

<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>

2007/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 701.000.07/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 145.- estero

<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>

2007/1

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 2007

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 gemäss Art. 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	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 selon l'art. 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	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 giusta l'art. 50 segg. LCart.
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
	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>	

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2006 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2006 de la Commission de la concurrence	17
	3. Rapporto annuale 2006 della Commissione della concorrenza	33
	4. Annual Report of the Competition Commission 2006	48
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Axpo/Migros - EBL; Verweigerung der Durchleitung von Strom	64
	2. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft	71
	3. TicketCorner AG	79
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P./The Goldman Sachs Group, Inc./Kion Group	82
	2. Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.	83
	3. Nokia Corporation - Siemens AG	87
	4. Lavena - ProSiebenSat.1	98
	5. Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG	101
	6. Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG	113
	7. Weitere	116
	8. Weitere	117
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Je Met AG, Met-Fer SA, Chiesa Alteisen AG/Swico, S.EN.S., Weko	118
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	129
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
	1. Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich	137
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	169

<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	170
<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	172

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

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

A 1	1. <i>Jahresbericht 2006 der Wettbewerbskommission</i>
-----	--

Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2006 war aus Sicht der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Wesentlichen durch drei wichtige Umstände gekennzeichnet. Erstens war das Jahr 2006 das erste, in dem die revidierten Bestimmungen des Kartellgesetzes (insbesondere direkte Sanktionen und Bonusregelung) vollständig während der ganzen Dauer zur Anwendung gelangte. Zweitens haben die Wettbewerbsbehörden im letzten Jahr einen Anstieg der behandelten Dossiers und aufgrund der Verschärfung des Gesetzes längere Verfahrensdauern festgestellt. Letzteres ist eine direkte Folge des erhöhten rechtsstaatlichen Schutzes von Unternehmen, die mit direkten Sanktionen bedroht sind. Drittens hat die Wettbewerbskommission (Weko) im letzten Jahr ihre erste direkte Sanktion gegen die Betreiberin des Flughafens Zürich, Unique, verhängt. Wegen des kleinen betroffenen Marktes war die Sanktion in der absoluten Höhe zwar noch nicht hoch, doch hat dieser Entscheid dazu verholfen, mehrere Grundsatzfragen im Zusammenhang mit der Sanktionierung klären zu können.

Die Weko und ihr Sekretariat haben sich im vergangenen Jahr mit Dossiers aus praktisch allen Wirtschaftsbereichen befasst: das Gesundheitswesen, die Finanzdienstleistungen, die Landwirtschaft, die Energiewirtschaft, die Telekommunikation, die Automobilindustrie, die Bauwirtschaft u.a. waren Gegenstand von Verfahren. Neben Wettbewerbsbeschränkungen mit internationaler und nationaler Dimension waren auch solche mit beschränkter Tragweite von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu beurteilen.

Angesichts der wichtigen Rolle der KMU als Rückgrad der schweizerischen Volkswirtschaft will die Weko die Märkte für die KMU mit besonderem Nachdruck offenhalten. KMU sind flexibel und können rasch auf neue wirtschaftliche und technologische Veränderungen reagieren. Auch wenn ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung durch Unternehmen realisiert wird, sind es die KMU, die für die Dynamik und Innovationsfähigkeit der Wirtschaft eine zentrale Rolle spielen. Aus diesem Grund ist es für die Weko eine Priorität, sie vor missbräuchlichen Verhaltensweisen grosser Unternehmen zu schützen.

So befasste sich die Weko in zwei Fällen mit Behindereungsstrategien grosser Firmen gegen KMU, die Nischenprodukte anzubieten versuchten. Im Falle der Betreiberin des Flughafens Zürich, Unique, konnte die Behörde den fraglichen Markt vollumfänglich offenhalten. Im Falle von Ticketcorner konnte sich die Behörde vorerst nicht durchsetzen und musste nach einem Rückweisungsentscheid der übergeordneten Instanz erneut über die Bücher gehen. Ticketcorner gab indessen von sich aus die Exklusivverträge auf, die vormals die kleineren Konkurrenzunternehmen behindert hatten.

In beiden Fällen waren die Verfahren trotz deren vordergründig volkswirtschaftlich geringen Bedeutung sehr aufwändig. Aber die Fälle - insbesondere Unique - haben Signalwirkung, weil sie es in Zukunft erlauben, aufgrund dieser Praxis und der dabei entwickelten Kriterien künftig schneller und einfacher einzuschreiten. Die Wettbewerbsbehörde unterstreicht damit, dass die Offenhaltung der Märkte für kleine, oft innovative Unternehmen für sie ein primäres und zentrales Anliegen ist. Der Schutz der KMU wird auch weiterhin einer der Schwerpunkte in der Arbeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörde darstellen.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass das schweizerische Wettbewerbsrecht weiterer Entwicklung bedarf, wie dies auch die Experten der OECD in ihrem letztjährigen Bericht zur schweizerischen Wettbewerbspolitik festgestellt haben. Mit Befriedigung hat zudem die Weko von der vom Bundesrat - und in ihrem Sinne ausgefallenen - eingeleiteten Revision des THG zur Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips Kenntnis genommen. Weitere Bestrebungen des Bundesrates für mehr Wettbewerb werden immer die Unterstützung und Zustimmung der Weko finden.

Prof. Walter A. Stoffel,
Präsident der Wettbewerbskommission

I Einleitung

Für die Weko und ihr Sekretariat wird das Jahr 2006 als das Jahr, in dem die Auswirkungen der Revision des Kartellgesetzes zum ersten Mal sichtbar wurden, in Erinnerung bleiben.

Tatsächlich sprach die Weko zum ersten Mal aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz eine direkte Sanktion gegen ein Unternehmen aus. Dem Flughafen Zürich (Unique) wurde eine Busse von CHF 101'000.- auferlegt, da dieser seine marktbeherrschende Position auf dem Markt des Valet-Parkings missbraucht hatte (unten Ziff. II 1). In der laufenden Untersuchung im Bereich der Mobilfunktelefonie hat das Sekretariat weit höhere direkte Sanktionen beantragt (unten Ziff. II 2 a).

Ausserdem hatte das Sekretariat dieses Jahr die Gelegenheit, die ersten Hausdurchsuchungen, das neue Mittel in der Untersuchung, welches ihr seit der Gesetzesrevision zur Verfügung steht, durchzuführen. So wurden im Fall der Luftfrachtzuschläge Hausdurchsuchungen in Zusammenarbeit mit der Europäischen Union durchgeführt (unten Ziff. II 2 b und II 5).

Allgemein richtete die Weko im Laufe des Jahres ihr Augenmerk auf die Missbräuche von marktbeherrschenden Positionen und auf Absprachen, die eine abschottende Wirkung für den Schweizer Markt haben, sowie solche, die sich für die Konsumenten und die KMU preiserhöhend auswirken.

Im Bankensektor führten die Verfahren im Bereich der Zahlungsmittel (Kreditkarten, Debitkarten, Bacomat-Gebühren) zu einer Senkung der Preise und trugen dazu bei, dass die Bemühungen, die Preise in der Hochpreisinsel Schweiz zu senken, sichtbar wurden (unten Ziff. II 1 b).

Auch im Gesundheitswesen nahm die Weko die überhöhten Preise ins Visier. Im Besonderen richtete die Weko ihr Interesse auf die Tarifverträge zwischen den Spitälern und den Versicherungen im Bereich der Zusatzversicherung, sowie auf die Preisempfehlungen bei den Hors-Liste-Medikamenten (unten Ziff. II 1 c).

Im Telekommunikationsbereich wurde durch die Interventionen der Weko der Wettbewerbsdruck auf die Mobilfunkanbieter erhöht, welche zu einer Senkung der Preise für die Konsumenten führen (unten Ziff. II 2 a).

In der Bauwirtschaft konzentrierte die Weko ihr Vorgehen im Wesentlichen auf die Submissionskartelle. Im Moment sind drei Verfahren, welche diese Problematik zum Gegenstand haben, hängig (unten Ziff. II 3 a).

Oftmals waren Vertriebssysteme im Bereich der Konsumgüter, insbesondere im Detailhandel und der Automobilindustrie, Gegenstand von Interventionen durch die Weko und ihrem Sekretariat (unten Ziff. II 3 b).

Im Versicherungswesen entwickelte die Weko und ihr Sekretariat eine Praxis betreffend der Zulassung der in der Branche üblichen, verschiedenen Zusammenarbeitsformen. Der Schweizerische Versicherungsver-

band (SSV) forderte von der Weko den Erlass einer Bekanntmachung, welche diese Tätigkeiten zum Gegenstand hat. Die Weko ist der Auffassung, dass eine sektorspezifische Bekanntmachung nicht gerechtfertigt ist. Jedoch nimmt sie den vorliegenden Jahresbericht zum Anlass, die Praxis und die Materie diesbezüglich ausführlich zu erklären (unten Ziff. IV).

Das Jahr 2006 war auch geprägt vom Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes am 1. Juli, welches bei der Umsetzung eine Belebung des Schweizer Binnenmarktes ermöglichen wird durch die Abschaffung der letzten kantonalen und kommunalen Hemmnisse. Ein wichtiger Teil der Arbeit der Wettbewerbsbehörden ist dabei die Begleitung und Unterstützung der Kantone, welche für die Umsetzung zuständig sind. Diese Arbeit wurde bereits aufgenommen; es wird jedoch noch etwas Zeit benötigen, bis die mit der Revision beabsichtigten Änderungen greifen werden (unten Ziff. II 4).

Für das Sekretariat war das Jahr 2006 geprägt von der Demission seines langjährigen Direktors, Herr ROLF DÄHLER im Frühjahr. Im Herbst wurde er durch Herrn RAFAEL CORAZZA, bisher Geschäftsführer der Preisüberwachung, ersetzt. Aber auch in der Zusammensetzung der Weko ergaben sich einige Änderungen (unten Ziff. III 1 und 2).

Der vorliegende Jahresbericht behandelt im Detail Aktivitäten der Schweizerischen Wettbewerbsbehörde in den verschiedenen wirtschaftlichen Bereichen (vgl. II unten). Ein Schwerpunkt wurde von der Wettbewerbskommission und dessen Sekretariat auf das Versicherungswesen gelegt (vgl. IV unten).

Der Jahresbericht enthält des Weiteren Angaben betreffend die Organisation der Weko und seinem Sekretariat, eine Statistik sowie eine Liste der Ende 2006 laufenden Untersuchungen (unten Ziff. III 3 und 4).

II Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsbereichen

Die Weko und ihr Sekretariat haben im letzten Jahr verschiedenste Fälle bearbeitet. Alle Wirtschaftsbereiche, von der Mobiltelefonie über den Finanzsektor bis zur Landwirtschaft, der Automobilindustrie oder der Baubranche waren Gegenstand von Verfahren. Einige Verfahren haben eine nationale Tragweite, andere eine internationale. Verfahren betreffend das Verhalten kleinerer oder mittlerer Unternehmen haben zwar geringere territoriale Auswirkungen, sind jedoch aus Sicht der Entwicklung des Schweizerischen Wettbewerbs ebenso von Bedeutung.

Diese Vielfältigkeit ist ein Abbild der ökonomischen Gegebenheiten der Schweiz, wo jedes Unternehmen Gegenstand von Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden sein kann. Diese legen jedes Jahr ihre Schwerpunkte fest, abhängig von der Bewertung der Schädlichkeit der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkungen für die schweizerische Volkswirtschaft. Allerdings kann sie andere Fälle, Anfragungen und Publikumsanzeigen nicht übergehen. Infolgedessen be-

handelt sie neben den aufwändigen Fällen auch zahlreiche Fälle von geringerer Bedeutung.

Der vorliegende Bericht führt, unterteilt nach Wirtschaftsbereichen, die wichtigsten und wegweisenden Fälle auf, die von der Weko und ihrem Sekretariat behandelt wurden.

1. Dienstleistungen

In diesem Bereich haben sich die Weko und ihr Sekretariat in erster Linie auf die Verfahren im Zusammenhang mit dem elektronischen Zahlungsverkehr konzentriert (vgl. b unten). Im Vordergrund standen dabei erneut die von den Banken dominierten Kredit- und Debitkartensysteme und die damit verbundenen Netzwerk-Infrastrukturen, welche durch die Gemeinschaftswerke der Bankenwirtschaft betrieben werden. Untersucht wurde auch die Vereinbarung zwischen den Schweizer Banken und der Postfinance betreffend die Benutzung von Bancomaten durch bankfremde Kunden.

Weiter wurden besondere Anstrengungen unternommen, um die Kosten im Gesundheitsbereich zu senken. Das Sekretariat hat in diesem Bereich zwei Untersuchungen eröffnet. Die eine betrifft das Verhältnis zwischen Spitälern und Versicherern im Kanton Luzern. Die zweite betrifft die Preisempfehlungen für gewisse Medikamente, sog. Hors-Liste-Medikamente (vgl. c unten).

Bemerkenswert ist jedoch, dass die Weko in diesem Bereich zum ersten Mal ein Verfahren unter Auferlegung einer direkten Sanktion im September 2006 zu Ende geführt hat.

a. Direktsanktion gegen Unique

In der Untersuchung gegen die Betreiberin des Flughafens Zürich (*Unique*) war zu klären, ob Unique ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Flughafen-Parking missbrauchte (vgl. RPW 2006/4, S. 625 ff.). Weil Unique im Zusammenhang mit der Neuorganisation der Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafenareal zwei selbstständigen Anbietern von Valet Parking-Dienstleistungen die Verträge gekündigt und ihnen die notwendigen Bewilligungen nicht mehr erteilt hatte, eröffnete die Weko eine Untersuchung. Die beiden Anbieter nahmen am Flughafen Fahrzeuge von Passagieren in Empfang und parkierten sie ausserhalb des Flughafenareals zu einem günstigeren Preis ("off airport-Valet Parking"). Unique wollte dies verhindern, um die eigenen Parkhäuser besser auszulasten. Da Unique gegen die von der Weko im Dezember 2003 verfügten vorsorglichen Massnahmen (RPW 2004/3, S. 859 ff.) verstossen hatte, war sie bereits im Dezember 2005 nach Art. 50 KG zur Zahlung eines Sanktionsbetrages von CHF 248'000.- verpflichtet worden (RPW 2006/1, S. 141 ff.; noch nicht rechtskräftig).

Die Untersuchung hat bestätigt, dass Unique ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Flughafen-Parking missbraucht hat. Die Weko machte deutlich, dass Inhaber wichtiger Infrastrukturanlagen andere Unternehmen (insb. auch KMU) nicht in diskriminierender Weise behindern oder gar vom Markt aus-

schliessen dürfen. Wegen Verletzung von Art. 7 KG hat die Weko am 18. September 2006 deshalb erneut eine Busse gegen Unique verhängt in der Höhe von CHF 101'000.-.

Mit dieser Entscheidung hat die Weko erstmals von der mit der KG-Revision 2003 geschaffenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, Unternehmen, die gegen das Kartellgesetz verstossen, direkt zu büssen (sog. "Direktsanktion" gem. Art. 49a Abs. 1 KG). Die Bemessung der Sanktion erfolgte anhand der mit der Revision neu erlassenen KG-Sanktionsverordnung. Weil sich Unique im Schlusstadium der Untersuchung kooperativ zeigte, mit den benachteiligten Parking-Anbietern eine vertragliche Einigung erzielte und mit dem Sekretariat der Weko eine einvernehmliche Regelung abschloss, schöpfte die Weko den Bussenrahmen nicht vollständig aus.

b. Verfahren im Zusammenhang mit Zahlkarten

Im Bereich der *Kreditkarten* hat die Weko mit Entscheidung vom 5. Dezember 2005 (RPW 2006/1, S. 65 ff.) die gegenüber dem Sekretariat gemeinsam abgegebenen Verpflichtungserklärungen (inkl. deren Anhänge) von UBS AG, Credit Suisse, Visa Card Services SA, Cornèr Banca SA und Telekurs Multipay AG im Sinne einer einvernehmlichen Regelung für eine Dauer von vier Jahren genehmigt ("Kreditkarten - Interchange Fee"). Die Auswirkungen der Entscheidung sind im ersten Jahr positiv zu bewerten. Die Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF) wurde um 0,2% gesenkt. Diese Senkung hat sich sowohl auf der Acquiring-Seite als auch auf der Issuing-Seite ausgewirkt. Auf der Acquiring-Seite wurden die Händlerkommissionen gemäss Aussagen der Händlerverbände von den Acquirern reduziert. Der Entscheid der Weko hat somit eine positive Auswirkung auf die Höhe der Händlerkommission gehabt. Auf der Issuing-Seite hat der Kostendruck die Issuer gezwungen, innovative Businessmodelle zu entwerfen, was den Wettbewerb auf dem Issuing-Markt verbessert und die Einführung von fünf neuen low cost Kreditkarten (Jelmoli Visa Bonus Card, Coop Mastercard SUPERCARDplus, M-Budget MasterCard, Orange Collect Card Visa, UBS Low Cost) gefördert hat. Diese Kreditkarten haben gemein, dass sie alle entweder gar keine oder sehr tiefe Jahresgebühren für die Konsumenten haben. Zudem konnten dank des offenen Zugangs zum Markt mit GE Money Bank und OZ Bankers AG zwei neue Issuer auf den Markt treten. Die Kooperation zwischen der Migros bzw. der Coop mit den jeweiligen Issuern zeigt auch, dass trotz multilateraler Interchange Fee noch bilaterale Interchange Fees vereinbart werden können. Die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung aufgrund der Aufhebung der Nichtdiskriminierungsklausel ("No Discrimination Rule"; NDR) wird vor allem von den kleinen Händlern wahrgenommen. Branchen wie Textil, Hotel, Restaurants und Reisen machen systematische Preisdifferenzierungen. Dabei werden diese zum Teil als Rabatt oder aber als Preiszuschlag bei Bezahlung mit Kreditkarte vorgenommen.

Weiter hat das Sekretariat seine Vorabklärung i.S. *Debitkarten - Interchange Fee* abgeschlossen (RPW 2006/4; S. 601 ff.). Gegenstand der Vorabklärung war

die von den Banken beabsichtigte Einführung einer DMIF zwischen den Issuern der Maestro-Debitkarte (u.a. UBS AG, Credit Suisse, RBA Zentralbank, Schweizer Verband der Raiffeisenbanken und Verband Schweizerischer Kantonalbanken) und den Acquirern (vorliegend einzig Telekurs Multipay AG), wie sie bereits in den Kreditkartensystemen von Visa und Mastercard zur Anwendung gelangt. Bisher betreiben die Schweizer Banken das Maestro-Debitkartensystem ohne eine solche DMIF. Sie begründen die Einführung einer Gebühr mit ungenügender Kostendeckung durch das jetzige Preisgefüge. Die Vorabklärung ist auf eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zurückzuführen. Das Maestro-Debitkartensystem ist ähnlich der beiden Kreditkartensysteme Visa und Mastercard als so genanntes Vierparteiensystem organisiert. Bei der geplanten DMIF handelt es sich um ein Entgelt pro getätigte Debitkartentransaktion, welches von den Acquirern an die Issuer bezahlt wird. Die Höhe der DMIF würde dabei in Form eines Prozentsatzes des zugrunde liegenden Transaktionsbetrages festgelegt. Zuständig für die Festlegung der DMIF in der Schweiz wäre das so genannte Maestro Card Committee (MAECC). Das Sekretariat geht davon aus, dass die DMIF im Falle der Einführung von den Acquirern als Kostenkomponente zur Händlerkommission geschlagen und damit auf die Händler überwält würde. Es kam deshalb in seinem Schlussbericht zum Ergebnis, dass die gemeinsame Vereinbarung einer DMIF wohl als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert werden müsste, die sich nach einer ersten Prüfung nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse. Namentlich dürfte die geplante Deckung des Defizits auf Seite der Herausgeber nicht als Effizienzgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG anerkannt werden. Da es sich bisher lediglich um ein geplantes Vorhaben der Banken handelte, welches noch keine Auswirkungen auf die betroffenen Märkte zeitigte, verzichtete das Sekretariat auf die Eröffnung einer Untersuchung. Die Banken haben aber bereits angekündigt, dass sie an der Einführung einer DMIF festhalten wollen.

Eine weitere Vorabklärung betraf die **Bancomat-Gebühren** (RPW 2006/3, S. 420 ff.): Hebt der Inhaber einer Debitkarte (bspw. "Maestro-Debitkarte") an einem Bancomaten einer Drittbank Bargeld ab, wird ihm in vielen Fällen von der Bank, die ihm die Debitkarte ausgestellt hat, eine Gebühr von bis zu CHF 2.- verrechnet. Ursache dieser Gebühr ist die so genannte "Standortentschädigung", ein Interbankenentgelt, welches die Karten herausgebende Bank an die Drittbank für die Benutzung von deren Bancomaten zahlen muss. Aufgrund einer Vereinbarung der Postfinance mit den Schweizer Banken gilt diese Standortgebühr auch für die Benutzung des Postmatennetzes durch Bankkunden und umgekehrt für die Benutzung des Bancomatennetzwerks mit der posteigenen Debitkarte "Postcard". Die zwischen den Banken und Postfinance verrechnete Gebühr wurde per 1. Januar 2005 von CHF 3.- auf CHF 2.- pro Bezug gesenkt. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass das Verhalten der Banken und der Postfinance derzeit kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist: Einerseits ist

der Bezug am Automaten des eigenen Finanzinstituts für den Kunden stets kostenlos. Bezieht der Kunde an einem Automaten einer fremden Bank oder bei Postfinance Bargeld, so wird ihm andererseits nicht immer die volle Standortentschädigung von CHF 2.- weiterverrechnet. Denn zahlreiche Karten herausgebende Banken überwälzen nur einen geringeren Betrag oder verzichten gar auf die Überwälzung. Der Karteninhaber hat somit verschiedene Möglichkeiten, der Gebühr zu entgehen: Er kann entweder kostenlos Bargeld am Automaten seiner Kartenherausgeberin beziehen oder er kann sich beim Bezug einer Debitkarte für dasjenige Finanzinstitut entscheiden, welches bei Fremdbezügen tiefe oder gar keine Gebühren überwälzt.

c. *Verfahren im Zusammenhang mit Gesundheitskosten*

Der Gesundheitsmarkt ist stark reglementiert. Der Wettbewerb ist dementsprechend nicht sehr stark. Nichtsdestoweniger hat die Weko mehrere Verfahren in diesem Bereich durchgeführt.

Am 3. September 2006 erliess die Weko eine Zwischenverfügung (vgl. RPW 2006/3, S. 513 ff.) zur Frage des Bestandes und der Tragweite vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG im Bereich der **Tarifverträge in der Zusatzversicherung**. Diese Zwischenverfügung stellt einen Leitentscheid dar, in welchem erstmals festgehalten wird:

- dass kantonales Recht, welches einen Vorbehalt darstellen könnte, durch die Weko akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen ist;
- dass im Bereich der Zusatzversicherung die Kantone nicht befugt sind, mit kantonalen Normen die Tarif- und Preisbildung zwischen Versicherern und Spitälern zu regulieren;
- dass einem Kanton, welcher die wirtschaftliche Kontrolle über mehrere Spitäler ausübt, eine ähnliche Stellung wie einem Konzern zukommt, so dass das Kartellgesetz im internen Verhältnis zwischen den Spitälern aufgrund von Art. 2 KG nicht zur Anwendung kommt.

Diese Zwischenverfügung ist rechtskräftig, da keine Beschwerde gegen sie erhoben wurde. Damit wurde das primäre Ziel der Untersuchung erreicht. Die Untersuchung wurde am 7. Februar 2006 eröffnet. Sie richtet sich gegen die im Kanton Luzern tätigen Krankenversicherer sowie gegen die kantonalen Spitäler und das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern im Bereich der Zusatzversicherungen. Gegenstand der Untersuchung sind die Tarifverträge zwischen den Krankenversicherern und den kantonalen Spitälern im Bereich der Zusatzversicherung (Spitalzusatzversicherung für die Privat- oder Halbprivat-abteilung). Die Untersuchung wird nun fortgesetzt und die materiellen Fragen im Bereich der Zusatzversicherung angegangen.

Für SL-Präparate bestehen behördlich festgelegte Höchstpreise, was bei Nicht-SL-Präparaten nicht der Fall ist. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob Preisempfehlungen für Nicht-SL-Präparate (sog. **Hors-Liste**-

Medikamente) zulässig sind. Gegenstand der Untersuchung sind die Publikumspreisempfehlungen der Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer AG. Diese drei Unternehmen lassen die Publikumspreisempfehlungen für die Potenzmittel Viagra, Cialis und Levitra auf den Datenbanken der e-mediat AG (Galdat, Pharmavista) publizieren. Gleichzeitig werden die Publikumspreisempfehlungen für diese drei Medikamente durch die Grossistinnen in den Liefer-scheinen an die Apotheken bzw. SD-Ärzt/innen weitergeleitet. Sollten die Preisempfehlungen von einem grossen Teil der Apotheker/innen bzw. SD-Ärzt/innen übernommen werden, wäre es möglich, dass sich die Publikumspreisempfehlungen wie vereinbarte Festpreise auswirken, was zur Folge hätte, dass zwischen den drei Pharmaunternehmen und den Apotheker/innen bzw. SD-Ärzt/innen eine vertikale Preisabrede besteht (Art. 5 Abs. 4 KG). Zusätzlich soll die Untersuchung aufzeigen, ob die drei Pharmaunternehmen bezüglich ihrer Potenzmittel Viagra, Cialis und Levitra horizontale Preisabsprachen getroffen haben (Art. 5 Abs. 3 KG). Aus den genannten Gründen wurde die Untersuchung gegen die drei Pharmaunternehmen, die e-mediat AG, die Grossistinnen Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG, Amedis-UE SA sowie gegen die Apotheker/innen bzw. SD-Ärzt/innen eröffnet.

d. Andere Verfahren

Weiter hat die Weko mit Entscheid vom 18. Dezember 2006 die Untersuchung gegen das Unternehmen **TicketCorner SA** eingestellt (RPW 2007/1, S. 79 ff.). Im Dezember 2003 hatte die Weko TicketCorner verboten, die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen mit den Organisatoren von Sport- und Kulturveranstaltungen zu erzwingen. Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens hatte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Angelegenheit am 27. September 2005 zur Prüfung der Zweckmässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens an die Weko zurückgewiesen. Die in der Folge vorgenommene Analyse hat ergeben, dass TicketCorner nach dem ersten Entscheid der Weko die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen nicht mehr erzwingt. Zudem hat sich der Markt erheblich verändert, insbesondere aufgrund des Internets, welches eine entscheidende Rolle spielt und den Markteintritt neuer Marktteilnehmer erleichtert. Sodann sind neue Ticketvertriebssysteme in Entwicklung. Die Gesamtheit dieser Faktoren hat zu einer Veränderung der Marktstellung von TicketCorner geführt, weshalb die Weko die Untersuchung einstellen konnte.

Ausserhalb des kartengestützten Zahlungsverkehrs hatte das Sekretariat eine Vorabklärung geführt, welche den Handel mit Wertpapieren an der Schweizer Börse SWX Swiss Exchange betraf (RPW 2006/3, S. 439 ff.). Gemäss der so genannten **Börsenpflicht**, welche in den börseneigenen Regeln aufgeführt ist, sind die teilnehmenden Banken und Effektenhändler verpflichtet, während der Handelszeiten Kauf- und Verkaufsaufträge über die Börse auszuführen, d.h. in die Auftragsbücher der SWX einzugeben, sofern nicht bestimmte Limiten überschritten werden. Die Vorab-

klärung hatte gezeigt, dass ein auf Transparenzvorschriften basierendes System a priori wettbewerbsneutraler wäre, da alle Marktteilnehmer den gleichen Regeln unterstellt wären und die Wahlfreiheit bezüglich der Handelsplattform sowohl für die kleinen wie auch für die grossen Anleger gewährleistet wäre. Allerdings bestehen noch immer offene Fragen im Zusammenhang mit den Effizienz- und Kostenvorteilen eines Systemwechsels. In dieser Hinsicht sind die Auswirkungen der durch die europäische Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) im europäischen Raum ab Herbst 2007 eingeführten Deregulierung zu verfolgen. Bereits jetzt scheint sich aber abzuzeichnen, dass eine Aufhebung der Börsenpflicht in der Schweiz nicht ohne gleichzeitige regulatorische Korrektive im Bereich der Vorhandelstransparenz möglich ist. Aus diesem Grund wurde die am 7. Juli 2005 eröffnete Vorabklärung am 13. Juni 2006 eingestellt. Gleichzeitig wurde entschieden, die Frage einer möglichen Aufhebung der Börsenpflicht in der Schweiz auf regulatorischer Ebene weiterzuverfolgen.

Weiter ist zu erwähnen, dass das Sekretariat die Abklärungen in der Untersuchung betreffend Arzneimittelinformationen und Software für medizinische Informationen fortgeführt hat. Bis zum Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes (HMG) am 1.1.2002 wurde das "Arzneimittelkompendium der Schweiz" der **Documed AG** formell durch die interkantonale Kontrollstelle (IKS) anerkannt. Diese Anerkennung hat zu einem faktischen staatlichen Monopol geführt. Mit Inkrafttreten des HMG ist die Rechtsgrundlage für eine formelle Anerkennung des Kompendiums durch Swissmedic (früher IKS) weggefallen. Zusätzlich sind die heute geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Publikationspflicht der Arzneimittelinformationen (Fach- und Patienteninformationen) unklar formuliert, so dass das Sekretariat davon ausgeht, dass das faktische Monopol der Documed AG weiterhin aufrecht erhalten werden kann. Daher hat die Weko im Juni 2005 gegen die Documed AG eine Untersuchung eröffnet, die aufzeigen soll, ob die Documed AG von den Pharmaunternehmen unangemessene Preise für die Publikation von Arzneimittelinformationen erzwingt. Zusätzlich wird überprüft, ob sich die Documed AG weigert, Vertragsverhandlungen mit Konkurrenten zu führen. In casu handelt es sich um einen der ersten Fälle, bei denen die Unangemessenheit von Preisen durch die Weko überprüft wird.

Im Bereich Facility Management (Verwaltung und Bewirtschaftung von Gebäuden, Anlagen und Einrichtungen) hat die Weko einer **Übernahme der Edelweiss Facility Management AG durch die ISS Holding AG** zugestimmt (RPW 2006/4, S. 682 ff.). Dabei hat sie ihre Rechtsprechung bezüglich Konkurrenzverbotsklauseln präzisiert: Bei der Beurteilung eines horizontalen Konkurrenzverbotes ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich dieses für das Zusammenschlussvorhaben räumlich, sachlich und zeitlich als notwendig erweist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob das diesfalls nach Art. 4 Abs. 1 KG als Wettbewerbsabrede zu beurteilende Konkurrenzverbot unzulässig im Sinne von Art. 5 KG ist.

2. Infrastruktur

Die Weko bemühte sich zudem, den Wettbewerb auf den Infrastrukturmärkten zu beleben.

Besondere Beachtung wurde 2006 den **Mobilfunkmärkten** geschenkt. Im europäischen Vergleich sind die Terminierungsgebühren, die bei der Übertragung eines Anrufs auf ein Mobilfunknetz verrechnet werden, noch immer hoch. Diese Problematik war Gegenstand von zwei Interventionen der Weko (unten Ziff. a).

Im Bereich Infrastruktur wurden erstmals im Rahmen einer breit angelegten Untersuchung in Zusammenarbeit mit den Europäischen Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen vorgenommen (unten Ziff. b).

Des Weiteren verfolgte die Weko ihr Engagement zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes weiter (unten Ziff. c) und untersuchte verschiedene Zusammenschlussvorhaben wichtiger Unternehmen (unten Ziff. d).

a. Schweizer Mobilfunktelefonie

Auf der einen Seite erstellte die Weko ein **Gutachten** im Rahmen eines Interkonkurrenzverfahrens der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom). Darin hielt die Weko fest, dass Swisscom, Sunrise und Orange für die Terminierung von Anrufen in ihr Mobilfunknetz marktbeherrschend sind. Mit dieser Feststellung erhält die Comcom gemäss Fernmeldegesetz die Möglichkeit, die Terminierungsgebühren der drei Mobilfunkanbieter für die Zukunft nach kostenorientierten Grundsätzen festzulegen. Dies sollte zu einer Senkung der Tarife in naher Zukunft führen.

Gleichzeitig führte die Weko die am 17. Oktober 2002 eröffnete **Untersuchung** gegen die Mobilfunkanbieter fort. Wie im Interkonkurrenzverfahren sind auch hier die Terminierungsgebühren Gegenstand der Untersuchung. In dieser Untersuchung können direkte Sanktionen ausgesprochen werden, sollte festgestellt werden, dass eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wurde, indem allenfalls die Terminierungsgebühren überhöht sind. Eine Entscheidung in dieser Angelegenheit dürfte zu Beginn des Jahres 2007 zu erwarten sein.

b. Erste Hausdurchsuchungen

Am 13. Februar 2006 eröffnete die Weko eine Untersuchung gegen verschiedene Fluggesellschaften betreffend Abreden im Bereich der Luftfracht. Auf der Basis des Luftverkehrsabkommens (Bilaterale I) arbeitet die Weko in der Untersuchung mit der europäischen Kommission zusammen. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob Abreden betreffend Treibstoff-, Sicherheits-, Kriegerisiko- und Zollabfertigungszuschläge bestehen. Auf der anderen Seite soll die Untersuchung, falls solche Abreden bestehen, die Auswirkungen auf die Schweiz aufzeigen. Im Rahmen der Recherchen bei dieser Untersuchung und um Beweismittel sicherzustellen, wurden bei verschiedenen Gesellschaften zu gleicher Zeit Hausdurchsuchungen durchgeführt.

c. Energie

Der Energiesektor der Schweiz ist immer noch stark reguliert und es herrscht noch kaum wirksamer Wettbewerb. Auf Anstoss der Weko und des Preisüberwachers finden dennoch Veränderungen statt. Die Leitentscheide der Weko, das Stromversorgungsgesetz sowie die Öffnung des europäischen Marktes üben Druck auf den schweizerischen Markt aus.

Im Energiesektor hat die Weko die Untersuchung gegen die Elektra Baselland (EBL) betreffend Stromdurchleitung abschliessen können. Diese Untersuchung wurde eröffnet, weil die EBL die Stromdurchleitung dritter Unternehmen zur Belieferung der Migros verweigert hatte. Die Migros hat sich mit der EBL über einen neuen Stromlieferungsvertrag geeinigt. Die EBL hat sich auch bereit erklärt, dass sie Strom fremder Anbieter gemäss den markt- und branchenüblichen Bestimmungen durchleiten werde. Die Bedenken der Weko wurden damit ausgeräumt, so dass das Untersuchungsverfahren gegen die EBL nunmehr eingestellt werden konnte.

Das Verfahren geht auf eine Klage der Migros zurück, mit der sie eine unzulässige Verweigerung der Stromdurchleitung gegen die Freiburger Elektrizitätswerke (FEW), die Service Industriels de Renens (SIE) und die EBL geltend machte. Diese Klage führte zum Grundsatzentscheid der Weko vom März 2001 gegen die FEW, wonach die Verweigerung der Stromdurchleitung eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht im Juni 2003 bestätigt und führte dazu, dass der Strommarkt trotz des Scheiterns des EMG vom September 2002 für den Wettbewerb geöffnet wurde. Seither hat sich in der Schweiz eine erste Durchleitungspraxis etabliert und der Wettbewerb im Strommarkt wurde dadurch ins Leben gerufen. Auf der Grundlage des FEW-Entscheids hat auch der Preisüberwacher gegen zu hohe Durchleitungspreise intervenieren können.

d. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bewilligte die Weko die Übernahme der AZM Aargauer Zentralmolkerei AG (AZM) durch die Emmi AG (RPW 2006/2, S. 261 ff.). Die Weko kam zum Schluss, dass Emmi durch den Zusammenschluss auf den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung erlangt, dass aber bei AZM die Voraussetzungen für die Anwendung der Failing Company Defence erfüllt sind. Um den kartellrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen, die mit der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung einhergehen, hat die Weko Emmi einer dauernden Missbrauchsaufsicht gemäss Kartell- und Preisüberwachungsgesetz unterstellt. Zudem muss Emmi weitere Unternehmensübernahmen in den betroffenen Märkten zwingend der Weko zur Beurteilung vorlegen. Der Zusammenschluss konnte nur deshalb zugelassen werden, weil die Voraussetzungen für die Anwendung der Failing Company Defence erfüllt waren. Im Laufe der Prüfung ergab sich, dass

der Marktaustritt der AZM mit grosser Wahrscheinlichkeit bevorstehen würde und dass in diesem Falle die frei werdenden Marktanteile wegen des abgeschotteten Marktes ohnehin der Emmi zugefallen wären. Der Entscheid der Weko ergeht vor dem Hintergrund des Übergangs der betroffenen Märkte von einem staatlich regulierten und gegenüber dem Ausland abgeschotteten in ein liberalisiertes Umfeld. Die Weko kam zum Schluss, dass die einzige Möglichkeit zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs in einer möglichst raschen Marktöffnung gegenüber dem europäischen Ausland besteht. Dann würde die Stellung der Emmi voraussichtlich angreifbar werden.

Die Weko verabschiedete deshalb ebenfalls eine entsprechende Empfehlung an den Bundesrat. Darin empfiehlt sie ihm mit Nachdruck, bezüglich der betreffenden Produkte die Öffnung des schweizerischen Marktes gegenüber der EU zu beschleunigen und den passiven Veredelungsverkehr sobald als möglich zu ermöglichen.

Die Weko hat zudem die Übernahme der Cybernet (Schweiz) AG (Cybernet) durch die Swisscom Fixnet AG (Swisscom) genehmigt (RPW 2006/2, S. 248 ff.). Die Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung haben sich in der vertieften Prüfung nicht bestätigt. Cybernet ist als Internet Service Provider insbesondere für KMU tätig. Durch den Zusammenschluss kann Swisscom ihre Marktstellung bei den Breitbandinternetanschlüssen geringfügig ausbauen. Im Vergleich zur Anzahl der Breitbandinternetanschlüsse ist jedoch der Ausbau der Marktstellung unbedeutend. Dabei ist die Anzahl der zu übernehmenden Cybernet Kunden insbesondere im Vergleich zum rasanten Wachstum der Breitbandinternetanschlüsse niedrig. Auch nach dem Zusammenschluss verbleiben einige starke Akteure (ADSL-Anbieter und Kabelnetzbetreiber) sowie kleinere Internet Service Provider als Wettbewerber.

Des Weiteren wurde der Zusammenschluss der betrieblichen Aktiven und Aktivitäten der EOS Holding (EOSH) mit der Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) zugelassen (RPW 2006/3, S. 476 ff.). Die vorläufige Prüfung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ergab keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf den betroffenen Märkten (Stromverteilung, -übertragung, -handel und -produktion) begründen oder verstärken wird. Die Weko verzichtete deshalb auf eine vertiefte Prüfung.

3. *Produktmärkte*

Das Schwergewicht der Tätigkeiten wurde auf die Bauwirtschaft, insbesondere auf den Kampf gegen Submissionskartelle (vgl. a unten), gelegt sowie auf Abreden, die zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes und zu überhöhten Preisen für Konsumenten und KMU führen (vgl. b unten).

a. *Bauwirtschaft*

Der Schweizer Baumarkt ist im Wesentlichen ein Binnenmarkt. Der Wettbewerb aus dem Ausland ist deshalb sehr begrenzt.

Die Weko führte eine Untersuchung gegen vier Berner Bauunternehmen durch, welche verdächtigt wurden, ihre Offertpreise in der öffentlichen Ausschreibung betreffend der Sanierung der *Schweizerischen Landesbibliothek* abgesprochen zu haben. Die Verfügung der Weko, welche die Absprache festgestellt hatte (RPW 2002/1, S. 130 ff.), wurde vom Bundesgericht zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz (RPW 2005/3, S. 580 ff.) zurückgewiesen. Letztere hat die Weko mit weiteren Sachverhaltsermittlungen beauftragt, welche 2006 abgeschlossen wurden. Der Entscheid der Weko wird im Frühjahr 2007 erwartet.

Im April 2005 wurde eine Untersuchung gegen sämtliche auf dem *Tessiner Strassenbelagsmarkt* tätigen Unternehmen eröffnet. Das Sekretariat wirft den Unternehmen eine Gebietsaufteilung bei Submissionsverfahren für Strassenunterhaltsarbeiten und eine Rotation des Zuschlags bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbelagsarbeiten auf National- und Kantonsstrassen vor. Die Untersuchung des Sekretariats ergab, dass Absprachen zwischen Tessiner Strassenbauunternehmen vorlagen und dass diese eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG darstellten. Angesichts der Tatsache, dass die beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen vor dem Ablauf der Übergangsfrist am 1. April 2005 aufgelöst wurden, können die Adressaten der Untersuchung nicht sanktioniert werden. Das Ermittlungsverfahren ist abgeschlossen und den Parteien wurde der Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zugestellt.

Die *NEAT*-Untersuchung war Gegenstand von weitgehenden Ermittlungen. Im Rahmen dieser Untersuchung prüft das Sekretariat insbesondere das Vorliegen einer unzulässigen Abrede zwischen den schweizerischen Herstellern von Zement und Betonsystemen, welche für den Bau des Lötschberg- und des Gotthardbasistunnels benötigt wurden. Das Ermittlungsverfahren wird im Frühjahr 2007 abgeschlossen.

Das Vorabklärungsverfahren gegen den Schweizerischen Stahlhandelsverband (SSHV) wurde abgeschlossen, nachdem der Verband die Preislisten auf Vorschlag des Sekretariats hin per Anfang 2006 abschaffte.

Zwischen verschiedenen Glasereien in Biel besteht eine Abrede über die Organisation eines aus polizeilichen Gründen erwünschten *Pikett-Dienstes* für Notverglasungen. Notverglasungen werden insbesondere ausserhalb der Geschäftszeiten, etwa nach Einbruchdiebstählen nachgefragt. Das Sekretariat hat die Parteien verpflichtet, alle interessierten Glaserei-Fachbetriebe auf entsprechenden Antrag hin in die den Marktzugang regulierende Abrede aufzunehmen.

Die *A. Steiger AG* gibt jährlich eine "Kalkulationshilfe" für Elektroinstallateure heraus, welche u.a. Endpreise für eine grosse Anzahl von Leistungen enthält. Die Elektro-Kalkulation wird gemäss der A. Steiger AG von rund 80% der Elektroinstallateure verwendet. Aufgrund kartellrechtlicher Bedenken wurden auf Bestreben des Sekretariats Lösungen sowohl in Bezug auf den Kalkulationsordner als auch die elektronische Fassung der Elektro-Kalkulation gefunden. Die schrift-

liche Kalkulationshilfe weist nun deutlich auf die Unverbindlichkeit der Preise sowie auf die kartellrechtliche Unzulässigkeit der Einhaltung solcher Preise hin. Zudem werden die Elektroinstallateure beim Aufstarten der Software im Jahr 2007 neu aufgefordert, betriebsinterne Werte für die Kalkulation der Preise einzugeben. Der **Verband Schweizerischer Elektroinstallateure** (VSEI) bietet ebenfalls jährlich überarbeitete Kalkulationshilfen für Elektroinstallateure an. Wie bei der A. Steiger AG sind auch die Kalkulationshilfen des VSEI an die kartellrechtlichen Vorgaben angepasst worden.

Unter der Marke "**Swissbrick**" verkaufen vier Ziegeleien in der Deutschschweiz qualitativ hochwertige Backsteine sowie Mauerwerkzubehör. Die beteiligten Ziegeleien hatten eine gemeinsame Vertriebsstruktur für ihre Produkte aufgebaut und verwendeten eine gemeinsame Preisliste. Das Sekretariat hat im Einvernehmen mit den Unternehmen sowohl die Vertriebsstruktur entflochten als auch bewirkt, dass individuelle Preislisten eingeführt werden. Damit wurden die kartellrechtlichen Bedenken beseitigt.

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle untersuchte das Sekretariat die Fusion zwischen den Bauunternehmen **Zschokke** und **Batigroup**. Die vorläufige Prüfung ergab Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der neu zu gründenden **Implenia**. Diese Anhaltspunkte wurden indes in der vertieften Prüfung nicht bestätigt, weshalb die Weko den Zusammenschluss bewilligte.

b. Vertikalabreden

In diesem Bereich haben die Wettbewerbsbehörden die Revision der **Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden** an die Hand genommen mit dem Ziel, letztere an die neuen Bestimmungen des KG (insbesondere an den Art. 5 Abs. 4) und die europäische Rechtsordnung anzupassen. In diesem Rahmen wurde ein politisch, ökonomisch und juristisch breit abgestütztes Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Die neue Bekanntmachung soll im Verlauf des Jahres 2007 in Kraft treten.

Die **Automobilindustrie** wurde namentlich durch die Umsetzung der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (Kfz-Bekanntmachung, RPW 2002/4, S. 778 ff.) liberalisiert. Das Sekretariat begleitet die Liberalisierung auf dem Automobilmarkt weiterhin aktiv. Pro Woche werden zwei bis drei Anzeigen bearbeitet.

Eine eingehende **Analyse** des Sekretariats (28 Vertriebsverträge jener Marken, welche 90% des Neuwagenverkaufs in der Schweiz abdecken) hat gezeigt, dass die Vertriebsverträge bei zahlreichen Bestimmungen eine grosse Homogenität aufweisen und mit der Kfz-Bekanntmachung im Einklang stehen.

Die präventive Wirkung dieser Bekanntmachung begünstigte die Anpassung der **schweizerischen Preise** an das europäische Niveau. Dies wurde durch eine

Studie von PricewaterhouseCoopers bestätigt, welche aufzeigt, dass die Preise für die Endkunden im Jahr 2005 in der Schweiz zum ersten Mal vorteilhafter waren als im europäischen Ausland¹. Darüber hinaus nennt eine Studie des Bundesamtes für Statistik die Bekanntmachung als mitentscheidenden Grund für eine Senkung des Preisniveaus².

Schliesslich hat das Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung hinsichtlich eines gekündigten Aftersales-Vertrages (der Abschluss eines derartigen Vertrages muss jeder Garage zugestanden werden, welche die qualitativen Kriterien des betreffenden Importeurs erfüllt) festgehalten, dass bei einem offenkundigen und nachhaltig gestörten Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien eine so genannte **Abkühlungsphase** (cooling-off) eintritt. Das Sekretariat ist der Ansicht, dass es für den Abschluss eines Aftersales-Vertrages trotz des Kontrahierungszwanges im Aftersales-Bereich einer gewissen Vertrauensbasis bedarf. Diese Abkühlungsphase kann - je nach den konkreten Umständen - bis zu 24 Monate dauern. Der Markenvertreter ist sodann verpflichtet, den Antrag auf Abschluss eines Aftersales-Vertrages einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Soweit die Garage die qualitativen Kriterien des Importeurs erfüllt, hat sie einen Anspruch auf den Abschluss eines Aftersales-Vertrages.

Die gegen die **Kodak AG** geführte Vorabklärung, welche eine allfällige Behinderung von Parallelimporten zum Gegenstand hatte, wurde eingestellt. Dies nachdem die Kodak AG eine gesamteuropäische Restrukturierung der Kosten- und Vertriebsstruktur eingeführt hat, welche eine Harmonisierung der Preise in der Schweiz mit denjenigen in den Nachbarländern bewirkt.

Der Vertrieb der Damen- und Herrenwäsche der **Calida AG** wurde aufgrund einer Anzeige, welche eine Abrede über Mindest- oder Festpreise beanstandete, überprüft. Die Ermittlungen haben ergeben, dass der in der Anzeige geäusserte Verdacht unbegründet war. Um einer allfällig kartellrechtlich problematischen Wirkung ihrer unverbindlichen Preisempfehlungen vorzubeugen, hat die Calida AG in der Folge in gegenseitigem Einvernehmen mit dem Sekretariat die Preislisten mit unverbindlichen Preisempfehlungen überarbeitet und ein Merkblatt mit Hinweisen auf die kartellgesetzlichen Vorgaben zuhanden der Händler erstellt.

c. Andere Verfahren

Nach der Entscheidung i.S. ETA/Swatch im Bereich des **Uhrenhandels**, namentlich im Markt für mechanische Ebauches (Rohwerke) "made in Switzerland" (RPW 2005/1, S. 128), sind zahlreiche Projekte zur industriellen Herstellung von Uhrwerken lanciert

¹ <http://www.presseportal.ch/de/story.htx?nr=100500808&search=pwc>.

² http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/dienstleistungen/publikationen_statistik/publikationskatalog.html?publicationID=2072.

worden, wobei die Abhängigkeit von den durch ETA gelieferten Ebauches entfällt. Derzeit befinden sich mehrere Projekte auf gutem Weg, darunter ein Unternehmen, das voraussichtlich in der Lage ist, sich in den kommenden Jahren als Konkurrent von ETA zu etablieren. Darüber hinaus hatten diese Projekte auch einen Einfluss auf dem Markt für spiraux und demjenigen für Assortiments (regulierender Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks), in welchen die Swatch Group mit Nivarox ebenfalls über eine marktmächtige Stellung verfügt. Verschiedene Marktteilnehmer sind dabei, eine industrielle Produktion dieser für den Handel mit mechanischen Uhren strategisch wichtigen Bestandteile zu starten. Es bleibt festzuhalten, dass seit dem Zeitpunkt, als ETA das "phasing-out" beschlossen hatte und eine fast umfassende Kontrolle aller nicht integrierten Schweizer Uhrmacherbetriebe bestand, sich insofern geöffnet hat, als mehrere Akteure in den Markt eingetreten sind. Allerdings sind diese Anbieter noch nicht in der Lage, die Produktion von ETA zu substituieren. Anzumerken ist, dass diese Entwicklungen insbesondere auf die Entscheidungen der Weko zurückzuführen sind, allen voran derjenigen über die provisorischen Massnahmen (RPW 2002/4, S. 593) und der einvernehmlichen Regelung, welche es den Unternehmen erlaubt haben, das "phasing-out" zu überleben und diese Projekte in Angriff zu nehmen.

Bei der Vorabklärung gegen die *FIFA* geht es um die unentgeltliche Freistellung von Spielern der Vereine an die Nationalmannschaften für Länderspiele, die von der FIFA organisiert werden. Das Handelsgericht von Charleroi (Belgien), das diese Frage im Rahmen eines ordentlichen Zivilverfahrens prüfen musste, hat den Fall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Beurteilung vorgelegt. In Erwartung des Urteils des EuGH hat das Sekretariat die laufende Vorabklärung gegen die FIFA sistiert, behält sich aber je nach Ausgang des erwähnten Zivilverfahrens die Wiederaufnahme der Vorabklärung vor.

Eine Vorabklärung wurde gegen den Verband *Swiss Volley* eröffnet, nachdem dieser nur Volleybälle der Marke Mikasa für die Spiele der Nationalligen A und B zuließ und zudem ein Sponsoringvertrag zwischen Mikasa und Swiss Volley betreffend Ausrüstung der Indoor-Nationalteams mit Mikasa-Textilwaren bestand. Im Rahmen einer gütlichen Einigung verpflichtete sich Swiss Volley im Januar 2006, ihr Verhalten bezüglich des Sponsorings sowie der Auswahl der Spielbälle künftig in Übereinstimmung mit dem Kartellgesetz sowie der Bekanntmachung "Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln" (RPW 1998/1, S. 154) zu gestalten und somit insbesondere grundsätzlich alle homologierten Spielbälle für den ganzen regelmässigen Turnier- oder Wettkampfbetrieb eines Jahres oder einer Saison zuzulassen.

Das Sekretariat der Weko hat am 23. Februar 2006 eine Vorabklärung gegen *armasuisse*, Beschaffungs- und Technologiezentrum des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS, eingeleitet und damit zum ersten Mal seit

seiner Inkraftsetzung den Art. 2 Abs. 1^{bis} KG angewendet. Anlass hierzu war die Anzeige der Agusta S.p.A. Gerügt wird der mögliche Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der armasuisse. Ein Entscheid über das weitere Vorgehen im Verfahren wird im Frühjahr 2007 erwartet.

4. Binnenmarktgesetz

Für das Kompetenzzentrum Binnenmarkt war das Jahr 2006 gekennzeichnet durch das Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes am 1. Juli 2006.

Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt bereitete das Inkrafttreten des revidierten Gesetzes mit einer Informationskampagne für die Kantone und Gemeinden vor. Danach behandelte es verschiedene Anfragen der Kantone und Privater im Rahmen konkreter Anwendungsfälle.

Ausserdem ist das Kompetenzzentrum Binnenmarkt in die Vorbereitungen zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen involviert. Es ist Mitglied der Expertenkommission zur Vorbereitung des Revisionsprojektes, welche aus Vertretern des Bundes und der Kantone besteht.

5. Kompetenzzentrum Ermittlungen

Im Jahr 2006 hat das Kompetenzzentrum Ermittlungen erste Erfahrungen im Bereich Hausdurchsuchungen gesammelt. Der gute Ablauf der Einsätze ist namentlich auf die Organisation, auf die Infrastruktur, auf die im Laufe der Ausbildung gewonnene Erfahrung der Spezialisten im Sekretariat sowie auf die Unterstützung durch die kantonalen Polizeibehörden zurückzuführen. Sodann wurde eine interne Ausbildung für sämtliche Mitarbeiter des Sekretariats durchgeführt.

6. Internationale Beziehungen

Die Wettbewerbsbehörden pflegen eine internationale Präsenz mit engen Beziehungen zu einer bedeutenden Anzahl ausländischer Behörden. Der Austausch technischer Informationen sowie die Unterstützung, die durch solche Kontakte ermöglicht werden, haben die tägliche Arbeit der Wettbewerbsbehörden in verschiedener Hinsicht erleichtert. Insbesondere bei Unternehmenszusammenschlüssen mit globaler Meldepflicht konnten bis zu 80% der dafür aufgewendeten Ressourcen eingespart werden. Das gleiche gilt in den Grenzen der schweizerischen Rechtsordnung bei Verfahren gegen Kartelle und gegen die Schweiz abschottende Geschäftspraktiken (Hochpreisinsel). Anzumerken bleiben offizielle Besuche in der Schweiz (z.B. aus Ägypten) sowie solche ins Ausland (z.B. nach Deutschland).

OECD: Die Weko und das Sekretariat haben an den drei jährlichen Meetings des Wettbewerbsausschusses der OECD und ihrer drei Arbeitsgruppen "Competition and Regulation", "International Cooperation and Enforcement" und "Competition Law and Policy" in Paris teilgenommen. Die Roundtables haben sich u.a. mit der marktbeherrschenden Stellung (Beweisfragen, Sanktionen sowie andere Massnahmen) und mit der privaten Durchsetzung des Kartellrechts ("class ac-

tions", Schadensbestimmung, Spannungsfeld mit der behördlichen Durchsetzung) befasst. Die Schweizer Delegation (Weko und seco) hat dieses Jahr schriftliche Beiträge für neun der elf Roundtables verfasst. Dies hat die Position der Schweiz als besonders aktives OECD-Mitglied bestätigt. Der Bankensektor mit zwei substantiellen Weko-Beiträgen (bargeldlose Zahlungsmittel und Markteintrittschranken im Retail banking) war Gegenstand von zwei Roundtables im Juni und Oktober 2006. Schließlich wurde Prof. WALTER STOFFEL 2006 in den Lenkungsausschuss dieser Organisation gewählt.

ICN: Die Weko und das Sekretariat haben an der fünften Jahreskonferenz des ICN teilgenommen, welche in Kapstadt stattfand. Das ICN umfasst zurzeit praktisch alle Wettbewerbsbehörden weltweit, d.h. 97 Mitglieder aus 85 Ländern, wovon ungefähr 70 an der Konferenz vertreten waren. Das Sekretariat hat am Workshop der Untergruppe "Merger" in Washington DC sowie an demjenigen der Untergruppe "Cartels" in Den Haag teilgenommen. Da die Schweiz 2009 Gastgeberland für die ICN-Jahreskonferenz sein wird, ist die Schweiz seit 2005 Mitglied des Steuerungsausschusses (steering group). Eine neue Arbeitsgruppe, die "Unilateral Conduct Working group", wurde ins Leben gerufen. Diese beschäftigt sich mit der letzten vom ICN bisher nicht behandelten Domäne im Bereich des Wettbewerbsrechts, nämlich einseitige wettbewerbsmindernde Praktiken von Unternehmen, welche nationale und internationale Märkte beherrschen. Die Gruppe "Competition Policy Implementation" hat ein Pilotprogramm eingeführt, welches jüngeren Behörden den einfachen, unkomplizierten Austausch mit erfahreneren Wettbewerbsbehörden erlaubt. Die Schweiz hat sich an diesem Programm beteiligt und hat eine Partnerschaft mit Jamaika, einer jüngeren Wettbewerbsbehörde, gegründet.

UNCTAD: Im Rahmen des von der UNCTAD mit Unterstützung des seco initiierten Entwicklungsförderungsprogramms zugunsten von fünf lateinamerikanischen Ländern (COMPAL) fand Anfang Jahr die erste Jahreskonferenz statt. COMPAL hat erste wesentliche Erfolge vorweisen können. So haben etwa Nicaragua und El Salvador ein neues Kartellgesetz angenommen und in Kraft gesetzt. Das Weko-Sekretariat hat zudem bemerkenswerte Erfahrungen mit Mitarbeitern aus den jeweiligen nationalen Behörden aus Peru und Costa Rica gemacht, welche jeweils für drei Monate beim Sekretariat ein Praktikum absolviert haben. Im Juli dieses Jahres fand die erste semestrielle Sitzung betreffend Stand der COMPAL-Aktivitäten statt, anlässlich derer eine positive Bilanz gezogen werden konnte. Schliesslich konnte das Sekretariat anlässlich der siebten Sitzungsperiode der intergouvernementalen wettbewerbsrechtlich und -politischen Expertengruppe der UNCTAD mittels Präsentationen die Schweizer Sicht einbringen.

