen, dass der Preis für den online-Zugang sowie die offline-Überlassung regulierter Verzeichnisdaten weder im Verhältnis zu den ETV-Angeboten von SD noch in Betrachtung der Preisbildung an sich als im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG missbräuchlich qualifiziert werden kann.

353. Ferner ist davon auszugehen, dass die Nutzungsbedingungen, welche SD für den online-Zugang so-

wie die offline-Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten formuliert, auf sachlichen Gründen beruhen und nicht als Ausdruck einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren sind.

354. Auf der Grundlage der von SD hergestellten, verwalteten und herausgegebenen regulierten Verzeichnisdaten ist die Entstehung von Wettbewerb auf dem schweizerischen Verzeichnismarkt in Konkurrenz zu den ETV-basierten Produkten von SD möglich. Markteintritte sind sehr wohl kapital- und innovationsintensiv, doch können in diesem Umstand angesichts der Partikularitäten dieses Marktes keine unüberwindbaren Markteintrittsschranken erblickt werden.

355. Die Verwendung eines Mengentarifs für die Verrechnung von online-Anfragen an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten beruht auf sachlichen Gründen und ist nicht missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 KG.

356. Die Untersuchung ist daher einzustellen.

357. Betreffend das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung von SD ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Artikel 25 Absatz 2 VwVG ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Die Rechtsprechung orientiert sich für den Begriff des schutzwürdigen Interesses an der Beschwerdelegitimation nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG und Artikel 103 Buchstabe a OG (BGE 114 V 201 E.2.c). Die Rechtsprechung präzisiert, dass das Interesse grundsätzlich aktuell, unmittelbar und besonders sein muss (BGE 120 Ib 355 E.3.b). Die Untersuchung wird folgenlos eingestellt und die in Frage stehenden Verhaltensweisen nicht als kartellrechtlich problematisch eingestuft. Damit besteht auf Seiten SD kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse am Erlass einer Verfügung bezüglich der Meldefähigkeit.

358. Dies gilt auch mit Blick auf den in Artikel 9 BV statuierten Vertrauensschutz. Der Grundsatz von Treu und Glauben schützt dabei insbesondere auch berechtigtes Vertrauen auf behördliches Verhalten und unter gewissen Voraussetzungen auf Auskünfte von Behörden im Speziellen (BGE 121 II 473 E.2.c). Im vorliegenden Fall erscheint es deshalb nach Auffassung der Wettbewerbskommission aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes als ausgeschlossen, dass SD für den der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt gestützt auf Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert werden könnte. Dies unterstreicht, dass auch bezüglich des von SD vorgebrachten Sanktionsrisikos kein Interesse an einer Feststellungsverfügung besteht.

¹⁴⁰ ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 628.

D. Kosten

359. Gemäss Artikel 53a Absatz 1 Buchstabe a KG¹⁴¹ erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 26-31 KG. Nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2¹⁴²) sind Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, von der Bezahlung von Gebühren befreit, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.

360. SD ist Verursacherin des vorliegenden Verfahrens. Da sich die Anhaltspunkte aus der vorangehenden Vorabklärung (Art. 26 KG) für ein wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten in der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund folgenlos eingestellt wird, ist SD nicht gebührenpflichtig.

361. Dritte, auf deren Anzeige hin ein Verfahren nach Artikel 26-30 KG durchgeführt wird, bezahlen ebenfalls keine Gebühren (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebüh-

renverordnung). Die als Parteien beteiligten Unternehmen sowie die beteiligten Dritten ohne Parteistellung sind daher nicht gebührenpflichtig.

E. Dispositiv

Demnach verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom Directories AG auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen, eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG innehält.
2. Die Untersuchung wird im Übrigen eingestellt.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. [Eröffnung]
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

¹⁴¹ Fassung gemäss AS 2004 1385, 1390.

¹⁴² Fassung gemäss AS 2004 1391.

B 2.2	2. <i>Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG</i>
-------	---

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 5 KG und/oder Artikel 7 KG

Der Vertriebsvertrag zwischen Coca Cola Beverages AG (CCB) und der Feldschlösschen Getränke Holding AG (Feldschlösschen) vom 17. Juli 2000 stellt keine unzulässige Abrede gemäss Artikel 5 KG dar (Keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs: Möglichkeiten zum Bezug beziehungsweise zur Lieferung von Getränken ausserhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals; geringe Wirkung auf den Wettbewerb innerhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals).

Keine unzulässige Verhaltensweise von CCB im Sinne von Artikel 7 KG im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag vom 17. Juli 2000 und dem Contract Bottling Agreement (Verbleibende Abfüllmöglichkeiten für Konkurrenten, keine gezielte Preisunterbietung).

Keine unzulässige Verhaltensweise von Feldschlösschen im Sinne von Artikel 7 KG im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag vom 17. Juli 2000 und dem Contract Bottling Agreement (Unterschiedliche Preislisten wurden aufgehoben; Verzicht auf aktive Verkaufsförderung für Pepsi-Produkte ist zulässig, da andere Verkaufsförderungsmöglichkeiten bestehen und der Einsatz des Verkaufsteams zur Förderung von Pepsi-Produkten nicht rentabel ist [Opportunitätskosten]).

Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Gaststätten mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren, die sich nicht auf die Einführung neuer Getränkearten beziehen, stellen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG dar, sofern sie nicht mit einem finanziellen Engagement von Feldschlösschen verbunden sind und in der über fünf Jahre hinausreichenden Periode von den Gaststätten unter Rückzahlung der Restschuld jederzeit kündbar sind (Erheblichkeit gemäss Vertikalbekanntmachung, Verzicht auf eine Kündigungsklausel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht notwendig).

Le contrat de distribution entre Coca Cola Beverages AG (CCB) et Feldschlösschen Getränke Holding AG (Feldschlösschen) du 17 juillet 2000 ne constitue pas un accord illicite au sens de l'article 5 LCart (pas d'entrave notable à la concurrence: possibilités d'approvisionnement, respectivement de livraison de

boissons en dehors du canal de distribution Feldschlösschen; peu d'effet sur la concurrence au sein du canal de distribution Feldschlösschen).

Pas de comportement illicite de CCB au sens de l'article 7 LCart en rapport avec le contrat de distribution du 17 juillet 2000 et le Contract Bottling Agreement (possibilité résiduelle de mise en bouteille pour les concurrents, pas de sous-enchère ciblée en matière de prix).

Pas de comportement illicite de Feldschlösschen au sens de l'article 7 LCart en rapport avec le contrat d'approvisionnement du 17 juillet 2000 et Contract Bottling Agreement (abandon des listes de prix différenciées, admissibilité du renoncement à la promotion active des ventes de produits Pepsi, car il existe d'autres possibilités pour soutenir les ventes et que l'engagement de l'équipe de vente pour la promotion des produits Pepsi n'est pas rentable [coûts d'opportunité]).

Les contrats d'exclusivité entre Feldschlösschen et les restaurants conclus pour une durée de plus de cinq ans, qui ne se rapportent pas à l'introduction d'une nouvelle boisson, constituent un accord illicite au sens de l'article 5 LCart s'il ne sont pas liés à un engagement financier de Feldschlösschen et ne peuvent être résiliés en tout temps par les restaurateurs au cours de la période allant au-delà de cinq ans moyennant remboursement du solde de la dette (notabilité selon la Communication sur les accords verticaux, non nécessité de renoncer à une clause de résiliation pour des motifs d'efficacité économique).

Il contratto di distribuzione fra Coca Cola Beverages AG (CCB) e Feldschlösschen Getränke Holding AG (Feldschlösschen) del 17 luglio 2000 non è da considerare un accordo illecito giusta l'articolo 5 LCart (nessun intralcio notevole della concorrenza: possibilità di acquistare, rispettivamente, di essere rifornito di bibite al di fuori del canale di distribuzione Feldschlösschen; impatto limitato sulla concorrenza all'interno del canale di distribuzione Feldschlösschen).

Nessun comportamento illecito da parte di CCB giusta l'articolo 7 LCart in relazione al contratto di distribuzione del 17 luglio 2000 e al Contract Bottling Agreement (sufficienti alternative per l'imbottigliamento a disposizione dei concorrenti; nessuna vendita sotto prezzo).

Nessun comportamento illecito da parte di Feldschlösschen ai sensi dell'articolo 7 LCart in relazione al contratto di distribuzione del 17 luglio 2000 e al Contract Bottling Agreement (sono stati applicati dei listini prezzi diversi; la rinuncia ad una promozione di vendita di prodotti Pepsi attiva è lecita, visto che esistono altre possibilità di promuovere le vendite e che l'impiego del gruppo vendite per la promozione dei prodotti Pepsi non è redditizio (costi d'opportunità)).

Accordi esclusivi conclusi tra Feldschlösschen e gli esercizi pubblici per una durata superiore ai cinque anni, che non si riferiscono all'introduzione di nuovi tipi di bibite, sono considerati degli accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 LCart, se non sono legati ad un impegno finanziario di Feldschlösschen e che prevedono dopo cinque anni la possibilità per gli esercizi pubblici di rescindere il contratto ad ogni momento previo rimborso del debito restante (intrapreso notevole giusta la comunicazione relativa agli accordi verticali, la rinuncia alla clausola di rescissione non è necessaria per motivi di efficienza economica).

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

A.1.1 Gegenstand 1

1. Gegenstand der Untersuchung sind der Vertriebsvertrag zwischen der Coca Cola Beverages AG und der Feldschlösschen Getränke Holding AG vom 17. Juli 2000 und das Contract Bottling Agreement vom 26. Juli/12. September/25. September 2000 zwischen The Coca Cola Company, The Coca Cola Export Corporation, Coca Cola Beverages AG und der Mineralquelle Eglisau AG sowie das mit diesen Vereinbarungen zusammenhängende Verhalten der Vertragsparteien beziehungsweise Mutter-, Tochter-, oder Schwesterunternehmen der Vertragsparteien.

2. Coca-Cola Beverages AG (nachfolgend CCB) ist das für die Abfüllung und den Vertrieb verantwortliche Unternehmen von Coca-Cola-Produkten in der Schweiz. CCB wird von der Coca-Cola Hellenic Bottling Company SA, Griechenland, kontrolliert. Grösster Aktionär der Coca-Cola Hellenic Bottling Company SA ist die griechische Kar-Tess, The Coca Cola Company hält ca. 23%.

3. The Coca Cola Company (nachfolgend TCCC) ist Franchisegeberin und Inhaberin der Markenrechte für Coca-Cola Produkte in der Schweiz. TCCC ist in der Schweiz durch die Tochtergesellschaft Coca Cola AG, Brütisellen, vertreten. TCCC hat die Markenrechte für Coca-Cola Produkte in der Schweiz an CCB lizenziert. Zur Herstellung der Coca-Cola Produkte bezieht CCB das notwendige Konzentrat von einer TCCC-Konzerngesellschaft.

4. CCB stellt folgende von TCCC lizenzierte Marken her: Coca-Cola, Coca-Cola light, Sprite, Fanta, Kinley. Weiter stellt CCB gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung mit Coca-Cola Nestlé Refreshment Company S.A., einem Gemeinschaftsunternehmen von TCCC und Nestlé SA (vgl. RPW 2001/4, S. 746 ff.), Nestea her und vertreibt diese über ihre Vertriebskanäle. Zudem vertreibt CCB "Minute-Maid" Fruchtsäfte, welche ein Produkt von TCCC darstellen.

5. Im Jahr 2001 übernahmen die Coca-Cola Hellenic Bottling Company SA und TCCC je 50 Prozent der Aktien der Valser Mineralquellen AG. Produkte der Valser Mineralquelle AG sind die Getränke Valser Classic, Valser Naturelle und Valser Limelite (vgl. Medienmitteilung Valser Mineralquelle AG, Hess Group AG, CCB, Coca-Cola AG vom 9.7.2002).

6. Die Feldschlösschen Getränke Holding AG, Rheinfelden (Feldschlösschen), ist ein Unternehmen der Carlsberg-Gruppe. Die Carlsberg-Gruppe ist gemäss Angaben von Feldschlösschen das international fünfgrösste Bierunternehmen.

7. Feldschlösschen ist gemäss eigenen Angaben ein führender Getränkeproduzent der Schweiz mit sieben Produktionsstätten. Dabei ist sie insbesondere in den Bereichen Bier (Feldschlösschen, Cardinal, Hürlimann, Löwenbräu, Warteck, Gurten, Valaisanne) und Mineralwasser (Arkina, Passuger, Rhäzünser, Allegra, AQUI) tätig. Daneben verfügt sie bei den alkoholfreien Softdrinks über die Marken Rhäzünser sowie Elmer Citro und besitzt eine vertragliche Vereinbarung zur Herstellung von Schweppes. Feldschlösschen verfügt über ein schweizweites Vertriebssystem für Getränke mit 19 Verteilzentren. Feldschlösschen war zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung Eigentümerin der Eglisau Mineralquelle AG.

8. Gestützt auf ein Exclusive Bottling Agreement vom 1. Januar 1986 nahm Feldschlösschen bis Ende 2000 die Herstellung und den Vertrieb der Produkte von PepsiCo, Inc. (Pepsi Cola, Pepsi Light, Pepsi Max, 7-UP) vor. Bestandteil dieses Vertrags war dabei auch die Marktbearbeitung durch Feldschlösschen.

9. Das Exclusive Bottling Agreement wurde am 14. Dezember 1999 auf Ende 2000 gekündigt.

10. Am 17. Juli 2000 schlossen Feldschlösschen und CCB einen Vertriebsvertrag ab (nachfolgend Vertriebsvertrag). Dieser regelt die Art und den Umfang der Zusammenarbeit, legt die Aufgabenverteilung fest und sieht Zahlungsleistungen vor. Im Detail wird unter anderem Folgendes vereinbart: [...].

11. Der Vertriebsvertrag wurde für eine Dauer von [...] mit Beginn [...] abgeschlossen. [...].

12. In der zweiten Jahreshälfte 2000 (26.7./12.9./25.9.2000) schlossen TCCC, The Coca Cola Export Corporation, CCB und die Mineralquelle Eglisau AG ein Contract Bottling Agreement (nachfolgend Bottling Agreement). In diesem wird die Abfüllung von Coca-Cola Produkten [...] durch die Mineralquelle Eglisau AG per [...] vereinbart. Das Bottling Agreement dauert bis [...], wobei es [...].

13. Feldschlösschen teilt im Vertrieb an die Gastronomie die angebotenen Getränke auf zwei Listen auf, die so genannte "rote Liste" mit Gruppenprodukten der Feldschlösschen Getränke AG und die so genannte "blaue Liste" mit Handelsprodukten der Feldschlösschen Getränke AG. Auf die Produkte der roten Liste werden höhere Rabatte gewährt als auf diejenigen der blauen Liste. Pro Getränkeart wird nur eine Marke auf der roten Liste geführt. Per 1. Januar 2001 wurden die Pepsi-Produkte von der roten Liste auf die blaue Liste umplatziert, während die Coca-Cola Produkte auf die rote Liste gestellt wurden.

14. Im Juli 2003 wurde die Mineralquelle Eglisau von Feldschlösschen an Thurella AG verkauft.

15. Am 8. Januar 2004 beendeten CCB und Feldschlösschen den Vertriebsvertrag vom 17. Juli 2000 im

gegenseitigen Einvernehmen vorzeitig per 31. Dezember 2003.

16. Am 22. April 2004 schlossen CCB und Feldschlösschen einen neuen Rahmenvertrag betreffend den Vertrieb von TCCC-Produkten. Dieser Vertrag kann periodisch gekündigt werden.

17. In der Feldschlösschen-Preisliste 2004 für die Gastronomie figurieren die Coca-Cola Produkte wieder auf der "blauen Liste". Sowohl Pepsi- als auch Coca-Cola Produkte befinden sich damit auf derselben (blauen) Liste.

A.1.2 Gegenstand 2

18. Im Laufe des Verfahrens wurde die Untersuchung ex officio auf einen weiteren Untersuchungsgegenstand ausgeweitet.

19. Dieser Untersuchungsgegenstand umfasst die mehrjährigen Getränkelieferverträge von Feldschlösschen mit Hotels, Restaurants, Cafés, Kantinen etc. (Horeka-Betriebe), welche Bestimmungen über den exklusiven Bezug von Getränken enthalten.

A.2 Verfahren

20. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2000 reichte Pepsi beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) folgende Anträge ein:

"1. Es sei eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) oder eventuell eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 des Kartellgesetzes (KG) einzuleiten.

2. Feldschlösschen sei zu verpflichten, die CCAG (Coca Cola AG) auf der so genannten roten Verkaufsliste wieder durch die Antragsstellerin zu ersetzen und sicherzustellen, dass die gleichen Distributionsleistungen für Pepsi-Produkte wie vor dem Abschluss der Vereinbarung zwischen ihr und der CCAG erbracht werden und dass die Service-Leistungen der Tochtergesellschaft von Feldschlösschen 'Gastroservice' weiterhin wenigstens denjenigen Gaststätten zur Verfügung stehen, die bereits vor Abschluss der Vereinbarung zwischen ihr und der CCAG diese Leistungen in Anspruch nahmen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Antragsgegnerinnen (Coca Cola AG und Feldschlösschen Getränke AG)."

21. Im genannten Schreiben macht Pepsi geltend, sie würde durch missbräuchliche Verhaltensweisen der Coca Cola AG, in Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung und durch missbräuchliche Manipulation von Feldschlösschen beziehungsweise missbräuchlicher Verwendung deren marktbeherrschender Stellung, in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindert.

22. Am 20. November 2000 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Coca Cola AG und Feldschlösschen. Gegenstand der Untersuchung bildet

insbesondere die zwischen Coca-Cola und Feldschlösschen im Sommer 2000 abgeschlossene Vereinbarung über die Produktion und Distribution von kohlenäurehaltigen Softdrinks und die damit zusammenhängende Benachteiligung von Konkurrenzprodukten hinsichtlich des Vertriebs an Hotels, Restaurants, Kantinen, Cafés etc. Die Untersuchungseröffnung wurde Coca-Cola und Feldschlösschen mit Schreiben desselben Tages mitgeteilt, Pepsi mit Schreiben vom 21. November 2000. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels Bekanntmachung vom 12. Dezember 2000 im Bundesblatt bekannt.

23. Am 22. November 2000 wurde die Untersuchung auch gegen CCB eröffnet und dies CCB mit Schreiben des gleichen Tages mitgeteilt.

24. Mit Schreiben vom 27. November 2000 teilte das Sekretariat Feldschlösschen, CCB, Coca-Cola und Pepsi mit, dass das Sekretariat beabsichtigt, der Weko den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen, und lud sie hiezu zur Stellungnahme ein. Mit selbigen Schreiben wurden Auskunftsbegehren an Feldschlösschen, CCB und Coca-Cola gestellt.

25. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2000 teilte Coca Cola AG mit, dass Coca Cola AG weder an den Vertragsverhandlungen mit Feldschlösschen beteiligt war, noch Partei in dieser Vertragsbeziehung ist und deshalb nicht in der Lage ist, bezüglich den vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen beziehungsweise den Fragebogen vom 27. November 2000 zu beantworten.

26. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2000 und 11. Dezember 2000 nahmen Pepsi, CCB und Feldschlösschen bezüglich vorsorglicher Massnahmen Stellung und reichten die Antworten auf die Auskunftsbegehren ein.

27. Nach Analyse der eingegangenen Stellungnahmen teilte das Sekretariat mit Schreiben vom 13. Dezember 2000 der Kommission mit, dass es davon absieht, der Kommission einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen. Dies wurde sämtlichen Parteivertretern gleichentags telefonisch mitgeteilt.

28. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2000 wurde Feldschlösschen, CCB, Coca Cola AG und Pepsi mitgeteilt, dass die Weko dem Antrag des Sekretariats, in der Sache vorderhand keine vorsorglichen Massnahmen zu erlassen, gefolgt ist.

29. Mit Schreiben vom 5. September 2001 teilte das Sekretariat Pepsi, Coca Cola AG, CCB und Feldschlösschen mit, dass die laufende Untersuchung gegen Coca Cola AG, Feldschlösschen und CCB auf die Produktion und den Vertrieb von Getränkesortimenten an Hotels, Restaurants, Kantinen, Cafés etc. ausgedehnt wird. Die Ausdehnung der Untersuchung wurde im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt gegeben.

30. Im Rahmen des Verfahrens wurden Auskünfte bei Feldschlösschen, CCB und Pepsi eingeholt. Daneben gaben Feldschlösschen, CCB und Pepsi Stellungnahmen ab.

31. Zur Abklärung des Sachverhalts wurden zudem Auskünfte bei Gastroverbänden eingeholt sowie die Eichhof Holding AG, Heineken Switzerland, Kronenbourg Suisse SA und die Brauerei Schützengarten AG befragt.

32. Weitere Informationen wurden bei der Vereinigung Gefako sowie lokalen und regionalen Brauereien eingeholt. Ein unaufgefordertes Schreiben ging von der Stiftung Abendrot ein.

33. Am 12. Mai 2003 fand eine Anhörung von Feldschlösschen durch das Sekretariat statt. Im Rahmen dieser Anhörung erläuterte Feldschlösschen die Stellung von Carlsberg und der Feldschlösschen-Gruppe auf dem Biermarkt, das Getränkevertriebssystem von Feldschlösschen und die bisherigen Strategien sowie die künftige Ausrichtung der Gruppe. Weiter wurde die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung besprochen.

34. Mit Schreiben vom 17. Juni 2003 stellte das Sekretariat Feldschlösschen den vorgängig besprochenen Entwurf einer einvernehmlichen Regelung zu. Am 22. August 2003 nahm Feldschlösschen zu diesem Entwurf Stellung.

35. Im Rahmen des Verfahrens nahmen CCB, Feldschlösschen und Pepsi wiederholt Einsicht in die Akten.

36. Mit Schreiben vom 6. Mai 2004 stellte das Sekretariat den Verfügungsantrag CCB, Pepsi und Feldschlösschen zur Stellungnahme zu.

37. Mit Schreiben vom 28. Juni 2004 nahm CCB zum Verfügungsantrag Stellung, Pepsi mit Schreiben vom 14. Juli 2004 und Feldschlösschen mit Schreiben vom 9. August 2004.

38. Am 27. September 2004 führte die Wettbewerbskommission eine Anhörung der Parteien durch. An dieser Anhörung nahmen Pepsi, Feldschlösschen, CCB und Coca-Cola AG teil.

39. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2004 und 26. Oktober 2004 reichte Pepsi weitere Stellungnahmen ein. Diese Stellungnahmen stellte das Sekretariat CCB, Feldschlösschen und Coca-Cola AG zu. Diese nahmen mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 (Feldschlösschen), 29. Oktober 2004 (Coca-Cola AG) und 1. November 2004 (CCB) Stellung.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

40. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 20. Juni 2003 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

41. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Feld-

schlösschen, Coca Cola AG und CCB sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Vereinbarung zwischen Feldschlösschen und Coca Cola Beverages AG vom 17. Juli 2000 - Artikel 5 KG

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

B.3.1 Abrede

46. Als Abreden 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).

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

48. Im vorliegenden Fall haben Feldschlösschen und CCB eine schriftliche Vereinbarung geschlossen. Der Vertriebsvertrag regelt die Art und den Umfang der Zusammenarbeit, legt die Aufgabenverteilung fest

und sieht [...] vor. Das Tatbestandsmerkmal des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist somit erfüllt.

49. Durch den erwähnten Vertrag bevorzugt Feldschlösschen in ihrem Vertriebskanal CCB-Produkte und wird aufgrund der von CCB vertraglich zugesicherten [...] bestrebt sein, mit Kunden möglichst viele Dauerlieferverträge, welche TCCC-Produkte beinhalten, abzuschliessen. Hiedurch wird der Wettbewerb bei den nicht alkoholischen Getränken (Softdrinks) innerhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals eingeschränkt. Aufgrund dessen ist das zweite Tatbestandselement der Abrede, das heisst das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung, erfüllt.

50. Es kann jedoch eingewendet werden, der vorliegende Vertriebsvertrag stelle lediglich den Einkauf einer bestimmten Dienstleistung durch ein Unternehmen bei einem anderem Unternehmen dar, nämlich den Einkauf von Promotion und Absatzförderung durch CCB in der Funktion als Getränkehersteller bei Feldschlösschen in der Funktion als Getränkevertreiber, spezielle wettbewerbsbeschränkende Vertragsklauseln wie Exklusivität seien nicht vorgesehen. Der Einkauf bestimmter Leistungen bei Dritten ist in einem arbeitsteiligen Produktionsprozess, welcher moderne Wirtschaftssysteme kennzeichnet, alltäglich und es würde den Begriff der Wettbewerbsabrede vielleicht überstrapazieren, würde allein der Einkauf einer Leistung bei einem Dritten als solche qualifiziert.

51. Im vorliegenden Fall kann jedoch die Frage offen bleiben, ob es sich um eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG handelt, da diese - wie nachfolgend gezeigt wird - keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bewirken würde.

B.3.2 Erheblichkeit

52. Um die Frage der Erheblichkeit zu beurteilen, ist in einem ersten Schritt der relevante Markt abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Auswirkung der Abrede auf diesen Markt zu klären.

B.3.2.1 Der relevante Markt

53. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 12.3.2004 [VKU; SR 251.4]).

54. Marktgegenseite stellen im vorliegenden Fall Hotels, Restaurants, Cafés, Kantinen und ähnliches dar (nachfolgend Horeka-Betriebe oder Gaststätten). Die Gaststätten fragen Getränke nach, welche von ihren Besuchern konsumiert werden.

55. Es stellt sich die Frage, ob der Getränkeabsatz an Gaststätten vom Getränkeabsatz an Privatpersonen zwecks Heimkonsum zu unterscheiden ist. Dies ist - entgegen der Meinung von CCB - zu bejahen. Das Verhalten des Endkonsumenten im Horeka-Bereich

zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass neben dem physischen Produkt zusätzliche Dienstleistungen erworben werden und die Kunden im Horeka-Kanal grundsätzlich deutlich weniger preissensitiv sind als die Endkunden im Detailhandel (vgl. RPW 2001/4, S. 749 f., Ziff. 21). Dieses Verhalten der Endkonsumenten schlägt auf das Nachfrageverhalten der Gaststätten durch: Gaststätten werden ihre Kaufentscheidungen stark vom "Brand" eines Produktes und dem damit verbundenen Image abhängig machen und den Kaufpreis verhältnismässig geringer gewichten, als dies im Detailhandel der Fall ist. Aus diesem Grund sind unter anderem "No-Name-Produkte", welche im Detailhandel stark vertreten sind, in Gaststätten kaum zu finden. Gaststätten zeigen aus diesen Gründen ein anderes Nachfrageverhalten als Privatpersonen bezüglich ihres Heimkonsums.

56. Als nächstes ist zu prüfen, welche Getränkearten von den Gaststätten als Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden. Diesbezüglich ist als erstes eine Unterscheidung zwischen alkoholischen und nicht alkoholischen Getränken zu machen.

57. Der Vertriebsvertrag zwischen Feldschlösschen und CCB betrifft nicht alkoholische Getränke. Es ist demnach nachfolgend nur die Substituierbarkeit zwischen nicht alkoholischen Getränken weiter zu beurteilen.

58. Bei den nicht alkoholischen Getränken können hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes grundsätzlich insbesondere folgende Gruppen unterteilt werden: Heissgetränke (Kaffee, Tee, Schokoladetränke), Mineralwasser, kohlen-säurehaltige Softdrinks inkl. Eistee (Getränke mit Cola-, Citro-, Orangengeschmack, Rivella etc.; nachfolgend CSD) sowie Fruchtsäfte.

59. Die Produkte von CCB sind den Gruppen kohlen-säurehaltige Softdrinks, Mineralwasser und Fruchtsäfte zuzuordnen. Als relevante Märkte werden daher im vorliegenden Fall der Markt kohlen-säurehaltige Softdrinks inkl. Eistee (CSD), der Markt für Mineralwasser sowie der Markt für Fruchtsäfte angesehen. Die exakte Marktabgrenzung kann jedoch offen gelassen werden, da - weil eben die Marktverhältnisse bei allen Marktabgrenzungen gleich sind (siehe Ziff. 55 ff.) - auch bei einer engeren oder weiteren Marktabgrenzung keine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt.

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

61. Herrschen in einem Gebiet homogene Wettbewerbsbedingungen, kann dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt aufgefasst werden, selbst wenn die einzelnen Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite die Güter in einem begrenzteren räumlichen Gebiet nachfragen (Zusammenschlussvorhaben Migros-Globus, RPW 1997/3, S. 369, Ziff. 25 ff.).

62. Vorliegend bieten sämtliche relevanten Hersteller von CSD, Fruchtsäften und Mineralwasser ihre Produkte schweizweit an. Unterschiede in Wettbewerbsbedingungen sind zwischen einzelnen Regionen nicht auszumachen. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt vorliegend das Gebiet der Schweiz.

B.3.2.2 Wirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt

63. Die Abklärungen haben ergeben, dass für die Gaststätten neben der Möglichkeiten, Getränke von Feldschlösschen zu beziehen, zahlreiche andere Wege bestehen, Getränke einzukaufen. Wichtige andere Bezugskanäle sind Heineken Switzerland (nachfolgend Heineken), Eichhof Holding AG (nachfolgend Eichhof), unabhängige Distributeure der Vereinigung Gefako, sowie partiell regionale Brauereien, welche als Getränkhändler fungieren.

64. Heineken verfügt über ein schweizweites Netz von eigenen Depots, welches in den vergangenen Jahren laufend ausgebaut wurde und in näherer Zukunft weiter ausgebaut wird.

65. Eichhof ist im Raum zwischen Olten und Chiasso und zwischen Fribourg und Winterthur tätig und verfügt hiezu über eine eigene Infrastruktur (insbesondere eigene Verteilzentren in Luzern, Nebikon, Belp, Zürich und Bellinzona).

66. Die Gefako zählt 54 unabhängige Depositäre als Mitglieder. Diese sind in der Deutschschweiz tätig. Nicht vertreten ist Gefako in der Romandie und in der italienischsprachigen Schweiz sowie in den Kantonen Freiburg, Wallis und Graubünden. Gefako schätzt ihren Marktanteil in der Deutschschweiz auf 20% und bezogen auf die Gesamtschweiz auf 14%.

67. Weiter bestehen Getränkelieferanten in Form von regionalen und lokalen Brauereien, welche nicht alle Mitglied der Gefako sind. Das Absatzgebiet dieser Brauereien ist in der Regel zwar geografisch beschränkt, innerhalb dieses Gebietes sind die betreffenden Brauereien jedoch in der Regel gut verankert. Diese Brauereien spielen insbesondere in der Ostschweiz eine wichtige Rolle. In diesem Gebiet bestehen folgende unabhängige Brauereien, welche auch als Getränkehändler auftreten: Schützengarten AG, St. Gallen, Löwengarten AG, Rorschach, Sonnenbräu AG, Rebstein, Stadtbühl, Gossau (Gefako-Mitglied), Falken AG, Schaffhausen (Gefako-Mitglied). Im Raum Bern sind die Brauerei Egger AG, Bern, und die Brauerei Rugenbräu, Interlaken (Gefako-Mitglied), zu nennen.

68. Pepsi bringt bezüglich dieser Kanäle vor, CCB habe es verstanden, die meisten Depositäre - darunter Eichhof und Heineken - mit einem ausgeklügelten Treuerabatt- und Bonussystem an sich zu binden. Die Absatzalternativen würden Pepsi daher gar nicht offen stehen.

69. Im Laufe der Untersuchung wurden Depositäre zu diesem Sachverhalt befragt. Konkret wurden bei Getränkehändlern unter anderem zu folgenden Elementen Auskünfte eingeholt:

a) Produkte im Sortiment, welche nicht der Coca-Cola Gruppe zuzurechnen sind, aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Getränkearten,

b) Exklusivverträge mit der Coca-Cola Gruppe,

c) Vertragliche vereinbarte Bevorzugung von Produkten der Coca-Cola Gruppe gegenüber Konkurrenzprodukten,

d) von der Coca-Cola Gruppe gewährte Treueprämien für den Verzicht der Führung von Konkurrenzprodukten oder für die begrenzte Führung von Konkurrenzprodukten.

70. Die Befragung förderte aktenkundig keine Existenz von Exklusivvereinbarungen, Treueprämien oder andere wettbewerbsbeschränkende Klauseln zu Tage. Es stellt sich die Frage nach der Glaubwürdigkeit des Ergebnisses. Diesbezüglich ist anzumerken, dass das Abstellen auf Umfrageergebnisse konstanter Praxis der Wettbewerbskommission entspricht. Dabei ist die Möglichkeit zu strategischen Antworten jeweils angemessen zu berücksichtigen. Vorliegend war die Befragung jedoch zum einen breit angelegt und ergab ein eindeutiges Bild. Zum anderen bezog sich die Fragestellung weder auf subjektive Wertungen (z.B. Präferenzen), noch liess sie den Antwortenden Interpretationsspielraum (z.B. Schätzung von Marktanteilen), vielmehr bezog sie sich auf das Vorliegen von konkreten Vertragsklauseln beziehungsweise die konkrete Ausgestaltung des Sortiments, was die Möglichkeit zu strategischen Antworten stark einschränkt. Es ist daher - bis zum Beweis des Gegenteils - von der Korrektheit der Angaben auszugehen.

71. Entsprechend ist festzuhalten, dass Gaststätten und Getränkeherstellern neben dem Feldschlösschen-Kanal verschiedene andere Möglichkeiten zum Bezug beziehungsweise zur Lieferung von Getränken zur Verfügung stehen und diese nicht einseitig auf Coca-Cola Produkte ausgerichtet sind. Dies mindert das Ausmass der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den vorliegend zu beurteilenden Vertriebsvertrag.

72. Als nächstes ist die Wirkung des Vertriebsvertrags auf den Wettbewerb zwischen den Anbietern von CSD, Mineralwasser und Fruchtsäften innerhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals zu prüfen. Der Vertriebsvertrag sieht keine Exklusivitätsklauseln vor. Auch nach dem Abschluss des Vertriebsvertrags führt Feldschlösschen weiter die Konkurrenzmarken von CCB vollumfänglich im Angebot. Die einzige Veränderung ist dahingehend festzustellen, dass Feldschlösschen aufgrund des Vertriebsvertrages einen Anreiz besitzt, mittels Preispolitik und Promotionsmassnahmen möglichst viele Kunden zum Abschluss von mehrjährigen Bezugsverträgen bezüglich CCB-Produkten zu bewegen und diesen Anstrengungen nach Auffassung der Wettbewerbskommission auch unternommen hat. Diesen Anstrengungen steht aber die Möglichkeit der Konkurrenten von CCB entgegen, ebenfalls mittels Preisrabatten und Promotion den Absatz ihrer Produkte in Gaststätten zu fördern. Der einzige Unterschied beziehungsweise Wettbewerbsnachteil der Konkurrenten besteht darin, dass diese

die entsprechenden Massnahmen in Eigenregie vornehmen müssen, während CCB die entsprechenden Arbeiten durch Feldschlösschen durchführen lassen kann. Dabei ist zu erwähnen, dass Konkurrenten von CCB weiterhin zahlreiche Wege offen stehen, den Absatz ihrer Produkte in Horeka-Betrieben zu steigern. Zu nennen sind andere Getränkehändler, welche Gaststätten beliefern, die Möglichkeit zu eigenen Vertreterbesuchen - eventuell in Zusammenarbeit verschiedener Getränkeherstellern - sowie diverse weitere Marketingmassnahmen. Weiter ist die Bedeutung der Horeka-spezifischen Promotion und Verkaufsförderung, wie sie von Feldschlösschen vorgenommen wird, ohnehin als tief einzustufen. Entscheidend sind vielmehr die Werbung und das Marketing für ein Produkt im Allgemeinen, durch die der Bekanntheitsgrad und die Beliebtheit *beim Endkonsumenten* beeinflusst werden und welche sich sowohl auf den Horeka-, als auch den Heimmarkt beziehen. Für solche Werbung steht die breite Palette des Marketingmixes zur Verfügung. Entsprechend ist die Wirkung des Vertriebsvertrags auf den Wettbewerb zwischen den Getränkeanbietern innerhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals als gering einzuschätzen.

73. Pepsi bestreitet in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag diese Ausführungen und macht geltend, Werbung und Marketing für ein Produkt im Allgemeinen hätten einen verschwindend kleinen Einfluss auf den Absatz in Horeka-Betrieben. Viel wichtiger seien die innerhalb der Vertriebskette vorgenommenen Marketingaktivitäten. Pepsi widerlegt diese Aussage in ihrer Stellungnahme jedoch selbst, indem sie darlegt, Coca-Cola sei eine überaus starke Marke, auf die ein Horeka-Betrieb schwerlich verzichten kann. Eine starke Marke wird durch allgemeine Werbung und Marketing aufgebaut und nicht durch Vertriebsaktivitäten im Horeka-Kanal. Weiter liessen sich die enormen Werbeaktivitäten von Getränkeherstellern (Sponsoring von Sportanlässen, Musikevents etc.) nicht erklären, würde die erwähnte Aussage von Pepsi zutreffen.

74. Pepsi macht in ihren Eingaben geltend, nach dem Abschluss des Vertriebsvertrags seien ihre Umsätze im Horeka-Kanal massiv gesunken. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass eine Umsatzeinbusse aufgrund einer Änderung der Strategie von Konkurrenten und Zwischenhändlern keinen Nachweis für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, vielmehr bringt es auch der funktionierende Wettbewerb mit sich, dass einzelne Unternehmen in relativ kurzer Zeit beachtliche Umsatzrückgänge gewärtigen können und im Extremfall sogar aus dem Markt ausscheiden. Im vorliegenden Fall ist zudem festzuhalten, dass Pepsi von 1995 bis 1999 die Gesamtheit ihrer Horeka-Verkäufe über Feldschlösschen realisiert hat, obwohl zweifelsohne weitere Getränkevertreiber existieren und grundsätzlich auch die Möglichkeit zum Aufbau eines eigenen Vertriebssystems - eventuell in Zusammenarbeit mit einem Partner - bestand. Pepsi hat es somit versäumt, den Absatz ihrer Produkte durch eine Diversifikationsstrategie über mehrere Vertriebspartner gegen eine Änderung der Geschäftspolitik eines einzelnen Partners abzusichern, und sich aus eigenen

Stücken in eine gewisse Abhängigkeit gegenüber Feldschlösschen gebracht. Der Abschluss des Vertriebsvertrags zwischen Feldschlösschen und CCB ist deshalb nur vordergründig Ursache für den massiven Umsatzrückgang bei Pepsi, der eigentliche Grund liegt im eingegangenen "Klumpenrisiko", welches Pepsi selbst zu verantworten hat.

75. Pepsi führt aus, es liege keine selbstverschuldete Abhängigkeit von Pepsi gegenüber Feldschlösschen vor, da Feldschlösschen ohne Exklusivitätsklausel nicht bereit gewesen wäre, mit Pepsi einen Abfüllvertrag abzuschliessen. Hiezu ist anzumerken, dass andere Abfüll- und Vertriebsmöglichkeiten bestanden, weshalb Pepsi nicht gezwungen war, einen Exklusivvertrag mit Feldschlösschen einzugehen, selbst wenn Exklusivität eine *conditio sine qua non* von Feldschlösschen gewesen wäre.

76. Pepsi bringt weiter vor, dass Umfragen des Sekretariats im Zusammenschlussvorhaben Nestlé/TCCC ergeben haben, dass die Vereinbarung zwischen CCB und Feldschlösschen von den Befragten als problematisch angesehen wird. Die Frage nach den Auswirkungen der vorliegenden Vereinbarung wurde den Marktteilnehmern in der laufenden Untersuchung erneut gestellt. Die Antworten konnten dabei die Feststellung im Zusammenschlussvorhaben Nestlé/TCCC nicht bestätigen. Weiter ist festzuhalten, dass Wertungen von Konkurrenten allein die kartellrechtliche Unzulässigkeit eines Sachverhaltes nicht zu belegen vermögen.

77. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass durch den Vertriebsvertrag der Wettbewerb innerhalb des Feldschlösschen-Vertriebskanals nur in geringem Ausmass beeinträchtigt wird und neben dem Feldschlösschen-Vertriebskanal zahlreiche andere Bezugsmöglichkeiten für Getränke durch Gaststätten bestehen. Daraus ergibt sich, dass der Vertriebsvertrag den Wettbewerb auf den Märkten für CSD, Mineralwasser und Fruchtsäften an Gaststätten nicht erheblich beeinträchtigt.

B.3.3 Ergebnis

78. Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich, dass hinsichtlich des Vertriebsvertrages zwischen CCB und Feldschlösschen keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG festzustellen ist.

B.4 Unzulässiges Verhalten von Coca Cola Beverages AG betreffend Vereinbarung mit Feldschlösschen Getränke Holding AG - Artikel 7 KG

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

80. Pepsi bringt vor, CCB missbrauche mit dem Abschluss des Vertriebsvertrags mit Feldschlösschen und dem - inzwischen ausgelaufenen - Bottling Agreement eine beherrschende Stellung auf dem Markt für

CSD beziehungsweise auf dem Markt für Cola-Getränke.

81. Ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG setzt die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung voraus. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten dabei einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob sich ein Unternehmen in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, wird in einem ersten Schritt der sachlich und räumlich relevante Markt abgegrenzt und in einem zweiten Schritt die Stellung auf diesem Markt geklärt. Die Frage nach dem relevanten Markt und nach der Stellung von CCB auf diesem kann im vorliegenden Fall jedoch offen bleiben, da - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen - kein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung durch CCB vorliegt.

82. In Bezug auf die Abfüllung könnte dann ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung vorliegen, falls für die Konkurrenten von CCB neben der Abfüllung durch Feldschlösschen keine Möglichkeiten zur Abfüllung bestehen und CCB sich diese Abfüllmöglichkeiten sichern würde, ohne dass sie für diese einen wirtschaftlichen Bedarf besitzt oder ein solcher abzusehen ist. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Pepsi selbst räumt ein, dass es durchaus möglich sei, neben Feldschlösschen weitere Drittabfüller zu finden, wie auch ihr eigenes Beispiel zeige: PepsiCo habe nach der Entscheidung von Feldschlösschen, die Produktion von Pepsi-Produkten auf Ende 2000 zu beenden, in relativer kurzer Zeit einen anderen Abfüller für den Heimmarkt gefunden. Inzwischen lässt Pepsi ihre Getränke zum einen von Migros (Heimmarkt) und zum anderen durch Pomdor (Horeka) produzieren und abfüllen. Weiter ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, Getränke statt in der Schweiz im Ausland herstellen und abfüllen zu lassen, sowie die Variante, eigene Anlagen für die Produktion und Abfüllung bereitzustellen. So verfügt etwa CCB über eigene Produktionsanlagen in der Schweiz. Weshalb es Pepsi nicht auch möglich sein sollte, eigene Anlagen einzurichten und zu betreiben, ist nicht ersichtlich.

83. Pepsi macht im Bezug auf das Verhalten von CCB sinngemäss geltend, CCB habe durch den Abschluss des Vertriebsvertrags und des Bottling Agreements Feldschlösschen (indirekt) überhöhte Zahlungen geleistet, um Feldschlösschen zum Ausschluss beziehungsweise Behinderung von Pepsi zu bewegen. In diesem Zusammenhang rügt Pepsi, CCB habe Feldschlösschen instrumentalisiert, um durch das Rabattsystem von Feldschlösschen tiefere Preise für CCB-Produkte offerieren zu können und so Pepsi im Wettbewerb zu behindern.

84. Diesbezüglich ist als einleitende allgemeine Bemerkung anzuführen, dass Preissenkungen beziehungsweise tiefe Preise zwar eine Behinderung von Konkurrenten darstellen, indem ein Anbieter mittels Preissenkung seine Absatzmenge zulasten seiner

Konkurrenten erhöhen kann beziehungsweise indem ein Anbieter mit *ceteris paribus* tieferen Preisen eine grössere Menge als seine Konkurrenten absetzt. Diese Behinderung findet jedoch grundsätzlich durch den Wettbewerbsprozess statt und kann daher als Wesensmerkmal des Wettbewerbs bezeichnet werden. Der Konkurrent wird durch ein solches Verhalten daher in der Regel nicht - wie gemäss Tatbestand von Artikel 7 KG gefordert - *in der Ausübung des Wettbewerbs* behindert, sondern *als Resultat der* (beidseitigen) *Ausübung des Wettbewerbs*. Ausnahme von der daraus folgenden grundsätzlichen kartellrechtlichen Unbedenklichkeit von Preissenkungen und tiefen Preisen stellt die gezielte Preisunterbietung dar.

85. Ein erstes Kriterium für die Feststellung einer gezielten Preisunterbietung ist der Vergleich der fraglichen Preise mit den Kosten des entsprechenden Gutes (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG - Solothurner Zeitung, RPW 2003/1, S. 65, Ziff. 17, 1. Satz). Gemäss dem Areeda Turner-Test (PHILIPP AREEDA, DONALD TURNER; Predatory Prices and related practice under Section 2 of the Sherman Act; Harvard Law Review, Vol.88/4, 1975, S. 679 ff.) werden dabei die Preise mit den kurzfristigen durchschnittlichen variablen Kosten verglichen. Andere Konzepte sehen zusätzlich den Vergleich mit den durchschnittlichen Gesamtkosten vor (MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, 2004, S. 449) oder den Vergleich mit den kurz- und langfristigen incremental costs (PATRICK BOLTON et al., Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, The Georgetown Law Journal, Vol. 88/8, 2000, S. 2239 ff.).

86. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Analyse der Feldschlösschen-Preislisten Gastronomie der Jahre 2001 und 2003 nicht ersichtlich, dass die Preise für Coca Cola-Produkte nach der Rabattgewährung durch Feldschlösschen unter den durchschnittlichen Gesamtkosten oder gar unter den kurzfristigen durchschnittlichen Kosten dieser Produkte liegen könnten.

87. Gegen den Umstand, dass die Preise für Coca Cola-Produkte nach Gewährung der Feldschlösschen-Rabatte unter den Kosten liegen, spricht auch die Tatsache, dass auf die Pepsi-Produkte gar bei einem gemäss Aussage von Pepsi 5% tieferen Listenpreis jahrelang dieselben Rabatte gewährt wurden. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Herstell- und Vertriebskosten der Coca Cola-Produkte derart über diejenigen der Pepsi-Produkte liegen, dass nach Abzug derselben Rabatte die Pepsi-Produkte kostendeckend verkauft werden konnten, die Coca Cola-Produkte jedoch selbst bei einem 5% höheren Listenpreis ihre Kosten nicht zu decken vermögen. Ebenso wenig überzeugend ist es, dass Pepsi vorgängig jahrelang eine gezielte Preisunterbietungsstrategie gegen - im Markt äusserst gut eingeführte - Coca Cola-Produkte geführt hatte, welche nun durch eine gezielte Preisunterbietungsstrategie von CCB abgelöst worden sei.

88. Gegen den Umstand, dass die Preise für Coca Cola-Produkte nach Gewährung der Feldschlösschen-Rabatte unter den Kosten liegen, sprechen auch die Ausführungen von Pepsi, wonach es nicht vorstellbar ist, dass sich Horeka-Betriebe mit Rabattgewährun-

gen direkt an den Getränkemarkeninhaber wenden würden. Eine ähnliche Rabattgewährung wie bei Coca-Cola-Produkten scheint demnach betriebswirtschaftlich möglich, scheitert jedoch - gemäss Ausführung von Pepsi - an den Abwicklungsmodalitäten. Weshalb Pepsi vor diesem Hintergrund nicht etwa - selbstredend im kartellrechtlich zulässigen Rahmen (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG) - dahingehend wirkt, dass Feldschlösschen die Listenpreise für Pepsi-Produkte senkt (z.B. mittels entsprechenden Verhandlungen und Reduzierung des Einstandpreises), ist nicht nachvollziehbar.

89. Gestützt auf die obigen Gründe ist es als erwiesen zu erachten, dass die Preise der Coca-Cola-Produkte auch nach der Rabattgewährung durch Feldschlösschen über den Kosten liegen. Entsprechend handelt es sich nicht um eine gezielte Preisunterbietung. CCB behindert daher ihre Konkurrenten nicht in missbräuchlicher Weise gemäss Artikel 7 KG, indem sie Feldschlösschen veranlasst habe, mittels Rabattgewährung die Preise für CCB-Produkte zu senken.

90. Pepsi macht weiter sinngemäss geltend, dass sich CCB missbräuchlich verhalten habe, indem sie durch den Abschluss der Vereinbarungen mit Feldschlösschen selbige dazu bringt, keine aktive Verkaufsförderung für Pepsi mehr zu betreiben.

91. Wie in den Erwägungen über die Beurteilung des Vertriebsvertrags gemäss Artikel 5 KG dargelegt (Kap. B.3), ist in der Tat durch den Vertriebsvertrag zu erwarten, dass Feldschlösschen keine aktive Verkaufsförderung für Pepsi-Produkte mehr betreibt. Ein entsprechender Vertragsabschluss durch CCB könnte dann einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen, falls Konkurrenten von CCB ausser der Verkaufsförderung durch Feldschlösschen keine ausreichenden anderen Möglichkeiten zur Verkaufsförderung offen stehen und sachliche Rechtfertigungsgründe für den entsprechenden Vertragsabschluss fehlen. Dies trifft vorliegend nicht zu. Wie weiter oben bereits dargelegt, bestehen für CCB-Konkurrenten neben Feldschlösschen zahlreiche andere Verkaufsförderungskanäle. Zu nennen sind insbesondere andere Getränkehändler, welche Gaststätten beliefern, die Möglichkeit zu eigenen Vertreterbesuchen - eventuell in Zusammenarbeit verschiedener Getränkeherstellern - sowie diverse weitere Marketingmassnahmen. Entsprechend liegt auch diesbezüglich kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch CCB vor.

92. Schliesslich ist anzumerken, dass die Coca-Cola Gruppe im Oktober 2004 gegenüber der EU-Kommission Verpflichtungszusagen eingegangen ist. Aufgrund den der Wettbewerbskommission zugänglich gemachten Unterlagen deckt die Untersuchung der EU-Kommission breite Bereiche ab, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung waren, so insbesondere auch den Take-Home-Markt (Markt für Heimkonsum) oder die Bedingungen des Zurverfügungstellens von technischer Ausrüstung. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung steht hingegen die Vereinbarung zwischen CCB und Feldschlösschen betreffend den Horeka-Kanal.

93. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag und dem Bottling Agreement keine unzulässige Verhaltensweise von CCB im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.5 Unzulässiges Verhalten von Feldschlösschen im Sinne von Artikel 7 KG

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

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

96. Die Abklärungen ergaben, dass Feldschlösschen Ende 1999 beim Vertrieb von Getränken an Gaststätten (Restaurants, Cafés, Hotels etc.) in gewissen Regionen über hohe, teilweise sehr hohe Marktanteile verfügte. Gemessen an der **Zahl der Gaststätten**, mit denen Feldschlösschen Lieferverträge aufwies, besass Feldschlösschen **Ende 1999** folgende regionale Anteile:

Region	Anteil Feldschlösschen
Genf	[41%-60%]
Waadt	[41%-60%]
Freiburg, Neuenburg, Jura	[41%-60%]
Wallis	[81%-100%]
Bern	[21%-40%]
Tessin	[21%-40%]
Basel	[41%-60%]
Mittelland	[41%-60%]
Zentralschweiz, Zürich	[61%-80%]
Ostschweiz, Graubünden	[41%-60%]

97. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Marktanteilsberechnung insofern mit Ungenauigkeiten behaftet ist, als dass nicht zwischen umsatzstarken und -schwachen Gaststätten differenziert wird. Zudem besteht die Möglichkeit, dass zwar ein Liefervertrag vorliegt, die Lieferleistung jedoch durch einen Dritten erbracht wird. So sind etwa Kronenbourg Suisse SA und Brauerei Felsenau AG im Getränkevertrieb nicht tätig, verfügen aber dennoch über Bierlieferverträge im Horeka-Kanal. Ausserdem ist zu beachten, dass Gaststätten möglicherweise Verträge mit mehreren Getränkelieferanten abgeschlossen haben oder von einem Lieferanten Getränke beziehen, ohne

einen schriftlichen Liefervertrag unterzeichnet zu haben.

98. Ausserdem unterlagen die Marktanteile in der Zwischenzeit Veränderungen, wobei sich diese Veränderungen dergestalt darstellen, dass Feldschlösschen tendenziell Marktanteile verloren hat. Die Marktstellung von Feldschlösschen muss vorliegend jedoch nicht abschliessend geklärt werden, da die Frage der Marktbeherrschung offen bleiben kann, wenn keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt, selbst wenn ein fragliches Unternehmen eine beherrschende Stellung besitzen sollte.

99. Feldschlösschen hat im Laufe des Verfahrens die Produkte von Pepsi und CCB auf die gleiche Liste, die so genannte "blaue", gesetzt (siehe oben, Ziff. 13). Die allfällige wettbewerbsrechtswidrige Diskriminierung, welche von Pepsi geltend gemacht wurde, ist damit weggefallen.

100. Feldschlösschen betreibt weiter keine aktive Verkaufsförderung für Pepsi-Produkte mehr. Diesbezüglich stellt sich jedoch ernsthaft die Frage, ob ein beherrschendes Unternehmen verpflichtet ist, mit dem eigenen Verkaufsteam den Absatz fremder Produkte - im Extremfall den Absatz von Konkurrenzprodukten - aktiv zu fördern. Weiter kann die Verkaufsförderung durch Verkaufsteams nicht unabhängig von anderen Marketing-, Werbe- und Verkaufsmassnahmen betrachtet werden. Wie weiter vorne ausgeführt, bestehen im vorliegenden Fall zahlreiche von Feldschlösschen unabhängige Verkaufsförderungsmöglichkeiten. Weiter hat Feldschlösschen im Laufe der Untersuchung glaubhaft dargelegt, dass der Einsatz des eigenen Verkaufsteams zur Förderung des Absatzes von Pepsi-Produkten nicht rentabel ist, sondern es vorteilhafter ist, sich auf die Vermarktung der eigenen Produkte zu konzentrieren (Opportunitätskosten der Vermarktung von Pepsi-Produkten). Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Verzicht auf eine aktive Verkaufsförderung von Pepsi-Produkten keine unzulässige Verhaltensweise von Feldschlösschen darstellt.

101. Entsprechend besteht im vorliegenden Fall kein unzulässiges Verhalten von Feldschlösschen im Sinne von Artikel 7 KG. Die Frage, ob Feldschlösschen überhaupt als Vertreiberin von Getränken im Horeka-Kanal marktbeherrschend ist, kann folglich offen bleiben, obwohl wie oben dargelegt gewisse Indizien auf eine starke Marktstellung von Feldschlösschen in diesem Bereich schliessen lassen.

B.6 Exklusivvereinbarungen von Feldschlösschen mit Gaststätten - Artikel 5 KG

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

B.6.1 Abrede

103. Als Abreden 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).

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

105. Im vorliegenden Fall schliessen Feldschlösschen und die betreffende Gaststätte eine schriftliche Vereinbarung ab. Das Tatbestandsmerkmal des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist deshalb erfüllt.

106. Im Rahmen dieser Vereinbarung wird bestimmt, dass die Gaststätte für die Laufzeit des Vertrags bestimmte Getränke exklusiv führt. Damit wird der Wettbewerb für die betreffenden Getränkesorten und die betreffende Gaststätte während der Laufzeit des Vertrages ausgeschaltet. Dies bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Das zweite Tatbestandselement, dasjenige des Bewirkens oder Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung, ist somit ebenfalls erfüllt.

107. Bei den Vereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Gaststätten, bestimmte Getränke während der Laufzeit des Vertrags exklusiv zu führen, handelt es sich daher um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG.

B.6.2 Erheblichkeit

108. Wettbewerbsverbote, welche für eine Dauer von mehr als fünf Jahren oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen Wettbewerbsabrede vereinbart werden, werden von der Wettbewerbskommission grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erachtet (Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18.2.2002, Ziff. 3 Bst. f).

109. Im vorliegenden Fall bestehen Vereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Gaststätten, welche das exklusive Führen bestimmter Getränke für eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren vorsehen. Diese Vereinbarungen stellen ein Wettbewerbsverbot dar, da es den Gaststätten untersagt ist, den Wettbewerb unter den verschiedenen Anbietern einer bestimmten Getränkesorte während der Laufzeit des Vertrages dadurch spielen zu lassen, dass von einer Getränkesorte (z.B. Cola-Getränke) andere Getränke geführt werden.

110. Gründe, weshalb im vorliegenden Fall vom Grundsatz abgewichen werden könnte, wonach die betreffenden Wettbewerbsverbote bei einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen, sind nicht ersichtlich. Die Vereinbarungen zwischen Feldschlösschen

und Gaststätten, bestimmte Getränke während mehr als fünf Jahren exklusiv zu führen, stellen daher eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dar.

B.6.3 Wirtschaftliche Effizienz

111. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

112. Für die Rechtfertigung einer erheblichen Wettbewerbsabrede müssen demnach folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sein: Vorliegen einer Effizienz steigernden Wirkung, Notwendigkeit der Wettbewerbsabrede zur Erzielung der Effizienzwirkung, Fehlende Möglichkeiten zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

B.6.3.1 Effizienz steigernde Wirkung

113. Die legitimen Rechtfertigungsgründe einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung sind im Gesetz (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG) abschliessend aufgezählt. Diese sind: Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung und der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, die rationellere Nutzung von Ressourcen. Es genügt, wenn einer dieser Gründe erfüllt ist (BGE 2A.298/2001, zitiert nach RPW 2002/4, S. 753 f., Ziff. 10.3).

a) Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren

114. Vorliegend kommt als erster der im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren in Betracht. So bringt Feldschlösschen vor, die Lancierung einer neuen Produktidee erfordere im Hinblick auf eine nachhaltige Markteinführung erhebliche Investitionen vor allem im Bereich des Marketings. Daher sei es notwendig, mit Absatzstellen in Bezug auf solche Produkte Verträge mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren abzuschliessen, ansonsten könnten die erheblichen Investitionen im Zusammenhang mit der Einführung des betreffenden Produkts nicht abgesichert werden. Als berühmtestes Beispiel hierfür nennt Feldschlösschen das Produkt "Red Bull".

115. Es besteht in der Tat die Möglichkeit, dass Exklusivvereinbarungen im Zusammenhang mit der Lancierung einer neuen Produktidee die Effizienz im Sinne des Gesetzes steigern können. Es ist nämlich möglich, dass eine solche Markteinführung nennenswerte finanzielle Investitionen (Werbung, Marketing) erfordert und diese Investitionen mit Spillover-Effekten (positiven Externalitäten) verbunden sind, das heisst, von den getätigten Investitionen profitieren neben dem einzuführenden Produkt ähnliche oder vergleichbare Nachahmerprodukte. Durch den

Abschluss von Exklusivvereinbarungen werden in diesem Fall Nachahmer in einem geringeren Umfang auf den Plan gerufen, welche kostenlos von den Markteinführungsinvestitionen profitieren könnten und den Ertrag der betreffenden Investitionen schmälern würden. Entsprechend erhöhen Exklusivvereinbarungen in diesem Fall den Ertrag der Markteinführungsinvestitionen oder machen sie im Extremfall erst rentabel, was den Umfang und die Intensität von Produktneulancierungen erhöht. Die Klärung der Frage, ob Exklusivvereinbarungen bei der Einführung neuer Produktideen entsprechend die Effizienz im Sinne des Gesetzes steigern, muss dabei im Einzelfall unter Berücksichtigung der Markteinführungsinvestitionen und der damit allenfalls verbundenen Spillover-Effekte geprüft werden. Im vorliegenden Fall kann diese Frage jedoch offen bleiben, da zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Produkte zu erkennen sind, welche im Prozess der Markteinführung stehen oder bei denen dieser Prozess erst kürzlich abgeschlossen wurde.

b) Rationellere Nutzung von Ressourcen

116. Als weiterer Rechtfertigungsgrund fällt vorliegend die rationellere Nutzung von Ressourcen in Betracht. Eine entsprechende Steigerung der Effizienz ist hinsichtlich Exklusivvereinbarungen, welche mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder anderen finanziellen Engagements verbunden sind, zu erkennen. Der Begriff finanzielle Unterstützung ist dabei weit zu verstehen und umfasst - wie im Fall der Vereinbarung zwischen Feldschlösschen und der Wankdorf Nationalstadion AG - [...]. Finanzielle Engagements gegenüber einem Horeka-Betrieb erhöhen ceteris paribus das Getränkeabsatzvolumen des betreffenden Betriebs. Klassische Finanzinstitute wie Banken berücksichtigen in ihrem Entscheidungskalkül über die Kreditvergabe an Gaststätten die damit verbundene Gewinnerhöhung für Brauereien und andere Getränkehersteller sowie -vertreiber nicht. Hersteller oder Vertreiber von Getränken hingegen lassen diese Wirkung in ihr Kalkül über ein finanzielles Engagement einfließen. Ökonomisch gesprochen besteht eine positive Externalität vom finanziellen Engagement auf die Gewinne der Unternehmen der Getränkebranche vor, welche mittels Kreditgewährung durch Hersteller und Vertreiber von Getränken internalisiert wird. Es ist in der ökonomischen Lehre anerkannt, dass in einer Welt mit Transaktionskosten Externalitäten zu einem ineffizienten Ressourceneinsatz führen und die Ineffizienzen ceteris paribus umso geringer ausfallen, je besser die jeweiligen Externalitäten internalisiert werden. Voraussetzung für eine Internalisierung der positiven Externalität ist im vorliegenden Fall, dass die Horeka-Betriebe Getränke desjenigen Herstellers, Abfüllers und/oder Vertreibers verkaufen, welcher das finanzielle Engagement einget. Dabei fällt die Internalisierungswirkung umso höher aus, je grösser der prozentuale Anteil der betreffenden Getränke ist. Exklusivvereinbarungen zwischen Getränkeherstellern, -abfüllern und/oder -vertreibern - im vorliegenden Fall Feldschlösschen - und Horeka-Betrieben vermögen dabei sicherzustellen, dass entsprechende Getränke verkauft werden.

Mit einem Darlehen, einer Gebrauchslleihe oder anderen finanziellen Engagements verbundene Exklusivvereinbarungen erhöhen daher die Effizienz im Sinne des Gesetzes.

B.6.3.2 Notwendigkeit

117. Um aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten zu können, muss die zu beurteilende Abrede notwendig sein, um die vorliegende Effizienzwirkung zu erreichen (Art. 5 Abs. 2 KG). Es soll das mildeste und verhältnismässigste Mittel gewählt werden, um zu den gewünschten Effizienzvorteilen zu gelangen (BGE 2A.298/2001, zitiert nach RPW 2002/4, S. 755, Ziff. 10.4).

118. Hinsichtlich der Einführung neuer Produktarten ist im Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Laufzeit der Exklusivvereinbarung aufgrund der getätigten und/oder zu veranschlagenden Markteinführungskosten gerechtfertigt und somit im Sinne des Gesetzes notwendig ist. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch keine Produkte zu erkennen sind, welche im Prozess der Markteinführung stehen oder bei denen dieser Prozess erst kürzlich abgeschlossen wurde, kann die entsprechende Prüfung im vorliegenden Fall unterbleiben.

119. Hinsichtlich Exklusivvereinbarungen in Verbindung mit einem Darlehen, einer Gebrauchslleihe oder ähnlichem besteht die Effizienzwirkung nur solange, wie das finanzielle Engagement Wirkung zeigt. Dies bedeutet, dass sich die notwendige Laufzeit der Exklusivvereinbarungen maximal auf die Wirkungsdauer des finanziellen Engagements beschränkt. Laufzeiten über diese Zeitdauer hinaus erfüllen das gesetzliche Kriterium der Notwendigkeit daher nicht und sind als unzulässig anzusehen.

120. Im konkreten Fall schliesst Feldschlösschen gemäss eigenen Aussagen keine Exklusivvereinbarungen mit einer Dauer von mehr als zehn Jahren ab. Es erscheint glaubwürdig, dass die finanziellen Engagements während dieser Zeitdauer Wirkung zeigen. Dies ergibt sich daraus, dass die im Horeka-Bereich üblicherweise finanzierten Investitionen wie Getränkeausschankanlagen, Buffets, Umbauten und Renovationen ebenso wie konzeptionelle Arbeiten in der Planung- und Startphase langfristiger Natur sind. Eine Laufzeit von zehn Jahren von Exklusivvereinbarungen, welche mit einem finanziellen Engagement verbunden sind, erscheinen daher unter diesem Aspekt als gerechtfertigt.

121. Als weiteres ist hinsichtlich Exklusivvereinbarungen in Verbindung mit einem Darlehen, einer Gebrauchslleihe oder ähnlichem zu prüfen, ob es notwendig ist, dass diese während ihrer Laufzeit keine Ausstiegsklausel beinhalten. Wie weiter oben ausführlich dargelegt, ergibt sich die wünschenswerte Effizienzwirkung dieser Exklusivvereinbarungen durch die Internalisierung der positiven Externalitäten, welche von finanziellen Engagements auf den Getränkeabsatz ausgehen. Dieselben Internalisierungseffekte lassen sich jedoch ebenfalls erreichen, falls die Exklusivvereinbarungen nach einer angemessenen Zeitspanne - durch die dem Umstand Rechnung

getragen wird, dass in der Anfangsphase eines finanziellen Engagements grundsätzlich ein erhöhtes Risiko besteht - eine Ausstiegsklausel unter der Bedingung der Rückzahlung der Restschuld vorsieht.

122. Es ist zu prüfen, ob Probleme bei der konkreten Berechnung der Restschuld einer Ausstiegsklausel in Exklusivvereinbarungen entgegenstehen. Diesbezüglich hat Feldschlösschen in ihrer Eingabe vom 22. August 2003 keine Bedenken angemeldet, sondern vielmehr ausgeführt, dass eine solche Lösung aus Sicht von Feldschlösschen in Frage kommt, allerdings nur, wenn sie für alle Marktteilnehmer gestützt auf eine allgemeingültige Bekanntmachung verbindlich ist. Weiter hat die niederländische Wettbewerbsbehörde bezüglich Exklusivvereinbarungen mit Heineken eine vergleichbare Lösung getroffen (vgl. BISHOP, a.a.O., S. 229). Es ist daher davon auszugehen, dass die mit einer Ausstiegsklausel verbundenen praktischen Probleme mit vernünftigen Aufwand zu bewältigen sind.

123. Die bestehenden Exklusivvereinbarungen in Verbindung mit einem finanziellen Engagement sind daher nicht notwendig, da ein milderer und verhältnismässigeres Mittel besteht, um zu den gewünschten Effizienzvorteilen zu gelangen, nämlich Exklusivvereinbarungen mit den oben beschriebenen Ausstiegsklauseln.

B.6.3.3 Ergebnis bezüglich wirtschaftlicher Effizienz

124. Aus den oben stehenden Erwägungen ergibt sich, dass Exklusivvereinbarungen zwischen Horeka-Betrieben und Getränkeherstellern, -abfüllern und/oder -vertreibern mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren, welche sich nicht auf die Lancierung neuer Produktideen beziehen, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nicht gerechtfertigt sind, ausser sie sind mit einem Darlehen, einer Gebrauchslleihe oder ähnlichem verbunden und beinhalten eine Ausstiegsklausel unter Rückzahlung der Restschuld.

125. Die bestehenden Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Gaststätten mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren erfüllen die Anforderungen hinsichtlich Effizienz nicht. Sie lassen sich daher nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG rechtfertigen.

B.6.4 Ergebnis

126. Die bestehenden Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Horeka-Betrieben mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren stellen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar.

127. Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Horeka-Betrieben mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren, welche sich nicht auf die Einführung neuer Getränkearten beziehen, sind kartellrechtlich nur dann zulässig, wenn diese mit einem Darlehen, einer Gebrauchslleihe oder einem anderen finanziellen Engagement verbunden sind und für die über fünf Jahre hinausreichende Periode eine Aus-

stiegs Klausel unter Rückzahlung der Restschuld vorsehen.

128. Dieses Ergebnis entspricht weitgehend dem Vorschlag zu einer einvernehmlichen Regelung. Der Abschluss des Verfahrens mit einer einvernehmlichen Regelung scheiterte jedoch insbesondere daran, dass Feldschlösschen den Erlass einer branchenweiten Bekanntmachung forderte. Die Wettbewerbskommission kann gegenüber einer Partei nicht die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Branchenbekanntmachung eingehen. Weiter sind die Grundsätze der allgemeinen Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, welche vorliegend zur Anwendung kommen (Ziff. 3 Bst. f), ausreichend klar und bestimmt, weshalb es keiner weiteren Präzisierungen durch eine Branchenbekanntmachung bedarf. Dass die Grundsätze der erwähnten Bekanntmachung für sämtliche Unternehmen gleichermaßen gilt - auch im Getränkebereich -, ergibt sich von selbst und bedarf ebenfalls keiner weiteren Erklärung.

C. Kosten

129. Gemäss der Verordnung vom 12. März 2004 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

130. Dabei bezahlen unter anderem Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, keine Gebühr, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG-Gebührenverordnung).

131. Vorliegend hat die Untersuchung nur bezüglich der Exklusivvereinbarungen von Feldschlösschen mit Gaststätten eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben. Betreffend die anderen Teile der Untersuchung haben sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärtet beziehungsweise konnte die Untersuchung wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt werden. Entsprechend ist nur für Feldschlösschen und nur bezüglich der genannten Exklusivvereinbarungen eine Gebührenpflicht zu bejahen.

132. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-, welcher sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals richtet. Vorliegend kommen Stundenansätze von CHF [...], CHF [...] und [...] zur Anwendung.

133. Gemäss Übergangsbestimmung KG-Gebührenverordnung gilt bei Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen, die beim Inkrafttreten der Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht. Die Änderung der Verordnung trat am 1. April 2004 in Kraft (III KG-Gebührenverordnung).

134. Gemäss Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (aKG-Gebührenverordnung; SR 251.2) bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung).

135. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden.

136. Vor dem Inkrafttreten der Änderung der Gebührenverordnung entstand im Bezug auf die Exklusivvereinbarungen von Feldschlösschen mit Gaststätten ein Zeitaufwand von [...] Stunden, nach Inkrafttreten ein Zeitaufwand von [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich insgesamt auf CHF [...].

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

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung wird eingestellt in Bezug auf

a) den Vertriebsvertrag zwischen Coca Cola Beverages AG und der Feldschlösschen Getränke Holding vom 17. Juli 2000,

b) das Verhalten von Coca Cola Beverages AG und Coca Cola AG im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag zwischen Coca Cola Beverages AG und der Feldschlösschen Getränke Holding vom 17. Juli 2000 und dem Contract Bottling Agreement vom 26. Juli/12. September/25. September 2000 zwischen The Coca Cola Company, The Coca Cola Export Corporation, Coca Cola Beverages AG und der Mineralquelle Eglisau AG,

c) das Verhalten der Feldschlösschen Getränke Holding AG im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag zwischen Coca Cola Beverages AG und der Feldschlösschen Getränke Holding vom 17. Juli 2000 und dem Contract Bottling Agreement vom 26. Juli/12. September/25. September 2000 zwischen The Coca Cola Company, The Coca Cola Export Corporation, Coca Cola Beverages AG und der Mineralquelle Eglisau AG, insbesondere das Rabattsystem der Feldschlösschen Getränke Holding AG.

2. Die bestehenden Exklusivvereinbarungen zwischen der Feldschlösschen Getränke Holding AG und Gaststätten mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren, welche sich nicht auf die Einführung neuer Getränkearten beziehen, stellen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG dar, sofern diese nicht mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder einem anderen finanziellen Engagement ver-

bunden sind und in der über fünf Jahre hinausreichenden Periode für die Gaststätten die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung (mit einer angemessenen Kündigungsfrist) unter Rückzahlung der Restschuld vorsehen.

3. Es wird Feldschlösschen Getränke Holding AG untersagt, mit Gaststätten Exklusivvereinbarungen, welche sich nicht auf die Einführung neuer Getränkearten beziehen, mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren abzuschliessen, sofern diese nicht mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder einem anderen finanziellen Engagement verbunden sind und in der über fünf Jahre hinausreichenden Periode für die Gaststätten die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung (mit einer angemessenen Kündigungsfrist) unter Rückzahlung der Restschuld vorsehen.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

5. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 3 des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

6. Die Verfahrenskosten betreffend Exklusivvereinbarungen mit Gaststätten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden der Feldschlösschen Getränke Holding AG auferlegt.

7. Der Coca Cola Beverages AG und der Coca Cola AG werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

B 2.2

3. *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend ETA SA Manufacture Horlogère Suisse wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

Im Juli 2002 erklärte ETA ihren Kunden, die Lieferungen von Ebauches (Rohwerke) ab Januar 2003 zu reduzieren und ab Januar 2006 einzustellen und stattdessen nur noch fertig montierte Uhrwerke zu liefern ("phasing-out"). Die Weko eröffnete eine Untersuchung und erliess vorsorgliche Massnahmen, in welchen sich ETA in einer einvernehmlichen Regelung zur Weiterlieferung von Ebauches verpflichtete. Die Untersuchung ergab, dass ETA auf dem Markt für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches bis zu einem Stückpreis von CHF 300.- über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Reduktion beziehungsweise die vollständige Einstellung der Lieferungen von Ebauches ist als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und damit als missbräuchlich im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Die Untersuchung wurde mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen. Darin verpflichtete sich ETA, bis Ende 2008 in bisherigem Umfang und anschliessend für weitere zwei Jahre in reduziertem Umfang Ebauches für mechanische Uhrwerke an ihre Kunden zu liefern.

En juillet 2002, ETA communiquait à ses clients la réduction à partir de janvier 2003 et la cessation complète à partir de janvier 2006 de la quantité d'ébauches livrées. A la place des ébauches, ETA livrera seulement des mouvements terminés ("phasing-out"). La Comco a ouvert une enquête et a pris des mesures provisionnelles dans lesquelles ETA s'engageait dans un accord amiable à poursuivre la livraison d'ébauches. L'enquête a montré que ETA est en position dominante sur le marché des ébauches mécaniques produites en Suisse dont le prix unitaire va jusqu'à CHF 300.-. La réduction et la cessation complète des livraisons d'ébauches doivent être qualifiées de refus illicite d'entretenir des relations commerciales et donc d'abusif au sens de la loi sur les cartels. L'enquête a été close par un accord amiable. Dans cet accord, ETA s'engage à continuer à livrer jusqu'en 2008 le même volume d'ébauches pour mouvements mécaniques que jusqu'à présent, puis pendant deux années supplémentaires une quantité réduite.