CUTS: Das von der Weko in Zusammenarbeit mit dem seco unterstützte und von einer NGO namens CUTS ausgeführte Projekt "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong" wurde beendet. Die im Laufe dieses Projektes erfolgte

Einführung eines Wettbewerbsgesetzes in Vietnam zeigt die Wirksamkeit der Zusammenarbeit. Demnächst wird über eine allfällige Intensivierung der bilateralen Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden Vietnams und der Schweiz entschieden.

7. Ausblick

Für das Jahr 2007 setzt die Weko den Schwerpunkt auf Verfahren in den Bereichen der horizontalen und vertikalen Kartelle (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG), sowie im Bereich des Missbrauchs durch marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Zudem sollen die Einführung direkter Sanktionen und die Anwendung des Bonussystems weiter entwickelt werden.

Gleichzeitig sollen hängige Verfahren soweit als möglich abgeschlossen und neue Untersuchungen eröffnet werden, falls sich in den Vorabklärungen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

Ausserdem werden sich die Weko und ihr Sekretariat auf die Probleme der Marktabschottung (vgl. Vertikalabsprachen und der Kampf gegen überhöhte Preise) und der Submissionskartelle (vgl. z.B. die laufende Untersuchung der Baubranche) konzentrieren.

Im Bereich des Binnenmarktes wird sie ihre Informationsarbeit und die Unterstützung der Kantone und Gemeinden weiterführen und wird von ihrem Beschwerderecht Gebrauch machen, um in Zukunft eine einheitliche Anwendung des revidierten Gesetzes zu gewähren.

III. Organisation und Statistik

1. Weko

Die Zusammensetzung der Weko hat sich im Jahr 2006 in der Vertretung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) geändert. Herr Dr. SERGE GAILLARD ist auf Ende Juni 2006 aus der Kommission ausgetreten; an seiner Stelle vertritt Herr Dr. DANIEL LAMPART, Chefökonom des SGB, den Schweizerischen Gewerkschaftsbund.

Die Weko hat im Jahr 2006 17 ganztägige Sitzungen (Kammer- und Plenarsitzungen sowie Anhörungen in Verfahren) abgehalten. Sie hat zudem die Reihe von internen Informationstagungen weitergeführt und sich am 12. Juni 2006 von Experten aus der Branche über die möglichen weiteren Entwicklungen im Elektrizitätsmarkt orientieren lassen.

2. Sekretariat

Ende März 2006 hat der langjährige Direktor des Sekretariats der Weko, Herr ROLF DÄHLER, seinen Rücktritt eingereicht. ROLF DÄHLER arbeitete seit 1978 im Sekretariat der Kartellkommission (seit 1996 Weko) und war 1993 zum Direktor ernannt worden. In dieser Position hat ROLF DÄHLER den Umbau und die Modernisierung des schweizerischen Wettbewerbsrechts bereits vor, aber vor allem nach dem EWR-Nein des Schweizer Volkes im Jahr 1992 hautnah miterlebt und wesentlich mitgeprägt. Unter seiner Leitung wurde das Sekretariat der Weko von weniger als zehn Mitar-

beitenden auf seine heutige Grösse ausgebaut und hat sich zu einer schlagkräftigen Untersuchungsbehörde entwickelt. Der Bundesrat sowie die Weko haben ROLF DÄHLER für seinen langjährigen Einsatz in der Wettbewerbsbehörde gedankt.

Am 1. Oktober 2006 hat Herr Dr. RAFAEL CORAZZA das Amt als Direktor des Sekretariats der Weko angetreten. RAFAEL CORAZZA ist promovierter Ökonom und ein ausgewiesener Kenner des schweizerischen Wettbewerbsrechts. Er begleitete dessen Entwicklung und prägte es u.a. als Mitglied der Expertenkommission zur Revision des Kartellgesetzes von 1993-1995 mit. Er trat 1984 als wissenschaftlicher Mitarbeiter in das Sekretariat der Kartellkommission ein und wechselte

1988 zur Preisüberwachung. Dort war er bis zu seinem Übertritt ins Sekretariat der Weko als Geschäftsführer der Preisüberwachung und als Stellvertreter des Preisüberwachers tätig.

Ende des Jahres 2006 beschäftigte das Sekretariat 57 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Voll- und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 47 Prozent. Dies entspricht insgesamt 52,1 Vollzeitstellen. Das Personal teilt sich wie folgt auf: 38 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; 34,2 Vollzeitstellen), 10 wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten (10 Vollzeitstellen), 11 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen & Logistik (7,9 Vollzeitstellen).

3. Statistik

Untersuchungen	
Während des Jahres geführt	18
davon Übernahmen vom Vorjahr	14
davon Eröffnungen	4
Endentscheide	4
davon Anpassung des Verhaltens	2
davon einvernehmliche Regelungen	1
davon behördliche Anordnungen	0
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	1
Vorsorgliche Massnahmen	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	1
Vorabklärungen	
Während des Jahres geführt	62
Übernahmen vom Vorjahr	46
Eröffnungen	16
Abschlüsse	35
davon mit Untersuchungseröffnung	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	9
davon ohne Folgen	24
Andere Tätigkeiten	
Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	32
Beratungen	22
Marktbeobachtungen	46

Sonstige Anfragen	412
Zusammenschlüsse	
Meldungen	29
Kein Einwand nach Vorprüfung	26
Prüfungen	3
Entscheide der Weko	0
Vorzeitiger Vollzug	0
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.	
Gutachten (Art. 15 KG)	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	1
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	2
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	5
Nachkontrollen	3
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	44
BGBM	
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0
Erläuterungen (Sekretariat)	8
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2bis BGBM)	0

4. Bearbeitete Untersuchungen 2006

Unter-suchung	Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:	Eröffnung	Abschluss	Resultat
Kredit-karten - NDR	Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung der Kreditkarten-Acquirer Cornèr Banca SA, Telekurs Multipay AG, Swiss-card AECS SA und UBS Card Center AG	10.09.1999	18.12.2006	Corner, Telekurs und UBS haben sich im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung, welche von der Weko 2005 in einer anderen Kreditkarten-Untersuchung genehmigt worden ist, verpflichtet, die NDR in den Akzeptanzverträgen mit den Händlern zu streichen. Die Swisscard hat gegenüber der Wettbewerbsbehörde ebenfalls eine solche Verpflichtungserklärung abgegeben. Das Verfahren konnte somit nach Durchlauf sämtlicher Rechtsmittelinstanzen wegen Unterziehens eingestellt werden.
Elektra Baselland (EBL)	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	06.11.2006	EBL gab in der Übergangsfrist zur Revision des KG bekannt, Durchleitungen zu gewähren und einigte sich mit der Migros über einen neuen Stromlieferungsvertrag; die Untersuchung konnte wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt werden.

Debitkarten	Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Verbot der Preisdifferenzierung nach Art der Zahlungsmittel	29.01.2002	sistiert	Nachdem einige Marktteilnehmer die Nicht-diskriminierungsklausel abgeschafft haben und andere sie weiterhin anwenden, ist zunächst ein Entscheid über das weitere Vorgehen zu treffen.
TicketCorner SA	Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch das Unternehmen TicketCorner, welches den Organisatoren von Veranstaltungen Exklusivverträge aufzwingt	15.04.2002	18.12.06	Die Weko hat TicketCorner (TC) mit Entscheid vom 1. Dezember 2003 untersagt, den Organisatoren von Veranstaltungen Exklusivverträge aufzuzwingen. Das Unternehmen hat bei der Reko rekuriert, welche die Beschwerde mit Entscheid vom 27. September 2006 teilweise gutgeheissen hat. In der Folge hat die Weko das Sekretariat beauftragt, die aktuelle Marktsituation zu analysieren und zu bestimmen, ob die Wiederaufnahme des Verfahrens angebracht sei. Aufgrund der Tatsache, dass TC seine Verhaltensweise aufgegeben hat, sowie der seit 2003 eingetretenen Marktveränderungen hat die Weko das Verfahren ohne Folgen eingestellt.
Teleclub/ Cablecom	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Nichtaufschaltung von Teleclub digital auf CATV-Netz	23.09.2002	in Bearbeitung	Teleclub und Cablecom haben im Herbst 2006 eine umfassende Einigung zur Beilegung ihrer verschiedenen Auseinandersetzungen getroffen. Das Sekretariat klärt, ob die Untersuchung mangels öffentlichem Interesse eingestellt werden kann.
Terminierung Mobilfunknetze	Marktbeherrschende Stellung der Mobilfunknetzbetreiber in ihren Netzen sowie Preisabreden bei Terminierungsgebühren	15.10.2002	in Bearbeitung	Das Sekretariat hat Swisscom Mobile im April 2006 den Antrag betreffend die Sanktionierung zur Stellungnahme zugestellt. Nach Einreichen der Stellungnahme fand eine zweite Anhörung von Swisscom Mobile statt. Die Parteien erhielten im Oktober 2006 eine letzte Gelegenheit, sich zum Verfügungsentwurf zu äussern. Die Frist für die Stellungnahme ist am 15.12.2006 abgelaufen. In diversen Interkonventionsverfahren betreffend die Terminierungsgebühr vor der Comcom hat die Weko in deren Auftrag die Marktstellung der Mobilfunkanbieter begutachtet. Sie kam mit Gutachten vom 20.11.2006 zum Ergebnis, dass Swisscom Mobile, Sunrise und Orange im Markt für die Terminierung von Anrufen auf ihr Mobilfunknetz marktbeherrschend sind.
Publicitas	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Diskriminierung	06.11.2002	in Bearbeitung	Das Sekretariat hat Ende 2005 mit Publicitas eine einvernehmliche Regelung getroffen, die jedoch noch der Zustimmung durch die Weko bedarf. Publicitas konnte sich zum Verfügungsentwurf nochmals äussern und im November 2006 fand eine letzte Anhörung statt.
Flughafen Zürich - Valet Parking	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Nichterteilung von Bewilligungen für Parkingdienstleistungen	01.12.2003	18.09.2006	Nach der Ausfällung einer Sanktion für die Nichteinhaltung der von der Weko verfügten vorsorglichen Massnahmen haben das Sekretariat und der Flughafen Zürich eine einvernehmliche Regelung getroffen. Diese wurde von der Weko im September 2006 genehmigt. Der Flughafen Zürich wurde zudem mit einer Sanktion von CHF 101'000.- belegt.
Swisscom "Talk & Surf"	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Bündelangebote	16.02.2004	in Bearbeitung	Das Verfahren musste wegen der starken Beanspruchung der Ressourcen in der Untersuchung "Mobilfunkmarkt" zurückgestellt werden.

Swisscom Telefonie- dienstleis- tungen für Geschäfts- kunden	Missbrauch einer marktbe- herrschenden Stellung durch Prize Squeeze	16.02.2004	in Bear- beitung	dito
Zement- und Betonpreise NEAT	Preisabreden bei der Verga- be	22.11.2004	in Bear- beitung	Das Jahr 2006 war den erforderlichen Untersu- chungshandlungen gewidmet, namentlich in bezug auf die Bauherrschaft und die beschaf- fenden Unternehmen (ARGE). Die Untersu- chung wird voraussichtlich im ersten Semester 2007 abgeschlossen.
Strassenbelä- ge im Kanton Tessin	Gebietsaufteilungen bei Submissionsverfahren; Miss- brauch einer marktbeherr- schenden Stellung	08.04.2005	in Bear- beitung	Die Ermittlungshandlungen sind abgeschlos- sen. Das auf italienisch zu führende Verfahren steht vor dem Abschluss. Die Parteien werden den Verfügungsentwurf Anfang 2007 zur Stellungnahme erhalten.
Daten und Software im schweizeri- schen Ge- sundheitswe- sen	Überhöhte Preise für Arz- neimittel-Kompendium	21.06.2005	in Bear- beitung	Im 2006 wurden Sachverhaltsermittlungen vorgenommen.
Swisscom - ADSL (Preis- politik)	Überhöhte Vorleistungsprei- se für Wiederverkäufer im Verhältnis zu den Endkun- denpreisen (möglicher Price- Squeeze)	20.10.2005	in Bear- beitung	Das Sekretariat hat im vergangenen Jahr Sachverhaltsermittlungen durchgeführt und hat mit der Auswertung begonnen. Das Ver- fahren hat sich jedoch wegen der starken Beanspruchung der Ressourcen in der Unter- suchung "Mobilfunkmarkt" verzögert, obwohl die Problematik als sehr wichtig angesehen wird.
Sanierung Betonfassade Schweizeri- sche Landes- bibliothek Bern	Preisabrede im Submissions- verfahren	22.11.2005	in Bear- beitung	Nach Rückweisung des Falles durch die Rechtsmittelinstanzen wurden weitere Ermitt- lungshandlungen vorgenommen. Die Instruk- tion ist abgeschlossen. Ein Entscheid der Weko ist Anfang 2007 zu erwarten.
Zusatzver- sicherungen Kanton Luzern	Preisabreden in den Tarifver- trägen zwischen den Kran- kenkassen und Leistungserb- ringern in der Zusatzversi- cherung im Kanton Luzern	07.02.2006	in Bear- beitung	In der Untersuchung musste zuerst mittels Zwischenverfügung festgestellt werden, dass keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG die Anwendung des Gesetzes einschrän- ken. Nach Eintritt der Rechtskraft dieser Zwi- schenverfügung kann der Sachverhalt mate- riell untersucht werden.
Hors-Liste Medika- mente	Preisabreden bezüglich der Publikumspreise in Form von Empfehlungen für bestimm- te Medikamente	26.06.2006	in Bear- beitung	Das Sekretariat hat Sachverhaltsermittlungen durchgeführt. U.a. wurden die drei Herstelle- rinnen dieser Medikamente, die Grossistinnen und die e-mediat AG befragt. Zusätzlich wer- den jetzt noch die Apotheker/innen und SD- Ärzt/innen, die diese Medikamente verkaufen, befragt.

IV Praxis der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Versicherungen

Die Weko hat im Juli 2006 über den Antrag des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) auf Erlass einer Bekanntmachung für die Versicherungsbranche entschieden. Nach eingehender Prüfung der schweizerischen Marktgegebenheiten ist die Weko zum Schluss gekommen, keine sektorielle Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft in der Schweiz zu erlassen (vgl. RPW 2007/1, S. 137 ff.).

Betrachtet man den Versicherungssektor, so kann festgestellt werden, dass für ein einwandfreies Funktionieren der Versicherungswirtschaft in vielen Bereichen eine Zusammenarbeit zwischen den Versicherungsunternehmen bis zu einem gewissen Masse erforderlich ist. Dies gilt etwa bei der Erstellung von Statistiken, der Beurteilung neuer Entwicklungen und der Formulierung bestimmter Bedingungen. Zudem kann eine Kooperation notwendig sein, wenn grosse Risiken nur durch mehrere Versicherer gemeinsam oder durch Versicherungspools übernommen werden

können. Schliesslich stellt sich die Frage der Zusammenarbeit auch bei der Erbringung verschiedener Dienstleistungen wie bspw. der Schadenerledigung.

Kooperationen zwischen Unternehmen der gleichen Wettbewerbsstufe werfen grundsätzlich kartellrechtliche Risiken auf. Die Zusammenarbeit von Versicherern kann zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen auf horizontaler Ebene führen, wenn sie dazu genutzt wird, Prämien abzusprechen, Märkte aufzuteilen, Kunden oder Versicherungsprodukte zuzuteilen oder die Gestaltung der Versicherungsprodukte abzustimmen. Bestimmte mit Kooperationen zusammenhängende Wettbewerbsbeschränkungen können demgegenüber aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein, weil sie bspw. die Marktzutrittschancen für kleinere und mittlere Versicherer erhöhen oder anderweitig den Wettbewerb fördern.

Um Rechtssicherheit zu erlangen, ist es für die Versicherungswirtschaft ein grundsätzliches Bedürfnis, dass die Voraussetzungen weit gehend bestimmt sind, wann ein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten unzulässig und wann im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund ist der SVV mit einem Antrag auf Erlass einer Bekanntmachung im Sinne von Art. 6 KG für die Bedürfnisse der Versicherungswirtschaft an die Weko herangetreten.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG kann die Weko in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG i.d.R. als gerechtfertigt gelten. Während sich Art. 6 Abs. 1 KG mit branchenübergreifenden Arten von Kooperationen auseinandersetzt, enthält Art. 6 Abs. 2 KG eine zusätzliche Ermächtigung an die Weko zum Erlass von Ausführungsbestimmungen über branchenspezifische Kooperationsformen, dabei wird insbesondere auf den Finanzbereich verwiesen. Für den Versicherungsbereich sei das Augenmerk dabei vor allem auf jene Bereiche zu richten, für welche auch in der EU sektorielle Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz 1994, Sonderausgabe, S. 97). Voraussetzung zum Erlass von Bekanntmachungen gestützt auf Art. 6 Abs. 2 KG ist angesichts des Wortlautes, dass es sich tatsächlich um eine für eine bestimmte Branche typische, besondere Kooperationsform handelt, die sich für diesen Wirtschaftszweig in der Praxis als verkehrsförderlich durchgesetzt hat. Eine gesetzliche Vorlage für den Erlass einer Bekanntmachung im Versicherungsbereich ist somit grundsätzlich gegeben. Es stellt sich allerdings im konkreten Fall die Frage, ob aufgrund der bisherigen Praxis und Erfahrungen der Weko die Notwendigkeit für eine generell-abstrakte Regelung für den Versicherungsbereich in der Schweiz besteht.

Betrachtet man die Situation in der Europäischen Union, so wurde das EG-Kartellrecht lange nicht auf die Versicherungswirtschaft angewendet. Eine erstmalige Bestätigung der Anwendbarkeit erfolgte in einem Musterverfahren des EuGH, das die Prämienempfehlungen des damaligen deutschen Verbandes der Sachversicherer betraf. In der Folge gingen unzählige An-

meldungen aus dem Versicherungsbereich bei der EU-Kommission ein, aus welchen die Erkenntnis gewonnen wurde, dass die Besonderheit des Versicherungsektors bestimmte Formen der Zusammenarbeit erfordert, und dass diese unter bestimmten Voraussetzungen kartellrechtlich zugelassen werden können, zumal den Versicherern durch Kooperation eine bessere Kenntnis der zu übernehmenden Risiken ermöglicht wird, wodurch wiederum die Lasten des Versicherungsschutzes im Interesse der Versicherten besser verteilt werden können. Zur Bewältigung der grossen Zahl von Anmeldungen hat die Kommission 1992 eine Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Arten von Vereinbarungen im Versicherungssektor erlassen (VO 3932/92), die mit Wirkung vom 1. April 2003 durch die Neuregelung in Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor (VO 358/2003) ersetzt wurde.

Im Gegensatz zur EU-Kommission mussten sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bislang nicht mit übermässig vielen Fällen aus der Versicherungsbranche befassen. Gerade im Rahmen der Meldungen gemäss Schlussbestimmungen oder gem. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG hätte die Versicherungsbranche die Möglichkeit gehabt, für gewisse Kooperationen Rechtssicherheit zu schaffen. Entsprechend erwartete die Weko während der Übergangsfrist des neuen Kartellgesetzes von Meldungen aus dieser Branche überhäuft zu werden. Dies geschah allerdings nicht. Aufgrund der wenigen Fälle stellte sich der Weko daher die Frage, inwiefern eine Spezialregelung für den Versicherungsbereich notwendig ist.

Infolge des Antrages des SVV untersuchte die Weko eingehend die einzelnen Freistellungskategorien gemäss der Europäischen Gruppenfreistellungsverordnung sowie darüber hinausgehende mögliche Rechtfertigungstatbestände mit Hinblick auf die Besonderheiten der schweizerischen Marktgegebenheiten in der Versicherungsbranche. Konkret wurden die Tatbestandsmerkmale der gemeinsamen Berechnungen, Tabellen und Studien, der Musterversicherungsbedingungen und Modelle zur Darstellung von Überschussbeteiligungen, der gemeinsamen Deckung bestimmter Sparten von Risiken und Einzelrisiken, der Sicherheitsvorkehrungen, der Vereinbarungen über die Regulierung von Schadenfällen und des Informationsaustausches überprüft. Im Folgenden wird auf die Tatbestandsmerkmale des Informationsaustausches und der gemeinsamen Deckung bestimmter Sparten von Risiken und Einzelrisiken vertieft eingegangen.

Der Informationsaustausch zwischen Versicherungsunternehmen über bestimmte Wettbewerbsparameter kann insbesondere kartellrechtlich problematisch sein. Dabei ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung unabhängig davon, ob der Informationsaustausch direkt zwischen den Versicherern oder unter Zuhilfenahme Dritter, wie insbesondere Verbände erfolgt. Unzulässig ist stets der Austausch so genannter identifizierend wirkender Informationen, d.h. der Informa-

tionsaustausch darf in keinem Fall dazu führen, dass wettbewerbsrelevante Daten wie Preise, Tarife und Konditionen etc. bestimmten Versicherern zugeordnet werden können. Die Schwierigkeit liegt hierbei in der Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz, also wann der Informationsaustausch identifizierend wirkt und wann nicht. Die Wettbewerbsbehörden hatten sich mit dieser Problematik aufgrund einiger Beurteilungen von Benchmarking-Analysen im Versicherungssektor auseinanderzusetzen. Benchmarking-Analysen erhöhen einerseits die Transparenz, was die gegenseitige Abstimmung von unzulässigen Verhaltensweisen erleichtert, ermöglichen andererseits den Vergleich der Unternehmensperformance, was Anreize zu Wettbewerbsverbesserungen schafft, von denen die Verbraucher letztlich profitieren können. Ob durch Benchmarking-Analysen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen, hängt, wie beim Informationsaustausch insgesamt, von Art und Inhalt der betroffenen Daten und Informationen ab. Von Bedeutung sind Elemente wie der Inhalt allgemein, das Aggregationsniveau, die Aktualität der Informationen, die Frequenz des Austausches, aber auch Homogenität der Produkte/Dienstleistungen und die Marktkonzentration. Die Weko hat diesbezüglich im Rahmen erwähnter Beurteilungen einen nicht abschliessenden Katalog mit Kriterien erstellt, die bei der Abwägung der Wettbewerbsrelevanz im Einzelfall herangezogen werden können.

Einen zweiten Schwerpunkt der Untersuchungen der Weko betreffend Rechtfertigungskriterien bildete die gemeinsame Deckung von Einzel- und Sparten von Risiken durch die Versicherungsunternehmen. Auch wenn Wettbewerb regelmässig nur entstehen kann, wenn Unternehmen unabhängig voneinander handeln, so kann die Beteiligung mehrerer Versicherungsunternehmen bei der Deckung bestimmter Risiken kartellrechtlich zulässig sein, wenn diese bspw. überhaupt nur durch eine gemeinsame Deckung getragen werden können (Marktversagen) und somit Wettbewerb erst ermöglichen. Zunächst sind diesbezüglich die Kooperationen zu nennen, die ein bestimmtes grosses Risiko eines Versicherungsnehmers im Einzelfall betreffen. Davon unterschieden wird die Bildung von Gemeinschaften zur Deckung bestimmter Risikosparten (Versicherungspools), für die einzelne Versicherer oder Rückversicherer ohne die Gemein-

schaft keine ausreichende Deckung gewähren könnten. Über den Weg der Gemeinschaft können die Versicherer zudem Erfahrungen zu Risiken sammeln, für die noch keine Richtwerte bekannt sind. Zu Bedenken ist hinsichtlich Versicherungsgemeinschaften allerdings stets die Gefahr möglicher Wettbewerbsbeschränkungen wie Vereinheitlichung von Vertragsbedingungen, Versicherungssummen oder Prämien. In der Schweiz existieren derzeit lediglich acht Versicherungspools. Drei Pools (Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen, Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken und UVG-Teuerungsausgleichspool) wurden durch die Wettbewerbsbehörden in den Vorjahren im Rahmen von Meldungen gemäss Übergangsbestimmung zum Kartellgesetz überprüft und aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz als gerechtfertigt befunden. Andere sind gesetzlich vorgesehen und fallen unter den Vorbehalt von Art. 3 KG. Es verbleibt somit eine recht kleine Anzahl von Versicherungspools bzw. poolähnliche Konstruktionen, wodurch die Weko die Prüfung im Einzelfall für vertretbar hält und eine zwingende Notwendigkeit einer Regelung in einer Bekanntmachung nicht ersichtlich ist.

Insgesamt konnte aus den Abklärungen betreffend Vorteile und Erforderlichkeit einer sektoriellen Bekanntmachung für die Bedürfnisse der Versicherungswirtschaft geschlossen werden, dass die noch relativ geringe Anzahl der den Wettbewerbsbehörden konkret vorgelegten Fälle in allen Rechtfertigungskategorien derzeit keine Notwendigkeit für eine generell-abstrakte Regelung im Versicherungsbereich begründen. Zugleich zeigt aber die bisherige Praxis, dass die in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung festgehaltenen möglichen Effizienzgründe und Kriterien für eine Freistellung i.d.R. auch bei der Beurteilung vorliegender Rechtfertigungsgründe durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Berücksichtigung finden. Den Marktteilnehmern steht bei Rechtsunsicherheiten jederzeit die Möglichkeit der Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG offen. Zudem hat das neue Kartellgesetz die Möglichkeit der Meldung von neuen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingeführt. Die Unternehmen haben entsprechend die Möglichkeit, die Kartellkonformität ihres Verhaltens vor dessen Wirkungsentfaltung sicherzustellen.

A 1

2. Rapport annuel 2006 de la Commission de la concurrence**Avant-propos du Président**

L'année 2006 a été marquée, du point de vue des autorités de la concurrence, principalement par trois éléments importants. Tout d'abord, l'année 2006 est la première au cours de laquelle les dispositions révisées de la Loi sur les cartels (en particulier les sanctions directes et le système de bonus) étaient applicables pleinement. Deuxièmement, les autorités de la concurrence ont constaté, au cours de l'année écoulée, un accroissement des dossiers traités et une augmentation de la durée des procédures en raison du durcissement de la loi. Ce dernier point est une conséquence directe de la protection légale accrue des entreprises menacées de sanctions directes. Troisièmement, la Commission de la concurrence a prononcé, pour la première fois l'année dernière, une sanction directe contre l'exploitant de l'aéroport de Zurich, Unique. L'affaire concernant un marché restreint, le montant de la sanction n'est certes pas très élevé dans l'absolu, mais cette décision a contribué à clarifier plusieurs questions de principe en rapport avec la possibilité de sanctionner.

La Comco et son secrétariat ont traité au cours de l'année écoulée des dossiers relatifs à pratiquement tous les domaines économiques: la santé, les services financiers, l'agriculture, l'énergie, les télécommunications, l'industrie automobile et la construction notamment ont fait l'objet de procédures. Outre celles de dimension internationale et nationale, des restrictions à la concurrence d'une portée restreinte, touchant à des petites et moyennes entreprises (PME), ont également été examinées.

Au vu du rôle important des PME, colonne vertébrale de l'économie suisse, la Comco veut maintenir avec une vigueur particulière les marchés ouverts pour les PME. Les PME sont flexibles et peuvent réagir rapidement à de nouveaux changements économiques et technologiques. Même si une partie essentielle de la création de plus-values est réalisée par les grandes entreprises, ce sont les PME qui jouent un rôle central pour la dynamique et la capacité d'innovation de l'économie. Pour cette raison, il est prioritaire pour la Comco de les protéger contre les comportements abusifs de grandes entreprises.

Ainsi, la Comco a traité deux cas dans lesquels de grandes entreprises menaient une stratégie d'entrave à l'encontre de PME, qui essayaient d'offrir un produit de niche. Dans le cas de l'exploitant de l'aéroport de Zurich, Unique, l'autorité a pu laisser la question du marché déterminant totalement ouverte (cf. II 1 a ci-dessous). Dans le cas TicketCorner, l'autorité n'a pas pu s'imposer en premier lieu et a dû réévaluer le dossier suite à une décision de l'instance supérieure. TicketCorner a entre temps abandonné d'elle-même les contrats exclusifs qui entravaient auparavant les en-

treprises concurrentes plus petites (cf. II 1 d ci-dessous).

Dans les deux cas, les procédures ont mobilisé beaucoup de ressources, en dépit de leur importance économique restreinte à première vue. Mais ces cas - en particulier Unique - ont un effet de signal, car ils permettront à l'avenir d'intervenir plus vite et plus facilement, sur la base de cette pratique et des critères qui y sont développés. L'autorité de la concurrence souligne ainsi que le maintien de l'ouverture des marchés aux petites entreprises, souvent innovantes, est une préoccupation primordiale et centrale pour elle. La protection des PME demeurera une des priorités dans le travail des autorités suisses de la concurrence.

Enfin, il y a lieu de mentionner que le droit suisse de la concurrence devra encore se développer, comme cela a été relevé par les experts de l'OCDE dans leur rapport de l'année dernière sur la politique suisse de la concurrence. La Comco a par ailleurs pris connaissance avec satisfaction du lancement par le Conseil fédéral d'une révision de la LETC visant à l'introduction du principe du Cassis-de-Dijon, comme elle l'avait préconisé. D'autres efforts du Conseil fédéral afin d'accroître la concurrence trouveront toujours le soutien et l'approbation de la Comco.

Prof. Walter A. Stoffel
Président de la Commission de la concurrence

I Introduction

Pour la Commission de la concurrence (Comco) et son secrétariat, l'année 2006 restera comme celle des premiers effets visibles de la révision de la Loi sur les cartels.

En effet, pour la première fois, la Comco a prononcé une sanction directe à l'encontre d'une entreprise contrevenant à la Loi sur les cartels. L'aéroport de Zurich (Unique) s'est vu infliger une amende de CHF 101'000.- pour avoir abusé de sa position dominante dans le domaine du Valet-Parking (cf. II 1 a ci-dessous). Pour sa part, l'enquête menée dans le secteur de la téléphonie mobile pourrait prochainement aboutir à des sanctions directes d'un montant très élevé (cf. II 2 a ci-dessous).

Par ailleurs, le secrétariat a eu l'occasion cette année de procéder aux premières perquisitions, nouvel instrument d'investigation mis à sa disposition par la loi révisée. Ainsi, dans l'affaire "Fret aérien", des perquisitions ont été menées en collaboration avec l'Union européenne (cf. II 2 b et II 5 ci-dessous).

D'une manière générale, les efforts de la Comco ont porté au cours de l'année écoulée sur les abus de position dominante ainsi que les ententes cloisonnant le marché suisse et imposant des prix surfaits aux consommateurs et PME.

Dans le secteur bancaire, les procédures menées en rapport avec les moyens de paiement (cartes de crédit, cartes de débit, taxes de bancomat), contribuent à réduire les prix et participent ainsi à l'effort fait en vue de la réduction de l'ilot de cherté que constitue encore aujourd'hui la Suisse (cf. II 1 b ci-dessous).

Dans le domaine de la santé également, la Comco entend s'attaquer aux prix élevés, notamment en s'intéressant de près aux contrats tarifaires entre hôpitaux et assurances dans le cadre des assurances complémentaires et aux recommandations de prix des médicaments hors-liste (cf. II 1 c ci-dessous).

Dans le secteur des télécommunications, les interventions de la Comco accroissent la pression concurrentielle sur les opérateurs de téléphonie mobile, ce qui devrait mener à terme à des baisses de prix pour les consommateurs (cf. II 2 a ci-dessous).

Dans le secteur de la construction, les efforts de la Comco ont essentiellement porté sur les cartels de soumission. Trois enquêtes en cours portent en effet sur cette problématique (cf. II 3 a ci-dessous).

Les accords verticaux de distribution ont fait l'objet de nombreuses interventions de la Comco et son secrétariat dans le secteur des biens de consommation, en particulier dans le domaine du commerce de détail et de l'industrie automobile (cf. II 3 b ci-dessous).

Dans le domaine des assurances, la Comco et son secrétariat ont développé une pratique relative à l'admissibilité de collaborations diverses au sein de la branche. L'Association Suisse d'Assurances (ASA) a demandé à ce qu'elle fasse l'objet d'une Communication de la Comco. La Comco estime qu'une Communication sectorielle spécifique ne se justifie pas. Néan-

moins, elle profite de ce rapport annuel pour laisser une large place à l'explication de sa pratique en la matière (cf. IV ci-dessous).

L'année 2006 marque également l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet, de la Loi sur le marché intérieur révisée, qui devrait permettre de revitaliser le marché intérieur suisse en abandonnant les derniers obstacles cantonaux et communaux à sa réalisation. Un important travail d'accompagnement et de soutien aux cantons, responsables de la mise en œuvre de la loi, a déjà été effectué. Il devra se poursuivre afin de permettre aux effets recherchés par la révision de se faire jour (cf. II 4 ci-dessous).

Pour le secrétariat, l'année 2006 a été marquée, au printemps, par la démission de son Directeur de longue date, Monsieur ROLF DÄHLER. Il a été remplacé à l'automne par Monsieur RAFAEL CORAZZA, jusqu'alors Directeur de la Surveillance des Prix. La composition de la Comco a également subi quelques changements (cf. III 1 et 2 ci-dessous).

Le présent rapport annuel traite en détail des activités des autorités de la concurrence suisses dans les différents domaines économiques (cf. II ci-dessous). Un accent particulier est porté sur la pratique de la Comco et de son secrétariat en matière d'assurances (cf. IV ci-dessous).

Le rapport annuel contient encore des indications concernant l'organisation de la Comco et de son secrétariat, une statistique ainsi qu'une liste des procédures d'enquête en cours fin 2006 (cf. III 3 et 4 ci-dessous).

II Activités dans les différents domaines économiques

La Comco et son secrétariat ont eu à traiter cette année des dossiers très variés. Tous les secteurs économiques, de la téléphonie mobile aux services financiers, en passant par l'agriculture, l'industrie automobile ou la construction ont fait l'objet de procédures. Certaines procédures ont une portée nationale, voire internationale, alors que d'autres, portant sur le comportement de petites ou moyennes entreprises ont un impact plus restreint territorialement, mais très important du point de vue du développement du droit de la concurrence en Suisse.

Cette variété est le reflet de la vie économique suisse, où toute entreprise est susceptible de faire l'objet d'investigations des autorités de la concurrence. Celles-ci fixent chaque année des priorités dans leurs activités, en fonction du type de restrictions à la concurrence qu'elles jugent le plus dommageables à l'économie suisse. Elles ne peuvent toutefois pas faire l'impasse sur les autres dossiers, demandes et dénonciations de particuliers. Elles traitent dès lors, parallèlement aux procédures d'envergure, de nombreux cas d'importance moindre.

Le présent rapport présente par secteurs économiques, les cas les plus importants et les plus emblématiques qui ont été traités par la Commission et le secrétariat.

1. Services

Dans ce secteur d'activités, la Comco et son secrétariat se sont essentiellement concentrés sur des procédures en rapport avec le trafic des paiements par carte (cf. b ci-dessous). A nouveau, les systèmes de cartes de crédit et de débit dominés par les banques, ainsi que les infrastructures de réseau exploitées par des entreprises communes de l'économie bancaire qui y sont liées, se situent au premier plan. L'accord entre les banques suisses et Postfinance concernant l'utilisation des bancomats par des clients externes a également fait l'objet d'une enquête.

Un effort particulier en vue de réduire les coûts liés à la santé a également été entrepris. Dans ce secteur, le secrétariat a ouvert deux enquêtes. La première concerne les relations entre hôpitaux et assureurs dans le Canton de Lucerne. La seconde traite des recommandations de prix pour certains médicaments dits "hors-liste" (cf. c ci-dessous).

Mais avant tout, c'est dans ce secteur que la Comco a pour la première fois mené à terme une procédure ayant abouti, en septembre 2006, à imposer une sanction directe à une entreprise.

a. Sanction directe contre Unique

L'enquête contre la société exploitant l'aéroport de Zurich (*Unique*) avait pour but de vérifier si Unique avait abusé de sa position dominante dans le domaine des parkings de l'aéroport (DPC 2006/4, p. 625 ss). Dans le cadre d'une réorganisation des services de parking dans l'aire de l'aéroport, Unique avait résilié le contrat de deux entreprises indépendantes offrant des services de Valet-Parking et ne leur avait plus donné les autorisations nécessaires, raison pour laquelle la Comco avait ouvert une enquête. Les deux offreurs prenaient en charge à l'aéroport les véhicules de voyageurs et les parquaient à l'extérieur de l'aire de l'aéroport, pour un prix avantageux ("off airport-Valet Parking"). Unique voulait empêcher cela afin de mieux exploiter ses propres parkings. Parce qu'elle avait enfreint les mesures provisionnelles rendues par la Comco en décembre 2003 (DPC 2004/3, p. 859 ss), Unique avait déjà été condamnée en décembre 2005 au paiement d'une amende de CHF 248'000.-, selon l'art. 50 LCart (DPC 2006/1, p. 141 ss; non encore entrée en force).

L'enquête a démontré que Unique avait abusé de sa position dominante dans le domaine des parkings de l'aéroport. La Comco a mis en évidence que les détenteurs d'importantes infrastructures ne peuvent pas entraver de façon discriminatoire d'autres entreprises (notamment des PME) voire même les exclure du marché. En raison de la violation de l'art. 7 LCart, la Comco a, en date du 18 septembre 2006, à nouveau condamné Unique au paiement d'une amende de CHF 101'000.-.

Avec cette décision, la Comco a pour la première fois utilisé la possibilité, introduite par la révision de la LCart en 2003, de sanctionner directement des entreprises qui violent la LCart (sanctions directes), selon l'art. 49a al. 1 LCart. Le calcul de la sanction se fonde

sur l'Ordonnance sur les sanctions LCart adoptée lors de la révision de la loi. Dans la mesure où Unique s'est montrée coopérative à la fin de la procédure en parvenant à un accord contractuel avec les offreurs de services de parking et en concluant avec le secrétariat de la Comco un accord amiable, la Comco a renoncé à prononcer une amende maximale.

b. Procédures liées aux cartes de paiement

Dans le domaine des *cartes de crédit*, la Commission de la concurrence a accepté, par décision du 5 décembre 2005 et pour une durée limitée à quatre ans, les engagements contractés dans le cadre d'un accord amiable par les trois banques suisses UBS, Credit Suisse et Cornèr Banca et les entreprises communes Viseca Card Services et Telekurs Multipay (Cartes de crédit - Domestic Multilateral Interchange Fee, DPC 2006/1, p. 65 ss). Les effets de la décision après une année sont positifs. La Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF) a été baissée de 0,2%. Cette baisse a eu des effets aussi bien sur le marché de l'Acquiring que sur le marché de l'Issuing. Sur le marché de l'Acquiring, selon les affirmations des associations de commerçants, les commissions payées par ces derniers aux Acquirer ont été diminuées conformément à la baisse de la DMIF. Sur le marché de l'Issuing, la pression sur les coûts a obligé les Issuer à développer de nouveaux "Businessmodells", ce qui a amélioré la concurrence sur ce marché et favorisé l'entrée sur le marché de cinq nouvelles cartes de crédit à coût réduit (Jelmoli Visa Bonus Card, Coop Mastercard SUPERCARDplus, M-Budget MasterCard, Orange Collect Card Visa et UBS Low Cost). Ces cartes de crédit ont en commun qu'elles sont toutes offertes aux consommateurs soit gratuitement, soit avec des commissions annuelles très basses. D'autre part, grâce à l'ouverture du marché, deux nouveaux Issuer (GE Money Bank et OZ Bankers) ont pu entrer sur le marché. Les coopérations entre Migros, respectivement Coop, et les Issuer respectifs montrent enfin que, malgré l'existence d'Interchange Fees multilatérales, des Interchange Fees bilatérales restent possibles. La possibilité pour les commerçants de répercuter les coûts résultant de l'utilisation de la carte de crédit, en raison de la suppression de la clause de non discrimination ("Non Discrimination Rule"; NDR), est utilisée avant tout par les petits commerçants. Certaines branches telles que le textile, l'hôtellerie, la restauration et les agences de voyages font une différenciation de prix systématique. Dans ces cas, les commerçants offrent soit un rabais sur le prix affiché en cas de paiement cash, soit une surtaxe en cas de paiement par carte de crédit.

En outre, le secrétariat a terminé l'enquête préalable portant sur les *cartes de débit - Interchange Fee* (DPC 2006/4, p. 601 ss). L'objet de l'enquête préalable était le projet d'introduction d'une DMIF entre les issuer de la carte de débit Maestro (entre autres UBS AG, Credit Suisse, RBA-banque centrale, Union Suisse des Banques Raiffeisen et Union des Banques Cantoniales Suisses) et les acquirer (en l'espèce uniquement Telekurs Multipay AG) comme elle est déjà appliquée dans les systèmes de cartes de crédit de Visa et Mastercard. A ce jour, les banques suisses distribuent les

cartes de débit Maestro sans exiger de DMIF. Désormais, elles justifient l'introduction d'une telle commission par le fait que le système actuel de fixation des prix ne leur permet pas de couvrir leurs coûts. L'enquête préalable a été ouverte suite à une annonce selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Le système de cartes de débit Maestro est un système à quatre parties similaires aux deux systèmes de cartes de crédit Visa et Mastercard. La DMIF est une commission dépendante du prix de transaction et payée à l'Issuer par l'Acquirer. Elle représenterait un pourcentage du montant de la transaction et est négociée par le Maestro Card Committee (MAECC). Le secrétariat part du principe que si la DMIF devait être introduite, les Acquirers l'ajouteraient sans doute à la commission des commerçants et elle serait ainsi répercutée sur ces derniers. Dans son rapport final, il est donc arrivé à la conclusion que la négociation multilatérale de la DMIF devrait être qualifiée d'accord illicite sur les prix, lequel ne se justifierait pas, après premier examen, par des motifs d'efficacité économique. Notamment, l'intention de couvrir le déficit des Acquirers ne pourrait pas être accepté comme motif d'efficacité économique selon l'art. 5 al. 2 LCart. Dans la mesure où il ne s'agissait que d'un projet des banques qui ne déployait pas encore d'effets sur les marchés concernés, le secrétariat a renoncé à ouvrir une enquête. Cependant, les banques ont déjà annoncé qu'elles maintenaient leur intention d'introduire une DMIF.

Une autre enquête préalable a concerné les *commissions aux bancomats* (DPC 2006/3, p. 420 ss): souvent, lorsque le détenteur d'une carte de débit (par ex. carte de débit "Maestro") prélève de l'argent au bancomat d'une banque tierce, des frais jusqu'à CHF 2.- lui sont facturés par la banque qui lui a remis sa carte de débit. Cette commission résulte d'un accord entre les banques concernant une rémunération que la banque émettrice de la carte de débit doit verser à la banque tierce pour l'utilisation de son bancomat. En raison d'un accord entre Postfinance et les banques suisses, cette rémunération est également due en cas d'utilisation du réseau Postomat par des clients de banques et, à l'inverse, pour l'utilisation du réseau Bancomat avec la carte de débit de la poste "Postcard". La commission facturée entre les banques et Postfinance a diminué de CHF 3.- à CHF 2.- par retrait le 1^{er} janvier 2005. Les vérifications du secrétariat ont démontré que le comportement des banques et de Postfinance ne contrevient pas, en l'état, à la LCart. D'une part, l'accès au bancomat de son propre établissement financier demeure gratuit pour le client. D'autre part, lorsqu'un client utilise l'automate d'un autre établissement bancaire ou un Postomat, la commission de CHF 2.- ne lui est pas systématiquement facturée dans sa totalité. En effet, de nombreuses banques ne facturent qu'un montant réduit, voire y renoncent complètement. Le détenteur de cartes a ainsi de nombreuses possibilités d'échapper au paiement d'une commission: il peut soit retirer gratuitement de l'argent à l'automate de son établissement, soit choisir au moment de l'acquisition de sa carte de débit un institut qui ne demande qu'une commission réduite, voire renonce à celle-ci.

c. *Procédures liées aux coûts de la santé*

Le marché de la santé est fortement réglementé. Le niveau de concurrence n'y est en conséquence pas très élevé. La Comco y a néanmoins consacré plusieurs procédures.

Le 3 septembre 2006, la Comco a rendu une décision incidente (cf. DPC 2006/3, p. 513 ss) portant sur la question de l'existence et la portée des prescriptions réservées selon l'art. 3 LCart dans le domaine des *contrats tarifaires des assurances complémentaires*. Cette décision incidente est un précédent dans lequel il est mis en exergue pour la première fois:

- que le droit cantonal, qui pourrait être une prescription réservée, doit être examiné de manière accessoire à sa conformité à la Constitution;
- que dans le domaine des assurances complémentaires, les cantons ne sont pas autorisés à réglementer par des dispositions légales la formation des tarifs et des prix entre assureurs et hôpitaux;
- qu'un canton qui exerce le contrôle économique sur plusieurs hôpitaux a une position similaire à celle d'un groupe d'entreprises, si bien que, en vertu de l'art. 2 LCart, la Loi sur les cartels n'est pas appliquée en ce qui concerne les relations internes entre hôpitaux.

Cette décision incidente est entrée en force étant donné qu'aucun recours n'a été déposé. Ainsi, l'objectif primaire de l'enquête a été atteint. L'enquête a été ouverte le 7 février 2006 contre les caisses-maladie qui sont actives dans le canton de Lucerne, ainsi que les hôpitaux cantonaux et le Département de la santé et des affaires sociales du canton de Lucerne, dans le domaine des assurances complémentaires. L'objet de l'enquête sont les contrats tarifaires entre les caisses-maladie et les hôpitaux cantonaux dans le domaine de l'assurance complémentaire (assurance hospitalière complémentaire pour les divisions privées ou semi-privées). L'enquête sera continuée et les questions matérielles dans ce domaine seront abordées.

Il existe des prix maximum fixés par les autorités pour les préparations de la liste des spécialités, ce qui n'est pas le cas pour les médicaments ne figurant pas sur cette liste (*médicaments hors-liste*). L'enquête devra déterminer si les recommandations de prix pour les médicaments hors-liste sont admissibles. Les recommandations de prix publics des entreprises pharmaceutiques Pfizer AG, Eli Lilly SA et Bayer AG font l'objet de l'enquête. Ces trois entreprises publient des recommandations de prix publics pour les produits contre l'impotence Viagra, Cialis et Levitra dans les bases de données de e-mediat AG (Galdat, Pharmavista). Les recommandations de prix publics pour ces trois médicaments sont reportées par les grossistes sur les bons de livraison aux pharmacies et médecins dispensants. Si ces recommandations de prix étaient reprises par les pharmaciens et les médecins dispensants, il serait possible qu'elles aient un effet comparable à des prix fixes concertés. Ceci mènerait à un accord vertical sur les prix (art. 5 al. 4 LCart) entre les trois entreprises pharmaceutiques et les pharmaciens et

médecins dispensants. En outre, l'enquête devra démontrer si les trois entreprises pharmaceutiques ont passé un accord horizontal sur le prix de leurs produits contre l'impuissance Viagra, Cialis et Levitra (art. 5 al. 3 LCart). Pour ces raisons, l'enquête a été ouverte contre les trois entreprises pharmaceutiques, e-mediat AG, les grossistes Galexis SA, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG, Amedis-UE SA ainsi que contre les pharmaciens et médecins dispensants.

d. Autres procédures

Le 18 décembre 2006, la Commission de la concurrence (Comco) a décidé de classer l'enquête contre l'entreprise **TicketCorner SA** (DPC 2007/1, p. 79 ss). Rappelons que la Comco avait interdit en décembre 2003 à TicketCorner d'imposer des clauses d'exclusivité dans les contrats qu'elle passait avec les organisateurs de manifestations sportives ou culturelles. Saisie d'un recours, la Commission de recours pour les questions de concurrence avait renvoyé le dossier à la Comco le 27 septembre 2005, afin qu'elle se détermine sur l'opportunité de reprendre cette procédure. L'analyse qui a suivi a démontré que suite à la première décision de la Comco, TicketCorner n'imposait plus de clauses d'exclusivité dans ses contrats. De plus, le marché s'est sensiblement modifié, notamment grâce à Internet qui joue un rôle primordial et facilite l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché. Enfin, de nouveaux systèmes de billetterie sont en cours de développement. L'ensemble de ces éléments ont eu pour effet de modifier la position de TicketCorner sur le marché, raison pour laquelle la Comco a pu clore son enquête.

En outre, le secrétariat a mené une enquête préalable dans le domaine du négoce de papiers valeurs à la bourse suisse SWX Swiss Exchange (DPC 2006/3, p. 439 ss). Selon l'**obligation de traiter en bourse** statuée dans la réglementation de la SWX Swiss Exchange, les participants sont tenus pendant les heures de négoce d'exécuter tous leurs ordres en bourse, c'est-à-dire de les introduire dans les carnets d'ordres de la SWX Swiss Exchange, pour autant que la valeur boursière de l'ordre ne dépasse pas certaines limites. L'enquête préalable a montré qu'un système basé sur des mesures de transparence serait a priori plus neutre du point de vue de la concurrence, puisque tous les participants seraient soumis aux mêmes règles et que la liberté du choix de la plate-forme boursière serait garantie aussi bien pour les petits que pour les grands investisseurs. Cependant, de nombreuses questions restent ouvertes quant à l'efficacité et aux coûts d'un changement de système. Dans cette optique il convient d'observer les effets de la dérégulation au niveau européen suite à l'introduction de la Directive concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID) en automne 2007. Dans tous les cas, il semble qu'une suppression de l'obligation de traiter en bourse en Suisse ne soit pas possible sans des correctifs au niveau de la réglementation des exigences de transparence avant négociation. Pour cette raison, l'enquête préalable ouverte le 7 juillet 2005 a été clôturée sans suite le 13 juin 2006. Il a toutefois été décidé de continuer à suivre la question de la suppression

de l'obligation de négocier en bourse en Suisse sur le plan législatif.

Mentionnons encore que le secrétariat a poursuivi ses investigations dans l'enquête relative aux données et logiciels pour les informations médicales. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPT) le 1^{er} janvier 2002, le "Compendium suisse des médicaments" de **Documed AG** était reconnu formellement par l'Office de contrôle intercantonal des médicaments (OICM). Cette reconnaissance a mené à un monopole étatique de fait. Avec l'entrée en vigueur de la LPT, la base légale pour la reconnaissance formelle du compendium par Swissmedic (auparavant OICM) est tombée. Par ailleurs, les dispositions légales actuelles portant sur l'obligation de publication des informations relatives aux médicaments (informations médicales et aux patients) sont formulées de manière peu claire si bien que le secrétariat part de l'idée que le monopole de fait de Documed AG peut être maintenu. Dès lors, la Comco a ouvert en juin 2005 une enquête contre Documed AG afin de déterminer si Documed AG impose aux entreprises pharmaceutiques des prix inéquitables pour la publication des informations relatives aux médicaments. L'examen porte en outre également sur la question de savoir si Documed AG refuse de mener des négociations contractuelles avec des concurrents. Il s'agit de l'un des premiers cas où la question du caractère inéquitable des prix est examinée par la Comco.

Dans le domaine du Facility Management (administration et exploitation de bâtiments et installations), la Comco a accepté la **prise de contrôle de Edelweiss Facility Management AG par ISS Holding AG** (DPC 2006/4). A cette occasion, elle a précisé sa jurisprudence en matière de clause de non concurrence: lors de l'examen d'une clause de non concurrence horizontale il y a lieu dans un premier temps de vérifier si cette clause est nécessaire pour le projet de concentration d'un point de vue géographique, temporel et eu égard au produit. Dans le cas contraire uniquement, l'illicéité de la clause de non concurrence, considérée comme un accord au sens des art. 4 al. 1 et 5 LCart, sera analysée.

2. Infrastructure

La Comco a également poursuivi ses efforts de stimulation de la concurrence sur les marchés liés aux infrastructures.

Un accent tout particulier a été porté en 2006 sur le **marché de la téléphonie mobile** en Suisse. Dans ce secteur en effet, les tarifs de terminaison, dus lors de la transmission d'un appel sur un réseau de téléphonie mobile, demeurent élevés en Suisse par rapport au niveau des prix en Europe. Cette problématique a fait l'objet cette année de deux interventions de la Comco (cf. a ci-dessous).

C'est également dans ce secteur d'activités que le Secrétariat de la Comco a eu l'occasion de procéder pour la première fois à des perquisitions, dans le cadre d'une enquête menée à vaste échelle, en collabora-

tion avec les autorités européennes de la concurrence (cf. b ci-dessous).

Enfin, la Comco a poursuivi son engagement en faveur d'une libéralisation du marché de l'électricité (cf. c ci-dessous) et examiné divers projets de concentrations d'entreprises importants (cf. d ci-dessous).

a. Téléphonie mobile en Suisse

D'une part, la Comco a rendu une *expertise* commandée dans le cadre d'une procédure d'interconnexion de la Commission fédérale de la communication (ComCom). Elle arrive à la conclusion que Swisscom, Sunrise et Orange disposent d'une position dominante sur le marché de la terminaison des appels sur leurs réseaux respectifs. Sur la base de cette expertise, la ComCom pourra désormais fixer et imposer pour le futur les tarifs de terminaison des trois opérateurs selon les principes d'orientation vers les coûts. Une baisse des tarifs devrait dès lors prochainement intervenir.

Parallèlement, la Comco a poursuivi la *procédure d'enquête* ouverte en octobre 2002 contre les opérateurs de téléphonie mobile. L'enquête porte également sur les tarifs de terminaison dans le cadre de l'interconnexion des différents réseaux mobiles. Au terme de cette procédure, des sanctions directes fondées sur la Loi sur les cartels pourront être prononcées, s'il devait s'avérer que les tarifs de terminaison sont excessifs et constituent dès lors un abus de position dominante. Une décision dans cette affaire devrait tomber en tout début de l'année 2007.

b. Premières perquisitions

En février 2006, la Comco a ouvert une enquête concernant des accords dans le domaine du fret aérien. Cette enquête est menée en collaboration avec la Commission européenne sur la base de l'Accord sur le transport aérien (Bilatérales I). Elle devra déterminer s'il existe des accords entre les transporteurs aériens portant sur les surtaxes sur le carburant, les surtaxes de sécurité, les surtaxes relatives au risque de guerre ainsi que les surtaxes sur le dédouanement. D'autre part, si de tels accords existent, leurs effets en Suisse devront être examinés. Dans le cadre de cette procédure, des perquisitions ont été menées simultanément auprès de différentes entreprises afin de rechercher et de saisir des moyens de preuve.

c. Energie

Le secteur de l'énergie en Suisse est toujours fortement réglementé et peu ouvert à la concurrence. Néanmoins, sous l'impulsion de la Comco et de la Surveillance des prix, des changements s'opèrent peu à peu. Le projet de loi sur l'approvisionnement électrique ainsi que l'ouverture des marchés européens exercent également une certaine pression sur le marché.

Dans le secteur de l'énergie, la Comco a pu clore la procédure menée contre *Elektra Baselland* (EBL), relative au transit de l'électricité. Cette enquête avait été ouverte en raison du refus d'EBL de laisser transiter du courant électrique d'entreprises tierces sur son

réseau afin d'approvisionner en énergie une entreprise du groupe Migros. Ce dernier a conclu un nouveau contrat de livraison de courant électrique avec EBL, qui s'est également déclarée prête à laisser transiter du courant de fournisseurs tiers sur son réseau aux conditions usuelles du marché et de la branche. Les préoccupations de la Comco ont dès lors pu être levées, de sorte que la procédure a été classée.

Cette procédure avait pour origine une plainte de Migros contre EBL, les Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) et le Service Intercommunal de l'électricité (SIE) à Renens, qui avait amené la Comco à rendre un arrêt de principe en mars 2001 contre les EEF, selon laquelle un refus de transit constituait un abus de position dominante. Cette décision a été confirmée par la Commission de recours pour les questions de concurrence et le Tribunal fédéral en juin 2003 et a eu pour conséquence l'ouverture du marché de l'électricité, malgré l'échec de la LME en septembre 2002. Depuis lors, une pratique en matière de transit d'électricité s'est développée en Suisse et la concurrence s'est ainsi accrue sur le marché de l'électricité. Parallèlement aux efforts de la Comco, la Surveillance des Prix est intervenue contre des prix de mise à disposition des réseaux trop élevés.

d. Contrôle des concentrations d'entreprises

Au chapitre du contrôle des fusions et acquisitions, la Comco a approuvé le rachat d'Aargauer Zentralmolkerei AG (AZM) par Emmi (DPC 2006/2, p. 261 ss). Elle a retenu que cette concentration crée une position dominante d'Emmi sur les marchés du lait, de la crème de consommation et du beurre, mais qu'AZM remplit les conditions pour l'application de la Failing Company Defence. Afin de minimiser les risques liés à la création d'une position dominante d'Emmi sur les marchés précités, la Comco a soumis cette société à une surveillance étroite contre d'éventuels abus au sens de la Loi sur les cartels et de la Loi sur la surveillance des prix: ainsi Emmi devra désormais soumettre tout rachat d'entreprise active sur les marchés concernés à un examen de la Comco. La fusion a été autorisée uniquement parce que les conditions pour l'application de la Failing Company Defence étaient remplies. Il s'est en effet avéré en cours de procédure qu'AZM allait vraisemblablement disparaître du marché et que dans ce cas, les parts de marché ainsi libérées seraient acquises par Emmi en raison de la fermeture des frontières. En effet, les marchés concernés sont encore régulés par l'Etat et cloisonnés vis-à-vis de l'étranger. La seule façon de permettre le rétablissement d'une concurrence efficace est l'ouverture aussi rapide que possible du marché à l'Europe. La position dominante d'Emmi pourra alors être attaquée.