Nel luglio 2002, ETA aveva annunciato ai propri clienti di voler ridurre a partire dal gennaio 2003 e di interrompere a partire dal gennaio 2006 le forniture di

movimenti grezzi, impegnandosi nel contempo a fornire in seguito solo movimenti finiti ("phasing-out"). La Comco ha aperto un'inchiesta e ha emanato delle misure cautelari attraverso le quali ETA, sulla base di una conciliazione, si impegnava a continuare la fornitura di movimenti grezzi. L'inchiesta ha dimostrato che ETA dispone di una posizione dominante sul mercato svizzero dei movimenti grezzi fino a CHF 300.- per pezzo. La riduzione, rispettivamente, la fine della fornitura di movimenti grezzi è da considerare un rifiuto illecito di intrattenere relazione commerciali ed è quindi abusivo ai sensi della legge federale sui cartelli. L'inchiesta è stata chiusa con una conciliazione. ETA si impegna a fornire i propri clienti fino fine 2008 nelle stesse quantità e, per altri due anni, in quantità ridotte, movimenti grezzi per meccanismi d'orologi meccanici.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Grenchen (nachfolgend "ETA"), ist eine Tochtergesellschaft der Swatch Group AG, Biel. Ihre Geschäftstätigkeit besteht namentlich in der Entwicklung, der Produktion und im Verkauf von Rohwerken, so genannten "Ebauches", für mechanische Uhrwerke und in der Montage von mechanischen Uhrwerken.

2. Unter einem Ebauches versteht man die rohen Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes, welcher zusammen mit einem "Assortiment" ein vollständiges mechanisches Uhrwerk, ein "Mouvement", ergibt. Die verschiedenen Ebauches-Typen werden mit Nummern gekennzeichnet und als Kaliber bezeichnet.

3. Das Assortiment bildet den regulierenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks und besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker. Durch die Montage eines Ebauches mit einem Assortiment entsteht ein mechanisches Uhrwerk.

4. Im Juli 2002 teilte ETA sämtlichen ihrer Ebauches-Kunden mit, dass sie die Liefermengen von Ebauches ab dem 1. Januar 2003 reduziere und die Lieferungen ab dem 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde (sog. "phasing-out"). Während der dreijährigen phasing-out-Periode werde ETA in dem Umfang Mouvements, also bereits fertig montierte Uhrwerke liefern, in welchem sie die Lieferung von Ebauches reduziere. Zur Begründung ihres Vorgehens führte ETA an, mit dieser Massnahme unter anderem ihre Logistik verbessern zu wollen sowie die Qualität der Endprodukte sicherzustellen.

5. Die Jaquet SA, La-Chaux-de-Fonds (nachfolgend "Jaquet"), ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in La Chaux-de-Fonds. Das Kerngeschäft der Jaquet besteht in der "Modifikation" von Ebauches. Dabei wird ein Ebauches vor dessen Verarbeitung mit

einem Assortiment zu einem fertigen Uhrwerk mit zusätzlichen Funktionen ausgestattet beziehungsweise veredelt (z.B. markenspezifische Gravuren, Dekorationen, Grossdatum, Mondphasen, Tourbillon etc.). Jaquet ist eine langjährige Kundin von ETA.

6. Daneben produziert Jaquet eigene Uhrwerke, deren Bestandteile mit Ausnahme des Assortiments vollumfänglich intern hergestellt werden. Dabei handelt es sich einerseits um hochpreisige, artisanale Werke, welche nur in geringer Stückzahl hergestellt werden (sog. "Manufakturwerke") oder um eigene Entwicklungen. Volumenmässig bewegt sich die Herstellung dieser eigenen Werke jedoch deutlich unter derjenigen von modifizierten Werken. Jaquet produziert des Weiteren kundenspezifische Komplikationsmodule für Uhrwerke, welche von den Kunden selbst montiert werden. Die Kunden von Jaquet bestehen aus einer Vielzahl von Luxusuhrenmarken.

7. Am 13. August 2002 gelangte Jaquet mit einem Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 ff. KG in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Prüfung der Verhaltensweisen von ETA, der Nivarox FAR SA (einer weiteren Tochtergesellschaft der Swatch Group) und der Swatch Group an die Wettbewerbskommission (nachfolgend "Weko"). Jaquet beantragte insbesondere, ETA sei für die nächsten zehn Jahre zur Weiterlieferung von Ebauches zu den bisherigen Konditionen zu verpflichten.

8. Sellita Watch Co SA, La Chaux-de-Fonds (nachfolgend "Sellita"), ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in La-Chaux-de-Fonds. Das Kerngeschäft von Sellita besteht in der Herstellung von Uhrwerken, also in der Montage eines Ebauches und eines Assortiments zu einem fertigen Uhrwerk. Dabei montiert Sellita Uhrwerke nach speziellen Wünschen und Erfordernissen ihrer Kunden. Zu den Kunden von Sellita zählen eine Reihe von Marken von guter und sehr guter Qualität sowie Unternehmen, welche montierte Uhrwerke modifizieren.

9. Am 30. August 2002 gelangte Sellita ebenfalls mit einem Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung betreffend Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von ETA beziehungsweise die Swatch Group an die Weko und machte unter anderem die Unzulässigkeit des angekündigten phasing-outs geltend.

10. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob das geplante phasing-out von ETA eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Artikel 7 des Schweizerischen Kartellgesetzes (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 [KG; SR 251]) darstellt. In diesem Zusammenhang ist zunächst abzuklären, ob ETA auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Strategiewechsel von ETA, anstelle von Ebauches nur noch fertig montierte Uhrwerke zu liefern, eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG darstellt oder ob dieses Verhalten aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist.

A.2 Verfahren

11. Am 13. August 2002 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") seitens Jaquet ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 ff. KG in Bezug auf die Verhaltensweisen von ETA, der Nivarox FAR SA und der Swatch Group ein. Beantragt wurde die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung sowie der Erlass vorsorglicher Massnahmen. Jaquet beantragte unter anderem die Verpflichtung ETAs zur Weiterlieferung von Ebauches. Am 25. September 2002 wurde eine Ergänzung zu dieser Eingabe, insbesondere zur materiellen Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, eingereicht.

12. Am 30. August 2002 reichte Sellita ebenfalls ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung betreffend Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von ETA beziehungsweise der Swatch Group ein. Mit Datum vom 23. September 2002 stellte Sellita ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, indem sie beantragte, ETA sei zu verpflichten, die von Sellita aufgegebenen Bestellungen für die Jahre 2003 bis 2005 zu erfüllen.

13. Am 3. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG gegen ETA. In Bezug auf die Nivarox FAR SA wurde am 4. Dezember 2003 in einem separaten Verfahren eine Vorabklärung eröffnet.

14. Zur Abklärung des Sachverhalts befragte das Sekretariat mittels Fragebogen 51 Unternehmen, darunter Montagebetriebe (Unternehmen, welche Ebauches mit Assortiments zu fertigen Uhrwerken zusammenbauen), Modifizierer (Unternehmen, die mechanische Uhrwerke modifizieren) sowie Uhrenmarken (Unternehmen, die selber mechanische Uhrwerke zusammenbauen und/oder sie modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen). Bis zum 4. November 2002 gingen beim Sekretariat 36 Antworten ein.

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

16. Im Rahmen der beantragten vorsorglichen Massnahmen vereinbarte die Weko mit der ETA in einer einvernehmlichen Regelung die Weiterführung der Lieferungen von mechanischen Ebauches für die Dauer des Untersuchungsverfahrens vor der Weko in reduziertem Umfang. Der Umfang der Lieferung für einzelne Ebauches-Typen (sog. "Kaliber") pro zwölf Monate wurde auf 85% der von den jeweiligen Kunden innerhalb der letzten drei Jahre (1999-2001) durchschnittlich abgenommenen Mengen dieser Kaliber festgesetzt. Gemäss Ziffer 2 der Vereinbarung verpflichtete sich ETA, die restlichen 15% in Form von fertigen Uhrwerken der gleichen Kaliber zu liefern. In Bezug auf die Preisgestaltung verpflichtete sich ETA, für Preiserhöhungen, welche über den Teuerungs-

ausgleich hinausgehen, den Nachweis zu erbringen, dass die ETA bis anhin ohne Gewinnmarge gearbeitet hat. Mit Datum vom 18. November 2002 genehmigte die Weko diese Vereinbarung und erliess eine Verfügung. Diese Verfügung blieb unangefochten.

17. Am 13. Dezember 2002 gelangte die Sellita erneut an das Sekretariat. Sie führte aus, ETA habe angekündigt, die Preise für Ebauches im Jahre 2003 in drei Phasen um 20% bis 25% zu erhöhen. Sellita beantragte eine Ergänzung der Vereinbarung über die vorsorglichen Massnahmen vom 18. November 2002 in dem Sinne, dass ETA ab Januar 2003 nur noch zu einer Preiserhöhung von 3,5% berechtigt sei, solange nicht ein Schiedsgericht die Berechtigung zu einer grösseren Preiserhöhung festgestellt habe.

18. Mit Schreiben vom 14. Januar 2003 führte das Sekretariat aus, dass eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen an die Voraussetzungen der Anordnung derselben geknüpft sei, weshalb Sellita insbesondere die Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils glaubhaft darzulegen habe. Am 22. Januar 2003 reichte Sellita eine Ergänzung zu ihrem Begehren ein. Mit Verfügung vom 17. Februar 2003 wies die Weko das Begehren um Ergänzung der vorsorglichen Massnahmen ab. Sellita rekurrierte bis vor Bundesgericht erfolglos gegen diese Verfügung.

19. In der Folge nahm ETA mit Datum vom 14. April 2003 Stellung zu den Gesuchen von Jaquet und Sellita.

20. Am 9. Mai 2003 gelangte das Sekretariat mit einem weiteren Fragebogen an die Kunden von ETA. Das Sekretariat erkundigte sich nach der Einhaltung der vorsorglichen Massnahmen durch ETA, nach der Preisentwicklung für Ebauches sowie danach, ob es bereits Anzeichen für alternative Quellen für Ebauches gibt. Die Antworten auf diese Fragebogen ergaben, dass ETA die Massnahmen der einvernehmlichen Regelung einhielt. Den Antworten war jedoch auch zu entnehmen, dass die grosse Mehrheit der Befragten noch nicht wusste, wie sie verfahren sollte, wenn ETA keine Ebauches mehr liefern würde.

21. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels nahmen Jaquet am 12. September 2003 beziehungsweise Sellita am 1. Dezember 2003 Stellung zu den Ausführungen von ETA vom 14. April 2003. Mit Datum vom 23. Dezember 2003 antwortete ETA wiederum auf die Stellungnahmen von Jaquet und Sellita. Ende Januar und anfangs Februar 2004 fand mit den einzelnen Parteien und dem Sekretariat jeweils ein Treffen statt. Anlässlich dieser Treffen wurden noch einmal einzelne Standpunkte dargelegt und technische Fragen des Falles sowie noch unklare Sachverhaltspunkte erörtert.

22. Anschliessend führte das Sekretariat diverse Sitzungen mit Unternehmen durch, von denen bekannt war, dass sie beabsichtigten, mit Bestandteilen (Ebauches und Assortiments) oder fertigen Uhrwerken in den Markt einzutreten. Am 17. März 2004 versandte das Sekretariat Fragebogen an sieben dieser Unternehmen. Die Unternehmen wurden aufgefordert,

ihre Projekte anhand der Businesspläne vorzustellen. Das Sekretariat stellte insbesondere Fragen zur Produktpalette (verschiedene Kaliber), zum beabsichtigten Produktionsvolumen, zum Zeithorizont und zu den erwarteten Kosten. Sechs der befragten Unternehmen beantworteten den Fragebogen und liessen dem Sekretariat ihre Businesspläne zukommen.

23. Am 28. April 2004 wurde ETA mittels eines Fragebogens aufgefordert, das geplante phasing-out vorzustellen und detailliert zu beschreiben. Am 7. Juni 2004 gingen die Antworten von ETA beim Sekretariat ein. Aus der Stellungnahme resultierte, dass ETA nach wie vor am phasing-out festhielt und dieses nach wie vor so schnell als möglich umzusetzen beabsichtigte.

24. Am 23. Juni 2004 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und ETA statt, um über die Erledigung der Angelegenheit durch eine einvernehmliche Regelung zu diskutieren. Im Anschluss an dieses Treffen gelangte das Sekretariat am 28. Juni 2004 mit den Eckpunkten einer allfälligen einvernehmlichen Regelung an ETA, über welche auch die Gesuchstellerinnen in Kenntnis gesetzt wurden. Mit Schreiben vom 14. Juli 2004 reichte ETA einen Vorschlag zu einer einvernehmlichen Regelung ein. Das Sekretariat erarbeitete in der Folge seinerseits eine erste Version zu einer einvernehmlichen Regelung.

25. Am 10. August 2004 trafen sich ETA und das Sekretariat erneut zu einer Besprechung. Auf diese Besprechung folgten weitere telefonische Verhandlungen zwischen ETA und dem Sekretariat, wobei den Gesuchstellerinnen jeweils Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wurde, bis am 25. August 2004 die definitive Version der einvernehmlichen Regelung von den Beteiligten verabschiedet und am 7. September unterzeichnet werden konnte.

26. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2004 wurde den Parteien der Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zugestellt.

27. Sämtliche Parteien liessen sich zum Verfügungsentwurf vernehmen. Die Parteien machten Ausführungen bezüglich einzelner Formulierungen, auf welche - soweit berechtigt - eingegangen wurde.

28. ETA verwies in ihrer Stellungnahme auf mündliche Zusagen zur Ausgestaltung der vorliegenden Begründung der Verfügung, welche das Sekretariat abgegeben habe. Die gemachten Zusagen wurden in der Begründung berücksichtigt und entsprechend festgehalten.

29. Sowohl Jaquet wie auch Sellita beantragten insbesondere den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde. Diesem Begehren wurde stattgegeben (vgl. Rz. 173 ff.).

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

31. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

32. Seit dem 1. April 2004 ist das revidierte Kartellgesetz in Kraft. Es gilt ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens für alle zukünftigen und in diesem Zeitpunkt bereits laufenden Verfahren.

33. Für Verhaltensweisen, welche neu mit Sanktionen bedroht sind (Art. 49a Abs. 1 KG), gelten die Schlussbestimmungen zur Änderung vom 20. Juni 2003, wonach eine Belastung nach dieser Bestimmung (Art. 49a Abs. 1) entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach dem Inkrafttreten von Artikel 49a KG aufgelöst wird.

34. Bei der ETA handelt es sich um ein privates Unternehmen nach Artikel 2 Absatz 1 KG. Für die vorliegende Untersuchung ist ab dem 1. April 2004 das neue Kartellgesetz massgebend. Das im vorliegenden Verfahren zu untersuchende Verhalten von ETA nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG fiel grundsätzlich unter den Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG und wäre somit mit einer Busse bedroht. Durch die einvernehmliche Regelung, welche noch vor Ablauf der einjährigen Übergangsfrist erzielt werden konnte, ist das Verhalten von ETA wettbewerbsrechtlich jedoch nicht mehr zu beanstanden, weshalb allfällige direkte Sanktionen entfallen. Vorbehalten bleibt der korrekte Vollzug der einvernehmlichen Regelung.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

38. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind,

sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

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

B.3.1.1 Der relevante Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

40. 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 17.6.1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

41. Ebauches für mechanische Uhrwerke

42. Die vorliegende Untersuchung spielt sich im Bereich der Produktion von mechanischen Uhren ab, da sich das von ETA geplante phasing-out auf mechanische Ebauches bezieht. Der grösste Teil der heute in der Schweiz produzierten Uhren sind Quarzuhren (über 90%). Lediglich ca. 10% entfallen auf mechanische Uhren. Uhren mit Quarzwerken sind von der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht betroffen.

43. Marktgegenseite

44. Als Marktgegenseite gelten die Abnehmer der von ETA verkauften Produkte. Zu den Kunden von ETA gehören sowohl Monteure, also Unternehmen, welche ein Ebauches mit einem Assortiment zu einem Uhrwerk montieren und dieses an Uhrenmarken verkaufen, Modifizierer, also Unternehmen, welche ein Ebauches mit einem Assortiment zusammensetzen und es zusätzlich veredeln sowie Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche ihre Uhrwerke selber montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhr einbauen.

45. Während es unter den Uhrenherstellern auch solche gibt, die bereits fertig montierte und modifizierte Uhrwerke in ihre Uhren einbauen, fragen Monteure ausschliesslich Ebauches nach. Ihre Geschäftstätigkeit besteht gerade in der Herstellung ("Montage") eines Uhrwerks. Modifizierer fragen in der Regel ebenfalls Ebauches nach, da gerade die komplexeren Komplikationsmodule nicht auf bereits montierten Werken angebracht werden können.

46. Für Sellita und Jaquet sowie weitere Betriebe dieser Art ist die von ETA angekündigte Lieferung fertig montierter Werke anstelle von Ebauches somit keine Alternative. Der sachlich relevante Markt beschränkt sich daher auf mechanische Ebauches.

47. In der Schweiz produzierte Ebauches

48. Die Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren (SR 232.119) schreibt vor, dass ein Uhrwerk als schweizerisch anzusehen ist, wenn es in der Schweiz zusammengesetzt wird, es durch den

Hersteller in der Schweiz kontrolliert wird und die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation ohne Berücksichtigung der Kosten für das Zusammensetzen mindestens 50% des Wertes ausmachen (Art. 2 Abs. 1). Grundsätzlich ist es möglich, durch die Montage eines Uhrwerks auch bei einem ausländischen Ebauches auf einen Wert von 50% zu kommen. Das Gesetz würde die Verwendung ausländischer Ebauches für ein "Swiss-made" Uhrwerk somit nicht ausschliessen.

49. Befragungen der Marktgegenseite ergaben jedoch, dass eine überwiegende Mehrheit (ca. 80%) Ebauches nachfragen, welche in der Schweiz produziert werden. Es handelt sich dabei um ein Marketingkonzept, um dem "Swiss-made"-Label mehr Ausdruck zu verleihen beziehungsweise das "Swiss-made"-Image aufrechtzuerhalten und zu pflegen. Dieses Image soll durch die ausschliessliche Verwendung inländischer Komponenten für ein Uhrwerk geschützt werden, weshalb es auch über die in der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren festgehaltenen Minimalstandards hinausgeht.

50. Aus Marketinggründen kommt die Verwendung ausländischer Komponenten für eine "Swiss-made" Uhr daher nicht in Frage. Der sachlich relevante Markt ist auf mechanische Ebauches zu beschränken, welche in der Schweiz hergestellt werden.

51. Das Angebot von ETA

52. ETA offeriert eine breite Produktpalette an verschiedenen Typen von mechanischen Ebauches, so genannten Kalibern. Die einzelnen Kaliber lassen sich in Kaliberfamilien einteilen. Die Kaliberfamilie 2670 umfasst beispielsweise die Kaliber 2660, 2671, 2678, 2681 und 2688. Sämtliche Kaliber einer Kaliberfamilie basieren auf derselben Platine. Die Platine ist die Grundplatte des Ebauches und bildet die Basis eines Uhrwerks, auf welchem sämtliche anderen Teile des Uhrwerks montiert werden. Innerhalb einer Kaliberfamilie unterscheiden sich die Kaliber in technischer Hinsicht. Es gibt beispielsweise automatische, manuelle, solche mit Kalender etc.

53. Die unten stehende Tabelle zeigt die in der Schweiz produzierten Ebauches anhand der Kaliberfamilienbezeichnungen von ETA und der verschiedenen Preiskategorien. Andere Anbieter verwenden für ihre Ebauches oder Uhrwerke andere Bezeichnungen. Ebauches oder Uhrwerke anderer Anbieter lassen sich jedoch oft einer Kaliberfamilie von ETA zuordnen, was nicht heisst, dass sie mit denen identisch sind. Aber sie verfügen beispielsweise über eine Grundplatine mit gleichem Durchmesser, wie dies bei Kalibern derselben Kaliberfamilie der Fall ist.

54. Die eingefärbten Felder stehen jeweils für einen Angebotsmarkt, wobei ETA auf den dunkel eingefärbten Feldern beziehungsweise Märkten aktiv ist. Die Tabelle ist nicht vollständig, beinhaltet aber den grössten Teil des Angebotes in der Schweiz:

Preis in CHF	Kaliberfamilien						
	Tourbillons	2670	2890	2821	7750	6497	7001
für ein Ebauches							
0-50		ETA		ETA			
50-100		ETA	ETA	ETA		ETA	
100-300			ETA		ETA	andere	ETA
300-500			andere		andere		andere
500-1'000			andere		andere		
>1'000	andere					andere	

55. Nachfragesubstituierbarkeit

56. Jede Uhr ist mit einem speziellen Uhrwerk ausgestattet, welches wiederum auf einem bestimmten Ebauches-Kaliber basiert. Um ein Uhrwerk für ein bestimmtes bereits existierendes Uhrenmodell zu produzieren, kann daher nur ein bestimmtes Kaliber verwendet werden, welches sich durch eine bestimmte Technik und einen bestimmten Preis auszeichnet.

Wird dieses Kaliber nicht mehr produziert, kann das Uhrwerk beziehungsweise das Uhrenmodell nicht mehr in der bisherigen Form hergestellt werden. Mit einem anderen Uhrwerk wäre die Uhr eine andere. Ein Uhrwerk, welches beispielsweise auf dem Kaliber 2824 von ETA basiert, ist kein Substitut für ein Uhrwerk mit einem Kaliber 2804 von ETA, obwohl beide Kaliber derselben Kaliberfamilie entstammen.

57. Ein bestimmtes Kaliber kann jedoch für verschiedene Uhrwerke verwendet werden. Die Kaliber 2892 oder Valjoux 7750 stellen sehr häufig verwendete Kaliber von ETA dar. Aufgrund ihrer qualitativen Eigenschaften werden sie sehr oft als Grundlage für verschiedene Uhrwerke verwendet.

58. Neben den technischen und qualitativen Eigenschaften spielt auch der Preis eines Ebauches eine bedeutende Rolle, wobei beide Kriterien eng zusammenhängen. In der Regel verhält sich der Preis eines Uhrwerks proportional zum Endverkaufspreis der Uhr. Je teurer die Uhr, desto teurer das Uhrwerk und somit auch das Ebauches, welches für das betreffende Uhrwerk verwendet wird, wobei ca. 50% des Endpreises eines Uhrwerks auf das Ebauches entfallen. Gelegentlich werden auch vergleichsweise billige Uhrwerke in hochpreisige Uhren eingebaut. Sobald jedoch teure Uhrwerke verwendet werden, hat dies Auswirkungen auf den Verkaufspreis der Uhr, das heisst, der Preis der Uhr steigt. Für Uhren in tieferen Preissegmenten sind hochpreisige Uhrwerke beziehungsweise hochpreisige Ebauches als Basis somit keine Alternative. Kaliber aus verschiedenen Preiskategorien sind somit nicht substituierbar. Wie die obige Tabelle zeigt (vgl. Rz. 50), bewegen sich die von ETA angebotenen und von ihren Kunden nachgefragten Ebauches in einem Preissegment bis zu CHF 300.-. Ebauches in höheren Preissegmenten sind daher keine Substitute.

59. Da die einzelnen Kaliber untereinander nicht substituierbar sind, wäre jedes einzelne Kaliber als eigener Markt zu definieren. Auf die genaue Marktabgrenzung kann im vorliegenden Fall aber verzichtet werden, weil - wie nachfolgend gezeigt wird - ETA bei einer engeren aber auch bei einer umfassenderen Marktabgrenzung marktbeherrschend ist.

60. Angebotssubstituierbarkeit der Kaliber einer Kaliberfamilie

61. Die Umstellung der Produktion von einem Kaliber einer Kaliberfamilie derselben Preiskategorie auf ein anderes Kaliber derselben Kaliberfamilie derselben Preiskategorie ist technisch problemlos möglich. Die entsprechenden Produktionsmaschinen erfordern zwar eine Umrüstung, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt. Insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für die Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.

62. Der sachliche Markt beschränkt sich daher auf mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.-.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

64. Auch Unternehmen in Indien, Russland und China stellen Ebauches für mechanische Uhrwerke her. Im Rahmen der Abklärung des sachlich relevanten Marktes wurde bereits dargelegt, dass über 80% der befragten Ebauches-Abnehmer ausschliesslich in der

Schweiz hergestellte Ebauches nachfragen (vgl. Rz. 47 ff.). Die Abnehmer begründen ihre Geschäftspolitik damit, dass die Kunden ein 100%iges Schweizerprodukt wünschen. Andere Unternehmen machten geltend, dass sie selber ein 100%iges Schweizerprodukt herstellen wollen. Des Weiteren wurde auch mangelnde Qualität ausländischer Produkte als ausschlaggebendes Kriterium angegeben.

65. Ebauches ausländischer Herkunft sind für die Mehrheit der Ebauches-Abnehmer jedoch keine Alternative. Der räumlich relevante Markt beschränkt sich daher auf die Schweiz.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

66. Ein Unternehmen wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

67. Die Uhrenhersteller beziehen die in ihren mechanischen Uhren enthaltenen Uhrwerke von Monteuren und Modifizierern oder die Uhrwerke werden von den Unternehmen der Uhrenmarken selber hergestellt. Einige wenige Marken verfügen über ihre eigene Manufaktur.

68. Da für jedes mechanische Uhrwerk ein mechanisches Ebauches benötigt wird, ist der nachgelagerte Markt der Uhrwerke, insbesondere die dort herrschenden Wettbewerbsverhältnisse und Marktanteile, in die Analyse der Marktposition von ETA mit einzu beziehen.

69. Uhrenmarken mit integrierter Manufaktur

70. Rolex ist eine Uhrenmarke, welche über ihre eigene Manufaktur verfügt und die Bestandteile, insbesondere Ebauches, für ihre Uhrwerke selber herstellt. Die Manufaktur ist im Unternehmen integriert. Neben Rolex stellt nur die Swatch Group die Uhrwerke für ihre diversen Marken in integrierten Tochterunternehmen, wie beispielsweise der ETA oder der Nouvelle Lémania, selber her.

71. Unternehmen mit hoher vertikaler Integration wie Rolex verwenden für ihre Uhrwerke nur ihre eigenen Produkte. Rolex ist demnach mehrheitlich selbstständig und von Monteuren, Modifizierern und von ETA als Produzentin von Ebauches unabhängig. Rolex produziert jedoch nur für den eigenen Gebrauch und verkauft ihre Produkte nicht an Dritte. Aus diesem Grund scheidet Rolex als alternative Quelle von Ebauches beziehungsweise als aktuelle Konkurrentin auf dem Markt für mechanische Ebauches aus.

72. Uhrenmarken mit teilweise integrierter Manufaktur

73. Chopard, Girard-Perregaux, Patek Philippe, Jaeger-LeCoultre, Vacheron Constantin der Richemont Gruppe, Zenith der Moët Hennessy Louis Vuitton-Gruppe (LVMH), Audemars-Piguet sowie Parmigiani sind Uhrenmarken, welche ebenfalls über ihre eigene

Manufaktur verfügen. Jedoch können sämtliche dieser Marken nur einen kleinen Teil ihres Bedarfs an Werken aus ihrer eigenen Produktion decken. Den Rest kaufen sie bei Modifizierern oder Montageunternehmen ein.

74. Montage- und Modifizierunternehmen

75. Monteure und Modifizierer stellen die Bestandteile für ihre Uhrwerke zum Teil selber her oder beziehen die dazu nötigen Ebauches von ETA. Sellita ist die grösste Abnehmerin von Ebauches von ETA. Sie bezieht sämtliche Ebauches für ihre Uhrwerke von ETA, ebenso das Montageunternehmen Soprod SA. Sellita verarbeitet rund einen Drittel der von ETA jährlich produzierten Ebauches und ist damit ihre grösste Kundin. Jaquet bezieht ebenfalls Ebauches von ETA, stellt aber für ihre eigenen Werke auch selber Ebauches her. Bei den eigenen Werken von Jaquet handelt es sich - wie bereits erwähnt - um hochpreisige und in geringer Stückzahl produzierte Manufakturwerke. Dubois Depraz modifiziert ebenfalls Uhrwerke, bezieht aber sämtliche Ebauches von ETA.

76. Nouvelle Lémania und Frédéric Piguet SA, welche beide zur Swatch Group gehören, zählen ebenfalls zu den Herstellern mechanischer Uhrwerke. Dafür stellen sie auch selber Ebauches her.

77. Kein aktueller Wettbewerb auf dem Markt für Ebauches

78. Von den oben genannten Unternehmen stellt nur Rolex in einem Umfang Ebauches her, welcher in quantitativer Hinsicht überhaupt mit dem von ETA zu vergleichen ist. Dennoch produziert Rolex nur rund einen Drittel der von ETA jährlich hergestellten Ebauches. Zudem produziert Rolex nur für den eigenen Gebrauch. Ebauches wie auch montierte Uhrwerke von Rolex werden somit nicht an Drittunternehmen verkauft. Rolex stellt daher keine Substitute zu den Ebauches von ETA her.

79. Die Ebauches der übrigen Uhrenmarken sowie Montage- und Modifizierunternehmen unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht von denjenigen der ETA. Einer davon zeigt sich im Preis. Manufakturwerke, beziehungsweise die für solche Werke verwendeten Ebauches, bewegen sich deutlich über dem Preis von CHF 300.-, der vorliegend den sachlich relevanten Markt nach oben begrenzt. Sie bewegen sich zwischen CHF 400.- und CHF 2'500.-, wobei der Preis gegen oben noch steigen kann. Diese Produkte sind daher bereits in preislicher Hinsicht keine Substitute zu den Ebauches von ETA.

80. Zweitens produzieren sowohl die genannten Untermarken wie auch die Montage- und Modifizierunternehmen einen Bruchteil der von ETA hergestellten Ebauches. ETA produzierte in den letzten drei Jahren im Durchschnitt ca. 3 Mio. Ebauches im Jahr. Im Vergleich dazu produzieren die oben genannten Hersteller, mit Ausnahme von Rolex, je ca. zwischen 3'000 und 80'000 Uhrwerke im Jahr. Im Gegensatz zu den von ETA in industriellen Mengen hergestellten Ebauches werden diese Werke also nur in sehr beschränkter Stückzahl hergestellt, weshalb sie die Lücke, wel-

che durch die Liefereinstellung von ETA-Ebauches entstehen würde, nicht füllen könnten. Im Übrigen werden die Ebauches in diesen Werken in der Regel nur als bereits montierte Werke verkauft. Auch aus diesen Gründen bilden die Manufakturwerke der genannten Unternehmen keine Substitute zu den Ebauches von ETA. Keines der genannten Uhren-, Montage- oder Modifizierunternehmen kann ETA daher ausreichend disziplinieren.

81. Marktanteile

82. Der Marktanteil der in der Schweiz von ETA produzierten mechanischen Ebauches ist vorerst anhand der Gesamtmenge der in der Schweiz produzierten mechanischen Uhrwerke aufzuzeigen, wobei nicht zwischen Uhrenmarken, Montageunternehmen und Modifizierer unterschieden wurde. Die Frage lautet also: Wie viele in der Schweiz produzierte mechanische Uhrwerke basieren auf einem Ebauches von ETA? Die Berechnungen stützen sich zum Teil auf geschätzte Marktanteile der Unternehmen, weshalb die Resultate nur ungefähre Werte wiedergeben.

83. Tabelle 1: Marktanteile auf dem Markt für montierte Uhrwerke

ETA	Rolex	Jaeger LeCoultre Frédéric Piguet Nouvelle Lémania Girard Perregaux Zenith (je zwischen 0,5% und 2%)	Andere (Patek Philippe Audemars Piguet Jaquet Vacheron & Constantin Chopard Parmigiani etc.)
75%	15%	5%	5%

84. Die Tabelle zeigt, dass ca. 75% aller in der Schweiz produzierten mechanischen Uhrwerke auf einem Ebauches von ETA basieren.

85. Werden die von Rolex produzierten Ebauches, welche nicht an Dritte verkauft werden, und die Ebauches der Uhrwerkhersteller, welche aus den oben genannten Gründen nicht substituierbar sind (Preis und Quantität), sowie die Ebauches, welche ETA bereits als fertige Uhrwerke verkauft, abgezogen, hat ETA auf dem Markt für mechanische in der Schweiz hergestellte Ebauches einen Marktanteil von mehr als 95%.

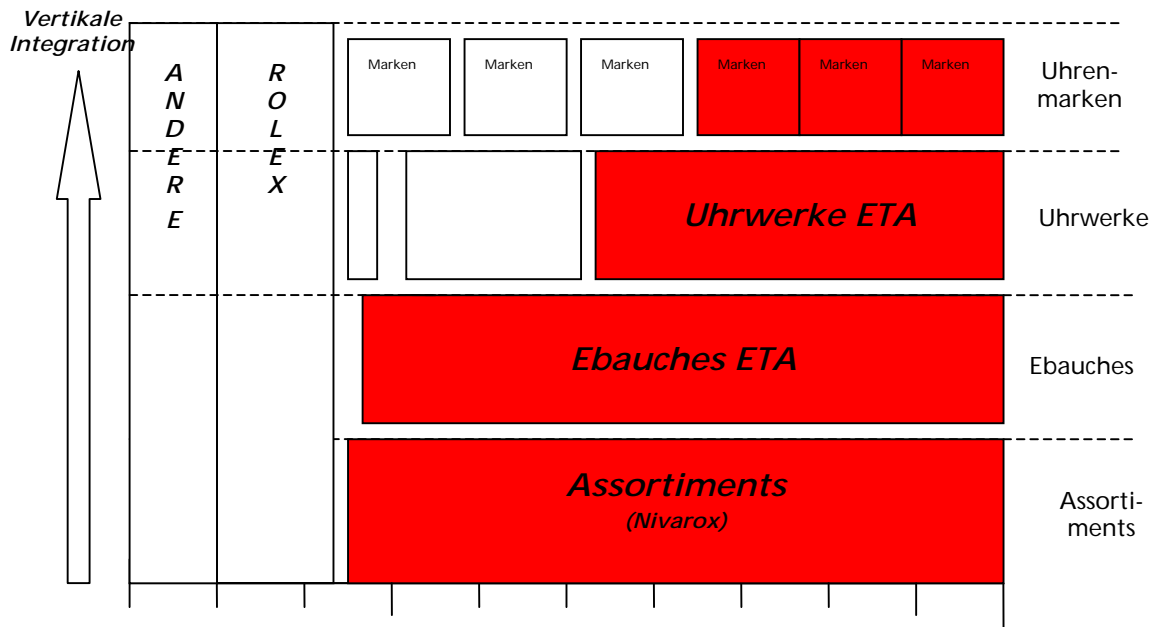
86. Tabelle 2: Marktanteile auf dem Markt für Ebauches

ETA	Rolex	Jaeger LeCoultre Frédéric Piguet Nouvelle Lémania Girard Perregaux Zenith	Andere (Patek Philippe Audemars Piguet Jaquet Vacheron & Constantin Chopard Parmigiani etc.)
>95%	0%	>0%	>0%

87. Zwischenergebnis

88. Zurzeit existiert neben ETA kein anderes Unternehmen, welches in der Schweiz mechanische Ebauches zu einem Stückpreis bis CHF 300.- produziert und diese an Dritte verkauft. Diese Feststellung wird übrigens auch von ETA gestützt, welche in ihrer Stellungnahme vom 14. April 2003 festhält, dass es natürlich richtig sei, dass es keine vergleichbaren Schweizer Anbieter von Ebauches gebe.

89. Die aktuelle Wettbewerbssituation präsentiert sich daher grafisch wie folgt:



90. Mangels aktuellen Wettbewerbs wirken keine disziplinierenden Effekte auf ETA. Sie kann sich aufgrund dieser Marktsituation unabhängig verhalten, was die Preiserhöhungen der letzten Jahre, insbesondere derjenigen Anfang 2003 um bis zu 25% (vgl. Rz. 17), unterstützen. Es herrscht zurzeit kein Wettbewerb auf dem relevanten Markt.

B.3.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

91. Unter der potenziellen Konkurrenz sind die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts, die voraussichtliche Zeitspanne bis zum möglichen Marktzutritt sowie das voraussichtliche Ausmass der möglichen Marktzutritte zu prüfen.

92. Neueintreter - Marktzutrittsschranken

93. Die Tatsache, dass ETA zurzeit die einzige Anbieterin von in der Schweiz produzierten mechanischen Ebauches ist, welche zu einem Preis unter CHF 300.- verkauft, bedeutet nicht, dass ETA die Umsetzung

ihres Strategiewechsels für immer verwehrt werden wird.

94. Das Sekretariat der Weko befasste sich daher eingehend mit den Projekten neuer Wettbewerber, insbesondere der Frage, welchen Zeitrahmen es in Anspruch nehmen würde, ein substituierbares Produkt zu den Ebauches von ETA zu entwickeln, zu produzieren und auf den Markt zu bringen (Marktzutrittsschranken).

95. Umfragen ergaben, dass sich seit Bekanntgabe des phasing-outs ca. zehn Unternehmen intensiv mit der Entwicklung von Ebauches und Movements beschäftigen. Das Sekretariat wandte sich mittels Fragebogen an sieben dieser Unternehmen, wobei die potenziellen Markteintreter ihre Projekte, insbesondere den Zeithorizont, die finanziellen Aufwendungen sowie die Produktpalette und das Produktionsvolumen, anhand der von ihnen aufgestellten Businesspläne beschreiben sollten. Die Unternehmen wurden

zudem aufgefordert, dem Sekretariat ihre Businesspläne einzureichen.

96. Dieser Aufforderung kamen sechs der befragten Unternehmen, darunter jene mit den bedeutendsten Projekten, nach. Mit sämtlichen der potenziellen Markteintretern fanden zudem Treffen statt, anlässlich welcher die Projekte und das aktuelle Geschehen auf dem Markt mündlich erläutert wurden. In Ergänzung dazu informierte sich das Sekretariat an verschiedenen Branchen-Veranstaltungen über den aktuellen Stand der Entwicklungen und nutzte diese Anlässe zu Gesprächen mit verschiedenen Marktteilnehmern.

97. Analyse der Businesspläne

98. Die Entwicklung und Produktion eines Ebauches kann in verschiedene Etappen eingeteilt werden. Als erstes ist ein Konzept für ein neues Ebauches zu konzipieren. Dafür sind technische und vor allem branchenspezifische Kenntnisse erforderlich, über welche viele der Marktteilnehmer gar nicht oder nicht in genügendem Ausmass verfügen. Auch ein bekanntes Kaliber, wie beispielsweise das Kaliber 2824, kann nicht einfach kopiert werden, sondern es müssen sämtliche Einzelteile zunächst neu konzipiert werden. Auf der Basis des entwickelten Konzepts ist ein Prototyp herzustellen. Dieser ist verschiedenen Tests zu unterziehen (Reaktion auf Wärme, Kälte, Schütteln, Druck etc.), welche viel Zeit in Anspruch nehmen können, da auch Langzeitwirkungen getestet werden müssen. Nach dieser Testphase ist zu prüfen, ob der Prototyp auch einer industriellen Produktion mit grossen Stückzahlen standhält. Ist dies der Fall, erfolgt die Markteinführung.

99. Die Analyse der Businesspläne sowie die Auswertung der Fragebogen ergaben, dass der Aufbau einer konkurrierenden Ebauchesproduktion ein langjähriges und kostenintensives Unterfangen darstellt. Verschiedene Faktoren beeinflussen den Zeitrahmen eines solchen Projektablaufs. Eine wichtige Rolle spielen die Komplexität eines Kalibers, das beabsichtigte Produktionsvolumen sowie die Produktpalette. Die Frage, wie viele verschiedene Kaliber gleichzeitig oder in welchen Abständen entwickelt werden, ist stark an die finanziellen Mittel gekoppelt. Die Investitionen belaufen sich je nach Projekt zwischen ca. CHF 10 Mio. und mehreren zehn Mio CHF.

100. Weiter ergab sich, dass sich eine Produktion von Manufakturebauches, welche in geringer Stückzahl erfolgt und sehr kostenintensiv ist, nicht ohne weiteres umstellen lässt auf eine Massenproduktion von Ebauches, wie dies ETA tut, da sich die Ebauches und die Produktionsmaschinen grundlegend unterscheiden. Eine derartige Umstellung erfordert dieselben Entwicklungs-, Test- und Produktionsphasen wie der Aufbau einer Ebauchesproduktion. Die genannten Marktzutrittsschranken gelten auch für ein Unternehmen wie Rolex, welches Ebauches in grösseren Produktionseinheiten herstellt. Diese sind jedoch nur für die eigenen Uhren konzipiert. Die Umstellungsflexibilität der übrigen Marktteilnehmer ist somit als gering einzustufen.

101. Da die Businesspläne Geschäftsgeheimnisse darstellen, können die einzelnen Projekte nicht einzeln erläutert werden. Die Analyse der Businesspläne ergab - unter Einbezug der oben genannten Faktoren (Produktionsvolumen, Produktpalette, finanzielle Mittel etc.) sowie der Antworten auf die während der Untersuchung versandten Fragebogen - eine Zeitdauer von ca. acht Jahren für die Lancierung von zwei bis vier Kalibern.

102. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bedeutet dieses Ergebnis, dass ca. ab 2011 - ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe des phasing-outs 2002 an berechnet - mit neuen Wettbewerbern auf dem Markt gerechnet werden kann, welche als alternative Anbieter von Ebauches oder montierten Uhrwerken eine Gegenkraft zu ETA bilden können.

103. Zurzeit verfügt ETA jedoch über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.-.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.3.2.1 Behinderungs- oder Benachteiligungstatbestände

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

105. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

106. Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es Geschäftsbeziehungen, beispielsweise durch Liefer- oder Bezugssperren, verweigert. Unter diesen Tatbestand fällt neben dem Abbruch und der Nichtaufnahme auch die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen.

107. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen muss in der Auswahl seiner Geschäftspartner grundsätzlich frei bleiben. Indessen darf es sich sowohl beim Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen als auch bei der Aufnahme neuer Beziehungen nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen. Ausnahmsweise wird das Behinderungsverbot zum Kontrahierungsgebot. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann Geschäftsbeziehungen daher nicht abbrechen, um Abnehmer oder Lieferanten vom Markt zu verdrängen oder weil es beschlossen hat, selber auf dem vor- beziehungsweise nachgelagerten Markt des Abnehmers tätig zu werden (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 7 N 100f.).

108. Historischer Hintergrund

109. Die heutigen Marktverhältnisse und die zwischen ETA und ihren Kunden herrschenden Geschäftsbeziehungen sind von Abhängigkeit geprägt, welche vor dem historischen Hintergrund zu betrachten sind.

110. Im Jahre 1926, in Zeiten der Überproduktion, vereinten sich drei der grössten Ebauchesproduzenten der Schweiz unter der Ebauches SA. Ziel dieses Zusammenschlusses war insbesondere die Stabilisierung der Preise und der Verkaufsbedingungen für Ebauches. Durch die Übernahme weiterer Ebaucheshersteller erlangte die Ebauches SA sehr schnell weltweit eine grosse Bedeutung in der Uhrenindustrie. Ihre Berufung bestand darin, die führende Position der schweizerischen Uhrenindustrie durch einen hohen Entwicklungsstand ihrer Produkte und ein breites Kaliberangebot in industriellen Mengen durchzusetzen und zu festigen.

111. Zur Überwindung einer grossen Uhrenkrise wurde 1931 auf der Grundlage der Ebauches SA und unter Mitwirkung des Bundes die Allgemeine Schweizerische Uhren AG (ASUAG) gegründet, welche durch Statuten etc. verpflichtet wurde, die gesamte Uhrenindustrie mit Ebauches und Bestandteilen zu beliefern. Die Schweizer Uhrenindustrie war geprägt von einem staatlichen Uhrenstatut. Kontinuierlich wurden in der Folge sämtliche Ebauchesproduzenten in die ASUAG integriert.

112. 1983 erfolgte - ebenfalls aufgrund wirtschaftlicher Krisen der betroffenen Unternehmen - der Zusammenschluss der ASUAG mit der Société Suisse de l'Industrie Horlogère (SSHI) zur ASUAG-SSHI, welche später zur SMH mutierte und zuletzt 1983 von Nicolas G. Hayek übernommen wurde. Damit waren Mitte der 80er Jahre die grössten Ebauchesproduzenten in einer einzigen Gesellschaft, der damaligen ETA SA Fabriques d'Ebauches und heutigen ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, vereint.

113. Die heutige Marktsituation basiert daher auf einer frühen, aus Effizienzgründen vorgenommenen Konzentration der verschiedenen Ebaucheshersteller in einem Unternehmen, welches später - infolge staatlicher Regulierungen gewisser Bereiche der Uhrenindustrie - unter anderem mit einem Versorgungsauftrag betraut wurde. Auch wenn das Uhrenstatut heute nicht mehr gilt, basiert die gesamte Schweizer Uhrenindustrie dennoch auf diesen langjährigen Strukturen, auf deren Bestehen sich sämtliche Marktteilnehmer, auch ETA, verlassen und verlassen durften.

114. Strategiewechsel von ETA

115. Mit einem Rundschreiben vom Juli 2002 informierte ETA sämtliche Ebauches-Kunden über ihren Entscheid, die Lieferungen von Ebauches schrittweise einzustellen. Ab 1. Januar 2003 würde die Liefermenge von Ebauches eingeschränkt. Im Jahre 2006 würden keine Ebauches mehr, sondern nur noch bereits montierte Uhrwerke geliefert. In ihrem Schreiben begründete ETA ihren Entscheid mit der Verbesserung logistischer Abläufe und der Qualitätssicherung ihrer Produkte.

116. Die stufenweise Reduktion der Liefermengen sah vor, dass die Kunden im Jahre 2003 noch mit 75%, im Jahre 2004 mit 50% und im Jahre 2005 noch mit 25% ihrer bisherigen Bezüge beliefert worden wären.

117. Gemäss ihren Ausführungen vom 7. Juni 2004 hält ETA nach wie vor an der Umsetzung des phasing-outs fest. ETA führte jedoch aus, dass sie die phasing-out-Periode um ein Jahr erstrecken und im Jahre 2005 noch 50%, im Jahre 2006 noch 25% der ursprünglichen Liefermenge liefern würde.

118. Folgen eines allfälligen Strategiewechsels für die Marktgegenseite

119. Die Umsetzung der von ETA geplanten stufenweisen Liefereinstellung von Ebauches würde den relevanten und den nachgelagerten Markt in verschiedener Weise beeinflussen. Wie bereits erwähnt, beliefert ETA drei verschiedene Typen von Ebauches-Kunden: Monteure, Modifizierer und Uhrenmarken.

120. Von diesen drei Kundentypen sind insbesondere die Montageunternehmen wie Sellita und Modifizierer wie Jaquet auf die Lieferung von Ebauches angewiesen. Für diese Unternehmen sind bereits montierte Uhrwerke keine Alternativen. Liefert ETA anstelle von Ebauches nur noch montierte Werke, wird insbesondere Sellita jegliche Geschäftsgrundlage entzogen, da ihre Kernaufgabe gerade in der Montage von Uhrwerken, also im Zusammensetzen eines Ebauches mit einem Assortiment zu einem Uhrwerk, besteht. Als Folge des phasing-outs würde Sellita der Rohstoff für die Herstellung ihres Produktes, welche sie an ihre Kunden verkauft, entzogen, was mangels Alternativen ihr Verschwinden vom Markt zur Folge haben könnte.

121. Jaquet als Modifizierer ist ebenfalls auf die Lieferung von Ebauches angewiesen, da für die Mehrzahl der Modifikationen die Grundplatte des Ebauches durch Bohren von zusätzlichen Löchern und Anbringen von Gewinden etc. bearbeitet werden muss. Jaquet bezieht ihre Ebauches 2892-A2 seit Jahren grösstenteils bei Sellita. Sellita bestellt die Ebauches bei ETA. Sofern die Ebauches für die Modifikation vor der Montage noch einer Änderung bedürfen, schickt Sellita diese Teile an Jaquet, welche die Änderungen vornimmt. Die bearbeiteten Teile werden Sellita zurückgeschickt, diese montiert das Werk und verkauft es an Jaquet, welche es wiederum an ihre Kunden weiterverkauft. Dieser Vorgang zeigt, dass eine Modifikation nicht auf einem bereits montierten Uhrwerk angebracht werden kann. Würden bereits montierte Werke geliefert, müssten diese zunächst demontiert werden. Die Demontage eines montierten Werks in seine Einzelteile verursacht zusätzliche Kosten und hat Qualitätseinbussen zur Folge, weshalb die Bearbeitung eines Uhrwerks für den Modifizierer ineffizient und wenig attraktiv ist.

122. Folgen für den nachgelagerten Markt und die Uhrenhersteller

123. Bereits das phasing-out, also die Reduktion der Liefermenge von Ebauches (im ersten Jahr auf 75%, dann auf 50% und schlussendlich auf 25%), würde für Monteure und Modifizierer bedeuten, dass sie die Nachfrage ihrer bisherigen Kunden nach montierten und modifizierten Uhrwerken nicht mehr zu 100% befriedigen könnten, weil sie nicht über genügend Ebauches verfügen würden. Bisherige Kunden von

Sellita und Jaquet wären daher gezwungen, die fehlenden Mouvements anderweitig zu beschaffen. Da nur noch ETA über genügend Ebauches verfügen würde, würden sich die Kunden für die fehlenden Uhrwerke wohl an ETA wenden. Nach der vollständigen Einstellung der Lieferung würden diese Kunden ihren gesamten Bedarf an montierten Uhrwerken bei ETA decken müssen, weil Sellita und Jaquet sowie die anderen Hersteller von montierten Uhrwerken mangels Ebauches gar keine Uhrwerke mehr herstellen könnten.

124. Uhrenhersteller, welche ihre Uhrwerke bisher mit Ebauches von ETA selber montierten, könnten ihre Uhrwerke nicht mehr selber herstellen, sondern wären gezwungen, diese bereits montiert zu beziehen. Als Bezugsquelle kämen aus den oben genannten Gründen weder Sellita noch Jaquet in Frage, weil diese bereits ihre bisherigen Kunden nicht mehr zu 100% beliefern, geschweige denn neue Kunden aufnehmen könnten. Einzige mögliche Lieferantin für montierte Uhrwerke wäre wiederum ETA, weil nur ETA über ausreichend Ebauches verfügen würde, welche sie zu Uhrwerken verarbeiten kann. Des Weiteren würden die Uhrenhersteller das Risiko, mit immer weniger Mouvements beliefert zu werden, schon während des phasing-outs nicht mehr eingehen wollen, weshalb sie diese unter Umständen bereits vor Ablauf des phasing-outs zu 100% bei ETA beziehen würden.

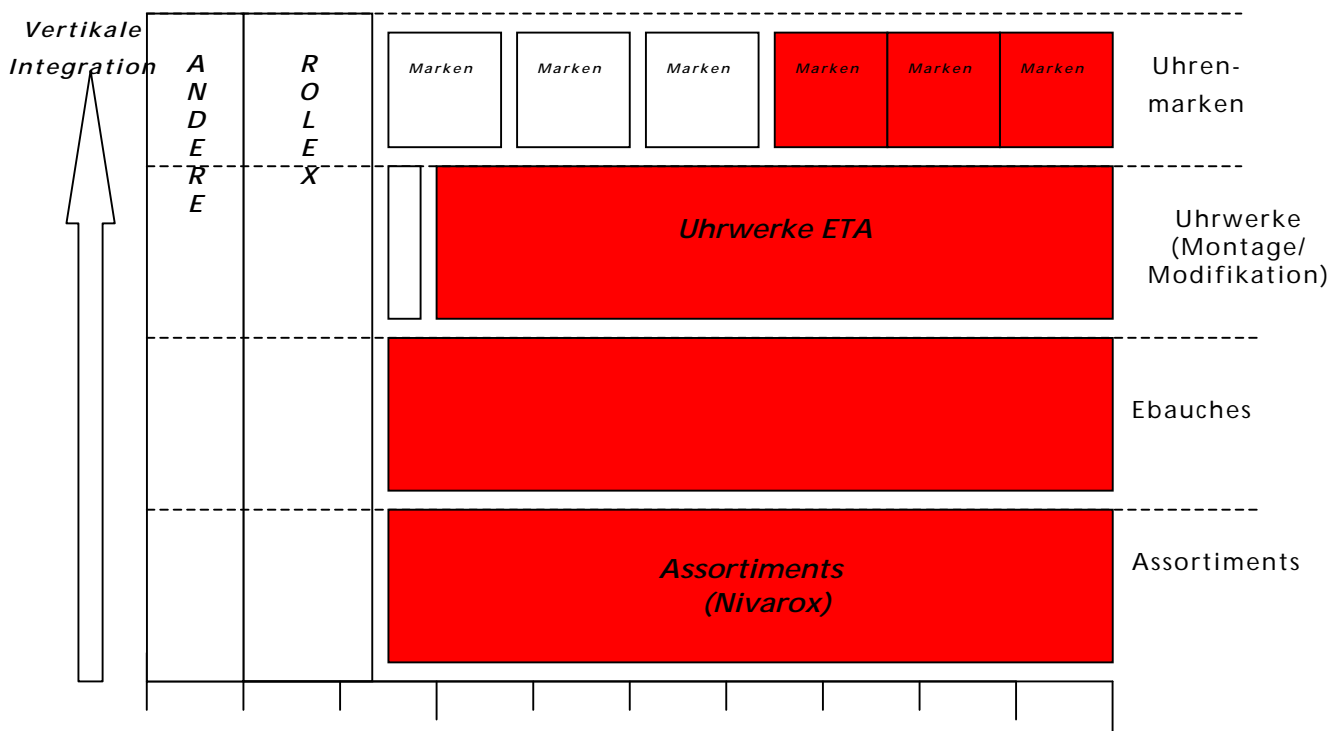
125. Dass dieses Szenario realistisch ist, lässt sich anhand eines Beispiels von Jaquet aufzeigen. Anfang des Jahres 2002 war es Jaquet nicht mehr möglich, ihre Kunden mit genügend Mouvements zu beliefern, da sie selber von ETA nicht mit ausreichend Ebauches beliefert worden war. Aufgrund dieser Umstände

entschied sich eine Kundin von Jaquet, gemäss Schreiben vom 13. März 2003 an ETA, mit ihrer Bestellung direkt an ETA zu gelangen.

126. Es muss also davon ausgegangen werden, dass die Umsetzung des phasing-outs, gefolgt vom vollständigen Lieferstopp, für Monteure und Modifizierer finanzielle Einbussen, Umsatzrückgänge und unter Umständen sogar den Konkurs zur Folge haben könnte. Insbesondere Sellita wäre zurzeit durch die Einstellung der Ebaucheslieferungen in ihrer Existenz stark gefährdet, bezieht sie doch 100% der Ebauches, welche sie zu Uhrwerken montiert, von ETA. Gleichzeitig ist Sellita die grösste Konkurrentin von ETA, wenn ETA - wie beabsichtigt - in Zukunft nur noch montierte Uhrwerke verkaufen will. Es würden nur noch Uhrwerklieferanten auf dem Markt verbleiben, welche ihre Ebauches und Uhrwerke für den eigenen Gebrauch herstellen. ETA wäre daher Hauptlieferantin von montierten Uhrwerken für Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, was ihr auf dem nachgelagerten Markt für montierte Uhrwerke zumindest eine starke Marktstellung einbringen würde.

127. Die Wirkung würde sich weiter auf die Stufe der Uhrenmarken erstrecken. Mit Ausnahme derjenigen Unternehmen, welche vollständig vertikal integriert sind, wären diese gezwungen, ihre Uhrwerke von ETA zu beziehen. Das Quasimonopol ETAs auf dem Markt für Uhrwerke führte die schweizerische Uhrenindustrie erneut in eine grosse Abhängigkeit von ETA.

128. Die Marktsituation nach einer allfälligen Umsetzung des phasing-outs würde sich grafisch somit wie folgt präsentieren:



129. Schlussfolgerung

130. Die Umsetzung des phasing-out, gefolgt von einem gänzlichen Lieferstopp der Ebauches, würde einen Abbruch der bestehenden Geschäftsbeziehungen durch ETA als marktbeherrschendes Unternehmen darstellen. Der Abbruch sämtlicher Geschäftsbeziehungen würde den Wettbewerb auf allen nachgelagerten Marktstufen erheblich beeinträchtigen und einige Marktteilnehmer in ihrer Existenz gefährden.

131. Kann das Verhalten von ETA in der Folge nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, ist das phasing-out beziehungsweise der nachfolgende Lieferstopp von mechanischen Ebauches als missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren.

B.3.2.2 Missbräuchlichkeit/Vorliegen sachlicher Gründe

132. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb beschränken, ohne dass sie sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen.

133. ETA machte in ihren Stellungnahmen verschiedene Rechtfertigungsgründe geltend. In ihrem Rundschreiben vom Juli 2002, in welchem sämtliche Kunden über den geplanten Lieferstopp informiert wurden, begründete ETA ihren Strategiewechsel mit Logistikproblemen und der Absicht, die Qualität ihrer Produkte durch die Lieferung bereits montierter Uhrwerke anstelle von Ebauches zu verbessern. In ihrer Stellungnahme vom 14. April 2003 führte ETA aus, mit der Belieferung von ausschliesslich mechanischen Uhrwerken anstelle von Ebauches folge sie einer Tendenz der vertikalen Integration, wie sie sich in der Uhrenindustrie generell beobachten lasse. ETA verwies in diesem Zusammenhang auf die unternehmerische Freiheit. Weitere Argumente waren der Schutz des "Swiss-made"-Labels, Qualitätskontrolle, Markenschutz, Fälschungsbekämpfung und Konzentration der Wertschöpfungskette.

134. Logistikprobleme

135. ETA macht in diesem Zusammenhang lediglich geltend, dass ein Uhrwerk aus zahlreichen Bestandteilen bestehe und die mit dem Vertrieb von Ebauches verbundenen logistischen Probleme nicht zu unterschätzen seien.

136. Dass der Vertrieb von Ebauches mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, ist unbestritten. Welcher Art diese neu aufgetretenen Probleme sind, wurde von ETA jedoch nicht ausgeführt. Aus diesem Grund kann auf dieses Argument nicht näher eingegangen werden.

137. Unternehmerische Freiheit - Konzentration der Wertschöpfungskette - Strukturwandel

138. ETA macht geltend, sie habe ihr Angebot strategisch neu positioniert und wolle fortan dritte Unternehmen nur noch mit fertig montierten Uhrwerken beliefern. Damit verhalte sie sich lediglich unternehmerisch und folge der Tendenz zur vertikalen Integration.

139. Es ist unbestritten, dass ein Unternehmen seine Unternehmensstrategie frei wählen und sich einem Strukturwandel anpassen darf. Ein marktbeherrschendes Unternehmen wie ETA ist in seiner Marktposition jedoch speziellen Regeln wie beispielsweise dem Verbot des missbräuchlichen Abbruchs von Geschäftsbeziehungen unterworfen, welche für andere Unternehmen nicht gelten (Art. 7 KG); der Abbruch von Geschäftsbeziehungen durch andere Unternehmen hat in der Regel denn auch keinen Einfluss auf den Wettbewerb.

140. Das phasing-out wurde für eine Zeitdauer von drei Jahren vorgesehen. Wie vorne ausgeführt (vgl. Rz. 118 ff.) ist dies zu wenig Zeit für die Marktgegenseite, um sich nach alternativen Quellen umzusehen beziehungsweise solche zu schaffen. Die Umsetzung des Strategiewechsels in so kurzer Zeit hätte gravierende Folgen für den Wettbewerb. Unter diesen Umständen kann sich ETA als marktbeherrschendes Unternehmen daher nicht auf die unternehmerische Freiheit berufen.

141. Fälschungsbekämpfung - Qualitätskontrolle - Markenschutz

142. ETA ist der Ansicht, durch die Lieferung bereits montierter Uhrwerke einen wesentlichen Beitrag zur Fälschungsbekämpfung leisten zu können, wenn sie ihre Werke direkt an die Uhrenmarken liefere. In Bezug auf Uhrwerke mit einem Ebauches von ETA möchte ETA zur Qualitätssicherung zukünftig selber die Endkontrolle der Uhrwerke durchführen, was nur möglich sei, wenn anstelle von Ebauches nur noch montierte Uhrwerke an Dritte verkauft würden.

143. Tatsächlich stellen Fälschungen für die gesamte Uhrenindustrie ein Problem dar. Tatsache ist jedoch auch, dass sich auf dem Markt sowohl gefälschte Uhren mit Werken von ETA wie auch von Jaquet und Sellita finden. Sämtliche der im vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien sind also betroffen, nicht nur die Anzeigerinnen. Dass auch Werke von ETA betroffen sind, zeigt zumindest, dass Fälschungen nicht vermieden werden können, auch wenn die Werke direkt an den Endabnehmer geliefert werden. Im Übrigen können auch bereits montierte Werke demontiert und wieder zusammengesetzt und so ebenfalls für Fälschungen verwendet werden. Aus diesen Gründen ist die Lieferung von montierten Werken anstelle von Ebauches kein taugliches und kein verhältnismässiges Mittel, um Fälschungen zu bekämpfen. Es ist im Übrigen nicht richtig, dass ETA als marktmächtiges Unternehmen gezwungen wäre, sich selbst zu schädigen. Den Interessen von ETA wurde in Ziffer 3.8 des Dispositivs Rechnung getragen, wonach ETA berechtigt ist, ihre Ebauches-Lieferungen an die Bedingung zu knüpfen, dass der Kunde ihr die schriftliche Erklärung abgibt, wonach er ausschliesslich solche Abnehmer mit mechanischen ETA-Werken beliefert, welche ihrerseits die schriftliche Erklärung abgegeben haben, wonach sie die ETA-Werke nicht zu Fälschungszwecken missbrauchen. Das Recht von ETA, von ihren Kunden eine solche Erklärung einzuholen, ist an die Bedingung geknüpft, dass ETA ihrerseits eine derartige Erklärung gemäss Ziffer 3.8 Absatz 1

des Dispositivs zuhanden des Sekretariates der Weko abgibt.

144. In Bezug auf die Qualitätskontrolle ist nicht ersichtlich, inwiefern ETA diese beanstandet. Die Antworten auf die Fragebogen bescheinigen den Monteuren und Modifizierern jedenfalls durchwegs gute Qualität und Sellita wie Jaquet kennzeichnen ihre Werke mit so genannten SIP-Codes, welche die Identifikation des für die Montage verantwortlichen Unternehmens ermöglichen.

145. Im Zusammenhang mit dem Markenschutz be ruft sich ETA auf ihr legitimes Interesse, die Qualität der mit ihrer Marke "ETA" ausgezeichneten Werke kontrollieren zu können. Da bezüglich der Qualitätskontrolle beziehungsweise der mangelnden Qualität keine konkreten Ausführungen gemacht werden, ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Marke ETA durch mangelnde Qualität gefährdet sein sollte.

146. Swiss-made

147. ETA bemängelt, dass ihre Abnehmer Uhrwerke mit Ebauches von ETA ins Ausland exportieren und diese dort als "Swiss-made"-Uhren die Schweizer Uhrenindustrie konkurrenzieren.

148. Die Verwendung des "Swiss-made"-Labels ist gesetzlich auf Verordnungsstufe geregelt. Solange die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind - vorliegend ergaben sich keine Hinweise, dass dies nicht so ist - ist es nicht an der Wettbewerbskommission, darüber hinausgehende Auflagen zu machen und die Verwendung des Labels mehr einzuschränken. Dies käme materiell einer Gesetzesänderung gleich.

149. Zusammenfassung

150. Es liegen daher keine legitimate business reasons vor. Das geplante phasing-out ist somit als missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren.

B.3.3 Massnahmen - einvernehmliche Regelung

151. Die Analyse der Businesspläne und die Auswertung der Fragebogen ergaben, dass sich voraussichtlich bis 2011 genügend andere Akteure neben ETA auf dem Markt etablieren können. Während der Entwicklungs- und Testzeit sind die Neueinsteiger jedoch auf Ebauches von ETA angewiesen, um parallel zur Entwicklung neuer Produkte ihre Kunden weiterhin bedienen und so im Markt bestehen zu können. Diese Zwischenzeit gilt es zu überbrücken. Um zukünftig eine von Wettbewerb geprägte Marktsituation vorzufinden, ist daher sicherzustellen, dass ETA bis und mit 2010 weiterhin mechanische Ebauches an ihre Kunden liefert.

152. Ende Juni 2004 gelangte das Sekretariat mit dem Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung an ETA. Ziel dieser Vereinbarung war es, die Zeitdauer, welche die Neueinsteiger benötigen, um mit einem substituierbaren Produkt auf den Markt zu gelangen, durch die Weiterlieferung von Ebauches durch ETA zu überbrücken.

153. Am 7. September 2004 konnte mit ETA eine einvernehmliche Regelung vereinbart werden, wonach sich ETA verpflichtete, in reduziertem Umfang während der nächsten sechs Jahre weiterhin Ebauches an ihre Kunden zu liefern (vgl. Dispositiv Ziff. 3.1., 3.2. und 3.4.).

154. ETA verpflichtete sich, bis und mit 2008 85% der in den Jahren 1999/2000/2001 von den jeweiligen Kunde abgenommen Menge an Ebauches einer Kaliberfamilie zu liefern. 2009 wird die Lieferverpflichtung auf 50%, 2010 auf 25% reduziert. Die Referenzmenge bemisst sich anhand der Kaliberfamilien. Innerhalb einer Kaliberfamilie kann die Bestellmenge für die einzelnen Kaliber also variieren, was den Kunden eine grössere Flexibilität ermöglicht (Ziff. 3.2. und 3.4.).

155. Die Differenz zur 100% abgenommenen Menge einer Kaliberfamilie wird den Kunden als montierte Uhrwerke, also Mouvements, geliefert (Ziff. 3.2.).

156. In Ziffer 3.3. wurde ein Mechanismus in Bezug auf die Flexibilität der Liefermengen eingeführt. Für die Abnehmer von Ebauches ist es wichtig, dass sie in der Bestellung der einzelnen Kaliber eine grösstmögliche Flexibilität haben, um auf die Schwankungen des Marktes und auf die Nachfrage ihrer Kunden kurzfristig reagieren zu können. ETA hingegen wünschte eine gewisse Einschränkung in Bezug auf die Bestellmöglichkeiten der einzelnen Kaliber, um die Produktion und die Logistik bereits vereinfachen und herunterfahren zu können. Mit Ziffer 3.3. sollte zudem sichergestellt werden, dass ein Kunde, wenn er seine Bestellmenge einmal in gewissem Umfang reduziert hat, diese nicht wieder beliebig erhöhen kann. Damit sollte ETA ermöglicht werden, ihre Planung langfristig auf ein tieferes Produktionsniveau herunterzufahren.

157. Der Kunde hat sich also in einem gewissen Spielraum in Bezug auf die Bestellmenge einer Kaliberfamilie zu bewegen. Wenn er diesen Spielraum mengenmässig unterschreitet, kann er sich danach nur noch im darunter liegenden Spielraum bewegen (Ziff. 3.3.b.). Diese Regelung bezieht sich also auf die prozentuale Liefermenge der geltenden Referenzmenge, also auf die **Menge einer Kaliberfamilie**.

158. Der zweite, feinere Flexibilitätsmechanismus bezieht sich auf die Bestellung der **einzelnen Kaliber** innerhalb einer Kaliberfamilie (Ziff. 3.3.a.). Innerhalb einer Kaliberfamilie kann die Bestellmenge eines Kalibers von Jahr zu Jahr um 30% erhöht oder reduziert werden. Als Höchstgrenze gilt die maximale Lieferverpflichtung von 85% der Referenzmenge (3.2. und 3.4.) erhöht um 30%, also 110,5% (3.3.a.).

159. Beispiel: Die in den Jahren 1999/2000/2001 durchschnittlich abgenommene Menge der Kaliberfamilie 2670 (welche aus fünf Kalibern besteht) beträgt 100'000 Stück. 85% davon entsprechen 85'000 Stück. Der Kunde kann gemäss 4.3.b. die Stückzahl in einem gewissen Rahmen erhöhen und reduzieren. Bestellt er in einem Jahr weniger als 50'000 Stück pro Kaliberfamilie kann er das nächste Jahr nur noch ma-

ximal 49'999 Stück bestellen. Diese Regelung bezieht sich auf die Stückzahl einer Kaliberfamilie.

160. Die Kaliberfamilie 2670 besteht aus fünf Kalibern: 2660, 2671, 2678, 2681, 2688. Ziffer 3.3.a. ermöglicht es, die 100'000 Stück, welche dem Kunden zur Verfügung stehen, unter den fünf Kalibern aufzuteilen: 2660: 0, 2671: 10'000, 2678: 10'000, 2681: 30'000, 2688: 50'000.

161. Von jedem Kaliber kann der Kunde nach 3.3.a. im nächsten Jahr max. 110,5% und wenigstens 55% bestellen. Die anderen Kaliber der Kaliberfamilie müssen dementsprechend in der Bestellmenge angepasst werden, damit die maximale Bestellmenge von 100'000 Stück nicht überschritten wird und keine Abweichungen von mehr als 30% pro Kaliber entstehen. Grössere Abweichungen nach unten sind natürlich möglich. Dann ist aber die Regelung von 3.3.b. zu beachten.

162. Ziffer 3.5. regelt die Bestellmodalitäten. Wie bereits erwähnt, sind die Nachfragen der verschiedenen Uhrwerke und damit der Ebauches, welche dafür verwendet werden, grossen Schwankungen unterworfen. Da die Kunden von ETA somit spontan auf die Bestellungen ihrer Kunden eingehen können müssen, ist für sie eine kurze Bestellfrist von Interesse. Ansonsten wären sie gezwungen, grosse Lager anzulegen, was aus finanziellen Gründen nur in beschränktem Umfang möglich ist. Für ETA erleichtern Bestellungen im Voraus die Produktionsplanung.

163. ETA nimmt mit ihren Kunden jeweils bis Ende November eine Jahresplanung in Bezug auf Menge und Abnahmezeitpunkt vor, von welcher in gewissem Umfang abgewichen werden kann. Die in der Jahresplanung angegebene Bestellmenge einer Kaliberfamilie kann um 20% von der Ende Jahr tatsächlich abgenommen Menge abweichen. Wenn von einer Kaliberfamilie bei der Jahresplanung 10'000 Stück bestellt wurden, darf sich die Ende Jahr tatsächlich gekaufte Stückzahl auf 8'000 oder 12'000 Stück belaufen. Die maximale Lieferverpflichtung von ETA (Ziff. 3.2., 3.3., 3.4.) darf dabei aber nicht überschritten werden (Abs. 2 und 3 von Ziff. 3.5.).

164. Mit der Vier-Monatsplanung verfügt ETA immer über fixe Bestellungen für einen Zeitrahmen von vier Monaten, wobei immer Ende Monat ein Monat hinzugefügt wird. Ende Oktober sind die Bestellungen für die Monate November, Dezember und Januar bereits aufgegeben und fixiert. Ende Oktober - innerhalb der Drei-Monatsfrist - gibt der Kunde die Bestellungen für den Monat Februar auf, Ende November diejenigen für den Monat März (Abs. 3 von Ziff. 3.5.).

165. Im Rahmen der Abweichungsmöglichkeit von +/- 20% der Jahresplanung ist der Kunde verpflichtet, die bestellte Menge abzunehmen, ansonsten gelten die Regeln über den Gläubigerverzug (Abs. 4 von Ziff. 3.5.).

166. Infolge der Preiserhöhungen der letzten Jahre, insbesondere jener Anfang 2003 um ca. 25%, wurden diese Preise als kostendeckend und als mit einer übli-

chen Marge versehen qualifiziert. Aus diesem Grund hat ETA über die normale Teuerung hinausgehende Preiserhöhungen dem Sekretariat zu melden. Nach Anhörung eines neutralen Experten wird das Sekretariat abschliessend entscheiden, ob die Preiserhöhung gerechtfertigt ist oder nicht (Ziff. 3.6.).

167. Um den Aufbau eines parallelen Ebauches-Handels zu vermeiden, ist ETA berechtigt, von ihren Kunden eine Erklärung einzufordern, wonach sich diese verpflichten, auf den Weiterverkauf mit Ebauches von ETA zu verzichten. Im Widerhandlungsfall wird eine Konventionalstrafe fällig. Jaquet und Sellita haben diese Erklärung bereits unterzeichnet und abgegeben (Ziff. 3.7.).

168. Gemäss Ziffer 3.8. erklären ETA und ihre Kunden, nur solche Abnehmer mit mechanischen ETA-Werken zu beliefern, welche ihrerseits die schriftliche Erklärung abgegeben haben, wonach sie die ETA-Werke nicht zu Fälschungszwecken missbrauchen. ETA ist jedoch nicht berechtigt, von ihren Kunden die Offenlegung der Kundenlisten oder deren -erklärungen zu verlangen.

169. Um den Marktzutritt neuer Anbieter zu ermöglichen, müssen die Ebauches-Kunden die Möglichkeit haben, sowohl bei den Neueintretern wie auch parallel bei ETA Bestellungen aufzugeben. In einem solchen Fall ist ETA verpflichtet, ebenfalls Ebauches zu liefern und solche Kunden gegenüber anderen nicht zu diskriminieren (Ziff. 3.9.).

170. Zur Überprüfung der Einhaltung dieser Vereinbarung ist ETA verpflichtet, dem Sekretariat der Weko jährlich Auskunft über verschiedene Daten zu geben (Ziff. 3.10.).

171. Die Verpflichtungserklärung von ETA ist befristet bis zum 31. Dezember 2010 (Ziff. 3.11.).

B.3.4 Ergebnis

172. Durch die Weiterlieferungsverpflichtung von ETA in Bezug auf Ebauches liegt kein missbräuchliches Verhalten mehr vor.

C. Entzug der aufschiebenden Wirkung

173. Generell kommt einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz [SR 170.021]; VwVG). Gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG kann die Vorinstanz oder die Beschwerdeinstanz die aufschiebende Wirkung jedoch entziehen, sofern die angefochtene Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand hat. Bei einem Entzug der aufschiebenden Wirkung ist insbesondere zu prüfen, ob der Schutz der öffentlichen Interessen ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung rechtfertigt.

174. Auf dem als sachlich relevant definierten Markt herrscht zurzeit kein Wettbewerb. Die verschiedenen Akteure, welche zurzeit an der Entwicklung von alternativen Produkten zu den Ebauches von ETA arbeiten, sind zur Realisierung ihrer Projekte auf die nahtlose Lieferung von ETA-Ebauches angewiesen, um ihre Kunden weiterhin versorgen zu können und so die Finanzierung ihrer Projekte sicherzustellen.

175. Am 18. November 2002 verpflichtete sich ETA im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zur Weiterlieferung von Ebauches. Dadurch wurde den neueintretenden Unternehmen ermöglicht, Projekte für verschiedene alternative Ebauchesproduktionen an die Hand zu nehmen. Mit der vorliegenden Verfügung soll dieser Prozess weiterhin gewährleistet sein. Würde die Lieferung von ETA-Ebauches für die Zeitdauer eines Beschwerdeverfahrens eingestellt, wäre dies mit schwerwiegenden finanziellen Schwierigkeiten für die Abnehmer beziehungsweise Neueinsteiger, wenn nicht sogar mit Konkursen, verbunden, da diese ihre eigenen Kunden nicht mehr beliefern könnten. Eine solche Entwicklung würde dem Wettbewerb auf diesem Markt erheblich schaden. Um eine Etablierung der neuen Akteure auf dem Markt zu unterstützen und damit eine von Wettbewerb geprägte Marktsituation zu schaffen, ist somit die nahtlose Versorgung der Kunden mit Ebauches von ETA für die in der Verfügung vorgesehene Zeitdauer sicherzustellen. Die öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollstreckung der Verfügung überwiegen gegenüber den allfälligen Interessen von ETA, während der Beschwerdefrist keine Ebauches mehr liefern zu müssen. Dies gilt umso mehr, als sich ETA im vorliegenden Verfahren im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung zur Weiterlieferung bereit erklärt hat. Aus diesem Grund ist einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

D. Kosten

176. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

177. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacherin gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin ETA.

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

179. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Artikel 4 Absätze 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung).

180. Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

181. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige unter anderem separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegramm-, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich zulasten von ETA auf CHF [...].

182. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

183. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitern rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF [...] beziehungsweise CHF [...] für die von Vorgesetzten geleisteten Arbeitsstunden. Die durch die beiden Mitarbeiter aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Verfahrens beträgt [...] Stunden, die durch Vorgesetzte aufgewendete Zeit [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf insgesamt CHF [...], nämlich CHF [...] für die Mitarbeiter, CHF [...] für die Vorgesetzten.

184. Die Gebühren zulasten von ETA belaufen sich daher insgesamt auf CHF [...].

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- eine marktbeherrschende Stellung innehat. Als nachgelagerter Markt gilt der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements).

2. Die in Ziffer 1 enthaltene Feststellung kann auf Antrag von ETA überprüft werden. Hiefür hat ETA alle ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel einzureichen.

3. Die Wettbewerbskommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die nachstehende von Ziffer 1 und 2 unabhängige Verpflichtungserklärung von ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, 2540 Grenchen, vom 7. September 2004:

1. Grundsatz

ETA verpflichtet sich, ihre bisherigen Kunden weiterhin mit mechanischen Ebauches zu beliefern.

2. Umfang der Liefermenge

Die Referenzmengen zur Bemessung der Weiterlieferungspflicht sind die in den Jahren 1999/2000/2001 vom jeweiligen Kunden durchschnittlich abgenommenen Mengen einer Kaliberfamilie.

Als Kaliberfamilien gelten:

Kaliberfamilie 7001	Kaliberfamilie 2670	Kaliberfamilie 2890
7001	2660 2671 2678 2681 2688	2890 2892-A2 2893-1-3

Kaliberfamilie 2821	Kaliberfamilie 7750	Kaliberfamilie 6497
2801 2804 2824-2 2834-2 2836-2 2846	7750 7751 7752 7760	6497-1 6498-1

Die Weiterlieferungspflicht von ETA für einzelne Kaliberfamilien pro Jahr ist beschränkt auf 85% (bis und mit Jahr 2008) beziehungsweise 50% (für 2009) beziehungsweise 25% (für 2010) der für den jeweiligen Kunden geltenden Referenzmengen (vgl. Ziff. 4).

ETA verpflichtet sich, den betroffenen Kunden auf Wunsch während der ganzen Gültigkeitsdauer die Differenz zu den Referenzmengen in Form fertig montierter Mouvements zu liefern.

3. Flexibilität der Liefermengen

Bezüglich der Flexibilität der Liefermengen gelten die nachfolgenden zwei Konditionen kumulativ:

a) Innerhalb einer Kaliberfamilie sind Abweichungen von +/- 30% von der im vorangehenden Jahr abgenommenen Menge eines Kalibers möglich. Die Höchstgrenze der Erhöhung pro Kaliber liegt bei 110,5% der durchschnittlich abgenommen Menge diese Kalibers in den Jahren 1999/2000/2001.

b) Innerhalb des Spielraums zwischen der maximalen Liefermenge von 85% und 50% der Referenzmenge kann der Kunde die Bestell-

menge von Jahr zu Jahr herabsetzen und wieder erhöhen.

Unterschreitet ein Kunde mit der tatsächlich abgenommenen Menge die untere Grenze von 50% der Referenzmenge, wird die maximale Liefermenge automatisch auf 50% der Referenzmenge herabgesetzt. Der Kunde kann seine Bestellmengen innerhalb des Spielraums zwischen 50% und 30% der Referenzmenge von Jahr zu Jahr herabsetzen oder wieder erhöhen.

Unterschreitet ein Kunde mit der tatsächlich abgenommenen Menge die untere Grenze von 30% der Referenzmenge, wird die maximale Liefermenge automatisch auf 30% der Referenzmenge herabgesetzt. Der Kunde kann seine Bestellmengen innerhalb des Spielraums zwischen 30% und 0% der Referenzmenge von Jahr zu Jahr herabsetzen oder wieder erhöhen.

Punkt b) gilt nur für die Jahre 2005 bis und mit 2009.

4. Dauer der Lieferverpflichtung

ETA ist wie folgt zur Weiterlieferung von Ebauches verpflichtet:

Ab Genehmigung der Vereinbarung durch die Weko bis und mit 2008	2009	2010	2011
85% der Referenzmengen	50% der Referenzmengen	25% der Referenzmengen	0%

5. Bestellmodalitäten/Abnahmeverpflichtung

ETA verpflichtet sich, mit ihren Kunden eine individuelle Mengenplanung (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende Vier-Monatsplanung) vorzunehmen. Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Parteien verbindlich.

Jeder Kunde hat bis spätestens Ende November seine Jahresplanung bekannt zu geben. Die tatsächlich abgenommene Menge einer Kaliberfamilie hat sich innerhalb einer Bandbreite von +/-20% der Jahresplanung zu bewegen. Vorbehalten bleibt die maximale Liefermenge pro Kaliberfamilie gemäss Ziffer 2, 3 und 4.

Im Rahmen der rollenden Vier-Monatsplanung sind fixe Bestellungen mindestens drei Monate im Voraus bekannt zu geben. Dabei gilt der folgende Mechanismus: Bis spätestens Ende Oktober ist die Bestellung für den Februar des Folgejahres, bis spätestens Ende November ist die Bestellung für den März des Folgejahres, bis spätestens Ende De-

zember ist die Bestellung für den April des Folgejahres, bis spätestens Ende Januar ist die Bestellung für den Mai desselben Jahres, bis spätestens Ende Februar ist die Bestellung für den Juni desselben Jahres abzugeben etc.

Die Kunden sind verpflichtet, die bestellte Menge abzunehmen, ansonsten gelten die Regeln über den Gläubigerverzug gemäss Obligationenrecht (SR 220).

6. Preiserhöhungen

Die im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Vereinbarung bestehenden Preise sind als kostendeckend und mit einer marktüblichen Marge versehen zu betrachten.

ETA ist berechtigt, die heute bestehenden Preise für Ebauches jeweils Ende Jahr im Rahmen der Steigerung des Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik zu erhöhen.

Darüber hinausgehende Preiserhöhungen sind vor deren Durchsetzung dem Sekretariat der Weko zu melden und von diesem, nach Anhörung eines vom Sekretariat der Weko zu bestimmenden neutralen Experten, abschliessend zu genehmigen.

7. Verzicht auf Handel mit ETA-Ebauches

ETA ist berechtigt, von ihren Kunden eine Verpflichtungserklärung des folgenden Inhaltes zu verlangen:

"Der Kunde verpflichtet sich hiemit, auf den Weiterverkauf unbearbeiteter mechanischer ETA-Ebauches zu verzichten. Im Widerhandlungsfall wird eine Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) in der Höhe von 20% des im letzten Jahr fakturierten Umsatzes mit unbearbeiteten mechanischen ETA-Ebauches, mindestens jedoch CHF 50'000.-, höchstens jedoch CHF 500'000.-, fällig."

ETA ist nicht berechtigt, eine Zuwiderhandlung gegen dieses Weiterverkaufsverbot mit einem Lieferstopp zu sanktionieren.

Weigert sich ein Kunde, binnen 30 Tagen nach erfolgter schriftlicher Aufforderung oben stehende Verpflichtungserklärung abzugeben, so ist ETA nach vorheriger Genehmigung durch das Sekretariat der Weko berechtigt, die Belieferung dieses Kunden mit ETA-Ebauches bis zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung einzustellen.

Es wird festgestellt, dass die Kunden Jaquet SA und Sellita Watch Co SA eine solche Verpflichtungserklärung bereits unterzeichnet und abgegeben haben.

8. Fälschungsbekämpfung

ETA ist berechtigt, ihre Ebauches-Lieferungen an die Bedingung zu knüpfen, dass der Kunde ihr die schriftliche Erklärung abgibt, wonach

er ausschliesslich solche Abnehmer mit mechanischen ETA-Werken beliefert, welche ihrerseits die schriftliche Erklärung abgegeben haben, wonach sie die ETA-Werke nicht zu Fälschungszwecken missbrauchen.

Das Recht von ETA, von ihren Kunden eine solche Erklärung einzuholen, ist an die Bedingung geknüpft, dass ETA ihrerseits eine derartige Erklärung gemäss Ziffer 8 Absatz 1 zuhanden des Sekretariates der Weko abgibt.

ETA ist jedoch nicht berechtigt, von ihren Kunden die Herausgabe der ihrerseits von ihren Abnehmern eingeholten Erklärungen oder die Offenlegung der Namen dieser Abnehmer zu verlangen.

9. Nicht Diskriminierung

ETA verpflichtet sich, alle Kunden, insbesondere auch solche, welche einen Teil ihrer Ebauches nicht bei ETA, sondern bei dritten Lieferanten oder aus einer unternehmensinternen Produktion beziehen, gegenüber anderen Abnehmern von Ebauches der ETA in keiner Weise zu diskriminieren. Betriebswirtschaftliche Mengenrabatte gelten nicht als Diskriminierung.

10. Meldepflicht

ETA ist verpflichtet, dem Sekretariat der Weko nach Rechtskraft dieser Verfügung sowie jeweils per Ende jedes Kalenderjahres für jeden Kunden nach einzelnen Kalibern und Kaliberfamilien aufgeschlüsselt die (i) geltenden Referenzmengen, (ii) die Anzahl der tatsächlich gelieferten Kaliber (iii,) die jeweiligen Preise für die einzelnen Kaliber sowie (iv) die Rabattabrechnung zu melden.

11. Verfahrensabschluss

Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die ETA abgeschlossen. Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

Der Inhalt der Pressemitteilung, welche über den Verfahrensabschluss orientiert, wird ETA vorgängig zur Stellungnahme zugeschickt.

12. Dauer dieser Verpflichtungserklärung

Diese Verpflichtungserklärung gilt bis 31. Dezember 2010.

4. Diese Verfügung ersetzt mit sofortiger Wirkung die Verfügung der Weko vom 18. November 2002. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise Artikel 54 belegt werden.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung zu kon-

trollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. [Kosten]

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

B 2.2

4. CoopForte

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

Die Untersuchung sollte zeigen, ob Coop mit einem generellen Abzug von 0,5 Prozent (Bonus CoopForte) vom Rechnungsbetrag ihrer Lieferanten eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbrauchte. Die Weko hat in der Untersuchung ein erstes Mal den Marktbeherrschungsbegriff im Zusammenhang mit der Nachfragemachtproblematik angewendet. Aus der Untersuchung geht hervor, dass sich Coop infolge eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Detailhändlern nicht unabhängig verhalten kann. Zudem ergab die Untersuchung eines ausgewählten Teilmarktes keine Anhaltspunkte für eine besondere Abhängigkeit der Lieferanten. Dennoch ist denkbar, dass einzelne Lieferanten von Coop abhängig sind, insbesondere wenn keine Absatzalternativen bestehen und die Lieferanten spezifische Investitionen getätigt haben. Im Verlauf des Verfahrens konnten die wettbewerbsrechtlichen Bedenken jedoch durch eine einvernehmliche Regelung ausgeräumt werden, so dass die Frage, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung innehält und diese gegebenenfalls im Sinne von Artikel 7 KG durch die Erhebung des Bonus CoopForte missbraucht, offen gelassen werden kann.

L'enquête devait démontrer si Coop abusait d'une éventuelle position dominante en prélevant systématiquement un bonus de 0,5% (bonus CoopForte) sur les factures de ses fournisseurs. La Comco a utilisé pour la première fois le concept de position dominante en relation avec la problématique de la puissance d'achat. L'enquête a fait ressortir que Coop en raison d'une forte concurrence entre les détaillants sur le marché de la distribution ne peut pas se comporter de manière indépendante. De plus, une analyse effectuée sur un segment choisi de marché n'a pas livré d'indices pour une dépendance particulière des fournisseurs envers Coop. Néanmoins, il reste concevable que certains fournisseurs soient dépendants de Coop, en particulier lorsqu'il n'existe pas de débouchés alternatifs et que les fournisseurs ont entrepris des investissements spécifiques. Au cours de la procédure, les préoccupations concurrentielles de la Comco ont pu cependant être éliminées grâce à un accord amiable, si bien que la question de savoir si Coop est en position dominante et abuse de cette position en prélevant le bonus CoopForte au sens de l'article 7 LCart a pu être laissée ouverte.

L'inchiesta aveva quale scopo di verificare se Coop abusasse di un'eventuale posizione dominante imponendo una riduzione dello 0,5% (bonus CoopForte)

del montante fatturato dai suoi fornitori. Nell'inchiesta, la Comco ha applicato per la prima volta la definizione di posizione dominante in relazione con la problematica del potere della domanda. L'inchiesta ha mostrato che, a causa dell'intensità della concorrenza fra i dettaglianti, Coop non è in grado di comportarsi in modo indipendente. Inoltre l'esame di una determinata parte del mercato non ha evidenziato indizi di una concreta dipendenza dei fornitori. Ad ogni modo è probabile che alcuni di loro siano dipendenti da Coop in particolare quando non vi sono alternative di smercio e i fornitori hanno realizzato degli investimenti specifici. Nel corso della procedura, i dubbi giuridici di natura concorrenziale sono stati fugati dalla conclusione di una conciliazione, cosicché la questione di sapere se Coop abbia una posizione dominante e se eventualmente ne abusi nella riscossione del bonus giusta l'articolo 7 LCart, può essere lasciata aperta.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Coop ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Es handelt sich dabei um die zweitgrösste Detailhandelsgruppe der Schweiz für Food-Produkte und Non-Food-Produkte. Supermärkte bilden das Kerngeschäft von Coop. Weitere Geschäftsbereiche der Coop-Gruppe umfassen die Gastronomie (Coop-Restaurants) sowie Tankstellen (Coop-Mineralöl).

2. Im Rahmen einer Neuausrichtung (Projekt CoopForte) hat Coop im Jahr 2000 eine neue Warenhausstrategie definiert und entschieden, Standorte zu sichern und mit internem und externem Wachstum die Expansion zu beschleunigen. Per 1. Februar 2002 hat Coop 40 Prozent des Aktienkapitals der EPA AG übernommen und per Anfang 2004 schliesslich die Gesamtübernahme vollzogen. Mit dem Kauf der zur Rast Holding AG (Denner-Konzern) gehörenden Waro AG per 1. Januar 2003 wurden aus Sicht von Coop die in der Absatzmarktstrategie definierten Expansionshauptziele schliesslich erreicht.¹

3. CoopForte ist ein mehrjähriges Projekt, dessen Ziel es ist, langfristig die Wettbewerbsfähigkeit von Coop zu verbessern. Das Programm beschreibt konkrete Zusatzleistungen, die Coop im Anschluss an die Umstrukturierung gegenüber den Lieferanten erbringt. Es handelt sich dabei um:

¹ Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2003, S.19 und 33.

- I. Administrative Vereinfachungen
- II. Hohes Tempo der Verkaufsstellenexpansion
- III. Neue Ladengestaltung mit mehr Verkaufskompetenz
- IV. Nachhaltige Profilierung mit neuer Markenstrategie
- V. Bessere Erlebbarkeit der Sortimente am POS² und überdurchschnittliche Wachstumsaussichten dank zentraler Sortimentssteuerung
- VI. Stärkere Verkaufswirksamkeit der neuen Coop Kommunikation

4. Die Lieferanten sollen als Gegenleistung für die erwähnten Zusatzleistungen den so genannten CoopForte Bonus (nachfolgend: Bonus) an Coop entrichten. Dieser Bonus ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

5. Coop stellte den Lieferanten das Programm CoopForte anlässlich einer Geschäftspartnertagung vor und erläuterte dessen Vorteile. Zuvor wurde es den Lieferanten am 16. Oktober 2000 in einem Schreiben angekündigt.

6. Der Bonus wurde am 1. Januar 2001 eingeführt. Eine Rückwirkung auf Lieferungen, die bis zum 31. Dezember 2000 getätigt wurden, erfolgt nicht. Das Programm CoopForte betrifft die gesamte Coop-Gruppe und damit grundsätzlich auch alle Lieferanten. Einige wenige Lieferanten bezahlen den Bonus nicht, kommen aber auch nicht in den Genuss von CoopForte.

7. Der Bonus ist Bestandteil der allgemeinen Geschäftsbedingungen von Coop, wie andere Einkaufsklauseln (Zahlungsziele usw.) auch. Sobald Lieferanten in eine Lieferbeziehung zu Coop treten, nehmen sie automatisch am CoopForte-Programm teil. Die Zusatzleistungen, die Coop erbringt, werden den Lieferanten seit dem 1. Januar 2001 pauschal mit 0,5 Prozent des fakturierten Wertes der Warenlieferungen in Rechnung gestellt.

8. Coop erwartet von ihren Lieferanten, dass der Prozentbetrag ab 1. Januar 2001 auf allen fakturierten Umsätzen in Abzug gebracht wird. Sollten die Lieferanten dieser Aufforderung nicht nachkommen, erlaubt sich Coop, bei der Zahlung eine entsprechende Reduktion vorzunehmen.

A.2 Verfahren

9. Am 13. Dezember 2000 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige bezüglich des im Rahmen des CoopForte-Projektes erhobenen Bonusses ein. Am 12. Februar 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz; SR 251; nachfolgend: KG).

10. Ziel der Vorabklärung war die Ermittlung von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung von Coop im Bereich der Beschaffung von Wa-

ren und deren Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG durch die Erhebung des Bonusses.

11. Im Rahmen der durch das Sekretariat durchgeführten Abklärungen wurde einerseits Coop und andererseits eine Auswahl von Lieferanten von Alkoholgetränken befragt. Aus den Antworten der Lieferanten ging hervor, dass Coop den Bonus einseitig oder ohne Verhandlungen eingeführt hatte. Befragt wurde ebenfalls Coop.

12. Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung hat das Sekretariat am 3. Dezember 2001 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Coop eröffnet. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt (Pressemitteilung vom 11.12.2001).³

13. Aus verfahrensrechtlichen Gründen wurde die Untersuchung während eines Jahres wegen der Prüfungsverfahren der Zusammenschlüsse Coop/Epa und Coop/Waro ausgesetzt und schliesslich Mitte 2003 wieder aufgenommen.

14. Im Rahmen der Untersuchung wurden Coop sowie eine repräsentative Auswahl ihrer Lieferanten befragt. Diesen Lieferanten wurde ein allgemeiner Fragebogen verschickt, um die Marktstellung von Coop und die Folgen der Bonuserhebung zu überprüfen.

15. Gleichzeitig wurde ein ausgewählter Markt eingehend analysiert. Hiefür wurden auch Produzenten, welche Coop nicht beliefern, befragt.

16. Im Nachgang zu diversen Gesprächen hat Coop am 22. Juli 2004 einen auf eine einvernehmliche Regelung ausgerichteten Vorschlag zur Beseitigung wettbewerbsrechtlicher Bedenken des Sekretariats eingereicht. Am 18. August 2004 kam die einvernehmliche Regelung zwischen Coop und dem Sekretariat zustande.

17. Die von Coop unterschriebene Verpflichtungserklärung hat folgenden Wortlaut:

Vorbemerkung

Am 3. Dezember 2001 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen Coop. Diese sollte zeigen, ob Coop mit einem generellen Abzug von 0,5% (Bonus CoopForte) am Rechnungsbetrag ihrer Lieferanten gegen das Kartellgesetz versties.

² Point of Sale.

³ www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen.

Im Interesse einer raschen und einvernehmlichen Erledigung des Verfahrens schliessen die Parteien die vorliegende Regelung gemäss den nachfolgenden Präzisierungen ab. Die Zustimmung von Coop zum Abschluss dieser einvernehmlichen Regelung ist an die Bedingung geknüpft, dass sowohl in der einvernehmlichen Regelung selbst, in den Feststellungen zum Sachverhalt als auch in den begleitenden Erwägungen zur einvernehmlichen Regelung keine Aussagen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats der Wettbewerbskommission enthalten sind,

- die Coop als marktbeherrschendes Unternehmen - sei es auf der Nachfrage- oder Absatzseite - qualifizierten;
- gemäss denen der CoopForte Bonus ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle, selbst wenn die Qualifikation der Marktstellung von Coop offen gelassen wird.

Angesichts der Vielzahl der betroffenen Lieferantenbeziehungen ist Coop darauf angewiesen, dass sich die Wettbewerbskommission beziehungsweise deren Sekretariat über allfällige Kommunikationsmassnahmen vorgängig mit Coop koordiniert, damit der von Coop geplante Prozess auch tatsächlich im nachfolgend beschriebenen Sinne durchgeführt werden kann. Insbesondere ist mit dieser Koordination verbunden, dass der Inhalt der entsprechenden Pressemitteilung vorgängig an Coop mit angemessener Frist zur Stellungnahme zugestellt wird.

Mit der Unterzeichnung dieser Regelung anerkennt Coop nicht, gegen das Kartellgesetz verstossen zu haben.

Coop unterscheidet auf Basis des jeweils erzielten Beschaffungsvolumens drei Gruppen von Lieferanten:

- **Top Ten:** es handelt sich um die zehn wichtigsten Lieferanten, die über [...] des Umsatzes von Coop ausmachen.
- **Strategische Lieferanten:** es handelt sich um all jene Lieferanten, die für den Detailhändler von strategischer Bedeutung sind. Sie machen rund [...] des Umsatzes von Coop aus.
- **Übrige Lieferanten:** ca. 3'000 Lieferanten werden in dieser dritten Kategorie zusammengefasst.

Mit den von Coop definierten Top Ten-Lieferanten sowie den rund 130 strategischen Lieferanten finden jährlich regelmässig mehrere Gespräche und Meetings auf verschiedenen Stufen mit diversen Inhalten (Geschäftspläne, Innovationen, Budgetierung, Zielcontrolling, Konditionenverhandlungen) statt. Der CoopForte Bonus als Abgeltung für spezifisch definierte Gegenleistungen von Coop ist ein Bestandteil der Gesamtkonditionen und wird deshalb im Rahmen der erwähnten Meetings und insbesondere im Zusammenhang mit den Konditionenverhandlungen thematisiert. Deshalb sind bei den Top Ten sowie den **strategischen Lieferanten** keine besonderen Massnahmen zur Überprüfung des CoopForte Bonus notwendig.

Einvernehmliche Regelung

1. Coop verpflichtet sich, mit den **übrigen Lieferanten** den folgenden standardisierten Prozess systematisch durchzuführen:

- i. Erstellen einer detaillierten und per 1. Dezember 2004 aktualisierten Übersicht über sämtliche übrige Lieferanten von Coop.
- ii. Zuweisung eines zuständigen Lead-Einkäufers pro Lieferant, der die Überprüfung des CoopForte Bonus durchführt.
- iii. Überprüfung des CoopForte Bonus anlässlich des jeweils nächstmöglichen Meetings, spätestens jedoch bis zum 28. Februar 2005. Nach Absprache mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission kann diese Frist um maximal drei Monate verlängert werden.

2. Coop verpflichtet sich, dass die Beantwortung der Fragen betreffend CoopForte keinerlei Auswirkungen auf die bisherigen Geschäftsbeziehungen mit Coop hat. Der zuständige Coop-Mitarbeiter hat vor Einleitung der Überprüfung den jeweiligen Lieferanten darauf aufmerksam zu machen. Dieser Hinweis ist vorab dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Genehmigung vorzulegen.

3. Coop verpflichtet sich (Stufe 1), anlässlich der Überprüfung folgende Frage zu stellen: **"Sind Sie mit den CoopForte-Leistungen, die Coop mit dem CoopForte Bonus abgilt, zufrieden?"**

4. Coop verpflichtet sich (Stufe 2), ausschliesslich bei Lieferanten, welche die Frage bei Ziffer 3 verneinen, die Wirkung von CoopForte (verglichen mit der Situation vor und nach Lancierung des CoopForte-Programms) anhand folgender standardisierter Checkliste zu prüfen:

	Nutzen für Lieferanten JA	Nutzen für Lieferanten NEIN
Bietet Coop heute grössere Absatz- und Umsatzpotenziale?	2	0
Konnten Sie Kosten- und/ oder Zeitersparnisse dank den neuen Abläufen durch CoopForte in der Beschaffung realisieren?	2	0
Resultierten aus den organisatorischen Reformen von Coop schnelle Entscheidungen und klare Verhandlungspartner?	2	0
Erleben Sie die Positionierung im Coop Markenmix als klar, eindeutig und positiv?	2	0

Hat sich aus Ihrer Sicht die Effizienz in der Coop Kommunikation und bei Promotionen erhöht?	1	0
Ist das Verkaufsumfeld für ihre Produkte attraktiver geworden (u.a. dank den neuen Verkaufsstellen)?	1	0
Ermöglichen das Category Management und die aufgewerteten Verkaufsstellen eine verbesserte Positionierung Ihrer Produkte am POS?	1	0
Erhalten Sie seitens des Coop Category Managements Feedback für die kundenorientierte Produktentwicklung?	1	0

5. Coop verpflichtet sich, Lieferanten, die weniger als fünf Punkte aufweisen und dies schriftlich glaubhaft darlegen, rückwirkend per Datum der Ersterhebung vom CoopForte Bonus zu befreien.

6. Coop verpflichtet sich, im Falle einer abweichenden Bewertung im Anschluss an eine schriftliche Stellungnahme eines Lieferanten im Sinne von Ziffer 5 der einvernehmlichen Regelung, diesen Lieferanten schriftlich darauf hinzuweisen, dass dieser mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Kontakt aufnehmen kann, wenn er mit den Ergebnissen der Überprüfung nicht einverstanden ist.

7. Coop verpflichtet sich, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bis am 31. März 2005 einen Bericht über die Ergebnisse der CoopForte Bonus-Verifizierung zuzustellen. Die Frist ist in Absprache mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission um maximal drei Monate verlängerbar. Der Bericht enthält:

- i. Die Anzahl der geführten Gespräche mit positiver Rückmeldung der Lieferanten betreffend genereller Zufriedenheit (Stufe 1);
- ii. Die Anzahl der geführten Gespräche mit spezifischer Zufriedenheitskontrolle (Stufe 2);
- iii. Die Anzahl und Namen der Lieferanten, die gemäss Ziffer 5 weniger als fünf Punkte aus CoopForte erreichen.

8. Coop verpflichtet sich, auf Anfrage hin dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die Liste von Lieferanten gemäss folgenden Selektionskriterien zur Verfügung zu stellen:

- i. Nach Beschaffungsvolumina in CHF 1'000.- (Basis: 2003);
- ii. Nach Verkaufsregion (geografisch);
- iii. Nach Warengruppe.

9. Coop verpflichtet sich, auf Anfrage des Sekretariates der Wettbewerbskommission den Nachweis zu

erbringen, dass die Lieferanten über die in Ziffern 2 und 6 formulierten Hinweise rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden sind.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

18. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG).

a) Nach Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG gelten als Unternehmen alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Coop ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

b) Marktmacht übt aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt. Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, aber noch nicht im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beherrscht (RPW 2003/4, S. 268, Rz. 758; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215). Coop ist einer der beiden grössten Grossverteiler in der Schweiz. Die von Coop angebotenen Vertriebsdienstleistungen werden von über 3'000 produzierenden Zulieferern in Anspruch genommen. Nach eigenen Angaben hat Coop auf dem Detailhandelsmarkt einen Marktanteil von über 30%. Allein schon aufgrund der Marktposition und der Marktanteile kann ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass Coop über die im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG vorausgesetzte Marktmacht verfügt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

22. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind,

sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

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

B.3.1.1 Der relevante Markt

I Der sachlich relevante Markt

24. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

25. Beim sachlich relevanten Markt sind zwei Märkte zu unterscheiden,⁴ nämlich:

- der **Absatzmarkt** ("Handelsmarkt"), auf dem die Unternehmen (Detailhändler) den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und
- der **Beschaffungsmarkt** ("Nachfragemarkt"), auf dem die Unternehmen (Detailhändler) den Lieferanten der Produkte als Nachfrager gegenüberstehen.

26. Zwischen den Absatz- und Beschaffungsmärkten bestehen enge Interdependenzen. So ist das Verhalten der Akteure auf den Beschaffungsmärkten (Detailhändler als Nachfrager, Lieferant als Anbieter) abhängig von der Nachfrage der Endkonsumenten (auf den Absatzmärkten). Die Bedürfnisse des Endkonsumenten wirken sich somit über den Detailhandel auf den Hersteller (Lieferant) aus (vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 563).

27. Der Bonus wird im vorliegenden Fall nur auf dem Beschaffungsmarkt erhoben. Aus diesem Grund bezieht sich die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Folgenden auf den Beschaffungsmarkt.

28. Detailhändler sind ein Bindeglied zwischen Lieferanten und Herstellern einerseits und den Endkonsumenten andererseits. Die Güter, welche den Konsumenten angeboten werden, lassen sich in zwei Kategorien unterteilen:

- Güter, die aufgrund ihrer Natur (Wasser, Gas, Elektrizität) oder ihres "Status" (Presse, Medikamente, Auto) zu einem spezialisierten Vertriebssystem gehören. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc. sind beispielsweise Geschäfte, die ein solch **spezialisiertes Teilsortiment** anbieten. Das Angebot des so genannten Spezialhandels ist dabei typischerweise auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Produktgruppe beschränkt.
- **Güter des täglichen Ge- und Verbrauchs**. Sowohl Food- als auch Near-Food-Produkte (Körperpflege, Kosmetik, Produkte der persönlichen Hygiene, Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel) gehö-

ren in diese Kategorie. Entsprechend unterscheidet man auch den Lebensmitteldetailhandel (darunter fallen jene Geschäfte, deren Angebot zu mindestens einem Drittel Lebensmittel umfassen) von Geschäften, die keine Lebensmittel in ihrem Sortiment führen.

29. Coop ist sowohl im Gross- als auch im Detailhandel tätig und führt hauptsächlich Nahrungsmittel in ihrem Sortiment (64% Food, 36% Non-Food).⁵ Die vorliegende Untersuchung betrifft folglich die Distribution von Konsumgütern des täglichen Ge- und Verbrauchs.

30. Bei der Sortimentsgestaltung stellen die Detailhändler grundsätzlich auf drei Kriterien ab. Sie orientieren sich einerseits (a) an der eigenen Einkaufspolitik und Verkaufsstrategie und (b) an der Nachfrage der Konsumenten, berücksichtigen andererseits aber auch (c) die Einkaufs- und Lieferkonditionen, welche ihnen von den Lieferanten geboten werden. Unter Einbezug der genannten Faktoren entscheiden die Detailhändler schliesslich, welche Produkte sie in ihr Sortiment aufnehmen. Die Produktwahl wird massgeblich davon beeinflusst, wie der Detailhändler die Nachfrageentwicklung der Konsumenten (seiner Kunden) einschätzt. Die Bedürfnisse des Endkonsumenten wirken sich somit über den Detailhandel auf den Lieferanten und den Hersteller aus, weshalb den Verhältnissen auf den Absatzmärkten bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte Rechnung zu tragen ist (vgl. Rz. 26).

31. Bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte ist entscheidend, wie flexibel die Hersteller ihr Angebot umstellen können (Angebotsumstellungsflexibilität) und welche Absatzalternativen sich ihnen bieten. Die Hersteller stellen in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen (z.B. Molkereiprodukte, Brot und Backwaren) her und sind daher oft nicht in der Lage, ihre Produktion ohne weiteres auf andere Produkte umzustellen.

32. Seitens des Detailhandels besteht eine Nachfrage nach einem Gesamtsortiment, da sich die Nachfrage seiner Kunden ebenfalls auf ein gesamtes Sortiment richtet. Im Normalfall ist es für den Detailhändler aber nicht möglich, das Gesamtsortiment komplett von ein- und demselben Hersteller zu beziehen. Es kann deshalb nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Detailhandel ausgegangen werden. Vielmehr sind nach Produktgruppen verschiedene Märkte zu unterscheiden.⁶ Es kann davon ausgegangen werden, dass ebenso viele Märkte existieren, wie es Produktgruppen gibt. Auf jedem dieser Märkte stehen die Lieferanten zueinander im Wettbewerb.

⁴ In der Schweiz: Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff. In der UE: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

⁵ Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2003, S. 75.

⁶ Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 42; Rewe/Meinl EU IV/M.1221; REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

33. In sachlicher Hinsicht kann der Beschaffungsmarkt nach verschiedenen Produktgruppen unterschieden werden. Diese Unterteilung schliesst jedoch nicht aus, dass einige der Märkte über vergleichbare Strukturen verfügen und allenfalls zusammengefasst werden können. Modifikationen bezüglich der Unterteilung zwischen und innerhalb der einzelnen Gruppen sind folglich möglich.

34. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sind im Wesentlichen folgende (nicht abschliessende) Produktgruppen zu unterscheiden (vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 43):

- Milchprodukte/Eier
- Brot/Backwaren
- Fleisch
- Tiefkühlprodukte
- Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)
- Gemüse/Salate
- Obst/Früchte
- Konserven/Saucen
- Suppen/Kochzutaten
- Grundnahrungsmittel/Backzutaten
- Warmgetränke/Cerealien (Getreide)
- Süsswaren/Backwaren
- Snacks/Apéro
- Tiernahrung/-bedarf
- Alkoholische Getränke
- Erfrischungsgetränke
- Körperpflege/Kosmetik
- Wasch-/Reinigungsmittel
- Papier-/Hygieneprodukte
- Andere Produkte (sonstige)

35. Bezüglich der oben genannten Produktgruppen sind für die Lieferanten die verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle) zum Endkonsumenten massgeblich. Für die Marktabgrenzung auf der Beschaffungsseite sind die Substitutionsmöglichkeiten dieser Absatzkanäle zu beurteilen. Im Ergebnis sind somit unter anderem auch die Marktverhältnisse zwischen den Anbietern von Absatzkanälen zu beurteilen (vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 570, Rz. 45; Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz. 84).

36. Der Detailhandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Detailhandelsprodukten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind zum Beispiel spezialisierte Teilsortimentsanbieter (Spezialhandel wie z.B. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc.), sonstiger Grosshandel, die Gastronomie, der Export, der Direktvertrieb und neuerdings auch E-Commerce.

37. Die verschiedenen Vertriebswege unterscheiden sich auf mehrfache Weise, unter anderem hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, der Ausprägung des angebotenen Sortiments und der Verkaufsatmosphäre. Der grösste Unterschied zwischen den einzelnen Absatzkanälen besteht darin, dass je nach Vertriebsnetz meist nur bestimmte Kundengruppen (wie z.B. private Konsumenten oder Gastronomiebetriebe) bedient werden können. Für den Hersteller sind die verschiedenen Absatzwege

folglich nicht ohne weiteres austauschbar. Im Gegenteil: Auch wenn ein Wechsel von Absatzkanälen möglich wäre, würde er erhebliche Investitionen und Umstellungen der Produktions- und Vertriebsorganisation sowie der Kostenstruktur erfordern. Die Abklärungen haben zudem ergeben, dass sich die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten auch je nach Kundengruppen und Produkteigenschaften erheblich unterscheiden können.

38. Beschaffungsseitig bilden die Distributionsleistungen des Detailhandels den sachlich relevanten Markt. Darunter werden die Leistungen verstanden, welche es den Lieferanten ermöglichen, mit ihren Produkten in eine Produktgruppe aufgenommen zu werden und durch diese Aufnahme ins Sortiment des Detailhändlers an die Konsumenten zu gelangen. Die Frage, ob die Absatzkanäle Gastronomie, Spitäler, Spezialgeschäfte (inkl. Tankstellen, Märkte) und Export ebenfalls Teil des relevanten Marktes sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Die genannten Absatzkanäle werden bei der Analyse der einzelnen Produktgruppen in die Beurteilung einbezogen.

II Der räumlich relevante Markt

39. 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).

40. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt nationale Dimensionen auf (vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 572, Rz. 58; Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 505 ff.; ferner Unilever/Bestfoods RPW 2001/4, S. 702 f.). Als räumlich relevanter Markt gelten die Vertriebskanäle des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten an die Konsumenten in der Schweiz zu gelangen.

41. Die Tatsache, dass zahlreiche Lieferanten von Coop international tätige Grossunternehmen sind, vermag diese Feststellung nicht umzustossen. Für eine nationale Abgrenzung lassen sich verschiedene Gründe vorbringen:

- Internationale Unternehmen sind in der Regel über eine nationale Vertretung tätig. Die Tatsache jedoch, dass ein Unternehmen international tätig ist und auf bestimmten Märkten möglicherweise über eine gewisse Marktmacht verfügt, beeinflusst allenfalls die Marktanalyse, nicht aber die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes.
- Für die befragten Lieferanten ist - wenn überhaupt - nur ein Wechsel zwischen schweizerischen Vertriebskanälen möglich. Lieferungen ins Ausland gestalten sich gemäss Aussage der meisten Lieferanten als schwierig und kostspielig.
- Staatliche Regulierungen (Bewilligungen, Vorschriften etc.) sind eine Angelegenheit der jeweiligen nationalen Behörden und oft so ausgestaltet, dass Detailhändler als Folge der Regulierung ihre Ware (v.a. im Agrarbereich) von nationalen Produzenten und Lieferanten beziehen.

- Es bestehen Unterschiede zwischen nationalen Konsumentenpräferenzen und -gewohnheiten. Auf diese richten Detailhändler ihr Produktsortiment aus. Die Hersteller dieser Produkte konzentrieren sich auf den Schweizer Markt und richten ihre Produktion auf die speziellen Schweizer Konsumgewohnheiten aus. Selbst international tätige Unternehmen stellen in ihren nationalen Niederlassungen Produkte her, die sich in Aufmachung, Verpackung, Geschmack etc. von jenem (eigentlich gleichen) Produkt unterscheiden, das in einem anderen Land verkauft wird.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

42. Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn das Unternehmen auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

43. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von andern Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Im vorliegenden Fall wird einerseits die Wettbewerbssituation zwischen den verschiedenen Anbietern der Absatzkanäle, insbesondere zwischen den beiden grossen Detailhändlern Migros und Coop, analysiert. Andererseits werden die verschiedenen Produktgruppen-Märkte des Beschaffungsmarktes betrachtet.

I Aktueller Wettbewerb

I.1 Analyse des Wettbewerbs zwischen Detailhändlern

a) Marktanteile im Schweizer Detailhandel

44. Die Wettbewerbsstrategie der Detailhändler wie Coop basiert auf dem Preis-, dem Sortiments- und dem Standortwettbewerb. Gleichzeitig versuchen die Detailhändler, ihre Versorgungskosten durch Stärkung ihrer Nachfragemacht zu minimieren.

45. Die Strategie von Coop ist zudem abhängig vom Verhalten ihrer Konkurrenten. Wenn Letztere neue Produkte einführen, den Kundendienst verbessern, die Kundentreue erhöhen (Migros war das erste Unternehmen, welches die Karte M-Cumulus eingeführt hat, Coop ist mit der Supercard gefolgt) oder die Verkaufsstellen erneuern, ist Coop zum Handeln gezwungen. Ansonsten läuft Coop Gefahr, Marktanteile zu verlieren.

46. Bei der Analyse des kürzlich erfolgten Zusammenschlusses Coop/Waro hat die Weko eine starke Wettbewerbsdynamik auf dem Markt des Detailhandels in der Schweiz festgestellt. Nach der Meinung der Weko ist diese immer noch gegeben. Auf die Hauptelemente, an denen man diese Wettbewerbsdynamik erkennen kann, wird unten Bezug genommen.

47. Gemäss einer Studie der IHA-GfK AG ist der Umsatz des Lebensmittel-Detailhandels im Jahre 2003 um 1,5% auf über CHF 40 Mia. gewachsen.⁷ Beide Grossverteiler haben ihre Marktanteile ausgebaut (Coop

um 1,1 Prozentpunkte auf 31,5% und Migros um 0,4 Prozentpunkte auf 34,5%).⁸ Migros verfügt über einen bedeutenden Marktanteil und bleibt Marktleader. Weitere Wettbewerber sind Carrefour, Denner, Spar, Volg, Rewe (Primo, Visavis, Pick Pay).

48. Die Umsatzanteile der Discounter sind um 6 Prozentpunkte gestiegen. Im Gegensatz dazu ist der Umsatz des traditionellen Lebensmittelhandels um 4 Prozentpunkte gesunken. In der Schweiz entfällt, im Unterschied zu europäischen Nachbarländern, lediglich ein kleiner Teil (insgesamt 6%) des Detailhandels auf den Discount-Bereich. Dies ist auf mehrere Gründe zurückzuführen: Zunächst deckt Migros mit ihren Eigenmarken ebenfalls einen Teil des Tief-Preis-Segmentes ab (M-Budget). Des Weiteren sind die Preisdifferenzen zwischen den Grossverteilern und den Discountern im Vergleich zum Ausland gering, da in der Schweiz zurzeit keine "Hard-Discounter" existieren. Schlussendlich stellen die Schweizer Haushalte hohe Anforderungen in Bezug auf Frische, Sauberkeit und Qualität.⁹

Entwicklung der wichtigsten Firmen im Schweizer Detailhandel¹⁰

Unternehmen	Marktanteile 2003	Umsätze in der Schweiz 2003 (Mio. Franken)	Veränderung 2002/2003
1) Migros	36%	14'400	1,8%
2) Coop	30,3%	12'100	5,5%
3) Manor	7%	2'804	-2%
4) Denner ¹	4,1%	1'648	11,1%
5) Primo/Visavis ²	3,1%	1'252	-4,1%
6) Carrefour	2,5%	979	-0,4%
7) Volg	2,4%	945	3%
8) Pick Pay ³	2,4%	874	3,4%
9) Globus	1,8%	717	-3,5%
10) Spar	1%	413	2,6%

¹ inkl. Satelliten

² inkl. Valrhône

³ inkl. Partner

⁷ Schweiz Marketing Forum, Update/Outlook 2004, Aktuelle Marktentwicklungen Detailhandel/Konsumgüter, Fuhrer & Hotz AG, IHA-GfK.

⁸ Promarca, Jahresbericht, S. 20.

⁹ Schweiz Marketing Forum, Update/Outlook 2004, Aktuelle Marktentwicklungen Detailhandel/Konsumgüter, Fuhrer & Hotz AG, IHA-GfK.

¹⁰ Quelle: Update/Outlook 2004, Fuhrer & Holz AG - IHA-GfK.

49. Obwohl der Detailhandelsmarkt einen hohen Konzentrationsgrad aufweist (Marktanteil von Coop und Migros >60%), besteht Wettbewerb zwischen den Detailhändlern. Folgende Indikatoren sprechen für diesen Wettbewerb:

- Bis im Jahre 2002 basierte das Sortiment von Migros überwiegend auf Eigenmarken. Seit 2002 hat die Migros ihr Sortiment mit angesehenen Markenartikeln ergänzt. Dieses Vorgehen wurde durch die Entwicklung der Konkurrenzsituation im Lebensmittelhandel beschleunigt.
- Diverse Zusammenschlüsse veränderten die Landschaft des Detailhandels, wodurch sich eine neue Dynamik entwickelte, welche die Konkurrenten zur Entwicklung neuer Strategien und Konzepte motivierte. Es gilt aber festzuhalten, dass ein Zusammenschluss nicht immer unmittelbar nach seinem Vollzug die Stärkung der beteiligten Unternehmen zur Folge hat. Kurzfristig kann er auch einen Verlust von Kunden nach sich ziehen. Nach dem Erwerb von EPA durch Coop im August 2002 hat Coop seit Januar 2003 die früheren EPA-Verkaufsstellen in die Marke Coop City integriert. Nach den Angaben von AC Nielsen ist die Verlagerung des EPA-Umsatzes auf jenen von Coop City nicht zufriedenstellend. Es zeigt sich, dass Pick Pay, Migros und Denner die Hauptnutznießer der Migration der früheren EPA-Konsumenten sind.¹¹ Zudem hat Coop ab Juli 2003 die 28 Verkaufsstellen von Waro übernommen.¹² Coop hat gemäss den neuesten Angaben der AC Nielsen-Studie "Detailhandel Schweiz im Umbruch" bisher nur 2/3 des Waro Umsatzes dazugewonnen, während der Rest hauptsächlich auf die Migros, PickPay und Denner entfällt, allerdings zu ungleichen Teilen.¹³
- Es kann eine allgemeine Tendenz zur Tiefpreispolitik beobachtet werden, welche durch Werbung und Zeitungsinserate angeheizt wird. In den Medien werden zudem die Preisstrukturen der einzelnen Detailhändler miteinander verglichen, wobei höhere Preise durch bessere Qualität gerechtfertigt werden (vgl. Preisvergleiche Coop/Migros, Dauertiefpreise von Denner, Tiefpreisoffensive von Pickpay).
- E-Commerce: Ende Jahr 2002 schlossen LeShop und Migros eine langfristig angelegte strategische Allianz, um ihre jeweiligen Portale auf einer Webseite zusammenzuführen. Zum ersten Mal können die Konsumenten im gleichen Online-Supermarkt Migros-Produkte und bekannte Markenartikel kaufen. Es ist der erste virtuelle Marktplatz entstanden, auf dem Migros-Produkte und bekannte Markenartikel direkt miteinander konkurrieren. Dadurch entsteht sowohl für Migros wie auch für die Markenlieferanten ein starker Wettbewerbsdruck.
- Der Markteintritt von Carrefour erhöht den Wettbewerbsdruck. Insbesondere der Preiswettbewerb wurde verstärkt. Da Carrefour Jumbo ersetzte, erhöhte sich die Anzahl Wettbewerber auf dem schweizerischen Markt nicht. Trotzdem spüren die sich bereits auf dem Markt befindenden Konkurrenten infolge der grossen Finanz- und Einkaufs-

kraft der französischen Detailhandelskette einen höheren Wettbewerbsdruck. Das von Coop und Migros unterschiedliche und ebenfalls breite Sortiment von Carrefour, insbesondere durch ausländische Produkte, erhöht den Wettbewerb erheblich. Das grösste Handicap dieses Unternehmens bleibt aber die geringe Anzahl der Verkaufsstellen (zurzeit 11 in der Schweiz), wodurch die Marktdurchdringung noch gering ist.

- Dasselbe Phänomen konnte im Jahre 2003 bei der Übernahme der Gruppe Bon Appétit durch die deutsche Gruppe Rewe beobachtet werden.
- Denner ist stärker geworden, verfolgt momentan eine Niedrigpreisstrategie und investiert gleichzeitig in die Erneuerung der Verkaufsstellen und die Eröffnung neuer Läden. Denner hatte in der zweiten Hälfte der Neunzigerjahre erhebliche Probleme und bekam schon damals die Folgen der Kundenfluktuation zu spüren. Im Rahmen des Konzeptes "New Denner" ist das Sortiment überarbeitet worden. Gleichzeitig wurden die Verkaufsstellen umgestaltet. Diese Strategie trägt offensichtlich Früchte, da Denner seinen Umsatz im 2003 um 11,1% steigern konnte (vgl. oben stehende Tabelle). Diese Strategie war insbesondere dank des Verkaufs von Waro an Coop möglich, welcher flüssige Mittel brachte. Der Zugewinn von Kunden ging zulasten von Coop, der Warenhäuser sowie von Waro und Pickpay.¹⁴
- Neueinsteiger versuchen in den Schweizer Markt einzutreten; vor allem grosse deutsche Verteiler wie Aldi oder Lidl scheinen sich seit mehreren Monaten für den Schweizer Markt zu interessieren. Der Eintritt dieser Hard-Discounter würde wahrscheinlich den Wettbewerbsdruck auf diesem Markt noch erhöhen, insbesondere hinsichtlich der Preise. Der Markteintritt nimmt jedoch ungefähr zehn Jahre in Anspruch und ist daher als langwierig zu beurteilen.¹⁵

50. Der relativ hohe Konzentrationsgrad auf dem Absatzmarkt scheint bis heute die Entstehung einer dauerhaften Marktmacht, die geeignet ist, den Wettbewerb zwischen den Verteilern zu behindern, nicht begünstigt zu haben.

51. Weder die Strukturentwicklung des Marktes noch die strukturellen Veränderungen innerhalb der einzelnen Unternehmen lassen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Detailhandel vermuten.

¹¹ Promarca, Jahresbericht 2003, S. 22.

¹² Zwei Verkaufsstellen wurden geschlossen, zwei andere in toptip transformiert. Von den restlichen 24 Verkaufsstellen wurden sie in CoopMegastores (3) und CoopSupermärkte (21) umgewandelt. Promarca, Jahresbericht 2003, S. 21.

¹³ Promarca, Jahresbericht 2003, S. 21.

¹⁴ Promarca, Jahresbericht 2003, S. 25.

¹⁵ Schweiz Marketing Forum, Update/Outlook 2004, Aktuelle Marktentwicklungen Detailhandel/Konsumgüter, Fuhrer & Hotz AG, IHA-GfK.

52. Es ist allerdings notwendig, langfristig genügend Wettbewerb zu gewährleisten. Es ist daher sicherzustellen, dass durch allfällige Zusammenschlüsse immer noch genügend Konkurrenten auf dem Markt sind, welche für Wettbewerb sorgen, so dass für die verbleibenden Unternehmen keine Anreize geschaffen werden, sich den Markt aufzuteilen. Es scheint, dass sämtliche Bestrebungen einzelner Detailhändler, ihre Marktmacht zu verstärken, durch die Präsenz der übrigen Wettbewerber unterlaufen werden.

53. All diese Elemente deuten auf einen dynamischen und wettbewerbsintensiven Schweizer Detailhandelsmarkt hin.

b) Quantitative Analyse der Marktanteilsentwicklungen

54. Die Ziele von Coop und deren Lieferanten decken sich in der Regel: Beide möchten ihre Umsätze steigern (durch Mengenausweitungen, Preiserhöhungen oder durch die Einführung neuer Produkte) sowie die Marktdurchdringung und die Rentabilität verbessern. Diese Interessenübereinstimmung hat zur Folge, dass sich der Lieferant und der Verteiler in vielen Fällen auf eine gemeinsame Strategie einigen können. Normalerweise wird eine Aktion, die es erlaubt, Marktanteile auf Kosten der Konkurrenz zu gewinnen, sowohl vom Hersteller als auch vom Verteiler begrüsst.

55. Es gilt zu bestimmen, auf Kosten welcher anderen Verteiler Coop Marktanteile gewinnt. Die Frage ist, ob Coop Marktanteile auf Kosten von anderen Verteilern gewinnt, welche die gleichen Produkte wie Coop verkaufen. In diesem Fall sehen sich die Hersteller einer teilweisen "Kannibalisierung" ihrer Produkte gegenüber, da die zusätzlichen Verkäufe bei Coop teilweise durch die Verluste bei anderen Verteilern kompensiert werden.

56. Zu klären ist, welche Verteiler als nahe Substitute zu betrachten sind, das heisst zwischen welchen Ver-

teilern Marktanteilsverschiebungen stattfinden. Zu prüfen ist ebenfalls, zwischen welchen Verteilern komplementäre Beziehungen bestehen, das heisst wo eine Marktanteilerhöhung bei einem Verteiler mit einer Marktanteilerhöhung bei einem anderen Verteiler einhergeht.

57. Um diese Frage zu beantworten, wurde ein Warenkorb bestehend aus 12 Produktgruppen verwendet und die Marktanteile der verschiedenen Verteiler analysiert.¹⁶ Diese Analyse erlaubt es, die Verteiler in fünf Gruppen zu unterteilen:

- Kleine Läden mit Spezialsortimenten, wie Bäckereien, Metzgereien usw., die ein komplementäres Angebot haben und welche die Gruppe "Lädeli" bilden;
- Quartierläden, wie Volg, Spar, Primo/Visavis, die eine homogene Gruppe bilden und als Substitute zu betrachten sind;
- Die grossen Einkaufszentren inkl. Warenhäuser, Denner, Carrefour/Jumbo;
- Coop, inkl. Epa und Waro seit 1998;
- Migros.

58. Der gewählte Warenkorb schliesst Produkte aus, die nicht durch alle Kanäle verteilt werden, um zu vermeiden, dass Nachfrageschwankungen bei diesen Produkten die Analyse beeinflussen (insbesondere Alkohol und Tabak).¹⁷

59. In der Analyse wurden die Korrelationen zwischen den Marktanteilsveränderungen berechnet. Ist die Korrelation zwischen zwei Verteilern positiv, bedeutet dies, dass ihre Marktanteile gemeinsam steigen oder sinken. Ist die Korrelation zwischen zwei Verteilern negativ, heisst dies, dass die beiden Verteiler sich um dieselbe Kundschaft bemühen.

	Lädeli	Quartierläden	Einkaufszentren	Coop	Migros
Lädeli	1.00				
Quartierläden	0.56	1.00			
Einkaufszentren	-0.86	-0.27	1.00		
Coop	0.06	-0.16	-0.51	1.00	
Migros	-0.43	-0.34	0.67	-0.85	1.00

Quelle: IHA-GfK und eigene Berechnungen

¹⁶ Um die Analyse zu ermöglichen, nehmen wir hier an, dass Epa und Waro bereits 1998 in Coop integriert wurden.

¹⁷ Falls die Tabakverkäufe in der betrachteten Periode zurückgehen, erhöhen sich die Marktanteile eines Verteilers, der keinen Tabak anbietet (Basiseffekt). Falls sein Umsatz konstant bleibt, aber das Marktvolumen zurückgeht, erhöht sich sein Marktanteil.

60. Mit dieser Korrelationsmatrix können folgende Aussagen gemacht werden:¹⁸

- Die Marktanteilsveränderungen von Coop und Migros entwickeln sich entgegengerichtet und weisen eine hohe negative Korrelation auf. Dies zeigt, dass Coop und Migros als nahe Substitute zu betrachten sind. Gemäss diesem Resultat geht jede Marktanteilerhöhung von Coop zu 85% zulasten von Migros und umgekehrt.
- Die Marktanteilsveränderung der "Lädeli" verhält sich gleichgerichtet zu jener der Quartierläden. Das deutet darauf hin, dass die beiden Kanäle komplementär sind und in einer Gruppe "Naheinkaufsmöglichkeiten" zusammengefasst werden können. Mit Ausnahme der Korrelation zwischen der Marktanteilsveränderung der "Lädeli" und der Einkaufszentren sind die Korrelationen der Gruppe "Naheinkaufsmöglichkeiten" bescheiden, was darauf hindeutet, dass es sich um ein eigenes Marktsegment handelt.
- Die grossen Einkaufszentren weisen eine unvollkommene Substituierbarkeit mit den Naheinkaufsmöglichkeiten und Coop, aber ein komplementäres Angebot zu Migros auf.

61. Diese Analyse gibt ein allgemeines Bild der Dynamik im Detailhandel: Einerseits sind die Grossverteiler Migros und Coop nahe Substitute. Andererseits besetzen die Naheinkaufsmöglichkeiten eine Marktnische. Schliesslich sind die Einkaufszentren unvollkommene Substitute zu Coop. Allerdings scheinen sie aufgrund des Angebots von Markenartikeln ein komplementäres Sortiment zu demjenigen von Migros aufzuweisen.

1.2 Analyse der Produktgruppen-Märkte des Beschaffungsmarkts

62. Die Struktur des Beschaffungsmarktes auf der Nachfrageseite (im vorliegenden Fall sind auf dem Beschaffungsmarkt die Detailhändler die Nachfrager) weist eine hohe Konzentration auf. Die Lieferanten sehen sich zwar mindestens zehn verschiedenen Absatzkanälen gegenüber, davon decken aber nur deren zwei (Coop und Migros) das gesamte Gebiet der Schweiz mit sämtlichen Segmentarten (Hyper-, Super-, kleine Supermärkte) ab. Für einzelne Produktgruppen (z.B. Getränke) ist die Nachfrage nicht nur auf den Detailhandel beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Gastronomie oder auf die Exporte.

63. Die Weko hat die Wettbewerbssituation in den verschiedenen Produktgruppen-Märkten (vgl. Rz. 34) untersucht und dabei den Schwerpunkt auf die Abhängigkeiten zwischen Lieferanten und Detaillisten gelegt.

64. Damit ist nicht der Schutz eines einzelnen, individuellen Lieferanten beabsichtigt. Vielmehr soll damit die Gesamtstruktur der Beziehungen zwischen Coop und ihren Lieferanten analysiert werden.

Deshalb untersuchte die Weko folgende Parameter:

a) Bedeutung von Coop beim Produktvertrieb

b) Verhandlungsposition der Marktgegenseite

c) Individuelle Abhängigkeit der Lieferanten

a) Bedeutung von Coop beim Produktvertrieb

65. Präzise Daten in Bezug auf den Beschaffungsmarkt sind schwierig zu erlangen. Die Weko verfügt über IHA-Daten, welche das Verkaufsvolumen der verschiedenen Detailhändler in Bezug auf einzelne Produktgruppen aufzeigen. Die Weko betrachtet die Marktanteile der verschiedenen Detailhändler auf den einzelnen Beschaffungsmärkten als annähernd so gross wie die Marktanteile in den entsprechenden Absatzmärkten, ohne jedoch gewisse Abweichungen auszuschliessen. Je höhere Umsätze die Lieferanten über andere Vertriebskanäle als über denjenigen des Detailhandels generieren, desto weniger werden die in unten stehender Tabelle erwähnten Marktanteile überschätzt.

66. Coop besitzt für jede Produktgruppe hohe Marktanteile, wie die unten stehende Tabelle zeigt. Anzumerken bleibt, dass diese Tabelle sich auf den Detailhandel beschränkt und dass den Lieferanten noch andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen (Gastronomie, Export usw.)

<i>Marktanteile in % (März 2004)</i>	<i>Migros¹⁹</i>	<i>Coop²⁰</i>	<i>Andere</i>
<i>Gesamtwarenkorb</i>	35,7	32	32,2
<i>1 Milchprodukte/Eier</i>	39,6	28,3	32,1
<i>2 Brot/Backwaren</i>	36,9	29,5	33,5
<i>3 Fleisch</i>	41,1	29,4	29,5
<i>4 Tiefkühlprodukte</i>	43,7	32,3	24
<i>5 Traiteur/Convenience</i>	45,8	43,4	10,8
<i>6 Gemüse/Salate</i>	47,2	35,7	17,1
<i>7 Obst/Früchte</i>	47,2	34,8	18
<i>8 Konserven/Saucen</i>	47,7	33,2	19,1
<i>9 Suppen/Kochzutaten</i>	35,1	34	30,9

¹⁸ Die Daten stammen aus den Jahren 1998-2003. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis aufgrund einer Koinzidenz zustande gekommen ist. Zwei Verteiler haben ihre Marktanteile aus Gründen erhöht, die vollständig ausserhalb der vorliegenden Analyse liegen.

¹⁹ Inkl. Globus.

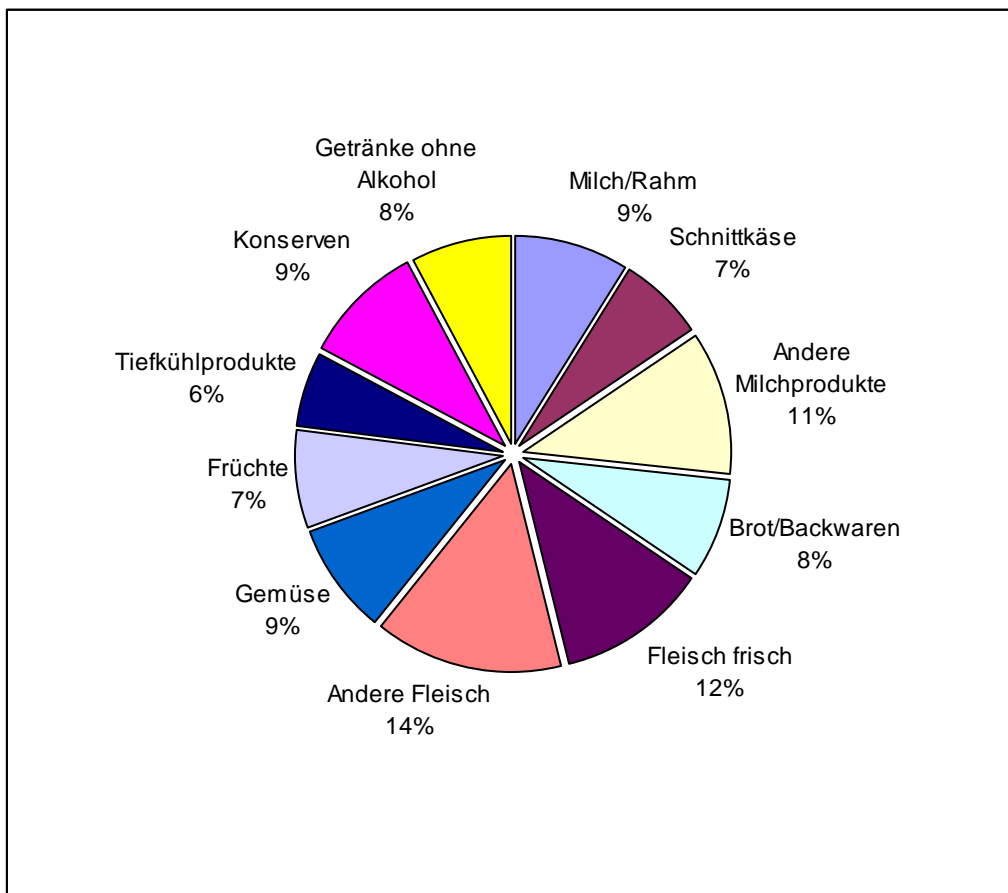
²⁰ Inkl. EPA und Waro.

10 Grundnahrungsmittel	40,7	33,7	25,6
11 Warmgetränke/ Cerealien	31,3	33,8	34,9
12 Süss-/ Backwaren	41,5	31,4	27,1
13 Snacks/Apéro	39,7	36,1	24,2
14 Tiernahrung/ -bedarf	36,4	35,4	28,2
15 Alk. Getränke	1,3	34,4	64,3
16 Erfrischungs- getränke	28,7	29,4	41,9
17 Körperpflege/ Kosmetik	21,8	33,4	44,8
18 Wasch/ Reinigungsmittel	28,1	38,8	33,2
19 Papier/ Hygiene-Produkte	35,6	37,9	26,5
20 Sonstige	37	27,2	35,9

67. Zu prüfen ist, ob die Auswahl des Sortiments von Coop in eigener Regie erfolgt oder ob das von Coop geführte Sortiment von den allgemeinen Entwicklungen im Detailhandel abhängt.

68. Um diese Frage empirisch zu überprüfen, wurde ein Warenkorb gebildet, der sich aus einer Unterteilung der gesamten Verkäufe im Detailhandel in zwölf Produktgruppen ungefähr gleicher Grösse ergibt. Weiter wurden die Anteile dieser Produktgruppen im Sortiment von Coop und im gesamten Detailhandelsmarkt für die letzten sechs Jahre (1998-2003) berechnet.

69. Die folgende Abbildung zeigt die Zusammensetzung des Sortiments im Gesamtmarkt im Jahr 1998:



70. Falls Coop nun in der Lage ist, ihr Sortiment unabhängig vom Markt festzulegen, müsste man beobachten, dass das aktuelle Sortiment vor allem vom geführten Sortiment in den vergangenen Jahren bestimmt wird. Umgekehrt, falls Coop nicht in der Lage ist, ihr Sortiment unabhängig vom Markt festzulegen, müsste man beobachten, dass das aktuelle Sortiment vor allem dem Sortiment des Gesamtmarktes folgt.

71. Zur Beantwortung dieser Frage wurde eine lineare Regression nach der Methode der kleinsten Quadrate geschätzt. Dabei wurden die Anteile der Produktgruppen im Sortiment von Coop als eine Funktion dieser Anteile bei Coop im vergangenen Jahr (*Coop(-1)*), bei sämtlichen Konkurrenten von Coop im gleichen Jahr (*MarktCoop*, sprich Gesamtmarkt ohne Coop) sowie im vergangenen Jahr (*MarktCoop(-1)*) spezifiziert. Die Resultate dieser Regression sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst:

Periode	1999-2003	
Beobachtungen	55	
	Koeffizient	t-Wert
<i>Coop(-1)</i>	0,982	(31,26)
<i>MarktCoop</i>	0,522	(4,59)
<i>MarktCoop(-1)</i>	-0,504	(-5,05)
R2	0,997	

72. Es zeigt sich, dass keines der beiden oben beschriebenen Szenarien klar verworfen werden kann. Vielmehr hängt das von Coop angebotene Sortiment sowohl vom Sortiment der Konkurrenten als auch vom eigenen historischen Sortiment ab.

73. Der hohe Wert des Bestimmtheitskoeffizientes (R2) deutet auf eine gute statistische Anpassung hin (99,7% der Varianz werden durch die exogenen Variablen erklärt). Die in Klammern angeführten t-Werte sind alle höher als 1,96, was eine Signifikanz der geschätzten Koeffizienten auf dem 5%-Niveau impliziert.

74. Die geschätzten Werte müssen so interpretiert werden, dass beispielsweise der Verkaufsanteil der Tiefkühlprodukte von Coop im Jahr 2001 ungefähr 0,982 mal dem Verkaufsanteil der Tiefkühlprodukte von Coop im Jahr 2000, plus 0,522 mal dem Verkaufsanteil von Tiefkühlprodukten im *MarktCoop* im Jahr 2001, minus 0,504 mal dem Verkaufsanteil von Tiefkühlprodukten im *MarktCoop* im Jahr 2000 entspricht.

75. Da sich die Verkaufsvolumen der einzelnen Produktgruppen des letzten Jahres zu 98,2% auf das aktuelle Sortiment übertragen, verändert sich die Zusammensetzung des von Coop angebotenen Sortiments im Durchschnitt nur wenig. Gleichzeitig beein-

flusst der Markt der Konkurrenten das Sortiment von Coop signifikant.

76. Die entgegengesetzten Vorzeichen der Variablen *MarktCoop* und *MarktCoop(-1)* sowie der nahe bei 1 liegende Koeffizient der Variable *Coop(-1)* sind starke Indikatoren dafür, dass eine Interpretation der Koeffizienten in Differenzen erfolgen sollte. Mit anderen Worten ist die Veränderung der Variablen über die Zeit ein wichtiger Aspekt. Die Veränderung des Sortiments von Coop wird hier als Differenz (*Coop-Coop(-1)*) definiert. Mit den Resultaten der Regressionsanalyse erhalten wir die folgende in Differenzen formulierte Schätzgleichung:

$$\text{Coop-Coop(-1)} = 0,522 (\text{MarktCoop-MarktCoop(-1)}) + 0,017 (\text{MarktCoop(-1)-Coop(-1)}) + u.$$

77. Die Veränderung der Verkaufsanteile der Konkurrenten schlägt sich zu 52,2% in der Veränderung der Verkaufsanteile im Sortiment von Coop nieder. Der Term (*MarktCoop(-1)-Coop(-1)*) ist ein Korrekturfaktor. Dieser Faktor führt dazu, dass die Produktgruppen, in denen Coop verglichen mit ihren Konkurrenten relativ schwach abschneidet (und demzufolge (*MarktCoop(-1)-Coop(-1)*) positiv ist), über die Zeit tendenziell stärker wachsen. In diesem Sinne deutet das positive Vorzeichen (+0,017) des zweiten Terms auf einen Aufholeffekt hin: Die Verkaufsanteile von Coop gleichen sich jenen der Konkurrenten an.

78. Obwohl Coop für jede Produktgruppe hohe Marktanteile besitzt und bezüglich der Auswahl des Sortiments einen gewissen Spielraum hat, kommt den Präferenzen der Konsumenten eine determinierende Rolle zu. Eine unabhängige Bestimmung des Sortiments ist für Coop nicht möglich. Dies deutet darauf hin, dass die Nachfragemacht von Coop beschränkt ist.

b) Verhandlungsposition der Marktgegenseite

➤ Struktur der Angebotsseite

79. Wie unter Ziffer 62 dargelegt wurde, weist die Struktur des Beschaffungsmarktes auf der Nachfrageseite eine hohe Konzentration auf. Es gilt nun zu untersuchen, ob die Struktur auf der Angebotsseite eine genügende Konzentration aufweist, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu schaffen.

80. Die Struktur der Angebotsseite ist je nach Produktgruppen-Markt unterschiedlich:

- **Oligopolistischer Markt:** In einem oligopolistischen Markt ist die Anzahl der Unternehmen beschränkt. Diese Unternehmen verfügen meistens über eine gewisse Marktmacht, die es ihnen ermöglicht, ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu bilden. Einerseits ist der Lieferant auf den Detailhändler angewiesen, um seine Ware abzusetzen. Andererseits aber kann auch ein Detailhändler, der ein vollständiges und abwechslungsreiches Warensortiment anbieten möchte, nicht auf einen Lieferanten verzichten. Man ist gegenseitig aufeinander angewiesen. Ein oligopolistischer Markt wurde insbesondere auf den folgenden Märkten der Angebotsseite festgestellt: Körperpflege/Kosmetik (Procter &

Gamble, Beiersdorf, Lever-Fabergé), Tiernahrung (Masterfoods, Vitakraft). Die Angebotsseite scheint in diesen Segmenten (trotz hoher Marktanteile von Coop) genügend konzentriert zu sein, um gegenüber den Grossverteilern ein Gegengewicht zu bilden.²¹

- **Atomistischer Markt:** In einem atomistischen Markt verfügt jeder Lieferant nur über einen kleinen Marktanteil im Vergleich zum Gesamtmarkt. Jeder Lieferant steht zahlreichen Konkurrenten gegenüber, die alle auch den Detailhandel beliefern. Dies zwingt die Lieferanten dazu, möglichst effizient zu sein, um im Markt zu verbleiben. Im Allgemeinen sind solche Lieferanten nicht in der Lage, eine tatsächliche Gegenmacht gegenüber dem Detailhandel auszuüben. Diese Marktstruktur trifft insbesondere für den Frischwarenmarkt zu, der eine grosse Anzahl von Lieferanten aufweist.
- **Gemischter Markt:** In einem gemischten Markt gibt es sowohl Grossunternehmungen als auch KMU.²² Auf solchen Märkten sind Grossunternehmen im Stande, eine Gegenmacht zur potenziellen Nachfragemacht des Detailhandels zu bilden. Die KMU hingegen sind weniger in der Lage, eine solche Gegenmacht auszuüben. Zudem sind sie dem Wettbewerbsdruck der grossen Konkurrenten ausgesetzt. Ein Beispiel für einen gemischten Markt ist die Milchproduktebranche, in der sowohl grosse Unternehmen, wie Emmi und Nestlé, als auch kleine Unternehmen, wie Cremo, tätig sind.

81. In der Regel sind die Lieferanten in atomistischen sowie die KMU in gemischten Märkten nicht in der Lage, eine tatsächliche Gegenmacht zum Detailhandel zu bilden.

➤ Analyse eines ausgewählten Sektors

82. Um ein reales Bild der Verhandlungsposition zwischen den Lieferanten und dem Detailhandel zu gewinnen, wurde eine ökonomische Analyse für einen ausgewählten Sektor (Produktgruppen-Markt) vorgenommen.²³ Die Beschränkung auf einen einzigen Sektor soll eine detaillierte Analyse ermöglichen. Weil die Analyse auf die Lieferpreise einzelner Produkte anstatt auf die Durchschnittspreise der Produktgruppen oder der Marktsegmente beschränkt wurde, konnte der Lieferpreis für verschiedene Detailhändler während der letzten drei Jahre berücksichtigt und die Veränderung des Lieferpreises für Coop mit dem Lieferpreis für andere Detailhändler verglichen werden. Auf diese Weise wird zudem die allgemeine Entwicklung (Inflation, Rohstoffkosten usw.) berücksichtigt.

83. Die Studie konzentriert sich aus folgenden Gründen auf einen potenziell problematischen Sektor: Erstens liegt der Marktanteil von Coop in diesem Sektor bei über 30%. Zweitens handelt es sich um einen gemischten Produktgruppen-Markt, der somit ein grosses Abhängigkeitsrisiko für KMUs beinhaltet. Drittens sind alternative Absatzkanäle (wie die Gastronomie und der Export) nur in relativ beschränktem Umfang verfügbar.