Parallèlement à l'autorisation de la concentration, la Comco a dès lors émis une recommandation à l'attention du Conseil fédéral dans laquelle elle demande avec insistance d'accélérer l'ouverture du marché suisse à l'UE pour les produits concernés et d'autoriser le trafic de perfectionnement passif le plus rapidement possible.

La Comco a également approuvé le rachat de Cybernet par Swisscom (DPC 2006/2, p. 248 ss) suite à un examen approfondi n'ayant pas confirmé les indices de création ou renforcement d'une position dominante. Cybernet développe une activité de fournisseur d'accès Internet pour des PME. Son rachat par Swisscom permet à cette dernière d'améliorer sa position sur le marché des services Internet à large bande, mais de manière peu significative. En effet, le nombre de clients acquis par le rachat de Cybernet s'avère faible par rapport à la croissance rapide des services Internet à large bande. Quelques acteurs importants, en particulier les grands fournisseurs de services ADSL et les câblo-opérateurs, de même que des fournisseurs plus modestes subsistent comme concurrents sur le marché.

Enfin, l'opération de concentration entre Atel et EOS Holding (DPC 2006/3, p. 476 ss) a également été autorisée. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice de création ou renforcement d'une position dominante sur les marchés de la distribution, du transport, du commerce et de la production d'électricité. Par conséquent, la Comco a renoncé à procéder à un examen approfondi de la concentration.

3. Industrie et production

L'essentiel de l'effort a été consacré au marché de la construction, notamment à la lutte contre les cartels de soumission (cf. a ci-dessous), et aux ententes cloisonnant le marché suisse et imposant des prix surfaits aux consommateurs et PME (cf. b ci-dessous). Par ailleurs, la priorité a été donnée à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart relatif aux accords verticaux, qui a donné lieu à l'examen de plusieurs cas (cf. c ci-dessous).

a. Construction

Le marché de la construction en Suisse est essentiellement un marché intérieur. La concurrence étrangère dans ce secteur est en effet très limitée.

Une enquête a été menée contre quatre entreprises bernoises de construction soupçonnées de s'être entendues sur leurs offres de prix lors de la soumission publique des travaux de rénovation de la façade de la *bibliothèque nationale*. La décision de la Comco constatant l'accord illicite (DPC 2002/1, p. 130 ss) a été portée devant le Tribunal fédéral (DPC 2005/3, p. 580 ss) puis renvoyée à la Comco afin que celle-ci clarifie l'état de faits. L'instruction s'est terminée fin 2006 et une décision sera prise au printemps 2007.

En avril 2005, une enquête a été ouverte contre l'ensemble des entreprises tessinoises actives sur le *marché de l'asphaltage des routes au Tessin*. La Comco reproche aux entreprises d'avoir opéré d'une part, une répartition du territoire tessinois lors des procédures de soumission pour l'entretien des routes cantonales, et d'autre part, une rotation dans l'adjudication des mandats publics pour les travaux d'asphaltage des routes nationales et cantonales. L'enquête du secrétariat a déterminé qu'il existait effectivement des accords entre les entreprises d'asphaltage des routes au Tessin et que de telles pratiques constituaient un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart. Les

parties ne se verront pas infliger d'amendes, étant donné que les faits se sont produits avant la fin de la période transitoire qui s'est achevée le 1^{er} avril 2005. L'instruction est terminée et un projet de décision a été envoyé aux parties pour prise de position.

L'enquête *NLFA* a fait l'objet de mesures d'instruction poussées. Cette enquête vise notamment à déterminer l'existence d'un accord illicite entre les fournisseurs suisses portant sur les livraisons de ciment et de systèmes de béton nécessaires à la construction des tunnels de base du Lötschberg et du Gotthard. L'instruction sera terminée au début de l'année 2007.

Le secrétariat a clôturé l'enquête préalable en l'affaire de l'Association suisse du commerce de l'acier et de la technique du bâtiment (ASCA) cette association ayant supprimé, au début de l'année 2006, ses listes de prix, sur proposition du secrétariat.

Il existe un accord entre différents vitriers pour l'organisation d'un *service de garde* pour des vitrages d'urgence souhaité par la police, dans la région de Bienne. Ces travaux d'urgence sont demandés en cas de cambriolage, en particulier en dehors des heures d'ouverture des commerces. Le secrétariat a obligé les parties - dans un accord régulant l'accès au marché - à accepter toutes les vitreries intéressées actives dans cette branche qui en font la demande.

A. Steiger AG émet chaque année une "aide de calcul" à l'intention des installateurs-électriciens contenant, entre autres, les prix finaux pour un grand nombre de prestations. Selon Steiger AG, cette aide de calcul est utilisée par environ 80% des installateurs-électriciens. Le secrétariat s'est efforcé de trouver des solutions pour la version papier ainsi que pour la version électronique des aides de calcul. La version papier mentionne clairement le caractère indicatif des prix ainsi que l'illicéité du point de vue du droit de la concurrence du respect de tels prix. En outre, les logiciels informatiques demanderont en 2007 aux installateurs-électriciens d'entrer des facteurs de coûts propres à leur entreprise pour le calcul des prix. L'*Union Suisse des Installateurs-Electriciens (USIE)* émet également chaque année des "aides de calcul" à l'attention des électriciens. De manière analogue au cas A. Steiger AG, les aides de calcul de l'USIE ont été adaptées pour répondre aux exigences du droit des cartels.

Quatre entreprises actives en Suisse alémanique dans la fabrication de briques et d'accessoires de maçonnerie de qualité supérieure sous le label "*Swissbrick*" ont notifié leur convention, auprès du secrétariat. Les tuileries participantes ont mis sur pied une structure de distribution ainsi qu'une liste de prix communes. Le secrétariat a éliminé ses réserves en dissociant la structure de distribution et en incitant l'introduction de listes de prix individuelles, d'entente avec les entreprises.

Dans le cadre du contrôle des concentrations, le secrétariat s'est penché sur la fusion entre les entreprises de construction *Zschokke* et *Batigroup*. L'examen préalable ayant révélé des indices de création ou de renforcement d'une position dominante de la nou-

velle entité, *Implenia*. Ces indices n'ont pas été confirmés lors de l'examen approfondi. C'est pour cette raison que la Comco a approuvé la concentration.

b. Accords verticaux

Dans ce domaine, les autorités de la concurrence ont entamé la *révision de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux* afin d'adapter cette dernière aux nouvelles dispositions de la LCart (en particulier son art. 5 al. 4) et au règlement européen. Dans ce cadre, une large consultation des milieux politiques, économiques et juridiques a été réalisée. L'entrée en vigueur de la nouvelle communication est prévue dans le courant de l'année 2007.

L'*industrie automobile* a été libéralisée notamment par l'application de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci après Communication automobile, DPC 2002/4, p. 778 ss). Le secrétariat continue à accompagner activement cette libéralisation du marché par le biais de deux à trois interventions hebdomadaires.

Le secrétariat a effectué une *analyse des contrats* de distribution des véhicules automobiles en Suisse (28 contrats de marques qui réalisent plus de 90% des ventes de véhicules en Suisse). Il ressort de cette analyse que les contrats présentent une grande homogénéité sur de nombreux points et qu'ils respectent la Communication automobile.

L'effet préventif important de cette Communication a favorisé l'adaptation des prix suisses au niveau européen. Ceci a été en partie confirmé par une étude de PricewaterhouseCoopers démontrant que les *prix en Suisse* sont devenus pour la première fois en 2005 les plus avantageux d'Europe pour le consommateur final¹. L'Office fédéral de la statistique s'attend également à une baisse des prix induite notamment par cette communication².

Dans le cadre d'une enquête préalable concernant la résiliation d'un contrat de service après-vente (un tel contrat doit être accordé à tout garage respectant les critères qualitatifs édictés par l'importateur concerné), le secrétariat a décidé que lorsque la relation de confiance a été altérée de façon flagrante et durable, une *période de pause* (cooling-off) pour rétablir la confiance peut être observée. Celle-ci peut, suivant les circonstances, durer jusqu'à 24 mois. Le représentant de la marque est obligé, une fois le délai écoulé, de soumettre toute nouvelle demande de contrat d'après-vente à un nouvel examen.

L'enquête préalable menée contre *Kodak SA* concernant une éventuelle violation de la LCart (entrave aux importations parallèles) a pu être classée après que Kodak a adopté un nouveau système de distribution européen intégrant la Suisse, permettant ainsi une harmonisation du niveau de prix entre la Suisse et ses voisins.

La distribution des sous-vêtements pour dames et messieurs de *Calida AG* a fait l'objet d'une dénonciation en raison d'un soupçon d'imposition de prix mi-

nimaux ou fixes. Les investigations du secrétariat n'ont pas confirmé ce soupçon. Afin de prévenir un éventuel effet anticoncurrentiel de ses recommandations de prix indicatives, Calida AG a, d'entente avec le secrétariat, revu les listes de prix indicatifs et a établi une notice explicative à l'intention des distributeurs sur les exigences du point de vue du droit de la concurrence.

c. Autres procédures

Après la décision prise dans le cas ETA/Swatch concernant l'*industrie horlogère*, et plus précisément le marché des ébauches mécaniques made in Switzerland (DPC 2005/1, p. 128 ss), de nombreux projets d'industrialisation de mouvements - indépendants de la fourniture d'ébauches provenant d'ETA - ont été lancés. En l'état, plusieurs projets sont en voie d'aboutissement, dont notamment un qui est à même de se positionner comme concurrent d'ETA dans les années à venir. Par ailleurs ces projets ont aussi eu un impact sur le marché des spiraux et assortiments, marché où le Group Swatch détient également une puissance de marché (Nivarox). En effet, divers acteurs sont en train de mettre en route une production industrielle de ces éléments stratégiques pour l'industrie horlogère mécanique. Ainsi, entre le moment où ETA a pris la décision du phasing out et aujourd'hui, le marché est passé d'une situation de quasi-contrôle général de toutes les entreprises horlogères suisses non intégrées à une situation où plusieurs acteurs ont pu pénétrer le marché concerné. Ceci étant, l'offre qu'ils proposent n'est pas encore à même de se substituer à celle d'ETA. Ce sont notamment les décisions de la Comco, celle d'abord des mesures prévisionnelles (DPC 2002/4, p. 593 ss) puis de l'accord amiable, qui ont permis aux entreprises de survivre au phasing out et de lancer ces projets.

L'enquête préalable contre la *FIFA* concerne la problématique de la mise à disposition gratuite des joueurs par les clubs en faveur des équipes nationales lors des matches organisés par la FIFA. Le tribunal de commerce de Charleroi (Belgique) qui devait également se pencher sur cette question dans le cadre d'une procédure civile ordinaire, a saisi la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans le cadre d'une question préjudicielle. Le secrétariat a suspendu son enquête préalable dirigée contre la FIFA dans l'attente du jugement de la CJCE mais se réserve le droit de reprendre son enquête préalable en fonction des résultats de la procédure civile.

Une enquête préalable a été ouverte contre *Swiss Volley* car celle-ci n'autorisait que les ballons de la marque Mikasa lors des matches de ligues nationales

¹ <http://www.presseportal.ch/fr/story.htx?nr=100500807&firmid=100008191&lang=3>

² <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=2073>

A et B. De plus, il existait un contrat de sponsoring entre Mikasa et Swiss Volley concernant l'équipement des équipes nationales indoor. En janvier 2006, Swiss Volley s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable, à rendre son comportement futur conforme à la LCart ainsi qu'à la Communication "Homologation et Sponsoring des articles de sport" (DPC 1998/1, p. 158 ss) et à autoriser, pour l'intégralité d'une manifestation sportive s'étendant sur une année, une saison ou une grande partie de celle-ci, tous les ballons homologués.

Enfin, le secrétariat a ouvert le 23 février 2006 une enquête préalable contre *armasuisse*, centre responsable des acquisitions et de la technologie au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports et a appliqué l'art. 2 al. 1^{bis} LCart pour la première fois depuis son entrée en vigueur. Cette enquête préalable a été initiée par une dénonciation d'Agusta S.p.A. en novembre 2005. Cette dernière met en cause *armasuisse* quant à un éventuel abus de position dominante. Une décision concernant la suite de la procédure sera prise au début de l'année 2007.

4. *Marché intérieur*

Pour le Centre de compétences Marché Intérieur, l'année 2006 a été marquée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2006, de la Loi révisée sur le marché intérieur.

Le Centre de compétences Marché Intérieur a préparé l'entrée en vigueur de la loi révisée par une campagne d'information à l'intention des cantons et communes. Il a par la suite été amené à traiter diverses demandes des cantons et de particuliers en rapport avec des cas d'application concrets de la loi.

Par ailleurs, le Centre de compétences Marché Intérieur est impliqué dans les travaux préparatoires en vue de la révision de la Loi fédérale sur les marchés publics. Il est représenté dans le groupe d'experts constitué de représentants de la Confédération et des cantons en vue de la préparation d'un projet de révision à l'intention du Conseil fédéral.

5. *Centre de compétences Investigations*

En 2006, le Centre compétences Investigations a vécu ses premières expériences dans le domaine des perquisitions. Le bon déroulement des opérations tient notamment à l'organisation, aux infrastructures mises en place et aux expériences acquises par les spécialistes du Secrétariat au cours de leur formation, ainsi qu'à l'appui fourni par les polices cantonales. Une formation interne pour l'ensemble des collaborateurs du Secrétariat a aussi été mise en place.

6. *Relations internationales*

Les autorités de la concurrence soignent une représentation et une présence internationale active qui leur ont permis de nouer des liens étroits avec un grand nombre d'autorités étrangères. Grâce à l'échange d'informations techniques et au soutien de manière informelle que ces contacts rendent possibles, le travail quotidien des autorités de la concu-

rence a été facilité dans divers domaines, notamment dans celui des concentrations d'entreprises, en diminuant jusqu'à 80% les ressources consacrées à certains cas d'envergure globale, mais également dans les limites posées par le cadre juridique suisse par rapport aux procédures contre les cartels et contre des pratiques cloisonnant le marché suisse (îlot de cherté). Finalement, des visites officielles en Suisse (p.ex. de l'Egypte) et à l'étranger (p.ex. en Allemagne) ont eu lieu.

OCDE: La Commission de la concurrence et le secrétariat ont participé aux trois meetings annuels à Paris au sein du comité de la concurrence de l'OCDE et de ses trois groupes de travail "Competition and Regulation", "International Cooperation and Enforcement" et "Competition Law and Policy". Parmi les très nombreux thèmes traités, les thèmes suivants ont fait l'objet d'un cycle de plusieurs tables rondes: la position dominante (preuve de la position dominante; sanctions et remèdes) et l'application du droit de la concurrence par la voie privée (actions civiles, class actions, définition du dommage subi, interface avec l'action publique). La délégation suisse (Comco et seco) a soumis des contributions écrites en 2006 pour neuf tables rondes sur les onze organisées au sein du comité de la concurrence, ce qui conforte la position de la Suisse comme membre particulièrement actif au sein de cette organisation internationale. Du point de vue des secteurs économiques, le secteur bancaire a fait l'objet de deux tables rondes en juin et en octobre 2006 pour lesquelles le secrétariat a fourni des contributions substantielles (cartes de paiements et barrières à l'entrée dans le retail banking). Enfin, le Prof. WALTER STOFFEL a été élu en 2006 au Bureau du comité de la concurrence.

ICN: La Commission de la concurrence et le secrétariat ont participé à la cinquième conférence annuelle de l'International Competition Network à Capetown. L'ICN compte actuellement dans ses rangs pratiquement tous les organismes de la concurrence du monde entier; ses effectifs s'établissent actuellement à 97 membres provenant de 85 pays, dont 70 environ étaient représentés au Cap. Le secrétariat a participé au workshop qui s'est tenu à Washington DC dans le cadre du sous-groupe "Merger". Le secrétariat a également participé à l'International Cartels Workshop à la Haye. En perspective de la conférence annuelle de l'ICN qui se déroulera en Suisse en 2009, la Suisse est membre du steering group de l'ICN depuis 2005. Il convient de mentionner qu'un nouveau groupe de travail, le "Unilateral Conduct Working group" a été formé. Celui-ci se lance dans l'étude du dernier grand domaine que l'ICN n'avait pas encore étudié, à savoir les questions que posent les pratiques unilatérales anticoncurrentielles des entreprises qui dominent le marché national et international. Le groupe "Competition Policy Implementation" a entrepris un programme pilote permettant à ces organismes de puiser plus facilement l'expérience et le savoir-faire de leurs collègues d'organismes plus expérimentés. Dans ce but, la Suisse a formé un "partnership" avec une autorité plus récente, à savoir la Jamaïque.

CNUCED: Concernant le programme d'assistance technique en faveur de cinq pays d'Amérique latine (COMPAL) soutenu par le seco et en collaboration avec la CNUCED, la première réunion annuelle a eu lieu au début de cette année et de premiers succès ont été constatés et ont renforcé le programme. Le Nicaragua ainsi que le Salvador ont notamment adopté une loi sur la concurrence. De plus, le secrétariat a reçu deux stagiaires des autorités nationales du Pérou et un du Costa Rica. Le secrétariat a participé à la première séance semestrielle sur l'état des activités de COMPAL en juillet de cette année. Un bilan positif a été tiré de cette rencontre. Le secrétariat est également intervenu lors de la septième période de sessions du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrence.

CUTS: Le projet "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", soutenu par la Comco en collaboration avec le seco et exécuté par une organisation non gouvernementale appelée CUTS, est arrivé à sa fin. L'adoption d'une loi sur la concurrence par le Vietnam au cours de ce projet en démontre son efficacité. Une décision permettant d'intensifier l'assistance technique bilatérale entre les autorités de la concurrence du Vietnam et de la Suisse sera prise prochainement.

7. Perspectives

Pour 2007, les autorités de la concurrence mettront la priorité sur les procédures relatives aux cartels horizontaux et les accords verticaux durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) ainsi que sur celles portant sur des abus d'entreprises en position dominante (art. 7 LCart). La mise en place et l'application du système de bonus ainsi que des sanctions directes devront également être développées.

Elles mèneront à leur terme, dans la mesure du possible, les enquêtes en suspens et en ouvriront de nouvelles lorsque les enquêtes préalables présenteront des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

Par ailleurs, la Comco et son secrétariat se concentreront sur les problématiques du cloisonnement des marchés (cf. accords verticaux et lutte contre les prix surfaits) et des cartels de soumissions (cf. p. ex. enquêtes en cours sur le marché de la construction).

Dans le domaine du Marché intérieur, elle poursuivra son travail d'information et de soutien auprès des cantons et communes et fera usage du droit de recours dont elle dispose désormais afin d'assurer une application uniforme de la loi révisée.

III. Organisation et statistique

1. Comco

La composition de la Comco a été modifiée en 2006 par un changement dans la représentation de l'Union syndicale suisse (USS). Monsieur Serge Gaillard a quitté la Commission à la fin juin 2006; il a été remplacé par Monsieur Daniel Lampart, Chef Economiste de l'USS.

En 2006, la Comco a tenu 17 séances d'une journée (séances de Chambres et séances plénières). Elle a en

outre poursuivi la série de conférences internes d'information. Ainsi, le 12 juin 2006, elle a été mise au courant des développements futurs possibles sur le marché de l'électricité par des experts de la branche.

2. Secrétariat

Fin mars 2006, Monsieur ROLF DÄHLER, Directeur du Secrétariat de la Comco depuis de nombreuses années, a donné sa démission. ROLF DÄHLER a travaillé depuis 1978 auprès du Secrétariat de la Commission des cartels d'alors (devenue Commission de la concurrence en 1996) et a été nommé Directeur en 1993. A ce poste, ROLF DÄHLER a vécu de près et participé de manière essentielle au développement et à la modernisation du droit suisse de la concurrence, déjà avant, mais surtout après le rejet de l'EEE par le peuple suisse en 1992. Sous sa direction, le Secrétariat de la Comco est passé de moins de dix collaborateurs à sa taille actuelle et s'est développé en une autorité d'enquête efficace. Le Conseil fédéral ainsi que la Comco ont remercié ROLF DÄHLER pour son engagement de plusieurs années au sein de l'autorité de la concurrence.

Le 1^{er} octobre 2006, Monsieur RAFAEL CORAZZA est entré en fonction en tant que Directeur du Secrétariat de la Comco. RAFAEL CORAZZA est Docteur en économie et connaisseur averti du droit suisse de la concurrence. Il a suivi son développement et y a mis son empreinte notamment en tant que membre de la commission d'experts chargée de la révision de la Loi sur les cartels de 1993-1995. Il a été engagé auprès du Secrétariat de la Commission des cartels en 1984 en tant que collaborateur scientifique, puis a rejoint en 1988 la Surveillance des prix. Il y a exercé la fonction de Directeur de la Surveillance des prix et de suppléant du Surveillant des prix, jusqu'à son arrivée à la tête du Secrétariat de la Comco.

Fin 2006, le Secrétariat employait 57 collaboratrices et collaborateurs (temps pleins et temps partiels), avec un pourcentage de femmes de 47%. Ceci correspond à 52,1 équivalent plein-temps. Le personnel se divise comme suit: 38 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (y.c. Direction; 34,2 équivalent plein-temps), 10 stagiaires scientifiques (10 plein-temps), 11 collaboratrices et collaborateurs du Service Ressources et logistique (7,9 équivalent plein-temps).

3. Statistiques

Enquêtes	
Menées durant l'année	18
reprises de l'année précédente	14
ouvertures	4
Décisions	4
dont adaptation du comportement	2
dont accords amiables	1
dont décisions de l'autorité	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	1
Mesures provisionnelles	2
Procédures de sanction selon l'art. 50 ss LCart	1
Enquêtes préalables	
Menées durant l'année	62
Reprises de l'année précédente	46
Ouvertures	16
Clôtures	35
dont ouverture d'une enquête	2
dont accords amiables	9
dont sans suite	24
Autres activités	
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	32
Conseils	22
Observations de marché	46
Autres demandes	412
Concentrations	
Notifications	29
Pas d'intervention après examen préalable	26
Examens approfondis	3
Décisions de la Comco	0
Réalizations provisoires	0

Avis, recommandations, prises de position, etc.	
Avis (art. 15 LCart)	1
Recommandations (art. 45 LCart)	1
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	2
Prises de position sur demandes de concessions LRTV	5
Suivi des affaires	3
Communications (art. 6 LCart)	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	44
LMI	
Recommandations/Enquêtes (art. 8 LMI)	0
Avis (art. 10 al. 1 LMI)	0
Conseils (Secrétariat)	8
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	0

4. Enquêtes menées en 2006

Enquête	Enquête ouverte en raison d'indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Cartes de crédit - NDR	Abus d'une position dominante (collective) des Acquirer Cornèr Banca SA, Telekurs Multipay AG, Swisscard AECS SA et UBS Card Center AG	10.09.1999	18.12.2006	Corner, Telekurs et UBS se sont engagés, dans un accord amiable approuvé par la Comco en 2005 dans le cadre d'une autre enquête en rapport avec les cartes de crédit, de biffer la clause de non discrimination (NDR) des contrats d'acceptation passés avec les commerçants. Swisscard s'est également engagée en ce sens auprès des autorités de la concurrence. La procédure a ainsi pu être classée après épuisement de toutes les voies de recours.
Elektra Baselland (EBL)	Refus illicite de transit d'électricité	04.08.2000	06.11.2006	EBL a informé durant le délai transitoire de la révision LCart, garantir le transit et avoir trouvé un accord avec Migros sur un nouveau contrat de livraison d'électricité. Devenue sans objet, la procédure a pu être classée.
Cartes de débit	Abus de position dominante. Interdiction de différenciation de prix en fonction du moyen de paiement	29.01.2002	suspendue	Après que certains participants au marché ont supprimé la clause de non discrimination et que d'autres l'utilisent encore, il y a lieu tout d'abord de décider de la suite à donner au dossier.

TicketCorner SA	Abus de position dominante de l'entreprise TicketCorner qui imposait des contrats exclusifs aux organisateurs de manifestation	15.04.2002	18.12.06	La Comco a rendu une décision le 1 ^{er} décembre 2003 et a interdit à TicketCorner (TC) d'imposer des contrats exclusifs aux organisateurs de manifestation. L'entreprise a recouru auprès de la Reko et celle-ci lui a partiellement donné raison par décision du 27 septembre 2005. La Comco a alors mandaté le secrétariat aux fins d'analyser la situation actuelle sur le marché et de décider s'il était opportun de reprendre la procédure. Compte tenu du fait que TC a modifié sa pratique et au vu des modifications survenues sur le marché depuis 2003, la Comco a clos la procédure sans suite.
Teleclub/Cablecom	Abus de position dominante en raison de la non-diffusion de Teleclub Digital sur le réseau CATV	23.09.2002	en cours d'examen	A l'automne 2006, Teleclub et Cablecom ont passé un accord global permettant de liquider leurs différends. Le secrétariat examine si l'enquête peut être classée faute d'intérêt public.
Tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile	Position dominante des opérateurs de téléphonie mobile sur leurs réseaux et accords sur les prix (tarifs de terminaison)	15.10.2002	en cours d'examen	En avril 2006, le secrétariat a soumis la proposition relative à la sanction à Swisscom Mobile pour prise de position. Après réception de la prise de position, Swisscom Mobile a été entendue une seconde fois. En octobre 2006, les parties ont eu la possibilité de se prononcer une dernière fois sur le projet de décision. Le délai pour la prendre position est échu le 15.12.2006. Dans diverses procédures d'interconnexion relatives aux taxes d'interconnexion devant la Comco, la Comco a été chargée d'examiner la position sur le marché des opérateurs de téléphonie mobile. Dans une expertise du 20.11.2006, elle arrive à la conclusion que Swisscom Mobile, Sunrise et Orange ont une position dominante sur le marché de la terminaison des appels sur leurs réseaux.
Publicitas	Abus de position dominante en raison de discriminations	06.11.2002	en cours d'examen	Fin 2005, le secrétariat a passé un accord amiable avec Publicitas, qui doit néanmoins obtenir l'aval de la Comco. Publicitas a pu se prononcer encore une fois sur le projet de décision et une dernière audition a eu lieu en novembre 2006.
Aéroport de Zurich - Valet Parking	Abus de position dominante par non-attribution d'autorisations pour les services de parking	01.12.2003	18.09.2006	Après qu'une sanction a été imposée pour non respect de mesures provisionnelles décidées par la Comco, le secrétariat et l'aéroport de Zurich ont passé un accord amiable. Celui-ci a été approuvé par la Comco en septembre 2006. En outre, une sanction de CHF 101'000.- a été prononcée contre l'aéroport de Zurich.
Swisscom "Talk & Surf"	Abus de position dominante par une offre groupée	16.02.2004	en cours d'examen	La procédure a dû être mise de côté en raison de la forte mise à contribution des ressources dans l'enquête "Téléphonie mobile".
Services de téléphonie pour les clients commerciaux de Swisscom	Abus de position dominante par Price Squeeze	16.02.2004	en cours d'examen	Dito.
Prix du ciment et du béton des chantiers NLFA	Accord sur les prix lors de la soumission	22.11.2004	en cours d'examen	L'année 2006 a été consacrée aux actes d'enquête nécessaires, en particulier en rapport avec le maître d'oeuvre et les entreprises (ARGE). L'enquête sera probablement terminée au cours du premier semestre 2007.

Asphaltage des routes au Tessin	Répartitions géographiques lors de procédures de soumissions; abus de position dominante	08.04.2005	en cours d'examen	Les mesures d'instruction sont terminées. La procédure, à mener en italien, est sur le point d'être close. Les parties recevront le projet de décision pour prise de position début 2007.
Données et logiciel dans le domaine de la santé	Prix surfaits pour le Compendium des médicaments	21.06.2005	en cours d'examen	Des mesures d'instruction afin de clarifier l'état de faits ont été entreprises en 2006.
Swisscom - ADSL (Politique de prix)	Prix des prestations préalables trop élevés par rapport aux prix payés par les clients finaux (eventuel Price Squeeze)	20.10.2005	en cours d'examen	Au cours de l'année passée, le secrétariat a mené des mesures d'instruction afin de clarifier l'état de faits et a commencé l'évaluation. La procédure a néanmoins pris du retard en raison de l'importante mise à contribution des ressources dans l'enquête "Téléphonie mobile", quand bien même cette problématique est considérée comme étant très importante.
Rénovation de la façade de la Bibliothèque nationale à Berne	Accord sur les prix lors de la soumission	22.11.2005	en cours d'examen	Les instances de recours avaient renvoyé le dossier à la Comco. De nouvelles mesures d'enquête ont été entreprises. L'instruction est terminée. Une décision de la Comco est à attendre début 2007.
Assurances complémentaires – Canton de Lucerne	Accords de prix dans les contrats tarifaires entre les caisses-maladie et les prestataires dans l'assurance complémentaire dans le canton de Lucerne	07.02.2006	en cours d'examen	Dans cette enquête, il a tout d'abord fallu constater, par une décision incidente, qu'aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne restreignait l'application de la loi. Une fois cette décision incidente entrée en force, l'état de fait pourra être examiné sur le fond.
Médicaments Hors-Liste	Accords sur le prix relatifs aux prix publics sous la forme de recommandations pour certains médicaments	26.06.2006	en cours d'examen	Le secrétariat a entrepris des mesures d'enquête afin de clarifier l'état de fait. Les trois fabricants de ces médicaments, les grossistes et la société e-mediat AG ont été interrogés. Les pharmaciens et les médecins dispensants, qui vendent ces médicaments seront encore interrogés.

IV Pratique des autorités de la concurrence dans le domaine des assurances

En juillet 2006, la Commission de la concurrence a décidé de la suite à donner à une requête de l'Association suisse d'assurances (ASA) portant sur l'établissement d'une communication pour le secteur des assurances. Après un examen approfondi des spécificités du marché suisse, la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu d'établir une réglementation sectorielle dans le domaine des assurances en Suisse (cf. DPC 2007/1, p. 137 ss).

L'observation du domaine de l'assurance permet de constater que dans de nombreux secteurs, une collaboration entre assureurs est dans une certaine mesure nécessaire au bon fonctionnement de la branche. Cela vaut notamment pour l'établissement de statistiques, l'examen de nouveaux développements et la formulation de certaines conditions. De plus, une coopération peut s'avérer nécessaire, lorsque certains risques ne peuvent être couverts que par plusieurs assureurs en commun, ou au travers d'un pool d'assurances. Enfin, la question de la collaboration se pose aussi lors de la fourniture de différents services, comme par exemple le règlement de sinistres.

La collaboration entre entreprises occupant des échelons identiques du marché présente en règle générale des risques d'un point de vue du droit des cartels. La collaboration entre assureurs peut amener à une restriction horizontale notable de la concurrence, lorsqu'elle est utilisée afin de fixer des primes, pour répartir des marchés, des clients, ou des produits d'assurance, ou pour convenir de la définition d'un produit d'assurance. Certaines restrictions à la concurrence résultant de collaborations peuvent cependant être justifiées par des motifs d'efficacité économique, parce qu'elles augmentent par exemple les chances d'accès au marché de petits et moyens assureurs, ou qu'elles favorisent la concurrence.

Afin d'apporter une certaine sécurité juridique, il est important pour les assurances de déterminer les conditions auxquelles un comportement relevant du droit des cartels est illicite et quand il est justifié, selon l'art. 5 al. 2 LCart. Pour ce motif, l'ASA a demandé à la Commission de la concurrence d'établir une communication sur les assurances, au sens de l'art. 6 LCart.

Conformément à l'art. 6 al. 1 LCart, la Commission de la concurrence peut décrire dans des communications générales les conditions auxquelles certains accords en matière de concurrence peuvent être admis du fait de l'existence de motifs d'efficacité économique, selon

l'art. 5 al. 2 LCart. Alors que l'art. 6 al. 1 LCart décrit différents cas de coopération pouvant s'appliquer à l'ensemble des secteurs économiques, l'art. 6 al. 2 permet à la Commission de la concurrence d'établir des dispositions d'exécution sur des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie, en faisant notamment référence au domaine des services financiers. Pour le domaine des assurances, l'attention devra se porter d'abord sur les différents objets réglés au niveau de l'UE dans des règlements d'exemptions par catégorie (cf. Message sur la Loi sur les cartels 1994, Tiré à part, p. 89). Selon l'art. 6 al. 2 LCart, la condition à l'élaboration d'une communication est qu'elle traite d'une forme particulière de coopération propre à certaines branches de l'économie. D'une façon générale, il existe donc une base légale pour l'élaboration d'une communication dans le domaine des assurances. Se pose dès lors la question de savoir si, dans le cas concret et compte tenu de la pratique et de l'expérience de la Commission de la concurrence, une réglementation générale et abstraite en Suisse dans ce domaine s'avère nécessaire.

Si l'on observe la situation en Europe, le droit de la concurrence n'a pendant longtemps pas été appliqué au secteur des assurances. Une première confirmation de l'application du droit de la concurrence à ce secteur a découlé d'une décision modèle de la CJCE qui concernait des recommandations de primes édictées par l'ancienne association allemande des assureurs chose. Suite à cette procédure, de nombreuses annonces ont été faites auprès de la Commission européenne, laquelle a constaté que les spécificités du domaine des assurances impliquaient différentes formes de coopération, lesquelles - au regard du droit de la concurrence - devaient être autorisées sous certaines conditions. Cela d'autant plus que ces coopérations permettent une meilleure connaissance des risques assumés, ce qui améliore la répartition de la charge des risques dans l'intérêt des assurés. Afin de pouvoir gérer le nombre important d'annonces, la Commission de 1992 a adopté un règlement d'exemption par catégorie pour le secteur de l'assurance (règlement CE n° 3932/92), lequel a été modifié avec effet au 1.4.2003 par le règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances.

Contrairement à la Commission européenne, les autorités suisses de la concurrence n'ont à ce jour pas été confrontées à un nombre important de cas dans le secteur des assurances. Pourtant, les assureurs auraient eu la possibilité d'obtenir plus de sécurité juridique pour certaines coopérations dans le cadre des annonces selon les dispositions transitoires ou selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Dès lors, la Commission de la concurrence s'attendait à être débordée par les annonces de ce secteur durant le délai transitoire de la nouvelle loi. Cela n'a pas été le cas. En raison du faible nombre de cas, la question s'est posée de savoir si une réglementation spéciale pour ce domaine était nécessaire.

Suite à la requête de l'ASA, la Commission a examiné de manière approfondie les différentes catégories d'exemption prévues par le règlement d'exemption européen ainsi que d'autres motifs possibles d'efficacité économique, eu égard aux spécificités du marché suisse. Concrètement les états de fait suivants ont été analysés: la réalisation en commun de calculs, de tables et d'études; les conditions types d'assurances et modèles; la couverture en commun de certains types de risques et de risques simples; les équipements de sécurité; les conventions sur le règlement de sinistre ainsi que l'échange d'informations. Seuls les états de fait de l'échange d'information ainsi que de la couverture en commun de certains types de risques et de risques simples seront approfondis ci-après.

L'échange d'information entre assureurs sur certains paramètres de concurrence peut notamment être problématique au regard du droit de la concurrence. A cet égard, le fait que l'échange d'information se fasse directement entre les assureurs ou par l'intermédiaire d'un tiers comme par exemple une association n'est pas relevant quant à l'effet sur la restriction de la concurrence. L'échange d'informations permettant d'identifier des entreprises sera toujours illicite. En d'autres termes, l'échange d'information ne doit jamais permettre que des données pertinentes sur le plan de la concurrence telles que le prix, les tarifs, les conditions d'assurances etc. amènent à l'identification d'un assureur particulier. La difficulté réside dans l'appréciation de l'effet sur la concurrence, à savoir dans quels cas l'échange d'informations va permettre l'identification d'une entreprise, et dans quels cas cela ne sera pas possible. Les autorités de la concurrence ont été confrontées à cette problématique dans le cadre de différents conseils dans le domaine d'analyses de benchmarking dans le secteur des assurances. D'une part, les analyses de benchmarking améliorent la transparence, ce qui facilite les accords quant à un comportement illicite. D'autre part, elles permettent de comparer la performance des entreprises, ce qui crée des incitatifs pour améliorer la concurrence et profite en fin de compte aux consommateurs. La question de savoir si une analyse de benchmarking peut avoir des effets négatifs pour la concurrence dépend, comme pour l'échange d'informations en général, du type et du contenu des données et informations échangées. Les éléments suivants peuvent notamment être pertinents: le contenu de l'information de manière générale, le niveau d'agrégation, l'actualité de l'information, la fréquence de l'échange mais aussi l'homogénéité du produit/service concerné et la concentration sur le marché donné. Dans le cadre des conseils cités, la Comco a établi un catalogue non exclusif de critères qui peuvent être pris en compte lors de l'analyse concurrentielles du cas particulier.

Un deuxième élément important de l'analyse par la Comco des motifs justificatifs possibles concernait la couverture en commun par les assureurs de certains types de risques et de risques simples. Même si, de manière générale, la concurrence ne se déploie que si les entreprises agissent indépendamment les unes des autres, la participation de plusieurs assurances pour la couverture de certains risques peut s'avérer licite du

point de vue du droit de la concurrence, si le risque ne peut être assuré qu'en commun (défiance du marché) et que la couverture en commun permet la concurrence. A cet effet, il convient en premier lieu de citer les coopérations qui concernent l'assurance concrète d'un grand risque déterminé pour un assuré en particulier. Il y a lieu de distinguer de ce type de couverture en commun la création d'associations pour la couverture de certaines catégories de risques (pools d'assurances), pour lesquelles des assureurs ou réassureurs ne pourraient pas offrir de couverture suffisante de manière indépendante. La voie de l'association permet en outre aux assureurs de gagner de l'expérience concernant certains risques pour lesquels il n'existe pas encore de statistiques. Cependant ces associations d'assurances entraînent toujours des risques de restrictions à la concurrence tels que l'unification des conditions d'assurance, des sommes d'assurance ou des primes. En Suisse, on recense à l'heure actuelle huit pools d'assurances. Trois de ces pools (Pool suisse pour le transport aérien, Pool suisse pour l'assurance risques nucléaires, Pool pour la compensation du renchérissement LAA) ont été annoncés aux autorités de la concurrence ces dernières années dans le cadre des dispositions transitoires de la LCart et ont été jugés licites pour des raisons de motifs d'efficacité économique. D'autres pools d'assurances sont prévus par la loi et tombent de ce fait sous le coup de l'art. 3 LCart. Il reste donc un nombre restreint de pools d'as-

surances ou de constructions analogues à des pools. Cela rend un examen au cas par cas possible pour les autorités de la concurrence. Dès lors, une régulation dans le cadre d'une communication n'est pas nécessaire.

Dans l'ensemble, l'étude des avantages et de la nécessité d'une communication sectorielle pour le domaine de l'assurance a montré que le nombre restreint de cas concrètement soumis aux autorités de la concurrence ne permet pour l'heure pas de justifier une régulation générale et abstraite pour ce marché. La pratique des autorités suisses de la concurrence établie à ce jour montre que les motifs d'efficacité économique et les critères d'exemption retenus dans le règlement d'exemption européen sont en règle générale repris par la Comco dans l'analyse des motifs justificatifs, au sens de la LCart. D'autre part, en cas d'insécurité juridique, les acteurs sur le marché ont en tout temps la possibilité de demander un conseil au sens de l'art. 23 al. 2 LCart. De plus, la LCart révisée a introduit dans son art. 49a al. 3 let. a la possibilité d'annoncer des restrictions à la concurrence avant qu'elles ne déploient leurs effets. Les entreprises ont ainsi la possibilité de s'assurer qu'un certain comportement est conforme à la LCart avant que celui-ci ne déploie ses effets.

A 1

3. Rapporto annuale 2006 della Commissione della concorrenza***Prefazione del presidente***

Secondo le autorità della concorrenza, il 2006 è stato contraddistinto da tre eventi fondamentali: per la prima volta si sono potute applicare pienamente e lungo tutto l'arco dell'anno le nuove disposizioni della legge sui cartelli (in particolare le sanzioni dirette e il sistema dei bonus); si è constatato un aumento, dovuto all'inasprimento della legislazione, dei dossier trattati e della durata delle procedure (conseguenza diretta dell'aumento della protezione legale nei confronti delle imprese che rischiano sanzioni dirette); per la prima volta la Commissione della concorrenza si è pronunciata con una sanzione diretta contro Unique, il gestore dell'aeroporto di Zurigo. Tale caso interessa un mercato ristretto e l'ammontare della sanzione, in senso assoluto, non è sicuramente alto, ma la decisione presa ha fornito delucidazioni su diverse questioni di principio riguardo alla possibilità di comminare delle multe.

L'anno scorso la Comco e la sua Segreteria hanno curato dossier riguardanti praticamente tutti gli ambiti economici: sanità, servizi finanziari, agricoltura, energia, telecomunicazioni, industria automobilistica, edilizia. Esse hanno esaminato questioni di portata nazionale e internazionale ma anche restrizioni della concorrenza di minore portata, riguardanti piccole e medie imprese (PMI).

In particolare, è per le PMI che la Comco si impegna a mantenere i mercati aperti, essendo queste colonna portante dell'economia svizzera. Le PMI sono flessibili e rispondono quindi rapidamente ai nuovi cambiamenti in ambito economico e tecnologico e, se è vero che sono le grandi imprese a creare la maggior parte del valore aggiunto, è altrettanto vero che le PMI costituiscono l'anello fondamentale per il dinamismo e la capacità innovativa dell'economia. È per tale motivo che la Comco ritiene sua priorità proteggerle contro i comportamenti scorretti delle grandi imprese.

La Comco si è occupata, ad esempio, di due casi in cui grandi imprese esercitavano una strategia ostruzionista verso PMI che cercavano di offrire un prodotto di nicchia. Nel caso di Unique, il gestore dell'aeroporto di Zurigo, l'autorità ha potuto lasciare la questione del mercato determinante del tutto aperta (cfr. Il 1 a). Nel caso di TicketCorner, invece, l'autorità non ha potuto imporsi in prima persona e ha dovuto rivalutare il dossier in seguito a una decisione dell'istanza superiore. Nel frattempo, la stessa TicketCorner ha rinunciato ai contratti esclusivi che ostacolavano le concorrenti più piccole (cfr. Il 1 d).

Entrambi i casi hanno mobilitato notevoli risorse nonostante di primo acchito dimostrino un'importanza economica limitata; in realtà, però, entrambi - ma soprattutto il caso Unique - hanno creato un precedente: in futuro, l'utilizzo di questa pratica e dei criteri sviluppati al suo interno consentiranno un interven-

to più semplice e veloce. La Comco dimostra dunque che è sua assoluta priorità mantenere i mercati aperti alle piccole imprese, spesso innovative: la loro difesa resterà un cardine nell'attività delle autorità svizzere della concorrenza.

Per concludere, è necessario ricordare che, come hanno sostenuto gli esperti OCSE nel loro rapporto dell'anno scorso concernente la politica svizzera della concorrenza, il diritto svizzero in questo ambito ha ancora bisogno di svilupparsi. La Comco ha tra l'altro accolto favorevolmente il previsto avvio della revisione della LOTC da parte del Consiglio federale, con l'intento di introdurre il principio Cassis-de-Dijon. Qualsiasi altro sforzo del Consiglio federale, volto ad aumentare la concorrenza, incontrerà il favore e l'appoggio della Comco.

Prof. Walter A. Stoffel
Presidente della Commissione della concorrenza

I Introduzione

Per la Commissione della concorrenza (Comco) e la sua Segreteria, il 2006 sarà l'anno dei primi effetti visibili della revisione della legge sui cartelli.

Proprio durante quest'anno, infatti, la Comco si è espressa per la prima volta con una sanzione diretta nei confronti di un'azienda che violava la legge sui cartelli: l'aeroporto di Zurigo (Unique) ha ricevuto una multa di CHF 101'000.- per aver abusato della sua posizione dominante nel servizio di Valet Parking. Anche l'inchiesta condotta nel settore della telefonia mobile potrebbe produrre, a breve, sanzioni dirette molto costose (cfr. II 2 a).

Quest'anno, inoltre, la Segreteria ha avuto occasione di condurre le prime perquisizioni, nuovo strumento d'investigazione di cui può disporre dalla revisione della legge. Nell'affare del trasporto aereo sono state condotte perquisizioni in collaborazione con l'Unione europea (cfr. II 2 b e II 5).

In generale, nell'anno appena trascorso, la Comco si è impegnata per contrastare gli abusi di posizione dominante e gli accordi che dividevano il mercato svizzero e imponevano prezzi inadeguati ai consumatori e alle PMI. Vediamone gli interventi, settore per settore.

Settore bancario: le procedure intraprese, riguardanti i mezzi di pagamento (carte di credito e di debito, tasse sul bancomat), contribuiscono a diminuire i prezzi e rappresentano, quindi, un passo verso la riduzione generale dei prezzi svizzeri, ancora troppo elevati (cfr. II 1 b).

Sanità: anche in questo settore la Comco intende intervenire contro i prezzi alti, dando priorità a un'analisi ravvicinata delle raccomandazioni per i prezzi dei farmaci fuori lista e dei contratti tariffari per le assicurazioni complementari, tra ospedali e compagnie assicurative (cfr. II 1 c).

Telecomunicazioni: gli interventi della Comco aumentano la pressione competitiva sugli operatori di telefonia mobile; in tal modo si dovrebbero progressivamente ottenere diminuzioni di prezzo per i consumatori (cfr. II 2 a).

Edilizia: la Comco si è impegnata soprattutto contro i cartelli d'appalto, attualmente oggetto di tre inchieste (cfr. II 3).

Beni di consumo: la Comco e la sua Segreteria sono intervenuti diverse volte, soprattutto nei settori del commercio al dettaglio e dell'industria automobilistica, nell'ambito degli accordi verticali di distribuzione (cfr. II 3 a).

Assicurazioni: la Comco e la sua Segreteria hanno sviluppato una procedura di ammissibilità di più collaborazioni all'interno del settore. L'Associazione svizzera d'assicurazioni (ASA) ha richiesto l'emanazione di una Comunicazione alla Comco, che, dal canto suo, non ritiene giustificata una Comunicazione settoriale ad hoc. La Comco approfitta però del presente rapporto annuale e dedica ampio spazio alla spiegazione della suddetta procedura (cfr. II 3 b).

Il 2006 è stato anche l'anno dell'entrata in vigore, il 1° luglio, della nuova Legge sul mercato interno che dovrebbe rinvigorire il mercato interno svizzero lasciandosi alle spalle gli ultimi ostacoli, cantonali e comunali, alla sua realizzazione. Se si vogliono ottenere gli effetti attesi dalla revisione si dovrà proseguire con l'importante lavoro finora condotto, a complemento e a sostegno dei Cantoni, responsabili dell'attuazione della legge (cfr. II 4).

Altro evento di rilievo, nella primavera del 2006, sono state le dimissioni del Direttore della segreteria della Comco, ROLF DAHLER, in carica da anni. Il suo sostituto, RAFAEL CORAZZA, ex Direttore della Sorveglianza dei prezzi, è entrato in carica in autunno. L'organigramma della Comco è dunque leggermente cambiato (cfr. III 1 e 2).

Il presente rapporto annuale espone, in dettaglio, le attività delle autorità svizzere della concorrenza nei diversi settori economici (cfr. II), soffermandosi, in particolare, sul lavoro svolto dalla Comco e dalla sua segreteria in ambito assicurativo (cfr. IV).

Il rapporto annuale fornisce inoltre indicazioni sull'organizzazione della Comco e della sua segreteria, nonché una statistica e un elenco delle inchieste in corso a fine 2005 (cfr. III 3 e 4).

II Attività nei diversi ambiti economici

Quest'anno la Comco e la sua Segreteria hanno trattato dossier riguardanti tutti i settori economici, dalla telefonia mobile ai servizi finanziari, passando dall'agricoltura, dall'industria automobilistica o dall'edilizia. Alcune delle inchieste trattate sono di portata nazionale, se non addirittura internazionale, altre, invece, riguardano piccole o medie imprese e hanno quindi un impatto più limitato territorialmente; sono però molto importanti dal punto di vista dello sviluppo del diritto della concorrenza in Svizzera.

La diversità dei casi trattati rispecchia la vita economica svizzera, poiché tutte le imprese possono essere oggetto di indagini da parte delle autorità della concorrenza. Queste ultime fissano le priorità del proprio lavoro in base al tipo di restrizione alla concorrenza che ritengono più dannoso per l'economia svizzera, senza però potersi occupare di dossier, domande o denunce di privati. Esse si occupano dunque sia di casi di portata rilevante che di casi minori.

Il presente rapporto riferisce i casi più importanti ed emblematici, suddivisi per settore economico, trattati dalla Comco e dalla sua segreteria.

1. Servizi

Nel settore dei servizi la Comco e la sua segreteria hanno lavorato soprattutto su inchieste inerenti al traffico dei pagamenti con carta (cfr. 1 b), occupandosi, in particolare, del sistema di carte di debito e di credito controllato dalle banche e delle infrastrutture di rete a queste collegate, gestite dall'attività dell'economia bancaria in generale. Si è inoltre analizzata la questione dell'accordo tra le banche svizzere e Postfinance, riguardo all'utilizzo degli sportelli bancomat da parte di clienti di altre banche.

Particolare impegno è stato profuso anche nella sanità, sempre con l'obiettivo della riduzione dei costi. La segreteria ha aperto due inchieste in questo settore, l'una riguardante i rapporti tra gli ospedali e le compagnie assicurative nel Canton Lucerna, l'altra riguardo alle raccomandazioni sui prezzi di alcuni farmaci "fuori lista" (cfr. 1 c).

Levento di maggior rilievo è che, proprio in questo settore, la Comco ha concluso per la prima volta un'inchiesta, nel settembre 2006, comminando una sanzione diretta a un'impresa.

a. Sanzione diretta contro Unique

L'inchiesta contro la società gestore dell'aeroporto di Zurigo (*Unique*) doveva appurare se quest'ultima aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato dei parcheggi (DPC 2006/4, pag. 625 segg.). In occasione della riorganizzazione dei servizi di parcheggio nell'area dell'aeroporto, infatti, Unique aveva rescisso i contratti con due fornitori di servizi di Valet Parking e non aveva più rilasciato loro la necessaria autorizzazione. Tale evento ha indotto la Comco ad aprire un'inchiesta. Entrambi i fornitori ritiravano i veicoli dei passeggeri all'aeroporto e li parcheggiavano al di fuori dell'aerea dello stesso, a un prezzo inferiore (valet parking "off airport"). Unique voleva porre fine a tale situazione, per sfruttare al massimo la superficie dei propri parcheggi. Già nel dicembre 2005 Unique era stata condannata, giusta l'art. 50 LCart, al pagamento di una sanzione di 248 000 franchi (DPC 2006/1, pag. 141 segg., non ancora passata in giudicato), avendo infranto le misure cautelari (DPC 2004/3, pag. 859 segg.) decise dalla Comco nel dicembre 2003.

L'inchiesta ha confermato che Unique aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato dei parcheggi. La Comco ha affermato con risolutezza che il proprietario di importanti infrastrutture non deve ostacolare in maniera discriminatoria, o addirittura escludere completamente dal mercato, altre imprese (anche e soprattutto PMI). Il 18 settembre 2006 la Comco ha dunque inflitto a Unique una nuova multa, dell'importo di CHF 101'000.-, per violazione dell'art. 7 LCart.

Con questa decisione la Comco ha concretizzato per la prima volta la possibilità, offerta dalla revisione della LCart del 2003, di multare direttamente (cosiddetta "sanzione diretta" giusta l'art. 49 a cpv. 1 LCart) le imprese che violano la legge sui cartelli. L'importo della sanzione è stato deciso in base alla nuova Ordinanza sulle sanzioni, OS-LCart. Unique, però, si è dimostrata cooperante nella fase finale dell'inchiesta: ha raggiunto un accordo vincolante con i fornitori del servizio di parcheggio penalizzati e ha concluso una conciliazione con la segreteria della Comco. Per questi motivi la Comco non ha sfruttato appieno la capacità infliggere sanzioni.

b. Inchieste concernenti le carte di pagamento

Per quanto riguarda la questione delle *carte di credito*, la Commissione della concorrenza, con la decisione del 5 dicembre 2005 (DPC 2006/1, pag. 65 segg.), ha approvato come conciliazione della durata di quat-

tro anni le dichiarazioni d'intenti rilasciate alla segreteria da UBS AG, Credit Suisse, Visa Card Services SA, Cornèr Banca SA und Telekurs Multipay AG. Gli effetti registrati nel primo anno dalla decisione possono definirsi positivi. La Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF), ad esempio, è stata ridotta dello 0,2% e la sua diminuzione ha avuto effetti sia sull'acquiring che sull'issuing. Nell'acquiring, secondo le associazioni dei commercianti, gli acquirer hanno diminuito le commissioni: la decisione della Commissione della concorrenza ha dunque avuto conseguenze positive sul loro importo. Nell'issuing, la pressione dei prezzi ha costretto gli issuer a sviluppare modelli economici innovativi, il che ha prodotto un miglioramento della competitività sul mercato issuing e ha portato all'introduzione di cinque nuove carte di credito low cost (Jelmoli Visa Bonus Card, Coop Mastercard SUPER-CARDplus, M-Budget MasterCard, Orange Collect Card Visa, UBS Low Cost). Tutte queste carte hanno in comune una commissione annuale per il consumatore molto bassa o addirittura nulla. Il libero accesso al mercato, inoltre, ha consentito l'entrata di due nuovi issuer: GE Money Bank e OZ Bankers AG. La cooperazione tra Migros o Coop con i rispettivi issuer dimostra che l'esistenza di Interchange Fee negoziate multilateralmente non preclude Interchange Fee bilaterali. Con l'abrogazione della clausola di non discriminazione ("No Discrimination Rule"; NDR), sono soprattutto i piccoli commercianti a sfruttare la possibilità di differenziare i prezzi. In settori quali il tessile, l'alberghiero, la ristorazione e i viaggi, si praticano metodicamente differenze di prezzo: l'importo corrispondente alla differenza può essere considerato come sconto oppure come tassa aggiuntiva nel caso di pagamento con carta di credito.

La segreteria ha concluso anche le indagini riguardo alle *Interchange Fee delle carte di debito* (DPC 2006/4; pag. 62 segg.). Oggetto dell'inchiesta preliminare era l'introduzione, prevista dalle banche, di una DMIF tra gli issuer della carta di debito Maestro (tra cui: UBS AG, Credit Suisse, RBA Zentralbank, Unione svizzera delle banche Raiffeisen e Unione delle banche cantonali svizzere) e gli acquirer (attualmente solo Telekurs Multipay AG), come quella già applicata nei sistemi di carte di credito Visa e Mastercard. Fino ad oggi, le banche svizzere si sono avvalse di un sistema di carte di debito Maestro che non prevedeva una simile DMIF e ora, quale motivazione all'introduzione di una commissione, adducono una copertura insufficiente dei costi tramite l'attuale struttura dei prezzi. L'inchiesta si rifà a un annuncio giusta l'art. 49° cpv. 3 let. a LCart. Il sistema della carta di debito Maestro è organizzato, come quello delle carte di credito Visa e Mastercard, come sistema a quattro parti. La DMIF in questione sarebbe un'entrata pro transazione giornaliera effettuata con carta di debito, pagata dall'acquirer all'issuer, il cui importo corrisponderebbe a una percentuale di quello totale della transazione stessa. In Svizzera, il compito di definire la DMIF spetterebbe al cosiddetto Maestro card Committee (MA-ECC). La segreteria ritiene che la DMIF, nel caso in cui venga introdotta, sarebbe addebitata agli acquirer, in quanto componente di costo, sotto forma di commis-

sione. Per tale motivo, nel suo rapporto finale, la segreteria conclude che concordare in comune una DMIF dovrebbe essere considerato un accordo illecito che, dopo un primo esame, non può essere giustificato da motivi di efficienza economica. Infatti, la copertura del deficit ipotizzata dalle società emittenti non può essere riconosciuta come motivo di efficienza economica nel senso dell'art. 5 cpv. 2 LCart. La segreteria aveva finora rinunciato a intraprendere un'inchiesta, trattandosi di un progetto futuro delle banche che non aveva ancora prodotto ripercussioni sui mercati interessati. Le banche però, hanno ora comunicato la volontà di introdurre una DMIF.

Un'altra inchiesta ha riguardato le *commissioni sul bancomat* (DPC 2006/3, pag. 420 segg.): se il possessore di una carta di debito (ad es. una carta di debito Maestro) ritira contante a uno sportello bancomat di una banca diversa dalla sua, in molti casi, la banca che gli ha rilasciato detta carta gli addebita una commissione di un importo fino a CHF 2.-. Tale commissione costituisce un'entrata interbancaria che l'istituto di credito emittente della carta paga alla banca terza per l'utilizzo dello sportello bancomat. Sulla base di un accordo concluso tra Postfinance e le banche svizzere, tale commissione è applicata anche per l'utilizzo del circuito "Postomat" da parte dei clienti delle banche e, viceversa, per l'utilizzo della rete bancomat da parte dei possessori di una carta di debito "Postcard". Dal 1° gennaio 2005, la commissione per prelievo, prevista dal suddetto accordo, è passata da CHF 3.- a CHF 2.-. Le indagini della segreteria hanno stabilito che il comportamento delle banche e di Postfinance, allo stato attuale, non entra in contraddizione con la legge sui cartelli. Da un lato, se il cliente preleva contante a uno sportello bancomat del proprio istituto non paga alcuna commissione e, dall'altro, se preleva presso quello di un'altra banca o di Postfinance, non sempre gli viene addebitata l'intera commissione di CHF 2.-. Diverse banche addebitano solo un importo minimo o addirittura vi rinunciano del tutto. Il possessore di una carta ha dunque diverse possibilità per non pagare tale commissione: può usufruire del ritiro gratuito presso uno sportello bancomat della propria banca oppure scegliere un istituto di credito che appone un contributo minimo o nullo, in caso di prelievo presso lo sportello di un'altra banca.

c. *Inchieste concernenti le spese sanitarie*

Il mercato sanitario è caratterizzato da un'abbondante regolamentazione; di conseguenza, la concorrenza non trova ampio spazio d'azione. Ciononostante, anche questo settore è stato oggetto di inchieste della Comco.