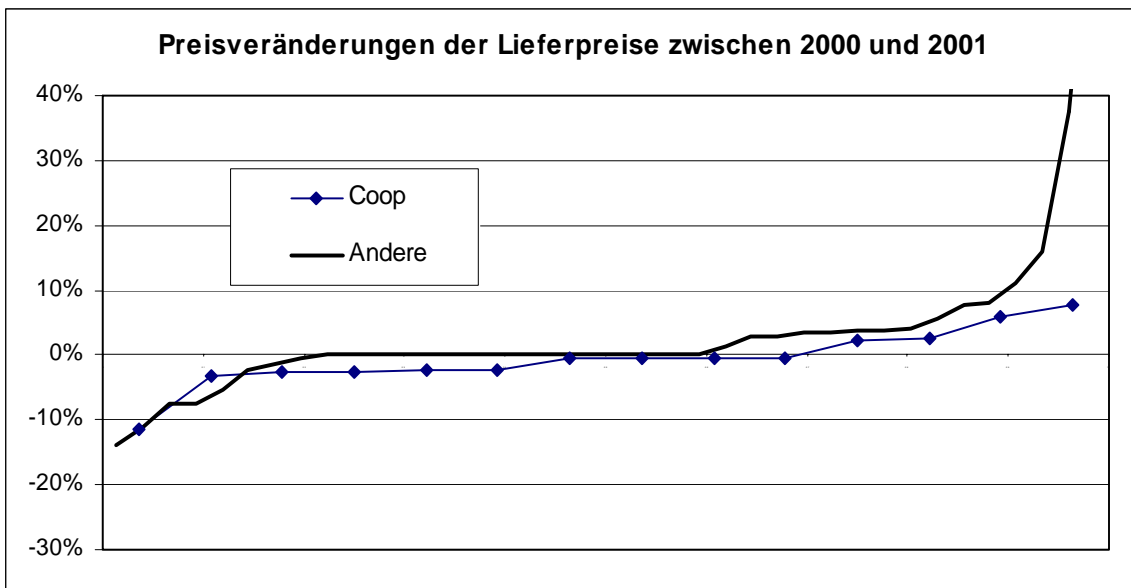
84. Die ökonomische Analyse untersucht insbesondere die Auswirkungen des CoopForte Bonus auf die von den Lieferanten erzielten Absatzpreise.

85. Die folgenden drei Grafiken illustrieren die jährlichen Preisveränderungen zwischen 2000 und 2001, 2001 und 2002 sowie 2002 und 2003. Die beiden Kurven stellen jeweils die Veränderungen der Lieferpreise an Coop und an die anderen Detailhändler dar. Die Ordinate zeigt dabei die prozentuale Preisveränderung $(\text{Preis}_t - \text{Preis}_{t-1})/\text{Preis}_{t-1}$, während die Abszisse die Beobachtungen für 25 Produkte darstellt, geordnet nach der Grösse der Preisveränderung.

²¹ Quellen: "L'industrie des produits alimentaires et des boissons en Suisse, édition 2003", Schweiz Kosmetik- und Waschmittelverband und Angaben von PROMARCA zu den jeweiligen Unternehmen.

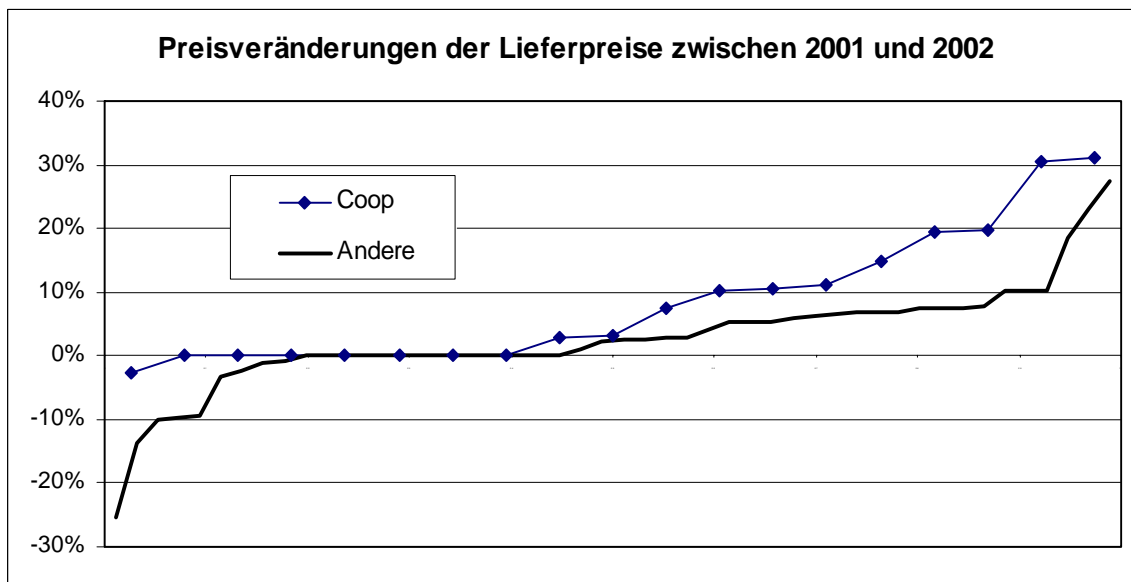
²² Kriterien für kleine und mittlere Unternehmen (KMU): Maximaler Umsatz von CHF 60 Mio., mindestens 250 Mitarbeiter/innen.

²³ Nicht genannt, um die Persönlichkeit der betroffenen Unternehmen zu schützen.



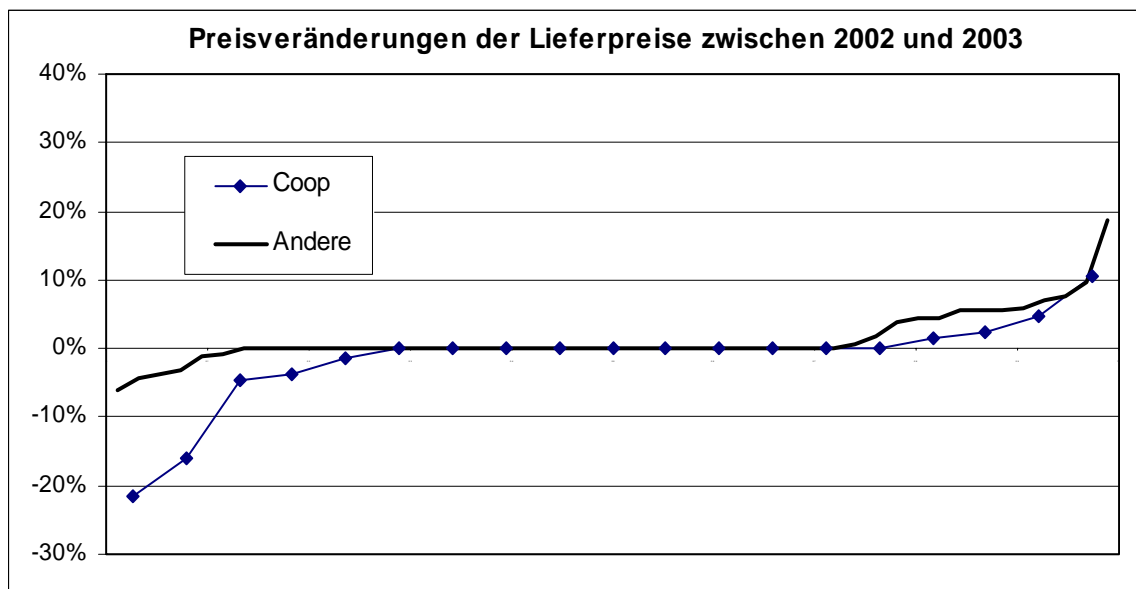
86. Wie in obiger Abbildung ersichtlich, haben sich die Preise nach der Einführung des Bonusse nicht stark verändert. Der Lieferpreis für Coop ist durchschnittlich um 0,18% gesunken (Standardabweichung: 4,14%), während der Preis für die anderen Detailhändler durchschnittlich um 3,00% zugenommen hat (Standardabweichung: 13,74%). Jedoch sind diese Durchschnittswerte aufgrund der hohen Standardabweichung nicht sehr aussagekräftig. Während

der betrachteten Zeitperiode variieren sowohl die Lieferpreise von Coop als auch jene der Konkurrenten stark. Diese Preisveränderungen deuten auf einen funktionierenden Wettbewerb hin, in welchem sich die Preise regelmässig an die jeweiligen Marktbedingungen anpassen. Die von CoopForte verlangte Preisenkung von 0,5% ist marginal im Vergleich zu den Fluktuationen, welche auf den Beschaffungsmärkten generell herrschen.



87. Zwischen den Jahren 2001 und 2002 war eine durchschnittliche Preissteigerung von 5,92% (Standardabweichung: 10,46%) für Lieferungen an Coop und lediglich von 1,69% für Lieferungen an die anderen Detailhändler zu verzeichnen. Die Preisveränderungen für die verschiedenen Produkte sind in obiger Abbildung dargestellt. In dieser Zeitperiode war die Preisvarianz noch grösser als im vorangegangenen Jahr. Bei Coop wurden bei mehr als einem Drittel der Stichprobe Preissteigerungen von über 10% registriert.

Der von CoopForte verlangte Preisabschlag in der Grössenordnung von 0,5% scheint keine dauerhaften Auswirkungen zeitigen zu können, da der Durchschnitt der Preissteigerungen ein Jahr nach Einführung des Bonusse sehr hoch ist. Daher scheinen die Lieferanten bei der Preissetzung über einen gewissen Handlungsspielraum gegenüber Coop wie auch gegenüber den anderen Detailhändlern zu verfügen, was auf einen funktionierenden Markt hindeutet.



88. Im dritten Jahr wurde eine Steigerung der Lieferpreise für Coop von durchschnittlich 0,42% (Standardabweichung: 7,74%) und von durchschnittlich 1,61% (Standardabweichung: 4,52%) für die anderen Detailhändler verzeichnet. Die Lieferpreise von ungefähr der Hälfte der untersuchten Produkte blieben stabil. Dies gilt sowohl für Lieferungen an Coop als auch für solche an die anderen Detailhändler. Trotzdem beträgt die Standardabweichung der Lieferpreise für die anderen Detailhändler 4,5%, so dass der von CoopForte verlangte Preisabschlag von 0,5% statistisch nicht signifikant wäre.²⁴ Die Preisveränderungen der Lieferpreise zwischen 2002 und 2003 sind in obiger Abbildung dargestellt.

89. Während der betrachteten dreijährigen Zeitperiode haben die Lieferpreise für Coop um 6,16% zugenommen, während jene für die übrigen Detailhändler um 6,30% gestiegen sind.

90. Zusammenfassend lassen sich drei Schlussfolgerungen aus der Analyse der Preisentwicklung ziehen:

- Erstens scheint der Bonus von den Lieferanten nicht unmittelbar auf den Preis geschlagen worden zu sein, zumindest nicht im ersten Jahr nach dessen Einführung. Im darauf folgenden Jahr beobachtet man eine signifikante Preissteigerung (fast 6%), gefolgt von einer schwachen Erhöhung im dritten Jahr (0,4%). Somit scheinen die Unternehmen im betreffenden Markt die Möglichkeit gehabt zu haben, die Erhebung des Bonus durch Preiserhöhungen in den zwei Folgejahren zu kompensieren. Daraus können wir schliessen, dass der Markt genügend dynamisch war, um eine Erhöhung der Lieferpreise von 0,5% zu ermöglichen.
- Zweitens verändern sich die Preise von Jahr zu Jahr signifikant. Nur eine Minderheit der Preise bleibt stabil, wobei die Veränderungen nicht parallel verlaufen. Die Varianz der Preisveränderungen ist in den drei beobachteten Jahren gross. Der Preiswettbewerb scheint auf diesem Markt zu funktionieren.

- Drittens übertreffen die jährlichen Preisschwankungen 0,5% bei weitem. Eine lineare Preissenkung von 0,5% hat somit keine signifikanten Auswirkungen auf diesen Markt.

91. Somit kann festgestellt werden, dass es zwar möglich ist, Unternehmen mit schwachen Verhandlungspositionen gegenüber Coop zu identifizieren. Allerdings zeigt die ökonometrische Analyse, dass die Lieferanten teilweise über einen gewissen Handlungsspielraum bei der Preissetzung verfügen und dass die Preisschwankungen grösser sind als die 0,5% aufgrund des Bonus.

c) Individuelle Abhängigkeit der Lieferanten

92. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen.²⁵ Die Behörden sollen die Möglichkeit haben, das Verhalten eines Unternehmens auch dann überprüfen zu können, wenn das Unternehmen im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt oder wenn andere Firmen als Nachfrager oder Anbieter von diesem abhängig sind. Damit soll ein wettbewerbsrechtlicher Schutz von Unternehmen - dazu gehören auch kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) - erleichtert werden, die aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten unverschuldet in eine wirtschaftliche Abhängigkeit geraten sind.²⁶ Im Wettbewerb nicht mehr

²⁴ Ein t-Wert von $0,5/4,52 = 0,11$ entspricht einem gauss'schem p-Wert von 91,19%, also viel höher als 5%. Eine Steigerung von 0,5% ist somit nicht signifikant von Null verschieden.

²⁵ BB 2002 2045.

²⁶ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (01.071; BB 2002), BB 2002 2023.

überlebensfähige Strukturen sollen mit der Neuformulierung von Artikel 4 KG jedoch nicht geschützt werden.

93. Die Begriffe "wirtschaftliche Abhängigkeit" und "klassische Marktbeherrschung" müssen voneinander unterschieden werden. Der Begriff der Marktbeherrschung bezieht sich auf einen Markt, auf dem sich ein marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber allen anderen Marktteilnehmern in einem wesentlichen Umfang unabhängig verhalten kann. Der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit betrifft hingegen die wirtschaftliche Beziehung zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, wo ein Unternehmen mit einer beispielsweise hohen Nachfragemacht ein oder mehrere Geschäftspartner von sich abhängig machen kann.

94. Die Kenntnis über die Struktur der Marktgegenseite, die oben analysiert wurde (vgl. Rz. 79-81), reicht nicht aus, um auf eine besondere Abhängigkeit der Lieferanten schliessen zu können. Zudem ergab die Untersuchung eines als problematisch eingestuften Teilmarktes keine Anhaltspunkte einer besonderen Abhängigkeit der Lieferanten. Dennoch ist denkbar, dass eine solche Abhängigkeit in einzelnen Fällen gegeben ist. Deshalb werden im Folgenden Bedingungen dargestellt, mit denen die wirtschaftliche Abhängigkeit von Lieferanten analysiert werden kann. Aufgrund der grossen Anzahl Lieferanten von Coop (ca. 3'000) ist es faktisch unmöglich, für jeden einzelnen dieser Lieferanten eine umfassende und abschliessende Prüfung durchzuführen. Aufgrund der einvernehmlichen Regelung musste nicht abgeklärt werden, welche Lieferanten im vorliegenden Fall tatsächlich von Coop wirtschaftlich abhängig sind.

➤ Voraussetzungen der wirtschaftlichen Abhängigkeit

95. Eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Marktmacht des Detailhandels gegenüber den Lieferanten kann durch eine qualitative und quantitative Analyse der Beziehungen zwischen den Detailhändlern und ihren Lieferanten erfolgen.²⁷

96. Ein Unternehmen ist wirtschaftlich von einem anderen abhängig, wenn dessen Geschäftsbeziehungen zum anderen (Zulieferer oder Abnehmer) von einer derartigen Intensität sind, dass es sich der Marktmacht des anderen nicht entziehen kann. Dies trifft dann zu, wenn die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit des (abhängigen) Unternehmens mit Beendigung der Geschäftsbeziehung gefährdet würde.²⁸

97. Der Begriff der Abhängigkeit kann sowohl auf Detailhändler als auch auf Lieferanten angewendet werden. Lieferanten sind wirtschaftlich abhängig, wenn sie der Nachfragemacht des Detailhandels ausgesetzt sind (Dominanz der Händler). Detailhändler können bezüglich einer bestimmten Produktgruppe von einem Lieferanten wirtschaftlich abhängig sein (Dominanz der Lieferanten). Diese Situation kann eintreten, wenn Detailhändler beispielsweise auf Markenprodukte mit einem hohen

Bekanntheitsgrad eines bestimmten Lieferanten angewiesen sind, oder eine bestimmte Grösse des Warensortiments anbieten müssen.

98. Ein Lieferant ist in der Regel von einem Händler abhängig, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:²⁹

(1) Für den Lieferanten existieren keine vergleichbaren Abnehmer für die angebotenen Güter oder Dienstleistungen und die zusätzliche Nachfrage anderer Abnehmer auf dem Markt ermöglicht dem Lieferanten nicht, seine Fixkosten zu decken.

Damit diese erste Bedingung erfüllt ist, müssen die drei folgenden Kriterien untersucht werden:

- i. Der Anteil des Händlers an den Verkäufen des Lieferanten sowie die resultierenden Konsequenzen für die Kosten und den Erlös des Lieferanten, wenn dieser den Händler verliert. Berücksichtigt wird ebenfalls die Bedeutung des Händlers beim Vertrieb der entsprechenden Produkte.
- ii. Analyse der Marktgegenseite von Coop (d.h. der Lieferanten) in den entsprechenden Segmenten, um beurteilen zu können, ob ein Lieferant in der Lage ist, sich der Abhängigkeit zu entziehen. Hierfür muss insbesondere die Verhandlungsmacht des Lieferanten wie auch seine Marktposition in die Analyse miteinbezogen werden.
- iii. Überprüfung der Existenz von Absatzalternativen des Lieferanten. Alternative Absatzmärkte können sowohl innerhalb des Detailhandels als auch auf anderen Märkten oder Absatzkanälen zu finden sein, soweit die Umstellung zumutbar ist, das heisst, soweit diese das Überleben des Unternehmens nicht aufgrund der Umstellungskosten gefährdet.

(2) Notwendigkeit spezifischer Aktiva:³⁰ Gebäude und Einrichtungen, gegebenenfalls Beschäftigte sowie die Forschung und Entwicklung des Lieferanten sind (teilweise) spezialisiert auf die Fabrikation der Güter oder Dienstleistungen des Händlers und können mit einem ökonomisch vertretbaren Kostenaufwand für die Produktion anderer Güter oder Dienstleistungen weder verwendet noch angepasst werden.

²⁷ Vgl. hiezu auch "avis n°97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution du Conseil de la Concurrence français".

²⁸ Ebd.

²⁹ Vgl. hiezu Coop/Waro, Coop/Epa und "avis n°97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution du Conseil de la Concurrence français".

³⁰ Vgl. O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985.

Damit diese zweite Bedingung erfüllt ist, müssen die folgenden Kriterien untersucht werden:

- i. Prüfung der neueren Unternehmensentwicklung, insbesondere wann und in welchem Ausmass spezifische Investitionen getätigt wurden (z.B. Analyse der Entwicklung neuer Produkte in Zusammenarbeit mit dem Detailhandel, Eigenmarke des Detailhändlers).
 - ii. Analyse der Verträge zwischen Lieferanten und Händler (Exklusivverträge, langfristige Verträge etc.).
 - iii. Prüfung der Kosten der Umstellung des Absatzes auf andere Märkte oder Absatzkanäle (switching costs).
- Anwendung der Kriterien der Bedingungen (1) und (2)

99. Die wettbewerbsrechtlich problematische Abhängigkeit gegenüber einem Unternehmen kann nur dann vorliegen, wenn sich das Unternehmen nicht selbst in diese Situation hineinmanövriert hat. Stattdessen muss der Detailhändler das Unternehmen dazu veranlasst haben, spezifische Investitionen zu tätigen oder signifikante zusätzliche Kosten zu übernehmen.

100. Die Anwendung der drei Kriterien der Bedingung (2) verlangt vertiefte Kenntnisse der Weko über die betroffenen Lieferanten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Antworten durch strategische Interessen beeinflusst sein können. Im vorliegenden Fall ist eine solch umfassende Befragung nicht möglich, weil Coop eine zu grosse Anzahl Lieferanten hat (ungefähr 3'000).

➤ **(1i) Umsatzanteil von Coop an den Lieferantenverkäufen**

101. Die Lieferanten von Coop wurden aufgefordert, den Prozentsatz des Umsatzes bekannt zu geben, ab dem ein Verlust eines oder mehrerer Abnehmer existenzbedrohend wäre. Die eingeholten Auskünfte ergaben eine durchschnittliche Schwelle von 20%-30% Umsatzverlust.³¹ Jenseits dieses Anteils könnte ein Lieferant einen Kunden - wenn überhaupt - nicht ohne erhebliche finanzielle Verluste ersetzen. Infolgedessen geht die Weko davon aus, dass die Lieferanten, welche mehr als 30% ihres Umsatzes mit Coop erzielen, das erste Kriterium der ökonomischen Abhängigkeit erfüllen.

102. Die durch das Sekretariat gesammelten Informationen haben ergeben, dass die Mehrheit der befragten Lieferanten mehr als 30% ihres Umsatzes mit Coop erzielen. Für diese Lieferanten ist das erste Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit daher erfüllt.

➤ **(1ii) Verhandlungsmacht der einzelnen Lieferanten**

103. Der hohe Anteil von Coop an den Verkäufen der Lieferanten und die Wichtigkeit dieser Verkäufe beim Vertrieb der entsprechenden Produkte reichen jedoch

nicht aus, um zu beweisen, dass sich die Lieferanten in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit befinden. Ebenfalls muss die Verhandlungsmacht der Lieferanten analysiert werden. Ein Lieferant verfügt über eine ausreichend hohe Verhandlungsmacht, wenn Coop ihre Bedingungen nicht einseitig durchsetzen kann. Die Weko zieht diese Möglichkeit namentlich in folgenden Fällen in Betracht:

- Der Lieferant ist ein wichtiger Akteur auf dem Markt (Rz. 104 ff.).
- Der Lieferant kann seine Produkte auf einem grösseren geografischen Markt als auf demjenigen von Coop verkaufen (Rz. 107 f.).
- Der Lieferant bietet bekannte Produkte (führende Marken) oder ein breites, schwer zu ersetzendes Produktsortiment an (Rz. 109 f.).

104. Im Allgemeinen ist der Anteil von Coop am Umsatz der Lieferanten grösser als der Anteil der Verkäufe der Lieferanten am Umsatz von Coop. Der Grund hierfür liegt darin, dass das Sortiment von Coop derart gross ist, sodass ein einzelner Lieferant im Vergleich zum Gesamtsortiment in der Regel nie sehr gross ist. Dieser Umstand könnte zur Konsequenz haben, dass die Position der Lieferanten angesichts der Nachfragemacht von Coop geschwächt wird.

105. Die Verhandlungsmacht eines Lieferanten hängt nicht nur von der angebotenen Marke ab, sondern auch vom Absatzvolumen, welches er dem Detailhändler verkauft. Ein Lieferant, der nur ein geringes Volumen an einen Detailhändler liefert, ist in der Regel nicht ökonomisch abhängig von letzterem. Allerdings kann der Detailhändler den Lieferanten im Allgemeinen ohne grösseren Aufwand ersetzen. Im Gegensatz dazu befindet sich ein Lieferant, der ein grosses Volumen über einen Detailhändler vertreibt, eher in ökonomischer Abhängigkeit vom Detailhändler, ist für diesen jedoch schwerer zu ersetzen.

106. Die Analysen des Sekretariats haben diese Feststellungen bestätigt. Tatsächlich betrachten sich Lieferanten, welche grosse Volumen an Coop liefern, zwar als ökonomisch von Coop abhängig, glauben aber, in einer guten Handelsbeziehung zu Coop zu stehen, vor allem in der langen Frist.

107. Unter dem Gesichtspunkt des geografischen Gebiets und der Natur der angebotenen Produkte unterscheidet man auf den betroffenen Märkten drei verschiedene Kategorien von Lieferanten:

³¹ Die Weko hatte diese Auskünfte bereits anlässlich der beiden Verfahren Coop/Epa und Coop/Waro eingeholt. Die durchschnittliche Schwelle 20%-30% bleibt die gleiche.

- Die wichtigsten Lieferanten sind grundsätzlich die grossen multinationalen Unternehmen, welche eine umfangreiche Palette an Markenprodukten in eine grosse Anzahl Länder liefern. Diese Lieferanten verfügen mehrheitlich über Filialen in der Schweiz. Obwohl diese Filialen unabhängig sind und Verantwortung für die Geschäftspolitik tragen, verfügen sie oft über eine wichtige finanzielle Rückendeckung sowie ein Marken-Portfolio, welches ihnen eine erhebliche Verhandlungsmacht garantiert.
- Eine zweite Kategorie von Lieferanten bieten Produkte an mit begrenztem Bekanntheitsgrad. Ausserhalb der Landgrenzen sind diese eher wenig bekannt und den Vorlieben und Geschmacksrichtungen der nationalen Konsumenten angepasst. Diese Lieferanten verfügen über eine beschränkte Verhandlungsmacht.
- Schliesslich gibt es Lieferanten, welche lediglich auf lokalen oder regionalen Märkten präsent sind. Die Mehrzahl dieser Lieferanten verfügt über keine Verhandlungsmacht und ist leicht zu ersetzen.

108. Folglich kann festgestellt werden, dass sowohl die Marktstruktur als auch die Grösse der den Lieferanten zugänglichen Märkte die Konkurrenzsituation der Lieferanten beeinflussen. Dies gilt insbesondere auch für ihre Verhandlungsmacht gegenüber Coop.

109. Ein Lieferant verfügt auch über eine ausreichend hohe Verhandlungsmacht, wenn das vertriebene Produkt eine renommierte Marke darstellt und die Präferenzen der Konsumenten für diese Marke derart hoch sind, dass die Endkunden es vorziehen, die Verkaufspunkte anstelle der Marke zu substituieren. Dieses Kriterium ist allerdings restriktiv zu handhaben. Gemäss einer Studie³² sind Konsumenten nur bei Leadermarken bereit, diese anderweitig zu beschaffen. Hingegen substituieren die Konsumenten von zweit-rangigen Marken eher die Marken.

110. Des Weiteren positionieren sich gewisse lokale Produzenten in spezifischen Marktnischen (z.B. "Produits du terroir"), die ihnen erlauben, sich von Lieferanten zu unterscheiden, die Massenprodukte zu geringeren Kosten herstellen. Dank dieser Nischenpositionen verfügen solche Lieferanten trotz ihrer geringen Grösse über eine gewisse Verhandlungsmacht.

111. Zusammenfassend und anhand der gesammelten Daten kann festgehalten werden, dass es auf den unterschiedlichen Märkten Lieferanten gibt, die weder wichtige Marktbeteiligte sind noch über einen grösseren geografischen Absatzmarkt als Coop verfügen und zudem weder eine führende Marke noch ein breites Sortiment verkaufen. Daher haben diese Lieferanten gegenüber Coop keine signifikante Verhandlungsmacht.

► (1iii) Alternative Absatzmöglichkeiten

112. Ein Lieferant kann sich aus einer Abhängigkeit befreien, wenn er über alternative Absatzmöglichkeiten verfügt. Ob für einen Lieferanten alternative Absatzmöglichkeiten existieren, hängt von der Substituierbarkeit der Absatzmöglichkeiten sowohl im Detailhandel (Rz. 113 ff.) als auch in anderen Ver-

triebskanälen (Gastronomie, Export usw.) ab (Rz. 118 ff.). Schliesslich ist das Phänomen der vertikalen Integration (Rz. 123 ff.) zu berücksichtigen.

Substituierbarkeit der Absatzmöglichkeiten im Detailhandel

113. Neben Coop existieren Detailhändler sehr unterschiedlicher Grösse: Migros verfügt über einen nationalen Vertriebskanal mit vergleichbarem oder grösserem Volumen als Coop. Allerdings ist Migros vertikal integriert (vgl. Rz. 123). Daneben gibt es kleinere Detailhändler, welche einen nationalen Vertrieb, jedoch mit kleinerem Volumen, anbieten. Es handelt sich dabei um Denner, Manor und um die Rewe-Gruppe (Pickpay und Primo/Visavis). Schliesslich findet man Detailhändler, die nicht die gesamte Schweiz, sondern eine Sprachregion der Schweiz abdecken (Magro: Romandie; Volg und Spar: Deutschschweiz) oder nur wenige Verkaufsstellen haben (Carrefour, Loeb, Globus, Jelmoli).

114. Die Lieferanten verfügen über eine gewisse Auswahl, um ihr Produkt im Detailhandel zu vertreiben. Angesichts des hohen Grades der vertikalen Integration von Migros und ihrer Marktposition ist es für einen Lieferanten nicht immer möglich, Coop durch alternative Detailhändler zu ersetzen.

115. Im Übrigen bestätigen die befragten Lieferanten diese Feststellung. Die Lieferanten schätzen, dass sie höchstens ein Drittel des mit Coop verwirklichten Umsatzes kompensieren könnten.

116. Gemäss den Antworten der Lieferanten spielt Coop ausserdem eine besonders wichtige Rolle bei der Einführung neuer Produkte. Dank der nationalen Abdeckung und des absorbierten Geschäftsvolumens ist Coop für die profitable Einführung einer Innovation ein entscheidender Geschäftspartner.³³

117. Somit bestehen zwar innerhalb des Vertriebskanals des Detailhandels Ersatzmöglichkeiten für Coop; sie sind jedoch unvollkommen. Die Beurteilung, ob ein einzelner Lieferant keine alternativen Absatzmöglichkeiten innerhalb des Detailhandels findet, kann aufgrund der einvernehmlichen Regelung offen gelassen werden.

Substituierbarkeit der Absatzkanäle

118. Aus Sicht der Lieferanten sind deshalb die verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle) zum Endkonsumenten, insbesondere die Substitutionsmöglichkeiten, massgeblich.

³² Schweiz Verkaufsförderungs-Forum - Vagabundia 98, Fuhrer & Partner GDI Gottlieb Duttweiler Institut, IHA GfM Institut für Marktanalysen AG.

³³ Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 595, Rz. 145 ff.

119. Der Detailhandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Produkten des Detailhandel-Sortiments zur Verfügung steht. Neben dem Detailhandel bietet sich für die Hersteller namentlich die Vertriebsmöglichkeit über spezialisierte Geschäfte, die Gastronomie, den Direktvertrieb, den Export und neuerdings ebenfalls über E-Commerce. Diese Vertriebskanäle unterscheiden sich hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, des angebotenen Sortiments, der Verkaufsatmosphäre etc. Vor allem können über die aufgelisteten Absatzkanäle meist nur bestimmte Kundengruppen (wie Gastronomiebetriebe) bedient werden.

120. Die Abklärungen der Weko haben ergeben, dass sich die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten je nach Kundengruppen und Produkteigenschaften erheblich unterscheiden können. Der Detailhandel ist für die meisten Produktgruppen mit einem Anteil von mehr als 50% mit Abstand der wichtigste Absatzkanal.

121. Die Substituierbarkeit der verschiedenen Absatzkanäle kann jedoch nicht einzig aufgrund quantitativer Elemente beurteilt werden. Es ist zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Absatzkanäle für die Hersteller nicht ohne weiteres austauschbar sind. Unterschiedliche Gebindegrößen, Aufmachung und Verpackung, unterschiedliche Verkaufsstrategien, das Erfordernis von unterschiedlichen Kenntnissen und Kontakten für verschiedene Vertriebswege und unterschiedliche Logistik erschweren den Wechsel zwischen verschiedenen Absatzkanälen. Zahlreiche Produkte (insbesondere Impuls- und Markenartikel) sind ausdrücklich für den direkten Verkauf an Konsumenten konzipiert. Für diese Produkte gibt es neben dem Detailhandel nur wenige Absatzalternativen. Eine kurzfristige und problemlose Substitution eines Detailhändlers durch einen alternativen Absatzkanal ist gemäss Ermittlungen der Weko für die meisten Produktgruppen nicht möglich. Ein Wechsel von Absatzkanälen würde vielmehr - soweit überhaupt möglich - erhebliche Investitionen und Umstellungen der Produktions- und Vertriebsorganisation sowie der Kostenstruktur der Unternehmen erfordern.

122. Somit existieren Substitute zu Coop in anderen Kanälen, zum Beispiel für Getränke und Frischprodukte in der Gastronomie, welche jedoch unvollkommen sind. Die Beurteilung, ob ein einzelner Lieferant keine alternativen Absatzmöglichkeiten ausserhalb des Detailhandels findet, kann aufgrund der einvernehmlichen Regelung offen gelassen werden.

Vertikale Integration

123. Die verschiedenen Vertriebskanäle bieten den Lieferanten nicht dieselben Absatzmöglichkeiten an. An dieser Stelle soll daran erinnert werden, dass Migros in einigen Märkten vertikal integriert ist, während sie in anderen Märkten den Lieferanten denselben Service anbietet wie Coop (sei es bezüglich der Kapazität, das Produkt im ganzen Land zu verteilen, oder des Volumens usw.). Die Geschäftspolitik von

Migros, die hauptsächlich auf Eigenmarken ausgerichtet ist, charakterisiert sich seit mehreren Jahren durch das Konzept, in ihrem Sortiment nebst den Eigenmarken eine führende Marke zu haben. Die Möglichkeit für einen Lieferanten, seine Marken zu vertreiben, existiert bei Migros zwar grundsätzlich, ist aber sehr begrenzt.

124. Folglich kann die Situation eines Lieferanten, der keine führende Marke auf einem Markt anbietet und auf einem Markt tätig ist, auf welchem Migros vollkommen vertikal integriert ist, nicht verglichen werden mit der Situation eines anderen Lieferanten mit führender Marke in einem Bereich, wo Migros nicht vertikal integriert ist. Die Marktposition von Migros und ihr Grad an vertikaler Integration beeinflussen die Angebotsstruktur in nicht zu vernachlässigender Weise.³⁴

125. Wir können festhalten, dass der Wechsel zu anderen Vertriebskanälen für gewisse Lieferanten kostenintensiv und langwierig sein kann. Die Beurteilung, ob für die Lieferanten alternative Absatzmöglichkeiten bestehen, kann aufgrund der einvernehmlichen Regelung offen gelassen werden.

➤ *(2i) Prüfung der Geschichte des Unternehmens*

126. Die Abhängigkeit der Lieferanten kann vor allem im Bereich der Innovationen oder Eigenmarken hoch sein. Dies obwohl grundsätzlich die meisten Detailhändler - bevor sie sich gegenüber einem Lieferanten verpflichten - entweder versuchen, langfristige Verträge mit den Lieferanten abzuschliessen oder sich bemühen, dass ihr Lieferauftrag nur einen geringen Teil des Umsatzes des Lieferanten ausmacht.

127. Auch wenn die Entwicklung von Eigenmarken zu mehr Nachfragemacht der Detailhändler führen kann, muss sich dadurch die Situation der Lieferanten nicht unbedingt verschlechtern. In bestimmten Fällen kann die Entwicklung von Eigenmarken die Position von KMU verbessern, beispielsweise wenn diese keine glaubwürdige Markenpolitik betreiben können.

128. Lieferanten können ganz unterschiedliche Verhandlungspositionen inne haben. Verfolgt ein Lieferant eine wenig innovative Strategie, indem er sich auf die Produktion von Eigenmarken spezialisiert und in einer wettbewerbsintensiven Marktnische tätig wird, kann er von einem Detailhändler abhängig werden, sofern letzterer beträchtliche Verkaufsvolumen generiert. Wenn sich hingegen ein Lieferant mit einer innovativen Strategie auf die Produktion von Eigenmarken spezialisiert, kann er einen Verhandlungsvorteil gegenüber dem Detailhändler erlangen, weil es dann für den Händler tendenziell schwierig ist, sich vom Lieferanten zu trennen.

³⁴ In ähnlichem, obwohl geringerem Maße ist auch der Coopkanal für einige Lieferanten geschlossen, da Coop in bestimmten Segmenten ebenfalls vertikal integriert ist (Schokolade: Halba, Fleisch: Bell, Teigwaren: Gala usw.).

129. Im vorliegenden Fall ist es schwierig, genügend Kenntnisse über die Firmengeschichte eines jedes einzelnen der zahlreichen Lieferanten zu erlangen. Deshalb kann nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund des Kriteriums (2i) in bestimmten Fällen eine Abhängigkeit eines Lieferanten nachgewiesen werden kann.

➤ *(2ii) Analyse der Verträge*

130. Bei der Analyse der Verträge, die ein Lieferant mit verschiedenen Händlern abgeschlossen hat, kann man erkennen, ob der Lieferant in der Lage war, spezifische Investitionen - die er getätigt hat, um den Auftrag des Händlers zu erfüllen - ganz oder teilweise zu schützen.

131. Spezifische Investitionen können durch einen Exklusivvertrag geschützt werden. Für die Verpflichtung, nur einen einzigen Händler zu beliefern, erhält der Lieferant normalerweise im Gegenzug die Garantie, dem Händler eine grosse Menge liefern zu können, was die Amortisation der spezifischen Investitionen erleichtert.

132. Ein langfristiger Vertrag kann die Amortisation spezifischer Investitionen ebenfalls fördern. Indem der Betrieb einer Produktionsstätte auf lange Zeit garantiert wird, kann der Lieferant einer bedeutenden Investition zustimmen und so Güter zu einem konkurrenzfähigen Preis liefern.

133. Schliessen Lieferanten tatsächlich solche Verträge ab, sind sie in der Regel nicht wirtschaftlich abhängig. Dies gilt auch dann, wenn sie die gesamte Produktion dem gleichen Detailhändler liefern. Im Grunde genommen zeigt alleine die Tatsache, dass ein solcher Vertrag abgeschlossen wurde, dass die Lieferanten, bevor sie ihre Investition getätigt haben, verhandeln und so Garantien für eine (teilweise) Amortisation der Investition erlangen konnten. Mit solchen Verträgen verpflichtet sich der Detailhändler, sich nicht opportunistisch zu verhalten, nachdem die Investition getätigt wurde.

134. Die durch das Sekretariat gesammelten Informationen zeigen, dass solche Verträge abgeschlossen wurden. Hingegen kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine gewisse Anzahl Lieferanten keinen solchen Vertrag abgeschlossen hat.

➤ *(2iii) Prüfung der Umstellungskosten (switching costs)*

135. Ob und inwieweit ein Lieferant sein Produkt, seine Produktionsanlage oder sein Sortiment anpassen kann, hängt schlussendlich von den Umstellungskosten ab. Je höher die Umstellungskosten sind, desto grösser wird die Verhandlungsmacht der Detailhändler. Im gegenteiligen Fall gilt, dass je tiefer die Umstellungskosten sind, desto tiefer die Abhängigkeit der Lieferanten vom Detailhändler.

136. In der Praxis sind die Umstellungskosten schwer messbar und können je nach betroffenem Gebiet oder innerhalb des gleichen Sektors stark variieren. Da es im vorliegenden Fall eine grosse Anzahl Lieferanten gibt, kann nicht jeder Einzelfall

ranten gibt, kann nicht jeder Einzelfall abgehandelt werden.

137. Im Hinblick auf das oben Ausgeführte und auf die durch das Sekretariat eingeholten Informationen kann nicht ausgeschlossen werden, dass mindestens ein Lieferant Investitionen getätigt hat, die ihn in eine wirtschaftliche Abhängigkeit versetzt haben.

1.3 Zwischenergebnis

138. Der aufgrund intensiven Wettbewerbs grosse Druck auf den Absatzmärkten wirkt sich auf die Beziehung zwischen den Detailhändlern und ihren Lieferanten aus. Jeder Verteiler ist bestrebt, mit jedem seiner Lieferanten die besten Konditionen auszuhandeln, um gegenüber den anderen Detailhändlern konkurrenzfähig zu bleiben. Mit anderen Worten zwingt der horizontale Wettbewerbsdruck die Detailhändler, von ihren Lieferanten beste Leistungen zu fordern.

139. Damit Coop seine Wettbewerbsfähigkeit auf dem Absatzmarkt aufrechterhalten kann, muss das Unternehmen über Lieferanten verfügen, die Güter mit einem hervorragenden Preis-Qualität-Verhältnis sowie einem hohen Dienstleistungsniveau anbieten (Fristen, Flexibilität usw.).³⁵

140. Die Lieferanten haben ähnliche Erwartungen an den Detailhandel. Der einzelne Detailhändler soll die grösstmögliche Abdeckung eines Absatzgebietes bieten, er soll das Produkt des Lieferanten verkaufsfördernd präsentieren und dem Konsumenten einen Rahmen anbieten, der ihn animiert, mehr zu konsumieren usw.

141. Für die in der Schweiz aktiven Lieferanten ist der Verkauf von Eigenmarken durch Migros eine der Besonderheiten des Schweizer Detailhandelsmarktes (Migros 77%; Coop 35%, Quelle: IHA). Ausserdem ist Migros in zahlreichen Bereichen vertikal integriert und kontrolliert somit die ganze Produktionskette. Migros bezieht ihre Hauptrohstoffe bei externen Lieferanten, verarbeitet aber die Mehrzahl dieser Produkte intern weiter. Anpassungsprozesse bestehender Produkte und die Auswahl und Einführung neuer Produkte finden somit mehrheitlich "in-house" statt. Auslistungen sowie der Abbruch von Handelsbeziehungen, wie sie bei Coop beobachtet werden können, erfolgen bei Migros in internen nach aussen nicht sichtbaren Prozessen. Migros ändert regelmäßig die Zusammensetzung ihres Sortiments, ohne dass dies eine Auswirkung auf externe vertragliche Beziehungen hat. Die Fähigkeit, sich ständig an die sich verändernden Präferenzen der Verbraucher/Konsumenten anzupassen, erlaubt es Migros, ihre Marktanteile aufrechtzuerhalten oder auszuweiten und Druck auf ihre Konkurrenten auszuüben.

³⁵ Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2003, S. 30.

142. Als Folge der vertikalen Integration von Migros gestaltet sich der Zugang zu einem bedeutenden Teil des Schweizer Absatzmarktes für die Schweizer Verarbeitungsindustrie als schwierig. Somit bleibt Coop der einzige, die gesamte Schweiz umfassender Absatzkanal mit einer Dichte, die mit jener von Migros vergleichbar ist. Deshalb ist dieser Absatzkanal für die ganze Schweizer Verarbeitungsindustrie essenziell.

143. Trotzdem kann Coop ihren Marktanteil im Detailhandel nur verbessern, wenn die Auswahl immer wieder aufs Neue angepasst und dem Wandel der Kundenbedürfnisse Rechnung getragen wird. Deshalb ist eine unabhängige Bestimmung des Sortiments für Coop nicht möglich. Dies deutet darauf hin, dass die Nachfragemacht von Coop beschränkt ist.

144. Sind die Bedingungen für eine wirtschaftliche Abhängigkeit erfüllt, müssen die Faktoren, die zu dieser Abhängigkeit geführt haben, geprüft werden. Mit anderen Worten muss bestimmt werden, ob die Abhängigkeit eine Konsequenz einer strategischen Option des Lieferanten ist, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erweist, oder ob diese Abhängigkeit ohne Selbstverschulden des Lieferanten aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden ist. Ein wettbewerbsrechtliches Problem kann nur im zweiten Fall bestehen.

145. Aufgrund der Tatsache, dass Coop durch die einvernehmliche Regelung die wettbewerblichen Bedenken ausräumen konnte (vgl. Rz. 17), kann die Frage, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese gegebenenfalls im Sinne von Artikel 7 KG durch die Erhebung des Bonus missbraucht, offen gelassen werden.

II Potenzieller Wettbewerb

146. Als nächstes wäre die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf den Beschaffungsmarkt zu beurteilen. Aufgrund der einvernehmlichen Regelung kann auf diese Analyse verzichtet werden.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

147. 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. Nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG ist namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen missbräuchlich. Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Leistung des marktbeherrschenden Unternehmens stehen (R. ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern: Stämpfli, 1999, Rz. 393). Dabei bedarf es zur Feststellung der Unbilligkeit einer Abwägung der Interessen der Beteiligten (Marktbeherrscher, Handelspartner und Konkurrenten).³⁶ Bei der konkreten Beurteilung der Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen ist nicht nur der Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners Rechnung zu tragen, sondern es sind

dabei auch die Behinderungswirkungen zulasten dritter Konkurrenten zu berücksichtigen.³⁷

148. Das Aushandeln von Geschäftsbedingungen (Rabatte, Mengenrabatte, geschäftliche Zusammenarbeit) ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Problematisch erscheint jedoch das Festsetzen fiktiver oder ungenügend bestimmter Gegenleistungen sowie die Diskriminierung.³⁸

149. Im Bereich des Detailhandels können die Detailhändler ihre Nachfragemacht nutzen, um bestimmte Geschäftsbedingungen mit den Herstellern auszuhandeln.³⁹

150. Im vorliegenden Fall ist zu untersuchen, ob Coop seinen Lieferanten tatsächlich Gegenleistungen anbietet und, ferner, ob diese Gegenleistungen einen Wert von 0,5% des jeweiligen Rechnungsbetrages haben.

B.3.2.1 Gegenleistungen von Coop

151. Das CoopForte-Programm hat zum Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit von Coop zu verbessern und die Marktanteile zu erhöhen. Mit anderen Worten dient das CoopForte-Programm vor allem dazu, die Wettbewerbsfähigkeit von Coop insbesondere dadurch zu verbessern, indem es seinen eigenen Lieferanten die bestmöglichen Absatzkonditionen anzubieten versucht. Damit bleibt den Lieferanten ein langfristig kompetitiver Absatzkanal erhalten. In dieser Hinsicht stärkt das CoopForte-Programm auch die Position der Lieferanten.

152. Gemäss Coop beschreibt das Programm CoopForte konkret Zusatzleistungen, die Coop im Anschluss an die Umstrukturierung gegenüber den Lieferanten erbringt (vgl. Sachverhalt).

153. Diese Zusatzleistungen sind gemäss Ausführungen von Coop die folgenden:

I. Administrative Vereinfachungen

Die Lieferanten haben statt 14 Anlaufstellen neu nur noch eine Anlaufstelle für die Planung, Sortimentsgestaltung und Rechnungsstellung. Die Zweistufigkeit fällt weg; durch zentrale, für die gesamten Coop bevollmächtigte Ansprechpartner im Einkauf wird eine **höhere Verhandlungseffizienz erreicht**.

II. Hohes Tempo der Verkaufsstellenexpansion

Die Optimierung der Verkaufsstellenstruktur und die forcierte, investitionsintensive Expansionsaktivität ermöglicht zusätzliche Wachstumsimpulse.

³⁶ Commentaire Romand Concurrence, EVELYNE CLERC, Art. 7 KG; N 205.

³⁷ Botschaft 1994, S. 106 (Sonderdruck); RPW 1999/1 S. 75 ff.; Komm. KG - HOFFET, Art. 7 Rz. 12.

³⁸ Vgl. hierzu "avis n°97-A-04 du 21 janvier 1997" (bereits zitiert).

³⁹ Commentaire Romand Concurrence, EVELYNE CLERC, Art. 7 KG, S. 432.

III. Neue Ladengestaltung mit mehr Verkaufskompetenz

Gemäss Ausführungen von Coop steigert der neue Verkaufsstellenauftritt die Verkaufskompetenzen von Coop durch das innovative Design der neuen Ladenformate und der kundenfreundlicheren Dienstleistungen (u.a. Bedienungsmetzgerei, Parkplätze, breite Gänge zwischen den Verkaufsregalen, kurze Wartezeiten an der Kasse).

IV. Nachhaltige Profilierung mit neuer Markenstrategie

Die Coop Marketing Strategie basiert auf einem profilierten, qualitätsorientierten und nicht kopierbaren Markenmix. Die Umsetzung der neuen Strategie bringt ein markanteres Coop-Profil.

V. Bessere Erlebbarkeit der Sortimente am POS und überdurchschnittliche Wachstumsaussichten dank zentraler Sortimentssteuerung

Das Category Management und die standardisierten Abläufe bei der Einführung neuer Produkte erlauben die Steuerung und das Controlling der Sortimente aus einer Hand.

VI. Stärkere Verkaufswirksamkeit der neuen Coop Kommunikation

Die Strategie basiert auf einer verbindlich festgelegten Promotionskadenz sowie klar definierten Kommunikationsinhalten und Aktionsgefässen.

154. Das Sekretariat erachtet die oben genannten Punkte, insbesondere die Punkte I, V und VI, generell als Gegenleistungen seitens Coop im Austausch gegen die Zahlung des Bonus. Nachfolgend gilt es abzuklären, ob die Lieferanten effektiv von dieser Gegenleistung profitieren beziehungsweise ob diese einen Abzug von 0,5% der Rechnungsbeträge rechtfertigen.

B.3.2.2 Wert der Gegenleistungen von Coop

155. Gemäss Coop soll das CoopForte-Programm gleichzeitig Aspekte der Logistik, des Marketings, der Struktur des Verkaufsnetzes und der Verkaufsstellen verbessern. Mit anderen Worten betrifft die Umstrukturierung, welche durch CoopForte erfolgen soll, zahlreiche wichtige Aspekte der Coop-Strategie. Grundsätzlich profitieren Lieferanten von dieser Umstrukturierung. Es ist aber nicht möglich, die daraus für die Lieferanten resultierenden Gewinne exakt zu schätzen. Coop hat demnach beschlossen, einen einfachen Verteilschlüssel für einen Teil der Kosten von CoopForte für die Gesamtheit der Lieferanten zu definieren. Alle Lieferanten zahlen 0,5% des mit Coop erreichten Umsatzes.

156. Gemäss Coop wurde der für alle Lieferanten zur Anwendung gelangende Abzug von 0,5% des Fakturawertes bewusst so angesetzt, dass er dem bei kleineren Absatzvolumen und tiefem Distributionsgrad

tendenziell eingeschränkten Potenzial Rechnung trägt. Bei Lieferanten, bei welchen der Gegenwert der Zusatzleistungen den Fakturawert des Basisbonus klar übersteigt, führte Coop weitere individuelle Konditionsverhandlungen.

157. Gemäss Coop rechtfertigt sich eine solche Verteilung aus folgenden Gründen:

- Gleichbehandlung: Coop hat bewusst keine absoluten Beiträge gewählt, sodass keine Diskriminierung zwischen grossen und kleinen Unternehmen entsteht.
- Proportionalität: Da alle Lieferanten von CoopForte profitieren, ist es grundsätzlich gerecht, jene Unternehmen, die einen grösseren Vorteil vom Programm haben, mehr bezahlen zu lassen. Der Umsatz bietet ein gutes Indiz dafür, wie sehr ein Unternehmen von CoopForte profitiert, da er das Ausmass der Aktivität mit Coop misst. Zudem ist der Umsatz eine einfach zu messende Grösse, der beiden Parteien bekannt ist. Ausserdem kann die Abrechnung direkt auf der Rechnung erfolgen, was die Zahlung erleichtert. Eine solche Verfahrensweise erfordert keine zusätzliche Verwaltungsarbeit, weder beim Lieferanten noch bei Coop.
- Transaktionskosten: Da Coop über 3'000 Lieferanten hat, wären Einzelverhandlungen mit jedem Lieferanten aus zeitlichen und administrativen Gründen nicht möglich gewesen. Ein Unternehmen mit vielen Vertragspartnern muss in jedem Fall die Möglichkeit haben, gewisse standardisierte Vertragsbedingungen anzuwenden. Individuelle Spezialfälle werden von Coop gesondert berücksichtigt.
- Transparenz: Es ist die Absicht von Coop, eine grösstmögliche Transparenz mit den Lieferanten bezüglich Leistung und Gegenleistung zu erreichen. Mit dem Bonus wird dem wiederkehrenden Charakter der Leistungen von Coop am besten Rechnung getragen. Wer die durch CoopForte eröffneten Chancen durch definierte Zusatzleistungen stärker nutzt, entrichtet einen entsprechend höheren Beitrag.
- Wettbewerbsfähigkeit: CoopForte hat zum Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit von Coop im Detailhandel zu verbessern. Somit wird auch den Coop-Lieferanten ein langfristiger Absatz garantiert. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass sich die Lieferanten zu einem gewissen Teil an den finanziellen Anstrengungen der Umstrukturierung von Coop beteiligen. Beim CoopForte Bonus handelt es sich somit nicht um eine enge, zweckgebundene Zahlung. Die unter CoopForte gemachten Anstrengungen sind kein Selbstzweck, keine Erzielung von möglichst hohen Renditen, sondern begründen sich in der notwendigen langfristigen Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von Coop.
- Trittbrettfahrer: Mit einer für alle Lieferanten nützlichen Umstrukturierung ist das Problem der Finanzierung verbunden. Da alle Lieferanten von den Vorteilen der Umstrukturierung profitieren wollen, ohne diese finanzieren zu müssen, sieht sich Coop

gezwungen, von sämtlichen ihrer Lieferanten einen finanziellen Beitrag zu verlangen.

- **Aufteilung:** Es erfolgte keine anteilmäßige Aufteilung der Gesamtkosten von CoopForte zwischen den Lieferanten und Coop. Der Anteil der Lieferanten an der Finanzierung und an der Umsetzung des Programms CoopForte ist gemäss Coop verhältnismäßig bescheiden. [...]

- **Anreizstruktur:** Die Lieferanten müssen finanziell beteiligt sein, damit Coop die gemachten Anstrengungen und Kosteneinsparungen für die Konsumenten vermehrt in Form von tieferen Preisen und attraktiven Aktionen spürbar machen kann, und die Lieferanten die neu eröffneten Möglichkeiten zur Zusammenarbeit auch aktiv nutzen (Erarbeitung von Businessplan, Informationsaustausch, gemeinsame Entwicklung von Produktinnovationen etc.).

158. Um zu testen, ob die durch Coop angebotene Gegenleistung eine Abgabe von 0,5% rechtfertigt, hat das Sekretariat eine gewisse Anzahl Lieferanten stichprobenartig befragt. Diese wurden insbesondere dahingehend befragt, ob sie die Vorteile schätzen, welche ihnen das CoopForte-Programm bietet.

159. Die erhaltenen Antworten können in vier Kategorien unterteilt werden:

- 46% der Lieferanten sind der Ansicht, dass die von Coop angebotenen Gegenleistungen die 0,5% rechtfertigen.

- 21% der Lieferanten sind der Ansicht, dass Coop zwar Gegenleistungen angeboten habe, diese aber nicht dem Wert von 0,5% entsprechen.

- 25% der Lieferanten sind der Ansicht, dass Coop für den Abzug von 0,5% gar keine Gegenleistungen angeboten habe. Bei der Interpretation der Antworten dieser Lieferantengruppe ist allerdings Vorsicht geboten, da sich darunter auch so genannte free-rider befinden, welche vom Programm zwar profitieren, dieses aber nicht finanzieren wollen.

- 8% der Antworten waren nicht auswertbar.

160. Die Marktanalyse ergab ein eher diffuses Bild: Insbesondere scheint es keine systematische Verbindung zwischen dem Lieferantentyp (Grösse, Zugehörigkeit zu einer Industrie usw.) und der Art der Antworten zu geben.

161. Schließlich muss angefügt werden, dass das Sekretariat bei der Einführung des CoopForte-Programms sehr wenige Klagen seitens der Lieferanten erhalten hat. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Bonus gerechtfertigt ist oder für den Lieferanten kein Problem darstellt. Eine mögliche Erklärung kann die Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen durch Coop sein (Auslistungen, Neuverhandlungen usw.).

162. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Coop im Rahmen des Programms CoopForte grundsätzlich Gegenleistungen erbringt. Ob und inwieweit sämtliche Lieferanten von Coop von Gegenleistungen profitieren, die einem Wert von 0,5% des mit Coop erreichten Umsatzes entsprechen, weckt

wettbewerbsrechtliche Zweifel. Mit der einvernehmlichen Regelung konnten die wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt werden (vgl. Rz. 17).

B.4 Ergebnis

163. Aufgrund der Tatsache, dass Coop durch die einvernehmliche Regelung die wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausräumen konnte (vgl. Rz. 17), kann die Frage, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese gegebenenfalls im Sinne von Artikel 7 KG durch die Erhebung des Bonus missbraucht, offen gelassen werden.

C. Kosten

164. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

165. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacherin gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin Coop.

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

167. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Artikel 4 Absätze 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung).

168. Im vorliegenden Fall konnte auf Kenntnisse aus dem Verfahren des Unternehmenszusammenschlusses von Coop/Waro zurückgegriffen werden. Dies ergab erhebliche Kosteneinsparungen.

169. Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

170. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige unter anderem separat die Auslagen der Wettbe-

werbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex-, Telegramm- und Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich zulasten von Coop auf CHF [...].

171. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

172. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitern rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF [...] beziehungsweise CHF [...] für die von Vorgesetzten geleisteten Arbeitsstunden. Die durch wissenschaftliche Mitarbeiter aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung (18.8.2004) beträgt [...] Stunden, die durch Vorgesetzte aufgewendete Zeit [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf insgesamt CHF [...], nämlich CHF [...] für die Mitarbeiter, CHF [...] für die Vorgesetzten.

173. Die Verfahrenskosten zulasten von Coop belaufen sich bis zum Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung (18.8.2004) auf CHF [...].

174. Seit dem Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung (18.8.2004) sind die folgenden zusätzlichen Verfahrenskosten entstanden: Die durch Mitarbeiter aufgewendete Zeit beträgt [...] Stunden, die durch Vorgesetzte aufgewendete Zeit [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf insgesamt CHF [...], nämlich CHF [...] für die Mitarbeiter, CHF [...] für die Vorgesetzten.

175. Die Verfahrenskosten zulasten von Coop belaufen sich insgesamt auf CHF [...].

Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1 Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG die nachstehende Verpflichtungserklärung der Coop, Basel, vom 18. August 2004:

1. Coop verpflichtet sich, mit den in Vorbemerkungen definierten "übrigen Lieferanten" den folgenden standardisierten Prozess systematisch durchzuführen:
 - i. Erstellen einer detaillierten und per 1. Dezember 2004 aktualisierten Übersicht über sämtliche "übrige Lieferanten".
 - ii. Zuweisung eines zuständigen Lead-Einkäufers pro Lieferant, der die Überprüfung des CoopForte Bonus durchführt.
 - iii. Überprüfung des CoopForte Bonus anlässlich des jeweils nächstmöglichen Meetings, spätestens jedoch bis zum 28. Februar

2005. Nach Absprache mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission kann diese Frist um maximal drei Monate verlängert werden.

2. Coop verpflichtet sich, dass die Beantwortung der Fragen betreffend CoopForte keinerlei Auswirkungen auf die bisherigen Geschäftsbeziehungen mit Coop hat. Der zuständige Coop-Mitarbeiter hat vor Einleitung der Überprüfung den jeweiligen Lieferanten darauf aufmerksam zu machen. Dieser Hinweis ist vorab dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Genehmigung vorzulegen.

3. Coop verpflichtet sich (Stufe 1), anlässlich der Überprüfung folgende Frage zu stellen: **"Sind Sie mit den CoopForte-Leistungen, die Coop mit dem CoopForte Bonus abgilt, zufrieden?"**

4. Coop verpflichtet sich (Stufe 2), ausschliesslich bei Lieferanten, welche die Frage bei Ziffer 3 verneinen, die Wirkung von CoopForte (verglichen mit der Situation vor und nach Lancierung des CoopForte-Programms) anhand folgender standardisierter Checkliste zu prüfen:

	Nutzen für Lieferanten JA	Nutzen für Lieferanten NEIN
Bietet Coop heute grössere Absatz- und Umsatzpotenziale?	2	0
Konnten Sie Kosten- und/oder Zeitersparnisse dank den neuen Abläufen durch CoopForte in der Beschaffung realisieren?	2	0
Resultierten aus den organisatorischen Reformen von Coop schnelle Entscheidungen und klare Verhandlungspartner?	2	0
Erleben Sie die Positionierung im Coop Markenmix als klar, eindeutig und positiv?	2	0

Hat sich aus Ihrer Sicht die Effizienz in der Coop Kommunikation und bei Promotionen erhöht?	1	0
Ist das Verkaufsumfeld für ihre Produkte attraktiver geworden (u.a. dank den neuen, Verkaufsstellen)?	1	0
Ermöglichen das Category Management und die aufgewerteten Verkaufsstellen eine verbesserte Positionierung Ihrer Produkte am POS?	1	0
Erhalten Sie seitens des Coop Category Managements Feedback für die kundenorientierte Produktentwicklung?	1	0

5. Coop verpflichtet sich, Lieferanten, die weniger als fünf Punkte aufweisen und dies schriftlich glaubhaft darlegen, rückwirkend per Datum der Ersterhebung vom CoopForte Bonus zu befreien.

6. Coop verpflichtet sich, im Falle einer abweichenden Bewertung im Anschluss an eine schriftliche Stellungnahme eines Lieferanten im Sinne von Ziffer 5 der einvernehmlichen Regelung diesen Lieferanten schriftlich darauf hinzuweisen, dass dieser mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Kontakt aufnehmen kann, wenn er mit den Ergebnissen der Überprüfung nicht einverstanden ist.

7. Coop verpflichtet sich, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bis 31. März 2005 einen Bericht über die Ergebnisse der CoopForte Bonus-Verifizierung zuzustellen. Die Frist ist in Absprache mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission um maximal drei Monate verlängerbar. Der Bericht enthält:

- i. Die Anzahl der geführten Gespräche mit positiver beziehungsweise negativer Rückmeldung der Lieferanten betreffend genereller Zufriedenheit (Stufe 1);
- ii. Die Anzahl der geführten Gespräche mit spezifischer Zufriedenheitskontrolle (Stufe 2);

iii. Die Anzahl und Namen der Lieferanten, die gemäss Buchstabe 5 weniger als fünf Punkte aus CoopForte erreichen.

8. Coop verpflichtet sich, auf Anfrage hin dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die Liste von Lieferanten gemäss folgenden Selektionskriterien zur Verfügung zu stellen:

- i. Nach Beschaffungsvolumina in CHF 1'000 (Basis: 2003)
- ii. Nach Verkaufsregion (geografisch)
- iii. Nach Warengruppe

9. Coop verpflichtet sich, auf Anfrage des Sekretariates der Wettbewerbskommission den Nachweis zu erbringen, dass die Lieferanten über die in Ziffer 2 und in Ziffer 6 formulierten Hinweise rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden sind.

2 Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise Artikel 54 belegt werden.

3 Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

4 [Verfahrenskosten]

5 [Rechtsmittelbelehrung]

6 [Eröffnung]

B 2	<p>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</p>
B 2.3	<p>1. fenaco/Primo-Visavis</p>

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 20. Dezember 2004

A. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 29. November 2004 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt fenaco im Wesentlichen Franchise-, Belieferungs- und Mietverträge, welche die Usego AG mit den Primo- und Visavis-Detaillisten sowie mit den unabhängigen Detaillisten abgeschlossen hat, per 1. Januar 2005 zu übernehmen. Die Übertragung der Verträge betrifft nur die Verträge mit den Verkaufsstellen in der Deutschschweiz (ohne Wallis). Weiter werden von der fenaco auch die Unternehmen Primo Marketing AG, Visavis Marketing AG sowie die von der Usego AG geführten Filialen übernommen.

2. fenaco ist eine bedeutende Unternehmensgruppe der schweizerischen Agrarwirtschaft mit Sitz im Bern. Sie ist in den verschiedensten Branchen tätig und bezweckt die Versorgung der Landwirtschaft und weiterer Kreise mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln, Verbrauchsgütern und Dienstleistungen, einschliesslich Import und Handel mit Mineralölprodukten. Zudem nimmt fenaco auch eine wichtige Stellung in der Verarbeitungsindustrie (Getränke, Frisch- und Tiefkühlprodukte etc.) ein. Vom Zusammenschluss betroffen ist allerdings nur der Detailhandelsmarkt. Auf diesem Markt ist fenaco durch ihre Tochtergesellschaften Volg Detailhandels AG, Volg Konsumwaren AG und Lagrischa SA tätig. Die Volg-Gruppe betreibt ca. 630 Verkaufsstellen.

3. In der Deutschschweiz hat Primo ein Verkaufsstellennetz mit ca. 200 selbstständigen kleinflächigen Detailhandelsgeschäften, während Visavis ein Verkaufsstellennetz mit ca. 370 Detaillisten besitzt.

4. Die Usego AG gehört zur REWE/Bon appétit Gruppe. Sie ist die Franchisegeberin der Primo- und Visavis-Detaillisten und beliefert zusätzlich ca. 500 unabhängige Kleindetaillisten.

5. Während der letzten Jahren sind kleinflächige Detailhandelsgeschäfte zunehmend in finanzielle Schwierigkeiten geraten, was zu einer Abnahme der Zahl der Verkaufsstellen führte. Im Zeitraum von 1985

bis 2003 ist die Zahl der selbstständigen Detaillisten (ohne Fachgeschäfte) in der Schweiz um 43% von 5'920 auf 3'403 gesunken.¹ Eines der Hauptprobleme der Detaillisten sind die Zuliefererkosten in abgelegene Regionen. fenaco ist bereits über ihre Volg Kette im Bereich der Belieferung von kleinen Detailhandelsgeschäften tätig und könnte ihr Netz mit der Realisierung der geplanten Kontrollübernahme von Primo- und Visavis-Detaillisten gemäss eigenen Angaben besser auslasten und somit Transportkosten einsparen.

B. Meldepflicht

6. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich 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. Die Übertragung der Franchise- und Belieferungsverträge auf fenaco ist als Kontrollerwerb von Unternehmensteilen und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 500 Mio. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erfüllt.

Umsätze Geschäftsjahr 2003

fenaco	CHF ca. 3'807 Mio.
Umsatz der Usego AG mit den von fenaco übernommenen Detaillisten	CHF über 100 Mio.

8. In der Schweiz erzielten mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ist somit überschritten. Aus diesem Grund ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

¹ IHA-GfK, Hergiswil.

C. Beurteilung

C1 Relevante Märkte

9. Die Detaillisten (Volg, Primo, Visavis) sind im Vertrieb einer Vielzahl von Produkten im Schweizer Detailhandel tätig. Für all diese Produkte ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

a) den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler als Anbieter den Endkonsumenten gegenüberstehen und

b) den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen.

C1.1 Sachliche Märkte

10. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU, SR 251.4]). Nachfolgend werden zunächst die Absatz-, dann die Beschaffungsmärkte bestimmt.

Absatzmärkte

11. Die Marktabgrenzung lässt sich anhand der Typen von Einkaufsläden vornehmen, in welchen die Konsumenten ihre Einkäufe tätigen. Diese sich am europäischen Recht orientierende Marktabgrenzung² stellt massgeblich auf das Verhalten der Konsumenten sowie auf das Angebot der von verschiedenen Akteuren offerierten Waren des täglichen Bedarfs ab. Seit dem Fall Coop/Waro betrachtet die Weko nicht mehr einzelne Produktgruppen als die sachlich relevanten Märkte (RPW 2003/3, S. 566). Vielmehr besteht der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment, welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken. Ein solches Angebot besteht aus Food, Near-Food und Non-Food Produkten, wobei der Schwerpunkt im Bereich der Food-Produkte (insbesondere auf Frischprodukten) liegt. Dieses Angebot bildet den sachlich relevanten Markt.

12. Gemäss dem Fall Coop/Waro werden der Spezialhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.), die Tankstellen- und die Bahnhofshops von diesem Markt ausgeschlossen. Hingegen hat die Weko die Frage, ob Discountmärkte und Warenhäuser in den relevanten Markt mit einzubeziehen sind, offen gelassen (RPW 2003/3, S. 566 f.). Im vorliegenden Fall kann diese Frage auch offen gelassen werden, da eine allfällige Berücksichtigung der Discountmärkte und Warenhäuser bei der Bestimmung des relevanten Marktes die wettbewerbliche Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht beeinflusst.

13. Im Fall Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 567) hat die Weko die unten aufgeführte Unterteilung in drei Typen von Verkaufspunkten anhand der Verkaufsfläche beziehungsweise Sortimentsbreite vorgenommen:

a) Hypermärkte: Zentren mit sehr grossen Verkaufsflächen, meist in der Nähe von Autobahnausfahrten.

b) Supermärkte: Zentren mit grossen Verkaufsflächen in Städten oder in Agglomerationen.

c) Kleine Supermärkte von mittlerer Grösse in Quartieren und Dörfern. Die zu übernehmenden Primo und Visavis Detailhandelsgeschäfte gehören zu diesem Segment.

Dabei hat die Weko nicht festgelegt, ob diese Typen von Verkaufspunkten eigenständige Märkte bilden.

14. Diese Unterteilung des Marktes in drei Segmente (Hyper-, Super- und kleine Supermärkte) war im Fall Coop/Waro deshalb gerechtfertigt, weil die kleinen Supermärkte keine direkten Konkurrenten der Super- und Hypermärkte sind, da sie nicht die gleiche Breite und Tiefe des Sortiments aufweisen können. Hingegen gilt der Umkehrschluss nicht. In den Bereichen Food und Near-Food sind die Super- und Hypermärkte direkte Konkurrenten der kleinen Supermärkte in Quartieren und Dörfern.

15. Da das Zusammenschlussvorhaben das Segment der kleinflächigen Verkaufsstellen betrifft, soll diese Unterteilung in drei Segmente im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen. Stattdessen soll der sachlich relevante Markt den gesamten Detailhandelsmarkt (Food und Near-Food) umfassen.

Beschaffungsmärkte

16. Auf den Beschaffungsmärkten bilden die Lieferanten von Produkten, die über das Vertriebsnetz des Detailhandels verkaufen wollen beziehungsweise müssen, die Marktgegenseite. Der Detailhandel erbringt in seiner intermediären Stellung auf der Beschaffungsseite Dienstleistungen, die es einem Lieferanten erlauben, mit seinem Produkt an den Endkonsumenten zu gelangen.

17. Der Lebensmittelhandel fragt ein Gesamtsortiment nach, da sich die Nachfrage seiner Kunden ebenfalls auf ein Gesamtsortiment richtet. Ein Einzelhändler ist jedoch nicht in der Lage, dieses Gesamtsortiment komplett von ein und demselben Hersteller zu beziehen. Es kann daher nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Lebensmittelhandel ausgegangen werden, sondern es sind nach Produktgruppen verschiedene Märkte zu unterscheiden.³

C1.2 Geografische Märkte

18. 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).

² Rewe/Meinl EU IV/M.1221, REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

³ Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569 f.; Rewe/Meinl EU IV/M.1221; REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

Absatzmärkte

19. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer⁴ aber auch europäischer Rechtsprechung⁵ auf zwei Ebenen ab, nämlich einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufsläden und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerblichen Analyse des Detailhandels in Betracht zu ziehen.

20. Aus Sicht der Nachfrager ist der geografisch relevante Markt lokal, da die Transaktionskosten in einem begrenzten Gebiet gering ausfallen und es sich infolgedessen für die Nachfrager lohnt, den Weg zu einem Verkaufspunkt auf sich zu nehmen. Typischerweise bevorzugt ein Nachfrager bei Gütern des täglichen Gebrauchs einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung; oft sogar den Nächstgelegenen. In geografischer Hinsicht ergibt sich damit ein Marktkreis mit dem nächstgelegenen Verkaufspunkt als Zentrum. Die Weko (Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 572) definierte die Marktkreise mit einem Radius von 20 Autofahrminuten.

21. In der Deutschschweiz gibt es innerhalb dieser Marktkreise wenig Überlappungen zwischen den Verkaufspunkten von Volg und der Usego AG. Während die Verkaufspunkte von Volg mehrheitlich in der Ostschweiz und in Graubünden liegen, sind jene von der Usego AG vor allem im zentralen Mittelland zu finden. Zudem betreiben Migros und Coop schweizweit flächendeckende Vertriebsnetze, so dass die meisten Primo-, Visavis- und Volg-Detaillisten einen weniger als 20 Autominuten entfernten Migros oder Coop Verkaufspunkt als Konkurrenten haben.

22. Vor diesem Hintergrund ist die wettbewerbliche Analyse im Detailhandel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang zu beurteilen:

- Einerseits gibt es im besiedelten Gebiet für Güter des täglichen Gebrauchs dichte und flächendeckende Vertriebsnetze. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt.
- Andererseits werden die wettbewerblichen Entschiede der marktführenden Unternehmen Coop und Migros zentral gefasst und koordiniert. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

Beschaffungsmärkte

23. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt nationale Dimensionen auf.⁶ Als räumlich relevanter Markt gelten die Vertriebskanäle des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten an die Konsumenten in der Schweiz zu gelangen.

C2 Betroffene Märkte

24. 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 in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

Allgemeine Marktentwicklung im Detailhandel

25. Anlässlich der Fusionen Coop/Epa (RPW 2002/3, S. 505 ff.) und Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 559 ff.) sowie der Untersuchung CoopForte (RPW 2005/1, S. 146 ff.) wurde der Schweizer Detailhandelsmarkt eingehend untersucht. Diese Analysen zeigten, dass sich die Konzentration und die Dynamik im Detailhandel in den letzten Jahren infolge eines zunehmenden Wettbewerbsdrucks erhöht haben.

26. Die Weko hat im Rahmen der oben erwähnten Fälle festgestellt, dass zwischen den Detailhändlern ein funktionierender Wettbewerb (allgemeine Tendenz zur Tiefpreispolitik, E-Commerce, Restrukturierung von Denner, Veränderung der Marktanteile etc.) besteht. Zudem versuchen Discounter wie Aldi und Lidl, sich auf dem Schweizer Markt zu etablieren.

27. Die folgende Tabelle zeigt die dynamische Entwicklung auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt (vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 48):

⁴ Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571.

⁵ Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, Rewe/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

⁶ Vgl. Coop/Waro 2003/3 S. 572 f.; CoopForte RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 40.

Tabelle 1: Entwicklung der wichtigsten Firmen im Schweizer Detailhandel

Unternehmen	Veränderung der Marktanteile 2002/2003
1) Migros	1,8%
2) Coop	5,5%
3) Manor	-2%
4) Denner	11,1%
5) Primo/Visavis	-4,1%
6) Carrefour	-0,4%
7) Volg	3%
8) Pick Pay	3,4%
9) Globus	-3,5%
10) Spar	2,6%

Quelle: Update/Outlook 2004, Fuhrer & Holz Ag - IHA-GfK

28. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist vor dem Hintergrund des erwähnten Konzentrationsprozesses zu betrachten. In den letzten Jahren sind kleinflächige Detailhandelsgeschäfte immer mehr unter Druck geraten (Stichwort Lädelersterben). Dieser Entwicklung kann mit Effizienzgewinnen entgegenge wirkt werden. Die mit dem geplanten Zusammenschluss eingesparten Vertriebskosten ermöglichen, Effizienzgewinne zu realisieren und damit die Marktstellung der kleinen Detaillisten zu konsolidieren.