Il 3 settembre 2006 la Comco ha emanato una decisione incidentale (cfr. DPC 2006/3, pag. 513 segg.) riguardo alla durata e alla portata delle prescrizioni riservate, ai sensi dell'art. 3 LCart, nell'ambito delle *convenzioni tariffali nelle assicurazioni complementari*. La decisione incidentale rappresenta un precedente in cui per la prima volta si evidenzia che:

- la Comco dovrebbe, in secondo luogo, esaminare il diritto cantonale, che potrebbe rappresentare una riserva dal punto di vista della costituzionalità;
- nell'ambito delle assicurazioni complementari i Cantoni non sono autorizzati a regolamentare, tramite norme cantonali, la formazione delle tariffe e dei prezzi tra le compagnie assicurative e gli ospedali;
- a un Cantone, che detiene il controllo economico di diversi ospedali, viene attribuita la stessa posizione di un'azienda e quindi, in base all'art. 2 LCart, nel rapporto interno tra gli ospedali, la legge sui cartelli non viene applicata.

La decisione incidentale è passata in giudicato, non essendo stato presentato alcun ricorso: l'obiettivo primario dell'inchiesta è stato dunque raggiunto. L'inchiesta è stata aperta il 7 febbraio 2006 contro gli assicuratori malattia, gli ospedali cantonali e il dipartimento socio-sanitario del Canton Lucerna, operanti nell'ambito delle assicurazioni complementari. Il suo fulcro sono i contratti tariffali stipulati tra assicuratori malattia e ospedali cantonali (assicurazione ospedaliera complementare per i pazienti dei reparti privati o semiprivati). L'inchiesta verrà ora proseguita e si occuperà delle questioni materiali.

I preparati LS hanno un prezzo massimo stabilito dalle autorità, al contrario dei preparati esclusi da tale lista; l'inchiesta deve stabilire se sono ammissibili raccomandazioni di prezzo per questi ultimi (i *cosiddetti farmaci fuori lista*). Oggetto dell'inchiesta sono le raccomandazioni per i prezzi al pubblico dei farmaci per il trattamento dell'impotenza Viagra, Cialis e Levitra che le ditte farmaceutiche Pfizer AG, Eli Lilly SA e Bayer AG fanno pubblicare nella banca dati di e-mediat AG (Galdat, Pharmavista) e che i grossisti segnalano sui bollettini di consegna, rilasciati alle farmacie e ai medici dispensanti. Se i prezzi raccomandati venissero applicati dalla maggior parte delle farmacie e dei medici dispensanti, potrebbero acquisire valenza di prezzo fisso per il pubblico; si avrebbe, conseguentemente, un accordo verticale sui prezzi tra le tre ditte farmaceutiche da un lato e le farmacie e i medici dall'altro (art. 5 cpv. 4 LCart). Altro obiettivo dell'inchiesta sarà verificare che le tre aziende non abbiano stretto accordi orizzontali (art. 5 cpv. 3 LCart) sui prezzi di Viagra, Cialis e Levitra. I suddetti motivi hanno spinto ad aprire un'inchiesta contro le tre ditte farmaceutiche menzionate e contro la e-mediat AG, i grossisti Galexis AG, l'Unione Farmaceutica Distribuzione SA, la Voigt AG, l'Amedis-UE SA, i farmacisti e i medici dispensanti.

d. *Altre inchieste*

Il 18 dicembre 2006 la Commissione della concorrenza ha deciso di archiviare l'inchiesta contro la *Ticket Corner SA* (DPC 2007/1, pag. 79 segg.). In dicembre 2003 la Comco aveva vietato a TicketCorner di imporre clausole di esclusività nei contratti che stipulava con gli organizzatori di eventi sportivi o culturali. Il 27 settembre 2005, in seguito a un ricorso, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza ha rinviato il dossier alla Comco perché ne valutasse un'eventuale riapertura. Le indagini in seguito effettuate hanno

rilevato innanzitutto che, dopo la prima decisione della Comco, TicketCorner non aveva più imposto clausole di esclusività nei suoi contratti. In secondo luogo il mercato è notevolmente cambiato, soprattutto grazie al ruolo chiave svolto da internet, che facilita l'accesso sul mercato di nuovi attori. In terzo luogo, si stanno sviluppando nuovi sistemi di vendita dei biglietti. Il verificarsi di tali eventi ha provocato un cambiamento nella posizione di TicketCorner sul mercato e quindi la chiusura dell'inchiesta da parte della Comco.

Oltre che per le operazioni di pagamento tramite carta, la Segreteria aveva condotto un'inchiesta riguardante il mercato dei titoli di credito alla Borsa svizzera SWX Swiss Exchange (DPC 2006/3, pag. 439 segg.). Secondo il *cosiddetto obbligo di esecuzione in borsa* degli ordini, stabilito dal regolamento della borsa stessa, gli istituti bancari e i negozianti di titoli sono obbligati, durante le ore di negoziazione, a eseguire le loro operazioni tramite la borsa, a registrarle cioè nei registri d'ordine della SWX, purché non superino certi limiti. I risultati dell'inchiesta indicano che un sistema basato su misure di trasparenza, sottoponendo tutti gli operatori alle stesse regole, non avrebbe ripercussioni, a priori, sulla concorrenza e assicurerebbe libertà di scelta della piattaforma borsistica sia ai piccoli che ai grandi investitori. Restano tuttavia interrogativi riguardo all'efficienza e ai vantaggi economici di un cambiamento di sistema; in quest'ottica bisognerà seguire gli sviluppi della deregolamentazione che sarà introdotta, nell'autunno 2007, con la direttiva europea relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID). Già ora però sembra che un'eliminazione dell'obbligo dell'esecuzione in borsa degli ordini, in Svizzera, non sia possibile senza un'azione parallela correttiva delle esigenze di trasparenza prenegoziale. Per tale ragione, il 13 giugno 2006, è stata sospesa l'inchiesta preliminare aperta il 7 luglio 2005; allo stesso tempo si è deciso di continuare a trattare, a livello legislativo, l'eventuale eliminazione, in Svizzera, dell'obbligo dell'esecuzione in borsa degli ordini.

Ricordiamo anche le indagini condotte dalla Segreteria nell'inchiesta riguardante i dati e i software per le informazioni mediche. Fino all'entrata in vigore della legge sugli agenti terapeutici (LATer), il 1° gennaio 2002, il "Compendium suisse des médicaments" di *Documed AG* era formalmente riconosciuto dall'Ufficio intercantonale di controllo dei medicinali (UICM). Tale riconoscimento ha, di fatto, creato un monopolio di stato. Con l'entrata in vigore della LATer è decaduta la base legale con la quale Swissmedic (prima l'UICM) poteva attribuire un riconoscimento formale al compendio; d'altro canto, però, le attuali disposizioni legali in materia di obbligo di pubblicazione delle informazioni sui farmaci (informazioni mediche e per i pazienti) sono formulate in modo poco chiaro, tanto che la Segreteria parte dal presupposto che il monopolio di fatto di Documed AG può essere mantenuto. Nel giugno 2005 la Comco ha dunque avviato un'inchiesta contro Documed AG per verificare se quest'ultima impone alle aziende farmaceutiche prezzi inadeguati per la pubblicazione di infor-

mazioni sui farmaci e se si rifiuta di condurre trattative contrattuali con i concorrenti. Il caso in questione è uno dei primi in cui la Comco esamina la problematica dell'inadeguatezza dei prezzi.

Nell'ambito del Facility Management (amministrazione e gestione di edifici e impianti) la Comco ha accettato che la *ISS Holding AG assuma il controllo della Edelweiss Facility Management AG* (DPC 2006/4, pag. 682 segg.). Nella stessa occasione ha precisato la sua giurisprudenza riguardo alle clausole di non concorrenza: in caso di esamina di una clausola di non concorrenza orizzontale bisogna, in un primo momento, verificare che essa sia indispensabile al progetto di concentrazione da un punto di vista materiale, temporale e geografico; se così non fosse, e solo in tal caso, si passerà alla verifica dell'illiceità della clausola di non concorrenza, considerata come un accordo in base agli art. 4 cpv. 1 e 5 LCart.

2. Infrastrutture

La Comco ha profuso il proprio impegno di sollecitazione della concorrenza anche nei mercati legati alle infrastrutture.

Nel corso del 2006 ha rivolto la propria attenzione soprattutto al mercato svizzero della *telefonia mobile*, i cui costi di terminazione, in caso di trasferimento di una chiamata su una rete di telefonia mobile, restano elevati rispetto agli standard europei. Gli interventi riguardanti tale problematica sono stati due (cfr. 2 a).

Sempre in questo settore, nell'ambito di un'inchiesta condotta su vasta scala in collaborazione con le autorità europee della concorrenza (cfr. 2 b), la Comco ha avuto la possibilità di effettuare, per la prima volta, delle perquisizioni.

La Commissione della concorrenza ha inoltre continuato a impegnarsi a favore di una liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica (cfr. 2 c) e ha esaminato diversi progetti di concentrazione di importanti aziende (cfr. 2 d).

a. Telefonia mobile in Svizzera

La Comco ha consegnato una *perizia*, richiesta nell'ambito di un'inchiesta d'interconnessione della Commissione federale delle comunicazioni (ComCom), nella quale conclude che Swisscom, Sunrise e Orange detengono una posizione dominante sul mercato della terminazione di chiamate sulle loro rispettive reti. Basandosi su tali risultati, la ComCom potrà fissare e imporre le future tariffe di terminazione dei tre operatori, secondo il principio di orientamento ai costi. A breve si dovrebbe dunque assistere a una diminuzione dei prezzi.

Contemporaneamente, la Comco ha portato avanti la *procedura d'inchiesta* aperta il 17 ottobre 2002 contro gli operatori di telefonia mobile, anch'essa riguardante le tariffe di terminazione per l'interconnessione delle diverse reti di telefonia mobile. Se al termine di tale inchiesta dovesse risultare che le tariffe di terminazione sono troppo elevate e che, quindi, costituiscono un abuso di posizione dominante, si

potranno pronunciare sanzioni dirette, che trovano fondamento nella Legge sui cartelli. La sua conclusione è prevista per l'inizio del 2007.

b. Prime perquisizioni

Nel febbraio 2006 la Comco ha aperto un'inchiesta contro diverse compagnie aeree, condotta in collaborazione con la Commissione europea, sulla base dell'Accordo sul trasporto aereo (bilaterali I). Tale inchiesta nell'ambito del trasporto aereo dovrà stabilire se le varie compagnie hanno concluso accordi sulle sovrattasse sul carburante, sulla sicurezza, sul rischio di guerra e sullo sdoganamento. In caso affermativo se ne dovranno esaminare gli effetti in Svizzera. Nell'ambito di tale procedura sono state condotte perquisizioni parallele in diverse aziende, nell'intento di cercare e acquisire elementi di prova.

c. Settore energetico

Il settore energetico svizzero continua a essere caratterizzato da un'abbondante regolamentazione e da una limitata apertura alla concorrenza. Grazie all'impulso della Comco e della Sorveglianza dei prezzi però, si scorgono pian piano dei cambiamenti. Il progetto di legge sull'approvvigionamento elettrico e l'apertura dei mercati europei esercitano, a loro volta, una certa pressione sul mercato.

In questo settore la Comco ha archiviato un'inchiesta contro Elektra Baselland (EBL), riguardante il transito di elettricità. L'inchiesta era stata aperta in seguito al rifiuto di EBL di far transitare sulla propria rete corrente elettrica di imprese terze per la fornitura di energia a un'azienda Migros. Il gruppo Migros e EBL hanno poi concluso un nuovo accordo con il quale quest'ultima ha concesso il transito della corrente alle condizioni consuete di mercato e di settore. Le preoccupazioni della Comco sono dunque decadute e si è potuto archiviare il caso.

L'inchiesta ha origine da una querela che la Migros aveva sporto contro EBL, le Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) e il Service Intercommunal de l'électricité (SIE) di Renens e che aveva spinto la Comco, a marzo 2001, a emettere una sentenza di principio nella quale sosteneva che il rifiuto di concessione del transito costituiva abuso di posizione dominante. In giugno 2003 la Commissione di ricorso in materia di concorrenza e il Tribunale federale hanno confermato tale decisione, di conseguenza il mercato dell'elettricità ha conosciuto un'apertura, nonostante il fallimento della LME del settembre 2002. In seguito a questi avvenimenti, in Svizzera, si è sviluppata una prassi nell'ambito del transito di elettricità ed è aumentata la concorrenza sul mercato in questione. La Sorveglianza dei prezzi, da parte sua, è intervenuta contro i prezzi troppo elevati di concessione delle reti.

d. Controllo delle concentrazioni di imprese

Nell'ambito delle concentrazioni e delle acquisizioni la Comco ha approvato l'acquisto di Aargauer Zentralmolkerei AG (AZM) da parte di Emmi (DPC 2006/2, pag. 261 segg.). Secondo la Commissione della concorrenza, infatti, se è vero che tale acquisizione conferisce a Emmi una posizione dominante sul mercato del

latte, della panna da consumo e del burro, è altresì vero che AZM adempie i criteri per l'applicazione della Failing Company Defence. In ogni caso, onde evitare qualsiasi rischio di abuso ai sensi della Legge sui cartelli e della Legge sulla sorveglianza dei prezzi, la Comco ha posto Emmi sotto stretta sorveglianza: quest'ultima dovrà sottoporle qualsiasi acquisizione di impresa attiva sui mercati in questione. La fusione è stata approvata esclusivamente perché erano soddisfatte le esigenze per l'applicazione della Failing Company Defence. Durante l'inchiesta sembrava proprio che AZM stesse scomparendo dal mercato, nel qual caso le quote di mercato che avrebbe lasciato libere sarebbero state acquisite da Emmi, a causa della chiusura delle frontiere. I mercati in questione, infatti, sono ancora completamente gestiti dallo Stato e preclusi all'estero e l'unico modo per ristabilire una concorrenza efficace sarebbe aprirli il più rapidamente possibile all'Europa. La posizione dominante di Emmi potrà essere attaccata al verificarsi di tale circostanza.

Assieme all'autorizzazione alla fusione, la Comco ha inviato una raccomandazione al Consiglio federale chiedendo, con insistenza, di accelerare l'apertura del mercato svizzero di questi prodotti all'UE e di autorizzare quanto prima il traffico di perfezionamento passivo.

La Comco ha approvato altresì l'acquisto di Cybernet da parte di Swisscom (DPC 2006/2, pag. 248 segg.), dopo un esame approfondito che non ha confermato gli indizi che ipotizzavano la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante. Cybernet fornisce l'accesso a internet alle PMI ma la sua acquisizione da parte di Swisscom permette a quest'ultima di migliorare di poco la sua posizione sul mercato dei servizi internet a banda larga. Il numero di clienti acquisiti con l'acquisto di Cybernet è infatti troppo limitato rispetto alla rapida crescita dei servizi internet a banda larga. Alcuni attori importanti, soprattutto grandi fornitori di servizi ADSL o proprietari di reti via cavo ma anche fornitori più piccoli, continuano a essere concorrenti.

È infine stata autorizzata anche la fusione tra Atel e EOS Holding (DPC 2006/3, pag. 476 segg.): l'esame preliminare non ha dato risultati che potessero far pensare alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante sui mercati della distribuzione, dei trasporti, del commercio e della produzione di energia elettrica. La Comco ha dunque rinunciato a effettuare un'indagine approfondita su detta fusione.

3. Industria e produzione

Gli sforzi maggiori sono stati consacrati al mercato dell'edilizia, in particolare alla lotta contro i cartelli nelle gare d'appalto (cfr. 3 a) e agli accordi che provocano l'isolamento del mercato svizzero e impongono prezzi sovrastimati ai consumatori e alle PMI. In particolare, è stata attribuita priorità all'applicazione dell'art. 5 cpv. 4 LCart, concernente gli accordi verticali, che ha indotto a esaminare diversi casi (cfr. 3 c).

a. Edilizia

Il mercato dell'edilizia svizzero è, fondamentalmente, un mercato interno; la concorrenza estera è infatti molto limitata.

È stata condotta un'inchiesta contro quattro imprese di costruzioni bernesi, sospettate di essersi messe d'accordo sulle offerte di prezzo durante la gara d'appalto per i lavori di restauro della facciata della *biblioteca nazionale*. La decisione della Comco, in cui si constatava l'illecito (DPC 2002/1, pag. 130 segg.), è stata presentata al Tribunale federale (DPC 2005/3, pag. 580 segg.) e quindi rinviata alla Comco perché facesse chiarezza sulla situazione. Le indagini sono terminate a fine 2006 e la decisione in merito verrà emessa nella primavera 2007.

Nell'aprile 2005 è stata aperta un'inchiesta contro le aziende ticinesi attive sul *mercato della pavimentazione stradale in Ticino*. La Comco contesta a dette imprese di essersi, da un lato, ripartite il territorio ticinese durante la gara d'appalto per la manutenzione delle strade cantonali, e dall'altro, di essersi aggiudicate, a rotazione, i mandati pubblici per i lavori di pavimentazione delle strade nazionali e cantonali. L'inchiesta della Segreteria ha stabilito che, effettivamente, le imprese avevano raggiunto degli accordi per la pavimentazione stradale in Ticino che costituivano un illecito ai sensi dell'art. 5 LCart. I suddetti fatti sono precedenti al periodo transitorio, terminato il 1° aprile 2005; per tale motivo le parti in questione non riceveranno una sanzione. La procedura istruttoria si è conclusa e alle parti è stato inviato un progetto di decisione per la presa di posizione.

L'inchiesta *NLFA* è stata oggetto di massicce misure istruttive. Il suo obiettivo è stabilire l'esistenza di un accordo illecito tra i fornitori svizzeri di cemento e di sistemi di calcestruzzo per la costruzione di gallerie di base del Lötschberg e del Gottardo. L'istruttoria si concluderà all'inizio del 2007.

La Segreteria ha chiuso l'inchiesta preliminare riguardante l'Associazione Svizzera del Commercio dell'Acciaio e dell'Impiantistica (ASCA) dal momento che, all'inizio del 2006, quest'ultima ha soppresso il listino prezzi, come suggerito dalla Segreteria stessa.

Nella regione di Bienne diversi vetrai hanno stretto un'intesa per organizzare un *servizio di guardia* per le richieste urgenti di vetrate da parte della polizia in caso ad esempio di furto, soprattutto nelle ore di chiusura degli esercizi. La Segreteria, tramite un accordo per regolare l'accesso al mercato, ha obbligato i suddetti vetrai a far partecipare all'intesa tutte le vetrerie che ne facciano richiesta.

A. Steiger AG mette a disposizione degli elettricisti-installatori, ogni anno, uno "schema di calcolo" comprendente, tra l'altro, i prezzi finali di un numero considerevole di prestazioni. Secondo Steiger AG tale schema di calcolo viene utilizzato da circa l'80% degli elettricisti-installatori. La Segreteria si è impegnata per elaborare sia una versione cartacea che una elettronica del manuale. La versione cartacea riporta chiaramente che i prezzi sono indicativi e che rispettarli

costituisce atto illecito dal punto di vista del diritto della concorrenza. Nel 2007, la versione elettronica chiederà agli elettricisti-installatori di inserire i fattori-costi della propria impresa che determinano i prezzi. Anche l'*Unione svizzera degli installatori elettricisti* (USIE) pubblica, ogni anno, degli "schemi di calcolo" per elettricisti che, analogamente a quelli della A. Steiger AG, sono stati adattati per rispondere alle prescrizioni del diritto dei cartelli.

Quattro imprese di fabbricazione di mattoni e accessori per l'edilizia di alta qualità, operanti nella Svizzera tedesca, hanno registrato la propria convenzione, con il logo "*Swissbrick*", presso la Segreteria. Queste aziende hanno istituito una struttura di distribuzione e un listino prezzi condiviso. Per eliminare le proprie riserve la Segreteria, d'accordo con le aziende, ha dissociato la struttura di distribuzione dal listino, inviando queste ultime a introdurne di individuali.

Nell'ambito del controllo delle concentrazioni la Segreteria si è occupata del caso della ditta *Implenia*, nata dalla fusione delle imprese di costruzioni *Zschokke* e *Batigroup*; l'esame preliminare, infatti, aveva rilevato indizi di creazione o rafforzamento di una posizione dominante della nuova azienda. Tali indizi non hanno trovato conferma in seno all'esame approfondito, la Comco ha dunque licenziato la fusione.

b. Accordi verticali

Le autorità della concorrenza hanno dato inizio alla revisione della "*Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali*" per adattarla alle nuove disposizioni della LCart (in particolare all'art. 5 cpv. 4) e al regolamento europeo, facendo ampiamente ricorso a consulti delle cerchie politiche, economiche e giuridiche. L'entrata in vigore della nuova Comunicazione è prevista nel corso del 2007.

L'*industria automobilistica* è stata liberalizzata tramite l'applicazione della Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (di seguito denominata Comunicazione automobilistica, DPC 2002/4, pag. 785 segg.). La Segreteria continua ad avere un ruolo attivo in questa liberalizzazione del mercato, lavorando ogni settimana a due o tre casi.

La Segreteria ha eseguito un'*analisi dei contratti* di distribuzione delle auto in Svizzera (28 contratti di aziende automobilistiche che realizzano più del 90% delle vendite di veicoli nel nostro Paese), il cui esito ha evidenziato un'ampia omogeneità su diversi punti contrattuali e il rispetto della Comunicazione automobilistica.

L'importante effetto preventivo di tale Comunicazione ha favorito l'adattamento dei *prezzi svizzeri* al livello europeo, confermato, in parte, da uno studio della PricewaterhouseCoopers la quale ha dimostrato che, nel 2005, i prezzi svizzeri per il consumatore finale sono stati, per la prima volta, i più vantaggiosi in

Europa¹. Anche l'Ufficio federale di statistica si aspetta che tale Comunicazione² induca una diminuzione dei prezzi.

Nell'ambito di un'inchiesta preliminare per la disdetta di un contratto di assistenza post-vendita (contratti simili devono essere rilasciati a qualsiasi esercizio che rispetti i criteri di qualità richiesti dall'importatore interessato), la Segreteria ha concluso che se il rapporto di fiducia si deteriora in maniera flagrante e duratura si può osservare un *periodo di pausa* (cooling-off) per ristabilire la fiducia. La durata della pausa varia a seconda delle circostanze e comunque non può essere superiore a 24 mesi. Il rappresentante ha l'obbligo, una volta scaduto il termine, di far riesaminare qualsiasi nuova richiesta di contratto d'assistenza post-vendita.

La **Kodak SA** ha adottato un nuovo sistema di distribuzione europeo che integra la Svizzera e le permette di armonizzare i prezzi a quelli dei Paesi vicini; tale adozione ha consentito di archiviare l'inchiesta preliminare per sospetto di violazione della LCart (ostacolo alle importazioni parallele), condotta contro l'azienda.

La **Calida AG**, distributrice di biancheria uomo-donna, è stata sospettata di imporre prezzi minimi o fissi e quindi denunciata. Le indagini della Segreteria non hanno avallato tale sospetto, di conseguenza Calida AG, per prevenire un eventuale effetto anti-concorrenziale delle sue raccomandazioni di prezzo ha rivisto, insieme alla Segreteria, i listini indicativi e ha introdotto una nota esplicativa per i distributori riguardante le prescrizioni del diritto della concorrenza.

c. Altre inchieste

Nel caso ETA/Swatch, concernente l'*industria orologiera*, e più esattamente il mercato delle ébauches (movimenti grezzi) meccaniche made in Switzerland (DPC 2005/1, pag. 128 segg), la decisione resa ha stimolato l'avvio di diversi progetti per la produzione industriale di movimenti, non dipendenti dalle forniture d'ébauche dell'ETA. Molti progetti sono attualmente in fase conclusiva e, tra questi, quello di un'impresa che nei prossimi anni potrebbe affermarsi come concorrente dell'ETA. Questi progetti hanno influenzato anche il mercato delle spirali e degli assortimenti, anch'esso dominato dal gruppo Swatch (Nivarox): numerosi attori, infatti, stanno avviando una produzione su scala industriale di questi elementi fondamentali per l'industria orologiera meccanica. Il mercato si è così trasformato dal momento in cui ETA ha deciso il phasing out a oggi: allora era caratterizzato da un controllo quasi totale di tutte le imprese orologiere svizzere non integrate, mentre oggi vi hanno accesso numerosi attori. L'offerta di questi ultimi, però, non è ancora in grado di sostituirsi a quella dell'ETA e se le suddette imprese sono riuscite a superare il phasing out e a lanciare nuovi progetti, è grazie alle decisioni della Comco, innanzitutto grazie a quella delle misure cautelari (DPC 2002/4, pag. 593 segg.) e in secondo luogo grazie alla conciliazione.

L'inchiesta preliminare contro la **FIFA** riguarda la cessione gratuita dei giocatori, da parte dei club, per la formazione di squadre nazionali in occasione di partite organizzate dalla FIFA. Del caso si doveva occupare il Tribunal de commerce di Charleroi (Belgio) nell'ambito di una procedura civile ordinaria; ora se ne occupa la Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE), nell'ambito di una questione pregiudiziale. La Segreteria ha sospeso l'inchiesta preliminare, avviata contro la FIFA, in attesa del giudizio della CGCE, ma si riserva il diritto di riaprirla in base ai risultati della procedura civile.

Un'inchiesta preliminare è stata avviata anche contro **Swiss Volley**, poiché durante le partite di serie A e B consentiva l'utilizzo dei soli palloni di marca Mikasa. Tra Mikasa e Swiss Volley esisteva inoltre un contratto di sponsorizzazione per l'attrezzatura in dotazione alle squadre nazionali indoor. Nel gennaio 2006 Swiss Volley, nell'ambito di una conciliazione, si è impegnata a conformare, in futuro, il proprio comportamento alla LCart e alla Comunicazione "Omologazione e sponsoring degli articoli sportivi" (DPC 1998/1, pag. 158 segg.) e ad autorizzare, durante tutta o gran parte di una manifestazione sportiva di durata annuale o stagionale, l'utilizzo di tutti i palloni omologati.

Per concludere, la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare, il 23 febbraio 2006, contro **armasuisse**, centro acquisti e tecnologia del Dipartimento della difesa, della protezione della popolazione e dello sport, e ha applicato per la prima volta dalla sua entrata in vigore, l'art. 2 cpv. 1^{bis} LCart. Tale inchiesta è stata avviata in seguito a una denuncia da parte di Augusta S.p.A. del novembre 2005, che chiamava in causa un eventuale abuso di posizione dominante di armasuisse. Riguardo al prosieguo dell'inchiesta, si deciderà all'inizio del 2007.

4. Mercato interno

Per il centro di competenza del Mercato interno, il 2006 è stato l'anno segnato dall'entrata in vigore, il 1° luglio, della nuova Legge sul mercato interno.

All'entrata in vigore della nuova legge è stata dedicata una campagna d'informazione per i Cantoni e i Comuni, lanciata dal Centro, che si è poi impegnato a rispondere a diverse richieste, di Cantoni e privati, riguardanti dei casi di applicazione concreta della stessa.

Il centro di competenza del Mercato interno, tra l'altro, partecipa ai lavori preparatori per la revisione della legge federale sugli acquisti pubblici. Ha una sua rappresentanza nel gruppo di esperti, costituito da rappresentanti della Confederazione e dei Cantoni, che preparano un progetto di revisione destinato al Consiglio federale.

¹ <http://www.presseportal.ch/fr/story.htm?nr=100500807&firmid=100008191&lang=3>

² <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=2073>

5. Centro di competenza Indagini

Nel 2006 il Centro di competenza Indagini ha intrapreso le prime perquisizioni. Il buono svolgimento delle operazioni è da attribuire all'organizzazione, alle infrastrutture realizzate e all'esperienza acquisita dagli specialisti della Segreteria durante la loro formazione, oltre che all'appoggio fornito dalle polizie cantonali. Tutti i collaboratori della Segreteria possono inoltre usufruire di un servizio di formazione interna.

6. Relazioni internazionali

Le autorità della concorrenza si mobilitano per una rappresentanza e una presenza attive a livello internazionale, che hanno permesso di allacciare stretti rapporti con diverse autorità straniere. Lo scambio di informazioni tecniche e l'appoggio informale, forniti da questi contatti, hanno facilitato il loro lavoro quotidiano in molti ambiti, soprattutto in quello della concentrazione d'impresе, diminuendo fino all'80% le risorse consacrate a certi casi di portata globale, ma anche, nei limiti imposti dal quadro giuridico svizzero, nelle inchieste contro i cartelli e contro quelle attività che provocano l'isolamento del mercato svizzero (isola dei prezzi elevati). Si sono altresì svolte visite ufficiali in Svizzera (ad es. da parte dell'Egitto) e all'estero (ad es. in Germania).

OCSE: la Commissione della concorrenza e la sua Segreteria hanno preso parte, a Parigi, ai tre meeting annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE e dei suoi tre gruppi di lavoro "Competition and Regulation", "International Cooperation and Enforcement" e "Competition Law and Policy". Tra i molteplici temi trattati, quelli della posizione dominante (individuazione, sanzionamento e soluzioni) e dell'applicazione del diritto della concorrenza attraverso canali privati (azione civile, azione di classe, definizione del danno subito, interfaccia con l'azione pubblica) sono stati oggetto di un ciclo di diverse tavole rotonde. La delegazione svizzera (Comco e seco) ha fornito contributi scritti per 9 delle 11 tavole rotonde organizzate nel 2006, confermando dunque il nostro Paese come membro particolarmente attivo in seno a questa organizzazione internazionale. In ambito economico, il tema del settore bancario è stato trattato in seno a due tavole rotonde, a giugno e a ottobre del 2006, alle quali la Segreteria ha fornito un sostanziale contributo (carte di pagamento e barriere di accesso al retail banking). Nel 2006, inoltre, il prof. WALTER STOFFEL è stato eletto vice presidente del Comitato della concorrenza dell'OCSE.

RIC: la Commissione della concorrenza e la Segreteria hanno partecipato alla quinta conferenza annuale della Rete internazionale della concorrenza (RIC), tenutasi a Cape Town. Della RIC fanno attualmente parte, in pratica, tutti gli organi della concorrenza del mondo: 97 membri provenienti da 85 Paesi, di cui circa 70 rappresentati a Cape Town. La Segreteria ha preso parte al workshop tenutosi a Washington DC nell'ambito del sottogruppo "Merger" e all'International Cartels Workshop a L'Aia. In vista della conferenza annuale della RIC, che si terrà in Svizzera nel

2009, il nostro Paese è ora membro del gruppo direttivo ("steering group") della Rete. Si è inoltre formato un nuovo gruppo di lavoro, l'"Unilateral Conduct Working group", che sarà attivo nell'ultimo, grande ambito non ancora esaminato dalla RIC: le pratiche unilaterali anticoncorrenziali di imprese dominanti il mercato nazionale e internazionale e le relative problematiche. Il gruppo "Competition Policy Implementation" ha avviato un programma pilota che agevola i membri di organi di nuova costituzione nell'attingere dall'esperienza e dal savoir-faire di colleghi più esperti. La Svizzera, associata a questo programma, ha stretto un partenariato con la Giamaica, la cui autorità della concorrenza è di più recente fondazione.

UNCTAD: all'inizio di quest'anno si è tenuta la prima riunione annuale del programma di aiuto allo sviluppo a favore di cinque Paesi dell'America Latina (COMPAL) sostenuto dalla seco e realizzato in collaborazione con l'UNCTAD, durante la quale si sono constatati i primi successi. Il Nicaragua e il Salvador, ad esempio, hanno adottato una legge sulla concorrenza; la Segreteria ha accolto due stagisti attivi presso le autorità nazionali peruviane e costaricane. A luglio di quest'anno la Segreteria ha partecipato alla prima seduta semestrale sulla situazione delle attività del COMPAL: il bilancio dell'incontro è positivo. La Segreteria è intervenuta altresì durante la settima riunione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di diritto e politica della concorrenza.

CUTS: è stato portato a termine il progetto "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", sostenuto dalla Comco e dalla seco e realizzato dall'organizzazione non governativa CUTS. L'adozione di una legge sulla concorrenza in Vietnam, avvenuta durante l'attuazione del progetto, ne dimostra la sua efficacia. A breve verrà presa una decisione che permetterà di intensificare l'assistenza tecnica bilaterale tra le autorità della concorrenza vietnamite e quelle svizzere.

7. Prospettive

Nel 2007, l'attenzione delle autorità della concorrenza sarà focalizzata sulle inchieste riguardanti i cartelli orizzontali e gli accordi verticali hard core (art. 5 cpv. 3 e 4 LCart), nonché gli abusi di posizione dominante (art. 7 LCart). Si dovrà inoltre procedere all'introduzione e all'applicazione del sistema di bonus e delle sanzioni dirette.

Nel contempo, esse porteranno a termine, nella misura del possibile, le inchieste in sospeso e ne apriranno di nuove laddove dalle inchieste preliminari emergano indizi di una limitazione illecita della concorrenza.

La Comco e la sua Segreteria tratteranno, inoltre, le questioni dell'isolamento dei mercati (cfr. accordi verticali e lotta contro i prezzi sovrastimati) e dei cartelli nelle gare d'appalto (cfr. ad es.: inchieste in corso nel mercato dell'edilizia).

Nell'ambito del Mercato interno la Comco proseguirà la sua campagna d'informazione e di sostegno ai Cantoni e ai Comuni e si avvarrà del diritto di ricorso, or-

mai a sua disposizione, per assicurare un'applicazione omogenea della nuova Legge sui cartelli.

III. Organizzazione e statistica

1. Comco

Nel 2006 è cambiato l'organico della Comco: alla fine di giugno, Serge Gaillard, rappresentante dell'Unione sindacale svizzera (USS), ha lasciato la Commissione ed è stato sostituito da Daniel Lampart, Capo economista dell'USS.

Nel 2006 la Comco ha tenuto in totale 17 sedute giornaliere (sedute delle camere e plenarie), continuando a tenere conferenze interne informative. Durante quella del 12 giugno 2006, gli esperti nel settore dell'elettricità hanno informato la Commissione sui possibili sviluppi sul mercato di loro competenza.

2. Segreteria

Alla fine di marzo 2006 ROLF DÄHLER, da diversi anni Direttore della Segreteria della Comco, ha dato le dimissioni. ROLF DÄHLER lavorava dal 1978 presso l'allora Segreteria della Commissione dei cartelli (diventata Commissione della concorrenza nel 1996) e ne è stato nominato direttore nel 1993. ROLF DÄHLER ha seguito da vicino e ha dato un contributo fondamentale allo sviluppo e alla modernizzazione del diritto svizzero in materia di concorrenza sia prima, ma in particolar modo dopo il 1992, anno in cui il popolo svizzero ha

detto no allo SEE. Durante la sua direzione, la Segreteria della Comco ha aumentato il suo organico da meno dieci collaboratori alla sua attuale dimensione ed è diventata un'efficace autorità d'inchiesta. Il Consiglio federale e la Comco lo hanno ringraziato per il suo impegno pluriennale in seno all'autorità della concorrenza.

Il 1° ottobre 2006 la carica di direttore della Segreteria della Comco è stata assunta da RAFAEL CORAZZA, dottore in economia ed esperto di diritto svizzero della concorrenza. Egli ha seguito gli sviluppi di questo settore e ha dato il suo contributo soprattutto come membro della commissione di esperti incaricata della revisione della Legge sui cartelli del 1993-1995: era stato assunto alla Segreteria della Commissione dei cartelli come collaboratore scientifico nel 1984, passando alla Sorveglianza dei prezzi nel 1988. Prima di assumere l'attuale carica aveva esercitato la funzione di Direttore della Sorveglianza dei prezzi e supplente del Sorvegliante dei prezzi.

Alla fine del 2006 la Segreteria impiegava 57 collaboratori (a tempo pieno e parziale), di cui il 47% donne, per un totale di 52,1 posti a tempo pieno. Il personale è così ripartito: 38 collaboratori scientifici (direzione compresa, per un totale di 34,2 posti a tempo pieno), 10 collaboratori scientifici stagisti (10 posti a tempo pieno), 11 collaboratori del Servizio risorse umane e logistica (per un totale di 7,9 posti a tempo pieno).

3. Statistica

Inchieste	
Eseguite nel corso dell'anno	18
Riprese dall'anno precedente	14
Aperture	4
Decisioni finali	4
di cui adeguamenti del comportamento	2
di cui conciliazioni	1
di cui decisioni delle autorità	0
di cui sanzioni giusta l'art. 49 a cpv. 1 LCart	1
Misure cautelari	2
Procedimenti sanzionatori giusta l'art. 50 segg. LCart	1
Inchieste preliminari	
Eseguite nel corso dell'anno	62
Riprese dall'anno precedente	46
Aperture	16
Chiusure	35

di cui con apertura di un'inchiesta	2
di cui conciliazioni	9
di cui senza seguito	24
Altre attività	
Annunci giusta l'art. 49a cpv. 3 let. a LCart	32
Consulenze	22
Osservazioni di mercato	46
Altre questioni	412
Concentrazioni	
Notifiche	29
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	26
Esami approfonditi	3
Decisioni della Comco	0
Realizzazione provvisoria	0
Perizie, raccomandazione, prese di posizione, ecc.	
Perizie (art. 15 LCart)	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	1
Perizie (art. 47 LCart o 11 LTC)	2
Prese di posizione sulle domande di concessione secondo la LRTV	5
Monitoraggio	3
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	44
LMI	
Raccomandazioni/Inchieste (art. 8 LMI)	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	00
Consulenze (Segreteria)	8
Ricorsi (art. 9 cpv. 2bis LMI)	0

4. *Inchieste condotte nel 2006*

Inchiesta	Inchiesta aperta in base a indizi di:	Data apertura	Data chiusura	Esito
Carte di credito NDR	Abuso di posizione dominante (collettiva) degli acquirer Corner Banca SA, Telekurs Multipay AG, Swisscard AECS SA e UBS Card Center AG	10.09.1999	18.12.2006	Corner, Telekurs e UBS si sono impegnate, con una conciliazione approvata nel 2005 dalla Comco nell'ambito di un'altra inchiesta concernente le carte di credito, ad abrogare la clausola di non discriminazione (NDR) nelle convenzioni concluse con gli esercenti. Anche Swisscard si è impegnata in questo senso, presso le autorità della concorrenza. Esaurite tutte le possibilità di ricorso, si è potuta archiviare l'inchiesta.
Elektra Baselland (EBL)	Rifiuto illecito di transito di elettricità	04.08.2000	06.11.2006	Nel periodo di transizione della revisione LCart, EBL ha dichiarato di garantire il transito di elettricità e di aver concluso con Migros un nuovo contratto di fornitura; Non sussistendo più il fatto, l'inchiesta è stata archiviata.
Carte di debito	Abuso di posizione dominante. Divieto di differenziazione dei prezzi in base al mezzo di pagamento	29.01.2002	sospesa	Alcuni attori sul mercato hanno abrogato la clausola di non discriminazione, mentre altri continuano ad avvalersene; bisogna dunque decidere del seguito da dare al dossier.
TicketCorner SA	Abuso di posizione dominante dell'azienda TicketCorner che imponeva contratti esclusivi agli organizzatori di manifestazioni	15.04.2002	18.12.06	Il 1° dicembre 2003 la Comco ha reso una decisione in cui impediva a TicketCorner (TC) di imporre contratti esclusivi agli organizzatori di manifestazioni. L'impresa ha presentato ricorso alla Reko che, con una decisione del 27 settembre 2006, ha approvato parzialmente il reclamo. La Comco ha quindi incaricato la Segreteria di analizzare la situazione del mercato e di stabilire se fosse opportuno riprendere la procedura. Nel frattempo la TC ha modificato il suo comportamento; considerati inoltre i cambiamenti avvenuti sul mercato dal 2003, la Comco ha deciso di chiudere l'inchiesta senza seguito.
Teleclub/Cablecom	Abuso di posizione dominante a causa della non-diffusione di Teleclub Digital sulla rete CATV	23.09.2002	in corso	Nell'autunno del 2006 Teleclub e Cablecom hanno concluso un accordo generale per mettere fine alla loro controversia. La Segreteria verifica che l'inchiesta, non essendo di pubblico interesse, possa essere archiviata.
Tariffe di terminazione nel settore della telefonia mobile	Posizione dominante degli operatori di telefonia mobile sulle proprie reti nonché accordi sulle tariffe di terminazione	15.10.2002	in corso	In aprile 2006 la Segreteria ha sottoposto, per presa di posizione, l'istanza riguardante la sanzione a Swisscom Mobile. Al ricevimento della presa di posizione, Swisscom Mobile è stata ascoltata per la seconda volta e, nell'ottobre 2006, le parti hanno avuto la possibilità di pronunciarsi un'ultima volta sul progetto di decisione. Il termine per la presa di posizione è scaduto il 15.12.2006. La Comco è stata incaricata di esaminare la posizione sul mercato degli operatori di telefonia mobile nell'ambito di diverse inchieste della Comco, concernenti le tasse d'interconnessione. In una perizia del 20.11.2006 la Comco conclude che Swisscom Mobile, Sunrise e Orange detengono una posizione dominante sul mercato della terminazione di chiamate sulle loro reti.
Publicitas	Abuso di posizione dominante in seguito a discriminazioni	06.11.2002	in corso	Alla fine del 2005 la Segreteria ha concluso una conciliazione con Publicitas che dovrà, tuttavia, essere avallata dalla Comco. Publicitas ha potuto pronunciarsi una seconda volta sul progetto di decisione e, in novembre 2006, ha avuto luogo un'ultima audizione.

Aeroporto di Zurigo - Valet Parking	Abuso di posizione dominante per mancata autorizzazione per i servizi di Valet Parking	01.12.2003	18.09.2006	La Segreteria e l'aeroporto di Zurigo hanno concluso una conciliazione dopo che quest'ultimo era stato sanzionato per mancato rispetto delle misure cautelari decise dalla Comco. La stessa ha approvato la conciliazione nel settembre 2006; all'aeroporto di Zurigo è stata inoltre inflitta una multa di CHF 101'000.-.
Swisscom "Talk & Surf"	Abuso di posizione dominante tramite un'offerta combinata	16.02.2004	in corso	Si è dovuta sospendere l'inchiesta a causa delle ingenti risorse impiegate nell'inchiesta "Telefonia mobile".
Servizi di telefonia per i clienti commerciali di Swisscom	Abuso di posizione dominante attraverso price squeeze	16.02.2004	in corso	Come sopra.
Prezzo del cemento e del calcestruzzo NFTA	Accordo sui prezzi durante la gara d'appalto	22.11.2004	in corso	Il 2006 è stato dedicato alla trattazione degli atti d'inchiesta ritenuti necessari, riguardanti soprattutto l'appaltatore e le imprese (ARGE). Molto probabilmente l'inchiesta si concluderà nel primo semestre 2007.
Pavimentazione stradale nel Cantone Ticino	Ripartizione territoriale durante la gara d'appalto; abuso di posizione dominante	08.04.2005	in corso	L'istruttoria è terminata. L'inchiesta, da condurre in italiano, sta per essere conclusa. All'inizio del 2007 le parti riceveranno il progetto di decisione per presa di posizione.
Dati e software nell'ambito della sanità svizzera	Prezzi eccessivi per il Compendio dei medicinali	21.06.2005	in corso	Nel 2006 si è dato inizio all'istruttoria per chiarire lo stato dei fatti.
Swisscom - ADSL (Politica dei prezzi)	Prezzi delle prestazioni intermedie eccessivamente elevati rispetto ai prezzi praticati ai clienti finali (price-squeeze eventuale)	20.10.2005	in corso	L'anno scorso, la Segreteria ha condotto un'istruttoria per fare chiarezza sui fatti e ha avviato la valutazione. L'inchiesta, pur concernente una problematica considerata molto importante, ha subito ritardi a causa delle ingenti risorse impiegate nell'inchiesta "Telefonia mobile".
Restauro della facciata della biblioteca nazionale a Berna	Accordi sui prezzi durante la gara d'appalto	22.11.2005	in corso	Le istanze di ricorso avevano rinviato il dossier alla Comco. Sono state intrapresi nuovi metodi d'indagine. La fase istruttoria è conclusa. La Comco dovrebbe rendere la sua decisione all'inizio del 2007.
Assicurazioni complementari - Canton Lucerna	Accordo sui prezzi nei contratti tariffari tra le casse malati e i fornitori di assicurazioni complementari nel Cantone di Lucerna	07.02.2006	in corso	In questa inchiesta si è innanzitutto dovuto stabilire, con una decisione incidentale, che nessuna prescrizione riservata ai sensi dell'art. 3 LCart restringesse il campo d'applicazione della legge. Lo stato dei fatti potrà essere esaminato a fondo solo dal momento in cui entrerà in vigore la decisione incidentale.
Farmaci fuori lista	Accordi sui prezzi al pubblico di alcuni farmaci, sotto forma di raccomandazioni	26.06.2006	in corso	La Segreteria ha intrapreso un'inchiesta per chiarire lo stato dei fatti. Sono stati interrogati i tre produttori di questi farmaci, i grossisti e la società e-mediat AG, mentre i farmacisti e i medici dispensanti che li vendono verranno sentiti in seguito.

IV. Attività delle autorità della concorrenza in ambito assicurativo

Nel luglio 2006 la Commissione della concorrenza ha preso una decisione in merito alla richiesta di una comunicazione per il settore assicurativo dell'Associazione svizzera d'assicurazioni (ASA). Dopo un esame approfondito delle peculiarità del mercato svizzero, la Commissione della concorrenza ha stabilito che un regolamento settoriale per le assicurazioni in Svizzera (cfr. DPC 2007/1, pag. 137 segg.) non è necessario.

Osservando il mondo assicurativo si constata che, in numerosi settori, una collaborazione tra assicuratori è, in una certa misura, necessaria per il buon funzionamento della branca e, in particolare, per condurre statistiche, esaminare sviluppi futuri e formulare determinate condizioni. La cooperazione risulta inoltre necessaria in casi di rischi che possono essere coperti solo da più assicuratori operanti in comune o tramite un pool di compagnie assicurative. La questione di una collaborazione si pone, tra l'altro, anche in caso di fornitura di diversi servizi, come la risoluzione dei sinistri.

Di regola, una collaborazione tra imprese che occupano la stessa posizione sul mercato presenta rischi dal punto di vista del diritto dei cartelli; la collaborazione tra assicuratori, quindi, può indurre una notevole restrizione orizzontale della concorrenza se viene stabilita per fissare i prezzi dei premi, per ripartirsi i mercati, i clienti o i prodotti assicurativi o per concordare la definizione di un prodotto. Alcune restrizioni della concorrenza che fanno seguito a una collaborazione possono, però, essere giustificate da motivi di efficienza economica, poiché aumentano le possibilità di accesso al mercato per i piccoli e medi assicuratori oppure favoriscono la concorrenza.

Per fornire una qualche certezza del diritto è importante, per le assicurazioni, determinare quando un comportamento previsto dal diritto dei cartelli è illecito e quando invece è giustificato, giusta l'art. 5 cpv. 2 LCart. Tale motivo ha indotto l'ASA a richiedere alla Commissione della concorrenza una Comunicazione sulle assicurazioni, ai sensi dell'art. 6 LCart.

Secondo l'art. 6 cpv. 1 LCart, la Commissione della concorrenza può descrivere, nelle comunicazioni, le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica, giusta l'art. 5 cpv. 2 LCart. L'art. 6 cpv. 1 LCart descrive i diversi casi di cooperazione che possono essere applicati a tutti i settori economici, art. 6 cpv. 2 permette alla Commissione della concorrenza di stabilire disposizioni di esecuzione su speciali forme di cooperazione in singoli rami economici, facendo particolare riferimento al settore dei servizi finanziari. Per il settore delle assicurazioni, occorre riflettere innanzitutto sulle varie materie regolate anche a livello UE nei regolamenti sull'esenzione per categoria (cfr. Messaggio concernente la legge sui cartelli 1994, versione pdf, pag. 61). Secondo l'art. 6 cpv. 2 LCart la condizione necessaria all'elaborazione di una comunicazione è che questa riguardi speciali forme di cooperazione in singoli rami

economici. In generale, dunque, esiste una base legale per l'elaborazione di una comunicazione nel settore delle assicurazioni; ora, si tratta di considerare il caso specifico e verificare, basandosi sulla pratica e sull'esperienza della Commissione della concorrenza, se, in Svizzera, occorre una regolamentazione generale e astratta in questo ambito.

In Europa, ad esempio, per lungo tempo il diritto della concorrenza non è stato applicato al settore assicurativo; il primo caso in cui lo è stato è una decisione tipo della CGCE, concernente le raccomandazioni dei premi diffuse dall'ex associazione tedesca degli assicuratori dei beni materiali. In seguito a tale decisione, la Commissione europea ha ricevuto numerose notifiche e ha constatato che le peculiarità del settore assicurativo comportano diverse forme di cooperazione che - in relazione al diritto della concorrenza - dovevano essere autorizzate dietro determinate condizioni, soprattutto se si tiene conto del fatto che tali cooperazioni migliorano la conoscenza dei rischi assunti, con conseguente miglioramento della distribuzione dell'assunzione di rischi a favore degli assicurati. Per poter gestire il notevole carico di notifiche, la Commissione in carica nel 1992 ha adottato un regolamento sull'esenzione per categoria per il settore assicurativo (regolamento CE n°3932/92), modificato dal regolamento (CE) n° 358/2003 della Commissione del 27 febbraio 2007 relativo all'applicazione dell'art. 81 paragrafo 3 del Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni ed entrato in vigore il 1° aprile 2003.

Le autorità svizzere, al contrario della Commissione europea, non hanno dovuto occuparsi di così tanti casi nel settore delle assicurazioni. Ciononostante, gli assicuratori avrebbero avuto la possibilità di ottenere maggiore certezza del diritto per alcune cooperazioni, tramite gli annunci, come previsto dalle disposizioni transitorie o dall'art. 49 cpv. 3 let. a LCart. Nel periodo di transizione alla nuova legge, la Commissione si aspettava un'invasione di notifiche, che però non sono arrivate, da parte di questo settore. Visto quindi l'esiguo numero di casi, la questione riguardava la necessità o meno di un regolamento speciale per questo settore.

In seguito alla richiesta dell'ASA, la Commissione ha esaminato approfonditamente, nell'ottica delle specificità del mercato svizzero, le diverse categorie di esenzione previste dai regolamenti europei sull'esenzione e altri possibili motivi di efficienza economica, nello specifico: la realizzazione condivisa di calcoli, tavole e studi, le condizioni e i modelli più frequenti di assicurazioni, la copertura comune per certi tipi di rischi e per rischi semplici, le misure di sicurezza, le convenzioni sulla risoluzione dei sinistri e lo scambio di informazioni. Il presente rapporto tratterà in maniera approfondita solo le questioni dello scambio di informazioni e della copertura comune per certi tipi di rischi e per i rischi semplici.

Dal punto di vista del diritto della concorrenza, lo scambio di informazioni tra assicuratori riguardante alcuni parametri concorrenziali può risultare problematico e il fatto che questo possa avvenire in modo

diretto o per il tramite di un intermediario, ad esempio un'associazione, non incide sugli effetti sulla restrizione della concorrenza. Lo scambio di informazioni allo scopo di individuare le imprese sarà sempre illecito, ovvero tale scambio non potrà mai comportare l'individuazione di un determinato assicuratore tramite dati rilevanti dal punto di vista della concorrenza, quali prezzi, tariffe e condizioni assicurative. La difficoltà sta nel valutare l'impatto sulla concorrenza, capire cioè in quali circostanze uno scambio di informazioni consente o meno l'identificazione di un'impresa. Le autorità della concorrenza si sono occupate di questa problematica durante diverse riunioni riguardanti le analisi del benchmarking nel settore assicurativo. Tali analisi da un lato migliorano la trasparenza e quindi facilitano gli accordi illeciti, dall'altro permettono di comparare le performance delle imprese e quindi incentivano lo sviluppo della concorrenza, comportando vantaggi per i consumatori. Sapere se un'analisi del benchmarking può avere effetti negativi sulla concorrenza, dipende, come per lo scambio di informazioni in generale, dal tipo e dal contenuto dei dati e delle informazioni scambiate; si potrebbero, ad esempio, considerare i seguenti elementi: contenuto generale e attualità dell'informazione, livello di aggregazione, frequenza dello scambio ma anche omogeneità del prodotto/servizio e concentrazione sul mercato. Durante le succitate riunioni, la Comco ha redatto un catalogo non esclusivo di criteri da poter considerare per l'analisi di singoli casi dal punto di vista della concorrenza.

Un secondo, importante elemento analizzato dalla Comco è la copertura comune, da parte degli assicuratori, per certi tipo di rischi o per rischi semplici. In generale, la concorrenza si sviluppa se le imprese agiscono in maniera indipendente, ma la partecipazione di più assicurazioni per la copertura di certi rischi può comunque risultare lecita, dal punto di vista del diritto della concorrenza, nel caso in cui il rischio in questione possa essere assicurato solo in comune (carenza del mercato) e detta copertura non precluda la concorrenza. Un esempio sono le cooperazioni riguardanti l'assicurazione concreta di un preciso rischio elevato previsto per un assicurato specifico. Le coperture comuni vanno in ogni caso distinte dalla creazione di associazioni per la copertura di determinate categorie

di rischi (pool di assicurazioni), per le quali un singolo assicuratore o riassicuratore, da solo, non potrebbe offrire una copertura sufficiente. Il fatto di associarsi, inoltre, permette agli assicuratori di acquisire esperienza riguardo a certi rischi, per i quali non esistono ancora delle statistiche. Queste associazioni di assicurazioni, però, includono sempre fattori di rischio di restrizione della concorrenza quali l'uniformazione delle condizioni, delle somme e dei premi assicurativi. In Svizzera, attualmente, si contano otto pool di assicurazioni, tre dei quali (Pool svizzero d'assicurazione contro i rischi d'aviazione, pool svizzero d'assicurazione contro i rischi del nucleare, pool per la compensazione del rincaro LAINF), esaminati negli ultimi anni dalle autorità della concorrenza nell'ambito delle disposizioni transitorie della LCart, sono stati giudicati leciti in virtù dei motivi di efficienza economica. Altri pool sono previsti dalla legge e rientrano, quindi, nelle riserve dell'art. 3 LCart. I pool di assicurazioni o associazioni simili non ancora riconosciuti sono dunque pochi, tanto che le autorità della concorrenza potranno valutare i casi singolarmente e non si renderà necessaria una regolamentazione nell'ambito di una comunicazione.

In conclusione dunque, dall'analisi dei vantaggi e della necessità di una comunicazione settoriale per l'ambito assicurativo si evince che, il ristretto numero di casi concretamente sottoposti alle autorità della concorrenza non giustifica, al momento, una regolamentazione generale e astratta per questo mercato. L'esperienza pratica delle autorità svizzere della concorrenza rivela che i motivi di efficacia economica e i criteri di esenzione enunciati nei regolamenti europei sull'esenzione vengono, in genere, ripresi dalla Comco in sede di analisi dei motivi di giustificazione, ai sensi della LCart. D'altro canto, in caso di incertezza del diritto gli attori sul mercato hanno sempre la possibilità di chiedere consiglio, ai sensi dell'art. 23 cpv. 2 LCart. La nuova LCart, inoltre, ha introdotto, all'art. 49a cpv. 3 let. a, la possibilità di annunciare la limitazione della concorrenza prima che la stessa espliciti i suoi effetti. Le aziende hanno dunque la possibilità di assicurarsi che un determinato comportamento sia conforme alla LCart prima che produca effetti.

A 1

4. Annual Report of the Competition Commission 2006***Foreword from the Commission President***

From the standpoint of the Swiss competition authorities, 2006 was essentially marked by three important events. First of all, 2006 was the first full year in which the revised provisions of the Cartels Act (in particular those relating to direct sanctions and the bonus system) were in force. Secondly, over the past year the competition authorities saw a rise in the number of cases dealt with and, due to the stricter provisions introduced by the revised Act, an increase in the length of proceedings. The latter is a direct consequence of companies that are threatened with direct sanctions seeking to protect themselves through the legal process. Thirdly, last year saw the Competition Commission impose its first direct sanction, against the operator of the Zurich Airport, Unique. As the market concerned is small, the level of the sanction was not high in absolute terms, yet the decision allowed a number of fundamental issues connected with the imposition of sanctions to be clarified.

Over the past year, the Competition Commission and its Secretariat dealt with cases from virtually every sector of the economy: health care, financial services, agriculture, the energy industry, telecommunications, the automobile industry, the construction industry and others were the subject of proceedings. In addition to restraints of competition with international and national dimensions, there were also restraints with a more limited scope involving small and medium-sized companies (SME) that had to be assessed.