29. Für die unabhängigen Detaillisten wird die Zahl der möglichen Lieferanten durch das geplante Vorhaben von fünf (Usego, Volg, Spar sowie zum Teil Denner und Migros) auf vier (Volg, Spar sowie zum Teil Denner und Migros) reduziert. Es kann davon ausgegangen werden, dass auf dem Markt mit vier Konkurrenten immer noch ein wirksamer Wettbewerb gegeben ist.⁷

Absatzmarkt

30. Auf dem relevanten Markt (Gesamtdetailhandelsmarkt in der Schweiz) hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die folgenden Auswirkungen:⁸

Tabelle 2: Detailhandel Schweiz 2003 (Food und Near-Food)

	Marktanteile vor der Transaktion	Marktanteile nach der Transaktion
Usego/ Bon appétit	5,4% (davon 2,5% Primo/Visavis)	2,9% ^ã
fenaco (Volg)	2,6%	ã5,1% (davon 2,5% Primo/Visavis)
Migros	39%	39%
Coop	37,1%	37,1%
Denner	4,7%	4,7%
Manor	2,5%	2,5%
Carrefour	2,5%	2,5%
Spar	1,3%	1,3%
Andere	4,9%	4,9%

Quelle: IHA-GfK 2004

31. Wie aus Tabelle 2 zu entnehmen ist, erhöht das vorliegende Zusammenschlussvorhaben den Marktanteil von fenaco von 2,6% auf 5,1%. Durch den Zusammenschluss erreicht fenaco den dritten Platz knapp vor Denner, während die Bon appétit Gruppe mit der Usego AG auf dem fünften Platz zu finden ist. Die durch die Übertragung von Primo und Visavis auf die fenaco Gruppe verursachten Marktanteilsveränderungen haben keinen erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation auf dem Markt. Auch nach dem Zusammenschluss belegen Migros und Coop mit grossem Vorsprung immer noch den ersten und zweiten Platz. Da der Marktanteil von fenaco (Volg) nach der Transaktion lediglich 5,1% beträgt, gibt es keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

⁷ Der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, dass die unabhängigen Detaillisten inskünftig auch die Möglichkeit haben werden, ein neues Abholkonzept zu nutzen, das die Cash-and-carry-Tochter der Bon appétit, Prodega, bereitstellen wird. Vgl. Präsentation Pressekonferenz 14.12.2004, www.bon-appetit.ch (22.12.2004).

⁸ Die folgenden Zahlen der Marktanteile von Primo und Visavis, die vor (nach) der Transaktion der Usego AG (fenaco) zugeordnet werden, beziehen sich auf die gesamte Schweiz, auch wenn fenaco nur die Verträge der Primo- und Visavis-Detaillisten der Deutschschweiz übernimmt (ohne Wallis). Diese Vorgehensweise hat keinen Einfluss auf die Schlussfolgerungen.

Beschaffungsmarkt

32. Mit den oben definierten Beschaffungsmärkten ergeben sich auf dem Beschaffungsmarkt ungefähr dieselben Marktanteile wie auf dem Absatzmarkt. Auch wenn die Usego AG als Absatzkanal vom Schweizer Detailhandelsmarkt verschwindet, bleiben den Lieferanten nach der Transaktion genügend Absatzalternativen innerhalb des Detailhandels. Aus diesem Grund gibt es keine Hinweise dafür, dass auf dem Beschaffungsmarkt betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen.

D. Ergebnis

33. Im vorliegenden Fall sind keine Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Das Zusammenschlussvorhaben fenaco/Primo-Visavis wird auf dem Absatz- und dem Beschaffungsmarkt keine marktbeherrschende Stellung von fenaco begründen oder verstärken. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 3	<i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. <i>Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko</i>

Beschwerdeentscheid vom 23. Dezember 2004 in Sachen Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1), Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerin 2) (Verwaltungsbeschwerde vom 29. März 2004) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 15. März 2004) betreffend Wiedererwägung/vorsorgliche Massnahmen

Es hat sich ergeben:

A. Mit Verfügung vom 6. Mai 2002 eröffnete die Wettbewerbskommission eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 des Kartellgesetzes gegen die Swisscom AG und verpflichtete diese im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleich hohe Rabattstufe wie ihrer Tochterfirma Bluewin AG zu gewähren. Diese Massnahme wurde dem Wortlaut der Verfügung nach zeitlich begrenzt, "bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft".

Im Entscheid in der Hauptsache vom 15. Dezember 2003 stellte die Wettbewerbskommission unter anderem fest, die Swisscom AG missbrauche mittels der Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung im Wholesale-Markt für Breitbanddienste, indem sie mittels Rabattgestaltung im Zusammenhang mit ihrem Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) die Internet Service Provider (ISP) gegenüber der Bluewin AG diskriminiere. Gleichzeitig untersagte die Wettbewerbskommission der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG, die Rabattgestaltung des Produktes BBCS in den bestehenden Verträgen mit den Internet Service Providern oder anderweitig durchzusetzen.

Dagegen erhoben die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch Fürsprecher [...], am 2. Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Verfahren FB/2004-2). Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003.

Mit Gesuch vom 27. Februar 2004 an die Wettbewerbskommission stellten die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen sei zu widerrufen.
2. Eventuell: Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen sei so anzupassen, dass der Swisscom Fixnet AG eine sachgerechte und angemessene Rabattge-

währung im Zusammenhang mit dem Erbringen von Wholesalebreitbanddiensten ermöglicht wird.

Zur Begründung des Gesuchs führten sie im Wesentlichen aus, der rechtskräftige Massnahmeentscheid vom 6. Mai 2002 werde vom Devolutiveffekt der Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003 in der Hauptsache nicht erfasst. Die Wettbewerbskommission werde als verfügende Behörde ersucht, auf den Massnahmeentscheid zurückzukommen, da sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Erlass der Verfügung im Mai 2002 geändert hätten. Eine angemessene Möglichkeit zur Rabattgestaltung sei für die Swisscom von grosser Wichtigkeit. So könnten Mengenrabatte für die Lancierung neuer Dienste oder im KMU-Bereich ökonomisch sinnvoll sein. Zudem könnten beispielsweise Wachstumsrabatte neue Anreize für alle Internet Service Provider schaffen.

Mit Verfügung vom 15. März 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Wiedererwägungsgesuch der Swisscom nicht ein. Zur Begründung erwoog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, die vorsorglichen Massnahmen vom 6. Mai 2002 seien durch die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 in der Hauptsache bestätigt worden. Dagegen habe die Swisscom AG am 2. Februar 2004 rechtzeitig Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erhoben. Mit der Einlegung des Rechtsmittels gehe die gesamte Streitsache an die funktionell übergeordnete Rechtsmittelinstanz über (Devolutiveffekt). Mit der Überwälzung der Zuständigkeit verliere die Vorinstanz die Befugnis, sich der Sache als Rechtspflegeinstanz anzunehmen. Da die Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 und die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 die gleiche Streitsache, nämlich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Rabattsystems im Zusammenhang mit dem Produkt BBCS der Swisscom Fixnet AG, zum Objekt hätten, sei es der Wettbewerbskommission verwehrt, sich mit der Sache zu befassen.

B. Dagegen erhoben die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch Fürsprecher [...] von der Swisscom AG, am 29. März 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragen, die Verfügung der Vorinstanz vom 15. März 2004 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Wiedererwägungsgesuch materiell zu behandeln.

Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, es bestehe gemäss Lehre und Rechtsprechung trotz der

Kann-Bestimmung von Artikel 30 Absatz 3 des Kartellgesetzes ein Anspruch auf die materielle Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches durch die Vorinstanz, wenn geltend gemacht werde, die Verhältnisse hätten sich seit Erlass der Verfügung wesentlich geändert. Die Vorinstanz übersehe, dass der Massnahmeentscheid in Rechtskraft erwachsen sei und vom Devolutiveffekt der Verwaltungsbeschwerde in der Hauptsache nicht erfasst werde. Vorsorgliche Massnahmen fielen überdies erst mit dem formell rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dahin. Selbst wenn der Massnahmeentscheid vom Devolutiveffekt erfasst werde, sehe Artikel 58 des VwVG eine weitgehende Durchbrechung dieses Prinzips vor, da die Vorinstanz die angefochtene Verfügung bis zur Einreichung ihrer Vernehmlassung - und gemäss Praxis sogar bis zum Entscheid der Rechtsmittelinstanz - in Wiedererwägung ziehen könne. Entsprechend sei die Vorinstanz verpflichtet, auf das Gesuch um Wiedererwägung einzutreten.

Aus den Ausführungen der Vorinstanz könne sinngemäss geschlossen werden, sie erachte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als für die Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs zuständige Behörde. In diesem Fall habe gemäss Artikel 8 VwVG die Pflicht bestanden, die Angelegenheit an die zuständige Behörde weiterzuleiten.

Hinsichtlich der seit Mai 2002 geänderten tatsächlichen Verhältnisse verweisen die Beschwerdeführerinnen noch einmal auf die zahlenmässige Entwicklung bezüglich Breitbandinternetkunden. Hier werde die Grenze von einer Million nächstens überschritten, weshalb das mittels Verfügung vom 15. Dezember 2003 definitiv verbotene Rabattschema, welches Maximalrabatte bei einer Anzahl von 20'000 Kunden vorgesehen habe, nicht mehr relevant sein könne. Aufgrund der steigenden Kundennachfrage sei auch der Ausbau der Kabelinternetinfrastruktur weiter ausgebaut worden. Auch seien die Angebote verschiedentlich an die Bedürfnisse der Privat- und Geschäftskunden hinsichtlich Download- und Uploadkapazitäten angepasst worden. Schliesslich werde der Preis von Bluewin für den breitbandigen Internetzugang (geringste Bandbreite) von verschiedenen Anbietern unterboten. Selbst wenn der Rabatt, welchen die Beschwerdeführerinnen aufgrund des Massnahmeentscheides sämtlichen Bezüglern der Wholesalebreitbanddienste gewähren müsse, nicht berücksichtigt werde, lägen die Wholesalekosten für die Internet Service Provider immer noch deutlich unter den Endkundenpreisen von Bluewin. Auch ohne den Massnahmeentscheid sei es aufgrund des Rabattschemas sämtlichen Internet Service Providern noch möglich, beim aktuellen Preisniveau ADSL-Dienste Gewinn bringend anzubieten.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 10. Mai 2004 beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 und die Endverfügung vom 15. Dezember 2003 hätten die gleiche Streitsache zum Objekt, nämlich die wettbewerbs-

rechtliche Beurteilung des Rabattsystems im Zusammenhang mit dem Produkt BBCS der Swisscom Fixnet. Die Zwischen- und die Endverfügung bildeten somit verfahrensrechtlich und inhaltlich ein Ganzes. Der Devolutiveffekt bewirke nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht, dass die gesamte Rechtssache in die Kompetenz der Rekursinstanz falle. So solle die gleichzeitige Doppelbehandlung des Falles durch die Erst- und Zweitinstanz im Sinne der Prozessökonomie vermieden werden. Auch gelte es, Entscheidungswidersprüche zu vermeiden.

Der Verweis auf Artikel 58 VwVG sei unbehelflich, da die massgebende Zwischenverfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht angefochten worden sei. Entsprechend habe die Wettbewerbskommission hiezu auch keine Vernehmlassung einreichen können.

Hinsichtlich Überweisungspflicht führte die Vorinstanz aus, nur diejenige Behörde könne eine Verfügung allenfalls in Wiedererwägung ziehen, welche sie erlassen habe, also sie selber (was ihr zufolge des Devolutiveffekts der Beschwerde jedoch nicht mehr möglich sei). Sie gehe daher keineswegs davon aus, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Wiedererwägung zuständig sei. Entsprechend habe auch keine Überweisungspflicht bestanden.

D. Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 unterbreitete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Vorinstanz die Fragen, weshalb sie die vorsorgliche Massnahme auf den Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung in der Hauptsache begrenzt habe, und falls sich ihre diesbezügliche ursprüngliche Beurteilung geändert haben sollte, welche Umstände dafür sprächen, die Massnahme über diesen Zeitpunkt hinaus andauern zu lassen. In ihrer Antwort vom 8. Juli 2004 führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, sie sei in ihrer Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen davon ausgegangen, dass die angeordneten Massnahmen bis zu einem rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache Wirkung entfalten sollten. Dies entspreche der allgemeinen Regelung im Verwaltungsverfahren, von der man nicht habe abweichen wollen. Es liege im Interesse der Rechtssicherheit während des Verfahrens, die Massnahmen grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache andauern zu lassen. Auch in der Sache sei es sinnvoll, den Internet Service Providern während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens die gleich hohen Rabattstufen zu gewähren, bis die zuständige Behörde die Anordnung allenfalls anpasse.

E. Mit Schreiben vom 20. August 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

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

**Die Rekurskommission für
Wettbewerbsfragen
zieht in Erwägung:**

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, prüft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 73).

1.1 Vorliegend ist die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. März 2004 angefochten. In dieser Verfügung lehnte es die Wettbewerbskommission ab, auf das Gesuch vom 27. Februar 2004 um Wiedererwägung der mit Verfügung vom 6. Mai 2002 angeordneten vorsorglichen Massnahmen einzutreten.

1.2 Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG, SR 251] sowie Art. 44 ff. und Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 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]).

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG).

Vorliegend sind die Beschwerdeführerinnen Adressantinnen der angefochtenen Nichteintretensverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VwVG. Sie sind im erstinstanzlichen Verfahren mit ihrem Antrag unterlegen, die angeordneten vorsorglichen Massnahmen seien zu widerrufen, eventualiter an die veränderten tatsächlichen Verhältnisse anzupassen. Sie sind daher formell beschwert und zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt.

Zwischenverfügung. Die Vorinstanz hat die Beschwerdefrist daher zu Recht auf 30 Tage festgelegt (Art. 50 VwVG). Die Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 29. März 2004 ist innerhalb dieser Frist eingegangen.

1.4 Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen ist gehörig bevollmächtigt (Art. 11 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

1.5 Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des priva-

ten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (Art. 2 KG).

Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG). In deren Rahmen ist die Wettbewerbskommission befugt, zur Sicherung des wirksamen Wettbewerbs vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. statt vieler Entscheide: REKO/WEF FB/2002-5 E. 3, publiziert in RPW 2003/2, S. 406 ff.).

Existieren keine Vorschriften im Sinne von Artikel 3 des Kartellgesetzes, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen ausschliessen, ist die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 18 Absatz 3 des Kartellgesetzes zuständig zum Erlass von Verfügungen über die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden (Art. 5 und 6 KG) und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG).

Haben sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert, kann die Wettbewerbskommission den Entscheid auf Antrag des Sekretariates oder der Betroffenen widerrufen oder ändern (Art. 30 Abs. 3 KG).

Die Bestimmungen des VwVG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, überweist die Sache ohne Verzug der zuständigen Behörde; erachtet sie ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, pflegt sie darüber ohne Verzug einen Meinungsaustausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Art. 8 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG).

Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen ergreifen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (Art. 56 VwVG).

Die Vorinstanz kann die angefochtene Verfügung bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG).

3. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz auf das Gesuch um Widerruf, eventualiter Anpassung der vorsorglichen Massnahmen zu Recht nicht eingetreten ist. Dies ist davon abhängig, welche Geltungsdauer erstinstanzlich angeordnete vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich und im konkreten Fall haben, ob sie abgeändert werden können, und wenn ja, von

welcher Behörde, nachdem gegen die Verfügung in der Hauptsache Beschwerde eingereicht worden ist.

3.1 Das VwVG äussert sich nicht zur Geltungsdauer von erstinstanzlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen. Das hängt schon damit zusammen, dass es vorsorgliche Massnahmen vor Erlass der Verfügung in der Hauptsache nicht ausdrücklich vorsieht.

3.2 Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist die Frage der Geltungsdauer vorsorglicher Massnahmen unter Berücksichtigung ihres Zwecks, der Literatur sowie mittels eines Vergleichs mit anderen Verfahrensordnungen zu beantworten.

3.2.1 Zweck vorsorglicher Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht ist der vorläufige Schutz des wirksamen Wettbewerbs, subsidiär der von einer bestimmten Verhaltensweise betroffenen Unternehmen, vor einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil durch eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, der bereits vor dem Entscheid in der Hauptsache entstehen könnte. Ein allfälliger korrigierender Eingriff der Wettbewerbsbehörde soll dereinst nicht wegen Zeitablauf und Veränderung der Verhältnisse wirkungslos bleiben. Vorsorgliche Massnahmen stellen in diesem Sinne die Wirksamkeit einer allenfalls später zu treffenden definitiven Anordnung sicher und regeln die Rechte oder Pflichten eines dem Kartellgesetz unterstellten Unternehmens, bis die in Frage stehende wettbewerbsrelevante Verhaltensweise beurteilt ist.

3.2.2 Nach der Lehre gelten vorsorgliche Massnahmen *im engeren Sinn* (ohne das Institut der aufschiebenden Wirkung) bis zum formell rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache (ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Referat zum Schweizerischen Juristentag 1997, ZSR 1997 II, S. 253 ff., S. 392, N 193; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 120 ff., S. 122 N 337; CHRISTOPH SCHAUB, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990, S. 92 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 212, N 1095; MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 90, N 3.13), dies im Gegensatz zur aufschiebenden Wirkung, welche vom VwVG ebenfalls als vorsorgliche Massnahme bezeichnet wird (Marginale zu Art. 55 und 56 VwVG), und welche grundsätzlich mit dem Entscheid in der Hauptsache dahinfällt. Dass das VwVG die aufschiebende Wirkung als vorsorgliche Massnahme auffasst, ist laut GYGI nicht selbstverständlich (FRITZ GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBI 1976, S. 1 f.). Es erklärt sich dadurch, dass der bundesrätliche Entwurf zum Verwaltungsverfahrensgesetz der Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich *keine* aufschiebende Wirkung zuerkannte. Diese musste im Einzelfall durch vorsorgliche Massnahme erteilt werden, was mittels Einräumung der aufschiebenden Wirkung oder, wo dies zur einstweiligen Erhaltung eines tatsächlichen oder rechtlichen Zustands erforderlich ist, mittels anderen

Massnahmen geschehen kann. Die vorsorglichen Massnahmen des VwVG waren also dazu bestimmt zu verhindern, dass durch die sofortige Wirksamkeit der Verfügung nachteilige Wirkungen eintreten. Die aufschiebende Wirkung schützt den Adressaten einer belastenden Verfügung davor, dass die Anordnung Wirkungen entfaltet, bevor sie rechtlich überprüft worden ist.

3.2.3 Die Auffassung, dass vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dauern, steht im Einklang mit kantonalen Zivilprozess- und Verwaltungsverfahrensgesetzen, die erstinstanzliche vorsorgliche Massnahmen, die vor einem Urteil beziehungsweise einer Verfügung in der Hauptsache ergehen und der Erhaltung eines bestehenden Zustandes oder der Sicherstellung der Vollstreckung dienen, ausdrücklich vorsehen und diese von der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise von deren Entzug unterscheiden. Solche einstweilige Verfügungen (Zivilprozess) beziehungsweise vorsorgliche Massnahmen (Verwaltungsverfahren) fallen kraft ausdrücklicher Anordnung mit dem rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache dahin, gelten also auch während eines Rechtsmittelverfahrens. Über allfällige Abänderungen entscheidet nach Ergreifen eines Rechtsmittels in der Hauptsache die obere Instanz (vgl. Art. 326, 330, 348 ZPO BE, KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Dritte Auflage, Bern 1978, S. 264, 267, 271; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1 zu Art. 331; Art. 27 und 28 VRPG BE; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 28, N 2 - 5; KÖLZ/BOSSHARD/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 101 ff., N 1 - 8, 24, 29, 31).

3.3 Vorsorgliche Massnahmen, die mit Blick auf einen zu sichernden Endentscheid im Interesse des wirksamen Wettbewerbs und subsidiär im Interesse anderer Marktteilnehmer vorübergehend Rechte oder Pflichten eines Unternehmens regeln, gelten somit grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache, es sei denn, die verfügende Behörde oder die Rechtsmittelinstanz habe etwas anderes angeordnet (Ziffer 3.6).

3.4 Dass vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich abänderbar sind, wird in der Literatur nicht bezweifelt. Einerseits wird vertreten, vorsorgliche Massnahmen könnten jederzeit an eine veränderte Lage angepasst werden, wenn die Umstände, die zu ihrem Erlass geführt haben, nicht mehr gegeben sind und damit das schutzwürdige Interesse an ihrer Aufrechterhaltung entfalle; dies gelte auch dann, wenn sie nicht oder erfolglos angefochten worden sind (vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 143; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 212, Rz 1095; MOSER/UEBERSAX, a. a. O., S. 90 und Fn. 33). Andererseits wird wie bei anderen rechtskräftigen Verfügungen vertreten, nur eine wesentliche Änderung der Umstände, der Sach- oder Rechtslage vermöchten eine Anpassung der Verfügung herbeizuführen (ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 392).

Entfällt eine der Voraussetzungen des Erlasses vorsorglicher Massnahmen, besteht grundsätzlich Anlass zu ihrer Überprüfung. Denn der aufgrund einer bloss summarischen Prüfung angeordnete Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit lässt sich diesfalls nicht mehr halten. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt aus diesem Grund die erstgenannte Meinung (weitere Nachweise zu dieser bei HÄNER, a.a.O., S. 392, Fn. 591).

3.5 Das Verwaltungsverfahrensgesetz bestimmt nicht ausdrücklich, welche Behörde nach Einreichung einer Beschwerde gegen die Verfügung in der Hauptsache zur Abänderung erstinstanzlicher vorsorglicher Massnahmen zuständig ist. Das erklärt sich wiederum daraus, dass es solche Massnahmen selber nicht ausdrücklich vorsieht.

3.5.1 Die Antwort ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens und dem Umstand, dass die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht (Devolutiveffekt der Verwaltungsbeschwerde, Art. 54 VwVG). Die verfügende Behörde verliert die Zuständigkeit, sich mit dem Streitgegenstand als Rechtspflegeinstanz zu befassen. Der Devolutiveffekt ist umfassend (BGE 127 V 228 E. 2b, BGE 125 V 345 E. 2b; GYGI, a.a.O., S. 189, KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 146 Rz. 398, S. 236 Rz. 660, S. 341 Rz. 963, PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 204 f.).

Inhaltlich und verfahrensmässig besteht zwischen den Massnahmen und dem Hauptverfahren auch im vorliegenden Fall ein enger Zusammenhang, da sich beide Verfahren auf dieselbe unternehmerische Verhaltensweise beziehen (Rabattgestaltung eines markt-mächtigen Unternehmens).

3.5.2 Das gleiche Resultat ergibt sich aus der Befugnis der Beschwerdeinstanz, nach Einreichung einer Beschwerde vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, andere Massnahmen; Art. 55 und Art. 56 VwVG).

3.5.3 Kantonale Verfahrensgesetze sehen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Abänderung erstinstanzlich erlassener vorsorglicher Massnahmen für die Zeit nach einer Beschwerde in der Hauptsache ausdrücklich vor (Ziffer 3.2.3).

3.5.4 Dass die Vorinstanz ihre Verfügung bis zur Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen kann, durchbricht den Devolutiveffekt vorliegend nicht. Artikel 58 Absatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes hätte es der Vorinstanz zwar ermöglicht, ihre Verfügung in der Hauptsache bis zur Vernehmlassung zur Verwaltungsbeschwerde vom 15. März 2004 wiederzuerwägen, nicht jedoch die Massnahmeverfügung, da gegen diese keine Beschwerde erhoben worden ist, zu welcher sich die Vorinstanz hätte vernehmen lassen können.

3.5.5 Zuständig zur Abänderung bestehender erstinstanzlich erlassener Massnahmen und zur Anordnung neuer vorsorglicher Massnahmen ist nach Einreichung

einer Beschwerde in der Hauptsache somit die Beschwerdeinstanz.

3.6 Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz im vorliegenden Fall etwas anderes angeordnet hat als das Fortdauern der vorsorglichen Massnahme bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache (vorbehältlich Anpassung durch die Beschwerdeinstanz), indem sie die Massnahme dem Wortlaut der Verfügung nach limitierte "bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft".

3.6.1 Begründet dieser Wortlaut eine Ausnahme vom Grundsatz der Geltung vorsorglicher Massnahmen bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache, wäre die angeordnete Massnahme am 15. Dezember 2003 dahingefallen und könnte nicht mehr in Wiedererwägung gezogen beziehungsweise widerrufen oder angepasst werden, weder von der Vorinstanz noch von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Die Vorinstanz wäre diesfalls auf das Begehren zu Recht nicht eingetreten (wenn auch mit unzutreffender Begründung).

3.6.2 Ist nichts anderes angeordnet worden, weil die Vorinstanz ihrer Erläuterung vom 8. Juli 2004 zufolge keine Ausnahme vom genannten Grundsatz bewirken wollte, von welcher Interpretation auch die Beschwerdeführerinnen ausgehen, gilt die angeordnete Massnahme grundsätzlich weiter und ist sie der Anpassung an veränderte Verhältnisse zugänglich. Ein Nichteintreten auf das Begehren wäre in dieser Option ebenfalls korrekt.

3.6.3 Letztlich kann offen bleiben, ob die Vorinstanz in ihrer Massnahmeverfügung etwas anderes angeordnet hat als deren Geltung bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache. Diese Frage ist nur für die Zukunft von Bedeutung, und die Situation präsentiert sich in beiden Fällen praktisch gleich:

- Ist die Massnahme mit der Verfügung vom 15. Dezember 2003 dahingefallen, ist es Sache der Rekurskommission zu regeln, was bis zum Entscheid in der Hauptsache zu gelten hat. Da die Parteien in dieser Option - wenn auch zu Unrecht - davon ausgehen, dass die Massnahme noch gilt, kann die Rekurskommission die ursprüngliche Massnahme supervisorisch neu anordnen und die Parteien alsdann zur Frage anhören, ob und welche Anpassungen vorzunehmen sind.
- Besteht die Massnahme noch, kann die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dies zur Klärung der Situation feststellen und den Parteien ebenfalls Gelegenheit bieten, sich zu einer allfälligen Anpassung der Massnahme auszusprechen.

3.7 Als Schlussfolgerung ergibt sich, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht eingetreten ist.

4. Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe ihre Pflicht zur Überweisung des Wiedererwägungsgesuchs an die zuständige Behörde (Art. 8 Abs. 1 VwVG) verletzt.

4.1 Für die Konstellation "Fortdauern der vorsorglichen Massnahme bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache" trifft dies nach den vorstehenden Ausführungen zu. Dauert die Massnahme fort, wie die Vorinstanz im Schreiben vom 8. Juli 2004 argumentiert, kann die Aussage in ihrer Vernehmlassung vom 10. Mai 2004 nicht zutreffen, nach welcher weder sie noch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für eine Anpassung an veränderte Verhältnisse zuständig sei.

4.2 Stellt man dagegen auf den Wortlaut der Massnahmeverfügung und damit die Konstellation gemäss Ziffer 3.6.1 ab, in der die vorsorgliche Massnahme am 15. Dezember 2003 weggefallen wäre, hat keine Überweisungspflicht bestanden. Dann ist aber die Aussage im Schreiben vom 8. Juli 2004 unzutreffend, nach welcher die vorsorgliche Massnahme bis zur Rechtskraft des Hauptentscheides dauern solle.

4.3 Da sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Beschwerdeverfahren (FB/2004-2) in beiden Fällen mit der Frage einer allfälligen Anpassung der ursprünglichen vorsorglichen Massnahme befassen wird (Ziffer 3.6.3; vgl. auch die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom heutigen Datum im Verfahren FB/2004-2), entfällt ein Nachteil der Beschwerdeführerinnen aus einer allfälligen pflichtwidrigen Nichtüberweisung des Wiedererwä-

gungsgesuchs. An der Schlussfolgerung, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch zu Recht nicht eingetreten ist, ändert die Nichtüberweisung des Gesuchs nichts.

5. 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 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Der von ihnen zu tragende Kostenanteil wird mit den am 7. April 2004 geleisteten Kostenvorschüssen von je CHF [...] (total CHF [...]) verrechnet.

Eine Parteientschädigung ist den unterliegenden Beschwerdeführerinnen nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

***Demnach entscheidet die
Rekurskommission Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

2. *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*

In der Beschwerdesache Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG gegen Wettbewerbskommission betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird

nach Einsicht in:

die Beschwerdeakten im Verfahren Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG gegen die Wettbewerbskommission betreffend Wiedererwägung/vorsorgliche Massnahmen und den in dieser Angelegenheit ergangenen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 23. Dezember 2004

und in Erwägung:

dass die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung vom 6. Mai 2002 unter anderem Folgendes entschied:

"1. Es wird eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 KG gegen die Swisscom AG eröffnet.

2. Die Swisscom AG wird verpflichtet, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleich hohe Rabattstufe zu gewähren, wie sie ihrer Tochterfirma Bluewin AG gewährt.

3. Die unter Ziffer 2. beschriebene Massnahme ist zeitlich begrenzt, bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen."

(...)

dass die Wettbewerbskommission im Entscheid in der Hauptsache vom 15. Dezember 2003 unter anderem feststellte, die Swisscom AG missbrauche mittels der Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung im Wholesale-Markt für Breitbanddienste, indem sie mittels Rabattgestaltung im Zusammenhang mit ihrem Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) die Internet Service Provider (SIP) gegenüber der Bluewin AG diskriminierte, weshalb der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG untersagt werde, die Rabattgestaltung des Produktes BBCS in den bestehenden Verträgen mit den Internet Service Providern oder anderweitig durchzusetzen;

dass die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerinnen) dagegen am 2. Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen führten, mit dem Hauptantrag, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003 sei aufzuheben;

dass die Beschwerdeführerinnen mit Gesuch vom 27. Februar 2004 an die Wettbewerbskommission folgende Rechtsbegehren stellten:

"1. Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen sei zu widerrufen.

2. Eventuell: Die Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen sei so anzupassen, dass der Swisscom Fixnet AG eine sachgerechte und angemessene Rabattgewährung im Zusammenhang mit dem Erbringen von Wholesale-Breitbanddiensten ermöglicht wird."

dass die Wettbewerbskommission auf das Gesuch mit Verfügung vom 15. März 2004 nicht eintrat, da sie aufgrund des Devolutiveffektes die Befugnis verloren habe, sich mit der Sache zu befassen;

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 23. Dezember 2004 abwies, und sich nach Einreichung einer Beschwerde in der Hauptsache als zuständig erachtete, bestehende erstinstanzlich erlassene Massnahmen abzuändern oder neue vorsorgliche Massnahmen anzuordnen;

dass die von der Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 6. Mai 2002 angeordneten vorsorglichen Massnahmen bis zum Entscheid in der Hauptsache oder bis zu einem Entscheid über ein allfälliges Gesuch um Anpassung der vorsorglichen Massnahmen weiterhin Geltung haben sollen;

dass den Beschwerdeführerinnen - unter Berücksichtigung des Verfahrensstadiums in der Hauptsache - Gelegenheit einzuräumen ist, sich zur Frage zu äussern, ob und gegebenenfalls wie die in der Verfügung vom 6. Mai 2002 von der Wettbewerbskommission angeordneten vorsorglichen Massnahmen allenfalls anzupassen sind;

verfügt:

1. Die von der Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 6. Mai 2002 unter Dispositiv Ziffer 2 angeordneten Massnahmen haben bis auf weiteres Geltung (Art. 56 VwVG).

2. Die Beschwerdeführerinnen werden eingeladen, sich bis 14. Januar 2005 zu äussern, ob und allenfalls wie die vorsorglichen Massnahmen anzupassen sind. Die Eingaben sind im Doppel einzureichen.

3. Nach unbenutztem Fristablauf würde die Instruktion des Verfahrens fortgesetzt (Art. 23 VwVG).

4. [Eröffnung]

B 3	3. <i>Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/ Weko</i>
-----	---

Beschwerdeentscheid vom 22. Dezember 2004 in Sachen Betosan AG (Beschwerdeführerin 1), Hela AG (Beschwerdeführerin 2), Renesco AG (Beschwerdeführerin 3), Weiss+Appetito AG (Beschwerdeführerin 4) (Verwaltungsbeschwerde vom 31.1.2002) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 17.12.2001) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL; nachstehend: Bundesamt) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 56 vom 22. März 1999 Betonsanierungen an der Schweizerischen Landesbibliothek (Bücherturm) nach dem selektiven Verfahren gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen zur Bewerbung aus. Es wurden vier in Bern domizillierte Firmen zur Offertstellung eingeladen. Die am 3. beziehungsweise 5. September 1999 eingereichten Angebote der vier Unternehmen lauteten wie folgt:

Isotech AG	CHF [...]
Betosan AG	CHF [...]
Renesco AG	CHF [...]
Weiss+Appetito AG	CHF [...]

Da die Offerten zwischen CHF [...] und CHF [...] über dem Kostenvoranschlag von CHF [...] lagen, holte das Bundesamt im September 1999 bei der Batigroup AG, Zürich, eine Vergleichsofferte ein. Die Offerte der Batigroup AG vom 19. Oktober 1999 belief sich auf CHF [...] und lag somit CHF [...] unter der tiefsten beziehungsweise CHF [...] unter der höchsten Submissionsofferte. Aus diesen Abweichungen folgerte das Bundesamt, dass die vier Anbieter eine Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) getroffen hatten.

Das Bundesamt teilte seine Auffassung, wonach eine Wettbewerbsabrede getroffen worden sei, am 10. Dezember 1999 dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit. Dieses setzte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) von den Feststellungen des Bundesamtes in Kenntnis. Demnach schliesst das Bundesamt auf eine Preisabsprache zwischen den vier Anbietern aufgrund der massiven Abweichungen der offerierten Preise vom Kostenvoranschlag, der nicht nachvollziehbaren Differenzen in den Preisen einzelner Leistungspositionen der Offerten sowie der beträchtlichen Abweichungen der offerierten Preise vom Preis der Referenzofferte. Weiter falle auch ins Gewicht, dass alle Anbieter im Submissionsverfahren aus dem gleichen Gebiet stammten (Stadt Bern) und dass zwei Anbieter eine ungenügende Bemusterung erstellten und sich somit zu Gunsten eines weiteren

Offerenten nicht ernsthaft um den Zuschlag bemühten.

Am 13. Januar 2000 eröffnete das Sekretariat - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums - gegen die Isotech AG, die Betosan AG, die Renesco AG und die Weiss+Appetito AG eine Untersuchung. Es bestünden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede, da alle offerierten Preise den Kostenvoranschlag, welcher unter Beizug eines ausgewiesenen Spezialisten erarbeitet wurde, um über 100% überstiegen. Überdies lägen alle Offertpreise in einer engen Bandbreite (ca +/- 7,5% vom Durchschnittspreis).

Mit Verfügung vom 27. März 2000 (publiziert im SHAB Nr. 61) brach das Bundesamt das Submissionsverfahren ab, mit der Begründung, es seien günstigere Angebote zu erwarten, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfielen. Am 28. März 2000 (publiziert im SHAB Nr. 65 vom 31.3.2000) vergab das Bundesamt im freihändigen Verfahren die Betonsanierungsarbeiten an die Batigroup AG. Die beiden Verfügungen wurden nicht angefochten.

Auf den 11. Mai 2000 hat das Sekretariat die am Submissionsverfahren beteiligten Firmen zu einer Besprechung eingeladen. Diese führte zu keiner Einigung, da die Offerenten bestritten, eine (unzulässige) Submissionsabsprache abgeschlossen zu haben.

Am 16. August 2001 stellte das Sekretariat den Parteien den Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu. Auf deren Ersuchen führte es am 8. Oktober 2001 eine weitere Besprechung durch. Am 11. Oktober 2001 übermittelte das Sekretariat den Parteien einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung. Namens der Isotech AG unterzeichnete die Hela AG am 27. Oktober 2001 diese Erklärung. Die Betosan AG, die Weiss+Appetito AG und die Renesco AG lehnten den Vorschlag des Sekretariates ab und reichten am 12. November 2001 je einen Gegenvorschlag ein, wonach sie die Auffassung des Sekretariates der Wettbewerbskommission - sie hätten mit der Einreichung der Offerten eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) getroffen - nicht teilen. Im Weiteren verpflichteten sie sich, auch in Zukunft nicht Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 Kartellgesetz unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren abzustimmen. Der Eingabe des Rechtsvertreters der Weiss+Appetito AG lag eine handschriftliche Erklärung der Hela AG vom 6. November 2001 bei. Demnach zieht diese das abgegebene Einverständnis zur einvernehmlichen Regelung zurück und schliesst sich dem Gegenvorschlag der drei anderen Parteien an.

Am 14. November 2001 setzte das Sekretariat den Parteien eine neue Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 16. August 2001. Die Weiss+Appetito AG, die Betosan AG und die Renesco AG liessen sich hiezu mit Eingaben vom 26. November

2001 beziehungsweise vom 28. November 2001 vernennen. Im Wesentlichen bestritten sie das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede und machten überdies geltend, die Batigroup AG habe die Arbeiten nicht ausschreibungsgemäss ausgeführt.

Auf Anfrage des Sekretariates hin bestätigte das Bundesamt mit Schreiben vom 10. Dezember 2001, dass die Batigroup AG die Arbeiten gemäss den Ausschreibungsunterlagen erbracht habe. Im Weiteren hielt es fest, die Batigroup AG habe ihr Angebot auf der Basis der gleichen Submissionsunterlagen wie die anderen Anbieter erstellt und ebenso vor der Vergabe der Arbeiten ein Muster erstellt, welches von der Bauleitung und den Fachingenieuren als gut befunden worden sei. Massgebend für die Vermutung der Absprache sei der Vergleich der Einheitspreise der eingereichten Angebote gewesen. Ein Vergleich weise bei einzelnen Einheitspreisen, bei gleich bleibender Arbeit, Kostendifferenzen von bis zu 300% auf. Eine Offenlegung der Kalkulation wäre hier angezeigt gewesen.

Am 17. Dezember 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass die Parteien Isotech AG, Renesco AG, Betosan AG sowie Weiss+Appetito AG mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben.

2. Es wird den Parteien untersagt, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG aufeinander abzustimmen.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der Weko mit Sanktionen gemäss Artikel 50 und Artikel 54 KG geahndet werden.

4. [Verfahrenskosten]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]"

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, es läge eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der vier Offerenten vor, die durch eine Reihe von Indizien nachgewiesen werden könne:

Die tiefste eingereichte Offerte im Submissionsverfahren übertreffe die Vergleichsofferte der Batigroup AG um CHF [...] (+ 35% recte + 73%) beziehungsweise den Kostenvoranschlag um CHF [...] (+ 112%). Selbst wenn - wie von den Parteien geltend gemacht - der Kostenvoranschlag nur einen Teil der Arbeiten umfasse, wäre die Eignung des Kostenvoranschlages als Vergleichsmassstab nur dann in Frage gestellt, wenn die Differenz zwischen der tiefsten Offerte und dem Kostenvoranschlag nicht derart gross wäre.

Zudem lasse die verhältnismässig kleine Differenz von CHF [...] zwischen den Offerten auf eine Verhaltensabstimmung schliessen. Der Preiskorridor von +/- CHF [...] liege unter 10% und genüge den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Preisabrede.

Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede sei das Verhalten der Anbieter zu werten. Einerseits hätten diese die Abbruch- und die Ausschlussverfügungen des Bundesamtes nicht angefochten. Andererseits habe die Hela AG (ehemals Isotech AG) zunächst dem Vorschlag des Sekretariates für eine einvernehmliche Lösung zugestimmt und im Nachhinein den Rückzug der Einverständniserklärung durch die Weiss+Appetito AG einreichen lassen, um auf diese Weise ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber dem Sekretariat zu gewährleisten.

Im Weiteren hätten die Anbieter spätestens am Tag der gemeinsamen Begehung der künftigen Baustelle, am 16. Juli 1999, gewusst, wer am Submissionsverfahren teilnehme. Eine solche gemeinsame Begehung sei geeignet, den Parteien den Austausch von Informationen zu erleichtern und könne zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung beitragen.

Der Einwand der Offerenten, die Batigroup AG habe die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt, stehe im Widerspruch zu den Ausführungen des Bundesamtes. Im Übrigen sei auch davon auszugehen, dass die Offerte der Batigroup AG auf identischen Ausschreibungsunterlagen beruhe.

B. Gegen diese Verfügung erhoben die Betosan AG, die Weiss+Appetito AG, die Renesco AG und die Hela AG - vormals Isotech AG - (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch Fürsprecher [...], am 31. Januar 2002 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Rechtsbegehren:

"Die Verfügungen der Wettbewerbskommission seien vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Submission des Bundesamtes für Bauten und Logistik betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprachen) getroffen haben.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Die Beschwerdeführerinnen halten vorab fest, sie hätten während des gesamten Submissionsverfahrens keinerlei Preisabsprachen irgendwelcher Art getroffen und auch das Verhalten in Bezug auf die Preisbildung nicht koordiniert.

Sie bringen vor, die Wettbewerbskommission habe anerkannt, dass eine ausdrückliche Vereinbarung bezüglich der Angebotspreise den Parteien nicht nachgewiesen werden könne. Hingegen erachte diese aufgrund einer Reihe von Indizien den Nachweis "abgestimmter Verhaltensweisen" als erbracht. Zwar sei im Kartellrecht zum Nachweis abgestimmter Verhaltensweisen der Indizienbeweis zulässig. Demnach

müssten die Wahrscheinlichkeitsgrade der Einzelindizien zu einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit führen, damit der Beweis einer wettbewerbswidrigen Preisabsprache erbracht sei. Aus den geltend gemachten Indizien müsse mit einem mehr oder weniger grossen Wahrscheinlichkeitsgrad nach den Gesetzen der Logik auf das Vorhandensein der zu beweisenden Tatsache (Preisabrede) geschlossen werden und zusätzlich müsse bei einer Gesamtbetrachtung der Indizien die Indizienkette geschlossen sein. Aufgrund der bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen androhten strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen seien vorliegend die strengen Beweisanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) anzuwenden. Im konkreten Fall lägen keine brauchbaren Indizien vor, so dass sich die Frage der Geschlossenheit der Indizienkette nicht (mehr) stelle.

Die Beschwerdeführerinnen machen im Einzelnen geltend, die Vorinstanz könne aus dem Indiz, wonach die günstigste Submittentenofferte den **Kostenvoranschlag von CHF [...] um CHF [...] überschreite**, nicht auf eine Preisabrede schliessen. Die Weiss+Appetito AG habe bereits im Jahre 1996 dem vom Bundesamt beauftragten Ingenieurbüro einen Kostenvoranschlag in der Höhe von CHF [...] für die Betonsanierung unterbreitet, welcher sich lediglich auf die Nordfassade des Bücherturms bezogen habe. Diesem Betrag seien noch CHF [...] für das Qualitätssicherungskonzept sowie eine Reserve von CHF [...] hinzugerechnet worden, so dass sich der Kostenvoranschlag gesamthaft auf CHF [...] belaufen habe. Werde der Kostenvoranschlag von 1996 (ohne Reserve) um den auf die West-, Ost- und Südfassade entfallenden Kostenanteil gemäss der Vergleichsofferte der Batigroup AG erhöht, werde ein Gesamtbetrag von CHF [...] erreicht. Dies entspreche dem arithmetischen Mittel der vier Submittentenofferten, weshalb die Angebote keineswegs über dem Voranschlag lägen. Der neue Kostenvoranschlag von 1999 belaufe sich nun auf CHF [...]; für die Sanierung der vier Betonfassaden seien lediglich noch CHF [...] und für die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern CHF [...] vorgesehen. Die Beschwerdeführerinnen machen im Weiteren geltend, sie hätten vom revidierten Kostenvoranschlag nichts gewusst, ihre Offerten hätten sie anhand der Musterflächen berechnet. Wenn der neue Kostenvoranschlag für die Sanierung sämtlicher Fassaden nur noch CHF [...] vorsehe, während der ursprüngliche Kostenvoranschlag nur für die Sanierung der Nordfassade von CHF [...] ausgegangen sei, seien die Anforderungen an die Fassadensanierung offensichtlich von der Bauherrschaft ganz massiv herabgesetzt worden. Da die Vorinstanz weder die Gründe für diese Abweichung abgeklärt habe, noch auf die Einzelpositionen der Offerten sowie der Vergleichsofferte eingegangen sei, könne der revidierte Kostenvoranschlag, der in seinen Einzelheiten nicht in den Akten figuriere, nicht als Indiz für eine Preisabsprache herangezogen werden.

Betreffend die Differenz von CHF [...] zwischen der **Vergleichsofferte** der Batigroup AG und der preisgünstigsten Offerte - als weiteres Indiz für eine Preis-

abrede - machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Preisunterschied sei auf ein ihnen verschwiegenes Konzept der Bauherrin zurückzuführen. Diese habe durch die Batigroup AG eine rudimentäre Sanierung durchführen lassen, wie sich aus der beigelegten fotografischen Dokumentation ergebe. In dieser Hinsicht habe die Vorinstanz keine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse vorgenommen. In der Untersuchung habe das Bundesamt eingeräumt, man habe sich aufgrund einer neuen Zustandsbeurteilung (auf dem Gerüst) von der ursprünglich vorgesehenen Betonsanierung distanziert und den Kostenvoranschlag in Bezug auf die Betonsanierung der Fassaden von CHF [...] auf CHF [...] revidiert. Daraus werde ersichtlich, dass die qualitativen Anforderungen an die Sanierung nachträglich massiv herabgesetzt worden seien.

Die **Differenz von CHF [...] zwischen der billigsten und der teuersten Offerte** könne ebenfalls nicht als Indiz für eine Verhaltensabstimmung betrachtet werden. Eine solche Preisstreuungsamplitude sei bei einem arithmetischen Mittel der Offertsummen von CHF [...] durchaus normal. Aus einem Vergleich der Einzelpositionen der Angebote ergäben sich zum Teil erhebliche Schwankungen, weil bei Betonsanierungsarbeiten mit grossen Risiken gerechnet werden müsse, deren Einschätzung von Anbieter zu Anbieter differieren könnten. Im Übrigen habe sich auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in ihrer Praxis gegenüber der von der Vorinstanz herangezogenen Theorie skeptisch geäussert, wonach bei einer Amplitude von weniger als 10% eine Preisabrede angenommen werden müsse.

Im Weiteren führen die Beschwerdeführerinnen aus, auch aus der **Nichtanfechtung der submissionsrechtlichen Abbruch- und Ausschlussverfügungen** könne nicht auf eine Preisabrede geschlossen werden. Zum einen seien für die Submittenten in erster Linie wirtschaftliche Erwägungen massgebend. Zum anderen wirke die Führung eines Prozesses gegen die Vergabebehörde insofern abschreckend, als bei späteren Auftragsvergaben mit verdeckten Repressalien zu rechnen sei. In ihrem Schreiben an das Bundesamt vom 30. März 2000 habe die Weiss+Appetito AG im Übrigen festgehalten, sie verzichte auf die Anfechtung der Abbruchverfügung, sie teile jedoch den Vorwurf der unzulässigen Preisabrede nicht.

Ferner machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass das Verhalten der **Hela AG, die dem Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung zunächst zugestimmt** und diese Erklärung kurz danach zurückgezogen habe, kein Indiz für das Vorliegen einer Preisabsprache darstelle. Dies deshalb, weil aus den Akten ersichtlich sei, dass auf die Parteien seitens der Wettbewerbsbehörde erheblicher Druck ausgeübt worden sei, einer einvernehmlichen Regelung zuzustimmen (vgl. Protokoll der Besprechung vom 11.5.2000). Vor allem anwaltlich nicht vertretene Parteien liessen sich durch solche Hinweise leicht einschüchtern, so dass sie Regelungen unterzeichne-

ten, die auf falschen Annahmen beruhten, um weitere Kosten und Umtriebe zu vermeiden.

Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen den Vorwurf der Vorinstanz zurück, wonach die Submittenten aufgrund der *gemeinsamen Begehung der Baustelle am 16. Juli 1999* ihr Verhalten bezüglich der Preisbildung aufeinander abgestimmt hätten. Sie weisen darauf hin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Teilnahme an der gemeinsamen Begehung obligatorisch gewesen sei. Allein aus dem Zusammenkommen für eine Besichtigung an Ort und Stelle dürfe kein Indiz für eine Preisabsprache abgeleitet werden.

Die Indizienqualität der angeblichen Verdachtsgründe müsse umso mehr verneint werden, als die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt grösstenteils nicht abgeklärt habe. Sie habe voreilig auf das Vorhandensein von Preisabreden geschlossen, ohne den Ursachen der Preisdifferenzen mittels umfassender Abklärung nachzugehen. Vertreter der Wettbewerbskommission hätten mit ihren Äusserungen gegenüber der Presse (vgl. "Berner Zeitung" vom 18.1.2000 sowie "Der Bund" vom 17.2.2001) illustriert, dass der angefochtene Entscheid aufgrund von politischen Erwägungen getroffen wurde und damit auch gegen die Rechtsgrundsätze eines fairen Verfahrens und der Unparteilichkeit verstosse.

Im Übrigen habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Firma Isotech AG, welche an der Submission teilgenommen habe, infolge Namensänderung vom 1. Dezember 2000 unter der Firma Hela AG mit Sitz in Stans fortbestehe. Die Firma Isotech Bern AG sei erst im Dezember 1999 gegründet worden, habe sich am Submissionsverfahren nicht beteiligt und sei somit nicht Partei des Verfahrens.

C. Am 11. April 2002 liess sich die Wettbewerbskommission zur Beschwerde vernehmen und beantragt deren Abweisung, soweit darauf einzutreten sei. Sie verweist auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung.

Ergänzend führt die Wettbewerbskommission aus, auf die erst im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Rüge der Beschwerdeführerinnen, der Präsident der Wettbewerbskommission sei befangen gewesen, weil er in der Presse die Parteien vorverurteilt habe, sei nicht einzutreten, da dieser Rechtsanspruch offensichtlich verwirkt sei. Nicht einzutreten sei auch auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wonach das Sekretariat anwaltlich nicht vertretene Parteien zu rechtsgrundlosen Verhaltensänderungen veranlasse. Für die Parteilose der Isotech AG im Verfahren sei indes einzig die gleichgebliebene Firmenbezeichnung Isotech entscheidend, daran könne die Umbenennung in Isotech Bern AG nichts ändern.

Ausserdem treffe die Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht zu, wonach eine Beweisführung zwingend aus der Kumulation von Wahrscheinlichkeiten erfolgen müsse. Vielmehr hätten Verwaltung und Gericht die Indizien frei zu würdigen. Vorliegend sei entscheidend, dass die Anzeigerin als Vergabestelle des Bundes über technisches Fachverständnis verfüge, welches die Wettbewerbskommission zur Untermaue-

rung ihres Beweisergebnisses habe heranziehen können. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen seien auf das vorinstanzliche Verfahren die Beweisforderungen der EMRK nicht anzuwenden.

Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, das Bundesamt habe sie zu wenig über den revidierten Kostenvoranschlag informiert, sei unbegründet, denn sie würden verkennen, "dass sie im Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden mehrmals Gelegenheit bekamen, sich zu informieren und sich zu diesem Punkt zu äussern". Die in der Beschwerde erhobene Rüge, die Wettbewerbsbehörde habe die Untersuchungsmaxime verletzt, sei demnach haltlos.

Aufgrund der grossen Preisdifferenz zwischen der Offerte der Batigroup AG und denjenigen der Beschwerdeführerinnen werde ersichtlich, dass der Wettbewerb unter den Beschwerdeführerinnen offensichtlich ausgeschaltet gewesen sei.

Dem Einwand der Beschwerdeführerinnen, der Verzicht auf eine Anfechtung der submissionsrechtlichen Verfügung beruhe auf wirtschaftlichen Gründen und könne somit nicht als Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede herangezogen werden, hält die Vorinstanz entgegen, das Sekretariat habe die Offerenten 2½ Monate vor dem Submissionsabbruch über die Anzeige des Bundesamtes und die Eröffnung einer Untersuchung informiert.

Ausserdem hielt die Vorinstanz fest, dass im selektiven Submissionsverfahren von vornherein eine viel grössere Gefahr für Abreden bestehe. Bereits ein Meinungsaustausch könne als Wettbewerbsbeeinträchtigung erachtet werden und sei grundsätzlich heikel, unter anderem, weil die Anbieter um die Teilnahme der anderen Konkurrenten wüssten.

Abschliessend bemerkte die Wettbewerbskommission, es sei zu befürchten, dass das kartellrechtliche Instrumentarium gegen Submissionskartelle nicht eingesetzt werden könne, falls die vorliegend beigezogenen Indizien nicht ausreichten, um einen Verstoß im Sinne des Kartellgesetzes rechtsgenügend zu beweisen. Mit dem Beweismass, welches die in der Verfügung aufgezeigte Indizienkette erreiche, sei das Erfordernis einer gesetzeskonformen Beweiswürdigung erfüllt.

D. Im Rahmen der Instruktion des Beschwerdeverfahrens nahm das Bundesamt für Bauten und Logistik mit Schreiben vom 9. Mai 2003 Stellung zu den ihm unterbreiteten Fragen. Es hielt fest, die Kostenschätzung (1999) der ausgeschriebenen Arbeiten sei von der Architektengemeinschaft Landesbibliothek in Zusammenarbeit mit Fachplanern erstellt worden. Betreffend den zwischenzeitlich geänderten Anforderungen an die Fassadensanierung sowie allfällige Änderungen der Positionen des ursprünglichen Kostenvoranschlags führte das Bundesamt an, das Planungsteam habe am 31. März 1995 eine Richtofferte der Firma Betosan AG für eine Betoninstandsetzung der Nordfassade mit einer konventionellen Reprofilierungsmethode erhalten. Am 7. Februar 1996 habe die Firma Weiss+Appetit AG einen Kostenvoranschlag für eine Betoninstandsetzung nach dem NTC-Verfahren eingereicht.

Nach der Begehung vom 18. Juni 1997 mit dem Denkmalpfleger der Stadt Bern habe sich klar ergeben, dass ein Materialersatz nicht in Frage käme und stattdessen die vorhandene Substanz instandgestellt werden müsse. In der Folge sei ein neues Konzept für eine "sanfte Betoninstandstellung" in Zusammenarbeit mit ETH-Professor BÖHNI erarbeitet worden. Die Realisierung dieses Konzeptes (Entfernen des alten Anstriches und porenoffene Imprägnierung) sei anlässlich der Sitzung vom 23. Oktober 1997 beschlossen worden. Da diese Konzeptänderung vor der Submission erfolgt sei, hätten die fünf beteiligten Firmen von Anfang an davon gewusst. Es treffe zu, dass im BKP 211.59 sowie im Kostenvoranschlag 1996 eine Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern noch nicht vorgesehen gewesen sei. Das neue Konzept habe infolge Kostenreduktion auch (noch) die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern zugelassen, dies sei in die definitiven Ausschreibungsunterlagen (vgl. Ziff. 7.7.1) eingeflossen. Im Weiteren führt das Bundesamt aus, es habe von den eingereichten Angeboten keine Preisanalyse der Einheitspreise im Sinne einer Offenlegung der Kalkulation verlangt. Die Architektengemeinschaft Landesbibliothek habe hingegen aufgrund der eingereichten Angebote auf der Basis Einheitspreise eine Preisanalyse erstellt und beim Vergleich der Einheitspreis-Struktur festgestellt, dass Abweichungen innerhalb der gleichen Arbeitsgattung von bis zu 300% bestanden. Dies habe das Bundesamt veranlasst, ein Vertrauensangebot bei der Batigroup AG einzuholen, welche dann die Arbeiten zwischen April 2000 und November 2000 ausgeführt habe. Das Bundesamt erwähnte detailliert, welche Nachtragsarbeiten die Batigroup AG geleistet hat, zu welchem Zeitpunkt und warum diese geleistet wurden. Seinem Antwortschreiben legte das Bundesamt das Projekt heft mit Kostenvoranschlag vom 31. Mai 1996, den Offertvergleich der Architektengemeinschaft Landesbibliothek vom 25. Oktober 1999 und die Publikationen im SHAB betreffend den Abbruch des Verfahrens (27.3.2000) sowie die Zuschlagsanzeige (31.3.2000) und die detaillierten Nachtragsofferten/Nachtragskredite bei.

E. In ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2003 halten die Beschwerdeführerinnen an den Ausführungen in ihrer Beschwerde fest. Sie bemängeln, das Bundesamt habe den revidierten Kostenvoranschlag von 1999 nicht vorgelegt, sondern lediglich Unterlagen aus dem Jahr 1996 eingereicht. Aus dem beigelegten Detailauszug vom 25. November 1996 sei ersichtlich, dass damals weder eine Sanierung der West-, Ost- und Südfassade noch der Fensterelemente vorgesehen gewesen sei. Nach diesem Detailauszug sei nur die Sanierung der Nordfassade mit einem Betrag von CHF [...] geplant gewesen. Es sei daher merkwürdig, dass im Jahr 1999 für die Sanierung aller vier Fassaden nur noch CHF [...] veranschlagt worden seien. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Architekten und Ingenieure des Bundesamtes hätten sich 1999 bei der Projektrevision betreffend Sanierungskosten der vier Fassaden grundlegend geirrt, wobei sie fälschlicherweise angenommen hätten, sämtliche Fassaden liessen sich mit lediglich CHF [...] sanieren. Auf-

grund dieser Fehlkalkulation hätte die Bauherrschaft nachträglich die im ursprünglichen Projekt nicht vorgesehene Sanierung der Fensterelemente in das Bauprogramm aufgenommen. Als sie dann festgestellt hätten, dass die Sanierung der vier Fassaden weit mehr als CHF [...] gekostet habe, sei das Fassadensanierungsprogramm mit Hilfe einer zusätzlich eingeholten Offerte auf ein "absolutes Flickwerk-Minimum" reduziert worden, um den gegebenen Kreditrahmen noch einhalten zu können. Die massiven Preisunterschiede der Offerten der Beschwerdeführerinnen und derjenigen der Batigroup AG hinsichtlich der Sanierung der Fassaden gingen auf unterschiedliche Qualitätsanforderungen zurück und seien damit objektiv ohne weiteres erklärbar. Daher könnten die beträchtlichen Preisunterschiede kein Indiz für eine Preisabsprache sein.

Die Wettbewerbskommission verzichtete mit Eingabe vom 4. Juni 2003 auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

F. Mit Verfügung vom 30. Juni 2003 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, sie hätten das Recht auf eine öffentliche Verhandlung. Mit Eingabe vom 14. Juli 2003 verzichteten diese auf die Durchführung einer Verhandlung.

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

***Die Rekurskommission für
Wettbewerbsfragen
zieht in Erwägung:***

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. 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; vgl. Art. 96 Abs. 1 BV). Das Gesetz wurde 2003 teilrevidiert (Fassung vom 20.6.2003; AS 2004 1385), die Änderungen sind am 1. April 2004 in Kraft getreten.

2.1. Die Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren bestimmt sich in erster Linie nach den übergangsrechtlichen Vorschriften; sehen diese - wie im konkreten Fall - nichts Besonderes vor, sind die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln heranzuziehen, wobei zu unterscheiden ist, ob sich geltendes Recht in materieller und/oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht geändert hat. Insoweit folgt die Anwendbarkeit neuen Rechts unterschiedlichen übergangsrechtlichen Regeln (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, 1998, Rz. 78; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, S. 112 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 322 ff.). Demnach beurteilt sich die Frage, welches Recht nach einer Rechtsänderung Anwendung findet, nach dem Grundsatz, dass diejenigen (materiellen) Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 126 III 431 E. 2a, 125 II 591 E. 4e/aa, 120 Ib 317 E. 2b, 107 Ib 133 E. 2a und 2b). Das Verfahren betreffende, formelle Bestimmungen des geänderten Rechts sind indessen nach den intertemporalen Regeln sofort anzuwenden, sofern einschlägige Übergangsbestimmungen nicht etwas anderes vorsehen und die Kontinuität des bisherigen (materiellen) Rechts dadurch nicht gefährdet wird (BGE 126 III 431 E. 2b, 120 Ia 101 E. 1b).

Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission war eine allfällige Wettbewerbsabrede (Preisabsprache) in Sachen Betonsanierung der Schweizerischen Landesbibliothek. Die hier zu beurteilende "Submissionsabsprache" bezieht sich ausschliesslich auf das genannte Bauvorhaben und die in diesem Zusammenhang im Rahmen des selektiven Submissionsverfahrens eingereichten Offerten. Eine gängige Interpretation der Submissionsmärkte ist, dass sie nur für eine vorübergehende Zeit bestehen. Der Wettbewerb beginnt jeweils mit der Ausschreibung eines Vorhabens durch den Ausschreiber und endet formell (spätestens) mit dem Vertragsabschluss. Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber bis zum Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab (vgl. ULRICH IMMENGA, *Bietergemeinschaft im Kartellrecht - ein Problem potenziellen Wettbewerbs*, in: *Der Betrieb* DB 1984, S. 385; BENEDICT F. CHRIST, *Die Submissionsabsprache*, Freiburg 1999, Rz. 307 f. mit Hinweisen). Der von der Wettbewerbskommission zu beurteilende Sachverhalt (unzulässige Wettbewerbsabrede) ist mit Einreichung der Submissionsofferten/Offertöffnung anfangs September 1999, unter Geltung des alten

Rechts, abgeschlossen worden (vgl. Text der Publikation der Untersuchung im Bundesblatt, BBl 2001 2661). Damit entfaltet das neue Recht für den vorliegenden Fall keine Wirkung (vgl. BGE 127 II 32 E. 3; 124 III 495 E. 1). Für die rechtliche Beurteilung der Streitsache sind daher die Bestimmungen des Kartellgesetzes in der Fassung vom 6. Oktober 1995 anwendbar.

2.2. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 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).

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). Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG).

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Art. 27 Abs. 1 KG).

Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der

Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

3. In formeller Hinsicht beanstanden die Beschwerdeführerinnen, Vertreter der Wettbewerbskommission und des Sekretariates hätten gegenüber der Presse mit ihren Äusserungen - indem sie auf die Erstmaligkeit einer Untersuchung im Bereich des Baugewerbes und den Charakter eines "Pilotprojektes" hinwiesen (vgl. "Berner Zeitung" vom 18.1.2000) und zudem ihre Überzeugung kundtaten "wir wissen, dass Absprachen gemacht wurden" (vgl. "Der Bund" vom 17.2.2001) - gegen die Rechtsgrundsätze eines fairen Verfahrens verstossen. Damit berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf das Gebot der Unparteilichkeit der Wettbewerbsbehörden.

Die Wettbewerbskommission beantragt, auf diese Rüge nicht einzutreten, da sie erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebracht wurde und damit der Rechtsanspruch verwirkt sei.

3.1. Aus den Akten ergibt sich, dass der damalige Rechtsvertreter der Weiss+Appetito AG in seiner Stellungnahme vom 26. November 2001 zum Verfügungsentwurf eher beiläufig ausführte: "Gestatten Sie mir abschliessend eine weitere kritische Bemerkung: Nicht zuletzt aufgrund des Interviews Ihres Präsidenten mit 'Bund' vom 17. Februar 2001 sind - nicht nur bei mir! - Zweifel daran entstanden, ob die Wettbewerbskommission überhaupt bereit ist, den Fall nicht auf der Basis einer vorgefassten Meinung, sondern aufgrund der Aktenlage zu beurteilen; wir hoffen, dass Sie diese Zweifel durch einen korrekten Entscheid zerstreuen werden."

In der Beschwerde bringen die Beschwerdeführerinnen vor, der Grund für Versäumnisse bei der Sachverhaltsabklärung und der Begründung des Entscheides lägen auf der Hand: in mehreren Presseverlautbarungen hätten die Vertreter der Wettbewerbskommission gegenüber der Öffentlichkeit deutlich erkennen lassen, dass nun endlich anhand eines "Pilotfalles" im Bereich des Baugewerbes ein Exempel statuiert werden könne. Zudem habe laut einem im "Bund" vom 17. Februar 2001 erschienenen Artikel der Präsident der Wettbewerbskommission trotz des damals noch hängigen Untersuchungsverfahrens ausgeführt, "wir wissen, dass Absprachen gemacht wurden". Damit sei der Entscheid, der erst zehn Monate später gefällt wurde (!), zum vornherein präjudiziert worden. Die Wettbewerbskommission sei von diesem Zeitpunkt an befangen gewesen, da sie unmöglich ohne grossen Prestigeverlust einen Entscheid gegen die öffentlichen Verlautbarungen ihres Präsidenten habe fällen können. Die zitierten Presseäusserungen massgeblicher Mitglieder der Wettbewerbskommission stellten nicht nur krasse Verstösse gegen die Rechtsgrundsätze ei-

nes fairen Verfahrens und der Unparteilichkeit dar, sondern illustrierten darüber hinaus deutlich, dass der angefochtene Entscheid wesentlich aufgrund von politischen Erwägungen und im Hinblick auf die Revision des Kartellrechtes getroffen worden sei, um ein Exempel zu statuieren.

3.2. Die Beschwerdeführerinnen machen somit geltend, der Präsident der Wettbewerbskommission, Herr Professor VON BÜREN, und Herr SAURER vom Sekretariat der Wettbewerbskommission seien befangen gewesen. Sie erblicken darin eine Verletzung der Garantien auf ein faires und unparteiisches Verfahren.

Bezüglich des Handelns von Verwaltungsbehörden leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Gebot der gleichen und gerechten Behandlung nach Artikel 29 Absatz 1 BV (SR 101) einen Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ab, der inhaltlich weitgehend mit demjenigen nach Artikel 30 Absatz 1 BV (Gerichtliche Verfahren) übereinstimmt (BGE 127 I 196 E. 2b mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 589).

Nach Artikel 22 Absatz 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund nach Artikel 10 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorliegt. Demnach haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in Ausstand zu treten, wenn sie: a. in der Sache ein persönliches Interesse haben, b. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden sind, c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren, oder d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 VwVG).

Nach Lehre und ständiger Praxis genügt es, wenn Umstände gegeben sind, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Dabei muss das Misstrauen in die Unparteilichkeit in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE 119 V 466 E. 5 mit Hinweisen) Die blosser Behauptung der Befangenheit für sich allein genügt nicht. Sie muss durch objektive Umstände gestützt sein (BGE 105 Ia 160 E.4).

Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt jedoch, dass derjenige der einen Richter oder Beamten wegen Befangenheit ablehnen will, das entsprechende Begehren unverzüglich stellt, nachdem er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt hat. Werden Befangenheitsgründe nicht unverzüglich erhoben, so wird nach konstanter Praxis stillschweigende Einlassung und damit Verwirkung einer allfälligen Rügemöglichkeit angenommen (BGE 126 III 249 E. 3c; 121 I 225 E. 3; 120 Ia 19 E. 2c/aa; 117 Ia 322 E. 1c, je mit Hinweisen). Befangenheitsgründe sind also ungesäumt vorzubringen, sobald die Partei sie erkennt oder bei pflichtge-

mässer Aufmerksamkeit davon Kenntnis haben konnte (vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern, 1983, S. 56; JÖRG PAUL MÜLLER, a.a.O., S. 587 ff.). Daher ist es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, Einwände erst nach Ergehen einer ungünstigen Entscheidung zu erheben, wenn sie schon im vorangehenden Verfahren hätten erhoben werden können (BGE 126 III 254 E. 2d; 124 I 121 E. 2; 121 I 229 E. 3, 120 Ia 19 E. 2b/aa und 118 Ia 209 E. 2c).

3.3. Die Weiss+Appetito AG hatte zwar bereits im Verfahren vor der Wettbewerbskommission im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf gewisse Zweifel vorgebracht, ob die Wettbewerbskommission - aufgrund der Äusserungen des (damaligen) Präsidenten der Wettbewerbskommission gegenüber der Zeitung "Bund" - bereit sei, "eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage zu treffen". Jedoch hat sie, obwohl anwaltlich vertreten, gegen den Präsidenten der Wettbewerbskommission weder ein förmliches Ausstandsbegehren gestellt noch lässt sich der Begründung entnehmen, dass sie wegen Befangenheit seinen Ausstand verlangt hat.

Im Beschwerdeverfahren beziehen sich die Beschwerdeführerinnen wiederum auf den Zeitungsartikel im "Bund" vom 17. Februar 2001, welcher rund zehn Monate vor Erlass der nun angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission erschienen ist sowie auf einen Artikel in der "Berner Zeitung" vom 18. Januar 2000. Nach dem vorstehend erwähnten Grundsatz von Treu und Glauben ist die Ablehnung eines Mitglieds der Wettbewerbsbehörde unverzüglich geltend zu machen. Die Rüge der Befangenheit ist daher - wie die Wettbewerbskommission zu Recht ausführt - wirksam, und es erübrigt sich, auf die materielle Begründung der Beschwerdeführerinnen zu dieser Frage einzugehen.

3.4. Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, aufgrund der summenmässig grossen Differenzen zwischen ihren Offerten und dem Kostenvoranschlag der Vergabebehörde hätten die Wettbewerbsbehörden voreilig auf Preisabreden geschlossen, ohne den Ursachen dieser Preisdifferenzen durch eine seriöse und umfassende Abklärung des Sachverhaltes nachzugehen. Es sei Sache der Beschwerdeinstanz, das Verfahren wieder auf sachlichen Boden zurückzuführen und die nötigen Abklärungen vorzunehmen. Dabei werde sich zeigen, dass die Preisdifferenzen nicht auf Preisabsprachen der Submittenten, sondern auf nachträgliche Herabsetzung der Qualitätsanforderungen der Bauherrschaft zurückzuführen seien. Was diesen Einwand der unvollständigen Sachverhaltsfeststellung durch die Wettbewerbsbehörden betrifft, so obliegt der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine umfassende Sachverhaltskontrolle; denn sie ist die letzte Instanz, der die uneingeschränkte Überprüfung des Sachverhaltes zukommt (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG; Art. 105 Abs. 2 OG; ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998; Rz. 2.72). Ob die Rüge der unvollständigen Sachverhaltsermittlung gerechtfertigt ist, wird in den nachfolgenden Erwägungen zu prüfen sein.

4. Das Kartellgesetz gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

Das Gesetz erfasst unternehmerische Handlungen, die sich auf das Verhalten am Markt und auf die Art des Marktauftritts beziehen (JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 1). 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 23.11.1994 [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468 ff., S. 533 Ziff. 222; nachfolgend: Botschaft zum KG).

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 Beschwerdeführerinnen, privatrechtliche Aktiengesellschaften, sind Firmen, welche im Baugewerbe tätig sind. Sie haben sich als Offerenten im Submissionsverfahren in Sachen Betonsanierungen des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek in Bern beteiligt. Sie sind damit Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Kartellgesetz.

5. Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen. Das Gesetz nennt als Beispiele eine staatliche Markt- oder Preisordnung und die Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten (Art. 3 Abs. 1 KG). Die Botschaft zum Kartellgesetz führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit für wettbewerbliches Verhalten Raum bleibe, sei das Kartellgesetz anwendbar (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 539 f.). In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen (PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, Droit de la concurrence, Basel 2002, Rz. 35 zu Art. 3 KG; BRUNO SCHMIDHAUSER in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 3, Rz. 6; WALTER 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.).

5.1. Vorliegend sind keine den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ersichtlich, noch werden solche geltend gemacht.

Vielmehr ergibt sich aus dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1), dass der Bund mit diesem

Gesetz Folgendes bezwecken will: das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten (Bst. a); den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken (Bst. b) und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Art. 1 Abs. 1 BoeB). Damit verfolgt auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen das Ziel der Stärkung des Wettbewerbs (vgl. zum Ganzen, Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2] vom 19.9.1994, BBl 1994 IV 950 insbesondere S. 1176, nachfolgend Botschaft zum BoeB). Somit weisen beide Erlasse (BoeB und KG) insofern Gemeinsamkeiten auf, als sie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs bezwecken, wenn auch das BoeB lediglich auf den Submissionswettbewerb ausgerichtet ist (HEINZ LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, in AJP 2003 S. 24; HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBL 101 [Jahr 2000], S. 241).

Der Wettbewerb im Vergabeverfahren ermöglicht es, Leistungen zu vergleichen, um so das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis wählen zu können. Durch die Ausschreibung wird eine spezifische Wettbewerbssituation in einem vorgegebenen Rahmen geschaffen, aufgrund welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren ist. Das Gesetz fördert eine Intensivierung der Konkurrenz und damit eine Begünstigung der rationellen Verwendung öffentlicher Mittel (Zur Submission als spezielles Verhandlungsverfahren des privaten Rechts, PETER GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in ZSR 1995, S. 334 f.; Botschaft zum BoeB, a.a.O., S. 954 und 1176). Ein wirksamer Wettbewerb führt daher auch zu einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Damit wird einem weiteren Zweck des Beschaffungsgesetzes (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB) Nachhaltung verschafft.

5.2. Artikel 11 Buchstabe e BoeB sieht vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen kann, wenn sie **Abreden** getroffen haben, **die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen**. Die Auftraggeberin kann den Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die **aufeinander abgestimmt** sind oder nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Im Weiteren kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren abbrechen und wiederholen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder **Wettbewerbsverzerrungen** wegfallen (Art. 13 Abs. 1 Bst. b und Art. 30 Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, VoeB, SR 172.056.11).

Der Wortlaut dieser Bestimmungen deckt sich damit weitgehend mit Artikel 5 des Kartellgesetzes. Es stellt sich daher im Weiteren die Frage nach dem Verhältnis des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zum Kartellgesetz, insbesondere ob der-

selbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissions- (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist, wie die Wettbewerbskommission zu Recht ausführte, zu bejahen.

Das Bundesgericht hat bereits im Zusammenhang mit der Interkonnectionsregelung 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 vorgehe (Entscheid des Bundesgerichts vom 3.10.2001 i.S. Commcare AG gegen Swisscom AG, 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). Da das öffentliche Beschaffungsrecht, gleich wie das Kartellgesetz, unzulässige Wettbewerbsabreden bekämpfen will, ist es auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens naheliegend, diese beiden Gesetze nebeneinander anzuwenden, zumal der Bundesrat bereits in seiner Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994 darauf hingewiesen hat, dass sich das Ziel des Kartellgesetzes nicht einzig mit dem Kartellgesetz verwirklichen lasse, sondern dass dieses eine, wenn auch besonders wichtige Teilaufgabe im Rahmen der gesamten wirtschaftlichen Gesetzgebung zu erfüllen habe (Botschaft zum KG, a.a.O., Z. 221).