In view of the vital role of the SMEs as the backbone of the Swiss national economy, the Competition Commission intends to make especially sure that markets for the SMEs remain open. SMEs are flexible and can react quickly to new economic and technological changes. Although an essential portion of value creation is contributed by larger companies, the SMEs play a crucial role in the dynamics and innovative ability of the economy. For this reason, it is a priority for the Competition Commission to protect them against unlawful practices by large companies.

Accordingly the Competition Commission dealt in two cases with obstructive strategies of large companies that targeted SMEs that were attempting to offer niche products. In the case of the operator of Zurich Airport, Unique, the Commission was able to keep the market in question completely open (see below II 1 a). In the case of Ticketcorner, the Commission has not as yet been able to achieve its aims and has to review its case files after a decision by the superior authority to refer the case back for further consideration. Ticketcorner has however on its own initiative abandoned the exclusive agreements that had previously obstructed smaller competitor businesses (see below II 1 d).

In both cases, the proceedings, despite appearing superficially to be of minor economic importance, were very time-consuming. However, such cases - in particular that of Unique - have a ground-breaking effect, because, owing to the practices and the criteria that have been developed, they will allow us to intervene more quickly and efficiently in the future. The competition authority is therefore able to underline that keeping markets open to small and often innovative companies is one of its most fundamental concerns. The protection of SMEs will also continue to be one of the focus elements of the work of the Swiss competition authority.

In conclusion, the point should be made that Swiss competition law still requires development, just as the experts from the OECD noted in their report last year on Swiss competition policy. It was with some satisfaction that Competition Commission also welcomed the revision initiated by the Federal Council, in itself an unusual occurrence, of the Federal Act on Technical Barriers to Trade in order to introduce the Cassis-de-Dijon principle. Further efforts made by the Federal Council to bring about increased competition will always meet with the support and approval of the Competition Commission.

Prof. Walter A. Stoffel
President of the Competition Commission

I Introduction

For the Competition Commission and its Secretariat, 2006 will be remembered as the year in which the effects of the revision of the Cartels Act became visible for the first time.

The Competition Commission issued its first direct sanction against a company in response to an infringement of the Cartels Act. A fine of CHF 101'000.- was imposed on Zurich Airport (Unique), as it had abused its dominant position in the market for valet parking (Sec. II 1 a below). In the ongoing investigation in the area the mobile telephony, the Secretariat has requested far higher direct sanctions (Sec. II 2 a below).

In addition, this year the Secretariat had the opportunity to conduct its first house searches, its new investigation instrument, which has been available to it since the reform of the legislation. Accordingly, searches of business premises were carried out in cooperation with the European Union in the case relating to air cargo surcharges (Sec. II 2 b and II 5 below).

In general, the Competition Commission directed its attention in the course of the year towards abuses of dominant positions and towards arrangements that have a protectionist effect within the Swiss market, as well as those that result in higher prices for consumers and SMEs.

In the banking sector, the proceedings relating to methods of payment (credit cards, debit cards, fees for cash dispensing machines) led to a reduction in prices and helped to draw attention to efforts to reduce prices in Switzerland, which has a reputation for high prices (Sec. II 1 b below).

In the health care sector, the Competition Commission also focused on excessive prices. In particular, the Commission directed its attention towards tariff agreements between the hospitals and insurance companies connected with supplementary insurance, as well as recommended prices for off-list medicines (Sec. II 1 c below).

In the telecommunications sector, interventions from the Competition Commission led to increased competitive pressure on mobile telephony providers, which led to a reduction in prices for consumers (Sec. II 2 a below).

In the construction industry, the Competition Commission concentrated its activities mainly on bidding cartels. At the moment three sets of proceedings relating to this problem are pending (Sec. II 3 a below).

A number of cases, distribution systems for consumer goods, in particular in the retail trade and in the automobile industry, were the subject of interventions by the Competition Commission and its Secretariat (Sec. II 3 b below).

In insurance, the Competition Commission and its Secretariat has developed a practice relating to the authorisation of the various forms of collaboration that are customary in this sector. The Swiss Insurance Association (SSV) requested the Competition Commis-

sion to issue a notice relating to these activities. The Competition Commission is of the view that a sector-specific notice is not justified. However, it is using the opportunity of this annual report to explain in detail its practice and the related issues (Sec. IV below).

2006 was also important as it saw the revised Internal Market Act come into force on 1 July, the implementation of which will contribute to the stimulation of the Swiss domestic market through the abolition of the last cantonal and communal constraints. An important part of the work of the competition authorities here is to support and guide the cantons, which are responsible for the implementation of the legislation. This work has already begun, but it will still require some time before the changes envisaged in the reforms take effect (Sec. II 4 below).

For the Secretariat, 2006 will be remembered as the year in which its director of many years, Mr ROLF DÄHLER, stood down. Mr DÄHLER left in the spring and was replaced in the autumn by Mr RAFAEL CORAZZA, the former director of the Price Surveillance authority. There were also some changes in the composition the Competition Commission (Sec. III 1 and 2 below).

The Annual Report also contains information on the organisation of the Competition Commission and its Secretariat, some statistics and a list of the investigations ongoing at the end of 2006 (Sec. III 3 and 4 below).

II Activities in the individual economic sectors

The Competition Commission and its Secretariat worked on a wide variety of cases over the past year. Every sector of the economy, from mobile telephony through the financial sector to agriculture, the automobile industry or the construction sector, was the subject of proceedings. Some proceedings have a national scope, others are international. Proceedings relating to the conduct of small or medium-size companies normally have less widespread territorial effects, but are no less important from the point of view of the development of competition in Switzerland.

This variety is a reflection of the economic realities in Switzerland, where any business may become the subject of an investigation by the competition authorities. The authorities determine the matters on which they are to focus every year, based on their evaluation of the harm that each restraint of competition can have on the Swiss national economy. However, the authorities cannot ignore other cases, requests and reports made by the public. As a consequence, in addition to complex cases, they also deal with numerous cases of lesser importance.

This report details the most important and instructive cases, arranged according to the economic sector involved, that were dealt with by the Competition Commission and its Secretariat.

1. Services

In this area, the Competition Commission and its Secretariat primarily concentrated on proceedings in connection with electronic payment transactions (cf. b

below). In the foreground once again were the bank-dominated credit and debit card systems and the associated network infrastructure, which is operated by joint institutions of the banking industry. Also investigated was the agreement between the Swiss banks and Postfinance relating to the use of cash dispensing machines by non-banking customers.

In addition, special efforts were made to reduce costs in the health sector. The Secretariat opened two investigations in this area. One relates to the relationship between hospitals and insurers in the Canton of Lucerne. The second relates to the recommended prices for certain medicines, so-called off-list medicines (cf. c below).

What is noteworthy, however, is that in this area in September 2006 the Competition Commission for the first time completed proceedings that involved the imposition of a direct sanction.

a. Direct sanction against Unique

In the investigation against the operator of Zurich Airport (*Unique*), the object was to clarify whether Unique had abused its dominant position in relation to airport parking (cf. RPW 2006/4). Because Unique, as part of the reorganisation of parking services in the airport area, terminated the contracts of two independent providers of valet parking services and revoked the licences that these required, the Competition Commission began an investigation. The two providers collected vehicles from passengers from the airport terminal and parked them outside the airport area at a more competitive price ("off-airport valet parking"). Unique wanted to put a stop to this in order to ensure that more cars were parked in its own multi-storey car parks. As Unique had contravened the interim measures ordered by the Competition Commission in December 2003 (RPW/DPC 2004/3, p. 859 et seq.), it had already in December 2005 been required under art. 50 ACart to pay a sanction of CHF 248'000.- (RPW/DPC 2006/1, p. 141 et seq.; not yet final).

The investigation confirmed that Unique had abused its dominant position in the field of airport parking. The Competition Commission made it clear that that a proprietor of important infrastructure facilities must not obstruct other businesses (in particular SMEs) in a discriminatory manner or indeed exclude them from the market altogether. Due to the violation of art. 7 ACart, on 18 September 2006 the Competition Commission therefore imposed a further fine on Unique, this time amounting to CHF 101'000.-.

With this decision, the Competition Commission for the first time made use of the instrument created with the reform of ACart in 2003 by which it may directly fine businesses that violate the Cartels Act (the so-called "direct sanction" under art. 49a para. 1 ACart). The assessment on the level of the sanction is made in accordance with the ACart Ordinance on Sanctions, which was enacted at the time of the revision. Because Unique was cooperative in the final stages of the investigation, entered into a contractual agreement with the injured parking providers and reached an amicable settlement with the Secretariat

of the Competition Commission, the Competition Commission chose not to impose the maximum fine.

b. Proceedings in connection with payment cards

In relation to *credit cards*, the Competition Commission in its decision of 5 December 2005 (RPW/DPC 2006/1, p. 65 et seq.) approved an amicable settlement (including their annexes) valid for 4 years jointly given to the Secretariat by UBS AG, Credit Suisse, Visa Card Services SA, Cornèr Banca SA and Telekurs Multipay AG ("Credit cards - Interchange Fee"). The effects of the decision must be regarded positively in their first year. The Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF) has been reduced by 0,2%. This reduction has had an effect both on the acquiring side and on the issuing side. On the acquiring side, the merchant service charges have, according to the merchants associations, been reduced by acquirers. The decision of the Competition Commission has therefore had positive effects on the level of the merchant service charge. On the issuing side, cost pressure has forced the issuers to design innovative business models that have improved competition in the issuing market and facilitated the introduction of five new low cost credit cards (Jelmoli Visa Bonus Card, Coop Mastercard SUPERCARDplus, M-Budget MasterCard, Orange Collect Card Visa and UBS Low Cost). What these credit cards have in common is that they all have either no annual fee at all for customers or their annual fee is very low. In addition, thanks to the open access to the market, two new issuers, GE Money Bank and OZ Bankers AG, were able to enter the market. The cooperation of Migros and Coop with their respective issuers also indicates that despite the Multilateral Interchange Fee, bilateral interchange fees can also be agreed. The chances of price discrimination as a result of the repeal of the "No Discrimination Rule", NDR, is a concern above all for small merchants. Sectors such as textiles, hotels and restaurants and the travel industry carry out systematic price discrimination. This often takes the form of a discount or indeed price surcharge when payment is made by credit card.

In addition, the Secretariat concluded its preliminary investigation in the case of *Debit cards - Interchange Fee* (RPW/DPC 2006/4, p. 601 et seq.). The subject of the preliminary investigation was the planned introduction by the banks of a DMIF between the issuers of the Maestro debit card (which include UBS AG, Credit Swiss, RBA Zentralbank, Schweizersicher Verband der Raiffeisenbanken and Association of Swiss Cantonal Banks) and the acquirers (in the present case only Telekurs Multipay AG), just like the system that already applies in the credit card systems operated by Visa and Mastercard. To date, the Swiss banks have operated the Maestro debit card system without such a DMIF. They justify the introduction of a fee by arguing that there is inadequate cost recovery due to the current pricing structure. The preliminary investigation is based on a notification in terms of art. 49a para. 3 let. a ACart. The Maestro debit card system is organised as a four-party system, in a similar way to the Visa and Mastercard credit card systems.

The planned DMIF involves a charge for each debit card transaction carried out, which is paid by the acquirers to the issuer. The level of the DMIF would be fixed as a percentage of the underlying transaction amount. A body known as the Maestro Card Committee (MAECC) would be responsible for determining the DMIF in Switzerland. The Secretariat assumes that if it were introduced, the DMIF would be added by the acquirers as a cost component to the merchant service charge and would therefore be passed on to the merchants. It accordingly reached the conclusion in its final report that the joint agreement on a DMIF would probably have to be regarded as an unlawful agreement restricting competition that on initial examination would not be justified on the grounds of economic efficiency. In particular, the planned intention to cover the deficit incurred by the issuer should not be recognised as an efficiency ground in terms of art. 5 para. 2 ACart. Because this project by the banks is only in the planning stage at the moment, and has not had any effects on the markets concerned, the Secretariat chose not to open an investigation. The banks have however already announced that they wish to continue with the introduction of a DMIF.

A further preliminary investigation related to the *fees for the use of cash dispensing machine* (RPW/DPC 2006/3, p. 420 et seq.): If the holder of a debit card (for example a Maestro debit card) withdraws money from a cash dispensing machine that does not belong to his own bank, he will in many cases be charged a fee of up to CHF 2.- by the Bank that issued him with the debit card. The reason for this fee is the so-called "location charge", an inter-bank fee which the card-issuing Bank must pay to the other bank for the use of its cash dispensing machines. As a result of an agreement between Postfinance and the Swiss banks this location charge also applies to the use of the Postfinance cash dispensing machine network by bank customers and conversely for the use of the bank machine network with the Postfinance's own debit card, the "Postcard". The fee charged between the banks and Postfinance was reduced as per 1 January 2005 from CHF 3.- to CHF 2.- for each withdrawal. The investigations of the Secretariat have shown that the conduct of the banks and Postfinance do not currently give grounds for complaint under competition law: on the one hand, withdrawals by customers from machines belonging to their own bank are always free of charge. On the other hand, if the customer withdraws cash from a machine belonging to a different bank or from a Postfinance cash, then the full location charge of CHF 2.- is not always passed on to him. This is because numerous card-issuing banks pass on only a fraction of the charge or waive it altogether. Card holders therefore have a variety of ways of avoiding the fee: they can either withdraw cash free of charge from machines belonging to their card issuer or they can decide to obtain a debit card from a financial institution that either charges a low fee for withdrawals from machines belonging to other banks, or no fee at all.

c. Proceedings in connection with health care costs

The health care market is strictly regulated. As a result, this market is not very competitive. Nevertheless, the Competition Commission has conducted several proceedings in this sector.

On 3 September 2006, the Competition Commission issued an interim ruling (cf. RPW/DPC 2006/3, p. 513 et seq.) on the question of the existence and the scope of overriding provisions in terms of art. 3 ACart in relation to *tariff agreements in supplementary insurance*. This interim ruling represents a landmark decision, in which it has been held for the first time:

- that cantonal law that could constitute overriding provisions must additionally be examined by the Competition Commission to determine its constitutionality;
- that in relation to supplementary insurance, the cantons do not have the power to regulate through cantonal legislation the fixing of tariffs and prices between insurers and hospitals;
- that a canton which exercises economic control over a number of hospitals is regarded as having a similar status to a corporate group, so that the Cartels Act does not apply to the internal relationship between the hospitals as a result of art. 2 ACart.

This interim ruling has taken full legal effect as no appeal was filed against it. This meant that the primary aim of the investigation was achieved. The investigation was opened on 7 February 2006. It is directed towards health insurance companies operating in the Canton of Lucerne as well as the cantonal hospitals and the Health and Social Services Department of the Canton of Lucerne, and relates to supplementary insurance. The subject of the investigation is the tariff agreements between the health insurance companies and the cantonal hospitals on supplementary insurance (supplementary hospital insurance for the private or semi-private wards). The investigation is now being continued and the material issues in relation to supplementary insurance are being tackled.

For SL preparations there are officially fixed maximum prices, which is not the case for non-SL preparations. The investigation should indicate whether recommended prices for non-SL preparations (so-called *off-list medicines*) are permitted. The subject of the investigation is the recommended retail prices of the pharmaceutical companies Pfizer AG, Eli Lilly SA and Bayer AG. These three companies arrange for the recommended retail prices for the erectile-dysfunction drugs Viagra, Cialis and Levitra to be published on the databases of e-mediat AG (Galdat, Pharmavista). At the same time, the recommended retail prices for these three drugs are passed on by wholesalers in the delivery receipts given to pharmacies or SD doctors. If the recommended prices are accepted by the majority of pharmacists or SD doctors, it would be possible that the recommended retail prices would have the same effect as agreed fixed prices, which would mean that there was a vertical price-fixing agreement between

the three pharmaceutical companies and the pharmacists or SD doctors (art. 5 para. 4 ACart). In addition, the investigation is intended to indicate whether the three pharmaceutical companies have entered into horizontal pricing arrangements in relation to their drugs Viagra, Cialis and Levitra (art. 5 para. 3 ACart). For these reasons, the investigation has been opened against the three pharmaceutical companies, e-mediat AG, the wholesalers Galaxis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG, Amedis-UE SA and against the pharmacists and SD doctors.

d. Other proceedings

In addition, in a decision dated 18 December 2006, the Competition Commission discontinued the investigation against **TicketCorner SA** (RPW/DPC 2007/1, p. 79 et seq.). In December 2003, the Competition Commission prohibited TicketCorner from imposing mandatory exclusivity clauses in agreements with the organisers of sporting and cultural events. In the course of appeal proceedings, the Competition Appeals Commission on 27 September 2005 referred the matter back to the Competition Commission to examine whether it was appropriate to resume the proceedings. The resultant analysis indicated that TicketCorner, following the initial decision of the Competition Commission, no longer required the exclusivity clauses in the agreements. Furthermore, the market has changed considerably, especially as a result of the Internet, which plays a decisive role and makes market entry for new market participants easier. New ticket sales systems are being developed. All these factors have together led to a change in TicketCorner's position in the market, which is why the Competition Commission was able to conclude the investigation.

Separately from its work on card-based payment transactions, the Secretariat had conducted a preliminary investigation related to the trade in securities on the Swiss stock exchange SWX Swiss Exchange (RPW/DPC 2006/3, p. 439 et seq.). In accordance with the **stock exchange obligation** laid down in the exchange's own rules, the participant banks and securities traders are required to carry out purchase and sales orders via the stock exchange during the hours of trading, i.e. to enter the transaction in the order books of the SWX, provided certain limits are not exceeded. The preliminary investigation had shown that a system based on transparency regulations would be a priori more competitively neutral, as all the market participants would be subject to the same rules and freedom of choice in relation to the trading platform would be guaranteed both for small and for large investors. However, there are still outstanding issues connected to the efficiency and cost advantages of a change of system. In this respect, the effects of the deregulation introduced by the Directive on Markets in Financial Instruments (MiFID) in the European area from the autumn of 2007 must be monitored. Already, however, the indications seem to be that a repeal of the stock exchange obligation in Switzerland will not be possible without simultaneous regulatory adjustments in relation to pre-trading transpar-

ency. For this reason, the preliminary investigation begun on 7 July 2005 was discontinued on 13 June 2006. At the same time the decision was made to pursue at a regulatory level the issue of a possible repeal of the stock exchange obligation in Switzerland.

It must also be mentioned that the Secretariat has continued its enquiries in the investigation relating to information on medicinal products and software for medical information. Until the Therapeutic Products Act (TPA) came into force on 1.1.2002, the "Swiss Medicinal Products Compendium", published by **Documed AG**, was formally recognised by the Inter cantonal Office for the Control of Medicines (IOCM). This recognition had led in practice to a state monopoly. With the TPA coming into force, there is no longer any legal basis for the formal recognition of the compendium by Swissmedic (formerly the IOCM). In addition, the statutory provisions that currently apply on the duty to publish information on medicinal products (specialist and patient information) are not clearly formulated, such that the Secretariat assumes that the virtual monopoly held by Documed AG can continue to be maintained. Accordingly, the Competition Commission opened an investigation in June 2005 against Documed AG, which is intended to show whether Documed AG obtained unreasonable prices from the pharmaceutical companies for the publication of information on medicinal products. In addition, it will be examined whether Documed AG refused to enter into contractual negotiations with competitors. This case is one of the first in which the unfairness of prices will be investigated by the Competition Commission.

In the field of facility management (administration and management of buildings, facilities and installations), the Competition Commission approved the **takeover of Edelweiss Facility Management AG by ISS Holding AG** (RPW/DPC 2006/4, p. 682 et seq.). In doing so, it explained its legal precedent in relation to non-competition clauses in specific terms: in the assessment of a horizontal non-competition clauses, it must first be examined whether this is required for the planned merger in geographical, practical and time-related terms. Only if this is not the case, it must be examined in a second step whether the restraint of competition that must be assessed under art. 4 para. 1 ACart as an agreement restricting competition is unlawful in terms of art. 5 ACart.

2. Infrastructure

The Competition Commission has also pursued its efforts to stimulate competition in the infrastructure markets.

Special attention was given in 2006 to the **mobile telephony markets**. By comparison with other European countries, the termination charges made when a call is transferred to a mobile network are still high. This problem was the subject of two interventions made by the Competition Commission (Sec. a below).

In relation to infrastructure markets, as part of a broadly based investigation in cooperation with the

European competition authorities, house searches were carried out for the first time (Sec. b below).

In addition, the Competition Commission pursued its commitment in favour of a liberalisation of the electricity market as well (Sec. c below) and investigated various planned mergers between significant companies (Sec. d below).

a. Swiss mobile telephony

The Competition Commission produced an *expert opinion* as part of an interconnection procedure by the Federal Communications Commission (ComCom). In the opinion, the Competition Commission found that Swisscom, Sunrise and Orange held dominant positions in relation to the termination of calls in their mobile network. Through this finding, Comcom was given the right in terms of the Telecommunications Act to stipulate the termination charges of the three mobile telephony providers for the future in accordance with cost-oriented principles. This should lead to a reduction in the tariffs in the near future.

At the same time, the Competition Commission continued with the *investigation* against the mobile telephony providers that was begun on 17 October 2002. As in the interconnection procedure, termination charges are again the subject of the investigation here. In this investigation direct sanctions may be imposed if it is held that a dominant position has been abused by termination charges that are excessive. A decision in this matter is expected in early 2007.

b. First house searches

On 13 February 2006 the Competition Commission opened an investigation into various airlines relating to agreements on *air freight*. On the basis of the Air Transport Agreement (Bilateral I), the Competition Commission conducted the investigation in collaboration with the European Commission. The investigation is intended to determine whether agreements exist relating to surcharges for fuel, security services, war risks and customs clearance. In addition, the investigation should indicate, if such agreements exist, what their effects are on Switzerland. As part of the enquiries in this investigation and in order to secure evidence, searches of the premises of a number of companies were carried out simultaneously.

c. Energy

The energy industry in Switzerland continues to be strictly regulated and still sees little in the way of effective competition. At the instigation of the Competition Commission and the Price Surveillance changes are nonetheless taking place. The landmark rulings of the Competition Commission, the Power Supply Act and the opening up of the European market are exerting pressure on the Swiss market.

In the energy industry, the Competition Commission has been able to conclude the investigation into *Elektra Baselland* (EBL) relating to electricity transmission. This investigation was opened because EBL had refused to allow third companies to supply Migros with electricity. Migros has agreed a new electricity

supply agreement with EBL. EBL has also declared its readiness to transmit the electricity supplied by other providers on the terms that are customary in the market and the industry. The concerns of the Competition Commission were thus dispelled, with the result that the investigation proceedings against the EBL could then be terminated.

The proceedings related to legal action by Migros in which it claimed that the Fribourg Electricity Board (FEW), the Service Industriels de Renens (SIE) and EBL had unlawfully refused to transmit electricity. This action led to the decision of principle by the Competition Commission in March 2001 against the FEW, according to which the refusal to transmit electricity was held to be an unlawful practice by a dominant company. This decision was confirmed by the Swiss Federal Supreme Court in June 2003 and resulted in the electricity market being opened to competition despite the rejection of the Electricity Market Act in September 2002. Since then an initial transmission practice has become established in Switzerland and competition has been introduced in the electricity market. On the basis of the FEW decision, the Price Surveillant has also been able to intervene against excessive transmission prices.

d. Control of concentrations

In relation to the control of concentrations, the Competition Commission approved the takeover of AZM *Aargauer Zentralmolkerei AG (AZM)* by *Emmi AG* (RPW/DPC 2006/2, p. 261 et seq.). The Competition Commission reached the conclusion that Emmi will attain a dominant position as a result of the merger in the markets for consumable milk, consumable cream and butter, but that in relation to AZM the requirements for the application of the failing company defence are fulfilled. In order to take account of competition law concerns that are associated with the constitution of a dominant position, the Competition Commission made Emmi subject to long term abuse monitoring in terms of the Cartels Act and the Price Surveillance Act. In addition Emmi must submit any further company takeovers in the markets concerned for assessment by the Competition Commission. It was therefore only possible to permit the merger because the requirements for the application of the failing company defence were fulfilled. In the course of the examination it was revealed that AZM's exit from the market was highly likely to be imminent and that in this case the market share that would become free due to the protected market would have devolved to Emmi in any case. The decision of the Competition Commission is issued against the background of the transition of the markets concerned from being state regulated and protected from foreign competition to being a liberalised environment. The Competition Commission reached the conclusion that the only way to restore effective competition is to liberalise the market as quickly as possible for other European countries. If this is done, it is anticipated that Emmi's position will become contestable.

The Competition Commission therefore also approved a related recommendation to the Federal Council in

which it strongly urged an acceleration of the opening of the Swiss market to EU countries in relation to the products concerned and the authorisation of outward processing arrangements as soon as possible.

The Competition Commission also approved the takeover of *Cybernet* (Switzerland) AG (Cybernet) by *Swisscom Fixnet* AG (Swisscom) (RPW/DPC 2006/2, p. 248 et seq.). The indications for the creation or strengthening of a dominant position were not confirmed by a detailed examination. Cybernet operates as an internet service provider, especially for SMEs. As a result of the merger, Swisscom will be able to expand its position in the market for broadband internet connections to a minor extent. In comparison with the number of broadband internet connections, the expansion of its position in the market is, however, insignificant. The number of Cybernet customers that will be gained is low, particularly in comparison with the rapid growth in the number of broadband internet connections. Even following the merger, a number of strong market participants (ADSL providers and cable network operators) as well as smaller internet service providers remain as competitors.

In addition, the merger between the operational assets and activities of *EOS Holding* (EOSH) with *Aare-Tessin AG für Elektrizität* (Atel) was permitted (RPW/DPC 2006/3, p. 476 et seq.). The preliminary examination in terms of the merger control procedure gave no indication that the merger would create or reinforce a dominant position in the markets concerned (electricity distribution, electricity transmission, electricity trading and electricity production). The Competition Commission therefore dispensed with a detailed examination.

3. Product markets

The focus of activities was on the construction industry, and in particular on the campaign against bidding cartels (cf. a below), as well as on agreements that lead to the isolation of the Swiss market and to excessive prices for consumers and SMEs (cf. b below).

a. Construction industry

The Swiss construction market is essentially a domestic market. Competition from abroad is therefore very limited.

The Competition Commission conducted an investigation into four Bern construction companies that were suspected of having colluded in their bids in the public invitation to tender relating to the renovation of the *Swiss National Library*. The ruling of the Competition Commission, which held that there had been collusion (RPW/DPC 2002/1, p. 130 et seq.), was referred by the Swiss Federal Supreme Court back to the lower court for a decision on the facts (RPW/DPC 2005/3, p. 580 et seq.). The lower court instructed the Competition Commission to make further investigations into the circumstances of the case, which were concluded in 2006. The Competition Commission decision is expected in spring 2007.

In April 2005, an investigation into all the companies active in the *Ticino road surfacing market* was open-

ned. The Secretariat accused the companies of dividing up territory for bidding procedures for road maintenance work and of operating a rotation system for the award of public contracts for road surfacing work on national and cantonal roads. The investigation carried out by the Secretariat revealed that there were arrangements between Ticino road construction companies and that these constituted unlawful agreements restricting competition in terms of art. 5 ACart. In view of the fact that the restraints of competition in question were eliminated before the expiry of the transition period on 1 April 2005, it was not possible to impose sanctions on the companies under investigation. The investigation proceedings have been concluded and the draft ruling has been sent to the parties concerned for their response.

The *NRLA* investigation was the subject of detailed enquiries. As part of this investigation, the Secretariat examined in particular whether there was an unlawful agreement between the Swiss producers of the cement and concrete systems that were required in the construction of the Lötschberg and the Gotthard base tunnels. The investigation proceedings will be concluded in spring 2007.

The preliminary examination procedure against the *Swiss Steel Trade Federation (SSHV)* was concluded after the Federation abolished its price lists in response to the proposal by the Secretariat at the start of 2006.

There is an agreement between various glaziers' workshops in Biel, which has been encouraged by the police, on the organisation of a *stand-by service* for emergency glazing work. Emergency glazing work is often required outside the normal hours of business, for example following burglaries. The Secretariat has required the parties involved to include any interested glazier firms that make the relevant application in the agreement, which regulates access to this market.

Every year *A. Steiger AG* issues a "pricing aid" for electricians that includes end prices for a large number of services. According to *A. Steiger AG*, the electrical work prices are used by around 80% of electricians. As a result of competition law concerns, solutions have been found at the instigation of the Secretariat both in relation to the pricing file and to the electronic version of the price list for electrical work. The written pricing aid now makes clear reference to the non-binding nature of the prices as well as to the fact that it is unlawful under competition law to enforce such prices. In addition, electricians are now requested, when making first use of the software in 2007, to enter their own values for the calculation of the prices. The *Association of Swiss Electricians (ECAS)* also offers annually revised pricing aids for electricians. As in the case of *A. Steiger AG*, the ECAS pricing aids have also been adapted to competition law requirements.

Under the trademark "*Swissbrick*", four brickworks in the German-speaking part of Switzerland sell high-quality bricks as well as masonry work equipment. The brickworks involved had developed a common distri-

bution channel for their products and used a joint price list. The Secretariat, with the agreement of the companies, has both broken up the distribution channel and also ensured that individual price lists are introduced. In this way, competition law concerns have been eliminated.

In terms of the merger *control procedure*, the Secretariat investigated the merger between the construction companies *Zschokke* and *Batigroup*. The preliminary examination disclosed indications of the creation or reinforcement of a dominant position for the new company to be formed, *Implenia*. These indications have, however, not been confirmed by the detailed examination, with the result that the Competition Commission has approved the merger.

b. Vertical agreements

In this area, the competition authorities have begun the revision of the *Notice on the competition law treatment of vertical agreements* with the aim of bringing the Notice in line with the new provisions of ACart (in particular art. 5 para. 4) and the European legal system. In relation to this, consultation proceedings have been conducted on a broad political, economic and legal basis. The new Notice is expected to take effect in the course of 2007.

The implementation of the Notice on the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade has had the particular effect of liberalising the *automobile industry* (Motor vehicle-notice, RPW/DPC 2002/4, p. 778 et seq.). The Secretariat is also actively monitoring the liberalisation of the automobile market. Every week, two or three complaints are treated.

A detailed *analysis* by the Secretariat (of 28 distribution agreements for those manufacturers that account for 90% of new car sales in Switzerland) indicated that numerous provisions in the distribution agreements are largely homogeneous and in keeping with the Motor Vehicle Notice.

The preventive effect of this notice facilitated the adjustment of *Swiss prices* to the European level. This has been confirmed in a study conducted by PricewaterhouseCoopers, which shows that the prices for end customers in 2005 in Switzerland were for the first time more competitive than in EU countries. Furthermore a study by the Federal Statistical Office named the Notice as a decisive contributory factor in the reduction of price levels.

Lastly, the Secretariat, as part of a preliminary investigation into a terminated after sales agreement (every garage that fulfils the qualitative criteria of the importer concerned must be allowed to conclude this type of agreement) noted that where there has been a clear and sustained change in a relationship of mutual trust between the parties, a so-called *cooling-off phase* takes place. The Secretariat is of the view that a certain basis of trust is required for the conclusion of an after sales agreement, despite the obligation to contract in the after sales area. Depending on the specific circumstances, this cooling off phase may last

for up to 24 months. The agent is then required to submit its application for the conclusion of an after sales agreement to a further examination. Provided the garage fulfils the qualitative criteria of the importer, it has the right to conclude the after sales agreement.

The preliminary investigation conducted into Kodak AG, which had a possible obstruction of parallel imports as its subject matter, was discontinued. This was because *Kodak AG* introduced a Europe-wide restructuring of its costs and distribution structure, which led to a harmonisation of the prices in Switzerland with those in neighbouring countries.

The sale of ladies' and men's underwear by *Calida AG* was looked into following a report that complained of an agreement on minimum or fixed prices. Enquiries revealed that the suspicion voiced was unfounded. In order to prevent any competition law difficulties arising from its non-binding price recommendations, Calida AG subsequently revised its price lists with non-binding recommended prices in consultation with the Secretariat and issued an information sheet on the competition law requirements to its retailers.

c. Other proceedings

Following the decision in the case of ETA/Swatch in relation to the *watch trade*, in particular in the market for mechanical ébauches (watch movements) that are "made in Switzerland" (RPW/DPC 2005/1, p. 128 et seq.), numerous projects on the industrial manufacture of watch movements were initiated without any further dependence on the ébauches supplied by ETA. Currently several projects are well underway, including one company that will probably be able to establish itself in the coming years as a rival to ETA. Furthermore these projects also have an influence on the market for spiraux and that for assortments (the regulating component in a mechanical watch movement), in which the Swatch Group with Nivarox also holds a dominant position. Various market participants are on the point of starting the industrial production of these components, which are of strategic importance in the mechanical watch industry. In addition, since ETA's decision to begin "phasing-out", when there was an almost general control of all non-integrated Swiss watch-making businesses, the market has opened to such an extent that several new participants have appeared on the scene. However, these suppliers are not yet able to substitute for the production from ETA. It should be noted that these developments are due especially to the decisions taken by the Competition Commission, and above all to the provisional measures (RPW/DPC 2002/4, p. 593 et seq.) and the amicable settlement which enabled the companies to survive the "phasing-out" and to launch these projects.

The preliminary investigation into *FIFA* relates to the arrangement by which clubs release their players without receiving any payment so that they may play for their national teams in international matches that are organised by FIFA. The Commercial Court in Char-

leroi (Belgium), which was required to look into this issue as part of a civil action, referred the matter to the European Court of Justice (ECJ) with a reference for a preliminary ruling. While awaiting the ruling of the ECJ, the Secretariat has assisted the ongoing preliminary investigation into FIFA, but has reserved its right to take up the preliminary investigation again depending on the outcome of the civil proceedings.

A preliminary investigation was opened into the association *Swiss Volley*, after it refused to permit the use of volleyballs other than those of the Mikasa brand for matches in the A and B National Leagues. In addition, there is a sponsorship agreement between Mikasa and Swiss Volley relating to equipment for the national indoor team. In terms of an amicable settlement, Swiss Volley undertook in January 2006 to ensure that in future its conduct in relation to sponsorship deals and the choice of match balls complies with the Cartels Act as well as with the notice "Authorisation of use and sponsorship of sports articles" (RPW/DPC 1998/1, p. 154 et seq.), and in particular to approve in principle the use of any authorised match balls for any tournament or competition games in any year or any season.

On 23 February 2006, the Secretariat of the Competition Commission began a preliminary investigation into *armasuisse*, the procurement and technology centre for the Federal Department of Defence, Civil Protection and Sport (DDPS) and, in doing so, applied art. 2 para. 1^{bis} ACart for the first time since it came into force. The occasion for this was the complaint made by Agusta S.p.A. relating to the possible abuse of a dominant position by *armasuisse*. A decision on further action in the proceedings is expected in spring 2007.

4. Internal Market Act

For the Competence Centre for the Internal Market, the most important event was the entry into force of the revised Internal Market Act on 1 July 2006.

The Competence Centre for the Internal Market prepared for the revised Act coming into force by running an information campaign for the cantons and communes. It then dealt with various enquiries from the cantons and members of the public in relation to the application of the Act in specific cases.

In addition, the Competence Centre for the Internal Market is involved in the preparations for the revision of the Federal Act on Public Procurement. It is a member of the panel of experts, which comprises representatives from federal and cantonal levels, that is preparing the draft of the revised Act.

5. Competence Centre for Investigations

In 2006 the Competence Centre for Investigations gained its first experience of house searches. The efficient conduct of the searches was primarily due to the organisation and infrastructure, and the experience gained by the specialists in the Secretariat during their training, as well as to the support received from the cantonal police authorities. In-house training has now been given to all staff in the Secretariat.

6. International relations

The competition authorities cultivate an international presence, with close relations with a significant number of foreign authorities. The exchange of technical information, together with the support that is gained from such contacts has simplified the daily work of the competition authorities in various respects. In the case of concentrations where there is a global reporting obligation, it has been possible to save up to 80% of the resources normally required. The same applies in relation to the limits of the Swiss legal system in proceedings against cartels and against commercial practices designed to protect the Swiss market (as a so-called "island of high prices"). Also worthy of note are official visits to Switzerland (e.g. from Egypt) and to foreign countries (e.g. to Germany).

OECD: The Competition Commission and the Secretariat took part in the three annual Meetings of the OECD Competition Committee and its three working groups "Competition and Regulation", "International Cooperation and Enforcement" and "Competition Law and Policy" in Paris. The round tables considered topics such as dominant positions (evidentiary issues, sanctions and other measures) and the private enforcement of the competition law (class actions, assessment of damages, conflict with the state enforcement measures). This year the Swiss delegation (Competition Commission and seco) prepared written contributions for nine of the eleven round tables. This confirmed Switzerland's position as an especially active OECD member. The banking sector, which saw two substantial Competition Commission contributions (cashless methods of payment and barriers to market entry in retail banking) was the subject matter of two round tables in June and October 2006. Lastly 2006 saw the appointment of Prof. Walter Stoffel to the steering committee of the organisation.

ICN: The Competition Commission and the Secretariat took part in the fifth annual conference of the ICN, which took place in Cape Town. The ICN currently includes virtually all of the world's competition authorities, i.e. 97 members from 85 countries, around 70 of which were represented at the conference. The Secretariat participated in the workshop of the mergers subgroup in Washington DC as well as in that of the cartels subgroup in The Hague. As Switzerland will play host to the ICN annual conference in 2009, it has since 2005 been a member of the steering group. A new working group, the Unilateral Conduct Working Group, has been set up. This deals with the only field of competition law not considered so far by the ICN, namely unilateral anti-competitive practices of companies that dominate national and international markets. The Competition Policy Implementation Group has introduced a pilot scheme that allows more recently established authorities to exchange ideas in an uncomplicated way with more experienced competition authorities. Switzerland has taken part in this programme and has established a partnership with Jamaica, one of the younger competition authorities.

UNCTAD: As part of the technical assistance programme initiated by UNCTAD with the support of

seco in order to help five Latin American countries (COMPAL), the first annual conference was held at the start of year. COMPAL was able to present its first major successes. Nicaragua and El Salvador have each approved and introduced a new Cartels Act. The Competition Commission Secretariat also had a successful experience with two members of staff from the national authorities in Peru and Costa Rica, who each completed a three-month traineeship in the Secretariat. In July of this year, the first biannual meeting on the status of COMPAL activities took place, with positive results. Lastly, at the seventh session of the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy the Secretariat was able to set out the Swiss view in a series of presentations.

CUTS: 2006 saw the completion of the project "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", which was conducted by an NGO on behalf of CUTS and is supported by the Competition Commission in cooperation with seco. The introduction of competition legislation in Vietnam, which was achieved in the course of this project, is an indication of the effectiveness of the cooperation. The next step is to decide on an intensification of the bilateral cooperation between the competition authorities in Vietnam and Switzerland.

7. Outlook

For 2007, the Competition Commission is focusing on proceedings in relation to horizontal and vertical cartels (art. 5 para. 3 and 4 ACart), as well as on abuses by dominant companies (Art. 7 ACart). In addition, it is planned to develop the system of direct sanctions and the application of the bonus system.

At the same time, it is intended to conclude ongoing proceedings wherever possible and to open new investigations if preliminary investigations indicate that there are any unlawful restraints of competition.

In addition, the Competition Commission and its Secretariat will concentrate on the problems of the market foreclosure (cf. vertical agreements and the fight against excessive prices) and bidding cartels (cf. e.g. the ongoing investigation in the construction industry).

Regarding the internal market, it will continue with its work to provide information and support the cantons and communes, and will make use of its right of appeal in order to ensure the uniform application of the revised Act in future.

III. Organisation and Statistics

1. Competition Commission

The composition of the Competition Commission changed in 2006 regarding the representation from the Swiss Federation of Trade Unions (SGB). Dr. SERGE GAILLARD stood down from the Commission at the end of June 2006; his place was taken by Dr. DANIEL LAMPART, Chief Economist at the SGB.

In 2006, the Competition Commission held 17 full-day meetings (chamber and plenary sessions as well as hearings in proceedings). It also continued the series of internal information conferences and was addressed by experts from the industry on 12 June 2006 on possible developments in the electricity market.

2. Secretariat

At the end of March 2006, the long-serving Director of the Secretariat of the Competition Commission, Mr ROLF DÄHLER, tendered his resignation. ROLF DÄHLER worked from 1978 in the Secretariat of the Cartels Commission (since 1996 the Competition Commission) and was appointed Director in 1993. In this position, he witnessed at first hand and made an essential contribution to the revision and modernisation of Swiss competition law both before and after the rejection by the Swiss electorate in 1992 of plans to join the European Economic Area. Under his leadership, a Competition Commission Secretariat with fewer than ten members of staff developed to its current size and became a powerful investigating authority. Both the Federal Council and the Competition Commission have expressed their gratitude to ROLF DÄHLER for his many years of service in the competition authority.

On 1 October 2006, Dr. RAFAEL CORAZZA took up office as the Director of the Secretariat of the Competition Commission. RAFAEL CORAZZA holds a doctorate in economics and is an acknowledged expert on Swiss competition law. He has followed its development closely and played his own part from 1993-1995 as a member of the expert working group on the revision of the Cartels Act. He joined the Secretariat of the Cartels Commission in 1984 as a specialist associate and moved in 1988 to the Price Surveillance. There he was the director and Deputy Price Surveillant until his appointment to the Secretariat of the Competition Commission.

At the end of 2006, the Secretariat employed 57 members of staff (full-time and part-time), 47 per cent of whom were women. This corresponds to a total of 52,1 full-time positions. The staff comprises the following: 38 specialist employees (including the management board; 34,2 full-time positions), 10 specialist trainees (10 full-time positions), and 11 employees in the resources & logistics service (7,9 full-time positions).

3. Statistics

Investigations	
Carried out during the year	18
Carried over from the previous year	14
Opened	4
Final decisions	4
Modification of conduct	2
Amicable settlement	1
Administrative ruling	0
Sanctions under art. 49a para. 1 ACart	1
Precautionary measures	2
Sanctions proceedings under art. 50 ff. ACart	1
Preliminary investigations	
Carried out during the year	62
Carried over from previous year	46
Opened	16
Concluded	35
Investigations opened	2
Modification of conduct	9
No consequences	24
Other activities	
Notifications under art. 49a para. 3 let. A ACart	32
Advice	22
Market monitoring	46
Other enquiries	412
Mergers	
Reports	29
No objection after preliminary examination	26
Investigations	3
Decisions of the Competition Commission	0
Early implementation	0

Expert reports, recommendations and opinions, etc.	
Expert reports (art. 15 ACart)	1
Recommendations (art. 45 ACart)	1
Expert opinion (art. 47 ACart or 11 TCA)	2
Opinions on applications for RTVA concessions	5
Follow-up checks	3
Notices (art. 6 ACart)	1
Opinions (art. 46 para. 1 ACart)	44
IMA	
Recommendations/investigations (art. 8 IMA)	0
Expert reports (art. 10 I IMA)	0
Guidelines (Secretariat)	8
Appeals (art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	0

4. Investigations carried out in 2006

Investigation	Investigation opened due to indications of:	Opened on	Conclusion	Result
Credit cards - NDR	Abuse of a (collective) dominant position by the credit cards acquirers Cornèr Banca SA, Telekurs Multipay AG, Swisscard AECS SA and UBS Card Center AG	10.09.1999	18.12.2006	Corner, Telekurs and UBS have agreed an amicable settlement, which was approved by the Competition Commission in 2005 in another credit card investigation, to remove the NDR from acceptance agreements with merchants. Swisscard has likewise given a similar letter of undertaking to the competition authority. It was therefore possible to terminate the proceedings after conclusion of all appeal proceedings due to the agreement of the parties.
Elektra Baselland (EBL)	Unlawful refusal to transmit electricity	04.08.2000	06.11.2006	EBL announced in the transition period for the revision of ACart that it would provide transmission lines and agreed with Migros on a new electricity supply agreement; the investigation could be concluded as it became baseless.
Debit cards	Abuse of a dominant position, prohibition of price discrimination based on the method of payment	29.01.2002	sisted	As certain market participants have removed the non-discrimination clause and others continue to use it, a decision on the further course of action must be taken first of all.

TicketCorner SA	Abuse of dominant position by TicketCorner, which forces the organisers of events to sign exclusive agreements.	15.04.2002	18.12.06	The Competition Commission prohibited TicketCorner (TC) in a decision dated 1 December 2003 from forcing the organisers of events to sign exclusive agreements. The company appealed to the Competition Appeals Commission, which partly upheld the appeal in a decision dated 27 September 2006. As a result, the Competition Commission has instructed the Secretariat to analyse the current market situation and decide whether it is reasonable to continue the proceedings. Due to the fact that TC has given up this practice, as well as the market changes that have occurred since 2003, the Competition Commission has concluded the proceedings without consequences.
Teleclub/Cablecom	Abuse of dominant position due to non-activation of Teleclub digital on the CATV network	23.09.2002	ongoing	Teleclub and Cablecom reached a comprehensive agreement in autumn 2006 on the settlement of their various disputes. The Secretariat is checking whether the investigation can be concluded due to a lack of public interest.
Termination in mobile phone networks	Dominant position of the mobile phone network operators in their networks as well as price fixing agreements in relation to termination charges	15.10.2002	ongoing	The Secretariat sent Swisscom Mobile the request for sanctions for its response in April 2006. After Swisscom Mobile submitted its response, a second hearing was held. The parties received a final opportunity to comment on the draft ruling in October 2006. The deadline for a response expired on 15.12.2006. In various interconnection proceedings relating to the termination charge before the Comcom, the Competition Commission provided expert reports for the Comcom on the market position of the mobile telephony providers. It came to the conclusion in the expert opinion dated 20.11.2006 that Swisscom Mobile, Sunrise and Orange are dominant in the market for the termination of calls in their mobile networks.
Publicitas	Abuse of dominant position due to discrimination	06.11.2002	ongoing	The Secretariat reached an amicable settlement with Publicitas at the end of 2005, but it still requires the approval of the Competition Commission. Publicitas has been able to comment again on the draft ruling and in November 2006 a final hearing took place.
Zurich Airport - Valet Parking	Abuse of a dominant position due to failure to grant authorisation for parking services	01.12.2003	18.09.2006	After imposing a sanction for non-compliance with the interim measures ordered by the Competition Commission, the Secretariat and Zurich Airport reached an amicable settlement. This was approved by the Competition Commission in September 2006; Zurich Airport was also fined CHF 101'000.-.
Swisscom "Talk & Surf"	Abuse of a dominant position through package offers	16.02.2004	ongoing	The proceedings had to be deferred due to the heavy demands placed on resources in the investigation of the mobile telephony market.
Swisscom telephony services for business customers	Abuse of a dominant position due to a price squeeze	16.02.2004	ongoing	Ditto.
Cement and concrete prices in the NRLA	Price-fixing agreements in the award of contracts	22.11.2004	ongoing	2006 was devoted to the required investigative activities, in particular in relation to the construction companies and the procurement company (ARGE). The investigation will probably be concluded in the first term of 2007.

Road surfacing in the Canton of Ticino	Territorial allocations in the bidding procedures; abuse of a dominant position	08.04.2005	ongoing	The enquiries have been concluded. The proceedings, which must be conducted in Italian, are almost completed. The parties will receive the draft ruling at the start of 2007 and will then have the chance to respond to it.
Data and software in Swiss health care	Excessive prices for the Compendium of Medicines	21.06.2005	ongoing	In 2006 investigations into the factual circumstances were carried out.
Swisscom - ADSL (pricing policy)	Excessive advance service prices for resellers in comparison with the end customer prices (possible price squeeze)	20.10.2005	ongoing	The Secretariat carried out investigations into the circumstances in the past year and has begun with its evaluation. The proceedings have been delayed, however, due to the heavy demands on resources caused by the investigation into the mobile telephony market, although the problem is regarded as being very important.
Renovating the concrete facade of the Swiss national library in Bern	Price-fixing agreement in the bidding procedures	22.11.2005	ongoing	After rejection of the case by the appeal courts, further enquiries have been carried out. The preparatory briefing procedure has been completed. A decision from the Competition Commission is expected at the start of 2007.
Supplementary insurance in the Canton of Lucerne	Price-fixing agreements in the tariff agreements between the health insurance companies and service providers in supplementary insurance in the Canton of Lucerne	07.02.2006	ongoing	In the investigation, it had first to be established in terms of an interim ruling that no overriding provision in terms of art. 3 ACart restricts the application of the Act. After this interim ruling takes full legal force the facts of the case can be properly investigated.
Off-list medicines	Price-fixing agreements in relation to the retail prices in the form of recommendations for certain medicines	26.06.2006	ongoing	The Secretariat carried out investigations into the circumstances. The three manufacturers of these medicines, the wholesalers and e-mediat AG were among those questioned. In addition, the pharmacists and the SD doctors who sell these medicines will now also be questioned.

IV The Practice of the Competition Authorities in the field of insurance

In July 2006, the Competition Commission decided on the request by the Swiss Insurance Association (SVV) for the issuing of a notice on the insurance industry. After a detailed examination of the Swiss market situation, the Competition Commission came to the conclusion that there was no need to issue a sectoral notice for the insurance industry in Switzerland (cf. RPW/DPC 2007/1. p. 137 et seq.).

If we consider the insurance sector, we can see that for the smooth operation of the insurance industry in many areas a certain degree of cooperation is required between insurance institutions. This applies for example in the compiling of statistics, the assessment of new developments and the formulation of specific conditions. In addition, cooperation may be necessary if major risks can only be taken on jointly by several insurers or by insurance pools. Lastly, the issue of cooperation also arises in relation to the provision of a variety of services, such as the settlement of claims.

Cooperation between companies at the same competitive level theoretically gives rise to competition law risks. The cooperation of insurers may lead to

substantial restraints of competition at a horizontal level if they are exploited in order to agree premiums, allocate markets, allot clients or insurance products or agree on the structure of insurance products. Certain restraints of competition related to cooperation may on the other hand be justified for reasons of economic efficiency, for example, because they increase the chances of access to the market for smaller and medium-size insurers or stimulate competition in other ways.

In order to achieve legal certainty, there is a fundamental need for the insurance industry to determine in detail the conditions in which conduct will be held to be unlawful under competition law and when it will be justified in terms of art. 5 para. 2 ACart. For this reason, the SVV approached the Competition Commission with its request for a notice to be issued in terms of art. 6 ACart for the needs the insurance industry.

In accordance with art. 6 para. 1 ACart, the Competition Commission may define in general notices the requirements by which specific forms of agreements affecting competition will normally be deemed to be justified for reasons of economic efficiency in terms of art. 5 para. 2 ACart. While art. 6 para. 1 ACart ad-

dresses forms of cooperation that go beyond a specific industry, art. 6 para. 2 ACart gives the Competition Commission the additional power to issue implementing provisions on forms of cooperation that are specific to a single industry, with reference being made in particular to the financial sector. For the insurance sector, attention should be directed primarily towards those areas for which sectoral group exemption regulations also exist in the EU (cf. Federal Council Bulletin on the Cartels Act 1994, special edition, p. 97). The requirement for the issuing of a notice based on art. 6 para. 2 ACart, given the wording of the provision, is that it does in fact deal with a specific form of cooperation that is common in the industry in question, and that has established itself as customary in practice in this economic sector. In principle, therefore, there is a statutory basis for issuing a notice relating to the insurance sector. The question however arises in the specific case of whether in view of the practices and experiences of the Competition Commission to date there is any necessity for a general and abstract regulation for the insurance sector in Switzerland.

If we look at the situation in the European Union, we see that EU competition law has not been applied to the insurance industry for a long time. An initial confirmation of applicability came in a test case in the ECJ relating to the recommended premiums of the then German Association of Property Insurers. Subsequently, countless reports from the insurance sector were received by the EU Commission, which led to the realisation that the peculiarities of the insurance sector led to a need for certain forms of cooperation, and that these may be permitted under competition law, subject to certain requirements, especially as the insurers, through cooperation, can obtain a better idea of the risks being assumed, with the result that that burden of insurance cover can be better apportioned in the interests of the policyholders. In order to cope with the large number of reports, the Commission in 1992 issued a block exemption regulation for certain forms of agreement in the insurance sector (Regulation 3932/92), which with effect from 1.4.2003 was replaced by the new provisions in Commission Regulation (EC) No. 358/2003 from 27. February 2003 on the application of art. 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector

In contrast to the EU Commission, the Swiss competition authorities have not yet had to deal with an excessive number of cases from the insurance industry. The insurance industry would have been able to create legal certainty for certain forms of cooperation directly through notifications in accordance with the final provisions or with art. 49a para. 3 let. a ACart. Accordingly, during the transition period for the new Cartels Act, the Competition Commission expected to be swamped with reports from the industry. This was not the case, however. As a result of the low number of cases, the question arose for the Competition Commission of the extent to which a special ruling for the insurance sector is necessary.

As a result of the application by the SVV, the Competition Commission conducted a detailed examination of the individual exemption categories in terms of the European block exemption regulation as well as of further scenarios that might justify exemption in view of the special features of the Swiss insurance market. Specifically, the constituent elements of the joint calculations, tables and studies, the model insurance terms and models for presenting profit participation, of the joint coverage of certain classes of risks and individual risks, of the safety precautions, of agreements on the regulation of claims and of the exchange of information were examined. In the following remarks, the elements of the exchange of information and the joint coverage of certain classes of risks and individual risks are considered in more detail.

The exchange of information between insurance institutions on certain competitive parameters can be problematic, especially in relation to competition law. The effect of restraining competition is not dependent on whether the exchange of information is made directly between the insurers or with the aid of third parties, such as professional associations. The exchange of information that has an identifying effect is always unlawful, i.e. the exchange of information must under no circumstances result in it being possible to attribute data that is relevant to competition, such as prices, tariffs and conditions etc., to specific insurers. The difficulty with this lies in the assessment of the relevance to competition, i.e. when the exchange of information serves to identify the insurer and when not. The competition authorities were required to address this problem on the basis of their own assessments of benchmarking analyses in the insurance sector. Benchmarking analyses on the one hand increase transparency, which makes the mutual harmonisation of unlawful practices easier, but on the other they make the comparison of corporate performance easier, which creates incentives for making improvements in competition, which can ultimately benefit the consumer. Whether benchmarking analyses have effects that restrain competition depends, as in all forms of exchange of information, on the nature and content of the data and information concerned. Elements such as the general content, the level of detail, whether the information is up-to-date, the frequency of the exchange, and also the homogeneity of the products or services and the market concentration are all of significance. In relation to this, the Competition Commission has compiled a non-exhaustive list of criteria in the course of the assessments mentioned, which can be referred to when considering relevance to competition in individual cases.

A second focus for the investigations of the Competition Commission relating to justification criteria was joint cover of individual risks and classes of risks by insurance institutions. Even if competition can often only arise if companies act independently of each other, the involvement of several insurance institutions in covering certain risks may be permitted under competition law if this, for example, can only be

achieved through joint cover (market failure) and thus enables competition in the first place. What must be mentioned first of all in relation to this are forms of cooperation that relate to a specific large risk from one insured person in an individual case. Here a distinction is drawn between the formation of collectives to cover specific classes of risk (insurance pools), which individual insurers or reinsurers would be unable to cover adequately without the collective. By means of the collective, the insurers can also gain experience of risks for which no benchmark values are available. The concern with regard to insurance pools, however, is that there is always a danger of potential restraints of competition such as harmonisation of contractual conditions, insured sums or premiums. In Switzerland at present there are only eight insurance pools. Three pools (the Swiss Pool for Aviation Insurance, the Swiss Pool for the Insurance of Nuclear Risks and the Accident Insurance Act Inflation Adjustment Pool) have been assessed by the competition authorities in previous years in response to notifications under the transitional provision of the ACart and held to be justified on grounds of economic efficiency. Others are provided by the law and fall within the reservation of art. 3 ACart. There therefore remain only a very small number of insurance pools or pool-type similar collectives, with the result that the Competition Commis-

sion regards assessments in the individual case to be reasonable and there is therefore no absolute necessity for a ruling in the form of a notice.

Overall it has been possible from the investigations relating to the advantages and necessity of a sectoral notice for the needs the insurance industry to conclude that the still relatively low number of cases specifically reported to the competition authorities in all justification categories currently does not justify a general and abstract ruling in the insurance sector. At the same time, however, the current practice shows that the potential efficiency grounds listed in the EU block exemption regulation and the criteria for an exemption are normally also taken into account in the assessment of the grounds for justification presented to the Swiss competition authorities. In the event of any legal uncertainties, it is always possible for market participants to seek advice under art. 23 para. 2 ACart. In addition, the new Cartels Act has introduced the opportunity to file a report of new restraints of competition in accordance with art. 49a para. 3 let. a ACart. Companies accordingly have the chance to ensure the conformity of their conduct with competition law before its effects are experienced.

B *Verwaltungsrechtliche Praxis* *Pratique administrative* *Prassi amministrativa*

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

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

B 2.2 1. *Axpo/Migros - EBL; Verweigerung der Durchleitung von Strom*

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 segg. LCart

Verfügung vom 6. November 2006 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Axpo/Migros - EBL; Verweigerung der Durchleitung von Strom wegen (allenfalls) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 14. Februar 2000 erstatteten die Watt Suisse AG (nachfolgend: Watt) und der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) je eine Anzeige gegen die Elektra Baselland Liestal (nachfolgend: EBL). Sie beanstandeten die Weigerung der EBL, ab November 1999 Strom der Watt über ihr Netz zwecks Versorgung der Mifa AG (nachfolgend: Mifa) in Frenkendorf (BL), eines Unternehmens der MGB-Gruppe, durchzuleiten.