Auch in der Lehre wird hinsichtlich von Sachverhalten, die Tatbestände des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des Kartellgesetzes zugleich erfüllen, die parallele Anwendung beider Erlasse bejaht. So wird ausgeführt, der Auftraggeberin stünden beschaffungs- und kartellrechtliche Mittel gegen unzulässige Submissionsabreden zur Verfügung (GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 75; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 69; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, Nr. 1275 f.; DANIEL BIRCHER/STEFAN SCHERLER, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Bern 2000, S. 35).

Der Wettbewerbskommission ist beizupflichten, dass sich die beiden Verfahren hinsichtlich ihrer Rechtsfolge unterscheiden. Das kartellrechtliche Verfahren sah - nach bisher geltendem Recht (nach neuem Recht sind direkte Sanktionen im Sinne von Art. 49 a KG möglich) - für unzulässige Wettbewerbsabreden eine Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie Sanktionsandrohungen für den Fall von Zuwiderhandlungen vor (Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 50 und 54 KG). Nach dem Vergaberecht kann ein unzulässiges Kartell andere rechtliche Folgen nach sich ziehen. Die Vergabestelle kann den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen (Art. 11 BoeB) oder sie ist berechtigt, den Auftrag freihändig zu vergeben, wenn ihr ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind (Art. 13 Abs. 1 Bst. b VoeB). Schliesslich kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auch abbrechen und wiederholen,

wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VoeB). Im Übrigen ist festzuhalten, dass Konstellationen, in welchen sich die Vergabebehörde und die Wettbewerbskommission mit demselben Sachverhalt zu befassen haben, nicht ausgeschlossen sind. Zu den kartellrechtlichen Folgen, die ein unzulässiges Kartell nach sich ziehen kann, kommen die Wirkungen, die sich aus dem Vergaberecht ergeben (GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2002, Rz. 224; URS HESS-ODONI, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, in Jusletter 24.5.2004, Rz. 27).

Im Weiteren schützen das Kartell- und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unterschiedliche Rechtsgüter. So ist die Wettbewerbskommission zuständig zur Abklärung der Frage, ob den von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Angeboten Wettbewerbsabreden zugrunde liegen und ob dadurch wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt ist (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, a.a.O., Rz. 321). Hingegen konkretisiert Artikel 11 BoeB die Gründe, aus welchem eine Anbieterin oder ein Anbieter aus einem laufenden Verfahren ausgeschlossen werden kann. Artikel 11 Buchstabe e BoeB (Wettbewerbsabreden unter Anbietern) dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers, und hat keine weiter gehende Wirkung (Botschaft zum BoeB, a.a.O., S. 1188; BENEDICT F. CHRIST, a.a.O., Rz. 785 mit Hinweisen).

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes kumulativ anwendbar sind.

6. Nach Artikel 4 Absatz 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

6.1. Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG umfasst sowohl die horizontalen (zwischen Unternehmen auf gleicher Stufe) als auch die vertikalen (zwischen Unternehmen auf verschiedener Marktstufe) Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen. Die wettbewerbsrechtliche Erfassung kann weder bei Horizontal- noch bei Vertikalabreden davon abhängig sein, ob zwischen den beteiligten Parteien eine formelle vertragliche Grundlage über das Wettbewerbsverhalten besteht. Das die Wettbewerbsabrede qualifizierende Verhalten kann sich auch aus einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung (Gentlemen's Agreement, Frühstückskartell) oder bereits schon daraus ergeben, dass die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten in irgendeiner Form aufeinander abstimmen, zum Beispiel indem Empfehlungen befolgt werden (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 544 f., CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, AJP 7/96 S. 813; BGE 124 III 495 E. 2a). Ein aufgrund der Markt- und Kostenstrukturen praktiziertes bewusstes Parallelverhalten ist dagegen noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, selbst wenn es in der Erwar-

tung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen (BORER, a.a.O., N 14 zu Art. 4 KG). Erlaubtes Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen auf die Veränderung von Marktdaten (wie etwa Veränderungen der Rohstoffpreise) gleich oder gleichförmig reagieren (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 272). Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für eine abgestimmte Verhaltensweise ist hingegen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen beziehungsweise es wird ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 545 Ziff. 224.1; BORER, a.a.O., Rz. 3 f. und 14 zu Art. 4 KG; ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 265 f. zu Art. 5 KG; WALTER A. STOFFEL, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 64 f; BGE 124 III 495 E. 2a S. 499). Gleichförmigkeit der Verhaltensweisen kann aber indizieren, dass die Unternehmen ihre Verhaltensweisen "aufeinander" abgestimmt haben (STÖCKLI, a.a.O., Rz. 192).

6.2. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 277, S. 152). Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Kartellgesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

Als Preisabsprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG kommen alle Abreden in Betracht, die sich in direkter oder indirekter Form auf die Preisbildung auswirken. Eine Preisabrede liegt nicht nur dann vor, wenn ein konkreter Preis festgelegt, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden (Botschaft zum KG, a.a.O., S. 567; BORER, a.a.O. Rz. 25 zu Art. 5 KG; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Rz. 117 zu Art. 5 KG). Eine horizontale Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG liegt auch dann vor, wenn eine bezüglich des Preises abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden kann.

6.3. In der angefochtenen Verfügung hielt die Wettbewerbskommission fest, eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften nach Artikel 4 Absatz 1 KG könne den Beschwerdeführerinnen nicht nachgewiesen werden. Hingegen schloss sie aus dem Vorliegen bestimmter Indizien auf eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise der Submittenten, wonach diese im Rahmen der Submissionsofferten untereinander Preisabsprachen getätigt hätten.

7. Aktenkundig ist, dass die vier Beschwerdeführerinnen sich am selektiven Submissionsverfahren "Betonisierung der Landesbibliothek" beteiligten und ihre Angebote anfangs September 1999 bei der Vergabebehörde einreichten. Sollten die Parteien untereinander eine entsprechende Preisvereinbarung getroffen haben, war deren Inhalt - aufgrund der Ausschrei-

bung - auf das genannte Bauvorhaben beschränkt und damit zeitlich befristet (vgl. E. 2.1). Im Submissionmarkt spielt sich der "Hauptwettbewerb" vor Eingabe der Angebote ab. In dieser Zeit arbeiten die Unternehmen ihre Angebote aus, die massgebend für das Spiel von Angebot und Nachfrage sind. Bei Submissionsabsprachen stellt sich daher die Schwierigkeit, dass sie sich nur auf einen Submissionmarkt auswirken. Deshalb haben sie ihre Bedeutung meist schon verloren, bevor eine Untersuchung der Wettbewerbsbehörden eingeleitet, geschweige denn abgeschlossen ist (CHRIST, a.a.O., Rz. 308 mit Hinweisen und Rz. 398).

Gegenstand der am 13. Januar 2000 eröffneten Untersuchung und der am 17. Dezember 2001 verfügten Massnahmen der Wettbewerbskommission bildete daher ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien.

7.1. Artikel 27 Absatz 1 des bisher geltenden Kartellgesetzes lautete wie folgt:

"Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung *vorliegt*, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird."

Am 1. April 2004 sind die Änderungen des Kartellgesetzes in Kraft getreten. Artikel 27 Absatz 1 KG ist wie folgt geändert worden:

"Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung."

Diese Anpassung im Wortlaut betraf nur den deutschen Text. Der französische und der italienische Text blieben unverändert ("S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence ..." beziehungsweise: "Se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza ...").

In den parlamentarischen Beratungen war Artikel 27 Absatz 1 KG gemäss bundesrätlichem Entwurf ohne Diskussion angenommen worden (Amtl. Bull N 2002 1447, Amtl. Bull S 2003 332).

Zudem wurde das Kartellgesetz dahingehend ergänzt, indem neu direkte Sanktionen (Art. 49a KG) eingeführt wurden. Demnach wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 1 und Abs. 3 Bst. b KG).

7.2. Eine Norm ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht klar und sind verschie-

dene Auslegungen möglich, so muss nach seiner Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 129 II 353 E. 3.3, 128 V 116 E. 3b mit Hinweisen).

Der Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 KG (in der bis 31.3.2004 gültig gewesenen Fassung) ist klar: Eine Untersuchung wird eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (noch) *vorliegt* ("s'il existe"/"se esistono"). Das Sekretariat kann infolgedessen eine Untersuchung nur eröffnen, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung Anhaltspunkte für ein (noch andauerndes) kartellrechtswidriges Verhalten bestehen. Haben die involvierten Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten aufgegeben, so ist die Eröffnung einer Untersuchung nicht (mehr) zulässig.

Wie sich aus der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 ergibt, sind nach geltendem Recht die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet, da Artikel 27 Absatz 1 KG vorsehe, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (noch) vorliege. Die Wettbewerbsbehörde habe somit keine Möglichkeit, Verstösse gegen das Kartellgesetz wirksam zu ahnden, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgeben. Im Fall des "Vitaminskartells" etwa hätten die Parteien in Absprache mit den amerikanischen Wettbewerbsbehörden ihr Verhalten aufgegeben und sich zur Zahlung einer Busse bereit erklärt. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden hätten - wenn die Parteien hiefür nicht Hand geboten hätten - keine Untersuchung eröffnen können, da das Kartell zu dem Zeitpunkt bereits aufgelöst worden war. Mit der Änderung des Artikels 27 KG solle erreicht werden, dass auch Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche vor einer Untersuchung aufgegeben werden, geprüft und allenfalls geahndet werden könnten. Künftig sollten Unternehmen auch für frühere und im Beurteilungszeitpunkt nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden können. Unternehmen, die gegen das Kartellrecht verstossen, hätten es sonst in der Hand zu verhindern, dass Abklärungen der Wettbewerbsbehörden in rechtskräftige Verfügungen münden (Botschaft des Bundesrates vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 S. 2044 f.).

Der Bundesrat erwähnte im Weiteren, mit der Einführung direkter Sanktionen müsse auch die Möglichkeit eröffnet werden, Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen, die möglicherweise nicht mehr ausgeübt werden. Andernfalls bestünde das Risiko, dass die

beteiligten Unternehmen kurz vor oder nach der Eröffnung einer Untersuchung die unzulässigen Praktiken einstellen, um sich der Sanktionierung zu entziehen. Der geänderte Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 trage diesem Umstand Rechnung. Die Änderung von Artikel 27 habe jedoch nicht zur Folge, dass Unternehmen selbst dann noch sanktioniert werden könnten, wenn sie die unzulässige Praxis bei der Einführung der direkten Sanktionen aufgeben. Die Übergangsbestimmung halte dies auch ausdrücklich fest (Botschaft, a.a.O., S. 2047).

7.3. Nach bisher geltendem Recht waren die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet. Der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung musste im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aktuell und konkret sein. Es bestand keine Möglichkeit, ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgegeben haben. Infolgedessen konnten bis anhin Verfahren und Unzulässigkeitsverfügungen nur erfolgen bei Vorliegen aktueller Wettbewerbsbeschränkungen. Das Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten war im bisher geltenden Recht nicht zulässig (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 172).

Die Änderung von Artikel 27 Absatz 1 KG ermöglicht nun auch, Verstösse gegen das Kartellgesetz zu ahnden beziehungsweise ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten vor oder während der Untersuchung eingestellt wurde. Somit können Unternehmen auch für nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden. Neu können in der Vergangenheit ausgeübte kartellrechtswidrige Abreden sanktioniert werden, es sei denn, die betreffende Wettbewerbsbeschränkung sei bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). Insofern bewirkt die neue Regelung eine Ausweitung der Untersuchungstätigkeit und damit eine Verschärfung. Damit soll verhindert werden, dass die Unternehmen durch den Verzicht auf die möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor oder nach der Eröffnung einer Untersuchung den Wettbewerbsbehörden die Grundlage einer allfälligen Verfügung entziehen können, was im geltenden Recht jeweils zur Einstellung des Verfahrens führte (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 30 KG; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 174; PHILIPP ZURKINDEN/HANS-RUDOLF TRÜB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 2004, Rz. 1 zu Art. 27 KG; Verfügung Weko vom 19.5.2003, RPW 2003/3, S. 527; Verfügung Weko vom 5.11.2001, RPW 2001/4, S. 695; Verfügung Weko vom 3.9.2001, RPW 2001/4, S. 688).

Im bisherigen Verwaltungsverfahren stellten die Wettbewerbs- und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen regelmässig auf den Sachverhalt ab, wie er sich im Zeitpunkt des Entscheides darstellte (vgl. Entscheid der Weko vom 7.2.2000, RPW 2000, S.

29 f., i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 1999, S. 503 f; BGE 127 II 32 E. 3g). Die Möglichkeit des Aufgreifens von Vergangenheitssachverhalten war denn auch eines der zentralen Ziele der Revision, was durch die (geringfügige) Änderung des Wortlauts in Artikel 27 Absatz 1 KG zum Ausdruck kommt (PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in SIC 2004, S. 562).

7.4. Die Verfügung der Wettbewerbskommission erging am 17. Dezember 2001; Auslöser waren die Offerten der vier Beschwerdeführerinnen vom 3. beziehungsweise 5. September 1999. Diese führten am 13. Januar 2000 zur Eröffnung einer Untersuchung, in welcher die Wettbewerbskommission zum Schluss kam, dass die Parteien die Angebotspreise aufeinander abgestimmt und damit unzulässige Wettbewerbsabreden (Preisabsprachen) nach Artikel 5 Absatz 3 KG getroffen haben. Das Bundesamt für Bauten und Logistik hat das Submissionsverfahren am 27. März 2000 abgebrochen und am 28. März 2000 im freihändigen Verfahren die Betonsanierungsarbeiten an die Battigroup AG vergeben, welche die in der Ausschreibung vorgesehenen Arbeiten von April 2000 bis November 2000 ausgeführt hat.

Da nach dem bisher geltenden Recht die Wettbewerbsbehörden keine Untersuchungen eröffnen und keine Massnahmen für in der Vergangenheit erfolgte und nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verfügen konnten, bestand keine rechtliche Grundlage, um abgeschlossene Sachverhalte ("sog. Vergangenheitskartelle") kartellrechtlich aufzugreifen. Die Wettbewerbskommission hat nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung gezeitigt hat. Daher ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben, ohne dass weiter auf die von den Verfahrensbeteiligten vorgetragene Argumente eingegangen werden müsste.

Wie im Folgenden dargelegt wird, sind aber auch Sachverhaltsabklärungen und Begründung der Wettbewerbskommission in mehrfacher Hinsicht problematisch.

8. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörde für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich ist, allen relevanten Tatsachen nachzugehen hat und dass sie sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken darf. Sie muss vielmehr aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären. Dies gilt sowohl für den Nachweis von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, als auch für Elemente, welche deren Rechtfertigung ermöglichen (Art. 5 Abs. 2 und 3 KG). Die Beweise sowohl für die Feststellung des die Vermutungsbasis begründenden Sachverhaltes als auch für die Widerlegung der Vermutung sind von Amtes wegen zu erheben. Dieser Pflicht der Wettbewerbs-

behörden steht nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c VwVG eine bedeutende Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (vgl. Botschaft zum KG, a.a.O., Ziff. 256.1; BORER, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 39 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 309 und 670; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 460; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, S. 115; MARCEL DIETRICH, in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 66 zu Art. 39 KG; BENOÎT CARRON, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2002, Rz. 30 f. zu Art. 39 KG).

Im Weiteren gilt im Kartellverwaltungsverfahren auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, BZP; SR 273). Demnach zieht der Richter aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was er als bewiesen erachtet. Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten (BGE 125 V 351 E. 3a). Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Es braucht nicht absolute Gewissheit zu resultieren, unter Umständen genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die von der eigenen Sachkunde des Richters oder der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung kann genügen. Hingegen kann die blosser Möglichkeit, dass sich die Tatsache zugetragen hat, nicht ausreichen (BGE 115 V 44, 117 V 153; ISAAK MEIER, Das Beweismass - ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989 S. 57 f.). Wird jedoch aufgrund bereits erhobener Beweise der rechtserhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung), kann der Richter von der Erhebung weiterer Beweismassnahmen absehen (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 278; MOSER/ÜBERSAX, a.a.O., Rz. 3.71 mit Hinweis auf BGE 122 II 469 E. 4a, 122 V 162 E. 1d und 120 Ib 229 E. 2b; 125 V 352 E. 3).

8.1. In der angefochtenen Verfügung räumte die Wettbewerbskommission ein, eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Artikel 4 KG könne den Parteien nicht nachgewiesen werden. Sie schloss hingegen aufgrund einer Reihe von Indizien, dass eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der Parteien gegeben sei.

Der Indizienbeweis ist ein indirekter oder mittelbarer Beweis, der Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsa-

che erlaubt, ohne diese direkt zu belegen (vgl. zur Terminologie: OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage, Nr. 19 f.; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 272). Beim Indizienbeweis schliesst der Richter aufgrund von Erfahrungssätzen aus dem Indiz auf die rechtlich zu beurteilende Tatsache (BGE 118 II 365 E. 1 mit Hinweisen).

Der Indizienbeweis gilt im Zivilverfahren als erbracht, wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50% liegt (vgl. Entscheidung der I. Kammer des Zürcher Obergerichts vom 11.4.1997, publiziert in ZR 96 [1997] 120, S. 267 mit Hinweis auf BGE 98 II 243). In der kantonalen Gerichtspraxis zum Submissionsrecht werden jeweils keine strengen Anforderungen an den Nachweis von Submissionsabsprachen gestellt. Demnach ist ein strikter Nachweis der Absprache nicht erforderlich, es genügt der Beweis, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Absprache bestehen (vgl. Entscheidung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich, VB.2000.00403, E. 3.a in fine und Entscheidung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau, AGVE 1999, S. 310 ff., zitiert in GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Nr. 275 FN 553, sowie auch ANDRÉ MOSER, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen in AJP 2002, 688 f.; HERBERT LANG, a.a.O., S. 248).

Im Kartellverwaltungsverfahren dürfen an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden; andernfalls wird der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 454; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 1999, S. 844; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 305 f.). Insbesondere um "abgestimmte Verhaltensweisen" nachzuweisen, wird der Indizienbeweis in der Lehre anerkannt. Dies deshalb, weil gerade bei Verhaltensabstimmungen sich der Nachweis nur auf indirektem Wege mit Hilfe von Indizien erbringen lässt (STOFFEL, a.a.O., S. 69; HELMUT SCHRÖTER, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, S. 225). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Wettbewerbsbehörden für den Nachweis einer Submissionsabsprache nur mit einer sachlich begründeten Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, zufrieden geben dürfen. Daran ändert auch der Wortlaut von Artikel 5 Absatz 3 KG nichts, der bei Preisabreden die (widerlegbare) Rechtsvermutung begründet, dass darob der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Denn um die Vermutungsbasis zu schaffen, muss überhaupt erst eine Preisabrede festgestellt (und nicht bloss vermutet) werden (vgl. HUBERT STÖCKLI, Dokument BR-2000-60).

Inwiefern die Anforderungen an die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Begründungsdichte im konkreten Fall erfüllt sind, ist Gegenstand der nachstehenden Erwägungen.

8.2. Sachverhaltsmässig sind folgende Elemente unbestritten:

Nach dem Detailauszug zum Kostenvoranschlag der Architektengemeinschaft Landesbibliothek vom 25. November 1996 ist hinsichtlich der Betonsanierungsarbeiten unter BKP 211.59 "Beton: Ergänzende Leistungen (Fassade Nord)" ein Betrag von CHF [...] vorgesehen. Vorgängig hatten die Bauingenieure des Projektes bei der Betosan AG und der Weiss+Appetito AG für die Betoninstandsetzung der Nordfassade je eine Richtofferte eingeholt. Nach dem Sanierungskonzept der Betosan AG (konventionelle Reprofilierungsmethode) war mit Kosten von CHF [...] zu rechnen. Die Offerte der Weiss+Appetito AG sah für die Nordfassade eine Betoninstandsetzung nach NCT-Verfahren (elektromechanische Realkalisierung von Normalbeton) Kosten in der Höhe von CHF [...] vor. Für das Qualitätssicherungskonzept veranschlagte sie weitere Kosten von CHF [...]. Das Bundesamt führte aus, nach der Begehung vom 18. Juni 1997 mit dem Denkmalpfleger der Stadt Bern sei klar geworden, dass ein Materialersatz nicht in Frage käme und stattdessen die vorhandene Substanz instand gestellt werden müsste. In Zusammenarbeit mit Professor BÖNI von der ETH sei ein neues Konzept für eine *sanfte Betoninstandsetzung* erarbeitet worden und anlässlich der Sitzung vom 23. Oktober 1997 sei beschlossen worden, diese Variante zu realisieren. Daraus folgt, dass die Änderung des Konzeptes bereits vor der Ausschreibung der Submission (März 1999) erfolgt ist. Im Weiteren steht unbestritten fest, dass das neue Konzept nun eine Sanierung sämtlicher vier Fassaden sowie die Sanierung der Betonelemente bei den Fenstern vorsah. Nach der Kostenschätzung des Bundesamtes von 1999 belaufen sich die Kosten für die Sanierung der Fassaden auf CHF [...] und für die Betonelemente bei den Fenstern auf CHF [...], insgesamt auf CHF [...]. Nach der von der Batigroup AG am 19. Oktober 1999 eingereichten Offerte, welche das Bundesamt im freihändigen Verfahren eingeholt hatte, war mit Gesamtkosten von CHF [...] zu rechnen.

9. Die Wettbewerbskommission führt aus, eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der Parteien werde durch folgende Indizien belegt:

9.1. Zunächst erwähnt die Wettbewerbskommission die massive Abweichung der im Submissionsverfahren offerierten Preise vom Kostenvoranschlag 1999. Das Bundesamt habe bei einem ausgewiesenen Spezialisten für Betonelemente und Betonfassade einen Kostenvoranschlag eingeholt, der sich auf CHF [...] belaufe. Selbst die tiefste Offerte (CHF [...]) übersteige den Kostenvoranschlag noch um CHF [...] (+ 112%).

9.1.1. In der Lehre wird das Vorliegen einer Submissionsabsprache möglicherweise bejaht, wenn das günstigste Angebot massiv von der vom Ausschreiber erstellten Kostenschätzung nach unten oder nach oben abweicht. Andererseits ist aber die Zuverlässigkeit dieses Kriteriums zu relativieren, denn die Submission dient gerade dazu, den Marktwert zu erforschen; das Ergebnis kann nicht vorausgesagt werden (CHRIST, a.a.O., Rz. 834). Über Submissionsabreden hatte sich die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen - soweit ersichtlich - bislang nicht zu äussern (vgl. GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Nr. 226-228, FN

489). Das Zürcher Verwaltungsgericht bejahte eine wettbewerbswidrige Absprache unter den Anbietenden, weil das günstigste Angebot für ein grosses Bauvorhaben 30%-40% über den Kosten lag, welche die Ausschreiberin aufgrund seriöser Abklärungen erwarten durfte (vgl. Entscheid der Ersten Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31.1.2001 in ZBI 2003 S. 57 ff.). In zwei vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beurteilten Fällen wichen die eingegangenen Offerten um mindestens 30% beziehungsweise 25% vom berechneten Kostenrahmen ab (VG Graubünden: U 01 70 E. 5c und U 01 71). In der Lehre stiessen diese Entscheide auf Kritik, weil sich das Verwaltungsgericht nicht zu den Gründen der massiven Überschreitung der Kostenschätzung geäußert hatte. Sollte nämlich die Vergabebehörde eine fehlerhafte Schätzung der voraussichtlichen Kosten vorgenommen haben, wären die preislich höheren Angebote bei einer objektiven Betrachtung sehr wohl voraussehbar gewesen und ein wichtiger Grund für den Verfahrensabbruch hätte nicht vorgelegen (GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Nr. 391 f.). Bei dem von der Wettbewerbskommission erwähnten Fall im Kanton Schwyz hat die zuständige Behörde auf eine Submissionsabrede geschlossen; ausschlaggebend war aber nicht nur die Überschreitung des Kostenvoranschlags um 50%, sondern auch der Umstand, dass von den 26 Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen bestellten, nur vier offeriert hatten (vgl. HUBERT STÖCKLI, BR 2002, S. 162; BIRCHER/SCHERLER, a.a.O., S. 66).

Aus der kurzen Darstellung von Theorie und Praxis in Bezug auf die Problematik der Höhe der Angebotspreise im Verhältnis zum Kostenvoranschlag ergibt sich, dass sich die von der Vergabebehörde erstellte Kostenschätzung auf eine zuverlässige Grundlage stützen muss. Da zudem grössere Abweichungen vom Kostenvoranschlag nicht immer ein sicheres Kriterium für den Nachweis einer Submissionsabsprache darstellen, sind in Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falls auch mögliche Gründe für die massiven Abweichungen zu eruieren.

9.1.2. Das Bundesamt wies in seiner Meldung vom 10. Dezember 1999 an die Wettbewerbskommission auf die massiven Abweichungen der eingereichten Offerten vom Kostenvoranschlag hin. Die Kostenschätzung sei von einem ausgewiesenen Spezialisten für die Sanierung von Betonelementen beziehungsweise -fassaden erarbeitet worden und setze sich aus folgenden Positionen zusammen:

"Fassade Bücherturm gemäss Projektheft vom 31. Mai 1996:	CHF [...]
Betonelemente bei den Fenstereinfassungen und den Treppenhausverglasungen in der Verputzfassade gemäss Analyse des Schadensausmasses vom Frühling 1999	CHF [...]
Kostenvoranschlag gesamt	CHF [...]

Im genannten Projektheft vom 31. Mai 1996 wird für die "Fassade Bücherturm" weder eine Kostenschätzung von CHF [...] noch ein anderer Wert erwähnt. Ebenso wenig befindet sich die genannte Zustandsanalyse des Schadensausmasses vom Frühling 1999 in den Akten. Angesichts dieser Unvollständigkeiten entstehen Zweifel an der Art und Weise, wie die Kostenschätzung erstellt wurde.

9.1.3. Mit Schreiben vom 17. Februar 2000 ersuchte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Vergabebehörde um Zustellung des im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Arbeiten erstellten Kostenvoranschlag, welcher sich auf CHF [...] belaufe. Im Antwortschreiben vom 22. März 2000 äusserte sich das Bundesamt zum ursprünglichen Kostenvoranschlag (Jahre 1994 bis 1996). Dieser sei wie folgt ermittelt worden: a) Kostenschätzung der Betosan AG vom 21. März 1995 im Betrag von CHF [...] (konventionelle Reparatur "Flicken") sowie b) Kostenschätzung der Weiss+Appetito AG vom 7. Februar 1996 im Betrage von CHF [...] (NTC-Verfahren) plus CHF [...] für die Qualitätssicherung. Die Architekten und Ingenieure hätten den Betrag für den Kostenvoranschlag auf CHF [...] festgelegt.

Im Weiteren hielt das Bundesamt fest, dass es sich im weiteren Planungsablauf, seit der Kostenschätzung im Jahre 1996, aufgrund der im Jahre 1999 durchgeführten Zustandsanalyse (Fassadenzustandsbeurteilung auf dem Gerüst) von der ursprünglich vorgesehenen Betonsanierung distanziert habe und die Kostenvoranschlag-Positionen wie folgt revidiert habe: CHF [...] für die Sanierung der Betonfassade und CHF [...] für die Sanierung der Betonelemente. Im Vergleich zum ursprünglichen Kostenvoranschlag habe sich eine Verbilligung um CHF [...] ergeben, welche als Reserve veranschlagt worden sei. Hingegen hat das Bundesamt den von der Vorinstanz verlangten (revidierten) Kostenvoranschlag nicht eingereicht.

Im Rahmen des Instruktionsverfahrens forderte ebenfalls die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Bundesamt auf, den erwähnten Kostenvoranschlag 1999 einzureichen. In seiner Antwort verwies das Bundesamt auf Unterlagen betreffend die Kostenschätzung 1996 und unterliess es erneut, den angeblich 1999 erstellten revidierten Kostenvoranschlag ins Recht zu legen. Infolgedessen ist nicht nachgewiesen, dass das Bundesamt hinsichtlich der zur Submission ausgeschriebenen Arbeiten über eine detaillierte und zuverlässige Kostenschätzung verfügte. Insofern können die von der Vergabebehörde veranschlagten Kosten von gesamthaft CHF [...], da diese nicht detailliert nach Leistungspositionen aufgeführt werden, nicht als zuverlässige Kostenschätzung für den Nachweis einer Submissionsabsprache herangezogen werden. Zudem ist festzustellen, dass auch die Referenzofferte der Batigroup AG, mit einem Gesamtbetrag von (ursprünglich) CHF [...] die Preisvorstellungen des Bundesamtes (CHF [...]) wesentlich übersteigt.

9.2. Ein weiteres Indiz für eine Abrede unter den Anbietern sieht die Wettbewerbskommission in der massiven Differenz von CHF [...] zwischen der tiefsten

Submissions- und der Vergleichsofferte der Batigroup AG.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Batigroup AG habe nicht über die gleichen Ausschreibungsunterlagen verfügt. Aus den Akten sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Ausschreibungsunterlagen und Bedingungen der Submissionsofferenten und der Batigroup AG nicht identisch gewesen wären. Es ist zwar aktenkundig, dass die vier Submittenten vor Einreichung der Offerten je Muster an der Fassade und an den Fensterelementen zu erstellen hatten (vgl. Ziff. 4.4. Ausschreibungsunterlagen) und die Batigroup AG die vorgesehenen Referenzflächen erstellte, nachdem sie ihre Offerte eingereicht hatte. Gegenüber der Vergabebehörde bestätigte die Batigroup AG aber, dass - aufgrund der Bemusterung - die Preise in der Offerte nicht angepasst werden müssten. Insofern wirkt sich dieser zeitliche Unterschied in der Ausführung der Bemusterung nicht auf den Gesamtpreis der Offerte aus, so dass nicht von Unregelmässigkeiten im Ausschreibungsverfahren auszugehen ist und grundsätzlich ein Vergleich der Referenzofferte der Batigroup SA mit den Offerten der Beschwerdeführerinnen möglich ist.

Ein Vergleich der Preise in den Offerten der Submittenten und denjenigen der Batigroup AG macht deutlich, dass die veranschlagten Preise sich vor allem bei den Positionen "Sanierung der Fassaden" massiv unterscheiden, insbesondere bezüglich der Sanierung der (am stärksten beschädigten) Nordfassade. Die Kostenschätzung der Batigroup AG für die Nordfassade betrug CHF [...], währenddem die anderen vier Offerenten mit Kosten zwischen CHF [...] und CHF [...] gerechnet hatten. In etwa gleichem Verhältnis sind auch Preisdifferenzen bezüglich der Sanierung der Ost-, West- und Südfassade feststellbar. Im Weiteren geht aber aus den Akten hervor, dass das Bundesamt der Batigroup AG noch Nachtragskredite im Umfang von ca. CHF [...] gewährte, um damit "das bestmögliche Resultat für die nachhaltige Sanierung der Fassaden zu erreichen".

Die Beschwerdeführerinnen begründen die erhebliche Kostendifferenz damit, dass die Batigroup AG mit ihrer Offerte eine rudimentärere und oberflächlichere Sanierung angeboten habe, als dies bei den von ihnen erstellten Offerten der Fall gewesen sei. Dafür gebe es konkrete Anhaltspunkte, wie aus den von ihnen eingereichten Fotos ersichtlich sei. Schon kurze Zeit nach den von der Batigroup AG ausgeführten Arbeiten seien erneut Flecken, Ausblähungen und korrodierte Armierungseisen sichtbar gewesen. Hiezu bemerkte das Bundesamt Folgendes: "Auf den in den Unterlagen aufgeführten Fotoreport über die Qualität der ausgeführten Arbeiten gehen wir aufgrund der durchgeführten punktuellen Sanierungsmassnahmen nicht ein. Die Arbeiten (Flicke) an der Fassade sind fotografisch dokumentiert und jederzeit einsehbar." Damit äussert sich das Bundesamt jedoch nicht konkret über die Aussagekraft der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Fotos und ob diese für die Beurteilung der Qualität der von der Batigroup AG vorgenommenen Arbeiten relevant sind oder nicht.

Die Wettbewerbskommission führte im angefochtenen Entscheid aus, die Behebung allenfalls bestehender Baumängel beschlage den Werkvertrag mit der Batigroup. Es sei Sache des Bundesamtes, sich diesbezüglich mit der Batigroup AG auseinanderzusetzen.

Der Qualität wird in den Ausschreibungsunterlagen jedoch grosse Bedeutung beigemessen. In den Ausschreibungsunterlagen werden als Zuschlagskriterien (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) genannt: 1. Referenzen (Bemusterung), 2. Qualität (Erfüllung der technisch-konstruktiven und ästhetischen Anforderungen), 3. Preis-Leistung, 4. Termine. Zudem wurde bezüglich der Qualitätsanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die Lebenserwartung der Instand gesetzten Bereiche mindestens 30 Jahre betragen solle. Es werde erwartet, dass keine Farbveränderungen und keine Abplatzungen auftreten (vgl. Ausschreibungsunterlagen, S. 35). Ob der Einwand der Beschwerdeführerinnen, sie hätten eine qualitativ bessere Leistung offeriert, gerechtfertigt ist, hat die Vorinstanz nicht geprüft. Ein Preisvergleich der eingereichten Angebote setzt voraus, dass eine Leistung gleicher Qualität geboten wird. Hier wäre es angezeigt gewesen, von den Offerenten eine Preisanalyse ihrer Einheitspreise einzufordern (zur Preisanalyse vgl. BGE 2P. 161/2003 vom 29.10.2003; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., N. 339 welche diesen Vorgang als "Erläuterung" bezeichnen; HUBERT STÖCKLI, BR 2002 S. 12 mit Hinweisen). Die Offenlegung der Kalkulation hätte Aufschluss über die angebotene Leistung und Qualität geben können. Eine solche Abklärung hätte sich im konkreten Fall umso mehr aufgedrängt, als auch das Bundesamt anerkennt, dass sich die Arbeitsgattung "Betonsanierung" oder "Instandsetzung von Beton" in einer immer noch andauernden Entwicklungsphase befindet. Demzufolge sind - bei einer solchen Ausschreibung - auch unterschiedliche Sanierungsmethoden und Kosten zu erwarten.

Im Weiteren führt die Wettbewerbskommission als Indiz für eine Absprache an, dass ein Einheitspreisvergleich der eingereichten Angebote teilweise Kostendifferenzen von bis zu 300% aufweise. Dem Bundesamt ist beizupflichten, dass hier eine Offenlegung der Kalkulation angezeigt gewesen wäre. Mittels Preisanalyse hätte geklärt werden können, ob tatsächlich Preisdifferenzen bei gleicher Leistung bestehen, oder ob - wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen - die Anbieter die grossen Risiken bei Betonsanierungsarbeiten (das Schadenausmass) anders eingeschätzt haben. Dass solche Risiken einzuberechnen waren, ergibt sich aus dem Leistungsbeschrieb in den Ausschreibungsunterlagen. Demnach beziehen sich die Referenzgrössen (m oder m²) (nur) auf die aussen sichtbaren Schadstellen. Die nach den Arbeiten effektiv vorhandene Grösse sei durch den Unternehmer als Reserve einzurechnen (vgl. Ausschreibungsunterlagen, S. 35).

9.3. Die Wettbewerbskommission erachtete in der angefochtenen Verfügung die Differenz von CHF [...] zwischen den eingereichten Angeboten als verhältnismässig klein und als weiteres Indiz für eine Verhaltensabstimmung der Parteien. Sie führt aus, der - auf-

grund des statistischen Mittels der vier eingereichten Offerten von CHF [...] berechnete - Preiskorridor von +/- CHF [...] liege erwiesenermassen unter 10% und genüge daher den Anforderungen an eine genügend bestimmte Preisabrede. In diesem Zusammenhang verweist die Wettbewerbskommission auf den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i.S. Klima-Suisse (REKO-WEF 98/FB-003; RPW 1999/3, S. 516, Ziff. 4.1.). In ihrer Vernehmlassung präzisiert die Wettbewerbskommission, der Verweis auf den genannten Entscheid der REKO/WEF sei vorliegend nicht zutreffend. Daher erübrigt es sich auf diesen Einwand der Wettbewerbskommission näher einzugehen.

9.4. Die Wettbewerbskommission erblickt im Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen die submissionsrechtliche Abbruch- und Ausschlussverfügung nicht angefochten haben, ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabsprache.

Mit Eingabe vom 30. März 2000 an das Bundesamt hat die Weiss+Appetito AG festgehalten, sie verzichte auf eine Anfechtung der Verfügung, weise jedoch den Vorwurf der unzulässigen Preisabrede als unrichtig zurück. Inwieweit die Nichtanfechtung der Abbruchverfügung als Anzeichen für das Vorliegen einer Submissionsabsprache erachtet werden kann, ist fraglich. Der Begründung der Beschwerdeführerinnen, dass aus wirtschaftlichen Überlegungen und der Befürchtung vor verdeckten Repressalien bei späteren Submissionen auf einen Weiterzug der Abbruchverfügung verzichtet worden sei, kann eine gewisse Plausibilität zugestanden werden. Denn gerade im Submissionsmarkt ist die Stellung des öffentlichen Auftraggebers recht stark, was auch aus den von den Anbietern eingereichten Referenzlisten (Sanierungsobjekte) ersichtlich ist.

9.5. Die Wettbewerbskommission leitet aus der Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an der gemeinsamen Begehung der Baustelle vom 16. Juli 1999 ein weiteres Indiz für eine Submissionsabsprache ab. Sie vertritt die Ansicht, eine solche Begehung habe den Parteien den Austausch von Informationen während des Vergabeverfahrens erleichtert und zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung beitragen können.

Nach den Ausschreibungsunterlagen war die Begehung vom 16. Juli 1999, 8.00 Uhr, sowie die Erstellung der Referenzflächen (Bemusterung) nach dem Terminprogramm des Auftraggebers für die Teilnahme an der Submission obligatorisch. Zu Recht wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass allein aus diesem Umstand nicht auf einen Anhaltspunkt für eine Preisabrede geschlossen werden kann.

9.6. Die Wettbewerbskommission betrachtet die ursprüngliche Zustimmung der Hela AG (vormals Isotech AG) zum Vorschlag des Sekretariats der Wettbewerbskommission für eine einvernehmliche Regelung als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabrede. Der Rückzug der Einverständniserklärung vom 21. Oktober 2001 sei einzig zum Zweck erfolgt, ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu gewährleisten.

Zwar könnte das Einverständnis einer Partei, dem Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung zuzustimmen, ein Indiz für eine getätigte Preisabsprache darstellen. Dieses könnte nur dann ins Gewicht fallen, wenn noch andere Indizien, wie das Vorliegen einer zuverlässigen Kostenschätzung und die Feststellung, dass keine Gründe für wesentliche Abweichungen vom Kostenvoranschlag gegeben sind. Da der relevante Sachverhalt von der Vorinstanz nicht genügend geklärt wurde, erübrigt es sich auf die Ausführungen der Parteien zu dieser Frage einzugehen.

10. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Wettbewerbsbehörden keine Untersuchung eröffnen und keine Massnahmen für die in der Vergangenheit erfolgten und nicht mehr andauernden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen verfügen konnten. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben.

Aufzuheben ist auch Ziffer 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides. Den Beschwerdeführerinnen können - aus nachfolgenden Überlegungen - keine Kosten für das erstinstanzliche Verfahren auferlegt werden.

In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann der Verfahrensaufwand der Wettbewerbskommission und ihres Sekretariates auf den "Verursacher" (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) einer Untersuchung überwältigt werden, die Kostenpflicht wird jedoch eingeschränkt durch das Unterliegerprinzip. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gibt, das heisst mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Artikel 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestatten, kann die Person deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (BGE 128 II 247 E. 6).

So verhält es sich auch im konkreten Fall. Nach bisher geltendem Recht (Art. 27 aKG) waren die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet, so dass nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einer Untersuchung nicht zugänglich waren und keine Massnahmen nach Artikel 30 KG verfügt werden konnten (vgl. E. 7.4). Daher sind die Beschwerdeführerinnen nicht als "unterliegend" zu betrachten und können nicht mit Untersuchungskosten belastet werden.

11. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind den Beschwerdeführerinnen als obsiegende Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von je CHF [...] ist ihnen zulasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Den Beschwerdeführerinnen, welche sich anwaltlich vertreten liessen, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihnen ist zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

***Demnach entscheidet die
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 aufgehoben.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

C *Zivilrechtliche Praxis* *Pratique des tribunaux civils* *Prassi die tribunali civili*

C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
C 1	1. <i>Switzernet Sàrl/TDC Switzerland AG</i>

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant *Switzernet Sàrl/TDC Switzerland AG* du 1^{er} novembre 2004

En fait:

1. [...] est à la tête d'une entreprise de télécommunication arménienne dénommée Intarnet Ltd. Celle-ci est inscrite comme fournisseur de services de télécommunication auprès de l'Union internationale des télécommunications.

En Suisse, [...] a fondé la société requérante *Switzernet Sàrl*, qui est au bénéfice d'une autorisation no [...] délivrée par l'Office fédéral de la communication (Ofcom) en vue de la fourniture de services de télécommunication.

2. Le 13 juin 2003, [...] a conclu deux contrats d'abonnement téléphoniques (no [...] et no [...]) sur le réseau GSM de sunrise, label de la société intimée *TDC Switzerland AG*, grâce auxquels il a acquis deux cartes SIM. L'intimée allègue avoir découvert, peu après la mise en service des lignes, que [...] utilisait ces cartes pour fournir des services de télécommunication au moyen sans doute d'appareils GSM Gateway, de sorte que son département "mobile" a immédiatement suspendu ses prestations.

Le 12 août 2003, [...] a adressé à [...] de sunrise le courrier électronique suivant:

"(...)

Concerning the wholesale agreement, I'm more than interested to have a wholesale arrangement with sunrise, and bring a commercial traffic, in which case I would like to have an ISDN PRI digital interfaces if possible.

(...)

We're developing and testing a scalable turn-key voice over IP system. We're trying to develop an isolated system that shall consist of an access engine for web based customers and possibly phone card systems. (...). We've been assigned a budget to carry out works on a testbed to check different technologies and to design the underlying communication and accounting software.

We're planning to create a start-up to continue the works. The target market for this product, once created and tested, is not defined yet, but we think that we can with the Western European countries.

(...)"

Dans un courrier électronique, daté du lendemain, [...] a en outre écrit ce qui suit:

"(...)

The developments shall be carried out by high qualification engineers, having EPFL's PhD degree and a start-up company is currently being formed.

We need a test-bed access to a GSM network via SIM engine in order to test and measure different technological approaches, but also to observe integration with phone markets in real conditions.

(...)"

3. La requérante et l'intimée ont signé le 10 octobre 2003 un contrat de prestation de services [...] intitulé "server housing + voice direct". Le tarif convenu était de CHF [...] la minute pour appeler tout abonné au service mobile de sunrise, plus une taxe fixe de CHF [...] pour établir la ligne. Il réservait une éventuelle modification des prix. Il prévoyait la fourniture de huit adresses IP.

L'article 4 du contrat avait la teneur suivante:

"4. Résiliation

Le présent contrat de prestation de services entre en vigueur dès la signature de celui-ci et il est conclu pour une durée fixe de **12 mois**. Au terme de cette durée, le contrat de prestation de services est prolongé pour une durée indéterminée et peut être résilié à tout moment à la fin d'un mois civil sous respect d'un délai de préavis de trois mois. Les différents formulaires de commande sont conclus pour une durée contractuelle fixe qui est déterminée pour chacun des formulaires de commande. Au terme de la durée contractuelle fixe, chaque formulaire de commande peut

être résilié à la fin d'un mois civil sous respect d'un délai de préavis de trois mois."

Etaient jointes au contrat les conditions générales suivantes:

"(...)

7. Utilisation abusive du téléphone et de l'internet

Le client est tenu d'utiliser les prestations de sunrise conformément aux présentes CG, aux autres dispositions contractuelles et aux dispositions légales applicables. En particulier, les prestations ne doivent pas être utilisées pour réaliser des infractions pénales. En cas de suspicion d'utilisation abusive ou de violation de la loi, des présentes CG ou des autres clauses contractuelles, sunrise se réserve le droit de suspendre immédiatement les prestations et d'engager, le cas échéant, des actions juridiques à l'encontre du client.

Dans le domaine des prestations internet, les directives d'utilisation internet de sunrise sont applicables.

(...)

10. Début, résiliation, blocage

Les présentes CG (...) s'appliquent également aux négociations contractuelles entre sunrise et le client. Chaque accès (abonnement mobile, raccordement réseau fixe etc.) fait l'objet d'un contrat individuel. En règle générale, le contrat prend effet au moment où sunrise accepte la commande écrite d'une prestation. Pour une commande passée par internet, le contrat prend effet lorsque le client reçoit de sunrise une confirmation écrite (le cas échéant par e-mail). Le contrat prend effet en tout état de cause lorsque le client utilise la prestation. Sunrise se réserve le droit de subordonner la conclusion du contrat à la constitution d'une garantie.

Les contrats conclus pour une durée indéterminée peuvent être résiliés à tout moment. Les contrats à durée déterminée et les contrats pour les services de téléphonie mobile peuvent être résiliés moyennant préavis de deux (2) mois pour la fin de la durée déterminée. A défaut de résiliation pour la fin de la période, les contrats à durée déterminée sont reconduits tacitement pour une période d'un (1) an. Si le client utilise plusieurs prestations de sunrise, il doit spécifier quelle est la prestation résiliée. A défaut, sunrise s'en chargera.

Toute résiliation avant terme d'un contrat à durée déterminée doit respecter le délai de préavis défini; dans ce cas, le client doit s'acquitter des frais de traitement stipulés à la signature du contrat. Le même principe est applicable lorsque le client souhaite conver-

tir ses prestations en un forfait sensiblement inférieur.

Le droit de mettre fin au contrat avec effet immédiat pour motifs graves est réservé. Sont également réservées les conventions écrites à teneur divergente entre le client et sunrise. Si le paiement est en retard et que le délai imparti est dépassé, sunrise peut bloquer immédiatement la prestation et facturer au client CHF [...] pour le blocage. Si la facture est payée après rappel, la prestation peut être débloquée moyennant facturation d'une taxe. Dans les cas suivants, sunrise peut résilier sans préavis l'ensemble des contrats conclus avec le client: utilisation abusive de la prestation, mise en danger des installations de sunrise ou de ses partenaires, mise en danger imminente ou grave d'intérêts publics ou privés prépondérants, augmentation notable du montant des prestations, pouvait faire craindre que le client ne sera pas en mesure de payer son dû, doutes quant à la solvabilité du client, défaut de constitution dans les temps impartis d'une garantie demandée par sunrise, autres raisons graves (notamment l'utilisation abusive aux termes du chiffre 7). Dans de telles situations, sunrise peut également bloquer la prestation. Dans les deux cas (blocage ou résiliation), le client répond de la totalité des dommages et sunrise est déchargée de toute responsabilité.

(...)

14) For et droit applicable

Le présent contrat est régi par le droit matériel suisse à l'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1990. ***Le for exclusif pour les litiges afférents au présent contrat est à Zurich, sous réserve de juridictions différentes résultant de règles impératives de droit fédéral.***

La requérante produit le "résumé" d'une réunion de travail qui s'est tenue le 4 novembre 2003 entre [...], épouse de [...] et auteur de ce document, d'une part et, [...] et [...] d'autre part. Il avait été convenu que la requérante pourrait obtenir 32 adresses IP additionnelles sans aucun frais et que les autres adresses seraient fournies à raison d'un paiement forfaitaire de CHF [...] pour un "subnet", composé de 120 adresses IP, et d'un paiement forfaitaire de CHF [...] pour une "class network" de 256 adresses IP.

4. Les parties sont en litiges depuis le début de l'année 2004 en relation avec l'exécution du contrat de prestation de services du 10 octobre 2003.

En janvier 2004, l'intimée a interrompu les lignes de la requérante au motif que celle-ci utilisait les prestations qui lui avait fournies en vertu de ce contrat, pour revendre ses propres services. La requérante a alors déposé une première requête de mesures provisionnelles le 28 janvier 2004. Par ordonnance du 20

février 2004, dont la motivation a été notifiée aux parties le 26 mars 2004, le Juge instructeur de la Cour civile a rendu le dispositif suivant:

I. Admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 28 janvier 2004 par Switzernet Sàrl.

II. Dit qu'ordre est donné à l'intimée TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de la requérante Switzernet Sàrl, de fournir à cette dernière les prestations prévues dans le contrat de prestation de services no [...] du 10 octobre 2003 et de transmettre à ses clients le CLI (Calling Line Identification).

III. Dit que, durant la litispendance, les prestations mentionnées sous chiffre II ci-dessus doivent être provisoirement fournies aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé au contrat de prestation de services no [...] du 10 octobre 2003, l'application d'autres conditions pour la même période dans le jugement au fond étant réservée.

IV. Dit que la requérante Switzernet Sàrl est tenue, sous peine de caducité des mesures provisionnelles, de déposer au greffe de la Cour civile, d'ici au 31 mars 2004 des sûretés d'un montant de CHF [...], en espèces ou sous forme d'une garantie bancaire inconditionnelle d'un montant équivalent émise par l'une des grandes banques suisses ou par la Banque cantonale vaudoise, pour assurer le paiement à l'intimée TDC Switzerland AG d'éventuels dommages-intérêts pouvant résulter des mesures ordonnées.

V. Fixe les frais de la procédure provisionnelle à CHF [...] pour la requérante.

VI. Dit que l'intimée doit verser à la requérante le montant de CHF [...] à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

VII. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

VIII. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel."

Estimant que la requérante générerait un volume d'appels croissant et totalement irrégulier, qui risquait d'engendrer une congestion sur les lignes de sunrise, l'intimée a mis en place un système visant à réduire le flux des appels en mars 2004. La requérante a donc déposé une seconde requête de mesures provisionnelles le 29 mars 2004. Par ordonnance du 20 avril 2004, dont la motivation a été notifiée aux parties le 12 mai 2004, le Juge instructeur de la Cour civile a rendu le dispositif suivant:

I. Admet la requête de mesures provisionnelles déposée le 29 mars 2004 par Switzernet Sàrl.

II. Interdit à l'intimée TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'utiliser un système de blocage d'appels du type "Network Management Call Rate Reduction" ou de tout autres système informatique visant à limiter les appels provenant des quatre PRA mis à disposition de la requérante Switzernet Sàrl par l'intimée TDC Switzerland AG en vertu du contrat de prestation de services conclu entre les parties le 10 octobre 2003, à mettre en place tout procédé technique informatique ou de routage ayant pour effet de retarder l'établissement de la connexion, à restreindre la qualité des appels ou à abaisser la qualité du service.

III. Fixe les frais de la procédure provisionnelle à CHF [...] pour la requérante.

IV. Dit que l'intimée doit verser à la requérante le montant de CHF [...] à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

V. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel."

Par arrêt sur appel du 12 juillet 2004, dont la motivation a été notifiée aux parties le 24 août 2004, la Cour civile a rejeté les appels formés par l'intimée et confirmé les ordonnances de mesures provisionnelles des 20 février et 20 avril 2004.

Dans son arrêt sur appel, la Cour civile a notamment constaté ce qui suit:

"(...)

Force est ainsi d'admettre que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable que le contrat, interprété selon le principe de la confiance, interdisait à l'intimée de se comporter comme revendeur. D'un point de vue strictement contractuel, l'appelante n'a dès lors aucun motif objectivement justifié de suspendre ses services. Dès lors, il apparaît que l'appelante a violé ses obligations contractuelles à l'égard de l'intimée. En conséquence, il se justifie de prévenir tout changement à l'état de l'objet litigieux (...).

De surcroît, l'octroi de mesures provisionnelles se justifie également pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer que pourrait subir l'intimée en cas d'arrêt de ses activités, en particulier si elle devait obtenir gain de cause au fond. En effet, outre les pertes dues à la cessation de son activité, un tel arrêt aurait pour conséquence la perte des investissements consentis relatifs aux installations dans les locaux de l'appelante.

"(...)

(...) l'existence d'une position dominante de l'appelante est rendue vraisemblable. Cette constatation est renforcée par une décision de la Commission de recours en matière de concurrence, selon laquelle il paraissait possible que les opérateurs de téléphonie mobile disposent d'une position dominante sur le marché de la terminaison des appels sur le réseau mobile suisse (DPC 2004/1, p. 204 ss.).

(...)"

5. Par lettre du 11 juin 2004, l'intimée a informé la requérante que tous les contrats étaient dénoncés pour leur prochaine échéance. Par courrier du 21 juin 2004, celle-ci a répondu qu'il n'existait aucune raison objective pour l'intimée de dénoncer le contrat de prestation de services, "sauf à vouloir suivre sa politique visant à écarter du marché un concurrent". Elle a contesté de surcroît l'exactitude des factures de l'intimée établies pour la période de novembre 2003 à avril 2004. A cet égard, il a déjà été rendu suffisamment vraisemblable que les lignes de la requérante ont été coupées entre le 14 janvier et 28 janvier 2004; entre fin février et fin avril 2004, certains appels n'ont pas abouti, d'autres ont été rejetés, envoyés à l'étranger ou déviés. Ces faits sont à l'origine du présent différend des parties sur le bien-fondé de ces factures. La requérante admet que les services offerts par l'intimée sont "devenus normaux" depuis le 29 mai 2004 et ne donnent plus lieu à des difficultés techniques.

Par lettre du 29 juin 2004, l'intimée a objecté qu'elle ne voyait pas en quoi la non-reconduction d'un contrat à son échéance constituait un abus de droit et que les erreurs de facturation mentionnées étaient révélatrices de l'inadéquation du contrat conclu avec les activités réelles de la requérante. Par lettre du 7 juillet 2004, celle-ci a répondu que les factures telles que présentées et réclamées n'étaient pas acceptables, certaines d'entre elles n'étant pas établies sur la base du tarif contractuel et certains appels étant comptés à double.

Par lettre du 8 juillet 2004, sous la signature de [...] et [...], l'intimée a informé la requérante de la non-reconduction du "contrat cadre [...] - sunrise server housing et sunrise voice direct". La résiliation immédiate pour justes motifs, notamment en cas de défaut de paiement, était réservée jusqu'au terme du contrat.

Par lettre circulaire de l'intimée du mois de juillet 2004, la requérante a été avisée de l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2004 de nouvelles conditions générales. L'article 7 précité était modifié de la manière suivante:

"Lors de l'utilisation des prestations de sunrise, le client est tenu de respecter les présentes conditions générales, les autres dispositions contractuelles, ainsi que les prescriptions légales. En particulier, l'utilisation abusive des prestations en vue de la commission d'une infraction pénale est prohibée. Est également considérée comme une utilisation abusive la revente par le client des prestations de sunrise

à des tiers et/ou l'utilisation des prestations pour la terminaison d'appels sur le réseau mobile de sunrise au moyen de GSM-Gateways ou d'autres équipements semblables.

La revente de prestations ne peut intervenir que moyennant un accord préalable écrit de sunrise. Les entreprises liées au client sont également considérées comme des tiers au sens de la présente disposition. (...)"

Il ressort des pièces produites que la requérante et l'intimée ont continué à s'échanger diverses lettres courant du mois de juillet à fin août 2004 sur la question litigieuse de la facturation du premier semestre 2004. En revanche, en ce qui concerne la période comprise entre les mois de mai à août 2004, les factures de l'intimée ont été acquittées par la requérante.

Par courrier électronique du 5 août 2004, la requérante a demandé à l'intimée de lui fournir 120 adresses IP, ce qui lui a été refusé, par lettre du 18 août 2004.

6. Le 12 août 2004, la requérante a déposé une demande au fond par-devant la cour de céans et a pris, avec suite de dépens, les conclusions suivantes:

I. Constater que TDC Switzerland AG est une entreprise ayant une position dominante au sens de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence dans le domaine de la téléphonie mobile en Suisse et plus particulièrement dans le domaine de la téléphonie mobile en Suisse sur le réseau de TDC Switzerland AG et en particulier Visavis de Switzernet Sàrl.

II. En conséquence, ordre est donné à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, d'exécuter le contrat no [...] conclu avec Switzernet Sàrl le 10 octobre 2003 aux conditions financières prévues par ce contrat et en particulier de fournir à Switzernet Sàrl toutes les prestations prévues dans ledit contrat de service no [...] du 10 octobre 2003.

III. Faire interdiction à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, d'utiliser un système de blocage d'appel du type "Network Management Call Reduction" ou de tout autre système informatique visant à limiter les appels provenant des quatre PRA mis à disposition par TDC Switzerland AG à Switzernet Sàrl en vertu du contrat no [...] conclu entre les parties le 10 octobre 2003.

IV. Faire interdiction à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, de mettre en place tout procédé

technique informatique ou de routage ayant pour effet de retarder l'établissement de la connexion entre les quatre PRA mis à disposition de Switzernet Sàrl par TDC Switzerland AG en vertu du contrat no [...] de prestations de service conclu entre les parties le 10 octobre 2003 ou à restreindre la qualité des appels ou à abaisser la qualité du service.

V. Constaté que toute résiliation du contrat de service no [...] du 10 octobre 2003 conclu entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl constitue une pratique illicite au sens de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence dans la mesure où ladite résiliation n'est pas objectivement justifiée.

VI. En conséquence, faire interdiction à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, de résilier le contrat de service no [...] conclu entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl le 10 octobre 2003 pour toute raison ayant trait au fait que Switzernet Sàrl revend ledit service ou utilise les installations mises à disposition par TDC Switzerland AG aux fins de terminer des appels destinés à des abonnés du service mobile de sunrise.

VII. Constaté que la modification des conditions générales de TDC Switzerland AG visant en particulier à interdire la revente des services constitue une pratique illicite au sens de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence.

VIII. En conséquence, faire interdiction à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 929 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, de modifier les conditions générales régissant le contrat de service no [...] conclu entre Switzernet Sàrl et TDC Switzerland AG.

IX. Ordre est donné à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amendes prévues par l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'Autorité, de transmettre à ses abonnés les CLI (Call line identification) que lui communique Switzernet Sàrl lors de l'envoi de communications par les installations dont dispose Switzernet Sàrl en vertu du contrat no [...] du 10 octobre 2003 conclu entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl.

X. TDC Switzerland AG est condamnée à payer à Switzernet Sàrl, à titre de dommage et intérêts, un montant qui sera déterminé en cours d'instance."

7. Par lettre du 23 août 2004, la requérante a mis en demeure l'intimée, d'ici au 31 août 2004, de retirer la résiliation du contrat de prestation de service du 10

octobre 2003 et de confirmer que ses nouvelles conditions générales ne s'appliqueraient pas à leurs relations contractuelles, les parties restant liées par les précédentes conditions générales.

Par lettre du 25 août 2004, l'intimée a informé la requérante qu'elle entendait mettre fin aux accords conclus, de sorte qu'elle n'envisageait pas de lui donner de nouvelles adresses IP.

Par lettre du 22 septembre 2004, l'intimée a offert à la requérante de conclure un contrat "wholesale" dès le 10 octobre 2004. Etaient annexés à cette offre les tarifs pratiqués par l'intimée: le prix d'un appel à un abonné mobile du réseau sunrise est de CHF [...] la minute. Le contrat prévoit en outre la fourniture de huit adresses IP. La représentante de l'intimée a affirmé à l'audience qu'il s'agissait là de tarifs standards pour les clients "wholesale" et qu'ils n'ont pas été établis spécifiquement pour la requérante.

Constatant que la requérante n'avait pas retourné ledit contrat signé dans le délai d'acceptation échéant le 30 septembre 2004 et qu'elle continuait à utiliser ses services, l'intimée l'a informée, par lettre du 11 octobre 2004, qu'elle considérait son offre comme tacitement acceptée, ses prestations étant dorénavant fournies aux nouveaux tarifs contractuels.

Par lettre du 22 octobre 2004, l'intimée a adressé à la requérante un décompte de ses factures en souffrance d'un montant total de CHF [...].

8. Selon ses propres données, l'intimée fait partie d'un grand groupe de télécommunications actif en Scandinavie et dans différents pays de l'Est Européen. Elle détient une part de marché de 20,2% dans la téléphonie mobile en Suisse. Dans un communiqué de presse du 5 août 2004, elle a annoncé avoir [...] clients, dont [...] abonnés mobiles, pour un revenu, uniquement dans ce secteur de CHF [...].

Selon une des offres de l'intimée, diffusée en septembre 2004, les titulaires d'abonnés sunrise business peuvent bénéficier d'un tarif de CHF [...] la minute pour les appels internes en entreprises effectués de portable à portable, du réseau fixe sur un portable ou inversement.

Selon un extrait du site Internet de l'Ofcom, l'intimée a conclu cinq contrats d'interconnexion: il ressort d'un courrier de cet office du 25 octobre 2004 qu'une copie de ce type de contrats doit être déposée auprès de l'Ofcom, contrairement aux contrats de revente. Interrogée à l'audience, la représentante de l'intimée déclare que celle-ci a conclu 156 contrats wholesale au 19 octobre 2004.

9. La requérante allègue que la plupart des contrats conclus entre des fournisseurs de service de télécommunication et leurs clients prévoient une période contractuelle initiale fixe de six à douze mois. Elle produit, à l'appui de cette allégation, une série de documents à l'en-tête de Swisscom:

- le contrat conclu par [...] pour le raccordement [...] prévoit une durée minimale de six mois, voire de douze mois pour les raccordements primaires ISDN;

- le contrat-cadre NATEL corporate signé par l'Etude du conseil de la requérante stipule qu'au terme de la durée minimale, il se prolonge automatiquement par périodes successives de douze mois, à moins qu'il ne soit résilié par écrit et moyennant un préavis de soixante jours pour la fin de la durée minimale ou d'une période de prolongation;
- la formule de commande intitulée "fixnet BusinessLINEisdn" énonce que la durée minimale contractuelle s'élève à six mois pour un accès de base et à douze mois pour un accès primaire".

10. La requérante allègue que les appels d'un téléphone fixe à un autre téléphone ne coûtent, de nos jours, quasiment plus rien. Ce fait serait notoire. A cet égard, il ressort d'un article de Roman Schwarz, directeur de Tele2, paru le 27 août 2004 dans "Le Temps", que les communications d'un téléphone fixe à un autre seront pour la plupart gratuites dès mi-2005.

11. La requérante allègue que le coût de terminaison des appels sur les réseaux mobiles en Europe est prohibitif. Elle produit, à l'appui de cette allégation, les rapports ou prises de décisions suivants:

- un article de presse paru dans "Le Figaro" du 6 octobre 2004, indiquant que l'association UFC-Que choisir accuse les opérateurs de téléphonie mobile d'empêcher l'Autorité de régulation des télécommunications de baisser le prix des appels passés d'un téléphone fixe vers un téléphone mobile;
- un rapport de février 2004 de l'association UKCTA à l'autorité de régulation des télécommunications en Angleterre, se plaignant des coûts élevés des tarifs de terminaison en téléphonie mobile au Royaume-Uni et affirmant qu'en agissant ainsi, les opérateurs de téléphonie mobile sont en mesure d'exclure la concurrence d'opérateurs fixes et ainsi d'empêcher que les clients profitent en plein de la concurrence;
- un article de presse paru dans le "USA Today" du 14 janvier 2004;
- un document de Gartner de janvier 2004 résumant la plainte déposée par "The Competitive Telecommunications Association/Association of Communications Enterprises" concernant les tarifs excessifs de terminaison des appels sur les réseaux mobiles à travers l'Europe, notamment en Suisse;
- un rapport de la Federal Communication Commission de Washington du 10 octobre 2002, citant, parmi les exemples donnés de coûts excessifs de terminaison d'appels, US\$ [...] pour la France et US\$ [...] pour le Royaume-Uni.

12. Selon la requérante, cette problématique est liée à un abus de position dominante des opérateurs titulaires de concessions. Elle produit, à l'appui de cette allégation, les documents suivants:

- un rapport de l'association INTUG, affirmant que les opérateurs de téléphonie mobile font de la discrimination entre leurs propres clients et tous les autres clients; qu'ils offrent des prix bon marché pour les appels provenant de leur réseau, parfois même en-dessous des coûts, mais facturent des prix élevés

pour la terminaison des appels; que l'autorité de surveillance anglaise est intervenue et a imposé des réductions à compter de juillet 2003, que les autorités hollandaises ont considéré que la téléphonie mobile devait être subdivisée en différents marchés séparés, dont celui de la terminaison des appels sur les réseaux de téléphones mobiles individuels;

- un rapport de l'autorité hollandaise de la concurrence (NMa) d'août 2002, précisant que les cinq opérateurs hollandais ont une position dominante dans leur propre réseau de téléphonie mobile en ce qui concerne la terminaison des appels, de sorte qu'il y a un marché séparé en relation avec ces services pour chaque opérateur de téléphonie mobile;
- une décision de la Commission Européenne du 5 février 2004, confirmant la prise de position de l'organisme de supervision anglais selon laquelle il existe en Angleterre un marché pour chaque opérateur disposant d'un réseau de terminaison;
- un communiqué de presse de l'Autorité de régulation des télécommunications en France, affirmant que chaque opérateur mobile détient 100% de parts de marché sur son marché de terminaison d'appel vocal;
- une décision de l'autorité de régulation des télécommunications en Irlande de juillet 2004, considérant qu'un opérateur en téléphonie mobile dispose d'une position de force sur le marché de la terminaison des appels sur son propre réseau.

13. Quant à l'intimée, elle produit en outre, à l'appui de ses allégations, les deux documents suivants:

- le rapport annuel 2003 de la Commission fédérale de la communication (ComCom);
- une attestation du directeur de sunrise pour la Suisse romande de ce jour, déclarant que toutes les opérations liées au réseau sont effectuées de manière centralisée depuis le Network Operation Centre, qui se situe à Rümlang/Zurich.

14. a) Par requête de mesures provisionnelles du 16 septembre 2004, Switzernet Sàrl a pris, avec suite de dépens, les conclusions suivantes:

I. Interdiction est faite à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'interrompre les services dus à Switzernet Sàrl en vertu du contrat de service no [...] entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl le 10 octobre 2003, pour toute raison ayant trait au fait que Switzernet Sàrl revend ledit service ou utilise les installations mises à disposition par TDC Switzerland AG aux fins de terminer les appels destinés à des abonnés du service mobile de sunrise.

II. Dire que les conditions générales régissant le contrat de service no [...] conclu entre Switzernet Sàrl et TDC Switzerland AG ne seront pas modifiées jusqu'au terme de la procédure du fond.

III. Donner ordre à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de fournir dans un délai de dix jours 128 adresses IP à Switzerland Sàrl, moyennant un paiement de CHF [...], dû dans un délai de 30 jours."

b) Par requête de mesures provisionnelles du 28 septembre 2004, Switzernet Sàrl a pris, avec suite de dépens, les conclusions suivantes:

I. Interdiction est faite à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'interrompre les services dus à Switzernet Sàrl en vertu du contrat de service no [...] entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl revend ledit service ou utilise les installations mises à disposition par TDC Switzerland AG aux fins de terminer les appels destinés à des abonnés du service mobile de sunrise.

II. Interdiction est faite à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de modifier les conditions financières des services dus à Switzernet Sàrl en vertu du contrat de services no [...] conclu entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl le 10 octobre 2003.

III. Interdiction est faite à TDC Switzerland AG, sous menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de modifier les conditions générales régissant le contrat de services no [...] conclu entre Switzernet Sàrl et TDC Switzerland AG."

Par lettre du 28 septembre 2004, l'intimée s'est déterminée et a conclu, avec suite de dépens, au rejet de la requête de mesures préprovisionnelles.

Dans une décision du 28 septembre 2004, le Juge instructeur a rejeté la requête de mesures préprovisionnelles.

c) Dans un procédé écrit de ce jour, TDC Switzerland AG a conclu, avec suite de dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

A l'audience de ce jour, Switzernet Sàrl a modifié ses conclusions en ce sens:

I. Interdiction est faite à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'interrompre les services dus à Switzernet Sàrl en vertu du contrat de service no [...] entre TDC Switzerland AG et Switzernet Sàrl le 10 octobre 2003, pour toute

raison ayant trait au fait que Switzernet Sàrl revend ledit service ou utilise les installations mises à disposition par TDC Switzerland AG aux fins de terminer les appels destinés à des abonnés du service mobile de sunrise.

II. Dire que les services que TDC Switzerland AG doit fournir à Switzernet Sàrl en vertu du contrat de services no [...] du 10 octobre 2003 seront facturés depuis le 10 octobre 2004 selon le tarif annexé audit contrat jusqu'au terme de la procédure au fond.

III. Dire que les conditions générales régissant le contrat de service no [...] conclu entre Switzernet Sàrl et TDC Switzerland AG ne seront pas modifiées jusqu'au terme de la procédure au fond.

IV. Donner ordre à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal suisse, en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de fournir dans un délai de dix jours 128 adresses IP à Switzernet Sàrl, moyennant un paiement de CHF [...], dû dans un délai de 30 jours."

L'intimée a conclu, avec suite de dépens, au rejet des conclusions ainsi modifiées.

En droit:

I. La requérante requiert qu'interdiction soit faite à l'intimée d'interrompre les prestations et services dont elle bénéficie en exécution du contrat de prestation de services conclu le 10 octobre 2003 pendant toute la durée de la présente procédure et de la procédure au fond. Elle soutient qu'une résiliation du contrat ne saurait intervenir avant le 31 janvier 2005. Elle conteste à l'intimée le fait d'avoir résilié le contrat pour le 10 octobre 2004. Elle voit dans cette résiliation et dans l'adoption par l'intimée de nouvelles conditions générales une pratique illicite au sens de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251). Elle estime que l'intimée abuse de sa position dominante sur le marché de la terminaison des appels sur son réseau mobile et se rend responsable de pratiques d'entrave à la concurrence et d'exploitation du marché, le nouveau tarif proposé dans son offre du 22 septembre 2004 étant totalement excessif.

II. L'intimée soutient que le litige qui l'oppose à la requérant est relatif à un problème d'interconnexion. Elle prétend que le juge civil n'est pas compétent, l'article 11 de la Loi sur les télécommunications (LTC; RS 784.10) représentant une lex specialis par rapport à la LCart.

a) Il y a lieu de rappeler préliminairement que la compétence pour octroyer des mesures provisionnelles doit être examinée prima facie, en se contentant d'une vraisemblance (POUDRET/HALDY/TAPPY, Procédure civile vaudoise, Lausanne 2002, art. 103, p. 203; DIETRICH, Kommentar zum Bundesgesetz über Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001, no 72 ss. ad art. 33

LFors, p. 802 ss.), mais ne préjuge pas celle pour connaître du fond (JT 1984 III 71).

b) aa) Selon l'article 11 alinéa 1^{er} LTC ab initio, les fournisseurs de services de télécommunication ayant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir l'interconnexion à l'égard d'autres fournisseurs de manière non discriminatoire et selon les principes d'une politique des prix transparente et alignée sur les coûts. En vertu de l'article 11 alinéa 3 LTC, lorsqu'un fournisseur tenu d'offrir l'interconnexion et celui qui la demande n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la Commission fédérale de la communication, sur proposition de l'office, fixe les conditions de l'interconnexion selon les principes usuels du marché et du secteur en question. A la demande de l'une des parties, la commission peut accorder une protection juridique à titre provisoire. Pour juger si un fournisseur a une position dominante, l'office consulte la Commission de la concurrence. Celle-ci peut rendre publique sa prise de position.

L'article 3 lettre e LTC définit l'interconnexion comme la liaison d'installations et de services de télécommunication permettant leur intégration fonctionnelle grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication et ouvrant l'accès aux services de tiers.

Selon la jurisprudence, le but de l'interconnexion est de permettre à tous les participants aux télécommunications de communiquer entre eux par l'intermédiaire des réseaux et services de tous les prestataires. Cela intervient en particulier par l'utilisation commune d'installations, respectivement de réseaux de télécommunications, de bâtiments et de bien fonds (ATF 125 II 613).

bb) La requérante soutient qu'à la différence de l'intimée, elle n'est pas propriétaire d'un réseau et qu'elle ne cherche pas à intégrer celui d'où proviennent ses clients au réseau de sunrise, ce qui constituerait une interconnexion, mais simplement à avoir un point d'accès lui permettant de pénétrer dans le réseau de sunrise. Ses allégations sont suffisamment vraisemblables au vu de la jurisprudence précitée. Elles sont de surcroît confortées par les faits suivants:

- l'article 52 alinéa 1^{er} de l'Ordonnance sur les services de télécommunication (RS 784.101.1) prévoit que tout accord d'interconnexion doit être remis à l'office au plus tard deux semaines après sa signature, la même règle s'appliquant en cas de modification ou de dénonciation de l'accord. En l'occurrence, il ressort d'un extrait du site de l'Ofcom que l'intimée n'a conclu que 5 contrats d'interconnexion, alors qu'elle admet avoir signé 156 contrats wholesale au 19 octobre 2004, selon les déclarations de sa représentante à l'audience;
- dans une lettre du 25 octobre 2004, l'Ofcom a déclaré qu'un contrat de revente ne doit pas être déposé auprès de cet office, contrairement à un contrat d'interconnexion. En l'occurrence, la proposition de contrat "wholesale" soumise à la requérante par l'intimée le 22 septembre 2004 ne précise pas qu'il devrait être enregistré auprès de l'Ofcom.

Tous ces éléments tendent à démontrer que les contrats wholesale, permettant la revente des prestations, ne constituent pas des contrats d'interconnexion au sens de la LTC et sont donc soustraits à son champ d'application.

c) Au demeurant, à supposer que le présent litige soit relatif à un problème d'interconnexion, il sied de relever que la requérante ne réclame pas la conclusion d'un nouveau contrat, mais considère que la résiliation du contrat du 10 octobre 2003 par l'intimée et l'adoption par cette dernière de nouvelles conditions générales constituent une pratique illicite d'une entreprise dominante au sens de la LCart et que, par conséquent, tant cette résiliation que l'adoption de ces nouvelles conditions générales sont nulles, les parties restant soumises aux relations contractuelles telles que prévues dans ledit contrat.

Cela étant, comme l'ont précisé le Juge de céans dans son Ordonnance de mesures provisionnelles du 20 février 2004 et la Cour civile dans son arrêt sur appel du 12 juillet 2004, les moyens de l'article 11 LTC ne trouvent application que lorsqu'une partie se voit refuser une interconnexion ou que les parties n'ont pu s'entendre sur le contenu d'un contrat. Or, en l'espèce, tel n'est pas le cas dans la mesure où les parties sont déjà liées par un contrat. Il ne s'agit pas de statuer sur un droit à l'interconnexion en l'absence de tout contrat, mais de savoir si le droit cartellaire impose la poursuite d'un contrat déjà signé, en l'occurrence celui du 10 octobre 2003. Faute d'entrer dans le champ d'application de l'article 11 LTC, le présente litige relève donc bien de la compétence du juge civil.

d) A titre superfétatoire, on rappelle enfin que la doctrine admet de toute manière que les dispositions de la LCart s'appliquent complémentaires à celles de la LTC, notamment celles relatives aux comportements illicites des entreprises dominantes selon l'article 7 LCart (CSOPORT/VON ZEDTWITZ, Verhandlungsanalyse zur Interkonnektion, in PJA 10/2003, pp. 1188 ss., spéc. p. 1190 et les références citées). Pour sa part, la Commission de recours pour les questions de concurrence a également jugé dans une décision du 6 février 2004 que la LTC n'excluait pas l'application de la LCart, ni la compétence des autorités de la concurrence. Il pourrait exister, selon elle, une double compétence en la matière, de sorte qu'un litige en matière d'interconnexion pourrait être tranché, sous l'angle de la discrimination (art. 7 al. 2 let. b LCart), par une des autorités compétentes selon la LCart, même si la voie de procédure auprès de la ComCom est également ouverte (DPC 2004/1, pp. 204 ss., spéc. pp. 222 ss.). Ainsi, même s'il devait s'agir d'un litige en matière d'interconnexion, la compétence du juge civil serait établie, à tout le moins au stade de la vraisemblance.

III. L'intimée fait valoir que si le litige porte sur la validité de la résiliation du contrat du 10 octobre 2003, seuls les tribunaux zurichois sont compétents ratione loci pour en connaître, en vertu de la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales.

Il faut distinguer à cet égard quels sont les points litigieux soulevés par la requérante.

a) La requérante soutient tout d'abord que le contrat de prestation de services ne peut être résilié avant le 31 janvier 2005. L'intimée prétend quant à elle que ce contrat a pris fin le 10 octobre 2004. Est litigieuse dès lors la date de la fin de la convention, ensuite de la résiliation intervenue par lettres des 11 juin et 8 juillet 2004, question qui doit être examinée sous l'angle du seul droit des contrats.

Dans ce premier cas, la compétence pour statuer au fond sur l'interprétation du contrat relève bien des tribunaux zurichois à teneur de la prorogation de for contenue dans les conditions générales. Toutefois, si l'effet dérogatoire découlant d'une clause de prorogation de for exclusive vaut en droit suisse aussi pour les mesures provisionnelles, la compétence du juge du lieu d'exécution des mesures doit être réservée (art. 33 LFors; ATF 125 III 451, JT 2000 I 163, spéc. p. 166).

En l'occurrence, comme l'a relevé la Cour civile dans son arrêt sur appel du 12 juillet 2004, les mesures provisionnelles déjà ordonnées produisent leurs effets à Lausanne, dans les locaux de l'intimée où se trouvent les installations de la requérante. Il importe peu à cet égard que, selon une attestation de ce jour du propre directeur de sunrise - dont la valeur probante est douteuse -, toutes les opérations liées au réseau seraient effectuées de manière centralisée depuis le Network Operation Centre de l'intimée, qui se situe à Rüm- lang/Zurich.

Au demeurant, dans la mesure où il s'agit de déterminer jusqu'à quel moment les mesures provisionnelles ordonnées par les tribunaux vaudois doivent s'appliquer, la question est celle du complètement de l'ordonnance initiale - qui n'envisageait pas l'hypothèse d'une fin du contrat pendant la litispendance - qui relève de la compétence du juge initialement saisi.

b) Il a déjà été mentionné que la requérante soutient de surcroît que la résiliation du contrat par l'intimée et l'adoption par cette dernière de nouvelles conditions générales constituent une pratique illicite, question qui doit être examinée sous l'angle des seules dispositions de la LCart.

Des mesures provisionnelles fondées sur une restriction illicite de la concurrence, notamment sur la LCart, peuvent être requises aux fors prévus par l'article 25 LFors - la notion d'acte illicite s'entendant en effet dans un sens large et englobant notamment les atteintes au droit cartellaire (DONZALLAZ, Commentaire de la Loi fédérale sur les fors en matière civile, no 9 ad art. 25 LFors, pp. 565 s.; PLOUDRET/HALDY/TAPPY, op. cit., art. 25 LFors p. 979) - ainsi qu'au juge du lieu de l'exécution des mesures provisionnelles (REYMOND, Commentaire romand Droit de la concurrence, nos 22 et 23 ad art. 17 LCart, p. 703).

Selon l'article 25 LFors, le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Le premier for alter-

natif mis à disposition par l'article 25 LFors est ainsi celui du domicile de la personne ayant subi le dommage, soit le domicile du demandeur (REYMOND, op. cit., no. 35 ad art. 14 LCart, p. 652; DONZALLAZ, op. cit., no 25 ad art. 25 LFors, p. 573).

En l'occurrence, dans la mesure où la requérante fonde ses conclusions sur une violation de la LCart et qu'elle a son siège dans le canton de Vaud, la compétence des tribunaux vaudois, respectivement du Juge instructeur, est donnée pour connaître des présentes mesures provisionnelles. Cette compétence subsiste même si la violation du droit des cartels a cas échéant des conséquences sur l'économie du contrat du 10 octobre 2003 et sur la validité de sa résiliation.

IV. Il y a lieu d'examiner tout d'abord à quel moment le contrat a pris fin, selon les dispositions contractuelles - soit selon l'article 4 du contrat et l'article 10 des conditions générales -, à la suite de la résiliation des 11 juin et 8 juillet 2004. L'intimée soutient que cela s'est produit le 10 octobre 2004, alors que pour la requérante, le contrat ne peut prendre fin avant le 31 janvier 2005.

Face à un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 127 III 444, c. 1b). Lorsque la volonté réelle et concordante des parties ne peut être établie, le juge doit rechercher leur volonté présumée en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance; cette interprétation, dite objective ou normative, consiste à établir le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre, en tenant compte des termes utilisés ainsi que du contexte (ATF 129 III 118; ATF 126 III 25 c. 3c; ATF 125 III 305 c. 2b; ATF 123 III 165 c. 3a).

En l'occurrence, l'article 4 du contrat prévoit que celui-ci est conclu pour une durée fixe de douze mois, au terme de laquelle il est prolongé pour une durée indéterminée et peut être résilié à tout moment à la fin d'un mois civil sous respect d'un délai de préavis de trois mois. La requérante soutient que la première échéance possible de résiliation ne saurait échoir avant le 31 janvier 2005: son interprétation de l'article 4 revient à n'autoriser la résiliation d'un contrat de durée fixe de douze mois qu'après une échéance de quinze mois, pour la fin d'un mois, ce qui apparaît contraire à la nature même du contrat de durée déterminée. Le délai mentionné de trois mois pour la fin d'un mois ne vise que l'hypothèse où la partie qui entend mettre fin au contrat ne l'a pas fait valoir avant l'échéance primitivement fixée (à douze mois), de sorte que le contrat a été tacitement reconduit. Cette interprétation est renforcée par l'article 10 des conditions générales, selon lequel les contrats à durée déterminée peuvent être résiliés moyennant préavis de deux mois pour la fin de la durée déterminée. Il n'apparaît pas que le contrat ait voulu déroger aux conditions générales sur le principe de la possibilité de

résilier pour l'échéance de la durée fixe initiale du contrat. La question de savoir de savoir si le contrat déroge au délai de préavis de deux mois contenu dans les conditions générales peut demeurer ouverte: en effet, même s'il fallait admettre un délai de trois mois, celui-ci a été respecté par les lettres de résiliation des 11 juin et 8 juillet 2004. Ainsi, force est de constater que la dénonciation du 11 juin 2004 pour la prochaine échéance a pris effet au 10 octobre 2004, soit à l'échéance de la durée fixe initiale de douze mois.

V. Il y a lieu d'examiner ensuite si, en résiliant le contrat pour le 10 octobre 2004 et en adoptant de nouvelles conditions générales, il apparaît vraisemblable que l'intimée a commis un abus de position dominante, et si cette dénonciation et cette adoption sont dès lors nulles.

a) En droit de la concurrence, les mesures provisionnelles sont régies par le droit fédéral. L'article 17 LCart renvoie aux articles 28c à 28f CC qui sont applicables par analogie.

Selon l'article 28c alinéa 1^{er} CC, qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles. Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est ou risque d'être entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci par une restriction illicite et que cette entrave risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (REYMOND, op. cit., nos 42 et 47 ad art. 17 LCart, pp. 706 s.; DPC 2003/4, pp. 972 ss., spéc. 982).

Le jure procède à un examen provisoire et *prima facie* des perspectives d'issue favorable de l'action au fond ("Hauptsachenprognose") sans exiger la preuve du bien-fondé de celle-ci. Il statue sur la base des moyens de preuve immédiatement disponibles (REYMOND, op. cit., no 54 ad art. 17 LCart, p. 708).

Le juge peut notamment interdire l'atteinte ou la faire cesser à titre provisionnel, ou prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves (art. 28c al. 2 CC). Mais il peut également condamner l'intimé à une obligation de faire. Si la procédure porte sur le refus d'entretenir des relations commerciales, il a la possibilité de lui ordonner de continuer à exécuter un contrat passé entre les parties (ATF 125 III 451 c. 3c, SJ 2000 I 122 [rés.]) ou de conclure provisoirement un contrat (REYMOND, op. cit., no 98 ad art. 17 LCart, p. 716).

b) Pour se rendre coupable d'une violation de la LCart, l'intimée doit être au bénéfice d'une position dominante. Il convient donc d'examiner si celle-ci peut être qualifiée d'entreprises dominant le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart, selon lequel par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre et de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

Il faut par conséquent délimiter le marché pertinent, cette délimitation étant une condition préalable indispensable à l'application des règles sur l'abus de position dominante dont se prévaut la requérante (DPC 2003/4, pp. 972 ss., spéc. p. 974).

En l'occurrence, il a été rendu suffisamment vraisemblable, dans les précédentes ordonnances de mesures provisionnelles et dans l'arrêt sur appel, que la requérante agit comme revendeur des services de téléphonie mobile fournis contractuellement par l'intimée et utilise les lignes pour acheminer à des abonnés mobiles des appels téléphoniques provenant de l'étranger et que le marché pertinent est donc celui de la terminaison des appels à des abonnés mobiles de sunrise. Ce marché est suffisamment important, puisque selon les propres données de l'intimée, celle-ci annonce [...] abonnés mobiles. Ainsi, force est de constater que l'intimée occupe une position dominante sur ce marché; elle est dès lors assujettie à la LCart.

Cette conclusion est confortée par les décisions de plusieurs autorités de la concurrence en Europe qui considèrent que chaque opérateur de téléphonie mobile dispose bien d'une position dominante sur le marché de la terminaison des appels sur son propre réseau. En Suisse, la Commission de la concurrence (DPC 2003/2, p. 387 ss.) et la Commission de recours (DPC 2004/1, p. 204 ss.), dans le cadre de l'enquête ouverte courant 2002 sur les tarifs de terminaison des opérateurs de téléphone mobile, paraissent admettre qu'en matière de terminaison d'appels, la question de la position dominante ne doit pas s'examiner au regard du marché de la téléphonie en général mais par rapport à chaque opérateur.

c) Il ne suffit pas qu'une entreprise bénéficie d'une position dominante pour qu'elle soit contrainte à poursuivre ses relations contractuelles, encore faut-il qu'il y ait abus de position dominante.

En vertu de l'article 7 alinéa 1^{er} LCart, une entreprise abuse de sa position dominante, lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées:

a) soit elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, soit elle exploite sa position dominante au détriment de ses partenaires commerciaux,

b) et cela, sans que son comportement repose sur des considérations commerciales légitimes (CLERC, Commentaire romand Droit de la concurrence, no 61 ad art. 7 LCart, p. 378).

L'article 7 LCart interdit à une entreprise dominante de renforcer sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites (CLERC, op. cit., no 60 ad art. 7 LCart, p. 377).

Les pratiques *d'entrave* limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises, qui sont soit des concurrents actuels ou potentiels, soit des partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante. Il s'agit de freiner la concurrence notamment par le refus de vente (art. 7 al. 2 let. a LCart) ou par la sous-enchère en matière de prix ou de condi-

tions commerciales (art. 7 al. 2 let. d LCart) (CLERC, op. cit., no 74 ad art. 7 LCart, p. 383).

Les pratiques *d'exploitation* visent les partenaires commerciaux, soit les cocontractants de l'entreprise en position dominante. Il peut s'agir de comportements tels que le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) ou le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (art. 7 al. 2 let. f LCart). Est déterminante pour la qualification d'exploitation la volonté de l'entreprise dominante de tirer partie de sa rente de position dominante sur le marché pour maximiser ses profits, sans chercher à entraver des concurrents déterminés (CLERC, op. cit., no. 78 ad art. 7 LCart, p. 383).

En l'espèce, l'intimée a résilié le contrat tout en offrant de conclure un nouveau contrat de type wholesale, le 22 septembre 2004, au tarif de CHF [...] la minute pour les appels se terminant sur le réseau mobile de sunrise. Elle confirme à l'audience être prête à continuer à fournir ses prestations à ces conditions.

La requérante prétend que le tarif que propose l'intimée est excessif par rapport aux conditions du marché et serait de nature à empêcher toute concurrence, puisqu'elle n'aurait pas les moyens de poursuivre son activité commerciale. En agissant ainsi, l'intimée exprimerait une fois de plus son refus déguisé de traiter avec la requérante et se rendrait coupable de pratique d'entrave à la concurrence. Ce refus ne reposerait sur aucune justification autre que d'éliminer un concurrent du marché (aa). La requérante soutient en outre qu'en lui proposant le double du tarif initial, sans n'offrir aucune contrepartie supplémentaire, l'intimée chercherait à imposer des conditions commerciales inéquitables et se rendrait coupable de pratique d'exploitation du marché (bb).

aa) La rupture arbitraire par une entreprise dominante des relations commerciales qu'elle entretenait avec un concurrent actuel, comme le refus arbitraire de relations commerciales avec un concurrent potentiel, sont abusives à quatre conditions. Il faut d'abord qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel au produit ou service fourni par l'entreprise dominante. En deuxième lieu, le produit ou service en cause doit être indispensable à l'activité économique du concurrent. Le refus de relations commerciales doit ensuite être de nature à éliminer toute concurrence de la part de l'entreprise requérante. Enfin, le refus doit être arbitraire, c'est-à-dire ne reposer sur aucune justification objective (CLERC, op. cit., no 124 ad art. 7 LCart, p. 399).

En l'occurrence les tarifs proposés par l'intimée, annexés à l'offre du 22 septembre 2004, sont ses tarifs standards pour des contrats wholesale et n'ont pas été établis spécifiquement pour la requérante. S'il ressort de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 20 février 2004 et de l'arrêt sur appel du 12 juillet 2004 que la requérante a rendu suffisamment vraisemblable que sa qualité de revendeur ne pouvait échapper à l'intimée et que le contrat du 10 octobre

2003, interprété selon le principe de la confiance, n'empêchait pas la revente, au vu de ses conditions générales peu claires, il n'en demeure pas moins que le contrat initialement signé n'était pas un contrat wholesale, mais un contrat de "server housing + voice direct", qui différait totalement des contrats wholesale, tels qu'utilisés habituellement par les opérateurs de téléphonie, et portait sur de la téléphonie classique, à savoir des appels entrants et sortants sur les différents réseaux suisses et étrangers et non exclusivement, comme cela a été le cas dans les faits (sans que cela ne soit certes prohibé expressément par le contrat), sur la terminaison d'appels sur le réseau mobile de sunrise. Un tel contrat était en principe destiné à des clients finaux. Il résulte en outre de cette ordonnance que l'intimée admet elle-même que l'ensemble des grands opérateurs n'entend pas facturer leurs prestations, dans le cadre de contrats wholesale, en-dessous du tarif de CH [...] la minute.

Il y a lieu de constater que le seul fait que l'intimée cherche à aligner, à l'échéance du contrat, les prix qu'elle entend facturer à la requérante sur ceux pratiqués dans ses autres contrats wholesale ne constitue pas un abus de position dominante, mais est au contraire fondé sur un motif objectif, non arbitraire de mettre fin au premier contrat. Elle n'a en effet aucune raison pertinente de favoriser la requérante par rapport à ses autres clients wholesale.

Force est d'en conclure qu'à ce stade du raisonnement, la requérante ne rend pas suffisamment vraisemblable qu'en cherchant à imposer un prix supérieur à celui découlant du contrat venu à échéance le 10 octobre 2004, le comportement de l'intimée constituerait une entrave illicite à l'accès à la concurrence.

bb) Il reste à examiner si l'intimée, en cherchant à fixer à l'ensemble de ses clients wholesale, qui veulent terminer des appels destinés à des abonnés mobiles de sunrise, un prix de CHF [...] la minute, abuse de sa position dominante, en particulier entend imposer un prix inéquitable au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre c LCart.

La qualification de conditions commerciales comme inéquitables dépend des circonstances du cas d'espèces. L'article 7 alinéa 2 lettre c LCart n'exige pas d'une entreprise dominante qu'elle pratique un "juste prix", ce qui serait contraire au modèle de l'économie de marché. Le caractère inéquitable d'un prix peut être établi soit selon la méthode relative, soit selon la méthode absolue, soit par référence avec une réglementation étatique des prix dans le secteur en cause (CLERC, op. cit., nos 196 et 197 ad art. 7 LCart, p. 432 s.). Selon la méthode relative, le caractère inéquitable peut être déterminé par comparaison avec les conditions qui résulteraient d'une concurrence efficace sur le marché en cause. Il peut aussi être déduit d'une comparaison avec les prix et autres conditions commerciales pratiquées sur un autre marché géographique où la concurrence fonctionne pour le même produit, mais par exemple dans un Etat voisin (CLERC, op. cit., no 199 ad art. 7 LCart, p. 433). A défaut de marché comparable, le caractère inéquitable est apprécié selon la méthode absolue, les conditions commerciales étant équitables

étant équitables lorsqu'elles sont dans un rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation de l'entreprise dominante. Le caractère inéquitable d'un prix peut notamment être mesuré en comparant le prix de vente du produit avec les coûts de production ou le prix de revient, comparaison d'où se dégage l'importance de la marge bénéficiaire (CLERC, op. cit., no 200 ad art. 7 LCart, p. 434). L'appréciation des coûts de production, même à l'aide des méthodes d'analyse économique les plus récentes, peut s'avérer difficile (CLERC, op. cit., no 204 ad art. 7 LCart, p. 436).

Dans la mesure où la requête tend à une exécution anticipée du droit au fond, le juge des mesures provisionnelles doit se montrer plus exigeant sur le degré de vraisemblance requis, les mesures provisoires ne pouvant être ordonnées que si la requête est à première vue bien fondée (REYMOND, op. cit., nos 56 et 60 ad art. 17 LCart, p. 709 s.).

En l'occurrence, force est de constater que le degré de vraisemblance accrue requis n'est pas atteint. L'appréciation du caractère inéquitable d'un prix, tant dans la méthode relative que la méthode absolue, présuppose une analyse complexe des marchés en cause, des prix à comparer et des conditions existantes sur les divers marchés géographiques entrant en ligne de compte, respectivement une analyse non moins complexe des coûts de production et des prix de revient. Une telle appréciation nécessite des connaissances techniques approfondies et exige impérativement le recours à des expertises. A défaut d'une telle expertise, le juge civil ne dispose d'aucun élément lui permettant d'apprécier la question.

Les articles de presse et rapports divers, produits par la requérante à l'appui de ses allégations sur la question du coût prohibitif de terminaison des appels, ne suffisent à l'évidence pas à établir une vraisemblance accrue de prix inéquitables. Il en va de même du fait que le tarif proposé aujourd'hui à l'intimée de CHF [...] la minute est légèrement plus élevé que celui de CHF [...] la minute qui lui avait été offert en décembre 2003 (selon ce que relève l'ordonnance de mesures provisionnelles du 20 février 2004), alors que le prix des prestations en la matière tend à baisser. De surcroît, le fait que l'intimée offre aux titulaires d'abonnés sunrise Business un tarif de CHF [...] la minute pour les appels effectués de portable à portable ne saurait être pertinent. Enfin, s'il est à priori surprenant que les prix pratiqués envers un revendeur soient plus élevés que ceux d'un client final, cela ne crée pas encore une vraisemblance accrue de prix inéquitables. En définitive, le juge des mesures provisionnelles, sans aucun élément de référence au sujet des coûts de l'intimée, ne saurait fixer provisionnellement des conditions de fourniture de service de télécommunication.

Au demeurant, il y a lieu de relever que, dans le cadre des procédures menées par la Commission de la concurrence (Comco) relatives aux prix de la terminaison des appels sur le réseau mobile des opérateurs principaux sur le marché wholesale, cette autorité, pourtant mieux à même de se prononcer que le juge civil en ce domaine, n'a rendu aucune ordonnance de mesures

provisionnelles. Il ressort en outre du rapport annuel 2003 de la ComCom que dans le domaine des prix d'interconnexion, la Comco a rejeté les requêtes de mesures provisionnelles déposées - par l'intimée notamment -, ce qui démontre que les questions en matière de prix au regard de la LCart sont à ce point complexes que des mesures provisionnelles en la matière apparaissent pratiquement exclues.

Enfin, le fait pour l'intimée de résilier le contrat pour l'échéance de la période fixe initiale ne saurait constituer un abus de position dominante, même s'il est peu courant qu'un opérateur fasse usage d'un tel droit envers un client qui remplit par ailleurs ses obligations contractuelles. Il s'agit là de l'exercice normal d'un droit contractuel, qui ne peut être abusif que s'il tend à imposer des conditions commerciales inéquitables, ce qui, fort de ce qui précède, n'est pas rendu suffisamment vraisemblable en l'espèce.

Force est d'en conclure qu'à ce stade du raisonnement également, la requérante ne rend pas suffisamment vraisemblable qu'en cherchant à imposer un prix de CHF [...] la minute à l'ensemble de ses clients wholesale, l'intimée exploiterait sa position dominante.

Au vu de ce qui précède, la requérante ne rend pas vraisemblable un comportement abusif de la part de l'intimée, de sorte que sa requête de mesures provisionnelles doit être rejetée pour ce premier motif. Au surplus, elle n'est pas menacée d'un dommage difficilement réparable pour les raisons suivantes.

IV. a) Pour être admises, les mesures provisionnelles doivent également prévenir la menace d'un danger sérieux propre à causer un dommage difficilement réparable, soit un dommage que même un jugement favorable au fond ne pourrait pas (ou pas complètement) compenser et que seule une décision rapide est de nature à prévenir ou à faire cesser (DPC 2003/4, p. 972 ss., spéc. p. 982).

Un dommage exclusivement pécuniaire doit être considéré comme difficilement réparable lorsqu'il ne pourra pas être compensé (ou ne l'être que difficilement) par des dommages-intérêts. Tel sera en particulier le cas lorsqu'il risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, notamment lorsque l'entrave subie par le requérant est de nature à lui faire perdre des clients ou à affaiblir sa position sur le marché; lorsque la solvabilité de l'intimé est douteuse; lorsque l'entrave met en danger l'existence même du requérant; lorsque le requérant risque de ne pas pouvoir obtenir la réparation de son dommage, en particulier dans les litiges à caractère international (REYMOND, op. cit., nos 68 à 73, p. 711 s.).

b) La requérante soutient que si le tarif de CHF [...] la minute pour la terminaison des appels auprès des abonnés mobiles de sunrise lui est imposé, elle sera amenée à cesser toute activité commerciale dans ce secteur et, partant, à "mettre la clé sous le paillasson". Elle ne rend cependant nullement vraisemblables ces allégations. Dès lors que le prix litigieux est un prix standard pour les clients wholesale de l'intimée, il est au contraire peu vraisemblable qu'un tel prix impliquerait pour elle la fin irrémédiable de ses

activités et la perte de tous ses investissements. Ceux-ci se sont élevés à environ CHF [...] (selon ce que relève l'ordonnance de mesures provisionnelles du 20.2.2004) et ont pu être amortis pendant la durée du contrat, compte tenu du volume de trafic généré par la requérante. Dans le cadre de cet éventuel nouveau contrat wholesale, la requérante serait simplement placée sur un pied d'égalité avec ses concurrents auprès de l'intimée. Si la requérante devait gagner sur le fond, il apparaît que l'intimée est suffisamment solvable pour assumer les éventuels dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée. Le simple dommage financier auquel est le cas échéant exposé la requérante, qui ne semble pas particulièrement malaisé à chiffrer dès lors que le prix équitable (à supposer que le prix de CHF [...] soit constitutif d'un abus de position dominante) sera fixé par la procédure au fond, est ainsi réparable.

VII. a) Dès lors qu'il n'est pas suffisamment vraisemblable que la résiliation du contrat de prestation de services soit contraire à la LCart, il y a lieu de constater que celle-ci est valablement intervenue ce 10 octobre 2004, de sorte que l'effet des précédentes mesures provisionnelles a pris fin à cette date.

Au demeurant, le Juge de céans donne acte que l'intimée est prête à poursuivre des relations contractuelles aux conditions énoncées dans son offre du 22 septembre 2004. La requête de mesures provisionnelles doit pour le surplus être rejetée.

b) Aux termes de l'article 170a du Tarif des frais judiciaires en matière civile, le requérant paie CHF [...] en

cas de mesures provisionnelles. L'alinéa 3 prévoit toutefois que "(...), lorsque la cause impose un travail particulièrement important, et pour autant que la situation des parties le permette, le juge peut augmenter l'émolument des mesures provisionnelles jusqu'à concurrence de CHF [...]". Compte tenu de la complexité de l'affaire et du nombre important de pièces produites à l'appui de cette requête, il convient de fixer les frais des procédures préprovisionnelle à provisionnelle à CHF [...] pour la requérante.

c) Au surplus, l'intimée, qui obtient gain de cause, a droit à de pleins dépens (art. 92 al. 1^{er} CPC), à la charge de la requérante, qu'il convient d'arrêter à CHF [...].

Pour ces motifs, le juge instructeur, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles:

I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 16 septembre 2004 par Switzernet Sàrl.

II. Dit que l'effet des mesures provisionnelles selon ordonnances des 20 février et 20 avril 2004 confirmées par écrit sur appel du 12 juillet 2004 a pris fin le 10 octobre 2004.

III. [Frais de procédure]

IV. [Dépens]

V. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel.

D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 1	<i>Erlasse, Bekanntmachungen</i> <i>Actes législatifs, communications</i> <i>Atti legislativi, comunicazioni</i>
D 1	1. <i>Formular vom 20. Dezember 2004 (BBI 2005 738) für die Meldung einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung</i>

I. *Erläuterungen*

I.1. *Grundlage und Zweck*

Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält,¹ wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet (vgl. den am 1.4.2004 in Kraft getretenen Art. 49a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]).

Die Belastung entfällt unter anderem, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Die Belastung entfällt allerdings nicht, wenn dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26-30 KG mitgeteilt wird und es danach an der Wettbewerbsbeschränkung festhält (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG).²

Meldung der Wettbewerbsbeschränkung

Dieses Meldeformular legt die Voraussetzungen einer Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG fest und soll dem meldenden Unternehmen gleichzeitig das Einreichen der Meldung eines möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens erleichtern (vgl. Art. 16 der Verordnung über die Sanktionen bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung KG-Sanktionenverordnung, SVKG, vom 12.3.2004).

Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26-30 KG/Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung

Bei Meldungen nach Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG haben die Wettbewerbsbehörden zu entscheiden, ob ein Verfahren nach Artikel 26-30 KG zu eröffnen ist. Dazu müssen sie über ein Minimum an Informationen verfügen. Die in diesem Formular verlangten Angaben sollen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) erlauben, rasch und mit minimalem administrativem Aufwand zu beurteilen, ob das gemeldete Verhalten Anlass für die Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26-30 KG gibt.

Das Sekretariat ist gerne bereit, Fragen zum Meldeformular oder zur Beurteilung von Wettbewerbsbe-

schränkungen im Allgemeinen zu beantworten. An der Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen und das Sekretariat können vor der Meldung Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen (vgl. auch Abschnitt I.5 dieses Formulars). Die Adresse des Sekretariats lautet:

Sekretariat der Wettbewerbskommission
Monbijoustrasse 43
3003 Bern
Telefon 031 322 20 40
Fax 031 322 20 53
e-mail: weko@weko.admin.ch

I.2. *Begriffsbestimmungen*

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung: Eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist entweder eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG oder eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Artikel 7 KG (vgl. Anhang 1).

Beteiligte(s) Unternehmen:

Dieser Begriff umfasst:

- bei Wettbewerbsabreden: diejenigen Unternehmen, welche die Abrede vereinbart haben oder welche sich der Abrede später angeschlossen haben;
- bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen: das oder die möglicherweise marktbeherrschende(n) Unternehmen.

¹ Die Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG sind im Anhang 1 zu diesem Formular wiedergegeben.

² Gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 entfällt die Belastung auch, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird, d.h. die Meldung oder Auflösung erfolgt spätestens bis am 31. März 2005. Das vorliegende Formular kann somit auch für die Meldung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung innerhalb der genannten Übergangsfrist benutzt werden. Hingegen ist dieses Formular nicht zu verwechseln mit einer Selbstanzeige gemäss Art. 9 Abs. 2 SVKG.

Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffener Bereich ("relevanter Markt"): Er umfasst alle Tätigkeiten und Waren oder Dienstleistungen, auf welche sich die Wettbewerbsbeschränkung bezieht oder welche von der Wettbewerbsbeschränkung in nennenswertem Ausmass beeinflusst werden. Beispiel: Legen die Hersteller von Vitaminen die Preise für ihre Vitaminprodukte gemeinsam fest, handelt es sich beim von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich um die Vitaminprodukte der an der Preisabrede beteiligten Unternehmen, aber auch um die Vitaminprodukte von Herstellern, welche nicht an der Abrede beteiligt sind, falls deren Stellung im Wettbewerb von der Preisabrede beeinflusst wird. Sofern von der Wettbewerbsabrede beeinflusst und für die Fragestellung relevant, gehören auch Nachfrager und Lieferanten zum von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.

1.3. Wer kann melden?

Bei Wettbewerbsabreden: Ein beteiligtes Unternehmen alleine oder die beteiligten Unternehmen gemeinsam. Eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen können sich durch ein oder mehrere der anderen beteiligten Unternehmen vertreten lassen.

Bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen: Das oder die möglicherweise marktbeherrschende/n Unternehmen. Beherrschen mehrere Unternehmen den Markt gemeinsam (kollektive Marktbeherrschung) kann die Meldung von einem der möglicherweise kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen alleine, von mehreren oder allen gemeinsam eingereicht werden.

Meldende Unternehmen oder ihre Vertreter mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen.

Die beteiligten Unternehmen können sich von einem Branchenverband vertreten lassen. In diesem Fall kann die Meldung auch vom Branchenverband eingereicht werden.

1.4. Wie ist zu melden?

Die Meldung ist in einer der Amtssprachen in dreifacher Ausfertigung beim Sekretariat einzureichen (Art. 15 SVKG). Die Beilagen können grundsätzlich auch in englischer Sprache eingereicht werden.

Um die Arbeit des Sekretariats zu erleichtern, sind die Antworten in der angegebenen Reihenfolge und mit der entsprechenden Nummer bezeichnet einzureichen.

1.5. Erleichterte Meldung

Das Sekretariat und das meldende Unternehmen können vor der Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Das Sekretariat kann dabei das Unternehmen von der Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Beurteilung des Falles nicht notwendig sind (Art. 17 SVKG).

Denkbar ist eine erleichterte Meldung beispielsweise, wenn das Sekretariat die von der Wettbewerbsabrede betroffenen Märkte bereits aus früheren Entscheidungen kennt oder wenn für ein Unternehmen bereits in einem früheren kartellrechtlichen Verfahren festgestellt worden ist, dass es auf einem bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung innehat.

1.6. Bestätigung des Eingangs der Meldung/ Fristenlauf/Tragweite der Meldung

Das Sekretariat bestätigt den meldenden Unternehmen den Eingang der Meldung.

Bei Meldungen nach Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG beginnt die Frist von fünf Monaten, innerhalb welcher die Wettbewerbsbehörde zu entscheiden hat, ob ein Verfahren nach Artikel 26-30 KG zu eröffnen ist, am Tag nach Eingang der Meldung beim Sekretariat der Wettbewerbskommission. Diese Frist endet nach fünf Monaten an jenem Tag, welcher dieselbe Tageszahl trägt wie der Tag des Fristbeginns; gibt es diese Tageszahl nicht, so endet die Frist am letzten Tag des fünften Monats (vgl. Art. 20 Abs. 1, 1. Satz, der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996, SR 251.4, der hier analog angewendet wird).³

Wird kein Verfahren nach Artikel 26-30 KG eröffnet, sind von der Sanktion befreit ausschliesslich die in der Meldung beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen. Erachtet das Sekretariat die Angaben oder Beilagen als unvollständig, so kann das Sekretariat das meldende Unternehmen auffordern, die Meldung zu ergänzen (vgl. Art. 18 SVKG).

In jedem Fall kann das Sekretariat von den beteiligten Unternehmen oder von Dritten zusätzliche Informationen einholen, die es als notwendig erachtet.

1.7. Geschäftsgeheimnisse

Artikel 25 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren haben. Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten. Ferner dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben.

Falls die Interessen eines beteiligten Unternehmens gefährdet werden, wenn bestimmte in diesem Formular verlangte Angaben veröffentlicht oder sonst wie Dritten oder einem anderen beteiligten Unternehmen bekannt gegeben werden, sind diese Angaben in geeigneter Form (z.B. separat) und als "Geschäftsgeheimnis" bezeichnet einzureichen. Das meldende Unternehmen kann zu diesem Zweck allenfalls eine Meldung einreichen, welche alle Angaben inklusive Geschäftsgeheimnisse beinhaltet, und zusätzlich eine

³ Bei Meldungen gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 ist die Wettbewerbsbehörde an keine Fristvorgaben gebunden.

Meldung beilegen, welche um Geschäftsgeheimnisse bereinigt ist.

Geschäftsgeheimnisse sind in der Regel einzelne Angaben, das heisst nicht ganze Dokumente. In jedem Fall ist anzugeben, weshalb diese Angaben Geschäftsgeheimnisse darstellen. Falls in der Meldung keine Aussagen über allfällige Geschäftsgeheimnisse gemacht werden, geht das Sekretariat davon aus, dass die Meldung keine Geschäftsgeheimnisse enthält.

I.8. Ausländische Meldeformulare

Werden Wettbewerbsbeschränkungen, die von Artikel 5 und/oder Artikel 7 KG erfasst werden, auch in anderen Staaten angemeldet, können in diesen Staaten eingereichte Meldungen grundsätzlich auch dem Sekretariat zugestellt werden.⁴ Allerdings müssen solche Meldungen in einer schweizerischen Amtssprache gehalten sein und alle in Teil II des vorliegenden Formulars verlangten Angaben enthalten. Ferner müssen diejenigen Stellen bezeichnet werden, an welchen die für die Meldung in der Schweiz relevanten Daten gefunden werden können.

Der Inhalt von Begriffen wie Wettbewerbsabrede, marktbeherrschendes Unternehmen, beteiligtes Unternehmen und andere sind in ausländischen Erlassen zum Teil nicht mit jenen im KG identisch. Wird beabsichtigt, Meldeformulare von anderen Staaten in der Schweiz einzureichen, wird daher empfohlen, vorgängig mit dem Sekretariat Kontakt aufzunehmen.

I.9. Antwort der Wettbewerbsbehörden

Wird dem Unternehmen innerhalb von fünf Monaten nach Eingang der Meldung keine Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26-30 KG mitgeteilt, das heisst erheben die Wettbewerbsbehörden innerhalb dieser Frist keinen Widerspruch gegen die angemeldete Wettbewerbsbeschränkung, so entfällt für den gemeldeten Sachverhalt eine Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG (vgl. Art. 19 SVKG).

I.10. Gebühren

Die Behandlung der Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Gebühren im Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) gebührenpflichtig.

Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung gilt ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-.

II. Für die Meldung der Wettbewerbsbeschränkung notwendige Angaben

1 Angaben zu den Unternehmen

Bitte geben Sie an:

1.1 Zum (Zu den) meldenden **Unternehmen**:

1.1.1 Firmenname, Rechtsform und Sitz des oder der Unternehmen/s, welche/s die Meldung einreicht/en.

1.1.2 Geschäftstätigkeiten dieses/r Unternehmen/s (kurze Beschreibung).

1.1.3 Namen, Adresse, Tel-Nr., Fax-Nr. und E-mail-Adresse sowie Funktion der Kontaktperson(en) in diesem/n Unternehmen.

1.2 Zum (Zu den) Vertreter/n des/der meldenden Unternehmen/s:

1.2.1 Name und Adresse.

1.2.2 Name der Kontaktperson/en sowie deren Tel-Nr., Fax-Nr. und E-mail-Adresse.

1.3 Zum (Zu den) **anderen beteiligten Unternehmen**:

1.3.1 Firmenname, Rechtsform und Sitz des/der Unternehmen/s, welche/s an der Wettbewerbsabrede beziehungsweise der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweise beteiligt ist/sind.

1.3.2 Geschäftstätigkeiten dieses/r Unternehmen/s (kurze Beschreibung).

1.3.3 Namen, Adresse, Tel-Nr., Fax-Nr. und E-mail-Adresse sowie Funktion der Kontaktperson(en) in diesem/n Unternehmen.

1.3.4 Sind diese anderen beteiligten Unternehmen von der Meldung unterrichtet? Falls nein: Bitte nennen Sie die Gründe, weshalb die anderen beteiligten Unternehmen nicht unterrichtet wurden.

1.4 Hatten Sie betreffend die hier gemeldete Wettbewerbsbeschränkung bereits früher Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden in der Schweiz? Falls ja, geben Sie bitte die entsprechende Registernummer an oder legen Sie die Korrespondenz bei.

1.5 Wurden Wettbewerbsbehörden anderer Länder ebenfalls von der Wettbewerbsbeschränkung in Kenntnis gesetzt? Falls ja:

a. Welche Wettbewerbsbehörden wurden von der Wettbewerbsbeschränkung in Kenntnis gesetzt?

b. Haben diese Wettbewerbsbehörden bereits über die Zulässigkeit beziehungsweise Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung entschieden? Falls ja: Legen Sie bitte den Entscheid dieser Wettbewerbsbehörden bei.

⁴ Solche Meldeformulare sind z.B. das Formblatt A/B der EU-Kommission (Bestandteil der Verordnung [EG] Nr. 3385/94 der Kommission vom 21.12.1994) oder Anmeldungen beim Bundeskartellamt (BKartA) auf Grundlage der Bekanntmachungen Nr. 109/98 und 110/98 über Verwaltungsgrundsätze des BKartA über das Verfahren bei der Anmeldung von diversen Kartellformen.

2 Beschreibung der Wettbewerbsbeschränkung

Bitte beschreiben Sie die Wettbewerbsbeschränkung, insbesondere

- 2.1. die Art der Wettbewerbsbeschränkung, das heisst,
 - 2.1.1. handelt es sich um eine in Artikel 5 Absatz 3 KG erwähnte horizontale Wettbewerbsabrede, das heisst um eine Abrede zwischen gegenwärtigen oder möglichen Konkurrenten über Preise, Mengen, Gebiete- oder Kunden oder um eine Kombination solcher Abreden?
 - 2.1.2. handelt es sich um eine in Artikel 5 Absatz 4 KG erwähnte vertikale Wettbewerbsabrede, das heisst um eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise oder über Gebietszuweisungen oder um eine Kombination solcher Abreden?
 - 2.1.3. handelt es sich um eine oder mehrere Verhaltensweise/n, die unter Artikel 7 KG fällt/fallen (vgl. Anhang 1)?

Falls Sie die zu meldende Wettbewerbsbeschränkung nicht mit Sicherheit einem der oben aufgezählten Tatbestände zuordnen können, bitten wir Sie sich zwecks Klärung dieser (oder auch anderer) Fragen mit dem Sekretariat in Verbindung zu setzen.

- 2.2. die Waren oder Dienstleistungen, auf welche sich die Wettbewerbsbeschränkung bezieht.
- 2.3. die Ziele, die mit der Wettbewerbsbeschränkung verfolgt werden respektive die Probleme, welche mit der Wettbewerbsbeschränkung gelöst werden sollen.⁵
- 2.4. (falls es sich bei der Wettbewerbsbeschränkung um eine Wettbewerbsabrede handelt) ob es zwischen den beteiligten Unternehmen weitere Vereinbarungen oder andere Kooperationsformen gibt oder ob es solche in den letzten drei Jahren gegeben hat.

3. Der Meldung beizulegende Unterlagen

- 3.1. Kopien der drei letzten Jahresrechnungen und Jahresberichte des/der meldenden Unternehmen/s und, sofern vorhanden, der anderen beteiligten Unternehmen.
- 3.2. Kopien der Verträge, von Korrespondenzen oder sonstiger schriftlicher oder elektronischer Aufzeichnungen, die der Wettbewerbsbeschränkung zugrunde liegen oder sonst mit ihr in einem Zusammenhang stehen.
- 3.3. sonstige sachdienliche Unterlagen, die Sie zur Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung als notwendig erachten (z.B. Kopien der Berichte, Analysen und Geschäftspläne, die im Hinblick auf die Wettbewerbsbeschränkung erstellt wurden).

4. Vollmacht

Der/die Vertreter des/r meldenden Unternehmen/s hat/ben sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen.

Falls es sich bei der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung um

- eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 3 KG handelt, beantworten Sie bitte den Frageblock 5.⁶
- eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG handelt, beantworten Sie bitte den Frageblock 6.⁷
- eine möglicherweise unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Artikel 7 KG handelt, beantworten Sie bitte den Frageblock 7.⁸

5. Angaben zu den Wettbewerbsverhältnissen bei Meldungen betreffend Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 3 KG

- 5.1. Bitte geben Sie an:
 - 5.1.1. den Umsatz⁹ für jedes der beteiligten Unternehmen, welchen diese mit den Waren oder Dienstleistungen, auf welche sich die Wettbewerbsabrede bezieht, im letzten Jahr erzielt haben.
 - 5.1.2. sofern bekannt, den ungefähren Gesamtumsatz, welche alle im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich tätigen Unternehmen im letzten Jahr insgesamt erzielt haben.
- 5.2. Bitte nennen Sie Firmennamen und Adressen Ihrer fünf wichtigsten Konkurrenten und geben Sie - falls bekannt - deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an. Als Konkurrenten gelten nur Unternehmen, welche nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligt sind.
- 5.3. Falls Sie der Auffassung sind, es sei für die Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsabrede notwendig, erläutern beziehungsweise nennen Sie bitte:

⁵ Bei Meldungen gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 sind hier zusätzlich zu beantworten: a) seit wann die Wettbewerbsbeschränkung besteht bzw. wann sie eingeführt wurde und b) ob die Wettbewerbsbeschränkung weiterhin bestehen bleibt oder ob sie in Zukunft nicht mehr praktiziert wird.

⁶ Falls Sie gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung melden und die Wettbewerbsbeschränkung in Zukunft nicht mehr praktiziert wird, sind keine weiteren Angaben zu machen oder Unterlagen beizulegen, d.h. die Frageblöcke 5, 6 oder 7 brauchen nicht beantwortet zu werden.

⁷ Siehe Fussnote 6.

⁸ Siehe Fussnote 6.

⁹ Bei Versicherungsgesellschaften treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieinnahmen, bei Banken und übrigen Finanzintermediären die Bruttoerträge, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (SR 952.0) unterstellt sind.

- 5.3.1. Firmennamen und Adressen derjenigen Unternehmen, welche in den letzten drei Jahren neu in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zugetreten sind. Falls es solche Unternehmen gibt, geben Sie bitte, sofern bekannt, deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an.
- 5.3.2. Firmennamen und Adressen jener Unternehmen, welche Ihres Erachtens über das Know-how, die finanziellen Mittel und alle sonst erforderlichen Fähigkeiten verfügen, um innerhalb kurzer Zeit (2 Jahre) neu als Konkurrenten in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zuzutreten.
- 5.3.3. die Vertriebs- und Nachfragestrukturen im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.
- 5.3.4. die Bedeutung von Forschung und Entwicklung (F+E) im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.
- 5.3.5. spezielle gesetzliche Vorschriften oder Bewilligungen/Konzessionen/Auflagen von Behörden, die den Wettbewerb im betroffenen Bereich beschränken.
- 5.3.6. andere Umstände, welche bei der Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsabrede zu berücksichtigen sind.
- 6. Angaben zu den Wettbewerbsverhältnissen bei Meldungen betreffend Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG**
- 6.1. Bitte beschreiben Sie anhand des in Anhang 2 befindlichen Schemas auf welcher Marktstufe Sie sich befinden.
- 6.2. Bitte geben Sie an
- 6.2.1. den Umsatz¹⁰ für jedes der beteiligten Unternehmen, welchen diese mit den Waren oder Dienstleistungen, auf welche sich die Wettbewerbsabrede bezieht, im letzten Jahr erzielt haben.
- 6.2.2. sofern bekannt, den ungefähren Gesamtumsatz, welche alle im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich tätigen Unternehmen im letzten Jahr insgesamt erzielt haben. Bitte geben Sie den Gesamtumsatz unterteilt nach Marktstufe an.
- 6.3. Bitte nennen Sie Firmennamen und Adressen Ihrer fünf wichtigsten Konkurrenten auf jeder betroffenen Marktstufe und geben Sie - falls bekannt - deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an. Als Konkurrenten gelten nur Unternehmen, welche nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligt sind.
- 6.4. Beschreiben Sie bitte den Vertrieb ab Herstellung bis zum Endkunden der von Ihnen vertriebenen und von der Wettbewerbsabrede betroffenen Waren oder Dienstleistungen.
- 6.5. Geben Sie bitte an, ob die Wettbewerbsbeschränkung zu einer Unterbindung von Parallelimporten führt.
- 6.6. Falls Sie der Auffassung sind, es sei für die Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsabrede notwendig, erläutern beziehungsweise nennen Sie bitte:
- 6.6.1. Firmennamen und Adressen derjenigen Unternehmen, welche in den letzten drei Jahren neu in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zugetreten sind. Falls es solche Unternehmen gibt, geben Sie bitte für jede Marktstufe, sofern bekannt, deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an.
- 6.6.2. für jede Marktstufe Firmennamen und Adressen jener Unternehmen, welche Ihres Erachtens über das Know-how, die finanziellen Mittel und alle sonst erforderlichen Fähigkeiten verfügen, um innerhalb kurzer Zeit (2 Jahre) neu als Konkurrenten in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zuzutreten.
- 6.6.3. die Bedeutung von Forschung und Entwicklung (F+E) im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.
- 6.6.4. spezielle gesetzliche Vorschriften oder Bewilligungen/Konzessionen/Auflagen von Behörden, die den Wettbewerb im betroffenen Bereich beschränken.
- 6.6.5. andere Umstände, welche bei der Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsabrede zu berücksichtigen sind.
- 7. Angaben zu den Wettbewerbsverhältnissen bei Meldungen betreffend möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Artikel 7 KG**
- 7.1. Bitte erläutern Sie, aus welchem Grund Sie davon ausgehen, Ihr Unternehmen sei marktbeherrschend im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG.
- 7.2. Bitte nennen Sie:
- 7.2.1. den Umsatz¹¹ des möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens, welchen dieses mit den Waren oder Dienstleistungen, auf welche sich die Wettbewerbsbeschränkung bezieht, im letzten Jahr erzielt hat.

¹⁰ Bei Versicherungsgesellschaften treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieinnahmen, bei Banken und übrigen Finanzintermediären die Bruttoerträge, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (SR 952.0) unterstellt sind.

¹¹ Bei Versicherungsgesellschaften treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieinnahmen, bei Banken und übrigen Finanzintermediären die Bruttoerträge, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss dem Bankengesetz vom 8. November 1934 (SR 952.0) unterstellt sind.

- 7.2.2. sofern bekannt, den ungefähren Gesamtumsatz, welche alle im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich tätigen Unternehmen im letzten Jahr insgesamt erzielt haben.
- 7.3. Bitte nennen Sie Ihre wichtigsten Konkurrenten und geben Sie deren Firmennamen und Adressen sowie - falls bekannt - deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an.
- 7.4. Bitte nennen Sie alle Unternehmen, die von der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweise betroffen sind. (Ein Unternehmen ist von einer möglicherweise unzulässigen Verhaltensweise betroffen, wenn es durch diese Verhaltensweise in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder benachteiligt werden könnte). Handelt es sich um eine Vielzahl von Unternehmen, sind zumindest fünf davon anzugeben.
- 7.5. Sofern Sie sich in Frage 7.1. als gegenüber bestimmten Lieferanten als marktbeherrschend bezeichnet haben, nennen Sie bitte Firmennamen und Adressen jener Ihrer Lieferanten, bei welchen Sie Abnehmer von vermutlich mehr als 20% des Umsatzes dieses Lieferanten sind. Massgebend ist derjenige Umsatz des Lieferanten, welchen dieser im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich erzielt (mögliche Abhängigkeit bestimmter Lieferanten von den beteiligten Unternehmen).
- 7.6. Bitte beschreiben Sie anhand des in Anhang 2 befindlichen Schemas auf welcher Marktstufe Sie sich befinden.
- 7.7. Geben Sie bitte an, ob die Wettbewerbsbeschränkung zu einer Unterbindung von Parallelimporten führt.
- 7.8. Falls Sie der Auffassung sind, es sei für die Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung notwendig, erläutern beziehungsweise nennen Sie bitte
- 7.8.1. Firmennamen und Adressen derjenigen Unternehmen, welche in den letzten drei Jahren neu in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zugezogen sind. Falls es solche Unternehmen gibt, geben Sie bitte, sofern bekannt, deren ungefähre Jahresumsätze im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich an.
- 7.8.2. Firmennamen und Adressen jener Unternehmen, welche Ihres Erachtens über das Know-how, die finanziellen Mittel und alle sonst erforderlichen Fähigkeiten verfügen, um innerhalb kurzer Zeit (2 Jahre) neu als Konkurrenten in den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich zuzutreten.
- 7.8.3. die Vertriebs- und Nachfragestrukturen im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.
- 7.8.4. die Bedeutung von Forschung und Entwicklung (F+E) im von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Bereich.
- 7.8.5. spezielle gesetzliche Vorschriften oder Bewilligungen/Konzessionen/Auflagen von Behörden, die den Wettbewerb im betroffenen Bereich beschränken.
- 7.8.6. andere Umstände, welche bei der Beurteilung der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen sind.

Anhang**Anhang 1: Auszug aus den materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes****Bundesgesetz
über Kartelle und andere
Wettbewerbsbeschränkungen
(Kartellgesetz, KG)**

vom 6. Oktober 1995 (Stand am 23.3.2004)

...

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

...

Art. 4 Begriffe

¹ 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.

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

...

2. Kapitel: Materiellrechtliche Bestimmungen**1. Abschnitt: Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen****Art. 5** Unzulässige Wettbewerbsabreden

...

³ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

⁴ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen bleiben.

...

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

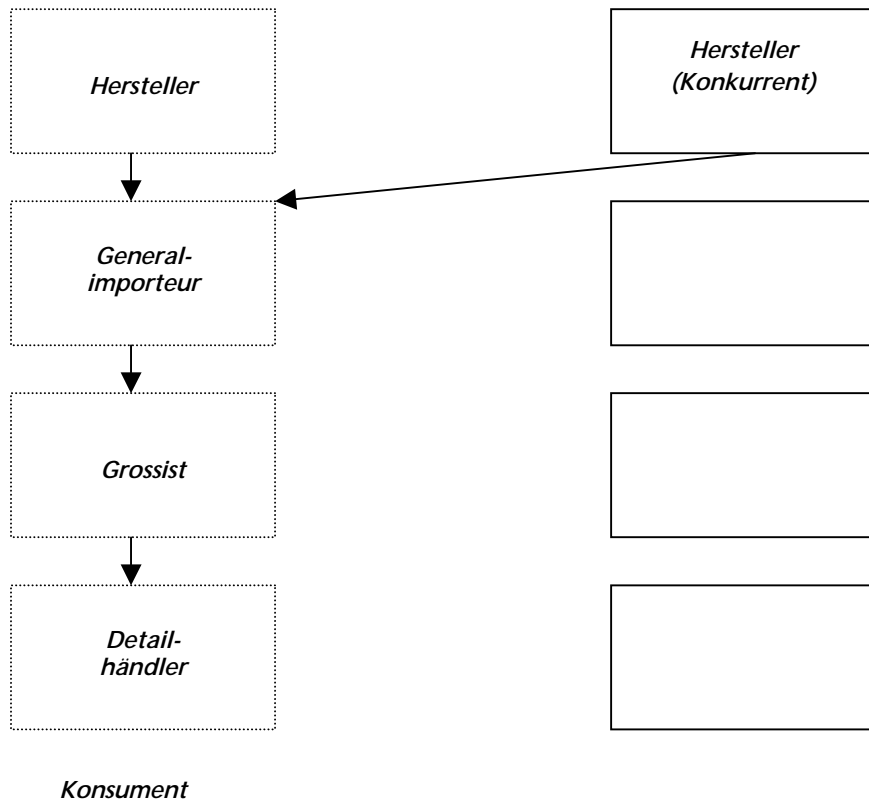
Anhang 2: Fragen 6.1 und 7.6 des Meldeformulars

Zur Veranschaulichung werden Sie gebeten, die wichtigsten Produktions- und Handelsstufen vom Produzenten bis Konsumenten einzufügen:

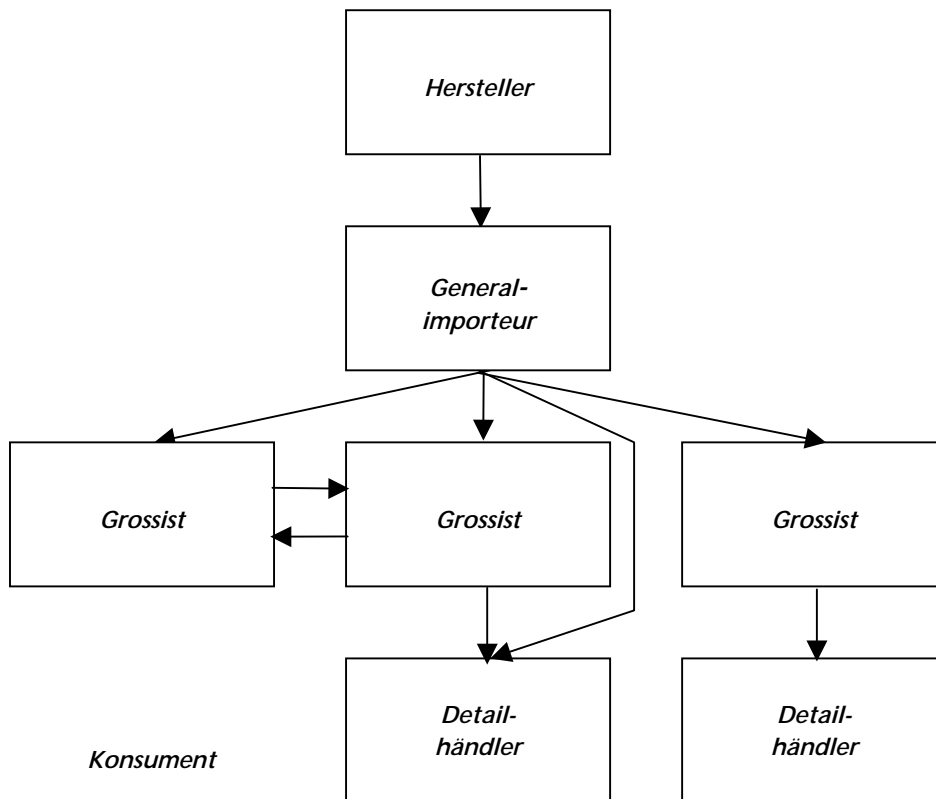
III. Z.B. Produzent/Hersteller/Lieferant; Generalimporteur; Grossist; Händler/Weiterverkäufer; Detailhändler; Konsument

Bitte zögern Sie nicht, weitere Grafiken, Strukturelemente oder Bemerkungen anzufügen.

Beispiel 1:



Beispiel 2:



D 1	1. Formulaire du 20 décembre 2004 (FF 2005 674) pour l'annonce d'une restriction à la concurrence potentiellement illicite
-----	---

I. Explications

I.1. Fondement et but

L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'article 7 LCart¹ est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (cf. art. 49a al. 1 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart; RS 251], entrée en vigueur le 1.4.2004).

Aucune sanction n'est prise notamment si l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets. Toutefois, une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des articles 26 à 30 LCart est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction (art. 49a al. 3 let. a LCart).²

Annnonce d'une restriction à la concurrence

Ce formulaire d'annonce pose les conditions d'une annonce selon l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart et tend à faciliter l'annonce d'une restriction à la concurrence par l'entreprise concernée (cf. art. 16 de l'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence, Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart du 12.3.2004).

Ouverture d'une procédure selon les articles 26 à 30 LCart/Evaluation des restrictions à la concurrence

Lors d'une annonce selon l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart les autorités de la concurrence décident si une procédure au sens des articles 26 à 30 LCart doit être ouverte. Dans ce but, elles doivent disposer d'un minimum d'informations. Les renseignements demandés dans ce formulaire doivent permettre au secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) de juger - rapidement et moyennant un travail administratif restreint - si le comportement annoncé donne lieu à l'ouverture d'une procédure selon les articles 26 à 30 LCart.

Le secrétariat répond volontiers aux questions concernant le formulaire d'annonce ou l'évaluation des restrictions à la concurrence en général. Le secrétariat et l'entreprise peuvent, avant que la restriction à la concurrence ne soit annoncée, convenir du contenu précis de cette annonce (cf. également le paragraphe I.5 de ce formulaire). L'adresse du secrétariat est la suivante:

Secrétariat de la Commission
de la concurrence
Monbijoustrasse 43
3003 Berne
Téléphone 031 322 20 40
Fax 031 322 20 53
e-mail: weko@weko.admin.ch

I.2. Définition des notions

Restriction illicite à la concurrence: Une restriction illicite à la concurrence est soit un accord illicite au sens de l'article 5 LCart, soit une pratique illicite d'une entreprise ayant une position dominante sur le marché au sens de l'article 7 LCart (cf. annexe 1).

Entreprise(s) participante(s):

Cette notion comprend:

- en cas d'accords en matière de concurrence: les entreprises qui ont conclu l'accord ou qui se sont jointes à l'accord par la suite;
- en cas de pratiques d'entreprises ayant une position dominante sur le marché: l'entreprise ou les entreprises ayant potentiellement une position dominante.

Le domaine concerné par la restriction à la concurrence ("marché de référence"): il comprend toutes les activités, marchandises ou prestations auxquelles se rapporte la restriction à la concurrence ou qui sont influencées de manière notable par la restriction de concurrence. Exemple: dans le cas des fabricants de vitamines qui fixent les prix de leurs produits, le domaine concerné par la restriction à la concurrence est non seulement les vitamines produites par les entreprises participant à l'accord sur les prix, mais aussi les vitamines produites par les fabricants qui ne sont pas parties à l'accord sur les prix, mais dont la position concurrentielle est influencée par l'accord sur les prix. Les demandeurs et les fournisseurs appartiennent également au domaine concerné par la restriction à la concurrence dans la mesure où ils sont influencés par l'accord sur les prix.

¹ Les art. 5 al. 3 et 4 ainsi que l'art. 7 LCart figurent dans l'annexe 1 de ce formulaire.

² Selon les dispositions transitoires relatives à la modification du 20 juin 2003, aucune sanction prévue à l'art. 49a LCart n'est prise lorsqu'une restriction à la concurrence est annoncée ou supprimée dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de cette disposition, soit jusqu'au 31 mars 2005. Le présent formulaire peut également être utilisé pour l'annonce de restrictions à la concurrence existantes durant le délai transitoire d'une année. En revanche, ce formulaire ne doit pas être confondu avec une autodénonciation au sens de l'art. 9 al. 2 OS LCart).

1.3. Qui peut annoncer?

En cas d'accords en matière de concurrence: une entreprise participante seule ou les entreprises participantes collectivement. Une ou plusieurs entreprises peuvent se faire représenter par une ou plusieurs entreprises participantes.

En cas de pratiques d'entreprises ayant une position dominante sur le marché: l'entreprise ou les entreprises ayant potentiellement une position dominante. Si plusieurs entreprises dominent collectivement le marché (position dominante collective), l'annonce peut être faite par une ou plusieurs entreprises ayant potentiellement une position dominante collective ou en commun par toutes ces entreprises.

Les entreprises annonceuses ou leurs représentants ayant leur siège social ou leur domicile à l'étranger doivent élire un domicile de notification en Suisse.

Les entreprises participantes peuvent être représentées par une association de la branche. Dans ce cas, l'annonce peut aussi être déposée par l'association de la branche.

1.4. Comment annoncer?

L'annonce doit être faite au secrétariat en triple exemplaire et dans l'une des langues officielles (art. 15 OS LCart). Les documents annexés peuvent en principe être rédigés en anglais.

Afin de faciliter le travail du secrétariat, les réponses doivent être présentées dans l'ordre défini et mentionner le numéro correspondant.

1.5. Annonce facilitée

Le secrétariat et l'entreprise peuvent, avant que la restriction à la concurrence ne soit annoncée, convenir du contenu précis de cette annonce. Le secrétariat peut alors dispenser l'entreprise de fournir certaines informations ou certains documents, s'il est d'avis que ceux-ci ne sont pas nécessaires à l'évaluation du cas (art. 17 OS LCart).

Une annonce facilitée peut être envisagée, par exemple, lorsque le secrétariat connaît déjà les marchés concernés par l'accord en raison de décisions précédentes ou lorsqu'il a déjà été constaté dans une procédure précédente en matière de droit des cartels que l'entreprise détient une position dominante sur un marché donné.

1.6. Confirmation de la réception de l'annonce/Délai/Portée de l'annonce

Le secrétariat accuse réception de l'annonce à l'entreprise.

En cas d'annonce au sens de l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart, le délai de cinq mois pendant lequel les autorités de la concurrence doivent décider si une procédure au sens des articles 26 à 30 LCart doit être ouverte commence à courir le lendemain de la réception de l'annonce au secrétariat de la Commission de la concurrence. Ce délai prend fin après cinq mois, le même quantième du jour de l'annonce, ou, à défaut, le dernier jour du cinquième mois (cf. art. 20 al. 1 1^{ère}

phrase de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17.6.1996 [RS 251.4] qui s'applique par analogie).³

Si aucune procédure au sens des articles 26 à 30 LCart n'est ouverte, seules les restrictions à la concurrence décrites dans l'annonce sont exemptées de sanctions. Si les informations ou les documents annexés sont incomplets sur un point important, le secrétariat peut inviter l'entreprise à fournir les compléments nécessaires (cf. art. 18 OS LCart).

Dans tous les cas, le secrétariat peut demander aux entreprises participantes ou à des tiers les informations supplémentaires qu'il estime nécessaires.

1.7. Secrets d'affaires

L'article 25 LCart prescrit que les autorités en matière de concurrence sont assujetties au secret de fonction. Les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent être utilisées qu'à des fins de renseignement ou d'enquête. En outre, les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires.

Les données exigées dans ce formulaire dont la publication ou la transmission à des tiers ou à une autre entreprise participante mettraient en danger les intérêts d'une entreprise participante doivent être déposées de manière appropriée (pas exemple de manière séparée) et marquées "secret d'affaires". Dans cette optique, l'entreprise annonceuse peut déposer une annonce comprenant toutes les informations y compris les secrets d'affaires, accompagnée d'une annonce purgée des secrets d'affaires.

Les secrets d'affaires ne sont en principe pas des documents complets, mais des informations isolées. Dans tous les cas, il faut indiquer pour quelles raisons ces informations constituent des secrets d'affaires. Si aucune mention des éventuels secrets d'affaires n'est faite dans l'annonce, le secrétariat part du principe que l'annonce ne contient aucun secret d'affaires.

1.8. Formulaire d'annonces étrangères

Lorsque des restrictions à la concurrence tombant potentiellement sous le coup des articles 5 et/ou 7 LCart sont annoncées auprès d'autres Etats, les annonces déposés auprès de ces Etats peuvent en principe également l'être auprès du secrétariat.⁴ Ces annonces doivent néanmoins être rédigées dans une langue officielle suisse et doivent comprendre les informations demandées dans la partie II du présent

³ En cas d'annonce selon la disposition transitoire les autorités de concurrence ne sont tenues par aucun délai.

⁴ Ainsi notamment, le formulaire A/B (annexé au Règlement [CE] n° 3385/94 de la Commission, du 21.12.1994) ou la "Anmeldungen beim Bundeskartellamt (BKartA)" sur la base des "Bekanntmachungen Nr. 109/98 und 110/98 über Verwaltungsgrundsätze des BKartA über das Verfahren bei der Anmeldung von diversen Kartellformen".

formulaire. Elles doivent en outre indiquer à quel endroit de l'annonce se trouvent les informations déterminantes pour l'annonce en Suisse.

Dans les législations étrangères, les notions telles qu'accord en matière de concurrence, entreprise ayant une position dominante, entreprise participante etc. ne recouvrent pas toujours des réalités identiques à celles de la LCart. Il est donc recommandé de prendre antérieurement contact avec le secrétariat si un formulaire d'annonce d'un autre Etat devait être déposé en Suisse.

I.9. Réponse des autorités de concurrence

Si l'entreprise n'est pas informée de l'ouverture d'une procédure au sens des articles 26 à 30 LCart dans les cinq mois suivant la réception de l'annonce, c'est-à-dire que les autorités en matière de concurrence ne soulèvent pas d'opposition contre la restriction à la concurrence annoncée dans ce délai, les faits annoncés ne sont pas sanctionnés au sens l'article 49a alinéa 1 LCart (art. 19 OS LCart).

I.10. Emoluments

L'évaluation d'une annonce d'une restriction à la concurrence est soumise à émolument conformément à l'Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la Loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2)

L'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il est de CHF 100.- à 400.- l'heure (art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

II. Informations nécessaires à l'annonce de la restriction à la concurrence

1. Informations sur les entreprises

Veillez indiquer:

1.1 Pour la/les entreprise(s) annonceuse(s):

1.1.1 Raison sociale, forme juridique et siège de l'entreprise ou des entreprises qui déposent l'annonce.

1.1.2 Activités de cette/ces entreprise(s) (courte description).

1.1.3 Nom, adresse, numéro de téléphone et de fax, adresse e-mail et fonction de la personne de contact au sein de cette/ces entreprise(s).

1.2 Pour le/les représentants de l'entreprise ou des entreprises annonceuse(s):

1.2.1 Nom et adresse.

1.2.2 Nom, numéro de téléphone et de fax, adresse e-mail de la personne de contact.

1.3 Pour l'autre ou les autres entreprise(s) participante(s):

1.3.1 Raison sociale, forme juridique et siège de l'entreprise ou des entreprises qui participe(nt) à l'accord en matière de concurrence resp. exercent des pratiques potentiellement illicites.

1.3.2 Activités de cette/ces entreprise(s) (courte description).

1.3.3 Nom, adresse, numéro de téléphone et de fax, adresse e-mail et fonction de la personne de contact au sein de cette/ces entreprise(s).

1.3.4 Les autres entreprises participantes sont-elles informées de cette annonce? Dans la négative: veuillez indiquer les raisons pour lesquelles les autres entreprises participantes n'ont pas été informées.

1.4 Avez-vous déjà eu des contacts antérieurs avec les autorités suisses en matière de concurrence concernant la restriction à la concurrence qui fait l'objet de cette annonce? Dans l'affirmative, veuillez indiquer le numéro de référence ou joindre la correspondance y relative.

1.5 Les autorités en matière de concurrence d'autres pays ont-elles également été informées de ces restrictions à la concurrence? Dans l'affirmative:

a. Quelles autorités en matière de concurrence ont été informées?

b. Celles-ci se sont-elles déjà prononcées sur la licéité resp. l'illicéité de la restriction à la concurrence? Dans l'affirmative: veuillez annexer la décision de ces autorités.

2. Description de la restriction à la concurrence

Veillez décrire la restriction à la concurrence, en particulier,

2.1. le type de restriction à la concurrence, c'est-à-dire

2.1.1. s'agit-il d'un accord horizontal mentionné à l'article 5 alinéa 3 LCart, soit d'un accord entre entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes portant sur les prix, les quantités, la répartition des marchés ou de la clientèle ou d'une combinaison de ces accords?

2.1.2. s'agit-il d'un accord vertical mentionné à l'article 5 alinéa 4 LCart, soit d'un accord passé entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui impose un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ou qui attribue des territoires ou d'une combinaison de ces accords?

2.1.3. s'agit-il d'une ou de plusieurs pratiques tombant sous le coup de l'art. 7 LCart (cf. annexe 1)?

Si vous ne parvenez pas à classer avec certitude la restriction à la concurrence que vous souhaitez annoncer dans l'une des catégories mentionnées ci-dessus, veuillez mettre en rapport avec le Secrétariat afin de clarifier cette question (ou d'autres).

2.2. les marchandises ou les prestations concernées par la restriction à la concurrence.

2.3. les buts poursuivis par la restriction à la concurrence, resp. les problèmes censés être résolus par cette restriction à la concurrence.⁵

2.4. (s'agissant d'un accord en matière de concurrence) s'il existe entre les entreprises participantes d'autres conventions ou d'autres formes de coopération ou s'il y en eut durant les trois dernières années.

3. *Les documents à joindre à l'annonce*

3.1. Copies des comptes et des rapports annuels des trois dernières années de l'entreprise ou des entreprises annonceuse(s) et - dans la mesure où ils sont disponibles - des autres entreprises participantes.

3.2. Copies des contrats, de la correspondance ou d'autres documents écrits ou électroniques à la base de la restriction à la concurrence ou en rapport avec celle-ci.

3.3. Autres documents portant sur des faits que vous estimez nécessaires à l'appréciation de la restriction à la concurrence (p.ex: copies des rapports, analyses et business plans établis en vue de la restriction à la concurrence).

4. *Procuration*

Le/les représentant(s) de l'entreprise ou des entreprises annonceuse(s) doit(ent) justifier d'une procuration écrite.

Si la restriction à la concurrence annoncée concerne:

- un accord en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart, veuillez remplir la partie 5 du formulaire.⁶

- un accord en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, veuillez remplir la partie 6 du formulaire.⁷

- une pratique potentiellement illicite d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'article 7 LCart, veuillez remplir la partie 7 du formulaire.⁸

5. *Informations sur les conditions de concurrence en cas d'annonce concernant un accord au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart*

5.1. Veuillez indiquer:

5.1.1. pour chacune des entreprises participantes, le chiffre d'affaires⁹ se rapportant aux marchandises ou prestations visées par l'accord réalisé lors de la dernière année.

5.1.2. dans la mesure où il est connu, le chiffre d'affaires total approximatif réalisé lors de la dernière année par toutes les entreprises actives dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en question.

5.2. Veuillez indiquer la raison sociale et l'adresse de vos cinq principaux concurrents, ainsi que - dans la mesure où vous en avez connaissance - leur chiffre d'affaires annuel respectif dans le domaine concerné par la restriction à la

concurrence. Seules les entreprises qui ne sont pas parties à l'accord sont considérées comme concurrentes.

5.3. Si vous êtes de l'avis que ces éléments sont nécessaires pour l'évaluation de l'accord annoncé, veuillez indiquer

5.3.1. la raison sociale et l'adresse des entreprises qui sont apparues dans le domaine concerné par la restriction de la concurrence au cours des 3 dernières années. Dans la mesure où de telles entreprises existent, veuillez indiquer, si possible, leur chiffre d'affaires annuel approximatif réalisé dans le domaine concerné.

5.3.2. la raison sociale et l'adresse des entreprises qui selon vous disposent du know-how, des moyens financiers et des autres capacités nécessaires afin d'entrer à court terme (2 ans) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en tant que nouveau concurrent.

5.3.3. les structures de distribution et de demande dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.

5.3.4. l'importance de la recherche et du développement (R & D) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.

5.3.5. les dispositions légales spéciales ou les autorisations/concessions/charges des autorités limitant la concurrence dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.

5.3.6. les autres paramètres dont il faut tenir compte pour évaluer l'accord annoncé.

⁵ Veuillez répondre aux deux questions supplémentaires suivantes en cas d'annonce selon la disposition transitoire relative à la modification du 20 juin 2003: a) à partir de quand la restriction de la concurrence existe-elle resp. quand a-t-elle été introduite? et b) cette restriction à la concurrence continuera-t-elle à exister ou ne sera-t-elle plus pratiquée dans le futur?

⁶ En cas d'annonce selon la disposition transitoire relative à la modification du 20 juin 2003 d'une restriction de la concurrence existante qui ne sera plus pratiquée dans le futur, il n'est pas nécessaire de donner d'autres informations ou de joindre d'autres documents. Les parties 5, 6 ou 7 du formulaire n'ont donc pas besoin d'être remplies.

⁷ Voir note de bas 6.

⁸ Voir note de bas 6.

⁹ Pour les sociétés d'assurances, il est tenu compte au lieu du chiffre d'affaires, du montant total des primes annuelles brutes; pour les banques et autres intermédiaires financiers soumis aux dispositions de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) relatives à l'établissement des comptes, il est tenu compte du produit brut.