2. Aufgrund der Anzeigen vom 14. Februar 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 7. März 2000 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen die EBL. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurden Auskünfte sowohl bei der EBL wie auch bei der Watt und dem MGB eingeholt. In ihrer Eingabe vom 5. April 2000 machte die EBL erstmals geltend, auf der Basis kantonaler Vorschriften sei es ausschliesslich ihre Sache, Stromkunden in dieser Gemeinde mit Energie zu beliefern.

3. Das Sekretariat stellte nach Abschluss der Vorabklärung (vgl. Schlussbericht vom 24.7.2000, RPW 2000/4, S. 562 ff.) fest, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 vorliegen. Die als marktbeherrschend zu qualifizierende EBL habe nicht die gebotene Verhandlungsbereitschaft gezeigt bzw. die ersuchte Durchleitung an unangemessene Bedingungen geknüpft, was als Ver-

weigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. a oder als Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. c zu qualifizieren sei. Die EBL beharre zudem auf ihrer Position, was eine Weiterführung der Verhandlungen seitens der Migros und der Watt unzumutbar mache.

4. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eröffnete darauf am 4. August 2000 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Elektra Baselland Liestal (EBL).

5. Diese Untersuchung soll aufzeigen, ob die EBL ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG darstellt und diese marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie sich weigert, Strom der Watt AG über ihr Netz zwecks Versorgung der Mifa AG in Frenkendorf BL durchzuleiten bzw. den Abschluss eines Durchleitungsvertrages mit der Watt AG von der Annahme bestimmter, möglicherweise unangemessener Bedingungen abhängig macht.

6. Im Rahmen dieses Untersuchungsverfahrens wurden der EBL, der Watt und dem MGB am 12. September 2000 Fragebogen zur Beantwortung zugestellt. Innerhalb der ihr erstreckten Frist reichte die EBL am 13. November 2000 lediglich summarische Antworten auf den Fragebogen ein. Gleichzeitig bestritt sie die Zuständigkeit der Weko bzw. ihres Sekretariats zur Einleitung eines gegen sie gerichteten Untersuchungsverfahrens betreffend Verweigerung der Durchleitung. Zur Bestreitung der Zuständigkeit der Weko machte EBL geltend, ihr stünde aufgrund von §12 des Energiegesetzes des Kantons Baselland und der darauf gestützten Gemeindekonzession im Gegenzug zu ihrer Versorgungspflicht auch ein Versorgungsmonopol zu. Die kantonalrechtlichen Bestimmungen sowie die der EBL erteilte kommunale Kon-

zession stellten somit vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar. Dies habe zur Folge, dass die Weko bzw. ihr Sekretariat nicht zuständig seien, im vorliegenden Fall eine Untersuchung einzuleiten bzw. zu führen. Gestützt auf diese Argumentation beantragte sie, es sei eine anfechtbare Zwischenverfügung über die Zuständigkeit der Weko bzw. ihres Sekretariats zur Durchführung der eingeleiteten Untersuchung zu erlassen und diese zu sistieren, bis über die Zuständigkeit rechtskräftig entschieden sei. Vor Erlass einer solchen Verfügung sei ihr jedoch gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs das Recht einzuräumen, sich vernehmen zu lassen. Abschliessend behielt sich die EBL vor, ihre summarischen Antworten auf den Fragebogen vom 12. September 2000 zu ergänzen und weitere Dokumente einzureichen, falls die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in einem rechtskräftigen Entscheid bejaht werden sollte.

7. Daraufhin erliess die Weko am 7. Mai 2001 eine Zwischenverfügung (RPW 2001/2, S. 293 ff.) mit dem folgenden Inhalt:

1. Die Wettbewerbskommission bzw. ihr Sekretariat sind zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen die Elektra Baselland Liestal zuständig.
 2. Das hängige Untersuchungsverfahren Watt/Migros - EBL wird bis zum Eintreten der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides über die Zuständigkeit sistiert.
 3. Ab dem Tag der Rechtskraft des Entscheids über die Zuständigkeit hat die Elektra Baselland 30 Tage Zeit, die Fragen gemäss Schreiben vom 12. September 2000 zu beantworten.
 4. [Verfahrenskosten]
 5. [Rechtsmittelbelehrung]
 6. [Eröffnung]
8. Als Begründung führte die Weko an, EBL falle unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Daher sei die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden gegeben und es könnten Untersuchungshandlungen vorgenommen werden. Denn Art. 3 Abs. 1 KG schränke nicht den Geltungsbereich (und damit die Zuständigkeit der Weko) sondern ausschliesslich die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ein. Es erübrige sich daher, näher darauf einzugehen, ob die von der EBL angerufenen kantonrechtlichen Bestimmungen tatsächlich die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG erfüllen. Diese materiellrechtliche Frage sei im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen.
9. Gegen diese Zwischenverfügung erhob die EBL am 18. Mai 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission mit dem Antrag, es sei unter Aufhebung von Ziff. 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin nicht zuständig ist. Weiter seien die Ziff. 3 und 4 des Dispositivs der Zwi-

schensverfügung aufzuheben. Die Rekurskommission verneinte in ihrem Entscheid vom 17. September 2002 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und hielt fest, dass es den Wettbewerbsbehörden freistehen müsse, innerhalb des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes Untersuchungshandlungen vorzunehmen, um zu prüfen, ob in einem bestimmten Bereich gemäss Art. 3 Abs. 1 der Wettbewerb ausgeschlossen sei.

10. Gegen diesen Beschwerdeentscheid reichte EBL am 30. September 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Sie beantragte darin, der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission sei aufzuheben und in Annullierung von Ziff. 1 der Zwischenverfügung der Weko festzustellen, dass diese zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen sie nicht zuständig sei. Eventualiter sei der Beschwerdeentscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Rekurskommission, subeventualiter an die Wettbewerbskommission, zurückzuweisen. In ihrem Urteil vom 17. Juni 2003 entschied das Bundesgericht, die Weko habe im vorliegenden Fall das rechtliche Gehör der EBL nicht verletzt. Es stellte weiter fest, es gehe im Grunde nicht um die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern darum, in welchem Stadium (vor oder nach Eröffnung einer Untersuchung) der Entscheid über die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KG zu treffen sei und ob die Wettbewerbsbehörden berechtigt seien, bereits zuvor Untersuchungsmassnahmen vorzunehmen. Zwar treffe es zu, dass Art. 3 Abs. 1 KG nicht den Geltungsbereich des Gesetzes berühre und die Weko zur Führung einer Untersuchung gegen die EBL grundsätzlich zuständig sei. Dies ändere jedoch nichts daran, dass bei Vorliegen solcher Vorschriften Art. 7 und 26 ff. KG eben nicht anwendbar seien. Wenn ein Unternehmen wie im vorliegenden Fall das Vorhandensein vorbehaltener Vorschriften rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptete, hätten die Wettbewerbsbehörden diese Frage regelmässig in einer selbstständigen Teilverfügung vorab zu entscheiden. Ob Regelungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 vorlägen, sei eine Rechtsfrage. Bei der vorfrageweisen Prüfung sei dabei lediglich Bestand und Tragweite der entsprechenden Regelung zu beurteilen. Aus diesen Gründen hob das Bundesgericht den Entscheid der Rekurskommission sowie die Ziff. 3 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Weko zurück.

11. Mit Schreiben vom 2. August 2004 teilte das Sekretariat den Parteien mit, sie bereite im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichtsurteils den Erlass einer Verfügung hinsichtlich vorbehaltener Vorschriften vor. In diesem Zusammenhang seien allfällige Änderungen im Sachverhalt mitzuteilen. Die EBL wurde zudem angefragt, ob ihrerseits weiterhin ein Interesse am Erlass einer solchen Verfügung bestehe. In der Folge teilten Watt und der MGB mit, es seien keine Änderungen im Sachverhalt eingetreten. Mit Ersuchen um Fristerstreckung gab EBL an, zuerst abklären zu wollen, ob und in welchem Umfang vom fraglichen Elektrizitätsunternehmen Watt noch

Durchleitungsansprüche erhoben würden. Nach weiteren Fristverlängerungen machte EBL geltend, sie sei beim Versuch zu klären, ob überhaupt noch solche Durchleitungsansprüche geltend gemacht werden, von der ursprünglichen Verhandlungspartnerin, der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg (nachfolgend: EGL), an die Watt verwiesen worden, welche selbst allerdings nie Durchleitungsansprüche an die EBL gestellt habe und in den Verhandlungen auch nie als selbstständige Verhandlungspartnerin aufgetreten sei. Falls die Weko dennoch der Meinung sein sollte, das Verfahren fortzuführen, sei vorerst die Frage vorbehaltener Vorschriften zu prüfen.

12. Watt teilte am 14. Januar 2005 dem Sekretariat mit, dass ihre Firma am 23. Dezember 2004 in Axpo Suisse AG (nachfolgend: Axpo) geändert worden war.

13. Am 31. März 2005 reichte EBL eine "Meldung" gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 ein, worin sie den der Weko bereits bekannten Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens in Kurzfassung aufführte. Damit beabsichtigte sie, eine allfällige Sanktionierung nach Art. 49a KG auszuschliessen. EBL machte in der Meldung insbesondere wieder das Bestehen vorbehaltenen Vorschriften geltend und bestritt generell, die Durchleitung verweigert zu haben. Sie wies ohne weitere Ausführungen darauf hin, dass sie sich in jüngster Zeit im Hinblick auf die anstehende Marktöffnung gegenüber bei ihr geltend gemachten Durchleitungsbegehren ausdrücklich bereit erklärt habe, in Anlehnung an die in der derzeitigen politischen Diskussion erarbeiteten Vorgaben Netznutzungsmodelle zu entwickeln, um konkrete Offerten für Netznutzungsbegehren unterbreiten zu können. Gestützt auf die ersten Auswertungen nach dem Modell NEKOV sei die EBL bereit, konkrete Offerten für Durchleitungsbegehren zu unterbreiten. Sie habe entsprechende Anfragen auch in diesem Sinne beantwortet.

14. Das Sekretariat bestätigte den Eingang der Meldung, wies jedoch darauf hin, dass der Entscheid der Rekurskommission vom 18. März 2005, wonach auch der Weko bereits bekannte Sachverhalte gemeldet werden könnten, noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei.

15. Mit Schreiben vom 31. Mai 2005 teilte der MGB mit, dass sich aus Sicht des MGB keine Sachverhaltsänderungen ergeben hätten, welche der Fortführung des Verfahrens entgegenstünden. Die Opportunitätskosten für den MGB seien durch EBL noch erhöht worden, indem diese ihm einen deutlich tieferen Strombezugspreis für den Fall angeboten habe, dass der MGB einer Beendigung des Verfahrens zustimmen sollte.

16. Am 4. November 2005 stellte das Sekretariat den Parteien zur Gewährung des rechtlichen Gehörs den umfangreichen Entwurf der Teilverfügung zu vorbehaltenen Vorschriften im Kanton Baselland zu. Das Sekretariat stellte darin fest, dass keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, durch die Wettbewerb in einer Weise ausge-

schlossen wird, dass das Kartellgesetz hinsichtlich der Durchleitung von Strom über die Netzinfrastruktur der EBL zum Zwecke der Lieferung in der Gemeinde Frenkendorf keine Anwendung findet. Mit dem gleichen Schreiben vom 4. November 2005 teilte das Sekretariat der EBL mit, dass gemäss Bundesgerichtsentscheid ein bekannter Sachverhalt, welcher ein laufendes Verfahren betrifft (Vorabklärung/Untersuchung), nicht mit sanktionsbefreiender Wirkung gemeldet werden kann. Damit bestehe im vorliegenden Fall die Möglichkeit einer Sanktionierung, sofern die allfällige Wettbewerbsbeschränkung nicht bis am 31. März 2005 aufgelöst worden ist. Zudem fragte das Sekretariat die EBL entsprechend deren Aussage vom 31. März 2005 an, ob sie bereit sei, der Axpo unverzüglich eine konkrete Offerte hinsichtlich der Stromdurchleitung an die Mifa in Frenkendorf zu unterbreiten. Migros und Axpo wurden in den an sie gerichteten Schreiben über diese Anfrage informiert.

17. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2005 teilte EBL mit Bezug auf das Schreiben des Sekretariats vom 4. November 2005 mit, sie sei weder durch die Watt Suisse AG noch durch eine der Konzerngesellschaften von Axpo je "unmittelbar und konkret" aufgefordert worden, eine Durchleitungs-offerte für die Versorgung der Mifa in Frenkendorf zu unterbreiten. EBL habe sich seit Monaten bemüht, von der Axpo zu erfahren, welche konkreten Forderungen diese an die EBL stellt. Sie habe der Axpo diesbezüglich eine weitere Frist gesetzt. Falls ein konkretes Durchleitungsbegehren für die Belieferung der Mifa Frenkendorf gestellt werde, sichere EBL eine Offerte auf der Grundlage des Modells NEKOV zu, sofern die Durchleitung technisch möglich sei. Damit erübrige sich der Erlass einer Teilverfügung und die Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens. Ansonsten werde eine Fristverlängerung beantragt, um die Antwort der Axpo abzuwarten.

18. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2005 erklärte sich die Axpo mit dem Entwurf der Teilverfügung einverstanden und verzichtete auf eine weitere Stellungnahme. Die Migros schloss sich den Ausführungen des Sekretariats im Antrag der Teilverfügung an und beschränkte sich auf die Hervorhebung einzelner Aspekte. Migros teilte zudem mit, ihr sei nicht bekannt, dass EBL eine konkrete Offerte unterbreitet oder klare Verhandlungsbereitschaft dazu gezeigt hätte. Im Gegenteil habe die EBL ihr eine Offerte über die Belieferung von Strom zu Konditionen deutlich unter den aktuellen Strompreisen eingereicht, um sie von der Einhaltung des Multisite-Vertrags abzuhalten.

19. In der Folge führte die EBL nach eigenen Angaben sowohl mit der Axpo als auch mit der Migros Gespräche über eine Lösung im vorliegenden Verfahren. Aufgrund der andauernden Verhandlungen gewährte das Sekretariat der EBL auf deren Gesuch hin ausnahmsweise mehrere Fristerstreckungen zur Stellungnahme zum Antrag einer Teilverfügung.

20. Mit Schreiben vom 19. Mai 2006 teilte EBL mit, sie habe mit der MIFA und Migros eine Einigung über den bei der Wettbewerbskommission durch Anzeige anhängig gemachten Streitgegenstand gefunden. Die

Migros bestätigte dies mit Schreiben vom 23. Mai 2006 und reichte die Vergleichsvereinbarung mit EBL ein. Gleichzeitig erklärte sie, ihre Anzeige vorbehaltlos zurückzuziehen. Die EBL reichte die genannte Vereinbarung mit Schreiben vom 24. Mai 2006 ebenfalls ein. Sie gab überdies an, es hätten mehrere Gespräche mit Axpo-Vertretern über allfällige Durchleitungsbegehren stattgefunden. Am 21. April 2006 habe nun die Axpo Suisse AG an EBL Schadenersatzforderungen gestellt. Auf Nachfrage der EBL seien diese Forderungen jedoch bis anhin nicht substantiiert und auch keine Durchleitungsbegehren an die EBL gestellt worden. Die EBL sicherte zu, sich weder gegenüber der Axpo noch gegenüber anderen Energieunternehmen bei konkreten Durchleitungsbegehren zu weigern, Offerten zu unterbreiten, welche sich hinsichtlich der Entschädigung auf das Modell NEKOV stützen. Insbesondere werde sie sich auch nicht auf vorbehaltene Vorschriften berufen, um sich Durchleitungsbegehren zu widersetzen. Die EBL ging daher davon aus, dass mangels konkreter Durchleitungsbegehren und angesichts dieser Zusicherung der EBL kein Grund bestehe, das vorliegende Untersuchungsverfahren fortzusetzen.

21. Auf Begehren des Sekretariats hin stellte die Migros den Anhang A zur Vergleichsvereinbarung mit den konkreten Konditionen des Strombezugs zu und beurteilte diese mit Bezug auf die aktuelle Marktsituation und das damalige Angebot der Axpo im Rahmen des Multisite-Vertrags.

B Erwägungen

22. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG mittels Verfügung einzustellen, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht.

B.1 Beendigung der allfälligen unzulässigen Verhaltensweise der EBL

23. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die angebliche Weigerung der EBL, Strom der Watt (heute Axpo) über ihr Netz zur Betriebsstätte der Mifa durchzuleiten bzw. dafür unangemessene Bedingungen zu erzwingen. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte dafür, dass die EBL ihre marktbeherrschende Stellung als Netzbetreiberin missbraucht hatte, indem sie nicht die notwendige Verhandlungsbereitschaft gezeigt und auf unzumutbaren Bedingungen für die Durchleitung beharrt hatte. Ein solches Verhalten wäre im Sinne von Art. 7 KG, namentlich als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. a KG) oder als Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. c KG), als problematisch anzusehen, sofern es sich in der Untersuchung bestätigt hätte.

24. Grundsätzlich ist für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung durch Verweigerung der Durch-

leitung vom Strom im oben erwähnten Sinne das Vorliegen eines Durchleitungsgesuches Voraussetzung. Nach den Abklärungen der Vorabklärung hat die Axpo (durch die EGL als Verhandlungsbeauftragte) der EBL ihre Absicht mitgeteilt, an die Mifa Strom zu liefern und dies auch spezifiziert. Die EBL hat indessen bestritten, dass je ein konkretes Durchleitungsgesuch der Axpo vorgelegen hat (wogegen dies von der Axpo bekräftigt wird).

25. Inzwischen haben die EBL und die Migros eine Vergleichsvereinbarung und in deren Folge einen neuen (den gesamten Bedarf der Mifa abdeckenden) Stromlieferungsvertrag abgeschlossen. D.h. die Migros hat keinen Bedarf mehr an einer Stromlieferung durch die Axpo im Rahmen des Multisite-Vertrags und hat denn auch ihre Anzeige vorbehaltlos zurückgezogen.

26. Nach Abschluss eines neuen Stromlieferungsvertrags mit der EBL hat die Migros kein Interesse mehr an weiteren Stromlieferungen. Ein konkretes Gesuch der Axpo zur Belieferung der Mifa mit Strom kann somit aktuell nicht mehr vorliegen. Die EBL hat nach eigenen Angaben die Axpo danach angefragt, ob irgendwelche (anderen) konkreten Durchleitungsbegehren gestellt werden, darauf jedoch offenbar keine Antwort erhalten.

27. Damit sind die Anhaltspunkte für eine aktuell bestehende Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG entfallen.

B.2 Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

28. Die Wettbewerbskommission ist in ihrem Entscheid, ob eine Untersuchung zu eröffnen oder einzustellen sei, nicht an erhaltene Anzeigen gebunden. So bleibt die Wettbewerbskommission einerseits frei, eine Untersuchung von Amtes wegen weiterzuführen, selbst wenn die Anzeigen zurückgezogen wurden. Andererseits kann die Weko eine Untersuchung von Amtes wegen einstellen, obwohl die Anzeigen weiterbestehen.

29. Selbst wenn aufgrund einer Sachverhaltsänderung die Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung weggefallen sind, führt die Weko das Verfahren weiter, sofern ein ausreichendes öffentliches Interesse an der grundlegenden Klärung der Angelegenheit besteht.

30. Die EBL hat zugesichert, dass sie sich im Falle eines konkreten Durchleitungsbegehrens nicht auf allfällige vorbehaltene Vorschriften berufen wird, um sich derartigen Durchleitungsforderungen zu widersetzen. Damit ist auch der Erlass einer Teilverfügung zu Art. 3 KG nicht mehr notwendig. Sollte es dennoch dazu kommen, hätte das Sekretariat die Abklärungen für eine Verfügung bezüglich vorbehaltener Vorschriften sehr schnell vorgenommen.

31. Die EBL hat weiter zugesichert, dass sie sich weder gegenüber der Axpo noch gegenüber anderen Energieunternehmen weigern wird, gestützt auf konkrete Durchleitungsbegehren Offerten an diese Unternehmen zu unterbreiten, welche sich bezüglich der Ent-

schädigungsfrage auf die Auswertungen nach dem Modell NEKOV abstützen werden. NEKOV ist ein vom Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) angebotenes Werkzeug zur Berechnung und zum Vergleich der Kosten. Das Sekretariat hatte noch keine Gelegenheit, sich mit dem "Modell" NEKOV eingehend zu befassen und wird die sich darauf stützenden Konditionen für die Durchleitung allenfalls im Einzelfall überprüfen müssen.

32. Migros hat infolge der Einigung mit EBL offensichtlich kein Interesse mehr an einer Fortführung des Verfahrens. Das Interesse von Axpo beschränkt sich auf die Feststellung einer Grundlage für allfällige Schadenersatzansprüche, sofern sie aktuell keine Durchleitungsbegehren an die EBL mehr stellt. Nach eigenen Angaben hat die Axpo der EBL entgegen deren Behauptung (Ziff. 20) entsprechende substantiierte Forderungen auch vorgelegt. Derartige Schadenersatzansprüche sind indes auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen.

33. Der im neuen Stromlieferungsvertrag zwischen der Migros und der EBL vereinbarte Stromtarif (effektiv zu bezahlender Preis) ist erheblich tiefer als der bisher bezahlte. Im Vergleich mit den Strompreisen aller anderen Migros-Produzenten scheint der Strompreis den aktuellen Marktverhältnissen zu entsprechen.

34. Die Fortführung des Verfahrens bis zu einer Endverfügung wäre mit einem erheblichen Aufwand (Zeit und Ressourcen) verbunden. Denn es konnten aufgrund des Begehrens um Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung bezüglich Auslegung und Anwendung von Art. 3 KG bisher nur beschränkt Untersuchungshandlungen vorgenommen werden.

35. Der vorliegende Fall ist nicht der erste, in dem es um eine Verweigerung der Stromdurchleitung geht. Mit dem Bundesgerichtsentscheid im Verfahren Watt/Migros - EEF (RPW 2003/4, S. 925 ff.) liegt ein Grundsatzentscheid zu dieser Problematik vor, nach dem sich die Marktteilnehmer richten können und müssen. Es ist nicht zu erwarten, dass Netzbetreiber Durchleitungsanfragen generell oder durch das Erzwingen unangemessener Bedingungen verhindern werden, da dies bei klarer Rechtslage und mit den nun im Kartellgesetz verankerten direkten Sanktionen ein erhebliches finanzielles Risiko für sie bedeuten würde. Die Weko wird gegen solche Wettbewerbsbeschränkungen auch konsequent vorgehen.

36. Im Entscheid vom 25. Oktober 2006 i.S. Swisscom Directories hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit der Praxis der Weko hinsichtlich der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung befasst. Sie fordert in diesem Entscheid, die Weko habe zukünftig nach klaren Kriterien zu entscheiden, in welchen Fällen eine marktbeherrschende Stellung abgeklärt und festgestellt werden soll. Das Vorgehen der Weko soll dabei einheitlich und unabhängig vom Vorliegen eines Missbrauchs sowie von der Art der Verfahrenserledigung sein.

37. Es ist daher abzuklären, ob ein besonderes öffentliches Interesse an der Feststellung der Marktstellung eines Unternehmens besteht. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob dies notwendig ist, um die erweiterte Strukturkontrolle im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 KG zu ermöglichen. Ausserdem wäre das Vorliegen eines öffentlichen Interesses in Fällen denkbar, wenn bei einem Unternehmen mit (weiteren) Verstössen gegen Art. 7 gerechnet werden muss (Präventive Wirkung der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sowie Vereinfachung des Verfahrens).

38. Im vorliegenden Fall ist daher zu fragen, ob ein besonderes öffentliches Interesse daran besteht, eine allfällige marktbeherrschende Stellung der EBL bei der Stromverteilung (ev. auch Stromversorgung) abzuklären und festzustellen. Dazu ist erstens festzuhalten, dass die EBL 2005 "lediglich" einen Umsatz von CHF 95,3 Mio. ausgewiesen hat, der also noch unter dem Schwellenwert von CHF 100 Mio in Art. 9 Abs. 1 Bst. b liegt. Im Vergleich mit den grossen in der Schweiz tätigen Elektrizitätsunternehmen ist die EBL auch deutlich kleiner. Übernahmen von Unternehmen durch die EBL, welche im Rahmen der Strukturkontrolle besonders relevant wären, sind daher wohl nicht zu erwarten. Die Gefahr von zukünftigen Wettbewerbsverstössen ist zweitens im Rahmen der obigen Ausführungen (Ziff. 35) ebenfalls eher klein. Damit besteht zurzeit kein besonderes öffentliches Interesse an der Abklärung und Feststellung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung der EBL.

39. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass bis zu einer allfälligen Neuordnung des Elektrizitätsmarktes auch ohne Fortführung des vorliegenden Verfahrens ein gewisser Wettbewerb gesichert bleibt, weswegen kein ausreichendes öffentliches Interesse an einer Fortführung des Verfahrens besteht.

B.3 Ergebnis

40. Im Sinne der vorangehenden Erwägungen kommt die Weko zum Schluss, dass die Untersuchung gegen die EBL einzustellen ist.

C Kosten

41. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz ("Gebührenverordnung KG"; 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.

42. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist u.a. gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall der Verfügungsadressat.

43. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Par-

teien 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; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin (teilweise) zu bejahen.

44. Selbst bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen können Kosten auferlegt werden, wenn die Partei, deren Verhalten untersucht wurde, Anlass zu Massnahmen im Sinne von Art. 30 KG gegeben hätte (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, a.a.O.). In einem solchen Fall ist in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess ("BZP"; SR 273) in summarischer Weise zu prüfen, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte.

45. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung).

46. Zu der oben erwähnten Rechtsprechung (Ziff. 43) ist anzufügen, dass diese noch auf der Rechtslage beruhte, als sich die Gebührenverordnung KG nur auf Art. 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushalts (SR 611.010) abstützte. Inzwischen wurde mit Art. 53a KG eine klare Rechtsgrundlage in das Kartellgesetz integriert (in Kraft seit 1.4.2004) und die Gebührenverordnung KG angepasst.

47. Im vorliegenden Fall wurde das Verfahren einerseits gegenstandslos, weil die Migros mit der EBL einen neuen Stromlieferungsvertrag abschloss. Damit kann kein Antrag auf Stromdurchleitung der Axpo mehr vorliegen und es fehlt die Grundlage für jedwelle Verweigerung der Durchleitung. Andererseits hat die EBL versichert, bei Anträgen auf Durchleitung konkrete Offerten zu erstellen und sich nicht mehr auf vorbehaltene Vorschriften zu berufen, weshalb sich auch der Erlass einer Teilverfügung hinsichtlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG und die Fortführung des Verfahrens erübrigte.

48. Im Fall BKW FMW Energie AG entschied die Reko auf der Basis des in Ziff. 43 erwähnten Bundesgerichtsentscheids, die Auflage von Kosten sei nicht möglich. Einerseits hatte die BKW das beanstandete Verhalten nicht aufgegeben und sich damit nicht unterzogen. Andererseits erachtete die Reko im Rahmen der Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen eine Entscheidprognose als unmöglich, da sich die Untersuchung noch im Anfangsstadium befand, wichtige Sachverhaltsabklärungen noch nicht (vollständig) durchgeführt und die entscheidenden Fra-

gen von der Weko offengelassen worden waren. Wiederum ist anzumerken, dass dieser Entscheid noch auf der alten Rechtslage beruhte.

49. Im vorliegenden Fall beschränkten sich die Massnahmen nach Eröffnung der Untersuchung auf die Zusendung eines ersten Fragebogens, welchen die EBL jedoch nur summarisch beantwortete und auch gewisse verlangte Beilagen nicht einreichte. Die Untersuchung befand sich daher noch in einem frühen Stadium, als auf Ersuchen der EBL die Fragen mit Bezug auf Art. 3 KG vorab geklärt werden mussten.

50. Aus diesem Grund verzichtet die Wettbewerbskommission auf die Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit der eigentlichen Untersuchung. Hingegen sind die Kosten der Zwischenverfügung und der Ausarbeitung der darauf folgenden Teilverfügung separat zu betrachten.

51. Die selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung zur Frage, ob Art. 3 Abs. 1 die Zuständigkeit der Weko ausschliesst, ist auf Begehren der EBL vom 13. November 2000 erlassen worden. Deshalb wurden ihr als Verursacherin in der Zwischenverfügung vom 8. Mai 2001 nach der alten KG-Gebührenverordnung Kosten auferlegt. Nachdem die Reko in ihrem Entscheid vom 17. September 2002 die Kostenaufgabe noch gestützt hatte, hob das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 17. Juni 2003 die entsprechende Dispositiv-Ziffer auf. Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass die Gebührenverordnung bei gesetzeskonformer Auslegung eine Kostenpflicht nur in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips erlaube. Es gehe vorliegend darum, ob Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG bestünden. Seien solche Vorschriften vorhanden, könnten der EBL keine Kosten auferlegt werden. Der Ausgang der noch vorzunehmenden Prüfung habe daher einen Einfluss auf die Kostenverlegung, weshalb der EBL die Kosten des Verfahrens vor der Weko - "jedenfalls zurzeit" - nicht überbunden werden könnten.

52. Die EBL hat in der Folge weiterhin darauf bestanden, dass vorbehaltene Vorschriften bestehen. Das Sekretariat der Weko hat deshalb eine Teilverfügung zu allfällig vorbehaltenen Vorschriften ausgearbeitet und den Antrag an die Parteien zur Stellungnahme verschickt. In diesem Antrag kommt das Sekretariat klar zum Schluss, dass keine Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG Abs. 1 bestehen. Die Axpo und die Migros stimmten dieser Schlussfolgerung in ihren Stellungnahmen zu. Infolge der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens und der Erklärung der EBL, sich nicht mehr auf vorbehaltene Vorschriften zu berufen, wurde diese Teilverfügung nicht mehr durch die Weko erlassen.

53. Die EBL ist durch ihr Begehren um Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung als Verursacherin eines Verwaltungsverfahrens im Sinne von Art. 2 der Gebührenverordnung KG anzusehen. Betreffend die Zuständigkeitsfrage im Rahmen von Art. 3 KG ist sie vor Bundesgericht unterlegen. Sodann hat die Prüfung des Sekretariats der Weko gezeigt, dass keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne

von Art. 3 KG vorliegen, womit die EBL auch diesbezüglich unterliegt. Zwar hat die Weko diesbezüglich keine formelle Verfügung mehr erlassen. Nach den Abklärungen des Sekretariats und unter Berücksichtigung des Bundesgerichtsentscheids i.S. Watt/Migros - EEF (RPW 2003/4, S. 925 ff.) ergibt sich jedoch in sinn-gemässer Anwendung von Art. 72 BZP mit hoher Wahrscheinlichkeit eine für die EBL negative Ent-scheidprognose. Zudem kann die Zusicherung der EBL, sich nicht mehr auf vorbehaltene Vorschriften zu berufen, als Unterziehung qualifiziert werden.

54. Eine Teilverfügung regelt einen materiellen Teil der Endverfügung endgültig und schliesst das Verfah-ren diesbezüglich ab. Die im Hinblick auf die Teilver-fügung entstandenen Kosten sind daher entspre-chend auszuscheiden und separat aufzuerlegen. Die EBL ist somit für die Zwischenverfügung vom 8. Mai 2001 und die in der Folge notwendige Erstellung einer Teilverfügung im Zusammenhang mit Art. 3 KG kostenpflichtig.

55. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Art. 4 Abs. 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stunden-ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirt-schaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höch-stens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKGebührenverordnung).

56. Neben dem Aufwand nach Art. 4 aKG-Gebühren-verordnung hat der Gebührenpflichtige u.a. separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegrammkosten, Ko-pierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung).

57. Die Kosten der Zwischenverfügung vom 8. Mai 2001 betragen insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...].

Das Bundesgericht hat für das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission und vor Bundesgericht eine hälftige Teilung der Verfahrenskosten vorge-nommen. Dementsprechend werden der EBL auch die Kosten der Zwischenverfügung der Weko nur zur Hälfte auferlegt. Dies entspricht einem Gesamtbetrag von CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...].

58. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Art. 4 Abs. 2 KG-Ge-bührenverordnung 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 Gebührenverordnung KG).

59. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stunden-ansatz von CHF 200.- (vgl. interne Richtlinien zur Fest-setzung der Stundenansätze, abrufbar auf Wekonet unter der Rubrik "GL-Entscheide"). Die aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Ver-fahrens beträgt [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf CHF [...].

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die Elektra Baselland wird eingestellt, da kein öffentliches Interesse an deren Fortführung mehr besteht.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2

2. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft/Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG, Telekurs Multipay AG, Swisscard AECS AG

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 segg. LCart

Verfügung vom 18. Dezember 2006 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft gegen Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG, Telekurs Multipay AG, Swisscard AECS AG wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

Einstellung des wieder aufgenommenen Untersuchungsverfahrens vor der Weko infolge Unterziehung der Parteien. Die Weko hatte mit Entscheid vom 18. November 2002 festgestellt, dass die Parteien Cornèr Banca SA, Swisscard AECS AG, Telekurs Multipay AG und UBS Card Center AG ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung missbrauchten, indem diese gegenüber den Händlern in den Kreditkarten-Akzeptanzverträgen das Preisdifferenzierungsverbot (NDR) durchsetzten. Gegen den Entscheid führten die Parteien Beschwerde an die Rekurskommission REKO/WEF. Das EVD seinerseits reichte gegen den Entscheid der REKO/WEF Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Infolge Unterziehens der Parteien schrieb das Bundesgericht das Verfahren als gegenstandslos ab.

Non-lieu dans la procédure d'enquête renvoyée à la Comco suite au changement de comportement des parties. Par décision du 18 novembre 2002, la Comco a constaté, que les parties Cornèr Banca SA, Swisscard AECS AG, Telekurs Multipay AG et UBS Card Center AG abusaient de leur position dominante collective en imposant une clause de non discrimination (NDR) dans les contrats d'acceptation des cartes de crédit passés avec les commerçants. Suite à cette décision, les parties avaient fait recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence REKO/WEF. Le DFE a pour sa part déposé un recours de droit administratif contre la décision de la REKO/WEF. Suite au retrait par les parties de leur clause de non discrimination, le Tribunal fédéral a classé la procédure sans suites, faute d'objet.

Chiusura dell'inchiesta riaperta davanti alla Comco in seguito alla decisione delle parti di cambiare il loro comportamento. Con decisione del 18 novembre 2002, la Commissione della concorrenza (Comco) aveva accertato che le società Cornèr Banca SA, Swisscard AECS AG, Telekurs Multipay AG e UBS Card Center AG avevano abusato della loro posizione dominante collettiva imponendo ai commercianti la clausola di non discriminazione (NDR) nei contratti per l'accettazione delle carte di credito (cosiddetto acquiring). Contro questa decisione le parti hanno interpellato la Commissione di ricorso in materia di concorrenza. Il DFE ha presentato da parte sua un ricorso di diritto amministrativo contro la decisione della Commissione di ricorso in materia di concorrenza. Dopo

che le parti hanno deciso di cambiare il loro comportamento, il Tribunale federale ha chiuso il procedimento diventato inutile.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Vorliegende Verfügung betrifft das so genannte Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft und insbesondere das bis anfangs 2006 in den Kreditkarten-Akzeptanzverträgen statuierte Preisdifferenzierungsverbot ("No discrimination rule"; im Folgenden: "NDR").

2. Das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft verfolgt den Zweck, möglichst viele Inhaber von Verkaufsstellen mittels Kreditkarten-Akzeptanzvertrag in eines oder mehrere der fünf in der Schweiz betriebenen Kreditkartensysteme (Mastercard, VISA, American Express, Diners und JCB) einzubinden, damit Kreditkarteninhaber an diesen Verkaufsstellen Waren oder Dienstleistungen einkaufen und den geschuldeten Kaufpreis unter Vorlage der Kreditkarte begleichen können. Betrieben wird das Akzeptanzgeschäft von den Vertragsunternehmen, den so genannten "Acquirern" (zur Vereinfachung werden hier die englischen Ausdrücke "Acquiring" für "Akzeptanzgeschäft" und "Acquirer" für "Vertragsunternehmen" bevorzugt). Es handelt sich dabei um Unternehmen, welche die Händler für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben und ihnen den Zugang zu einem oder mehreren Kreditkartensystemen anbieten.

3. Die Händler erhalten mit dem Kreditkarten-Akzeptanzvertrag von den Acquirern ein garantiertes Zahlungsverprechen für den vom Karteninhaber geschuldeten Kaufpreis, sofern die vertraglich vereinbarten Sicherheitsvorkehrungen (z.B. Prüfung der Kartengültigkeit, Legitimation des Karteninhabers durch persönliche Unterschrift oder durch PIN-Code etc.) erfüllt worden sind. Hinzu kommen weitere Dienstleistungen, welche der Händler nach seiner Wahl vom Acquirer beziehen kann. Da der Zugang zu einem Kreditkartensystem vom Händler keine Exklusivität erfordert, können diese ihren Kunden Zugang zu mehreren Kreditkartensystemen gewähren. Im Gegenzug verpflichten sich die Händler gegenüber den Acquirern zur Bezahlung einer Kreditkartenkommission, definiert als Prozentsatz zum Verkaufspreis¹.

4. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung (1999) sahen die Akzeptanzverträge für die Händler ein Preisdifferenzierungsverbot (NDR) vor: Die Händler mussten sich gegenüber den Acquirern verpflichten, eine Preisdifferenzierung nach Art

¹ Zur Funktionsweise von Kreditkartensystemen vgl. Entscheid der Weko vom 5.12.2005 i.S. Kreditkarten-Interchange Fee, RPW 2006/1, S. 70, Rz. 16 ff.

des Zahlungsmittels zu unterlassen. Dadurch war es den Händlern verboten, die durch den Karteneinsatz ausgelöste Kreditkartenkommission auf den "Verursacher", den Kunden, zu überwälzen. Gleichzeitig durfte auch kein Preisnachlass gewährt werden, um den Kunden zum Gebrauch anderer Zahlungsmittel - namentlich von Bargeld, Debitkarten oder anderen Kreditkarten - zu bewegen. Die NDR schloss somit einerseits eine direkte Überwälzung der Kommission auf die Kreditkarteninhaber und andererseits auch eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln aus.

5. Im November 2002, d.h. zum Zeitpunkt der ersten Verfügung der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko), wurde das Acquiringgeschäft in der Schweiz hauptsächlich von Cornèr Banca SA (für VISA), Diners Club (Schweiz) AG (für Diners), Telekurs Europay AG (heute Telekurs Multipay AG; für Mastercard), JCB International Co., Ltd. (für JCB), Swisscard AECS AG (für American Express) und UBS Card Center AG (für VISA) betrieben (im Folgenden: Cornèr, Diners, Telekurs, JCBI, Swisscard und UBSCC). Kurz zuvor waren infolge Aufhebung der Exklusivlizenzen durch die internationalen Kreditkartenorganisationen VISA und Mastercard namentlich zwei neue Anbieter in den Schweizer Markt eingetreten: Es handelte sich dabei um die beiden deutschen Unternehmen B&S Card Service GmbH und Concardis GmbH, beide mit Sitz in Frankfurt/a.M., welche in der Schweiz ihre Dienstleistungen als so genannte Cross Border Acquirer anboten und sich seither etablieren konnten. Daneben bestehen Verbindungen zu weiteren international tätigen Acquirern, deren Kundenstamm sich aber aus international tätigen Kunden zusammensetzt, welche in der Schweiz entweder ihren Hauptsitz haben oder zumindest mit einer Geschäftsniederlassung oder einer Tochtergesellschaft vertreten sind².

6. Im Mai 2003 verkaufte die UBSCC ihr Acquiringgeschäft an die Telekurs und konzentrierte sich fortan auf die Herausgabe von Kreditkarten an Kunden (sog. Issuinggeschäft). Durch diesen Erwerb gelangte die Telekurs einerseits in den Besitz einer Acquiring-Lizenz für das VISA-Kreditkartensystem und andererseits wurde ihr der bestehende Kundenstamm der UBSCC übertragen. Zwei Jahre später, im Juli 2005, veräusserte auch die Cornèr ihr Acquiringgeschäft. Käuferin war die damalige Viseca Card Services SA (im Folgenden: Viseca), ein Gemeinschaftswerk der Kantonalbanken, Bank Coop, Migrosbank sowie der Raiffeisen- und Regionalbanken. Die Viseca betrieb zu diesem Zeitpunkt bereits das Issuinggeschäft u.a. zu Gunsten ihrer Eigentümerbanken. Infolge dieses Kaufes gab sich die Viseca eine neue Unternehmensstruktur. Unter dem gemeinsamen Holdingdach der Aduno Gruppe operieren heute die Viseca (Issuinggeschäft) und die Aduno SA (Acquiringgeschäft).

7. Nachfolgende Tabelle zeigt kurz die Entwicklung im schweizerischen Acquiringgeschäft zwischen 2001 und 2006:

<i>Kreditkartensystem</i>	<i>Acquirer 2001</i>	<i>Acquirer 2002</i>	<i>Acquirer 2006</i>
<i>VISA</i>	Cornèr UBSCC	Cornèr UBSCC B&S Card Service Concardis	Aduno Telekurs B&S Card Service Concardis
<i>Mastercard</i>	Telekurs	Telekurs B&S Card Service Concardis	Aduno Telekurs B&S Card Service Concardis
<i>American Express</i>	Swisscard	Swisscard	Swisscard
<i>Diners</i>	Diners Club	Diners Club	Diners Club
<i>JCB</i>	JCB International	JCB International	JCB International B&S Card Service

8. In einem anderen Verfahren, das ebenfalls das Kreditkartengeschäft betraf - die Untersuchung "Kreditkarten-Interchange Fee" - einigten sich die Kreditkartenherausgeber (Issuer)³ sowie zwei Acquirer⁴ einerseits und das Sekretariat der Weko (im Folgenden: Sekretariat) andererseits am 29. März 2005 auf eine einvernehmliche Regelung. In dieser verpflichteten sich die beiden Acquirer u.a. auch explizit, die NDR in den Händlerverträgen ab Rechtskraft der Verfügung der Weko i.S. Kreditkarten-Interchange Fee aufzuheben⁵. Mit Entscheid vom 5. Dezember 2005 genehmigte die Weko diese einvernehmliche Regelung⁶. Die betroffenen Acquirer⁷ verzichteten seit Anfang 2006 auf die Verwendung der NDR. Diesem Verzicht hat sich auch die Swisscard angeschlossen⁸.

A.2 Verfahren

9. Gestützt auf die Ergebnisse der seit Oktober 1998 laufenden Vorabklärung eröffnete das Sekretariat am 10. September 1999 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko eine Untersuchung

² Vgl. den Entscheid der Weko vom 5.12.2005 i.S. "Kreditkarten-Interchange Fee", RPW 2006/1, S. 56 ff., insb. 91, Rz. 195 ff.

³ UBS AG, Credit Suisse, Viseca Card Services SA und Cornèr Banca SA.

⁴ Cornèr Banca SA und Telekurs Multipay AG.

⁵ Vgl. dazu unten Rz. 13 f. und Rz. 31 ff.

⁶ Vgl. RPW 2006/1, S. 56 ff.

⁷ Die Viseca Card Services SA hat als Rechtsnachfolgerin der Cornèr Banca SA die Pflicht zur Aufhebung der NDR in den Acquiringverträgen ebenfalls übernommen (vgl. Fn. 13).

⁸ Vgl. dazu unten Rz. 13 und Rz. 36.

gemäss Art. 27 KG⁹ gegen die in der Schweiz domizilierten Acquirer Cornèr, Diners, Telekurs, Swisscard sowie UBSCC (Verfahren "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft")¹⁰.

10. Im April 2001 und im August 2002 wurden die Parteien eingeladen, zu den Antragsentwürfen des Sekretariates Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Neben verfahrensrechtlichen Rügen bestritten die Parteien im Wesentlichen sowohl die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung, die Feststellung der (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung als auch den Missbrauch durch die Verwendung der NDR in den Verträgen mit den Händlern und beantragten die Einstellung des Verfahrens ohne Kostenfolge.

11. In ihrem Entscheid vom 18. November 2002 stellte die Weko fest, dass die Acquirer Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC in der Schweiz im Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft) eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen und dass das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (NDR) eine unangemessene Geschäftsbedingung darstelle, welche von den Acquirern gegenüber den Händlern erzwungen werde und sachlich nicht gerechtfertigt werden könne. Den vier Acquirern Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC, welchen der Missbrauch ihrer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgeworfen wurde, hat die Weko untersagt, das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden Händlerverträgen durchzusetzen, in neuen Verträgen als Vertragsbestimmung einzuführen oder anderweitig von den Händlern zu erzwingen. Zudem wurden die Acquirer verpflichtet, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Akzeptanzvertrag eingegangen sind, über das Durchsetzungsverbot betreffend die NDR innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.

12. Gegen diese Verfügung der Weko vom 18. November 2002 reichten die vier Acquirer Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC Beschwerde bei der Rekurskommission EVD für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: REKO/WEF) ein¹¹. Im Wesentlichen beantragten sie, die Verfügung der Weko sei aufzuheben, eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neubeurteilung an die Weko zurückzuweisen. In ihren vier inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden Stellungnahmen beantragte die Weko Ende April 2003 die Abweisung der vier Beschwerden. In einem zweiten Schriftenwechsel folgten im Dezember 2003 die vier Repliken der Parteien sowie im April 2004 die vier Dupliken der Weko.

13. Seit Ende September 2004 fanden im parallelen Untersuchungsverfahren "Kreditkarten-Interchange Fee", welches sich gegen die Issuer bzw. Acquirer UBS AG, Credit Suisse, Visa, Cornèr und Telekurs richtete, Verhandlungen statt, um den Streitgegenstand einvernehmlich zu regeln¹². Die Verhandlungen mündeten am 29. März 2005 in der einvernehmlichen Regelung nach Art. 29 KG, in welcher sich die beiden

Acquirer Telekurs und Cornèr als Unterzeichner der "Swiss Domestic Rules" verpflichteten, zukünftig den Händlern keine NDR mehr aufzuerlegen¹³. Die einvernehmliche Regelung wurde nach der Genehmigung durch die Weko (Verfügung vom 5.12.2005) rechtskräftig¹⁴. In einer schriftlichen Erklärung vom 17. März 2005 zuhanden der Wettbewerbsbehörde verpflichtete sich auch die Swisscard, auf die NDR in den Akzeptanzverträgen für das Kreditkartensystem von American Express zu verzichten.

14. Mit vier inhaltlich weit gehend übereinstimmenden Entscheiden¹⁵ vom 9. Juni 2005 trat die REKO/WEF soweit möglich auf die Beschwerden ein, hiess die Anträge teilweise gut, hob die Verfügung der Weko vom 18. November 2002 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Weko zurück¹⁶. Laut REKO/WEF hätte die Weko in Anbetracht der festgestellten Sachverhaltsänderungen, die nach dem Entscheid vom November 2002 eingetreten sind¹⁷, den Entscheid in Wiedererwägung ziehen müssen. Die REKO/WEF vertrat die Ansicht, die im Zeitraum nach dem Entscheid der Weko eingetretenen Sachverhaltsänderungen seien sowohl von der REKO/WEF als auch der Vorinstanz zu berücksichtigen: Der entscheidrelevante Sachverhalt habe sich vorliegend v.a. durch das Auftreten von ausländischen "Cross Border Acquirern" auf dem Schweizer Markt seit dem Erlass der ersten Verfügung wesentlich verändert, was eine Neubeurteilung bedinge. Selber setzte sich die REKO/WEF hingegen nicht mit der zwischenzeitlich abgegebenen Verpflichtung der Acquirer, auf die Verwendung der NDR zu verzichten¹⁸, auseinander.

⁹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁰ Vgl. zum erstinstanzlichen Verfahren, welches zur Verfügung der Weko vom 18.11.2002 führte, die ausführliche Verfahrensgeschichte inkl. Aktennachweisen in RPW 2003/1, S. 108 ff., Rz. 6 ff. und RPW 2005/3, S. 503 ff.

¹¹ Vgl. die Verfügungen der REKO/WEF vom 17.2.2003 sowie die Beschwerden von Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC vom 22., 23. bzw. 24.1.2003.

¹² Vgl. dazu oben Rz. 8 und unten Rz. 31 ff.

¹³ Anlässlich der Meldung des Erwerbs des Acquiringgeschäfts der Cornèr durch die Visa teilte diese dem Sekretariat gleichzeitig mit, dass sie die Verpflichtungen der Cornèr aus der einvernehmlichen Regelung vom 29.3.2005 ebenfalls übernehme.

¹⁴ Die einvernehmliche Regelung wurde auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft befristet. Nach Ablauf dieser Dauer muss die einvernehmliche Regelung unter Berücksichtigung der dann zumal vorherrschenden Wettbewerbssituation auf den Märkten erneut beurteilt werden. Dabei steht es den Wettbewerbsbehörden namentlich offen, im Falle einer erneuten Einführung der NDR den Sachverhalt dann zumal - unabhängig von der multilateralen Abrede über eine Domestic Interchange Fee - auf eine allfällige Kartellrechtswidrigkeit (insb. Art. 49a Abs. 1 KG) hin zu prüfen.

¹⁵ Vgl. zum Verzicht der REKO/WEF auf eine Vereinigung der Verfahren unten Rz. 20.

¹⁶ Entscheide FB/2003-1 (Swisscard AECS AG), FB/2003-2 (Cornèr Banca SA), FB/2003-3 (UBS Card Center AG) und FB/2003-4 (Telekurs Europay AG). Der letztgenannte Entscheid ist publiziert in RPW 2005/3, S. 530 ff.

¹⁷ Gemeint sind u.a. der Eintritt von ausländischen Anbietern in den Schweizer Markt und der Verkauf des Acquiringgeschäfts von UBSCC an die Telekurs; vgl. dazu oben Rz. 5 ff.

¹⁸ Vgl. Rz. 8, Rz. 13 f. und Rz. 31 ff.

15. Bezüglich Marktabgrenzung kritisierte die REKO/WEF in einem obiter dictum den von der Vorinstanz zu weit definierten relevanten Markt: Die REKO/WEF betonte, die Vorinstanz habe "den springenden Punkt" übersehen, "dass bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes die jeweiligen Netzwerke der einzelnen Kreditkartenmarken zu unterscheiden wären und folglich das Acquiring für den Systemzugang zu jeder *einzelnen* Kreditkartenmarke als selbstständiger, sachlich relevanter Markt aufzufassen wäre, zumal die Händler aus Nutzenüberlegungen (Kundensegmente!) die einzelnen Kreditkarten-Netzwerke untereinander nicht für substituierbar erachten"¹⁹. Die REKO/WEF hielt fest, dass "erhebliche Gründe" dafür sprechen, den sachlich relevanten Markt enger zu fassen und je einen "Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" der AMEX-Card, der VISA-Card sowie der Eurocard/Mastercard abzugrenzen, "wie dies auch der Zustimmungswürdigen Praxis einzelner ausländischer Wettbewerbsbehörden entspricht".

16. Gegen die Entscheide der REKO/WEF erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD am 11. Juli 2005 vier (inhaltlich weit gehend identische) Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht. Es beantragte, den Entscheid der REKO/WEF aufzuheben und die Verfügung der Weko zu bestätigen bzw. eventualiter die Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei auf den Sachverhalt per 18. November 2002 abzustellen sei. Die vier Acquirer beantragten Abweisung der jeweiligen Beschwerden.

17. Das Bundesgericht entschied mit (vier inhaltlich weit gehend identischen) Beschlüssen vom 26. Juli 2006, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerden wegen Unterziehens der Acquirer "als gegenstandslos geworden" abgeschrieben werden; weder wurden Kosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen²⁰. Auf die Begründung dieses Entscheids wird weiter unten in den Erwägungen eingegangen²¹. Durch die Entscheide des Bundesgerichts sind die REKO/WEF-Entscheide in Rechtskraft erwachsen. Das Verfahren ist deshalb vor der Weko fortzusetzen, und diese hat den Sachverhalt im Sinne der Erwägungen der REKO/WEF neu zu beurteilen.

18. Das Sekretariat stellte den Parteien den Antrag ("Verfügungsentwurf") am 17. November 2006 zur Stellungnahme zu (Art. 30 Abs. 2 KG). Alle vier Parteien reichten am 24. November 2006 eine Stellungnahme ein und erklärten sich explizit oder implizit mit dem Antrag auf Einstellung des Verfahrens und der Kostentragung einverstanden. Sämtliche Parteien wiesen auf einzelne zu ändernde Punkte hin. Dabei handelte es sich mehrheitlich um Anliegen redaktioneller Natur. Zudem wurde von den Parteien betont, dass sie zu den Ausführungen der REKO/WEF betreffend Marktabgrenzung, welche vorliegend in Rz. 15 zusammengefasst wiedergegeben werden, weder vor der Rekurskommission noch im vorliegenden Verfahren Stellungen nehmen konnten. Swisscard und UBS beantragten zudem die Streichung von Dispositiv-Ziffer 2.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Formelles

B.1.1 Verfahrensvereinigung

19. Vorab stellt sich die Frage, ob der vorliegende Sachverhalt vor dem Sekretariat und der Weko in einem einzigen Verfahren für die vier Acquirer gemeinsam geführt wird (wie die Untersuchung in den Jahren 1999-2002²²) oder ob vier getrennte, aber parallele Verfahren geführt werden sollen (wie in den Rechtsmittelverfahren vor der REKO/WEF und dem Bundesgericht²³).

20. Vor der REKO/WEF sprachen sich die Weko, Cornèr, UBSCC und Telekurs für eine Vereinigung der vier Beschwerdeverfahren aus²⁴. Einzig Swisscard wehrte sich dagegen und forderte eine gesonderte Weiterführung der einzelnen Verfahren, da sie nicht - wie anlässlich der Untersuchung geschehen - "systematisch über den gleichen Kamm geschoren" werden wollte, weil angeblich fundamentale Unterschiede in der Marktstellung der Acquirer bestünden. Dem hielt die REKO/WEF entgegen, dass alle hängigen Beschwerden dasselbe Anfechtungsobjekt und insofern den gleichen Streitgegenstand betrafen, als die von allen Verfügungsadressatinnen bisher verwendete NDR verboten werden sollte. Deswegen erschien es wegen des engen Sachzusammenhangs der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie denkbar, die Beschwerdeverfahren zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden, zumal die REKO/WEF den vier Beschwerdeführerinnen in allen Verfahren die Ausübung von Parteirechten ermöglicht hatte. Die REKO/WEF erwog indessen auch, dass angesichts der Komplexität der Streitsache, der teilweise stark divergierenden Parteistandpunkte (zu rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen) sowie der unterschiedlichen Fakten, welche jeweils zu berücksichtigen sind, eine Vereinigung der Verfahren sowie deren Behandlung in einem Beschwerdeentscheid dessen Lesbarkeit (bzw. Verständlichkeit) in kaum zumutbarer Weise beeinträchtigen könnte. Da alle Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren Akteneinsicht erhalten hatten und der zu treffende Entscheid auch ihnen, soweit keine Geschäftsgeheimnisse betroffen waren, vollständig eröffnet wurde, war auf eine formelle Vereinigung der vier Verfahren zu verzichten.

21. Im vorliegend wieder aufgenommenen Verfahren vor der Weko geht es - wie im Folgenden dargelegt wird - im Wesentlichen nur noch um die Einstellung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit (da die Parteien auf die Verwendung der NDR verzichtet und

¹⁹ RPW 2005/3, S. 563, Erw. 7.5.4.

²⁰ Entscheide 2A.440/2005 (Telekurs Multipay AG), 2A.441/2005 (Cornèr Banca SA), 2A.442/2005 (UBS Card Center AG) und 2A.443/2005 (Swisscard AECS AG). Der erstgenannte Entscheid ist publiziert in RPW 2006/3, S. 581 f.

²¹ Vgl. unten Rz. 36.

²² Vgl. RPW 2003/1, S. 108 ff.

²³ Vgl. oben Fn. 16 und Fn. 20.

²⁴ Vgl. zum Ganzen RPW 2005/3, S. 550 f., Erw. 3.

sich somit unterzogen haben)²⁵ und um die Verteilung der Verfahrenskosten. Aus den folgenden Gründen rechtfertigt es sich, die vier Verfahren vor der Weko wiederum zu vereinigen: Alle vier von den Rechtsmittelinstanzen getrennten Verfahren betreffen denselben Streitgegenstand, es besteht ein enger Sachzusammenhang der sich stellenden Rechtsfragen und alle vier Parteien sind von den sich stellenden Fragen in gleicher Weise betroffen, wobei auf allfällige parteispezifische Besonderheiten gegebenenfalls speziell eingegangen werden könnte. Weiter haben die von Swisscard sowie der REKO/WEF genannten Gründe, die in den Rechtsmittelverfahren noch für die Trennung der Verfahren sprachen, vorliegend keine Aktualität mehr, und schliesslich sind auch die Parteien mit der Vereinigung einverstanden²⁶. Nicht zuletzt auch aus Gründen der Prozessökonomie erscheint es somit sachgerecht, die vier Verfahren vor der Weko wiederum zum Verfahren gegen Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC betreffend "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft" zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden (vgl. Art. 24 BZP analog).

B.1.2 Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

22. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Verfahrensparteien - die vier Acquirer Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC - sind als Unternehmen in diesem Sinn zu qualifizieren²⁷.

23. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zum Durchführen von Untersuchungen und zum Erlass von Verwaltungsanktionen ist gegeben (Art. 2, 18, 27, 53 KG).

B.1.3 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

24. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen²⁸.

25. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften (vgl. die Marginalie). Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich

das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)²⁹ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).

26. Unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen sich auf den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG berufen, haben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften zu prüfen.

27. Die Acquirer hatten auch im Beschwerdeverfahren noch solche Vorbehalte geltend gemacht. So wurde u.a. geltend gemacht, die Vorschriften der Preisbekanntgabeverordnung des Bundes und die Auflage der Weko im Fusionsentscheid UBS/SBV bezüglich Beibehaltung der Beteiligung der UBS AG an den Gemeinschaftswerken der Schweizer Banken seien Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG. In Bestätigung der Argumentation der Weko hielt die REKO/WEF fest, dass die Auflage der Weko im Fusionsentscheid nicht als eine dem Kartellgesetz vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 KG aufzufassen ist, zumal sie als konkrete Anordnung weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet noch die UBS AG oder gar einen anderen Acquirer zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstattet. Auf die damals aufgeworfenen lauterkeitsrechtlichen Fragestellungen ist im Rahmen des kartellgesetzlichen Verfahrens nicht einzugehen. Abgesehen davon bestehen hier weder öffentlich-rechtliche Normen, die den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung wettbewerbsausschliessend regulieren, noch solche, welche die vier Acquirer zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten und die Wettbewerb im Bereich der Acquiringkommissionen nicht zulassen würden.

28. Andere Vorbehalte im Sinne von Art. 3 KG werden von den Parteien nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Somit stehen einer Anwendung des Kartellgesetzes keine wettbewerbsausschliessenden Rechtsvorschriften entgegen.

²⁵ Vgl. dazu Rz. 8, Rz. 13 f. und Rz. 31 ff.

²⁶ Vgl. Eingabe von Swisscard vom 24.11.2006, Ziff. 14.

²⁷ So auch Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, E. 4.1. (Cornèr).

²⁸ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m.w.Nw. und die REKO/WEF, in: RPW 2003/4, S. 859 ff., Ziff. 4.2. Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Fribourg 1994, 185 und 264 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 3 N 3 ff., und BENOIT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence (TERCIER/BOVET [éd.]), Genève etc. 2002, Art. 3 al. 1 N 35.

²⁹ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 878, Ziff. 3.3.; vgl. auch MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, R. ZACH (Hrsg.), Zürich 1996, S. 8, und die Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., zit. nach dem Sonderdruck, S. 70 ff.

B.2 Materielles

B.2.1 Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung

29. Gegenstand der vier Beschwerden war die Feststellung der Weko, wonach Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC auf dem Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen und diese durch die Erzwingung der NDR gegenüber den Händlern missbrauchen.

30. Aus den im Folgenden genannten Gründen erübrigt sich vorliegend die abschliessende Prüfung, ob die Acquirer eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung hatten und ob sie diese durch die Verwendung der NDR missbraucht haben oder nicht.

B.2.2 Verzicht der Parteien auf die Verwendung der NDR

31. Wie bereits erwähnt, hat die Weko die Unzulässigkeit der NDR mit ihrem (in der Folge von der REKO/WEF aufgehobenen) Entscheid vom 18. November 2002 festgestellt. Obwohl Visa Europe und MasterCard Europe sprl bereits im Frühjahr 2004 die NDR in der EU aufgehoben hatten, wendeten die Acquirer Telekurs und Cornèr bzw. Aduno in der Schweiz die Klausel bis Anfang 2006 weiterhin an bzw. belassen sie bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Entscheids i.S. Kreditkarten-Interchange Fee in ihren Kreditkarten-Akzeptanzverträgen. Auch Swisscard, welche sich dem Verzicht durch Erklärung angeschlossen hatte, belass die Klausel bis Anfang 2006 in ihren Verträgen.

32. Im rechtskräftigen Entscheid des (parallel zum vorliegenden Verfahren geführten) Verfahrens "Kreditkarten-Interchange Fee" betreffend die beiden Kreditkartensysteme von Visa und Mastercard hielt die Weko fest, dass der wirksame Wettbewerb im Issuing- und Acquiring-Markt belebt wird, "indem sich die Acquirer namentlich verpflichten, auf die NDR zu verzichten. Unter dem aktuellen System stellt die NDR eine substantielle Beeinträchtigung der Freiheit der Händler in ihrer Preisfestsetzung dar. Sie schwächt insbesondere die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern. Zudem hat die NDR zur Folge, dass die Wahl der Kreditkarteninhaber bei der Benützung eines bestimmten Zahlungsmittels bisher nicht durch ein Preissignal beeinflusst wurde. Entsprechend üben sie keinen Druck auf die Issuer aus, die DMIF zu senken. Durch den Wegfall der NDR wird die Kostenwahrheit des Kreditkartensystems für die Karteninhaber erhöht. Für Karteninhaber wird so ein Anreiz geschaffen, das für sie vorteilhafte Zahlungsmittel einzusetzen und Kreditkarten am Verkaufspunkt allenfalls mit anderen Zahlungsmitteln zu substituieren. Die Abschaffung der Nichtdiskriminierungsklausel erhöht daher die Wettbewerbsintensität zwischen den Zahlungsmitteln und dürfte sich somit auch auf den Issuing-Markt auswirken. Ein transparenter Preiswettbewerb auf der Händler-Karteninhaber-Ebene wird Anreize dafür schaffen, die DMIF auf eine optimale Höhe zu setzen"³⁰.

33. Am 29. März 2005 vereinbarten die Kreditkartenherausgeber (Issuer) sowie die Acquirer Cornèr und Telekurs im erwähnten Verfahren "Kreditkarten-Interchange Fee" einerseits unter sich und andererseits mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG. Diese Regelung betraf nicht nur die Frage der Interchange Fee. Vielmehr verpflichteten sich die beiden Acquirer unter dem Titel "B. Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung" auch uneingeschränkt und bedingungslos zur Abschaffung der NDR:

"B. AUFHEBUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG

B1. Die Acquirer (Telekurs Multipay AG und Cornèr Banca SA) verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung ("Non Discrimination Rule") nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzuheben. Die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung gilt ab Rechtskraft der Verfügung der Weko.

B2. Die Acquirer verpflichten sich zudem, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Annahmevertrag eingegangen sind, über die Aufhebung der NDR-Klausel gemäss Ziff. B1. innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft der Verfügung der Weko schriftlich zu informieren. "

34. Die Geltung der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung ist auf vier Jahre ab Rechtskraft des Entscheides der Weko beschränkt. Sie muss unter Berücksichtigung der dazumal vorherrschenden Wettbewerbssituation auf den beiden Märkten erneut beurteilt werden³¹.

B.2.3 Unterziehung

35. Die Acquirer setzten in der Folge ihre Verpflichtungen aus der einvernehmlichen Regelung in die Tat um und passten den Text ihrer Kreditkarten-Annahmeverträge so an, dass es den Händlern seither jederzeit und ohne Einschränkung möglich ist, die Kunden auf die zur Verfügung stehenden Zahlungsmöglichkeiten und deren allfällige Zusatzkosten aufmerksam zu machen. Es ist den Händlern seither auch ohne Weiteres gestattet, entweder den die Kreditkarte einsetzenden Kunden die dadurch verursachten Kosten zu überwälzen oder umgekehrt Rabatte für den Gebrauch bestimmter Zahlungsmittel zu gewähren (z.B. Barzahlungsrabatt).

36. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass sich die vier Acquirer "damit jenen Anordnungen der Wettbewerbskommission unterzogen [haben], welche ursprünglich Gegenstand der Verfügung vom 18. November 2002 bildeten: Nachdem die Genehmigungsverfügung vom 5. Dezember 2005 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, fällt der gesamte Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens dahin"³². Dies gilt zunächst für Cornèr und Telekurs,

³⁰ RPW 2006/1, S. 115, Rz. 416 f.

³¹ RPW 2006/1, S. 115, Rz. 420; vgl. auch oben Fn. 14.

³² Entscheide vom 26.7.2006 i.S. 2A.440/2005 und 2A.441/2005, jeweils Erw. 1 (vgl. RPW 2006/3, S. 582).

welche die einvernehmliche Regelung selber unterzeichnet haben. Gemäss Bundesgericht gilt dasselbe selbstverständlich auch für die UBSCC, welche zwar weder direkt an der einvernehmlichen Regelung beteiligt noch direkte Verfügungsadressatin war, aber insoweit durch ihre Muttergesellschaft, die UBS AG, vertreten wurde. Auch hinsichtlich Swisscard, welche sich mit Erklärung vom 17. März 2005 gegenüber der Wettbewerbskommission zum Verzicht auf die NDR verpflichtet hatte, erachtete das Bundesgericht die Unterziehung als gegeben³³.

37. Diese Erwägungen und Feststellungen des Bundesgerichts sind mutatis mutandis auf das vorliegende Verfahren vor der Weko zu übertragen: Mit dem Verzicht der Acquirer Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC auf die NDR war das Ziel des Weko-Verfahrens sowie der Verfügung vom 18. November 2002, nämlich die Abschaffung der NDR, vollständig erreicht.

38. Weil sich alle vier Parteien unterzogen haben, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, sofern das in der Vergangenheit liegende Verhalten nicht der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG unterliegt.

B.2.4 Keine Sanktionierung

39. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG mit Direktsanktionen bedroht. Die Parteien haben die NDR bis anfangs 2006 in ihren Kreditkarten-Akzeptanzverträgen vorgesehen. Eine abschliessende Prüfung, ob die Acquirer eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung hatten, bleibt erforderlich, wenn gegen die Parteien bis zum Zeitpunkt der Unterziehung eine Direktsanktion in Betracht kommt. Umgekehrt erübrigt sich diese Prüfung, wenn die Parteien die NDR rechtzeitig aufgegeben haben und schon deshalb eine Sanktion ausscheidet. Es ist daher an dieser Stelle zu prüfen, ob eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG gegen die Parteien in Betracht zu ziehen ist.

40. Gemäss Übergangsbestimmung zum Kartellgesetz 2003³⁴ werden Unternehmen dann nicht sanktioniert, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG (Übergangsfrist), d.h. bis spätestens am 31. März 2005, gemeldet oder aufgelöst wurde³⁵. Als Auflösung gilt auch die Unterziehung in einem bereits hängigen Fall vor den Wettbewerbsbehörden.

41. Das Bundesgericht stellte in einem Entscheid fest, dass die Mitteilung eines Sachverhaltes, welcher bereits Gegenstand einer Untersuchung oder Vorabklärung war, keine "Meldung" im Sinne der Übergangsbestimmung darstellen konnte³⁶. Damit konnte der vorliegende Sachverhalt (die Anwendung der NDR), der seit 1998 Gegenstand von kartellrechtlichen Verfahren nach Art. 26 ff. KG war, nicht sanktionsausschliessend gemeldet werden. Im Folgenden ist deshalb noch zu prüfen, ob die Parteien durch Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung die Tatbestandsvariante der Auflösung erfüllt haben³⁷.

42. Die Parteien haben am 29. März 2005 eine einvernehmliche Regelung (Telekurs, Cornèr, UBSCC) bzw. am 17. März 2005 eine schriftliche Erklärung (Swisscard) rechtsgültig unterzeichnet³⁸. Darin verpflichteten sie sich vorbehaltlos zur Abschaffung der NDR mit Rechtskraft der Genehmigungsverfügung der Weko vom 5. Dezember 2005. Die Parteien haben sich somit innerhalb der Übergangsfrist mit den Wettbewerbsbehörden auf ihr künftiges Verhalten geeinigt, wobei der Entscheid der Weko über die Genehmigung nicht die Verbindlichkeit, sondern die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Inhalts der Vereinbarung betraf³⁹. Die einvernehmliche Regelung wurde von der Weko mit Verfügung vom 5. Dezember 2005 genehmigt und ist in der Folge rechtskräftig geworden.

43. Somit haben die Parteien ihre allenfalls missbräuchliche Verhaltensweise noch vor Ablauf der Übergangsfrist aufgegeben, weshalb auch kein Raum für eine Sanktionierung besteht⁴⁰. Auf eine definitive wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Verwendung der NDR durch die vier Acquirer kann somit verzichtet werden⁴¹.

B.2.5 Schlussfolgerung: Einstellung wegen Gegenstandslosigkeit

44. Weil sich alle vier Parteien unterzogen haben und auch kein Raum für eine Sanktionierung besteht, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

C KOSTEN

45. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴² ist u.a. gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Eine Gebührenpflicht besteht insbesondere, wenn eine Vorabklärung bzw. Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen⁴³.

46. Nach Abschluss der Untersuchung - während des Rechtsmittelsverfahrens - haben sich die Acquirer verpflichtet, auf die Verwendung der NDR zu verzichten⁴⁴. Wie oben - in Übereinstimmung mit den Entscheiden des Bundesgerichts - festgehalten wurde⁴⁵,

³³ Entscheide vom 26.7.2006 i.S. 2A.440/2005 (Telekurs), 2A.441/2005 (Cornèr), 2A.442/2005 (UBSCC) und 2A.443/2005 (Swisscard), jeweils Erw. 1 (vgl. RPW 2006/3, S. 582).

³⁴ Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20.6.2003.

³⁵ Die revidierten Bestimmungen des Kartellgesetzes vom 20.6.2003 wurden per 1.4.2004 in Kraft gesetzt (AS 2004 1385).

³⁶ Urteil 2A.287/2005 des Bundesgerichts vom 19.8.2005 i.S. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG und Swisscom Mobile AG.

³⁷ Vgl. zum Ganzen den Entscheid Kreditkarten-Interchange Fee, RPW 2006/1, S. 116, Rz. 422 ff.

³⁸ Vgl. dazu Rz. 8, Rz. 13 f. und Rz. 31 ff.

³⁹ So auch der Entscheid Kreditkarten-Interchange Fee, RPW 2006/1, S. 116, Rz. 427 ff.

⁴⁰ So auch der Entscheid Kreditkarten-Interchange Fee, RPW 2006/1, S. 116, Rz. 430.

⁴¹ Vgl. schon oben Rz. 30.

⁴² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴³ BGE i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. E. 6.1.

⁴⁴ Vgl. dazu oben Rz. 8, Rz. 13 f. und Rz. 31 ff.

⁴⁵ Vgl. oben Rz. 35 ff.

haben sich alle vier Acquirer "damit jenen Anordnungen der Wettbewerbskommission unterzogen, welche ursprünglich Gegenstand der Verfügung vom 18. November 2002 bildeten"⁴⁶. Die Unterziehung hat zur Folge, dass die betroffenen Acquirer Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen haben.

47. Laut "Schlussbestimmung zur Änderung vom 12. März 2004" der GebV-KG gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Änderungen am 1. April 2004 noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht, und für die späteren Aufwendungen das revidierte Recht.

48. **Zeitraum bis am 31. März 2004 (altes Recht):** Gemäss Art. 4 Abs. 1 der GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand. Für das Verfahren bis am 31. März 2004 gilt ein Stundenansatz von CHF 130.- (Art. 4 Abs. 2 der damaligen KG-Gebührenverordnung). Diese Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 der damaligen KG-Gebührenverordnung).

49. Unter "wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes" ist die volkswirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Diese ergibt sich einerseits aus der (volkswirtschaftlichen) Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Sachverhalt betroffen ist, und andererseits aus den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitigt. Bezüglich der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse ist massgebend, ob der wirksame Wettbewerb beseitigt bzw. erheblich beeinträchtigt wird oder nicht. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission wird die Gebühr insbesondere bei einer erheblichen Beeinträchtigung bzw. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs um 50% erhöht⁴⁷.

50. Im vorliegenden Fall waren die vier von der Untersuchung betroffenen Verfügungsadressaten Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC Ende 2002 im Besitz von annähernd 100% des schweizerischen Kreditkartenacquirings. Die volkswirtschaftliche Bedeutung wird auch durch die Höhe der in der Schweiz mit in- und ausländischen Kreditkarten getätigten Umsätzen im Umfang von weit über CHF 13,2 Mia. pro Jahr belegt.

51. Für die Vorabklärung, die Untersuchung und die Entscheidung vom 18. November 2002 haben die Wettbewerbsbehörden - noch unter Geltung der alten KG-Gebührenverordnung - [...] Stunden aufgewendet⁴⁸. Die ausgewiesene Zeit führt zu einer Grundgebühr von CHF [...]. Diese Grundgebühr wird alsdann um 50% auf CHF [...] erhöht.

52. Neben dem Aufwand haben die Gebührenpflichtigen die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 der ehemaligen KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...]. Die von den

vier Acquirern zu tragenden Teilkosten für die Verfügung vom 18. November 2002 betragen somit CHF [...].

53. **Zeitraum seit dem 1. April 2004 (aktuelles Recht):** Für diejenigen Aufwendungen, die seit dem 1. April 2004 erfolgt sind, gilt nach Art. 4 Abs. 2 (der revidierten) GebV-KG ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals bestimmt: Für die für die Vorbereitung und Ausarbeitung der vorliegenden Verfügung insgesamt aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt ein Ansatz von CHF 250.- (Direktion), CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) bzw. CHF 120.- (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Die Auslagen sind in diesen Gebühren bereits eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Auch diese Teilkosten von CHF [...] sind gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG von Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC zu tragen.

54. Von diesen Verfahrenskosten, die die Acquirer zu tragen haben, sind die reduzierten Parteientschädigungen von jeweils CHF [...] abzuziehen, welche die REKO/WEF den Parteien in den Beschwerdeentscheidungen vom 9. Juni 2005 zugesprochen hat⁴⁹.

55. Die angefallenen Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] abzüglich Parteientschädigungen von insgesamt CHF [...], per Saldo ausmachend CHF [...], werden den vier Acquirern, die sich unterzogen haben, je zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt: Die von Cornèr, Telekurs, Swisscard und UBSCC zu tragenden Kosten belaufen sich somit auf jeweils CHF [...].

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die vier im Rechtsmittelverfahren getrennten Verfahren werden erneut in einem Verfahren vereinigt.
2. Die Wettbewerbskommission nimmt Vormerk, dass die Cornèr Banca SA, die Telekurs Multipay AG (vormals Telekurs Europay AG), die Swisscard AECS AG und die UBS Card Center AG das Verbot der Preisdifferenzierung (NDR) in den Kreditkarten-Annahmeverträgen aufgehoben haben.
3. Das Untersuchungsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
4. [Verfahrenskosten]
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

⁴⁶ Entscheid vom 26.7.2006 i.S. 2A.441/2005, Erw. 1.

⁴⁷ Vgl. Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar, in: RPW 2000/3, S. 394, Rz. 199.

⁴⁸ Vgl. Rz. 284 der Verfügung der Weko vom 18.11.2002.

⁴⁹ Entscheide FB/2003-1 (Swisscard), FB/2003-2 (Cornèr), FB/2003-3 (UBSCC) und FB/2003-4 (Telekurs), jeweils Dispositiv-Ziffer 3 (vgl. RPW 2005/3, S. 566).

B 2.2

3. TicketCorner AG**Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG****Enquête selon l'art. 27 ss LCart****Inchiesta giusta l'art. 27 segg. LCart**

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2006 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend TicketCorner AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A SACHVERHALT

1. Am 1. Dezember 2003 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) einen Entscheid i.S. TicketCorner SA gefällt. Das Entschdispositiv enthielt namentlich folgende Punkte:

"1. TicketCorner verfügt im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung.

2. Sowohl die Auferlegung von Exklusivitäten durch TicketCorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organizers (Exklusivität A) als auch jene für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bildet eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

3. TicketCorner wird untersagt, ihren Vertragspartnern eine oder beide Exklusivitäten gemäss Ziff. 2 des Dispositivs direkt oder indirekt aufzuerlegen oder sich ihnen gegenüber auf andere Weise durchzusetzen.

4. Es wird TicketCorner untersagt, sich auf die Exklusivitätsklauseln im Sinne von Ziff. 2 des Dispositivs in den Verträgen, die zurzeit in Kraft sind, zu berufen."

2. Gegen diese Verfügung erhob TicketCorner am 19. Januar 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: Reko). Mit Entscheid vom 27. September 2005 hat die Reko die Beschwerde gutgeheissen. Sie ist der Argumentation der Beschwerdeführerin teilweise gefolgt und hat die am 1. Dezember 2003 von der Weko erlassene Verfügung i.S. TicketCorner SA aufgehoben.

3. In den Erwägungen ihres Entscheids vom 27. September 2005 hat die Reko neben formellen Verfahrensfehlern die Abgrenzung des Produktmarktes gerügt und allenfalls Nachbesserungen für notwendig erachtet. Von der erfolgten Definition des Produktmarktes rühre auch eine falsche Beurteilung der Marktposition von TicketCorner her. Ebenso hat die Reko bestritten, dass das Verhalten von TicketCorner missbräuchlich sei. Schliesslich hat die Reko ihre im Fall "NDR Klausel" angewandte Rechtsprechung

betreffend "novas" bestätigt, indem sie den im Zeitpunkt ihrer Entscheidungsfindung geltenden Sachverhalt zugrunde gelegt hat.

4. Mit Schreiben vom 17. November 2005 hat das Sekretariat der Weko (nachfolgend: Sekretariat) TicketCorner informiert, dass ihr von der Weko der Auftrag erteilt worden sei, die Zweckmässigkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens abzuklären. Um die aktuelle Marktsituation und die Entwicklungen auf diesem seit 1. Dezember 2003 zu bestimmen, wurden Organisatoren von Veranstaltungen sowie Wettbewerber von TicketCorner befragt.

5. Am 1. Dezember 2005 wurden der CEO von TicketCorner und seine Vertreter vom Sekretariat empfangen. Es wurde ihnen die Gelegenheit gegeben, die aktuelle Marktsituation aufzuzeigen, namentlich die Konkurrenzsituation, der seit der Weko-Entscheidung eingetretene technische Fortschritt und die zu erwartenden Entwicklungen in den kommenden Jahren. Im Übrigen wurden sie eingeladen, ihre Politik im Bereich der Exklusivitätsklauseln darzulegen.

6. Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 hat TicketCorner den Inhalt der erwähnten Präsentation schriftlich bestätigt. Dieses Dokument wurde zusammen mit einem Fragebogen den von TicketCorner genannten Konkurrenten, den ehemals am Verfahren Beteiligten und weiteren bekannten Veranstaltern von nationaler oder regionaler Bedeutung zur Stellungnahme zugesandt.

B Erwägungen**B.1 Exklusivvertrag - Situation nach dem 1. Dezember 2003**

7. Basierend auf den von TicketCorner beigebrachten Dokumenten und den Stellungnahmen der befragten Unternehmen stellte die Weko fest, dass TicketCorner die Zahl der Exklusivverträge mit seinen Partnern seit Eröffnung des Verfahrens spürbar vermindert hat. TicketCorner verfügt derzeit über rund [1'200-3'000] Verträge mit Veranstaltungsorganizationalen. Von diesen [1'200-3'000] Verträgen repräsentieren die [10-30] wichtigsten Verträge, welche keine Exklusivitätsklausel aufweisen, [60%-85%] des Volumens der durch dieses Unternehmen vertriebenen Eintrittskarten. Die durchgeführten Überprüfungen ergaben in der Tat, dass man für die von TicketCorner vertriebenen Eintrittskarten der bedeutenden Veranstaltungen mittlerweile andere Parallelvertreiber findet (so etwa Railway für die Rolling Stones oder das Jazz Festival von Montreux).

8. Die wichtigen Organisatoren von Veranstaltungen haben bestätigt, dass ihre Verträge keine Exklusivitätsklauseln mehr enthalten. Sie weisen dagegen Volumenziele auf: TicketCorner führte ein auf dem Volumen der verteilten Eintrittskarten basierendes Anreizsystem ein. Die Wahl dieses Volumens obliegt dabei dem Organisator der Veranstaltung.

9. Gemäss den von den befragten Unternehmen erhaltenen Informationen haben die Organisatoren heute die Möglichkeit, die Eintrittskarten über verschiedene Kanäle zu vertreiben. Ein Zwang könnte allenfalls darin bestehen, ein bestimmtes Volumen bei TicketCorner zu erreichen, da ansonsten höhere Preise anfallen. Dennoch besteht ein Spielraum beim Vertragsschluss, den Vertrieb der Eintrittskarten parallel über ein Konkurrenzunternehmen anzubieten. Im Allgemeinen schätzen die Unternehmen den Markt als gut funktionierend ein. Namentlich, wie nachstehend unter Punkt B.2 gezeigt wird, haben sich die Vertriebskanäle diversifiziert, und die Zahl der Marktteilnehmer hat sich vergrössert.

10. Für die befragten Organisatoren rechtfertigen sich die zeitlichen und finanziellen Investitionen für die Verhandlungen und die Wahl eines anderen Vertriebskanals allerdings nicht immer. Gewisse Organisatoren könnten daher künftig eigene Distributionssysteme entwickeln. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die technische Entwicklung es zwischenzeitlich tatsächlich verschiedenen Unternehmen erlaubt hat, sich von TicketCorner zu lösen und bei zahlreichen Veranstaltungen, namentlich Open Air-Veranstaltungen, unabhängig aufzutreten.

11. Aufgrund der erhaltenen Informationen liessen sich die von einer Konkurrentin an TicketCorner gerichteten Vorwürfe nicht mehr bestätigen und konnten keine systematische Anwendung von Exklusivverträgen mehr festgestellt werden. Im Übrigen erscheinen die isolierten Einzelfälle nicht als genügend erheblich, dass man von einer generellen Behinderung der Konkurrenz sprechen könnte. Entgegen den Vorbringen der erwähnten Konkurrentin funktioniert der Markt, zumal die Problematik der Exklusivverträge nicht mehr in dem Ausmass spürbar ist wie noch im Jahr 2003.

12. Zusammenfassend betrachtet, scheint das frühere Verhalten von TicketCorner hinsichtlich der Exklusivverträge keine Anwendung mehr zu finden oder hat zumindest nicht mehr die Bedeutung wie im Zeitpunkt der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003. Namentlich ist die doppelte Exklusivität verschwunden, so dass es heute den Unternehmen gesamtschweizerisch möglich ist, Eintrittskarten parallel neben dem Vertriebsnetz von TicketCorner zu verkaufen. Heute obliegt die Wahl des Vertrags damit wieder dem jeweiligen Organisator.

B.2 Technische Entwicklung seit dem 1. Dezember 2003

13. In ihrem Entscheid vom 1. Dezember 2003 hat die Weko festgestellt, dass TicketCorner das einzige Unternehmen in der Schweiz sei, welches ein nationales Distributionsnetz mit physischen Verkaufspunkten unterhält. Die Veranstaltungstickets wurden ausserdem über die Internetseite des jeweiligen Unternehmens oder via Call-Center vertrieben, wobei diese zwei Vertriebskanäle marginal waren. Aus diesen Gründen hat die Weko befunden, dass die grosse Mehrheit der Organisatoren von Veranstaltungen von nationaler Bedeutung gezwungen waren, auf die

Dienste von TicketCorner zurückzugreifen. Dank dieser Abhängigkeitsbeziehung war es TicketCorner möglich, die erwähnten Exklusivverträge vorzuschreiben. TicketCorner hat insbesondere die von der Weko vorgenommene Marktabgrenzung sowie die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bestritten. Die Reko hat hierzu festgestellt, dass die Marktanalyse unvollständig war. Aus nachfolgenden Gründen kann die Frage der Marktabgrenzung allerdings offengelassen werden.

14. Heute wird ein bedeutender Teil der Eintrittskarten per Internet vertrieben. Für einige befragte Unternehmen stellt das Internet bereits den Hauptvertriebskanal dar. Nach Ansicht dieser Unternehmen besitzt das Internet ein bedeutendes Entwicklungspotenzial, weil die Zukunft bei elektronischen, immateriellen Eintrittskarten liege. Im Übrigen erleichtere dieses Kommunikationsmittel neuen Konkurrenten den Markteintritt.

15. Das Kommunikationsmittel Internet wird derzeit auf verschiedene Arten gebraucht:

- Die Eintrittskarte wird via Internet bestellt und dem Besteller per Post nach Hause geschickt.
- Die Eintrittskarte wird via Internet bestellt und wird zu Hause ausgedruckt (System Print at Home).
- Die Eintrittskarte wird via Internet bestellt und wird in der Folge auf eine Kreditkarte (Visa), Debitkarte (Postcard) oder eine Kundenkarte (z.B. Cumulus) "geladen".

16. Weitere technische Entwicklungen stehen unmittelbar vor der Marktreife, so etwa der Kartenvertrieb auf das Handy, via MMS (Bild oder Strichcode) oder codiertem SMS.

17. Die grosse Mehrheit der befragten Unternehmen ist der Meinung, dass sich die Marktsituation verändert habe. Nach einem Grossteil dieser Unternehmen sei die vom Sekretariat eröffnete Untersuchung bzw. der Entscheid der Weko Auslöser dieser Marktveränderung gewesen. So hätten die verschiedenen Interventionen TicketCorner gezwungen, ihre Praktiken hinsichtlich der Exklusivverträge zu ändern, was es neuen Akteuren erlaubt habe, in den Markt einzutreten.

18. Der oben stehend beschriebene technische Fortschritt, verbunden mit den Interventionen der Wettbewerbsbehörden, hat es mehreren Unternehmen ermöglicht, sich auf dem schweizerischen Markt zu etablieren. So existieren heute vier Unternehmen von nationaler Bedeutung (TicketCorner, StarTicket, TicTec, Railway). Ausserdem sind zahlreiche Unternehmen von regionaler Bedeutung entstanden oder haben ihre Marktpräsenz verstärken können (Resaplus, Fnac, Ticketino, TicketOnline, Billett Service Zug etc.). Schliesslich vertreiben heute mehrere Veranstalter einen grossen Teil oder gar sämtliche Eintrittskarten selber. Diese Möglichkeit eröffnete sich dank des internetbasierten Systems "Print at Home", das es namentlich erlaubt, die Eintrittskarten mit einem Minimum an Investitionen und menschlichen Ressourcen zu vertreiben.

19. Hieraus kann gefolgert werden, dass der technische Fortschritt es mehreren Unternehmen erlaubt hat, in den Markt einzudringen. Diese Unternehmen von regionaler oder nationaler Bedeutung konkurrieren heute TicketCorner. Überdies existieren Technologien im Entwicklungsstadium, welche alleamt eine (weitere) Marktöffnung in den kommenden Jahren bringen werden. Verglichen mit dem Jahr 2003, in welchem die Weko ihren Entscheid getroffen hat, kann heute ein bedeutender Technologiesprung festgestellt werden, welcher in hohem Masse zur Veränderung des Marktes beigetragen hat. Es scheint, dass die technische Entwicklung in den kommenden Jahren noch weitere Lösungen für den Vertrieb von Eintrittskarten mit sich bringen wird.

B.3 Schlussfolgerungen

20. Es zeigt sich, dass sich der Markt seit Beginn des durch das Sekretariat geführten Verfahrens bzw. seit dem Entscheid der Weko verändert hat. Einerseits haben die Interventionen der Wettbewerbsbehörden TicketCorner - gemäss erhaltener Informationen - gezwungen, ihre Praktiken hinsichtlich der Exklusivverträge anzupassen, andererseits hat die technische Entwicklung es mehreren national (StarTicket, TicTec,

Railway) und regional bedeutenden Konkurrenten erlaubt, in Erscheinung zu treten. Die Zukunft scheint bei den immateriellen Eintrittskarten und dem Internet zu liegen, welches in dieser Hinsicht eine ausschlaggebende Rolle spielt.

21. Demzufolge sind die Voraussetzungen, die im Jahre 2001 zur Eröffnung eines Verfahrens bzw. im Jahr 2003 zu einem Entscheid seitens der Wettbewerbsbehörden geführt haben, nicht mehr erfüllt.

C Kosten

22. [...]

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen TicketCorner AG wird eingestellt.
2. Es werden keine Gebühren erhoben.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P./The Goldman Sachs Group, Inc./Kion Group

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Dezember 2006

A Zusammenschlussvorhaben

1. Am 24. November 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss

beabsichtigen zwei US-amerikanische Unternehmen - die Beteiligungsgesellschaft Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. und die internationale Bankengruppe Goldman Sachs Group Inc. - die gemeinsame Kontrolle über die Kion Group zu erwerben. Die Kion ist Herstellerin von Gabelstaplern und Lagertechnikgeräten.

Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3	2. <i>Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.</i>
-------	--

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

Prise de position du 4 décembre 2006 concernant l'opération de concentration Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.

A En fait

1. Le 30 octobre 2006, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Crédit Agricole SA (ci-après Crédit Agricole) et l'entreprise Fiat Auto S.p.A. (ci-après Fiat Auto) ont décidé d'acquérir le contrôle en commun de l'entreprise Fidis Retail S.p.A. (ci-après Fidis Retail). L'opération portera sur le partage du capital-actions, à raison de 50% pour chacune, de la société Fidis Retail, dont le siège est en Italie mais dont une partie des activités s'exercera en Suisse.

2. Crédit Agricole est une société de droit français. Il s'agit d'une banque universelle qui offre une large gamme de services bancaires et liés à l'assurance. Crédit Agricole est l'organe central du groupe Crédit Agricole et assure la cohérence commerciale du développement du groupe.

3. Fiat Auto est une société italienne; au sein du groupe Fiat, l'entreprise conçoit, fabrique et commercialise dans le monde des véhicules automobiles des marques Fiat, Lancia et Alfa Romeo.

4. Fiat Auto détient 49% des parts de Fidis Retail, société italienne qui a pour but d'accorder des crédits ou des financements à des clients particuliers ou professionnels pour leurs achats de véhicules automobiles. Fidis Retail détient plusieurs filiales ayant la même activité, dont une société en Suisse, Fiat Finance SA (ci-après Fiat Finance).

5. Le 14 octobre 2006, les sociétés Crédit Agricole et Fiat Auto ont conclu un accord aux termes duquel Fiat Auto vendra à Crédit Agricole 50% des actions de la société Fidis Retail, sous la condition que Fiat Auto, postérieurement à la signature de cet accord:

- acquière 51% des parts de Fidis Retail en complément des 49% qu'elle détient déjà;
- puis, transmette à Fidis Retail ses filiales actives dans le domaine d'une part de la gestion de parcs automobiles pour Véhicules Particuliers (ci-après VP), Véhicules Utilitaires Légers (ci-après VUL) et Véhicules Industriels (ci-après VI) et d'autre part du financement des concessionnaires VP et VUL du groupe Fiat. Tarfin SA (ci-après Tarfin), filiale de Fiat Auto ayant une activité de financement des concessionnaires en Suisse, sera notamment cédée à Fidis Retail.

6. A l'issue de l'opération, les parties (Crédit Agricole et Fiat Auto) détiendront un contrôle conjoint sur une entreprise exerçant ses activités dans les domaines économiques suivants:

- crédit automobile pour VP/VUL pour les particuliers et les entreprises;
- financement des concessionnaires (VP/VUL): cette activité consiste à octroyer aux concessionnaires des crédits pour leur permettre d'acquérir les véhicules neufs et d'occasion qu'ils revendent;
- activités de gestion de parcs automobiles: cette activité consiste à mettre à disposition de clients généralement professionnels, dans le cadre de contrats de location de longue durée, des véhicules automobiles, tout en assurant un certain nombre de services accessoires à la location.

7. A l'issue de l'opération, les deux premières activités seront exercées en Suisse par Fidis Retail. Fidis Retail ne sera cependant pas active dans le domaine de la gestion de parcs automobiles.

8. La notification du 30 octobre 2006 a été considérée comme incomplète et des informations supplémentaires ont été demandées aux parties. Ces informations ont été livrées le 7 novembre 2006, de sorte que le délai d'un mois fixé par l'art. 20 al. 1 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) a commencé à courir le lendemain et prendra fin le 8 décembre 2006. Par courrier du 15 novembre 2006, des informations complémentaires ont été demandées aux parties et ont été fournies le 17 novembre 2006.

9. L'opération a été notifiée en date du 30 octobre 2006 aux autorités de l'Union européenne.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

10. La Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) 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.

B.1.1 Entreprise

11. Selon le Message LCart du 23 novembre 1994, est une entreprise tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises notifiantes tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

B.1.2 Concentration d'entreprises

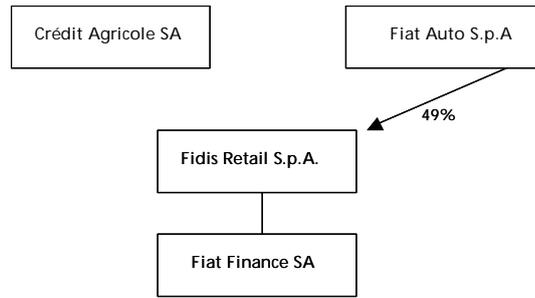
12. L'opération de concentration prévue par les parties sera opérée en plusieurs étapes. Au terme de celles-ci, l'entreprise Fidis Retail sera contrôlée conjointement

tement par Crédit Agricole et Fiat Auto. Il serait possible d'analyser chaque étape de façon distincte. Toutefois, l'opération finale, soit le transfert par Fiat Auto de 50% des parts de Fidis Retail à Crédit Agricole ne se fera que si l'ensemble des opérations précédentes auront été effectuées (achat préalable de 51% des actions de Fidis Retail par Fiat Auto, puis transfert par cette dernière à Fidis Retail de l'entreprise Tarfin). Ces

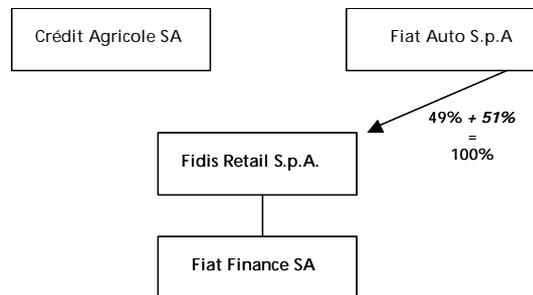
dernières n'ont dès lors pas d'importance propre et il convient de ce fait de n'analyser que l'opération finale. Celle-ci est à considérer comme une prise de contrôle commune d'une entreprise (cf. art. 2 al. 1 OCCE).

13. Ainsi les opérations pour ce qui concerne la Suisse, vont se dérouler de la façon suivante:

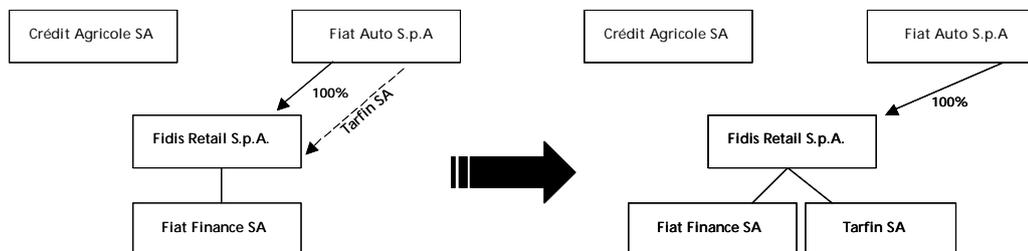
Actuellement, Fiat Auto détient 49% des parts de Fidis Retail qui elle-même détient un certain nombre de filiales, dont notamment Fiat Finance qui est active en Suisse.



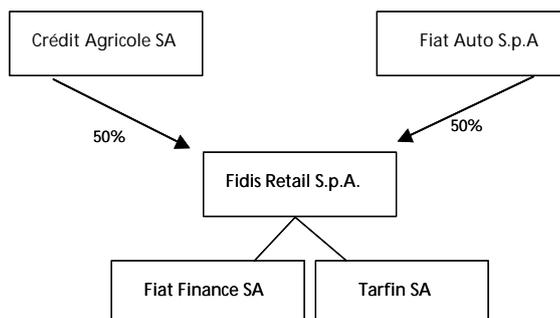
Dans le contrat passé entre les parties, il est prévu que Fiat Auto achète 51% des parts de Fidis Retail. Fiat Auto détiendra ainsi l'intégralité de Fidis Retail.



Fiat Auto qui détiendra alors 100% de Fidis Retail, va céder sa filiale Tarfin à Fidis Retail.



Ensuite, Fiat Auto va vendre 50% de ses actions de Fidis Retail au Crédit agricole.



B.1.3 Prescriptions réservées

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

B.1.4 Obligation de notifier

15. En 2005, le produit brut réalisé par le Groupe Crédit Agricole en Suisse s'est élevé à € [450-700] mio., soit CHF [700-1'000] mio¹. Le Groupe Fiat a, pour la même période, réalisé un chiffre d'affaires en Suisse de € [450-700] mio., soit CHF [700-1'000] mio. Les seuils fixés en CHF à l'art. 9 LCart sont atteints et l'opération est de ce fait soumise à l'obligation de notifier.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés pertinents

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

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

18. En l'occurrence, seuls les marchés du crédit automobile (ou leasing automobile) et du financement des concessionnaires sont concernés par l'opération de concentration et, partant, seront analysés ci-après.

a) Marché du leasing automobile

19. Dans la décision General Electric Capital Corporation - Bank Procredit², le marché a été défini comme étant celui du leasing automobile. La question s'était posée de savoir si le crédit à la consommation devait être considéré comme un bien substituable. Il y avait été répondu par la négative dans la mesure où le crédit moyen accordé par des établissements financiers pour des biens de consommation était très inférieur au montant moyen financé par un leasing et ne pou-

vait dès lors entrer en compte pour l'acquisition d'un bien identique. Par ailleurs, le taux d'intérêt moyen d'un crédit à la consommation était bien plus élevé que celui d'un leasing.

20. Le marché géographique avait en outre été défini comme étant le marché suisse, que ce soit pour le marché du leasing ou pour celui du crédit à la consommation.

21. Compte tenu du fait qu'il n'y a pas d'addition de parts de marché dans le cas d'espèce, que ce soit sur le marché du leasing automobile, ou sur le marché plus grand comprenant aussi le crédit à la consommation, il n'y a pas lieu d'analyser de manière approfondie cette problématique. La délimitation du marché pertinent tirée de la décision susmentionnée peut être reprise en l'état.

22. Ainsi, l'entreprise Fidis Retail est présente en Suisse par le biais de sa filiale, détenue à 100%, l'entreprise Fiat Finance. Cette dernière octroie des crédits aux particuliers et aux entreprises pour l'acquisition de VP et VUL. Sa part de marché en Suisse, pour l'année 2005, est de [5-7]% en volume (en nombre de contrats conclus) et de [3-5]% en valeur (montants financés).

23. Le groupe Crédit Agricole n'a pas d'activités sur le marché du leasing automobile en Suisse. De même, il n'est pas présent sur le marché du crédit à la consommation. Enfin, le groupe Fiat Auto détient une dizaine de filiales en Suisse dont l'activité est l'importation et la vente de gros véhicules neufs. Le groupe Fiat Auto n'est donc présent ni sur le marché du leasing automobile, ni sur celui du crédit à la consommation.

24. Compte tenu de l'absence d'addition de parts de marché et du fait que les parts de Fiat Finance sont largement inférieures à 30%, le marché est considéré comme non affecté (cf. art. 11 al. 1 let. d OCCE) et l'analyse ne sera dès lors pas approfondie.

¹ Au cours du 22.11.06.

² Droit et politique de la concurrence, DPC 1999/1, p. 150.

b) Marché du financement des concessionnaires

25. Les concessionnaires automobiles, qui sont généralement des PME, achètent des véhicules neufs et d'occasion pour les revendre à des particuliers ou des professionnels. Afin de financer leurs achats, ils recourent à des crédits. Les organismes de financement avec lesquels ils contractent leur ouvrent souvent une ligne de crédit, à titre payant, avec un plafond maximum.

26. Il existe en Suisse, des constructeurs automobiles, ou leurs filiales, qui sont présents sur ce marché. Ces sociétés sont dites "captives automobiles". Les constructeurs offrent ainsi, directement ou au travers de leurs captives, des crédits à titre payant aux concessionnaires membres de leur réseau, afin que ceux-ci financent les achats qu'ils réalisent auprès d'eux en véhicules neufs et d'occasion.

27. Cette description du marché est proche de celle du marché du financement des PME tel que défini dans la décision UBS/SBS³. La question se poserait de savoir si ces deux modes de financement devraient être considérés comme substituables. Elle peut toutefois de-

meurer ouverte, dans la mesure où il n'y a pas d'addition de parts de marché. En effet, au niveau suisse, seule l'entreprise Tarfin, filiale de Fiat Auto, a une activité dans le domaine du financement aux concessionnaires. Le groupe Crédit Agricole et le groupe Fiat ne sont actifs ni sur ce marché, ni sur celui du crédit aux PME. La part de marché de Tarfin est en outre estimée à [0-2]% (en valeur).

28. Compte tenu de l'absence d'addition de parts de marché et du fait que les parts de Tarfin sont inférieures à 30%, le marché est considéré comme non affecté (cf. art. 11 al. 1 let. d OCCE) et l'analyse ne sera dès lors pas approfondie.

IV. Conclusion

29. Pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

³ DPC 1998/2, p. 284 ss.

B 2.3

3. Nokia Corporation - Siemens AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Januar 2007

Stellungnahme vom 16. Januar 2007 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Nokia Corporation - Siemens AG

A Sachverhalt

1. Am 15. Dezember 2006 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Nokia Corporation (nachfolgend Nokia) und Siemens AG (nachfolgend Siemens) unter dem Namen Nokia Siemens Networks (nachfolgend NSN) eine neue Gesellschaft in der Form einer GmbH nach niederländischem Recht zu gründen, in welche sie ihre jeweiligen Aktivitäten im Bereich Netzausrüstung (inkl. aller diesbezüglichen Aktiven, gewerblichen Schutz- und Urheberrechte sowie der Geschäftsführer und der Mitarbeiter) und verwandte Dienstleistungen einbringen. Als Gegenleistung erhalten die Parteien Anteile von NSN. Die Modalitäten des Zusammenschlusses sind in einem Framework Agreement festgehalten, welches von den Parteien am 19. Juni 2006 unterzeichnet wurde.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Nokia ist eine nach finnischem Recht konstituierte und börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Espoo, Finnland. Sie ist weltweit im Bereich der mobilen Telekommunikation tätig und bringt den Geschäftsbereich der vorwiegend mobilen Netzausrüstung und verwandte Dienstleistungen in NSN ein.

3. Siemens ist eine nach deutschem Recht konstituierte und börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in München und Berlin, Deutschland. Sie ist in den Bereichen Information & Communications, Automation & Control, Power, Transportation, Medical, Lightning und Finance and Real Estate tätig und bringt ebenfalls den Geschäftsbereich Netzausrüstung und verwandte Dienstleistungen in NSN ein.

A.2 Ziel des Zusammenschlussvorhabens

4. Die zunehmende Konvergenz aufseiten der Kommunikationsdienstleistungsanbieter hat auch Auswirkungen auf die Anbieter von Netzausrüstung, welche den Kundenansprüchen nach konvergenten Lösungen gerecht werden müssen. Das Zusammenschlussvorhaben kombiniert Bereiche der Zusammenschlussparteien, in welchen die jeweils andere Partei nicht oder nur teilweise tätig ist. Durch das Einbringen von Siemens Festnetzsystemen und VoIP¹-Bereichen und Nokias Mobilfunkausrüstung in NSN können die Zusam-

menschlussparteien Grössen- und Verbundvorteile realisieren. Betreffend die Mobilfunkausrüstung ergänzen sie sich ebenfalls in geografischer Hinsicht, insbesondere in den so genannten Wachstumsmärkten.

A.3 Verfahren vor anderen Wettbewerbsbehörden

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 5. Oktober 2006 der Europäischen Wettbewerbsbehörde gemeldet. Diese erklärte den Zusammenschluss mit Schreiben vom 13. November 2006 als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. b der EU-Fusionskontrollverordnung² und liess ihn ohne Auflagen zu.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde weltweit ebenfalls in [...] weiteren Jurisdiktionen gemeldet. In [...] Jurisdiktionen, darunter [...], wurde der Zusammenschluss auch ohne Auflagen zugelassen. Die Entscheidung der restlichen Jurisdiktionen waren zum Zeitpunkt der Meldung in der Schweiz noch ausstehend.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 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. 21 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. 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), welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten Sowohl Nokia als auch Siemens sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Mittel zur Kontrolle können insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens

¹Voice over Internet Protocol.

²Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1 vom 29. Januar 2004.

gewähren (Art. Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4). Alleinige Kontrolle liegt i.d.R. dann vor, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit eines anderen Unternehmens erwirbt (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, von BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel 2000, S. 239).

10. Die Zusammensetzung der Organe sowie die Modalitäten der Beschlussfassung von NSN sind in einem Shareholder Agreement geregelt. Danach wird Nokia [...] der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung halten und [...] der [...] Vorstandsmitglieder stellen, einschliesslich des [...]. Die wesentlichen strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen, namentlich betreffend das Budget und den Geschäftsplan, werden [...] gefällt. Das Shareholder Agreement räumt Siemens zwar gewisse Vetorechte ein, diese beziehen sich jedoch nicht auf die geschäftspolitische Strategie von NSN, sondern dienen dem Schutz des Minderheitsaktionärs.

11. Die im Shareholder Agreement vorgesehenen Rechte geben Nokia die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung und Beschlüsse der Organe von NSN auszuüben. Das Zusammenschlussvorhaben ist folglich als Kontrollwerb i.S. von Art. 4 Abs. 3 Bst. b. KG zu qualifizieren, bei welchem Nokia die alleinige Kontrolle über NSN ausübt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

13. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst b KG).

14. Als beteiligte Unternehmen für die Umsatzberechnung nach Art. 9 KG gelten bei einem Kontrollwerb die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Wie bereits dargelegt ist Nokia das die Kontrolle über NSN erlangende Unternehmen. Nokia übernimmt somit durch den Zusammenschluss die Kontrolle über den von Siemens in NSN eingebrachten Geschäftsbereich.

15. Ist Gegenstand eines Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Der Veräusserer des Unternehmensteils ist nicht am Zusammenschluss beteiligt und folglich nicht in die Umsatzberechnung mit einzubeziehen (DUCREY, a.a.O., S. 252).

16. Für die Meldepflicht sind somit die Umsätze von Nokia und des von Siemens eingebrachten Geschäftsbereichs relevant.

17. Weltweit erzielte Nokia im Geschäftsjahr 2005 einen Umsatz von CHF 52,63 Mia. Der weltweite Umsatz des von Siemens einzubringenden Geschäftsteils für das Geschäftsjahr 2005 betrug CHF 13,7 Mia. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit zusammen einen weltweiten Umsatz von CHF 66,3 Mia.

18. Der Umsatz von Nokia in der Schweiz betrug im Geschäftsjahr 2005 CHF [...] Mio. Der von Siemens einzubringende Geschäftsteil erzielte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von CHF [...] Mio.

19. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante/r Markt/Märkte

B.4.1.a Sachlich relevante/r Markt/Märkte

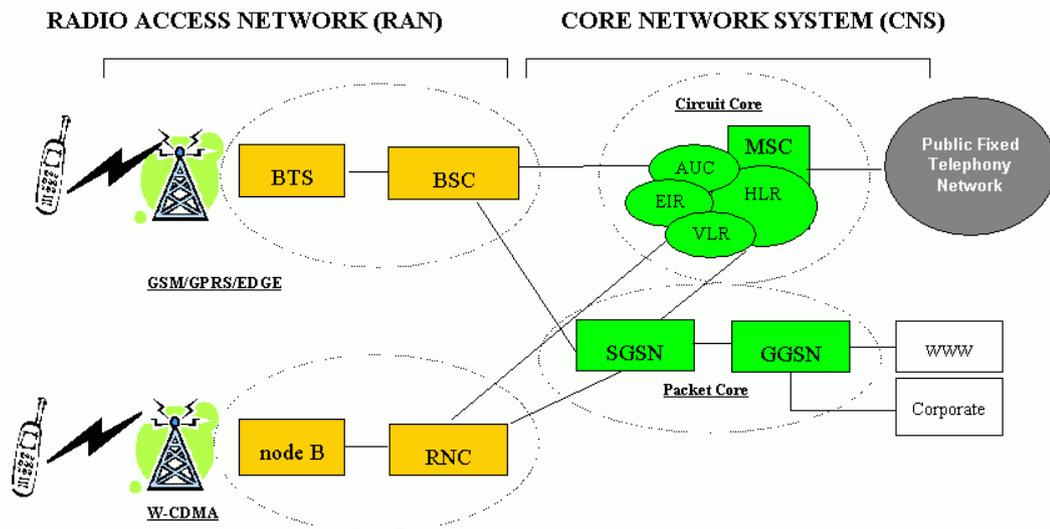
22. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

23. Ausgegangen wird von den durch die Zusammenschlussparteien in NSN eingebrachten Geschäftsbereichen (a) Ausrüstung von Mobilfunknetzen, (b) Ausrüstung von Festnetzen und (c) zugehörige Dienstleistungen. Diese Ausrüstungen und Dienstleistungen werden von der Marktgegenseite, namentlich Kommunikationsdienstleistungsanbietern, in Anspruch genommen, welche diese i.d.R. nutzen, um ihren eigenen Kunden Sprach- und Datenkommunikationsdienste anzubieten.

24. Bevor eine sachliche Marktabgrenzung vorgenommen werden kann, sind vorab die Bestandteile der von den Zusammenschlussparteien angebotenen Produkte und Dienstleistungen zu unterscheiden.

(a) Ausrüstung von Mobilfunknetzen

25. Ein Mobilfunknetz hat unabhängig von der verwendeten Mobilfunktechnologie (GSM³/GPRS⁴/EDGE⁵ oder W-CDMA⁶) zwei Hauptkomponenten, nämlich das Funkzugangnetz (Radio Access Network, RAN) und das Kernnetzwerk (Core Network System, CNS), welche ihrerseits aus weiteren Elementen zusammengesetzt sind. Eine Mobilfunknetzausrüstung ist in folgender Grafik veranschaulicht.



26. Das RAN überträgt Signale von einem Mobiltelefon oder einem mobilen Datengerät zum CNS. Hervorzuheben ist dabei, dass es über offene Schnittstellen zu den mobilen Endgeräten und zum CNS verfügt. Dies bedeutet, dass die Marktgegenseite im Prinzip die RAN- und die CNS-Ausrüstung von unterschiedlichen Anbietern beziehen kann. In GSM-gestützten Netzen besteht das RAN aus den Komponenten Basis-Sender-Empfängerstation (Base Transceiver Station, BTS) und Basisstationssteuerung (Base Station Controller, BCS). Die BTS überträgt die Signale, die sie von mobilen Geräten erhält, an eine BCS. Eine BCS verbindet mehrere BTS und reduziert durch das Bündeln der Signale vieler einzelner BTS die Zahl der zur Übertragung der Informationen an das CNS erforderlichen Kanäle. In W-CDMA-gestützten Netzen werden die der BTS und der BCS entsprechenden Elemente B-Knoten (Node B) und Funknetzsteuerung (Radio Network Controller, RNC) genannt.

27. Die CNS-Ausrüstung organisiert die Informationsflüsse innerhalb des Netzes und besteht aus einem leitungsvermittelten Mobilfunkkern (Circuit-Switched Core), der den Sprachverkehr regelt, und einem paketvermittelten Kern (Packet-Switched Core), der den Datenverkehr regelt. Die Schnittstellen zwischen der leitungs- und der paketvermittelten Ausrüstung sind offen. Im Gegensatz zur RAN-Ausrüstung unterscheidet sich die CNS-Ausrüstung nicht aufgrund der Mobilfunkgeneration und kann RAN unterstützen, die auf GSM/GPRS/EDGE oder W-CDMA basiert.

28. Neben der oben beschriebenen physischen Infrastruktur wird Software für das Netzmanagement benötigt, namentlich Operation Support Systems (OSS)

und das Kernnetzwerk (Core Network System, CNS), welche ihrerseits aus weiteren Elementen zusammengesetzt sind. Eine Mobilfunknetzausrüstung ist in folgender Grafik veranschaulicht.

und Business Support Systems (BSS). Beide Parteien sind aktiv im Bereich OSS, doch nur Siemens ist im Bereich BSS tätig. OSS dient dazu, Netzoperationen und zugehörige Dienstleistungen für Kommunikationsdienstleistungsanbieter und ihre Netze zu verwalten, zu überwachen und zu steuern. OSS werden sowohl für Festnetze als auch für Mobilfunknetze verwendet. OSS für Mobilfunknetze können weiter in Element Management OSS, Network Management OSS und Service Management OSS unterteilt werden. BSS sind kundenorientierte Anwendungen und beinhalten Produkt-, Einnahmen-, Kunden- und Ausführungsmanagement.

(b) Festnetzausrüstung

29. Das Festnetz besteht aus den Infrastrukturelementen Netzzugangsausrüstung für den Local Loop, Kernnetzwerk-ausrüstung (einschließlich öffentliche Vermittlung und Anwendungen), Transport und IP Networking Equipment sowie OSS/BSS.

³ Global System for Mobile Communications; technischer Standard für den digitalen Mobilfunk der sog. zweiten Generation.

⁴ General Packet Radio Service; aufgerüstetes GSM mit höherer Datenübertragungsrate (aufgrund paketvermittelter Datenübertragung).

⁵ Enhanced Data Rates for GSM Evolution; aufgerüstetes GPRS mit höherer Datenübertragungsrate.

⁶ Wideband Code Division Multiple Access; technischer Standard für digitalen Mobilfunk der sog. dritten Generation, welcher sich durch eine höhere Datenübertragungsgeschwindigkeit gegenüber den Technologien der zweiten Generation auszeichnet. W-CDMA wird vom Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) verwendet.