6. Informations sur les conditions de concurrence en cas d'annonce concernant un accord au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart

- 6.1. Veuillez décrire au moyen du schéma de l'annexe 2 à quel échelon du marché vous vous situez.
- 6.2. Veuillez indiquer:
- 6.2.1. pour chacune des entreprises participantes, le chiffre d'affaires¹⁰ se rapportant aux marchandises ou prestations visées par l'accord réalisé lors de la dernière année.
- 6.2.2. dans la mesure où il est connu, le chiffre d'affaires total approximatif réalisé lors de la dernière année par toutes les entreprises actives dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en question. Veuillez indiquer le chiffre d'affaires total en fonction des échelons du marché.
- 6.3. Veuillez indiquer la raison sociale et l'adresse de vos cinq principaux concurrents à chaque échelon du marché en question, ainsi que - dans la mesure où vous en avez connaissance - leur chiffre d'affaires annuel respectif dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence. Seules les entreprises qui ne sont pas parties à l'accord sont considérées comme concurrentes.
- 6.4. Veuillez décrire le circuit de distribution - de la fabrication jusqu'au client final - de la marchandise que vous distribuez ou de la prestation que vous offrez et qui est visée par l'accord en cause.
- 6.5. Veuillez indiquer si l'accord conduit à empêcher les importations parallèles.
- 6.6. Si vous êtes de l'avis que ces éléments sont nécessaires pour l'évaluation de l'accord annoncé, veuillez indiquer
- 6.6.1. la raison sociale et l'adresse des entreprises qui sont apparues dans le domaine concerné par la restriction de la concurrence au cours des trois dernières années. Dans la mesure où de telles entreprises existent, veuillez indiquer, si possible, leur chiffre d'affaires annuel approximatif pour chaque échelon du marché réalisé dans le domaine concerné.
- 6.6.2. pour chaque échelon du marché, la raison sociale et l'adresse des entreprises qui selon vous disposent du know-how, des moyens financiers et des autres capacités nécessaires afin d'entrer à court terme (2 ans) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en tant que nouveau concurrent.
- 6.6.3. l'importance de la recherche et du développement (R & D) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.
- 6.6.4. les dispositions légales spéciales ou les autorisations/concessions/charges des autorités limi-

tant la concurrence dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.

- 6.6.5. les autres paramètres dont il faut tenir compte pour évaluer l'accord annoncé.

7. Informations sur les conditions de concurrence en cas d'annonce concernant une pratique potentiellement illicite d'une entreprise ayant une position dominante sur le marché au sens de l'article 7 LCart

- 7.1. Expliquez les raisons pour lesquelles vous estimez que votre entreprise a une position dominante sur le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart.
- 7.2. Veuillez indiquer:
- 7.2.1. le chiffre d'affaires¹¹ se rapportant aux marchandises ou prestations visées par la restriction à la concurrence réalisé lors de l'année dernière par l'entreprise ayant potentiellement une position dominante.
- 7.2.2. dans la mesure où il est connu, le chiffre d'affaires total approximatif réalisé lors de la dernière année par toutes les entreprises actives dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en question.
- 7.3. Veuillez indiquer la raison sociale et l'adresse de vos principaux concurrents, ainsi que - dans la mesure où vous en avez connaissance - leur chiffre d'affaires annuel respectif dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.
- 7.4. Veuillez indiquer toutes les entreprises touchées par les pratiques potentiellement illicites. Une entreprise est touchée par une pratique potentiellement illicite lorsqu'elle pourrait être entravée ou désavantagée dans son accès à la concurrence ou dans son exercice. Si le nombre d'entreprises touchées est important, veuillez en citer au moins cinq.

¹⁰ Pour les sociétés d'assurances, il est tenu compte au lieu du chiffre d'affaires, du montant total des primes annuelles brutes; pour les banques et autres intermédiaires financiers soumis aux dispositions de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) relatives à l'établissement des comptes, il est tenu compte du produit brut.

¹¹ Pour les sociétés d'assurances, il est tenu compte au lieu du chiffre d'affaires, du montant total des primes annuelles brutes; pour les banques et autres intermédiaires financiers soumis aux dispositions de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) relatives à l'établissement des comptes, il est tenu compte du produit brut.

- 7.5. Dans la mesure où vous vous êtes désigné sous chiffre 7.1 comme étant dominant sur le marché par rapport à certains de vos fournisseurs, veuillez indiquer la raison sociale et l'adresse de chacun de vos fournisseurs pour lesquels vous estimez représenter plus de 20% du chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires déterminant est celui du domaine concerné par la restriction à la concurrence (dépendance potentielle de certains fournisseurs à l'égard des entreprises participantes).
- 7.6. Veuillez décrire au moyen du schéma de l'annexe 2 à quel échelon du marché vous vous situez.
- 7.7. Veuillez indiquer si la restriction à la concurrence conduit à empêcher les importations parallèles.
- 7.8. Si vous êtes de l'avis que ces éléments sont nécessaires pour l'évaluation de la restriction à la concurrence annoncée, veuillez indiquer:
- 7.8.1. la raison sociale et l'adresse des entreprises qui sont apparues dans le domaine concerné par la restriction de la concurrence au cours des trois dernières années. Dans la mesure où de telles entreprises existent, veuillez indiquer, si possible, leur chiffre d'affaires annuel approximatif réalisé dans le domaine concerné.
- 7.8.2. la raison sociale et l'adresse des entreprises qui selon vous disposent du know-how, des moyens financiers et des autres capacités nécessaires afin d'entrer à court terme (2 ans) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence en tant que nouveau concurrent.
- 7.8.3. les structures de distribution et de demande dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.
- 7.8.4. l'importance de la recherche et du développement (R & D) dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence
- 7.8.5. les dispositions légales spéciales ou les autorisations/concessions/charges des autorités limitant la concurrence dans le domaine concerné par la restriction à la concurrence.
- 7.8.6. les autres paramètres dont il faut tenir compte pour évaluer la restriction à la concurrence annoncée.

Annexe

Annexe 1: *Extraits des dispositions matérielles de la Loi sur les cartels*

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

(Loi sur les cartels, LCart)

du 6 octobre 1995 (Etat le 23.3.2004)

...

Chapitre premier: Dispositions générales

...

Art. 4 Définitions

¹ Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence.

² Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

...

Chapitre 2: Dispositions de droit matériel

Section 1: Restrictions illicites à la concurrence

Art. 5 Accords illicites

...

³ Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement des prix;
- b. qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

⁴ Sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues.

...

Art. 7 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

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

² Sont en particulier réputés illicites:

- a. le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises);
- b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;
- c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable;
- d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;
- e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;
- f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

...

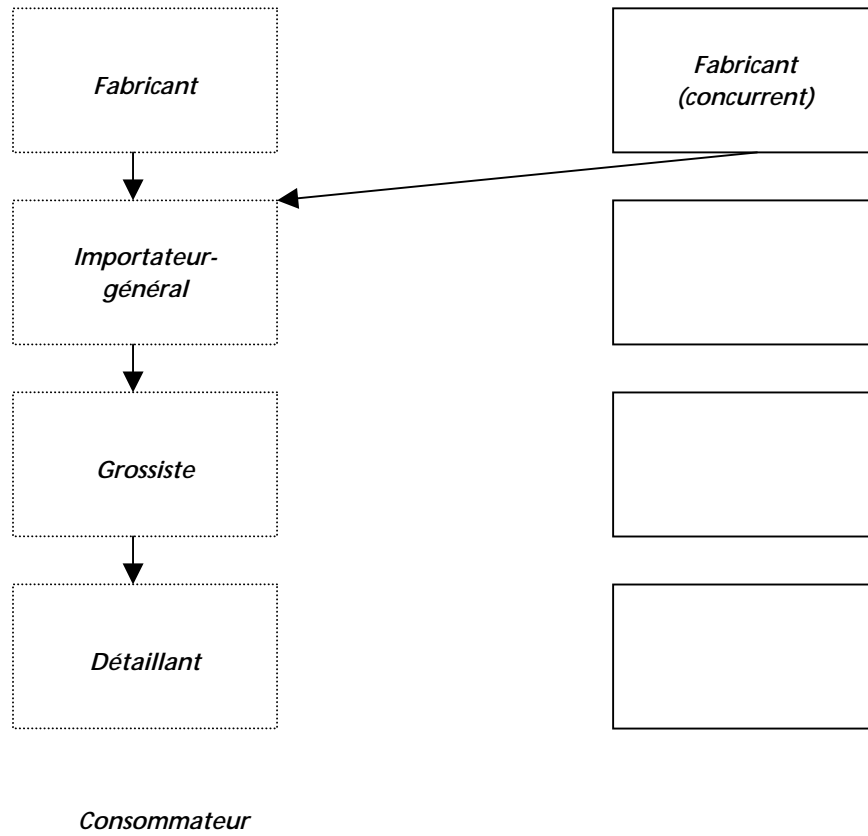
Annexe 2: Questions 6.1 et 7.6 du formulaire d'annonce

Dans un souci de clarté, veuillez remplir les principaux échelons de production et de distribution du producteur jusqu'au consommateur.

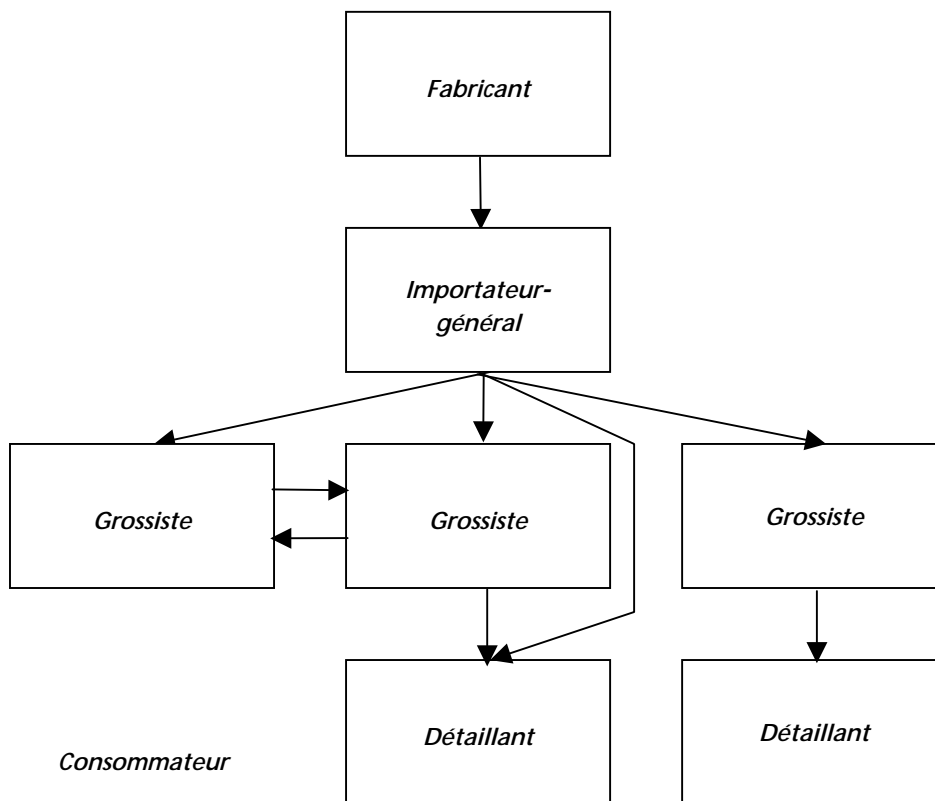
III. Par exemple: producteur/fabricant/fournisseur; importateur général; grossiste; commerçant/vendeur intermédiaire; détaillant; consommateur

N'hésitez pas à joindre d'autres graphiques, éléments structurels etc. ou à formuler des remarques.

Exemple 1:



Exemple 2:



D 1	3. Modulo del 20 dicembre 2004 (FF 2005 645) per l'annuncio di una limitazione della concorrenza potenzialmente illecita
-----	---

I. Considerazioni generali

I.1. Base e scopo

All'impresa che partecipa a un accordo illecito giusta l'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart o attua una pratica illecita giusta l'articolo 7 LCart¹ è addossato un importo sino al 10 per cento della cifra d'affari realizzata in Svizzera negli ultimi tre esercizi (v. art. 49a cpv. 1 della legge federale del 6.10.1995 sui cartelli e altre limitazioni illecite della concorrenza [Legge sui cartelli, LCart; RS 251], entrata in vigore il 1.4.2004).

Non è presa nessuna sanzione, in particolare, se l'impresa annuncia la limitazione della concorrenza prima che questa espliciti i suoi effetti. Tuttavia, se nei cinque mesi dall'annuncio le viene comunicata l'apertura di una procedura giusta gli articoli 26-30, la sanzione non decade qualora l'impresa mantenga la limitazione (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart).²

Annuncio della limitazione della concorrenza

Questo modulo d'annuncio precisa le condizioni di un annuncio giusta l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart e intende facilitare all'impresa interessata l'annuncio di una pratica che limita potenzialmente la concorrenza (cfr. art. 16 dell'ordinanza del 12.3.2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart - Ordinanza sulle sanzioni, OS LCart).

Apertura di una procedura giusta gli articoli 26-30 LCart/Valutazione delle limitazioni della concorrenza

In caso di annunci giusta l'articolo 49 capoverso 3 lettera a LCart, le autorità in materia di concorrenza devono decidere se occorra aprire una procedura giusta gli articoli 26-30 LCart. A tale scopo, devono disporre di un dato numero di informazioni. Le indicazioni richieste nel presente modulo devono permettere alla segreteria della Commissione della concorrenza (segreteria) di giudicare - rapidamente e con un minimo dispendio amministrativo - se la pratica annunciata dia motivo di aprire una procedura giusta gli articoli 26-30 LCart.

La segreteria risponde volentieri a eventuali domande concernenti il modulo d'annuncio o la valutazione delle limitazioni della concorrenza in generale. Prima di effettuare l'annuncio di una limitazione della concorrenza, la segreteria e l'impresa che formula l'annuncio possono stabilirne i particolari di comune accordo (v. anche il capoverso I.5 del presente modulo). L'indirizzo della segreteria è il seguente:

Segreteria della Commissione
della concorrenza
Monbijoustrasse 43
3003 Berna
Telefono 031 322 20 40
Fax 031 322 20 53
e-mail: weko@weko.admin.ch

I.2. Definizione delle nozioni

Limitazione illecita della concorrenza: una limitazione illecita della concorrenza può essere sia un accordo illecito giusta l'articolo 5 LCart sia una pratica illecita di un'impresa che domina il mercato giusta l'articolo 7 LCart (v. allegato 1).

Impresa/e partecipante/i:

Questa nozione comprende:

- in caso di accordi in materia di concorrenza: le imprese che hanno concluso l'accordo o che vi hanno aderito successivamente.
- in caso di pratiche di imprese che dominano il mercato: l'impresa che occupa o le imprese che occupano potenzialmente una posizione dominante.

Settore interessato dalla limitazione della concorrenza ("mercato rilevante"): comprende tutte le attività, merci o servizi ai quali si riferisce la limitazione della concorrenza o che ne sono influenzati in misura considerevole. Esempio: se i fabbricanti di vitamine fissano di comune accordo i prezzi dei loro prodotti, il settore interessato dalla limitazione della concorrenza non riguarda soltanto le vitamine prodotte dalle imprese che partecipano all'accordo sui prezzi, bensì anche le vitamine prodotte dai fabbricanti che non partecipano all'accordo ma la cui posizione concorrenziale ne è influenzata. I richiedenti e i fornitori sono inclusi nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza nella misura in cui sono influenzati dall'accordo in materia di concorrenza.

¹ L'articolo 5 cpv. 3 e 4 e l'articolo 7 LCart sono riportati nell'allegato 1 al presente modulo.

² Secondo la disposizione transitoria relativa alla modifica della LCart del 20 giugno 2003, se una limitazione attuale della concorrenza è annunciata o eliminata entro un anno dall'entrata in vigore dell'articolo 49a LCart, ossia entro il 31 marzo 2005, non saranno prese sanzioni in virtù di tale disposizione. Il presente modulo può anche essere utilizzato per l'annuncio di limitazioni della concorrenza esistenti durante il termine transitorio di un anno. Per contro, questo modulo non è da confondere con un'autodenuncia giusta l'articolo 9 capoverso 2 OS LCart.

1.3. Chi può annunciare?

In caso di accordi in materia di concorrenza: una singola impresa partecipante o tutte le imprese partecipanti collettivamente. Una o più imprese coinvolte hanno la possibilità di farsi rappresentare da una o da più imprese anch'esse coinvolte.

In caso di pratiche di imprese che dominano il mercato: la o le impresa/e che occupa/no potenzialmente una posizione dominante. Se più imprese dominano collettivamente il mercato (dominio collettivo del mercato), l'annuncio può essere effettuato da una o più imprese che occupano potenzialmente una posizione di dominio collettivo o da tutte le imprese congiuntamente.

Le imprese che formulano l'annuncio o i loro rappresentanti con sede sociale o domicilio all'estero devono designare un domicilio di notifica in Svizzera.

Le imprese partecipanti possono farsi rappresentare da un'associazione di categoria. In tal caso, l'annuncio può essere presentato anche dall'associazione di categoria.

1.4. Come si annuncia?

L'annuncio va inoltrato alla segreteria in triplice copia in una delle lingue ufficiali (art. 15 OS LCart). Gli allegati possono in genere essere redatti anche in inglese.

Per facilitare il lavoro della segreteria, le risposte devono essere presentate nell'ordine definito e recare il numero corrispondente.

1.5. Annuncio facilitato

Prima di effettuare l'annuncio di una limitazione della concorrenza, la segreteria e l'impresa che formula l'annuncio possono stabilirne i particolari di comune accordo. La segreteria può dispensare l'impresa dal fornire determinate indicazioni o determinati documenti se reputa che questi non sono necessari per l'esame del caso (art. 17 OS LCart).

Un annuncio facilitato entra in considerazione, ad esempio, se la segreteria è già a conoscenza dei mercati interessati dall'accordo in seguito a decisioni precedenti o se è già stato accertato in un'altra procedura in materia di diritto dei cartelli che l'impresa occupa una posizione dominante su un dato mercato.

1.6. Conferma del ricevimento dell'annuncio/ Scadenza dei termini/Portata dell'annuncio

La segreteria conferma il ricevimento dell'annuncio all'impresa che lo ha effettuato.

In caso di annunci giusta l'articolo 49 capoverso 3 lettera a LCart, il termine di cinque mesi entro il quale l'autorità in materia di concorrenza deve decidere se occorra aprire una procedura giusta gli articoli 26-30 LCart decorre a partire dal giorno seguente l'arrivo dell'annuncio alla segreteria della Commissione della concorrenza. Questo termine scade dopo cinque mesi, allo spirare di quel giorno che per il numero corrisponde a quello dell'inizio della decorrenza del termine; se tal giorno manca nel quinto mese successivo, il termine scade l'ultimo giorno di detto mese (v. art.

20 cpv. 1, primo periodo, dell'ordinanza del 17.6.1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese, RS 251.4, qui applicata per analogia).³

Se non è aperta nessuna procedura giusta gli articoli 26-30 LCart, sono esentate da sanzioni unicamente le limitazioni della concorrenza descritte nell'annuncio. Se ritiene che le indicazioni o i documenti siano incompleti, la segreteria può invitare l'impresa che ha formulato l'annuncio a completarli (v. art. 18 OS LCart).

In ogni caso, la segreteria può chiedere alle imprese partecipanti o a terzi le informazioni supplementari che ritiene necessarie.

1.7. Segreti d'affari

L'articolo 25 LCart stabilisce che le autorità in materia di concorrenza devono serbare il segreto d'ufficio. Quanto appreso nell'esercizio delle loro funzioni può essere utilizzato unicamente per gli scopi perseguiti dalla raccolta d'informazioni o dalla procedura. Le pubblicazioni delle autorità in materia di concorrenza non devono rivelare segreti d'affari.

Le indicazioni richieste nel presente modulo, la cui pubblicazione o trasmissione a terzi o a un'altra impresa partecipante minaccerebbero gli interessi di un'impresa partecipante, vanno inoltrate in una forma appropriata (ad es. separatamente) e contrassegnate come "segreti d'affari". In tale ottica, l'impresa che formula l'annuncio può presentare un annuncio contenente tutte le indicazioni, compresi i segreti d'affari, accompagnato da un annuncio depurato dai segreti d'ufficio.

I segreti d'ufficio non sono generalmente documenti completi, ma singole informazioni. In ogni caso, occorre indicare per quali motivi queste indicazioni costituiscono dei segreti d'affari. Se nell'annuncio non si fa riferimento ad eventuali segreti d'affari, la segreteria parte dal presupposto che l'annuncio non ne contenga.

1.8. Moduli d'annuncio stranieri

Se le limitazioni della concorrenza disciplinate dagli articoli 5 e/o 7 LCart sono annunciate anche in altri Stati, gli annunci presentati presso tali Stati possono per principio essere inoltrati anche alla Commissione della concorrenza.⁴ Gli annunci devono tuttavia essere redatti in una lingua ufficiale svizzera e contenere le informazioni richieste nella parte II del presente modulo. Devono inoltre indicare in quale punto dell'annuncio si trovano le informazioni determinanti per l'annuncio in Svizzera.

³ In caso di annuncio giusta la disposizione transitoria le autorità in materia di concorrenza non sono legate ad alcuna scadenza.

⁴ Si tratta, ad esempio, del modulo A/B (allegato al Regolamento [CE] n. 3385/94 della Commissione, del 21 dicembre 1994) o delle "Anmeldungen beim Bundeskartellamt (BKartA)" sulla base delle "Bekanntmachungen Nr. 109/98 und 110/98 über Verwaltungsgrundsätze des BKartA über das Verfahren bei der Anmeldung von diversen Kartellformen".

Negli atti legislativi di altri paesi, le nozioni quali accordo in materia di concorrenza, impresa che domina il mercato, impresa partecipante, ecc., non sempre coincidono con quelle della LCart. Si raccomanda pertanto a chi volesse presentare in Svizzera un modulo d'annuncio di un altro Stato di contattare dapprima la segreteria.

1.9. Risposta delle autorità della concorrenza

Se entro cinque mesi dal ricevimento dell'annuncio l'impresa non è informata dell'apertura di una procedura giusta gli articoli 26-30 LCart, ovvero se entro tale termine le autorità in materia di concorrenza non sollevano opposizione contro la limitazione della concorrenza annunciata, per la fattispecie annunciata viene a cadere la sanzione ai sensi dell'articolo 49a capoverso 1 LCart (v. art. 19 OS LCart).

1.10. Emolumenti

La trattazione dell'annuncio di una limitazione della concorrenza è soggetta a emolumento conformemente all'ordinanza del 25 febbraio 1998 sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli (LCart - Ordinanza sugli emolumenti, RS 251.2).

L'emolumento è calcolato in funzione del tempo impiegato. La tariffa oraria varia tra CHF 100.- e 400.- all'ora (art. 4 cpv. 1 e 2 LCart - Ordinanza sugli emolumenti).

II. Indicazioni necessarie all'annuncio della limitazione della concorrenza

1. Indicazioni relative alle imprese

Vogliate indicare:

- 1.1 Per la/le **impresa/e** che formula/no l'annuncio:
 - 1.1.1 Ragione sociale, forma giuridica e sede della/e impresa/e che presenta/no l'annuncio.
 - 1.1.2 Attività di questa/e impresa/e (breve descrizione).
 - 1.1.3 Nome, indirizzo, n. tel., n. fax, indirizzo e-mail e funzione della/e persona/e di contatto nella/e impresa/e.
- 1.2 Per il/i **rappresentante/i** della/e impresa/e che formula/no l'annuncio:
 - 1.2.1 Nome e indirizzo.
 - 1.2.2 Nome, n.tel., n. fax e indirizzo e-mail della/e persona/e di contatto.
- 1.3 Per la/le **altra/e impresa/e partecipante/i**:
 - 1.3.1 Ragione sociale, forma giuridica e sede della/e impresa/e che partecipa/no all'accordo in materia di concorrenza risp. alla pratica potenzialmente illecita.
 - 1.3.2 Attività di questa/e impresa/e (breve descrizione).
 - 1.3.3 Nome, indirizzo, n. tel., n. fax, indirizzo e-mail e funzione della/e persona/e di contatto nella/e impresa/e.

1.3.4 Le altre imprese partecipanti sono state informate dell'annuncio? In caso di risposta negativa, vogliate indicare i motivi per i quali non sono state informate.

1.4 Avevate già avuto precedenti contatti con le autorità svizzere in materia di concorrenza in relazione alla limitazione della concorrenza qui annunciata? In caso di risposta affermativa, vogliate indicare il numero di riferimento o allegare la relativa corrispondenza.

1.5 Sono state informate anche autorità in materia di concorrenza di altri paesi in merito a questa limitazione della concorrenza? In caso di risposta affermativa:

a. Quali autorità in materia di concorrenza sono state informate?

b. Tali autorità si sono già pronunciate sulla liceità o sull'illiceità della limitazione della concorrenza? In caso di risposta affermativa, vogliate allegare la decisione delle autorità in questione.

2 Descrizione della limitazione della concorrenza

Descrivete la limitazione della concorrenza, e in particolare,

- 2.1. il tipo di limitazione della concorrenza, ossia:
 - 2.1.1. trattasi di un accordo orizzontale di cui all'articolo 5 capoverso 3 LCart, ossia di un accordo tra imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti riguardante i prezzi, i quantitativi, la ripartizione dei mercati per zone o clienti, o di una combinazione di simili accordi?
 - 2.1.2. trattasi di un accordo verticale di cui all'articolo 5 capoverso 4 LCart, ossia di un accordo mediante il quale imprese collocate ai diversi livelli di mercato convergono prezzi minimi o fissi, o che prevede l'assegnazione di zone, o di una combinazione di simili accordi?
 - 2.1.3. trattasi di una o più pratiche soggette all'articolo 7 LCart (v. allegato 1)?

Se non siete in grado con precisione di ordinare la limitazione alla concorrenza oggetto del vostro annuncio sotto una delle fattispecie menzionate ai punti 2.1.1 – 2.1.3, vi invitiamo a mettervi in contatto con la segreteria al fine di chiarire questa (o anche altre) domande.

- 2.2. le merci o i servizi ai quali si riferisce la limitazione della concorrenza.
- 2.3. gli obiettivi perseguiti dalla limitazione della concorrenza, risp. i problemi che tale limitazione è intesa a risolvere.⁵

⁵ In caso di annunci giusta la disposizione transitoria relativa alla modifica della LCart del 20 giugno 2003, vogliate rispondere alle due domande supplementari: a) da quando esiste risp. quando è stata introdotta la limitazione della concorrenza? e b) tale limitazione sarà mantenuta o non sarà più praticata in futuro?

- 2.4. (in caso di accordo in materia di concorrenza), se tra le imprese partecipanti esistono altri accordi o altre forme di cooperazione o se ve ne sono stati negli ultimi tre anni.

3. Documenti da allegare all'annuncio

- 3.1. Copie dei conti e dei rapporti annuali degli ultimi tre anni della/e impresa/e che formula/no l'annuncio e, se sono disponibili, delle altre imprese partecipanti.
- 3.2. Copie dei contratti, della corrispondenza o di altri documenti scritti o elettronici alla base della limitazione della concorrenza o in rapporto con essa.
- 3.3. Altri documenti considerati importanti per l'esame della limitazione alla concorrenza annunciata (p.es. copie di rapporti, analisi e piani d'esercizio redatti in vista della limitazione della concorrenza).

4. Procura

Il/i rappresentante/i della/e impresa/e che formula/no l'annuncio deve/ono giustificare i suoi/loro poteri con procura scritta.

Se la limitazione della concorrenza annunciata riguarda:

- un accordo in materia di concorrenza giusta l'articolo 5 capoverso 3 LCart, vogliate compilare la parte 5 del modulo.⁶
- un accordo in materia di concorrenza giusta l'articolo 5 capoverso 4 LCart, vogliate compilare la parte 6 del modulo.⁷
- una pratica potenzialmente illecita di un'impresa che domina il mercato giusta l'articolo 7 LCart, vogliate compilare la parte 7 del modulo.⁸

5. Indicazioni relative alle condizioni di concorrenza in caso di annuncio riguardante un accordo giusta l'articolo 5 capoverso 3 LCart

- 5.1. Vogliate indicare:
- 5.1.1. per ogni impresa partecipante, la cifra d'affari⁹ realizzata nell'ultimo anno per quanto riguarda le merci o i servizi a cui fa riferimento l'accordo.
- 5.1.2. se vi è nota, la cifra d'affari totale approssimativa realizzata nell'ultimo anno da tutte le imprese attive nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza in questione.
- 5.2. Vogliate indicare la ragione sociale e l'indirizzo dei vostri cinque principali concorrenti nonché - qualora vi siano note - le rispettive cifre d'affari annuali approssimative nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza. Sono considerate concorrenti soltanto le imprese che non partecipano all'accordo.
- 5.3. Se ritenete che questi elementi siano necessari per la valutazione dell'accordo annunciato, vogliate indicare:

- 5.3.1. la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che negli ultimi tre anni sono apparse nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza. Se effettivamente ve ne sono, vogliate indicare, se possibile, la loro cifra d'affari annuale approssimativa realizzata nel settore interessato.
- 5.3.2. la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che secondo voi dispongono dello know-how, dei mezzi finanziari e delle altre capacità necessarie per inserirsi a breve termine (2 anni) come nuovi concorrenti nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 5.3.3. le strutture di distribuzione e di domanda nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 5.3.4. l'importanza della ricerca e dello sviluppo (R+S) nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 5.3.5. le speciali prescrizioni legali o autorizzazioni/concessioni/oneri delle autorità, che limitano la concorrenza nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 5.3.6. gli altri criteri di cui occorre tener conto per valutare l'accordo annunciato.

6. Indicazioni relative alle condizioni di concorrenza in caso di annuncio riguardante un accordo giusta l'articolo 5 capoverso 4 LCart

- 6.1. Vogliate illustrare mediante lo schema dell'allegato 2 a quale livello di mercato Vi trovate.
- 6.2. Vogliate indicare:
- 6.2.1. per ogni impresa partecipante, la cifra d'affari¹⁰ realizzata nell'ultimo anno per quanto riguarda le merci o i servizi a cui fa riferimento l'accordo.

⁶ In caso di annuncio, giusta la disposizione transitoria relativa alla modifica della LCart del 20 giugno 2003, di una limitazione della concorrenza esistente che non sarà più praticata in futuro, non devono essere fornite ulteriori indicazioni o allegati altri documenti. Non è pertanto necessario compilare le parti 5, 6 o 7 del modulo.

⁷ Vedasi nota a fondo 6.

⁸ Vedasi nota a fondo 6.

⁹ Nel caso delle compagnie d'assicurazione, al posto della cifra d'affari, si tiene conto del totale lordo dei premi annui, nel caso delle banche e degli altri intermediari finanziari assoggettati alle regole di compilazione dei conti previste nella legge federale dell'8 novembre 1934 (RS 952.0) si tiene conto dei ricavi lordi.

¹⁰ Nel caso delle compagnie d'assicurazione, al posto della cifra d'affari, si tiene conto del totale lordo dei premi annui, nel caso delle banche e degli altri intermediari finanziari assoggettati alle regole di compilazione dei conti previste nella legge federale dell'8 novembre 1934 (RS 952.0) si tiene conto dei ricavi lordi.

- 6.2.2. se vi è nota, la cifra d'affari totale approssimativa realizzata nell'ultimo anno da tutte le imprese attive nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza in questione. Vogliate indicare la cifra d'affari totale in funzione dei livelli di mercato.
- 6.3. Vogliate indicare la ragione sociale e l'indirizzo dei vostri cinque principali concorrenti a ogni livello del mercato in questione, nonché - qualora vi siano note - le rispettive cifre d'affari annuali approssimative nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza. Sono considerate concorrenti soltanto le imprese che non partecipano all'accordo.
- 6.4. Vogliate descrivere il circuito di distribuzione - dalla fabbricazione fino al cliente finale - delle merci che distribuite o dei servizi che offrite e che sono interessati dall'accordo in questione.
- 6.5. Vogliate indicare se l'accordo comporta un impedimento delle importazioni parallele.
- 6.6. Se ritenete che questi elementi siano necessari per la valutazione dell'accordo annunciato, vogliate indicare:
- 6.6.1. la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che negli ultimi tre anni sono apparse nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza. Se effettivamente ve ne sono, vogliate indicare, se possibile, per ogni livello del mercato, la loro cifra d'affari annuale approssimativa realizzata nel settore interessato.
- 6.6.2. per ogni livello di mercato, la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che secondo voi dispongono dello know-how, dei mezzi finanziari e delle altre capacità necessarie per inserirsi a breve termine (2 anni) come nuovi concorrenti nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 6.6.3. l'importanza della ricerca e dello sviluppo (R+S) nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 6.6.4. le speciali prescrizioni legali o autorizzazioni/concessioni/oneri delle autorità, che limitano la concorrenza nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 6.6.5. gli altri criteri di cui occorre tener conto per valutare l'accordo annunciato.
- 7.2.2. se vi è nota, la cifra d'affari totale approssimativa realizzata nell'ultimo anno da tutte le imprese attive nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza in questione.
- 7.3. Vogliate indicare la ragione sociale e l'indirizzo dei Vostri cinque principali concorrenti nonché - qualora vi siano note - le rispettive cifre d'affari annuali approssimative nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 7.4. Vogliate indicare tutte le imprese interessate dalle pratiche potenzialmente illecite. Un'impresa è interessata da una pratica potenzialmente illecita se è ostacolata o svantaggiata nell'accesso alla concorrenza o nell'esercizio della stessa. Se le imprese partecipanti sono molte, vogliate citarne almeno cinque.
- 7.5. Se avete dichiarato al punto 7.1. di possedere una posizione dominante verso determinati fornitori, vogliate indicare la ragione sociale e l'indirizzo di ognuno dei vostri fornitori per i quali voi rappresentate un acquirente che raggiunge una quota della loro cifra d'affari probabilmente superiore al 20%. La cifra d'affari determinante è quella del settore interessato dalla limitazione della concorrenza (potenziale dipendenza di determinati fornitori nei confronti delle imprese partecipanti).
- 7.6. Vogliate illustrare mediante lo schema dell'allegato 2 a quale livello di mercato vi trovate.
- 7.7. Vogliate indicare se la limitazione della concorrenza comporta un impedimento delle importazioni parallele.
- 7.8. Se ritenete che questi elementi siano necessari per la valutazione della limitazione della concorrenza annunciata, vogliate indicare:
- 7.8.1. la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che negli ultimi tre anni sono apparse nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza. Se effettivamente ve ne sono, vogliate indicare, se possibile, la loro cifra d'affari annuale approssimativa realizzata nel settore interessato.

7. Indicazioni relative alle condizioni di concorrenza in caso di annuncio riguardante una pratica potenzialmente illecita di un'impresa che domina il mercato giusta l'articolo 7 LCart

- 7.1. Spiegate per quali motivi ritenete che la Vostra impresa domini il mercato ai sensi dell'articolo 4 capoverso 2 LCart.
- 7.2. Vogliate indicare:
- 7.2.1. la cifra d'affari¹¹ realizzata nell'ultimo anno dall'impresa che occupa potenzialmente una

¹¹ Nel caso delle compagnie d'assicurazione, al posto della cifra d'affari, si tiene conto del totale lordo dei premi annui, nel caso delle banche e degli altri intermediari finanziari assoggettati alle regole di compilazione dei conti previste nella legge federale dell'8 novembre 1934 (RS 952.0) si tiene conto dei ricavi lordi.

-
- 7.8.2. la ragione sociale e l'indirizzo delle imprese che secondo voi dispongono dello know-how, dei mezzi finanziari e delle altre capacità necessarie per inserirsi a breve termine (2 anni) come nuovi concorrenti nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 7.8.3. le strutture di distribuzione e di domanda nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 7.8.4. l'importanza della ricerca e dello sviluppo (R+S) nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 7.8.5. le speciali prescrizioni legali o autorizzazioni/concessioni/oneri delle autorità, che limitano la concorrenza nel settore interessato dalla limitazione della concorrenza.
- 7.8.6. gli altri criteri di cui occorre tener conto per valutare la limitazione della concorrenza annunciata.
-

Allegato**Allegato 1: Estratto dalle disposizioni di diritto materiale della legge sui cartelli****Legge federale
sui cartelli e altre limitazioni
della concorrenza
(Legge sui cartelli, LCart)**

del 6 ottobre 1995 (Stato 23.3.2004)

...

Capitolo 1: Disposizioni generali

...

Art. 4 Definizioni

¹ Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza.

² Per imprese che dominano il mercato si intendono una o più imprese che per il tramite dell'offerta o della domanda sono in grado di comportarsi in modo ampiamente indipendente sul mercato rispetto agli altri partecipanti.

...

Capitolo 2: Disposizioni di diritto materiale**Sezione 1: Limitazioni illecite della concorrenza****Art. 5** Accordi illeciti

...

³ È data presunzione della soppressione della concorrenza efficace quando tali accordi, che riuniscono imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti:

- a. fissano direttamente o indirettamente i prezzi;
- b. limitano i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare;
- c. operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali.

⁴ La soppressione di una concorrenza efficace è pure presunta in caso di accordi mediante i quali imprese collocate ai diversi livelli di mercato convergono prezzi minimi o fissi, nonché in caso di accordi relativi all'assegnazione di zone nell'ambito di contratti di distribuzione, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni.

...

Art. 7 Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato

¹ Le pratiche di imprese che dominano il mercato sono considerate illecite se, abusando della loro posizione sul mercato, tali imprese ostacolano l'accesso o l'esercizio della concorrenza delle altre imprese o svantaggiano i partner commerciali.

² Costituiscono in particolare pratiche del genere:

- a. il rifiuto di relazioni commerciali (p. es. il blocco della consegna o dell'acquisto);
- b. la discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali;
- c. l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate;
- d. la vendita sotto prezzo o ad altre condizioni commerciali diretta contro determinati concorrenti;
- e. la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico;
- f. la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner.

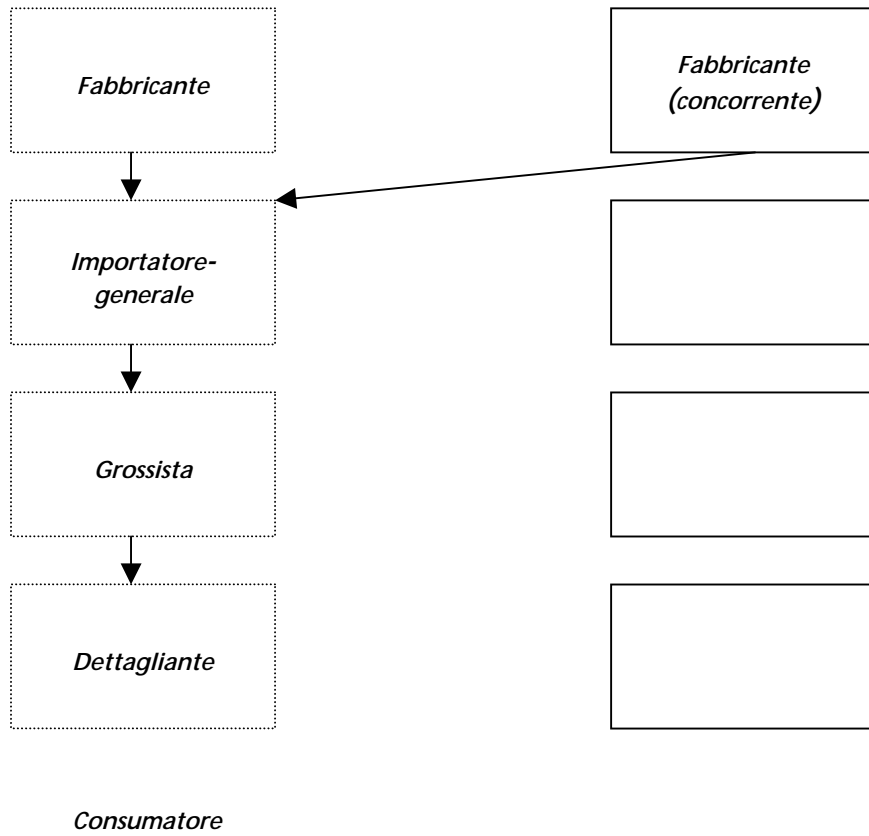
Allegato 2: domande 6.1 e 7.6 del modulo d'annuncio

Per fini di chiarezza, vogliate completare i principali livelli di produzione e di distribuzione dal produttore al consumatore:

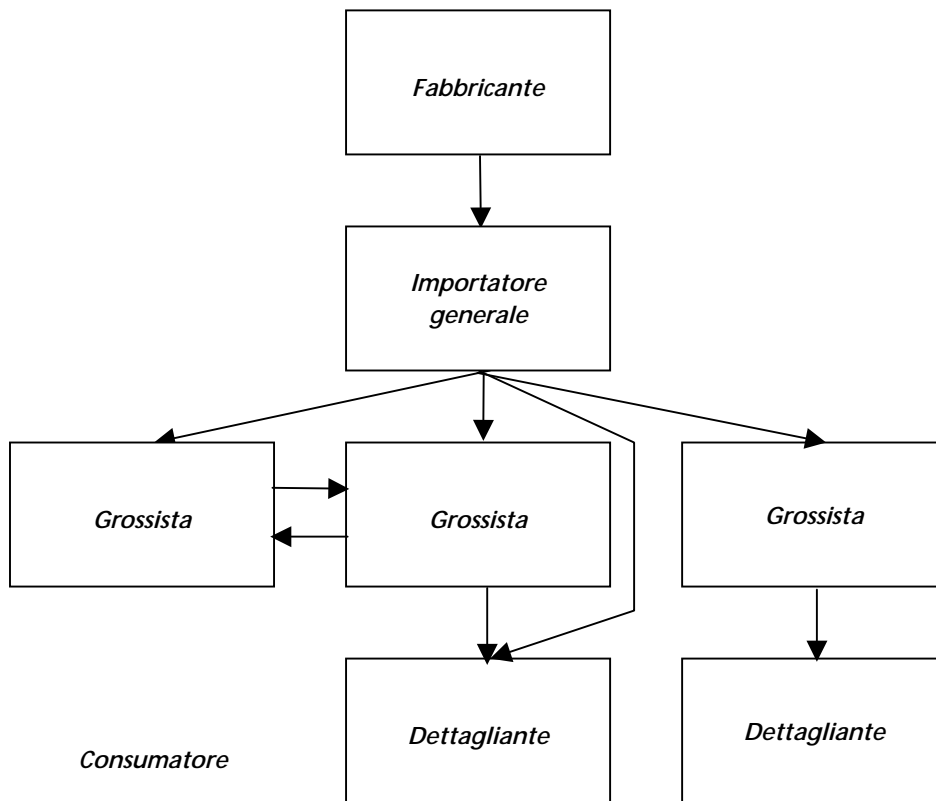
**III Ad esempio: produttore/fabbricante/
fornitore; importatore generale; grossista;
commerciantе/rivenditore; dettagliante;
consumatore**

Non esitate ad aggiungere altri grafici, elementi strutturali, ecc. o a formulare osservazioni.

Esempio 1:



Esempio 2:



D 2

Bibliografie
Bibliographie
Bibliografia

- ARAI Koki, "An Airline Merger in Japan: A Case Study Revealing Principles of Japanese Merger Control", *Journal of Industry, Competition & Trade* 4/3(2004), p. 207 ff.
- BARRON John M., TAYLOR Beck A., UMBECK John R., "Number of sellers, average prices, and price dispersion", *International Journal of Industrial Organization* 22(2004), p. 1041 ff.
- BARTOSCH Andreas, JAROS Krzysztof, "Die Regulierung des Eisenbahnwesens in Deutschland - Eisenbahn-Bundesamt vs. Bundeskartellamt?", *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2005, S. 15 ff.
- BENINCA Jürgen, "Räumliche Marktabgrenzung in der deutschen Fusionskontrolle - Zugleich eine Anmerkung zum BGH-Beschluss Staubsaugerbeutelmarkt", *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2005, S. 43 ff.
- BIRO Zoltan, PARKER David, ETEN Melanie, RIECHMANN Christoph, "Die Berücksichtigung von Asymmetrien bei der Analyse kollektiver Marktbeherrschung", *Wirtschaft und Wettbewerb* 12/2004, S. 1267 ff.
- BÜHLER Stefan, HAUCAP Justus, "Mobile Number Portability", *Journal of Industry, Competition & Trade* 4/3(2004), p. 223 ff.
- CAPOBIANCO Antonio, FRATTA Stefano, "Exchanging Information. Information exchanges between competitors: the Italian Competition Authority's recent practice", *Competition Law Insight* 4/1(2004), p. 3 ff.
- CONNOR John M., "Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels", *Journal of Industry, Competition & Trade* 4/3(2004), p. 239 ff.
- CORIAT Benjamin, WEINSTEIN Olivier, "Institutions, échanges et marchés", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 37 ff.
- DE BANDT Jacques, "Quelles dynamiques dans le domaine des activités informationnelles?", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 105 ss.
- DEBANDE Olivier, FRIEBEL Guido, "A positive theory of give-away privatization", *International Journal of Industrial Organization* 22(2004), p. 1309 ff.
- DÉDEYAN Daniel, "Macht durch Zeichen", *Nomos und Schulthess* 2004
- DEVETAG Giovanna, "A Note on the Experimental Study of Markets", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 75 ff.
- EVANS David S., PADILLA A. Jorge, "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Colmans and Graf", *World Competition* 27/4(2004), p. 503 ff.
- EWALD Christian, "Paradigmenwechsel bei der Abgrenzung relevanter Märkte?", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 4/2004, S. 512 ff.
- FROEB Luke, HOSKEN Daniel, PAPPALARDO Janis, "ECONOMICS Research at the FTC: Information, Retrospectives and Retailing", *Review of Industrial Organization* 25/4(2004), p. 353 ff.
- GILLIÉRON Hubert Orso, "Les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence", *Schulthess* 2004
- HOLLARD Michel, LLERENA Daniel, "Marchés et comportements des acteurs dans une filière industrielle: efficacité et équité", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 89 ff.
- INDERST Roman, WEY Christian, "The incentives for takeover in oligopoly", *International Journal of Industrial Organization* 22(2004), p. 1067 ff.
- ISHII Akira, "Cooperative R&E between vertically related firms with spillover", *International Journal of Industrial Organization* 22(2004), p. 1213 ff.
- KELLER Bernhard Rafael, "Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge", *Stämpfli* 2004
- KEYTE James A., STOLL Neal R., "'Markets? We Don't Need No Stinking Markets!' The FTC and Market Definition", *The Antitrust Bulletin* 3/XLIX(2004), p. 593 ff.
- KIM Sung-Hwan, "Vertical Structure and Patent Pools", *Review of Industrial Organization* 25/3(2004), p. 231 ff.
- KNABLE Gotts Ilene, RAPP Richard T., "Antitrust Treatment of Mergers Involving Future Goods", *Antitrust*, Fall 2004, p. 100 ff.
- KONKURRENSVERKET (Swedish Competition Auth., Hrsg.), "The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets", *Stockholm*, 2004
- KWEREL Evan et al., "Economic Analysis at the Federal Communications Commission", *Review of Industrial Organization* 25/4(2004), p. 395 ff.
- LE Net, "Microsoft Europe and Switching Costs", *World Competition* 27/4(2004), p. 567 ff.
- LIIKANEN Jukka, STONEMAN Paul, TOIVANEN Otto, "Intergeneration effects in the diffusion of new technology: the case of mobile phones", *International Journal of Industrial Organization* 22(2004), p. 1137 ff.
- MAAHS Christiane, "Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden", *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2005, S. 49 ff.
- MONOPOLKOMMISSION, "Wettbewerbspolitik im Schatten 'Nationaler Champions'", *Hauptgutachten 2002/2003 mit Anlageband*, *Nomos* 2005

- NAUTA Dutilh, "Dealing with Dominance. The Experience of National Competition Authorities", Kluwer Law International, The Hague 2004
- PARDOLESI Roberto, RENDA Andrea, "The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?", *World Competition* 27/4(2004), p. 513 ff.
- RAASS Adrian, "Eine Frage der Erheblichkeit. Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz"; *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 12/2004, S. 911 ff.
- RITTER Cyril, "Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Rethink?", *World Competition* 27/4(2004), p. 613 ff.
- SAPIO Sandro, "Markets Desing, Bidding Rules, and Long Memory in Electricity Prices", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 151 ff.
- SCHEBSTADT Alan, "Sektorspezifische Regulierung - Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung", *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2005, S. 6 ff.
- SIBLEY David S., HEYER Ken, "The Year in Review: Economics at the Antitrust Division 2003-2004", *Review of Industrial Organization* 25/4(2004), p. 375 ff.
- SIMONS Joseph J., SCHEFFMAN David, "Nonmerger Enforcement at the FTC: An Aggressive Proconsumer Agenda", *The Antitrust Bulletin* 3/XLIX(2004), p. 471 ff.
- TORDJMAN Hélène, "How to Study Markets? An Institutionalists Point of View", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 19 ff.
- VRIEND Nicolaas J., "ACE Models of Market Organization", *Revue d'Economie Industrielle* 107/3(2004), p. 63 ff.
- ZWEIFEL Peter, "Competition in Health Care - the Swiss Experience"; *Economie publique* No 14(2004/1), p. 37 ff.

E Diverses

Divers

Diversi

E 2	Gutachten Avis Pareri
E 2	1. Klimarappen

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. Dezember 2004 betreffend wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Klimarappens (Art. 5 KG)

A. Sachverhalt

I. Vorbemerkungen

1. Am 8. Oktober 2004 hat die Abteilung Ökonomie und Forschung des Bundesamts für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) beauftragt, gemäss Artikel 47 des Kartellgesetzes (KG) bis Ende Jahr ein Gutachten zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Klimarappens zu verfassen.

2. Im Rahmen des Verfahrens wurden der Weko folgende Grundlagen unterbreitet:

- MARBACH EUGEN, Gutachten zum Klimarappen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, 16. April 2004
- COHEN ESTHER, Einführung und Umsetzung des Klimarappenprojektes, 3. September 2002

3. Das Sekretariat der Weko (Sekretariat) hat sich mit den wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten des Klimarappens bereits im Rahmen einer Anfrage von Nationalrat RUDOLF RECHSTEINER vom 25. Juli 2003 befasst. Gestützt auf Artikel 23 Absatz 2 KG, wonach das Sekretariat Amtsstellen und Unternehmen bei Fragen zum KG berät, hat das Sekretariat am 2. September 2003 eine erste wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Klimarappens abgegeben. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass diese Stellungnahme lediglich einer ersten unverbindlichen Beurteilung des Sekretariats gleichkommt und die Weko nicht daran gebunden ist.

II. Einleitende Bemerkungen

4. Mit der im Sommer 2003 erfolgten Ratifizierung des Kyoto-Protokolls von 1997 hat sich die Schweiz zum Ziel gesetzt, ihre Emissionen von sechs Treibhausgasen im Durchschnitt der Jahre 2008 bis 2012 gegenüber 1990 um 8% zu verringern. Entsprechende Reduktionsziele finden sich im CO₂-Gesetz, welches das Kernstück in der Umsetzung der schweizerischen Klimapolitik bildet und für die Zeitspanne 1990-2010 eine Reduktion des CO₂-Ausstosses um 10% gegenüber 1990 vorschreibt (vgl. Bericht des UVEK, Massnahmen zur Einhaltung der Reduktionsziele nach dem

CO₂-Gesetz, Vernehmlassung zu vier Varianten, Entwurf vom 27.7.2004, S. 3, und Aussprachepapier des UVEK, Umsetzung des CO₂-Gesetzes, CO₂-Abgabe, Klimarappen und flexible Mechanismen, 28.5.2004, S. 1 f.). Neben dem Gesamtziel sind Teilziele für Brennstoffe (minus 15%) und Treibstoffe (minus 8%) zu erfüllen. Nach Artikel 3 des CO₂-Gesetzes wird eine CO₂-Abgabe auf den Treibstoffen (Benzin und Diesel)- und Brennstoffen (z.B. Heizöl) eingeführt, wenn es sich abzeichnet, dass die beschriebenen Ziele nicht durch primär freiwillige Massnahmen erreicht werden können. Sowohl im Brennstoff- wie auch im Treibstoffbereich sind nun gemäss Expertenberichten zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhebliche Zielabweichungen zu erwarten. Die für 2010 verbleibende Ziellücke wird für die Brennstoffe auf 0,9 Mio. t CO₂ und für die Treibstoffe auf 2,6 Mio. t CO₂ geschätzt (vgl. Ziff. 4, Bericht des UVEK, S. 3 und 5; Ziff. 4, Aussprachepapier des UVEK, S. 1 f., und RECHSTEINER RUDOLF, Gutachten "Klimarappen" oder Klimaschutz?, November 2003, S. 45 ff.).

5. Als Massnahme zur Reduktion der CO₂-Emissionen schlägt nun die Erdöl-Vereinigung als Alternative eine freiwillige Vereinbarung unter den Importeuren vor, welche einen Zuschlag auf die heutigen Preise von ein bis zwei Rappen pro Liter Benzin und Diesel vorsieht. Die Erdöl-Vereinigung ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB. Sie setzt sich für die Wahrung und Förderung der allgemeinen Interessen der Erdölbranche in der Schweiz ein. Mitglieder sind Mineralölgesellschaften, die Erdöl und Erdölprodukte (insbesondere Benzin) in die Schweiz importieren und über Tankstellen in der Schweiz vertreiben (vgl. RPW 2002/1, Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993-2000], S. 77 ff.).

6. Die mit diesem so genannten Klimarappen - nachfolgend wird von einem Klimarappen gesprochen, auch wenn allenfalls mehr als ein Rappen erhoben werden sollte - erzielten Einnahmen von rund CHF 60-120 Mio. pro Jahr sollen von einer Stiftung verwaltet werden, die damit CO₂-mindernde Massnahmen im In- und Ausland finanziert. Im Stiftungsrat sollen Verwaltung, Wirtschaftsverbände, NGO's und Wissenschaft vertreten sein. Für die Finanzierung der Tätigkeiten der Stiftung werden jährlich rund CHF 1,5 Mio. benötigt (vgl. Ziff. 4, Aussprachepapier des UVEK, S. 5 ff., und Ziff. 4, RECHSTEINER, S. 47).

7. Gegenwärtig werden in der Vernehmlassung zur Klimapolitik des Bundesrates vier Möglichkeiten diskutiert, wie die Schweiz ihre Klimaziele erreichen könnte. Als vierte Variante wird ein gänzlicher Verzicht auf eine CO₂-Abgabe und die Erhebung eines Klimarappens von ca. 1,6 Rappen pro Liter Treibstoff mit entsprechenden Einnahmen von ca. CHF 115 Mio. pro Jahr genannt. Dabei handelt es sich um die oben beschriebene freiwillige Vereinbarung der Erdölimporteure.

8. In seiner Stellungnahme vom 2. September 2003 zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Erhebung eines Klimarappens durch die Erdölimporteure (vgl. S. 3 ff.) vertrat das Sekretariat die Auffassung, dass es sich um eine zulässige Wettbewerbsabrede handeln dürfte, *sofern* die Erreichung eines Umweltschutzziels als Effizienzgrund im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG zu verstehen ist. Das Sekretariat hat in seiner Stellungnahme jedoch offen gelassen, ob das Erreichen eines Umweltschutzziels als Effizienzgrund nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG gelten kann, da in der Lehre gegenwärtig keine einheitliche Meinung darüber herrscht.

9. Eine zusätzliche Schwierigkeit bei der damaligen Stellungnahme bestand darin, dass es an konkreten Angaben zur institutionellen Ausgestaltung und zur Umsetzung des Klimarappenvorhabens fehlte, was eine zuverlässige kartellrechtliche Beurteilung des Projektes erschwerte. Das Sekretariat hat seine Beurteilung daher mit entsprechenden Vorbehalten versehen.

10. Bei der Beurteilung des CO₂-Gesetzes stellt sich die Frage, ob dieses Vorschriften enthält, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG begründen und damit die Anwendung des KG einschränken würden. Dies wäre etwa der Fall, wenn im Gesetz (also gestützt auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage) für die Erhebung des Klimarappens insbesondere dessen Höhe und der Kreis der Abgabepflichtigen (staatlich) festgelegt würden. In diesem Fall läge in Bezug auf die Erhebung des Klimarappens eine staatliche Markt- beziehungsweise Preisordnung vor. Das KG wäre auf diesen Sachverhalt nur beschränkt anwendbar und die Wettbewerbsbehörden könnten dagegen keine Verfügungen erlassen. Soweit die Erhebung *des Klimarappens - wie vorgesehen - auf privatrechtlicher Basis* erfolgt, bestehen jedoch *keine solchen vorbehaltenen Vorschriften*.

B. Qualifikation des Klimarappenvorhabens als Wettbewerbsabrede

11. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) die an der Abrede beteiligten Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen

und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

12. Die geplante Abgabe von ca. einem Rappen pro Liter Benzin beziehungsweise Diesel stellt zweifellos ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen dar. Der Klimarappen stellt eine gemeinsam vereinbarte Vorkehrung der Erdölimporteure dar.

13. In inhaltlicher Hinsicht fragt sich vorerst, ob die Abrede eine Preisabsprache im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG beinhaltet. Nach ständiger Praxis der Weko (vgl. RPW 2000/2, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC], S. 177 ff., und RPW 2002/4, Buchpreisbindung, S. 736) ist der Preis grundsätzlich als bedeutsamer Wettbewerbsparameter anzusehen. Bei Vorliegen einer Absprache über ein Element der Preisbildung wird das Vorhandensein einer Preisabrede regelmässig bejaht. In der Verfügung der Weko vom 1. September 1997 "Sammelrevers für Musiknoten" (vgl. RPW 1997/3, S. 341) wird festgehalten, dass Abreden, die sich lediglich auf Elemente der Preisbildung - wie etwa Rabatte, Skonti, Boni - beziehen, als Preisabreden zu betrachten sind. Daran ist nach Ansicht der Weko festzuhalten.

14. Eine Preisabsprache im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG kann direkt oder indirekt erfolgen. Eine direkte Preisabsprache liegt vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen über den Endpreis verständigen. Dies trifft vorliegend nicht zu. Die Mitglieder der Erdölvereinigung bleiben in der Preissetzung des Endkundenpreises frei. Die Absprache betrifft lediglich ein Kostenelement.

15. Eine Preisabsprache kann auch indirekt erfolgen. Das trifft insbesondere dann zu, wenn sich die Parteien über einen Preisbestandteil verständigen, der ein wesentliches Element des Endpreises ausmacht. Dies ist beim Klimarappen nicht der Fall. Dieser bildet, auch wenn er schliesslich auf zwei Rappen festgesetzt werden sollte, einen zu kleinen Bestandteil des Endpreises, um eine preisharmonisierende Wirkung nach sich zu ziehen. Im vorliegenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass eine indirekte Preisabsprache von den Parteien auch nicht gewollt wird. Mit der Abrede wird primär eine Reduktion der CO₂-Emissionen angestrebt, um den Anforderungen des CO₂-Gesetzes gerecht zu werden. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 des CO₂-Gesetzes soll das Reduktionsziel in erster Linie durch energie-, verkehrs-, umwelt- und finanzpolitische sowie freiwillige Massnahmen erreicht werden. Falls das Reduktionsziel durch diese Massnahmen allein nicht erreicht wird, ist der Bund laut Absatz 2 befugt, eine Lenkungsabgabe auf fossilen Energieträgern (CO₂-Abgabe) zu erheben. Das Vorhaben der Erdölimporteure kann demnach auch als Erfüllung des Gesetzesauftrags verstanden werden, allerdings auf eine andere als die im Gesetz vorgesehene Weise.

16. Es verbleibt eine Absprache über eine gemeinsam vereinbarte Abgabe, da diese einen Kostenfaktor und damit ein Wettbewerbsselement betrifft und der

Wettbewerb über Minimierung dieses Elementes ausgeschlossen wird.

17. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Erdöl-Vereinigung mit dem Klimarappenvorhaben eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt. Das Vorhaben ist als Wettbewerbsabrede, nicht aber als direkte oder indirekte Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

C. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

18. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung wird anhand qualitativer und quantitativer Kriterien geprüft (vgl. STOFFEL WALTER, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 95 ff.). Das Sekretariat war 2003 der Ansicht, das Klimarappenvorhaben sei als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzustufen. Sowohl die qualitativen wie auch die quantitativen Kriterien seien erfüllt, da die Abrede mit einem Kostenbestandteil einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten. Das Sekretariat verweist in seiner Stellungnahme vom 2. September 2003 auf den Bundesgerichtsentscheid 129 II 18 E. 5.2.1 und E. 5.2.2, in welchem das oberste Gericht die Erheblichkeit einer Abrede präzisiert. Gemäss diesem ist eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (vgl. BGE 129 II 18, E.5.2.1).

19. Der Klimarappen betrifft einen Kostenbestandteil, der 0,7% bis 1,5% des Endpreises von Benzin ausmacht. Wenn man den Anteil von Steuern und Abgaben in Abzug bringt, beläuft sich der Anteil des Klimarappens auf 2% bis 4%. Ein solcher Kostenbestandteil ist nicht vernachlässigbar. Er muss als erheblich betrachtet werden.

20. Wird das Klimarappenprojekt einer quantitativen Prüfung unterzogen, müssen zuerst der sachliche und der räumlich relevante Markt abgegrenzt werden. Der sachliche Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, VKU; SR 251.4). Der räumliche Markt betrifft das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

21. Der sachlich relevante Markt umfasst den Markt für den Verkauf von Benzin und Diesel. Gegenwärtig bestehen für Diesel und Benzin keine wirklichen Substitutionsmöglichkeiten. Die erdgasbetriebenen Fahrzeuge sind immer noch wesentlich teurer als die herkömmlichen Benzinfahrzeuge. Auch der Biotreibstoff Ethanol ist noch kein vollwertiges Substitut für Benzin, da ab 2008 erst 3% dem Benzin beigemischt wer-

den können (vgl. Factor Consulting + Management AG, Klimarappen Teil II – Businessplan für eine freiwillige Treibstoffabgabe zur Finanzierung von Treibhausgasreduktionen, 26.9.2002, Online im Internet: URL:<http://www.factorag.ch/pdf%20files/schlussberichtteil2.pdf>; S. 11 und 26; KELLER MARIO/ZBINDEN RENÉ, INFRAS-Bericht, CO₂-Abgabe/Klimarappen bei Treibstoffen, 16.6.2003; S. 26 ff. und Ziff. 5, RPW 2002/1, S. 85 f.).

22. Der räumlich relevante Markt umfasst grundsätzlich die Schweiz. Die Frage, inwieweit regionale Märkte vorliegen könnten, wird hier nicht weiter diskutiert, da sich für die nachfolgenden Ausführungen eine vertiefte Darstellung des schweizerischen Benzinmarktes erübrigt. (Anhaltspunkte dazu finden sich aber in Ziff. 5, RPW 2002/1, S. 77 ff).

23. Unbestritten ist die Tatsache, dass mit dem von der Erdöl-Vereinigung beabsichtigten Klimarappenprojekt eine marktumfassende Vereinbarung und damit eine quantitativ erhebliche Absprache vorliegt (vgl. Stellungnahme des Sekretariats, S. 3). Gegenwärtig setzt sich die Erdöl-Vereinigung aus 31 Mitgliedern zusammen, die 95% der schweizerischen Importe von Rohöl und Erdölprodukten tätigen. Beabsichtigt ein Importeur, sich an der Abrede zu beteiligen, so muss er Mitglied der Carbura (Schweizerische Zentralstelle für die Einfuhr flüssiger Treib- und Brennstoffe) sein und einen Inlandabsatz von mindestens 0,2% der schweizerischen Importe an Erdölprodukten ausweisen können (vgl. Erdöl-Vereinigung, Kurzportrait der Erdöl-Vereinigung, Online im Internet: URL: http://www.erdoel.ch/site/erd565106/lin62253/por6238214_38.asp). Für eine erfolgreiche Umsetzung des Klimarappenvorhabens werden sich möglichst viele Erdöl-Importeure an der Wettbewerbsabrede beteiligen müssen. Damit steigt auch der von den Beteiligten gehaltene Anteil am relevanten Markt stetig.

24. Insgesamt bewertet die Weko das Klimarappenvorhaben als erheblich.

D. Beurteilung der wirtschaftlichen Effizienz der Wettbewerbsabrede

25. Nach Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Die Wettbewerbsabreden dürfen aber in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

26. Beim Klimarappen wird von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen. Diese ist nur zulässig, wenn sie sich durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lässt. Wird nämlich einer der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG genannten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz erfüllt und den an der Abrede beteiligten Unternehmen keine Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b), sind Wett-

bewerbsabreden, die bisher als unzulässig eingestuft wurden, dennoch als zulässig zu betrachten.

27. Als Rechtfertigungsgrund käme beim Klimarappenvorhaben das Ziel der "rationelleren Nutzung von Ressourcen" in Frage, da mit den durch die Abrede erzielten Einnahmen inländische Massnahmen zur Senkung der CO₂-Emissionen finanziert und ausländische Zertifikate gekauft werden können und dadurch primär dort investiert wird, wo der Mitteleinsatz mit dem grössten Umweltnutzen verknüpft ist. Allerdings ist im gegenwärtigen Zeitpunkt schwierig abzuschätzen, inwieweit das Reduktionsziel des CO₂-Gesetzes erreicht wird.

28. Die Lehre ist sich allerdings uneinig, ob das Erreichen eines Umweltschutzzieles als wirtschaftlichen Effizienzgrund, und nicht nur als allgemeines von der Gesellschaft erwünschtes Ziel, über welches der Bundesrat nach Artikel 8 KG zu befinden hat, gelten kann (vgl. Ziff. 2, MARBACH, S. 8 ff.). Ein Teil der Lehre - zum Beispiel CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, FRANZ HOFFET und SILVIO BORNER - betrachtet die Berücksichtigung umweltpolitischer Aspekte als Abweichung vom Konzept einer rein wettbewerblich orientierten Beurteilung (vgl. HETTICH PETER, Wirksamer Wettbewerb, Theoretisches Konzept und Praxis, in: Prof. Dr. CARL BAUDENBACHER, Prof. Dr. ALFRED KOLLER/u.a. (Hrsg.), Bd. 70, Haupt, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 85).

29. Nach HOFFET wird mit der Streichung der Bezugnahme auf die rationellere Nutzung öffentlicher Güter aus dem bundesrätlichen Entwurf zum Kartellgesetz deutlich, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, Massnahmen zur Internalisierung von Umweltmassnahmen (Kosten bzw. Nutzen sollen von demjenigen getragen bzw. genossen werden, der sie verursacht) allzu schnell als gerechtfertigt zu betrachten (vgl. HOFFET FRANZ, Art. 5 KG, in ERICH HOMBURGER et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; S. 60 und Ziff. 2, MARBACH, S. 7). Für eine etwas weitere Interpretation tritt BORER ein, für welchen durch effiziente Wettbewerbsabreden auch Ergebnisse erzielt (und gerechtfertigt) werden können, die nicht nur einen rein wettbewerbpolitischen Hintergrund haben. *"Die Schnittstelle zwischen der Wettbewerbspolitik und anderen im Allgemeininteresse liegenden politischen Aspekten verläuft häufig auf einem breiteren Band als dies die reine Wettbewerbstheorie anzunehmen versucht"* (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1998, S. 184 f.). Auch STOFFEL schliesst die Berücksichtigung eines solchen Rechtfertigungsgrundes im Rahmen von Artikel 5 KG nicht aus, obwohl er der Meinung ist, dass es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Internalisierung von Umweltbelastungen herbeizuführen (vgl. Ziff. 18, STOFFEL, S. 112 f.). Für ZÄCH ist sogar klar, dass umweltverträgliche Produktion wirtschaftlich effizient ist, weil Umweltkosten im Sinne einer Internalisierung externer Kosten zunehmend den Verursachern überlastet würden. Umweltverträglichkeit sei heute als ein wichtiger Wettbewerbsparameter anerkannt (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 166).

30. Im BGE 129 II 18 wird darauf hingewiesen, dass unter dem Begriff Ressourcen auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen zu verstehen sind, sodass bei der Beurteilung des Effizienzkriteriums auch ökologische Parameter berücksichtigt werden können.

31. Die Weko schliesst sich der letzteren Interpretation an. Diese Interpretation entspricht dem Zweck und Wortlaut des Gesetzes. Die Weko hält dafür, dass Umweltschutzargumente zwar bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 2 KG berücksichtigt werden dürfen, aber es muss dabei ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegen. Im vorliegenden Fall scheint ein derartiger Bezug zum Unternehmen von vornherein nicht gegeben zu sein. Ob ein solcher Bezug zum Produkt (Benzin und Diesel - nicht Heizöl) vorliegt, ist nachstehend zu erörtern.

32. Falls es sich beim Klimarappen um eine nachweisliche Internalisierung negativer externer Effekte handelt, ist eine ökologisch determinierte Spezifikation aus wettbewerbspolitischer Sicht grundsätzlich zu begrüssen. Unter externen Effekten werden Wirkungen verstanden, bei denen die Verursacher die Betroffenen nicht über den Preismechanismus entschädigen (vgl. STEPHAN GUNTER, Ökonomische Ökologie, Springer-Verlag, Berlin 1996, S. 58). Um wettbewerbsrechtlich gerechtfertigt werden zu können, müsste daher sichergestellt sein, dass der Klimarappen tatsächlich zu einer Internalisierung der mit Benzin und Diesel verbundenen Kosten für Umweltbelastungen führt.

33. Beim Klimarappenprojekt scheint dies aufgrund der bestehenden Fakten eher nicht der Fall zu sein. Dies setzte voraus, dass die einheitliche Klimarappenbelastung von Benzin und Diesel zu einer Verringerung der Umweltbelastung und damit der Umweltkosten bei Erdölprodukten (nicht nur bei Benzin und Diesel) führt. Dies könnte entweder durch eine entsprechende Verringerung der Kosten beim Verbrauch in der Schweiz oder gemäss Zielsetzung des CO₂-Gesetzes durch eine Verringerung der entsprechenden Kosten beim weltweiten Verbrauch geschehen. Aufgrund des gegenwärtigen Standes des Projektes ist für die Weko nicht erstellt, dass und inwiefern das Klimarappenprojekt diese Ziele tatsächlich zu erreichen vermag. Eine abschliessende Beurteilung ist im jetzigen Zeitpunkt jedoch nicht möglich, weil die konkrete Umsetzung des Klimarappenprojekts noch zu wenig klar ist. So sind insbesondere die Fragen der Unabhängigkeit der die Erträge verwaltenden Stiftung und die der Verwendung der Erträge noch nicht festgelegt. Damit ist der Bezug des umweltpolitischen Rechtfertigungsgrundes des von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Produktes im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erwiesen.

34. Als Ergebnis kann festgestellt werden, dass sich das Klimarappenvorhaben aufgrund der aktuellen Faktenlage nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz, namentlich durch das Ziel der "rationelleren Nutzung von Ressourcen" rechtfertigen lässt.

E. Schlussfolgerungen

35. Die Weko stuft das Klimarappenprojekt der Erdöl-Vereinigung als Wettbewerbs-, nicht aber als direkte oder indirekte Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG ein. Das Vorhaben, das als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen ist, lässt sich im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mit dem Effizienzgrund der rationelleren Nutzung natürlicher Ressourcen nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG rechtfertigen.

Sollte das Klimarappenprojekt im Rahmen eines Verfahrens untersagt werden, könnte es durch den Bundesrat gestützt auf Artikel 8 KG dennoch zugelassen werden. Zur Erfüllung der CO₂-Vorgaben hat der Bundesrat aber bereits heute die Möglichkeit, einen politischen Entscheid in Richtung Klimarappen zu fällen.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A		GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AF	Arrêté fédéral	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	StR SZW	Ständerat Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development		
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i> TA	Tribunal administratif Tribunale d'Appello
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TApp TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OGer	Obergericht		Tribunale federale
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMC	Organisation mondiale du commerce	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OMP	Ordonnance sur les marchés publics		Trade Related Aspects on Intellectual Property
OR	Obligationenrecht	TRIPS	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée		
P		U	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE UFIAML	Union Européenne Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz		
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Q		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
R		VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese		
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)		
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	W WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	X	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Y	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	Z	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO ZSR	Zivilprozessordnung Zeitschrift für schweizerisches Recht
S			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)		
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)		
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 57, 127, 133, 198, 202, 205, 229, 250
- Abrede 12, 14, 16, 20, 57 ff., 127 f., 133, 135, 202 f., 207, 223 f., 226, 250 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 127, 151, 154
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Breitbanddienste 15, 186 f., 192
- C**
- D**
- E**
- Einstellung einer Untersuchung 122
- einvernehmliche Regelung 14, 18 ff., 140 f., 150, 156 ff., 176, 178, 193, 198, 208
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 14
- I**
- Indizienbeweis 194, 205
- J**
- K**
- Kanton Aargau 14, 19 f.
- kollektive Marktbeherrschung 224
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 57, 86, 128, 141, 160, 182, 224, 251
- Koppelungsgeschäft 62 f., 67
- Krankenversicherer 14
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 54, 62, 102, 114, 119, 150
- M**
- marktbeherrschende Stellung 13, 15 f., 19, 56, 60 f., 63 f., 72 f., 85 f., 88, 102, 123, 127, 138 f., 141, 146, 152, 156 f., 159, 176, 178, 185 f., 192, 224
- Marktgegenseite 16, 57 f., 60 f., 86 ff., 102, 128, 130, 132, 141 ff., 146 f., 149, 159 ff., 165, 167, 171, 176, 182, 229, 251
- Marktstruktur 62, 168, 173
- Marktzutrittsschranken 62, 96, 98, 145 f.
- Meldepflicht 122, 154, 181
- Missbrauch 15, 19 f., 60 f., 72, 102, 108 f., 113 f., 130 ff., 139, 141, 146, 157, 159, 176, 229
- N**
- O**
- P**
- Parallelverhalten 202
- Privatkliniken 12, 14, 19 f.
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 59, 79, 83, 103, 105, 109, 111 f., 114, 125, 129, 131, 154, 176, 186 f., 250
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Submission 16, 194, 196 f., 201, 206 ff.
- Submissionskartell -
- T**

Tarife 12, 94, 114

Tarifvertrag 19 f.

Tierärzte/innen 12

Veröffentlichung 76, 136, 224

Verschulden 176

vorbehaltene Vorschriften 56, 99, 127, 141, 159

U

Untersuchung 11, 13 ff., 19 f., 62, 64, 71 ff., 90, 95, 97, 99
f., 104, 113, 116, 122 ff., 129, 132, 136, 138 f., 141, 146,
156 f., 160, 171, 183, 186, 188, 192 f., 195 f., 198 f., 203
f., 209

unzulässige Wettbewerbsabrede 56, 58 f., 124, 128, 130,
135 f., 193 f., 198, 201, 204, 223, 229

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

W

X

Y

Z