30. Der Local Loop oder die Teilnehmeranschlussleitung kann mittels verschiedener Technologien bereitgestellt werden. Die wichtigsten davon sind die schmalbandige Netzzugangsaurüstung, die DSL⁷-Breitbandzugangsaurüstung (DSLAM⁸), die glasfaserbasierte breitbandige Zugangsaurüstung und die drahtlose breitbandige Zugangsaurüstung.

31. Die Kernnetzwerkaurüstung und zugehörigen Anwendungen umfassen Produkte für die öffentliche Vermittlung und sorgen dementsprechend durch die Weiterleitung der Informationen an andere Teilnehmer für die Verbindung zwischen Nutzern. Die zwei Hauptvermittlungstechnologien sind die traditionellen TDM⁹-Systeme und die neueren Softswitch-Lösungen¹⁰. TDM-Vermittlungen sind proprietäre Systeme, obwohl die Leitungsschnittstellen standardisiert sind. Es ist demzufolge i.d.R. nicht möglich, einzelne Komponenten davon von verschiedenen Anbietern zu beziehen. Demgegenüber können die Komponenten von Softswitch-Lösungen (Softswitches, Mediagateways, Anwendungsserver) von unterschiedlichen Anbietern bezogen werden.

32. Die Übertragungs- und IP-Netzausrüstung umfasst drahtlose Übertragungsaurüstung (v.a. optische Netzausrüstung¹¹), Ausrüstung für drahtlose Mikrowellenfunkübertragung¹² und Datennetzaurüstung.

(c) Servicedienstleistungen für Mobilfunknetze und Festnetze

33. Servicedienstleistungen für Mobilfunk- und Festnetze umfassen folgende Dienstleistungen: Bereitstellung, Lieferung und Installation; Unterhalt und Wartung; Verwaltung; andere professionelle Dienstleistungen einschliesslich Personalschulung, Beratung und Sicherheit.

(d) Marktabgrenzungsmöglichkeiten

34. Als erstes stellt sich die Frage, ob von einem sachlich relevanten Markt für Mobilfunknetzausrüstung und von einem sachlich relevanten Markt für Festnetzausrüstung auszugehen ist, oder ob diese Märkte in weitere Teilmärkte zu unterteilen sind, welche aus den oben beschriebenen Bestandteilen der jeweiligen Netzausrüstungen bestehen. Sollte eine detailliertere Abgrenzung angezeigt sein, wäre zweitens zu bestimmen, für welche Ausrüstungskomponenten eigene Märkte abgegrenzt werden können. Schliesslich ist zu bestimmen, ob zugehörige Dienstleistungen dem entsprechenden Produktmarkt zuzuordnen sind oder eigene Märkte bilden.

35. Grundsätzlich sind für eine funktionierende Netzausrüstung alle beschriebenen Komponenten erforderlich. Dies bedeutet, dass sie nicht miteinander substituierbar sind und somit grundsätzlich eigene sachlich relevante Märkte bilden unter der Voraussetzung, dass sie von der Marktgegenseite einzeln nachgefragt und von den Netzausrüstern einzeln angeboten werden.

36. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission Abnehmer von Netzausrüstung in der Schweiz, welche Netzausrüstungskomponenten und dazugehörige

Dienstleistungen sie von welchen Netzausrüstern beziehen. Die Umfrage ergab dabei Folgendes: Während ein befragter Abnehmer bspw. die ganze Mobilfunknetzausrüstung sowie dazugehörige Dienstleistungen von Nokia erwirbt, bezieht ein anderer Abnehmer einzelne Netzausrüstungskomponenten - neben Nokia und Siemens - von Ericsson, Nortel, Cisco, Alcatel, Juniper und NEC. Ein dritter Abnehmer bezieht ebenfalls von neun verschiedenen Netzausrüstern Einzelkomponenten der Netzausrüstung, diese Komponenten überschneiden sich hingegen nicht mit den einzeln nachgefragten Komponenten des letztgenannten Abnehmers.

37. Die Zusammenschlussparteien führten in der Meldung alternative Marktabgrenzungen auf. So könnte für die Mobilfunknetzausrüstung einerseits ein weiterer Systemmarkt für die ganze Ausrüstung, andererseits getrennte Märkte für RAN, CNS und OSS, oder schliesslich noch engere Märkte durch Bildung von Untersegmenten von RAN etc. abgegrenzt werden. Die Zusammenschlussparteien erklärten ebenfalls, weshalb die aufgeführten engeren Marktabgrenzungsmöglichkeiten in Betracht kommen und beriefen sich dabei namentlich auf die oben beschriebenen offenen Schnittstellen zwischen verschiedenen Komponenten. Das gleiche Schema für alternative Marktabgrenzungen wurde von den Zusammenschlussparteien auch auf die Festnetzausrüstung angewandt. Einzig betreffend Servicedienstleistungen machten sie geltend, dass es i.d.R. keinen getrennten Markt für die Erbringung dieser Dienstleistungen gebe, da solche Dienstleistungen i.d.R. in den Ausschreibungsbedingungen enthalten sind und zusammen mit der Netzinfrastruktur vergeben bzw. angeboten werden.

38. Die EU-Kommission hat die verschiedenen alternativen Marktabgrenzungen geprüft, hat jedoch eine genaue Marktabgrenzung in ihrer Entscheidung vom 13. November 2006 offengelassen, da bei keiner denkbaren Marktabgrenzung der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben durch den Zusammenschluss erheblich behindert würde.

⁷ Digital Subscriber Line; DSL überträgt Daten über normale Kupferleitungen (auf anderen Frequenzen als die Sprachübermittlung).

⁸ Digital Subscriber Line Access Multiplexer; Netzgeräte, die Signale von mehreren DSL-Verbindungen empfangen und sie für den Transport auf dem Hochgeschwindigkeits-Backbone-Netz bündeln.

⁹ Time Division Multiplexing; die TDM-Vermittlung ermöglicht es, mehrere digitale Signale auf einem einzelnen Übertragungsweg zu transportieren.

¹⁰ Softswitch-Lösungen umfassen die Ausrüstung für IP-basierte Netze der nächsten Generation. Sie erreichen das gleiche Ergebnis wie TDM-Vermittlungen über Computersoftware und ein getrenntes, standardmässiges Routernetz.

¹¹ Schlüsselemente eines optischen Netzes sind Glasfaserkabel, Ausrüstung zur Bündelung, Bandbreitenmanagement, WDM-Ausrüstung (Wave Length Division Multiplexing; Übertragungstechnik, die Wellenlängen benutzt, um mehrfache Signale auf optischen Netzen zu übertragen).

¹² Betreffend die Mikrowellenfunkübertragung kann noch zwischen PTP (Point-to-Point)- und PMP- Mikrowellenfunkübertragung unterschieden werden.

39. Auch für die vorliegende Beurteilung kann die exakte Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offengelassen werden, da - wie nachfolgend aufgezeigt wird (*infra* Rz. 55 ff., 58 ff.) - auch bei der engstmöglichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.b Räumlich relevante/r Markt/Märkte

40. 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).

41. Die Netzausrüstung ist international standardisiert, was es Netzwerkausrüstern erlaubt, international tätig zu sein. Sie stehen folglich in einem globalen Wettbewerb zueinander. Die Marktgegenseite fragt Netzwerkausrüstungen ebenfalls weltweit nach, was sich darin zeigt, dass Ausschreibungen für Netzwerkausrüstung weltweit erfolgen.

42. Es bestehen somit starke Anhaltspunkte für die Abgrenzung weltweiter Märkte für Netzausrüstungen bzw. deren Komponenten. Einzig betreffend zugehörige Dienstleistungen ist die lokale Präsenz ein wichtiger Faktor, wenn der Service vor Ort zu erbringen ist. Diesbezüglich scheint eine engere Marktabgrenzung angezeigt.

43. Die EU-Kommission ging in ihrer Entscheidung vom 13. November 2006 von einem EWR-weiten, wenn nicht weltweiten geografischen Markt aus, liess die definitive Marktabgrenzung jedoch offen, da die Beurteilung der beiden Alternativen keine Unterschiede aufwies.

44. Auch für die vorliegende Beurteilung kann die exakte Abgrenzung des geografisch relevanten Marktes offengelassen werden, da - wie nachfolgend aufgezeigt wird - auch bei einer hypothetischen und zweifellos zu engen Marktabgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz umfassen würde, keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Marktsituation in der Schweiz mit derjenigen des EWR vergleichbar ist, weshalb behelfsweise ein geographischer Markt, welcher den EWR-Raum umfasst, als engstmögliche Marktabgrenzung angenommen werden kann.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

46. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien sind für die verschiedenen sachlich und räumlich relevanten Marktalternativen in unten stehenden Tabellen aufgeführt. Betreffend den räumlich relevanten Markt konnten die Zusammenschlussparteien keine genauen Angaben über die Marktstellung der verschiedenen Teilsegmente der Mobilfunk- und Festnetzausrüstung in der Schweiz machen. Da jedoch wie bereits erwähnt die Marktverhältnisse im EWR-Raum und in der Schweiz vergleichbar sind, kann für die Beurteilung, ob ein Markt betroffen ist im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, die Marktstellung im EWR behelfsmässig als Marktstellung der Zusammenschlussparteien in der Schweiz verwendet werden.

(a) Mobilfunknetzausrüstung

<i>Umsätze und Marktanteile der Parteien im Bereich Ausrüstung für Mobilfunknetze im Jahr 2005 in Mio. Euro</i>										
<i>Produkt</i>	<i>weltweit</i>					<i>EWR</i>				
	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>
	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Markt-anteil</i>
<i>RAN insgesamt</i>	[...]	10%-20%	[...]	5%-10%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	30%-40%
GSM/ GPRS/ EDGE-RAN	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	30%-40%
W-CDMA- RAN	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	30%-40%
<i>Mobil-kerne insgesamt</i>	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	30%-40%
Leitungs- vermittelte Kerne	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	30%-40%
Paketver- mittelte Kerne	[...]	10%-20%	[...]	5%-10%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%
<i>Mobile OSS</i>	[...]	5%-10%	[...]	5%-10%	10%-20%	[...]	10%-20%	[...]	5%-10%	10%- 20% ¹³

47. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich wird, sind bei einer engen Marktabgrenzung im Bereich Mobilfunknetzausrüstung die Märkte GSM/GPRS/EDGE-RAN, W-CDMA-RAN, leitungsvermittelte Kerne, paketvermittelte Kerne und allenfalls mobile OSS betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

¹³ Der Marktanteil für mobile OSS in der Schweiz wird höher geschätzt (30%-40%) als der Marktanteil im EWR-Raum. Der Markt für mobile OSS wäre somit in der Schweiz ein betroffener Markt.

(b) Festnetzausrüstung

<i>Umsätze und Marktanteile der Parteien im Bereich Ausrüstung für Festnetze im Jahr 2005 in Mio. Euro</i>										
<i>Produkt</i>	<i>weltweit</i>					<i>EWR</i>				
	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>
	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Um-satz</i>	<i>Markt-anteil</i>	<i>Markt-anteil</i>
<i>Schmal-bandzu-gang</i>	[...]	<5%	[...]	5%-10%	5%-10%	[...]	5%-10%	[...]	10%-20%	<i>20%-30%</i>
<i>(Breit-band) DSL-Zu-gang</i>	[...]	<5%	[...]	5%-10%	5%-10%	[...]	<5%	[...]	10%-20%	<i>20%-30%</i>
<i>ATM DSLAMs</i>	[...]	<5%	[...]	10%-20%	10%-20%	[...]	<5%	[...]	20%-30%	<i>20%-30%</i>
<i>Mikro-wellen-funk (PTP)</i>	[...]	5%-10%	[...]	10%-20%	10%-20%	[...]	<5%	[...]	10%-20%	<i>20%-30%</i>
<i>Kurzstre-cken-PTP</i>	[...]	5%-10%	[...]	10%-20%	10%-20%	[...]	<5%	[...]	10%-20%	<i>20%-30%</i>
<i>TDM-Switches</i>	[...]	<5%	[...]	10%-20%	10%-20%	[...]	<5%	[...]	30%-40%	<i>30%-40%</i>
<i>Soft-switches</i>	[...]	<5%	[...]	20%-30%	20%-30%	[...]	<5%	[...]	10%-20%	10%-20%

48. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich wird, sind bei einer engen Markabgrenzung im Bereich Festnetzausrüstung die Märkte Ausrüstung für Schmalbandzugang, DSL-Zugangs-ausrüstung (DSLAM), PTP-Funkübertragungsausrüstung und TDM Switches betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

(c) Servicedienstleistungen für Mobilfunk- und Festnetze

<i>Umsätze und Marktanteile der Parteien im Bereich zugehörige Dienstleistungen im Jahr 2005 in Mio. Euro</i>										
<i>Produkt</i>	<i>weltweit</i>					<i>EWR</i>				
	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>	<i>Nokia</i>		<i>Siemens</i>		<i>kumuliert</i>
	<i>Um- satz</i>	<i>Markt- anteil</i>	<i>Um- satz</i>	<i>Markt- anteil</i>	<i>Markt- anteil</i>	<i>Um- satz</i>	<i>Markt- anteil</i>	<i>Um- satz</i>	<i>Markt- anteil</i>	<i>Markt- anteil</i>
<i>Alle Dienstleistungen</i>	[...]	5%-10%	[...]	5%-10%	10%-20%	[...]	5%-10%	[...]	5%-10%	10%-20%
<i>Alle Mobilfunkdienstleistungen</i>	[...]	5%-10%	[...]	5%-10%	10%-20%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%
Bereitstellung, Lieferung und Installation	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%	[...]	10%-20%	[...]	10%-20%	20%-30%
Unterhalt und Wartung	[...]	10%-20%	[...]	5%-10%	10%-20%	[...]	10%-20%	[...]	5%-10%	20%-30%
Andere professionelle Dienstleistungen	[...]	5%-10%	[...]	<5%	5%-10%	[...]	10%-20%	[...]	<5%	10%-20%
Verwaltungsdienstleistungen	[...]	<5%	[...]	<5%	<5%	[...]	<5%	[...]	<5%	5%-10%

49. Wie aus obiger Tabelle ersichtlich wird, sind nur zur Mobilfunknetzausrüstung zugehörige Dienstleistungen, sowie bei einer engeren Marktabgrenzung deren Unterkategorien "Bereitstellung, Lieferung und Installation" und "Unterhalt und Wartung" betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

50. Nachfolgend werden folglich die Wettbewerbsverhältnisse auf den oben genannten betroffenen Märkten näher untersucht.

B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb

(a) Mobilfunknetzausrüstung

(aa) Allgemeine Bemerkungen

51. Durch den Zusammenschluss wird weder eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien im Bereich Mobilfunknetzausrüstung begründet, noch kann eine - vor dem Zusammenschluss nicht bestehende, wie die Marktanteile in obigen Tabellen deutlich machen - marktbeherrschende Stellung verstärkt werden. Ebenso wie vor dem Zusammenschluss sind die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss starkem Wettbewerb durch andere Mobilfunknetzausrüster ausgesetzt. Der klare Marktführer dabei ist Ericsson mit einem welt-

weiten Marktanteil von 20%-30% in allen Bereichen der mobilen Netzausrüstung und einem Marktanteil von 35%-45% bei den GSM/GPRS/EDGE- und W-CDMA Technologien. Ebenso starke Wettbewerber sind Alcatel/Lucent, Motorola, Nortel, Huawei, ZTE Corp., Fujitsu Ltd., Samsung Electronics Co., UT Starcom, NEC sowie eine Reihe weiterer Anbieter (*infra* Rz. 55).

52. Betreffend die Nachfragestruktur machten die Parteien geltend, dass Markentreue im Telekommunikationssektor oft eine unbedeutende Rolle im Vergleich zu Preis, Qualität und Service spiele. Da ein Anbieterwechsel i.d.R. vom eingesetzten Kapital in die gegenwärtige Ausrüstung abhängt, sind Produkt-Tausch-Vereinbarungen in Mobilfunkausrüstungsmärkten immer häufiger. Mit einer solchen Vereinbarung ersetzt eine Konkurrenzfirma die gesamte bestehende Ausrüstung vor Ende ihrer Nutzungsdauer und fördert dadurch die Häufigkeit von Anbieterwechseln.

53. Die kürzlichen Markteintritte von neuen und starken Wettbewerbern wie Huawei und ZTE in die Mobilfunknetzausrüstungsmärkte hat den Wettbewerb in diesem Bereich zusätzlich intensiviert. Ebenso kurbelt die Entwicklung neuer Mobilfunktechnologien

den Wettbewerb auf den Netzausrüstungsmärkten an.

54. Schliesslich bestätigten die vorliegend in der Schweiz befragten Netzausrüstungsabnehmer, dass unter den Mobilfunknetzausrüstern Wettbewerb herrscht. Sie zählten jeweils zahlreiche Netzausrüster - darunter Ericsson, Alcatel/Lucent, Nortel, NEC, Huawei, ZTE - auf, die sich an ihren Ausschreibungen beteiligt hatten und gaben die nicht gewählten Netzausrüster als Ausweichmöglichkeit im Falle eines Anbieterwechsels an.

(ab) Stellung der Wettbewerber in den betroffenen Märkten

55. Nachfolgende Tabelle stellt die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten im Bereich Mobilfunknetzausrüstung im Jahr 2005 dar. So hatten bspw. Nokia und Siemens im Bereich GSM/GPRS/EDGE-RAN im Jahr 2005 einen weltweiten kumulierten Marktanteil von 20%-30%, Ericsson von 40%-50%, Motorola von 10%-20%, Alcatel/Lucent von 5%-10% etc.

Marktanteile der Wettbewerber im Jahr 2005 ¹⁴	RAN-Ausrüstung		GSM/GPRS/EDGE-RAN		W-CDMA-RAN		Mobile Kerne insgesamt		Mobile leitungsvermittelte Kerne		Mobile paketvermittelte Kerne	
	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR
Nokia/Siemens kumuliert	10%-20%	30%-40%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	20%-30%
Ericsson	30%-40%	30%-40%	40%-50%	30%-40%	30%-40%	40%-50%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	30%-40%	30%-40%	40%-50%
Alcatel/Lucent	10%-20%	5%-10%	5%-10%	10%-20%	<5%	5%-10%	20%-30%	10%-20%	20%-30%	10%-20%	5%-10%	5%-10%
Motorola	10%-20%	<5%	10%-20%	<5%			5%-10%	<5%	5%-10%	0%	<5%	<5%
Nortel	5%-10%	5%-10%	<5%	5%-10%	<5%	5%-10%	10%-20%	5%-10%	10%-20%	5%-10%	10%-20%	10%-20%
NEC	5%-10%	<5%	<5%	<5%	10%-20%	5%-10%	<5%	<5%	<5%	<5%	<5%	<5%
Cisco Systems											<5%	<5%
Huawei	<5%	<5%	<5%	<5%			<5%	<5%	<5%	<5%	<5%	<5%
Fujitsu			5%-10%	<5%	5%-10%	n.a.	<5%	5%-10%				
Sonstige	5%-10%	5%-10%			5%-10%	10%-20%			<5%	<5%	10%-20%	10%-20%

56. Wie bereits erwähnt, existieren keine genauen Marktanteilszahlen für Komponenten der Mobilfunknetzausrüstung der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerber in der Schweiz. Diese dürften jedoch nicht erheblich von den Angaben im EWR-Raum abweichen. Die Zusammenschlussparteien gaben zudem Schätzungen ihrer eigenen Marktanteile in der Schweiz sowie derjenigen von Ericsson für einige Teilkomponenten der Netzwerkausrüstung an. Danach hatten die Zusammenschlussparteien für alle Mobilfunkausrüstungen zusammen in der Schweiz im Jahr 2005 einen kumulierten Marktanteil von 40%-50%¹⁵, Ericsson von 50%-60%. Für RAN-Ausrüstungen belief sich der Marktanteil von Nokia/Siemens kumuliert auf 40%-50%, (von Ericsson auf 50%-60%), für mobile Kerne auf 50%-60% (von Ericsson auf 40%-50%), für mobile OSS auf 30%-40% (von Ericsson auf 20%-30%). Abgesehen von den mobilen OSS, deren Marktanteil im EWR-Raum unter 20% liegt, sind die

Marktanteilsverhältnisse in der Schweiz effektiv mit denjenigen im EWR-Raum vergleichbar.

57. Die Tabelle bestätigt zudem die Aussagen der befragten Unternehmen in der Schweiz, dass auf den betroffenen Märkten im Bereich Mobilfunknetzausrüstung Wettbewerb herrscht und somit keine Be-

¹⁴ Die in der Tabelle aufgeführten Marktanteile beruhen auf Schätzungen der Zusammenschlussparteien, der Gartner Group, Dell'Orto und anderen Marktanalysten.

¹⁵ Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Umsatz von Siemens im Bereich Mobilfunknetzausrüstung fast ausschliesslich mit GSM-R erzielt wurde, ein Eisenbahnkommunikationssystem, das auf den Funkstandard GSM aufbaut, aber für die Verwendung bei Eisenbahnen angepasst wurde. Der kumulierte Marktanteil von 40%-50% setzt sich somit aus dem Marktanteil von Nokia von 30%-40% und dem Marktanteil von Siemens von 5%-10%, der sich ausschliesslich auf ein Nischenprodukt bezieht, zusammen.

gründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss bewirkt wird.

(b) Festnetzausrüstung

58. Betreffend die Wettbewerbssituation im Bereich Festnetzausrüstung im Allgemeinen kann auf die

diesbezüglichen Erwägungen zur Mobilfunknetzausrüstung verwiesen werden (*supra* Rz. 51 ff.). Allerdings ist im Festnetzausrüstungsbereich nicht Ericsson sondern Alcatel/Lucent insgesamt der stärkste Wettbewerber.

Marktanteile der Wettbewerber im Jahr 2005 ¹⁶	Festnetzausrüstung allgemein		Schmalbandzugangsausrüstung		DSL-Zugangsausrüstung (DSLAM)		PTP Funkübergangsausrüstungen		TDM-Switches	
	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR	weltweit	EWR
Nokia/Siemens kumuliert	5%-10%	5%-10%	5%-10%	20%-30%	10%-20%	20%-30%	10%-20%	20%-30%	10%-20%	30%-40%
Ericsson	5%-10%	5%-10%	5%-10%	10%-20%	5%-10%	5%-10%	20%-30%	20%-30%	5%-10%	10%-20%
Alcatel/Lucent	10%-20%	10%-20%	10%-20%	5%-10%	40%-50%	40%-50%	10%-20%	10%-20%	10%-20%	20%-30%
Motorola							5%-10%	<5%		
Nortel	5%-10%	5%-10%	10%-20%	10%-20%			<5%	<5%	<5%	10%-20%
NEC	<5%	<5%	5%-10%	n.a.	5%-10%	5%-10%	10%-20%	10%-20%	5%-10%	<5%
Cisco Systems	5%-10%	5%-10%								
Huawei	5%-10%	<5%	10%-10%	10%-20%	10%-20%	5%-10%			30%-40%	5%-10%
Tellabs			10%-20%	n.a.						
Sumitomo			10%-20%	n.a.						
Sonstige	50%-60%	50%-60%	20%-30%	20%-30%	20%-30%	10%-20%	10%-20%	20%-30%	20%-30%	<5%

59. Ebenso wie in Bezug auf die Mobilfunknetzausrüstung existieren auch keine genauen Marktanteilsangaben für Komponenten der Festnetzausrüstung der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerber in der Schweiz, weshalb wiederum die Marktanteile im EWR-Raum in die Beurteilung einbezogen werden. Nach Schätzungen der Zusammenschlussparteien belief sich aber ihr kumulierter Marktanteil in der Schweiz im Jahr 2005 für alle Festnetzausrüstungskomponenten zusammen auf 20%-30%, während derjenige von Alcatel/Lucent 20%-30% und derjenige von Ericsson 10%-20% betrug.

60. Der Vergleich zwischen der Stellung der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerber in den betroffenen Märkten im Bereich Festnetzausrüstung bestätigt die Aussagen der befragten Unternehmen in der Schweiz, dass auf den betroffenen Märkten im Bereich Festnetzausrüstung Wettbewerb herrscht und somit keine Begründung oder Verstärkung einer

marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss bewirkt wird.

(c) Serviceleistungen für Mobilfunknetze

61. Nach Schätzungen der Zusammenschlussparteien betrug ihr kumulierter Marktanteil in einem alle Mobilfunkdienstleistungen umfassenden Markt in der Schweiz im Jahr 2005 40%-50%, derjenige von Ericsson 50%-60%. Die Detailangaben für den Bereitstellungs-, Lieferungs- und Installationsdienstleistungsmarkt sowie für den Unterhalts- und Wartungsdienstleistungsmarkt in der Schweiz konnten von den Parteien wiederum nicht zuverlässig festgestellt werden. Im EWR-Raum beliefen sich die Marktanteile für den Bereitstellungs-, Lieferungs- und Installationsdienstleistungsmarkt auf 20%-30% für Nokia/Siemens, 20%-

¹⁶ Die in der Tabelle aufgeführten Marktanteile beruhen auf Schätzungen der Zusammenschlussparteien und der Gartner Group.

30% für Ericsson, 5%-10% für Alcatel/Lucent, <5% für NEC, je <5% für Motorola, Nortel und Huawei sowie 30%-40% für sonstige Anbieter und für den Unterhalts- und Wartungsdienstleistungsmarkt auf 20%-30% für Nokia/Siemens, 20%-30% für Ericsson, 5%-10% für Alcatel/Lucent, <5% für NEC, je <5% für Motorola, Nortel und Huawei sowie 40% für sonstige Anbieter.

62. Servicedienstleistungsaufträge werden i.d.R. zusammen mit der Netzausrüstung ausgeschrieben und vergeben, und es wurde bereits festgestellt, dass auf den Netzausrüstungsmärkten Wettbewerb herrscht. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird somit keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.2 Potenzieller Wettbewerb

63. Die Frage nach potenziellem Wettbewerb ist nur zu prüfen, falls der aktuelle Wettbewerb nicht ge-

nügt, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschließen. Wie aber vorab dargelegt wurde, wird durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung auf den eng abgegrenzten Märkten einzelner Komponenten der Mobilfunk- und Festnetzausrüstung und zugehöriger Servicedienstleistungen begründet oder verstärkt. Folglich erübrigt sich die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs.

B.4.3 Ergebnis

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

B 2.3

4. Lavena - ProSiebenSat.1

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Januar 2007

A Sachverhalt

1. Am 22. Dezember 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, wonach die Lavena Holding 4 GmbH, München (nachfolgend Lavena), die Kontrolle über die ProSiebenSat.1 Media AG, Unterföhring (nachfolgend ProSiebenSat.1), erwerben soll.

2. Lavena wird durch die Permira Holdings Limited, München (nachfolgend Permira), und einige Fonds und Tochtergesellschaften von Kohlberg Kravis Roberts & Co., New York (KKR), gemeinsam kontrolliert. Lavena ist speziell für die vorliegende Transaktion gegründet worden und hat bis anhin keine Aktivitäten ausgeübt.

3. Unter der Firma Permira Beteiligungsberatung GmbH besteht eine Gesellschaft mit Sitz in Frankfurt. Permira kontrolliert die Private Equity Funds, Permira Europe II Fund, Permira Europe III Fund und Permira Europe IV Fund (nachfolgend Permira Funds). Über diese hält Permira Beteiligungen an zahlreichen Unternehmen, darunter Mehrheitsbeteiligungen.

4. Zu den Investoren der KKR zählen sowohl Betriebs- als auch öffentliche Pensionskassen, Finanzinstitutionen, Versicherungsgesellschaften und universitäre Stiftungen. KKR tritt dabei als Investmentgesellschaft auf und nicht als Konglomerat oder Holdinggesellschaft. So werden die von KKR gehaltenen Firmen unabhängig geführt und finanziert und verfügen über eigene Vorstände, in denen Vertreter von KKR Einsitz nehmen.

5. ProSiebenSat.1 ist eine private Fernsehgesellschaft, deren Aktivitäten sich fast ausschliesslich auf Deutschland und teilweise auf Österreich und den deutschsprachigen Teil der Schweiz konzentrieren. ProSiebenSat.1 betreibt in Deutschland die vier hauptsächlich durch Werbeeinnahmen finanzierten TV-Kanäle Sat.1, ProSieben, kabel eins, N24 sowie 9Live, bei dem es sich um einen Kaufkanal (Teleshopping) handelt.

6. Permira und KKR erblicken im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine attraktive Investitionsmöglichkeit. Insbesondere wird beabsichtigt, das Geschäft von ProSiebenSat.1 mit demjenigen der niederländischen SBS Broadcasting S.A. (nachfolgend SBS) zusammenzuführen. Dadurch soll eine internationale TV-Gruppe entstehen, die im Wettbewerb mit den grossen europäischen TV-Sendern bestehen kann.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (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 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. 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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie 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 (Art. 4 Abs. 3 KG).

10. Veräusserin ist die German Media Partners L.P. (nachfolgend GMP), welche einerseits 75,1% der Stimm- und Kapitalanteile von ProSiebenSat.1 und andererseits 51,8% derjenigen von Sat.1 Beteiligungen GmbH hält, die wiederum [...] kontrolliert.

11. Permira und KKR halten - direkt oder indirekt - je 50% der Anteile an der Lavena Holding 1 GmbH. Diese ist Alleinaktionärin der Lavena Holding 2 GmbH, die wiederum Alleinaktionärin der Lavena Holding 3 GmbH ist. Die Lavena Holding 3 GmbH ist Alleinaktionärin von Lavena.

12. Lavena wird alle von GMP direkt und indirekt gehaltenen Anteile an der ProSiebenSat.1 durch Übernahme aller Partnerschaftsanteile an der P7S1 Holding L.P. und aller Aktien der P7S1 Management Co. erwerben. Des Weiteren wird das bietende Unternehmen den Aktionären der ProSiebenSat.1 ein Übernahmeangebot unterbreiten, um seinen direkten Anteil an ProSiebenSat.1 zu erhöhen.

13. Permira und KKR erlangen hierdurch die gemeinsame Kontrolle über ProSiebenSat.1. Vorliegend handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

14. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

15. Permira und KKR erreichten im Jahr 2005 weltweite Umsätze von rund CHF [...] resp. [...]. Die in der Schweiz von Permira und KKR erzielten Umsätze beliefen sich auf rund CHF [...] resp. CHF [...]. Der Umsatz von ProSiebenSat.1 betrug im Jahr 2005 weltweit rund CHF [...] und in der Schweiz rund CHF [...].

16. Demnach sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Insbesondere erzielten mindestens zwei beteiligte Unternehmen im Jahr 2005 in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

C.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

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 VKU).

a) Zuschauermärkte

20. Im Fall Swisscom-Cinetrade (RPW 2005/2, S. 365 f., Rz. 36 ff.) wurde von getrennten sachlich relevanten Märkten für Pay TV und Free TV ausgegangen¹. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann somit von getrennten sachlich relevanten Märkten für Pay TV und Free TV ausgegangen werden.

b) Markt für Fernsehwerbung

21. Praxisgemäss ist nicht von einer den gesamten Werbemarkt (Fernseh-, Radio-, Kinowerbung, Werbung in den Printmedien usw.) umfassenden Markt- abgrenzung auszugehen (Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA [und ihrer Tochtergesellschaften] an Zeitungsverlagen, RPW 2006/3, S. 452, Rz. 27; NZZ - Espace - Der Bund, RPW 2004/2, S. 490 f., Rz. 43 f.; Tamedia AG/20 Minuten [Schweiz] AG, RPW 2004/2, S. 596 ff., Rz. 60 ff.; NZZ - Espace - Der Bund: Vorläufiger Vollzug, RPW 2004/1, S. 156, Rz. 26 f.; NZZ - LZ Medien Holding AG, RPW 2002/2, S. 342, Rz. 13 ff.; Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 725 ff., Rz. 24 ff.; Mittelland Zeitung, RPW 2001/3, S. 543, Rz. 20 ff.). Zu unterscheiden ist insbesondere zwischen nationaler und regionaler Werbung. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann von einem Markt für den Verkauf von Fernsehwerbezeit für nationale Werbung ausgegangen werden. Letztlich

kann die genaue Markt- abgrenzung offenbleiben, da der Zusammenschluss selbst bei dieser engst möglichen Markt- abgrenzung als unbedenklich zu betrachten ist.

II. Räumlich relevante Märkte

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

23. Für alle vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte ist praxisgemäss von räumlichen Märkten auszugehen, die das Gebiet der deutschsprachigen Schweiz umfassen (PKS Media S.à.r.l./SBS Broadcasting S.A., RPW 2005/4, S. 636 f.; Gemeinschaftsunternehmen Sat.1 [Schweiz]/Ringier AG, RPW 2000/1, S. 46 ff.).

C.2 Keine betroffenen Märkte

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

a1) Pay TV

25. Das Pay TV-Geschäft von ProSiebenSat.1 befindet sich noch im Entwicklungsstadium. Die einzige Überlappung zwischen ProSiebenSat.1 und Permira resp. KKR besteht in SBS, die Permira und KKR im Jahr 2005 gemeinsam erworben haben (RPW 2005/4, S. 636 f.). Zu SBS gehören verschiedene kommerzielle private Fernsehsender in Zentral- und Westeuropa, die von ihr auch betrieben werden. Ausserdem betreibt SBS in Schweden, Finnland, Dänemark, Norwegen, den Niederlanden und Griechenland insgesamt 53 Radiosender. Ausserdem gehört ihr die wöchentlich erscheinende niederländische Radio- und Fernsehzeitschrift Veronica Magazine. Die einzige Geschäftstätigkeit von SBS in der Schweiz sind die Aktivitäten von C More im Markt für Pay TV, die ab dem 7. Januar 2007 eingestellt werden. Ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegt im Bereich Pay TV aufgrund der vernachlässigbaren Marktanteile nicht vor. Die potenzielle Konkurrenz wird durch den Zusammenschluss nicht beeinträchtigt, sondern allenfalls verstärkt. Es kann somit von vornherein ausgeschlossen werden, dass im Bereich Pay TV eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

¹ In früheren Entscheiden wurde diese Frage nicht abschliessend geklärt (Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 725, Rz. 24; Gemeinschaftsunternehmen Sat.1 [Schweiz]/Ringier AG, RPW 2000/1, S. 49).

a2) Free TV

26. Auch im Bereich Free TV liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Wie aus folgender Tabelle ersichtlich ist, besteht eine genügende Zahl von starken Wettbewerbern. Hinzu kommt, dass sich durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Marktstellung von ProSiebenSat.1 kaum wesentlich verstärkt. Auch eine wesentliche Verminderung der potenziellen Konkurrenz durch die Zusammenführung von ProSiebenSat.1 mit SBS kann ausgeschlossen werden.

Marktanteile Free TV 2005	
Sat.1	6,8%
ProSieben	7,7%
kabel eins	3,7%
N24	n.a.
9Live	n.a.
ProSiebenSat.1 Total	18,2%
RTL	9,2%
RTL II	4,6%
Vox	5%
Super RTL	2,1%
SF 1	16,2%
SF 2	9,2%
MTV	0,8%
Viva	1%
Andere	33,7%

Quelle: Publica Data (Schweizer Reichweitenmessung aus Tele-control).

b) Markt für Fernsehwerbung

27. Die für die Zuschauermärkte im Bereich Free TV gemachten Aussagen lassen sich auf den Markt für Fernsehwerbung übertragen. Auch hier liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor und die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann ausgeschlossen werden.

Marktanteile Verkauf TV-Sendezeit für nationale Werbung 2005	
Sat.1	10%
ProSieben	10%
kabel eins	2%
N24	n.a.
9Live	n.a.
ProSiebenSat.1 Total	22%
RTL	11%
RTL II	5%
Vox	4%
Super RTL	1%
SF 1	39%
SF 2	8%
MTV	0,4%
Viva	1%
Andere	8,6%

Quelle: Media Focus brutto

D Ergebnis

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

B 2.3

5. Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 33 KG**Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et 33 LCart**Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 33 LCart**Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 20. Februar 2006***A SACHVERHALT****A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 17. November 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Zschokke/Batigroup ein. Demgemäss beabsichtigen die Zschokke Holding AG (nachfolgend: Zschokke) und die Batigroup Holding AG (nachfolgend: Batigroup) einen Zusammenschluss durch Neugründung der gemeinsamen Tochtergesellschaft Implenia AG (nachfolgend: Implenia), auf welche beide Zusammenschlussparteien ihre bisherigen Tätigkeiten übertragen werden. Zschokke und Batigroup werden damit in Implenia fusioniert und gehen unter.

2. Zschokke mit Hauptsitz in Genf ist in den drei Kernbereichen General- und Totalunternehmung (nachfolgend: GU/TU), Bauproduktion und Immobilien-Dienstleistungen tätig. Ihre Aktien sind an der SWX kotiert. Zur Zschokke gehören mehrere Tochtergesellschaften, u.a. die Unternehmen Zschokke Generalunternehmung AG, Zschokke Bau AG, Privera AG und die Robert Aerni Ingenieur AG. Zschokke ist schwergewichtig in der Schweiz, aber auch in Frankreich, Österreich, Deutschland und in der Slowakei tätig.

3. Das Leistungsspektrum der Batigroup mit Sitz in Basel umfasst die Bauproduktion und Baudienstleistungen. Ihre Aktien sind ebenfalls an der SWX kotiert. Die Batigroup entstand 1997 aus dem Zusammenschluss der drei Baugruppen Preiswerk, Stugag und Schmalz und besteht aus 34 Gesellschaften, welche in allen Regionen der Schweiz und im Raum Südbaden (Deutschland) präsent sind.

4. Laut Angaben der Parteien wurde das Zusammenschlussvorhaben am 19. Dezember 2005 auch den deutschen Wettbewerbsbehörden gemeldet. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2005 teilten diese den Parteien die Genehmigung des Zusammenschlusses mit.

5. Mit der Gründung der Implenia bezwecken die beteiligten Unternehmen, Synergien im Produktionsbereich zu schaffen und notwendige Kosteneinsparungen zu erzielen. Gleichzeitig sollen mit dem Zusammenschluss die notwendige Grösse und finanzielle Unabhängigkeit erreicht werden, damit die Parteien sich auf dem europäischen Markt positionieren und international expandieren können.

6. Hervorzuheben ist, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben während einer laufenden Untersuchung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) betreffend unzulässige Absprachen im Bereich der Strassenbelagsproduktion und des Strassenbaus im Kanton Tessin stattfindet, wobei Batigroup Tessin zu den Adressaten dieser Untersuchung gehört.

A.2 Das Verfahren

7. Mit Schreiben vom 10. November 2005 reichten die Parteien den Meldungsentwurf und am 17. November 2005 die definitive Meldung des Zusammenschlusses ein. Am 24. November 2005 stellte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung fest.

8. Am 19. Dezember 2005 hat die zuständige Kammer Produktemärkte der Weko auf Antrag des Sekretariats gemäss Art. 10 Abs. 1 KG (Kartellgesetz, KG; SR 251) das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und Art. 32 f. KG beschlossen.

9. Die Eröffnung des Prüfungsverfahrens wurde am 28. Dezember 2005 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 10. Januar 2006 im Bundesblatt publiziert.

10. Am 20. Dezember 2005 stellten die Parteien einen Antrag auf Akteneinsicht. Die einsehbaren Akten wurden den Parteien am 11. Januar 2006 auf Postweg zugestellt.

11. Die Begründung für die Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde den Parteien mit Schreiben vom 29. Dezember 2005 mitgeteilt.

12. Im Rahmen der Ermittlungen versandte das Sekretariat Fragebogen an zahlreiche Konkurrenten und Kunden der Zusammenschlussparteien.

13. Am 12. Januar 2006 reichten die Parteien dem Sekretariat ihre Stellungnahme zur Begründung für die Einleitung des Prüfungsverfahrens ein.

14. Auf Wunsch der Parteien fand am 13. Januar 2006 ein Gespräch in den Räumlichkeiten des Sekretariats zwecks Breibringen zusätzlicher Informationen betreffend das Zusammenschlussvorhaben statt. Anlässlich dieses Gesprächs wurde auch die Problematik einer allfälligen Teilnahme einer Zusammenschlusspartei an unzulässigen Abreden im Kanton Tessin angesprochen.

B ERWÄGUNGEN**B.1. Geltungsbereich**

15. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2

Abs. 1 KG). Zschokke und Batigroup sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1 Unternehmenszusammenschluss

16. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG gilt als Unternehmenszusammenschluss die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen.

17. Die Durchführung des Zusammenschlussvorhabens erfolgt durch Gründung der Implenia, wobei die beteiligten Unternehmen je 50% der Aktien der Implenia halten.

18. Die Parteien haben vereinbart, dass die Aktivitäten der beteiligten Unternehmen Zschokke und Batigroup jeweils mittels Absorptionsfusion in die neu gegründete, gemeinsame Tochtergesellschaft Implenia, welche ebenfalls an der SWX kotiert sein wird, übertragen werden. Zschokke und Batigroup werden durch die Fusion untergehen.

19. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt demnach eine Fusion von zwei bisher voneinander unabhängig Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG dar.

B.1.2 Meldepflicht

20. Wie aus der nachfolgenden Tabelle 1 ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a VKU die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG. Im Geschäftsjahr 2004 erzielten sie zusammen einen Umsatz von insgesamt über CHF 2 Mia. In der Schweiz erwirtschafteten Zschokke und Batigroup im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von je über CHF 100 Mio. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 KG.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen im Jahr 2004

<i>Unternehmen</i>	<i>Weltweiter Umsatz (Mio. CHF)</i>	<i>Umsatz Schweiz (Mio. CHF)</i>
Zschokke*	1'386	1'382
Batigroup	911	852
Total	2'464	2'401

*Legende: 1 Umsätze inkl. Arbeitsgemeinschaften

Quelle: Umsätze gemäss Geschäftsberichten der Parteien und Parteiangaben.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

21. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

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

23. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurde festgestellt, dass Implenia durch das Zusammenschlussvorhaben zum grössten Unternehmen in der schweizerischen Baubranche wird. Dies gilt insbesondere für die Märkte für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau), GU/TU-Leistungen sowie Spezialtiefbau. In diesen

Märkten waren anlässlich der vertieften Prüfung die folgenden Punkte zu klären:

- Im Tunnel- und Felsbau gehören die meldenden Parteien zu den grössten Anbietern in der Schweiz. In der vorläufigen Prüfung verfügte das Sekretariat nicht über die notwendigen Daten, um die Marktanteile der Parteien abschliessend feststellen zu können. Es bestanden Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien auf dem Schweizer Markt über beträchtliche Marktanteile verfügen. Weiter gilt zu beachten, dass der Tunnel- und Felsbaumarkt stark durch (relativ wenige) Grossaufträge geprägt ist. Dadurch kann das Marktvolumen grossen Schwankungen unterworfen sein. In den vergangenen Jahren war das Marktvolumen aufgrund diverser Grossprojekte (z.B. NEAT, Bahn 2000) ausserordentlich hoch. Mit den unterschiedlichen Marktvolumina können auch die Marktanteile der einzelnen Unternehmen von Jahr zu Jahr stark variieren. Deshalb sollte in der vertieften Prüfung die Marktstruktur, die Marktdynamik und die Rolle der meldenden Parteien über einen Zeitraum von mehreren Jahren detailliert analysiert werden.
- Aufgrund der zukünftigen Marktstellung könnten die meldenden Parteien in den Bereichen GU/TU sowie Spezialtiefbau insbesondere bei Grossaufträgen gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber ande-

ren Firmen im Markt haben. Sollten die im Rahmen von Grossaufträgen erbrachten Leistungen in den Bereichen GU/TU bzw. Spezialtiefbau als jeweils separate Märkte zu betrachten sein, könnten die gemeinsamen Marktanteile der Parteien bedeutend höher sein als die von ihnen geschätzten Marktanteile für die Gesamtmärkte GU/TU-Leistungen bzw. Spezialtiefbauleistungen in der Schweiz. In der vertieften Prüfung sollte deshalb eruiert werden, ob die Märkte für GU/TU-Leistungen und Spezialtiefbau je nach Auftragsgrösse in unterschiedliche Marktsegmente zu unterteilen sind und ob die Zusammenschlussparteien auf diesen Märkten allenfalls eine marktbeherrschende Stellung erlangen können.

- General- und Totalunternehmer sind Nachfrager von Bauproduktionsleistungen. Durch den Zusammenschluss könnte Zschokke als bedeutende Anbieterin von GU/TU-Leistungen vermehrt Bauproduktionsleistungen, wie bspw. Spezialtiefbauleistungen, von der Batigroup und nicht mehr von Dritten beziehen. Aus diesem Grund sollte die vertiefte Prüfung diese allfällige vertikale Integration auf wettbewerbsrechtliche Wirkungen hin überprüfen.

B.2.1 Relevante Märkte

B.2.1.1 Sachlich relevante Märkte

Vorbemerkung

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

25. Das Zusammenschlussvorhaben wird insbesondere auf die Baubranche Auswirkungen haben. Nachfolgende Ausführungen beziehen sich lediglich auf die sachlich relevanten Märkte aus Sicht der Nachfrager von Bauleistungen. Nicht Gegenstand unten stehender Analysen ist die Beschaffungsseite, welche Lieferanten von Primärmaterialien wie Stahl, Beton und Kies sowie Maschinenproduzenten umfasst.

26. Betreffend der Definition der sachlich relevanten Märkte in der Baubranche bleibt festzuhalten, dass diese aus einer Vielzahl von Marktteilnehmern unterschiedlicher Grössen und Tätigkeitsbereichen besteht, wobei der einzelne Marktteilnehmer i.d.R. auf mehreren (Teil-) Märkten der Baubranche tätig ist. In der Folge werden lediglich jene Märkte beschrieben, in welchen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tatsächlich tätig sind.

27. Wie unten dargelegt wird, sind nur die Märkte für GU/TU-Leistungen und für Spezialtiefbau betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU (vgl. Tabelle 3). Deshalb werden die übrigen sachlich relevanten Märkte vorliegend lediglich summarisch beschrieben.

28. Nach Angaben der beteiligten Unternehmen und entsprechend der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission lassen sich durch den Zusammenschluss nachfolgende sachlich relevante (Teil-) Märkte unterscheiden:¹

Generalunternehmung/Totalunternehmung (GU/TU)

29. Der Bereich GU/TU umfasst Leistungspakete, mit denen ein Bauprojekt von seiner Planung bis zu seiner Nutzungsphase koordiniert wird. Ein Totalunternehmer erhält vom Bauherrn den Auftrag, ein Bauprojekt umfassend (einschliesslich Planung) umzusetzen und die dazu notwendigen Aufträge an Bauunternehmen seiner Wahl zu vergeben. Die Umsetzung erfolgt somit auf Risiko der TU. Dadurch erwirbt der Bauherr klare Verantwortungs- und Ansprechstrukturen. Im Unterschied zur TU entfällt bei der GU die Planung, d.h. die Auswahl eines Architekten. Deshalb unterscheidet sich eine GU von einer TU grundsätzlich darin, dass im Falle einer GU zwischen Bauherr und Planern ein eigenes Vertragsverhältnis besteht, während im Falle einer TU auch die Planer von der TU beauftragt werden. Die Grenze zwischen den beiden Organisationsformen ist allerdings fließend.

30. Ferner sind die GU und die TU durch eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität gekennzeichnet. Deshalb kann gemäss Praxis der Weko von einem Gesamtmarkt GU/TU ausgegangen werden.²

31. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die meldenden Parteien insbesondere bei Grossaufträgen gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen, im Bereich GU/TU tätigen Firmen haben (vgl. Rz. 23). Deshalb wurde im Rahmen des vertieften Prüfungsverfahrens analysiert, ob die im Rahmen von Grossaufträgen erbrachten Leistungen im Bereich GU/TU als separater Markt zu betrachten sind.

32. Dazu prüfte das Sekretariat, ob gewisse Unternehmen grundsätzlich nur kleine oder lediglich grosse Projekte ausführen. Insbesondere wurde untersucht, ob die umsatzmässig kleineren Unternehmen im Bereich GU/TU grundsätzlich kleinere Aufträge ausführen als grössere Unternehmen. Zu diesem Zweck wurden die kontaktierten Unternehmen gebeten, die Umsatzanteile anzugeben, die sie im Jahr 2004 mit GU/TU-Aufträgen in vorgegebenen Projektsummenintervallen erzielt hatten, wobei auch die anteiligen Umsätze bei Arbeiten in Arbeitsgemeinschaften zu berücksichtigen waren. Die vorgegebenen Projektsummenintervalle sind die folgenden: kleiner als CHF 1 Mio., CHF 1 Mio. bis CHF 5 Mio., CHF 5 Mio. bis CHF 10 Mio., CHF 10 Mio. bis CHF 20 Mio., CHF 20 Mio. bis CHF 50 Mio. und grösser als CHF 50 Mio.

33. Die erhaltenen Antworten lassen zwei Gruppen von Unternehmen erkennen:

- Unternehmen mit einem jährlichen Umsatz im GU/TU-Bereich unter CHF 100 Mio., die grundsätzlich keine Aufträge über CHF 50 Mio. ausführen und
- Unternehmen mit Umsätzen über CHF 100 Mio., die i.d.R. Aufträge über CHF 50 Mio. verrichten.

¹ RPW 1997/2, S. 204, Rz. 11; RPW 2000/4, S. 610 ff.; RPW 2001/3, S. 566, Rz. 5; RPW 2004/1, S. 147, Rz. 9.

² RPW 2001/3, S. 566, Rz. 2.

34. Allerdings sind im Markt für GU/TU-Leistungen auch kleine Unternehmen beobachtbar, die GU/TU-Aufträge über CHF 50 Mio. koordinieren (vgl. Rz. 36). Zudem sind einige Unternehmen, die Aufträge über CHF 50 Mio. ausführen, gleichzeitig auch in der kleinsten Auftragskategorie tätig. Insofern sind die Grenzen der genannten Gruppenklassifikation durchlässig.

35. Obwohl eine gewisse Tendenz zum in Rz. 32 beschriebenen Muster feststellbar ist, kann keine eindeutige Regelmässigkeit festgestellt werden. Weiter sprachen sich die befragten Unternehmen grundsätzlich gegen eine Aufteilung nach Auftragsgrösse aus.

36. Diese Ansicht wird von den meldenden Parteien geteilt. Sie machen geltend, dass sowohl grosse als auch kleinere Unternehmen in der Lage sind, alleine oder in Arbeitsgemeinschaften grosse GU/TU-Projekte abzuwickeln. Als Beispiel wird eine GU angeführt, die mit rund zehn Mitarbeitern ein Projekt mit einem Auftragsvolumen von CHF 60 Mio. koordiniert. Weiter würden sich auch grosse Unternehmen für kleinere Projekte bewerben.

37. Aus den obgenannten Gründen geht das Sekretariat weiterhin von einem einheitlichen Markt für GU/TU-Leistungen aus.

Spezialtiefbau

38. Der Markt für Spezialtiefbau umfasst etwa Grossbohrungen (Bohrpfähle, Filterbrunnen, Vertikal-schachtbohrungen), Rammarbeiten (Betonpfähle), Baugrubenabschlüsse (Bohrpfahl-, Schlitz-, Rühl-, Spund-, Nagelwände), Kleinbohrungen (Anker, Mikropfähle, Vernagelungen, Jetting), Grundwasserabsenkungen, Microtunnelling, Tiefenbohrungen, Rütteldruckverfahren, Sondierungen, gesamte Baugruben sowie Arbeiten im Pressvortrieb.

39. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die meldenden Parteien insbesondere bei Grossaufträgen gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen, im Spezialtiefbau tätigen Firmen haben. Deshalb wurde im vertieften Prüfungsverfahren analysiert, ob die im Rahmen von Grossaufträgen erbrachten Leistungen im Spezialtiefbau als separater Markt zu betrachten sind.

40. Dazu prüfte das Sekretariat, ob gewisse Unternehmen lediglich kleine oder grosse Projekte ausführen. Insbesondere wurde untersucht, ob die Unternehmen mit geringeren Umsätzen im Spezialtiefbau grundsätzlich kleinere Aufträge ausführen als grössere Unternehmen. Zu diesem Zweck wurden die kontaktierten Unternehmen gebeten, die Umsatzanteile anzugeben, die sie im Jahr 2004 im Bereich Spezialtiefbau in vorgegebenen Projektsummen-Intervallen erzielt haben, wobei auch die anteiligen Umsätze bei Arbeiten in Arbeitsgemeinschaften zu berücksichtigen waren. Die vorgegebenen Projektsummen-Intervalle sind die Folgenden: kleiner als CHF 50'000.-, CHF 50'000.- bis CHF 100'000.-, CHF 100'000.- bis CHF 0.5 Mio., CHF 0.5 Mio. bis CHF 1 Mio., CHF 1 Mio. bis CHF 5 Mio. und grösser als CHF 5 Mio.

41. Ähnlich wie im Markt für GU/TU-Leistungen führen kleine Unternehmen tendenziell kleinere Aufträ-

ge aus verglichen mit grossen Unternehmen. Jedoch verrichten grosse Unternehmen auch Aufträge unter CHF 50'000.- während kleine Unternehmen - insbesondere in Arbeitsgemeinschaften - auch den Zuschlag für grössere Arbeiten erhalten. Tatsächlich erzielen die befragten Unternehmen durchschnittlich bis zu 35% ihres Jahresumsatzes in Arbeitsgemeinschaften. Vor diesem Hintergrund ist eine allfällige Unterteilung des Marktes nach Auftragsgrösse ökonomisch nicht angezeigt. Zudem beurteilten die befragten Unternehmen eine Aufteilung nach Auftragsgrösse grundsätzlich nicht als sinnvoll.

42. Diese Auffassung teilen auch die Zusammenschlussparteien. Sie führen bspw. aus, dass der Übergang zwischen den Projektgrössen fließend ist und etwa vom Volumen, dem Anteil der Subunternehmerleistungen und der Komplexität des Auftrags abhängt. Zudem würden sich sowohl grosse als auch kleine Unternehmen entweder allein oder in Arbeitsgemeinschaften für alle Projekte bewerben.

43. Ferner machen die Parteien geltend, die Auftragsgrösse korreliere nicht mit der Komplexität des Auftrags. Ein grosser Auftrag könne mit gängigen Maschinen abgewickelt werden, während ein kleiner Auftrag technisch komplex sein könne und den Einsatz spezifischer Maschinen erfordere.

44. Nebst einer Aufteilung gemäss Auftragsgrösse könnte der Markt nach Art der Arbeiten (z.B. Baugrubenabschlüsse, Sondierbohrungen etc.) segmentiert werden. Tatsächlich führen weder die Zusammenschlussparteien noch die befragten Konkurrenten sämtliche Arbeiten im Spezialtiefbau durch. Stattdessen ist eine gewisse Spezialisierung feststellbar. So bietet etwa Batigroup im Spezialtiefbau Bohrpfähle, Schlitzwände, Anker, Kleinbohrpfähle und Rühlwände an. Nicht angeboten werden hingegen Spundwände, Ramppfähle, Jetting, Injektionsrammpfähle, Verdrängungspfähle und Sondierbohrungen.

45. Laut den Zusammenschlussparteien ist für sie ein (Wieder-) Einstieg in nicht oder nicht mehr angebotene Leistungen aufgrund des vorhandenen Know-how jederzeit möglich. Demzufolge ist die Angebotsumstellungsflexibilität der Zusammenschlussparteien für die verschiedenen Leistungen im Bereich Spezialtiefbau als hoch einzustufen.

46. Die Angebotsumstellungsflexibilität von kleineren Marktteilnehmern ist gemäss Angaben der befragten Marktteilnehmern infolge von mangelndem Know-how und Kapital entsprechend tiefer. Allerdings haben kleinere Marktteilnehmer die Möglichkeit, Arbeitsgemeinschaften mit in- und ausländischen Partnern zu bilden, um grosse und komplexe Arbeiten durchzuführen. Wie bereits erwähnt, nehmen die befragten Unternehmen diese Möglichkeit tatsächlich wahr (vgl. Rz. 41). Zudem können Spezialmaschinen projektbezogen gemietet werden. Dies legt nahe, den Markt für Spezialtiefbau nicht in einzelne Segmente zu unterteilen.

47. Aus den obgenannten Gründen geht das Sekretariat weiterhin von einem einheitlichen Markt für Spezialtiefbau aus.

Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau)

48. Der Markt für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) umfasst ein breites Leistungsspektrum.³ Dazu gehören insbesondere Ausbruch, Sicherung, und Ausbau von Untertagbauten (Tunnel, Stollen, Kavernen, Schächte). Diese dazu verwendeten Methoden sind der konventionelle Sprengvortrieb im Fels, der mechanische Tunnelvortrieb, der Vortrieb in Lockermaterial sowie Spezialverfahren/Bauhilfsmassnahmen.

Hochbau

49. Der Markt für Hochbau umfasst den Häuserbau und Hochbauten aller Art. Dazu gehören Fabrikationsgebäude, Geschäftshäuser, Büro- und Verwaltungsbauten, Einkaufszentren und Parkhäuser.⁴

Allgemeiner Tiefbau

50. Der Markt für den allgemeinen Tiefbau umfasst den Bau von Standplätzen, Flussverbauungen, Bahngleisen, Werkleitungen und Unterführungen.⁵

Strassen- und Belagsbau

51. Der Markt für Strassen- und Belagsbau umfasst alle mit dem Einbau von Schwarzbelag zusammenhängenden Arbeiten wie etwa Terrain Vorbereitung, Belagseinbau und Unterhalt. Die Grenze zum allgemeinen Tiefbau ist fließend.⁶

Markt für Strassenbeläge (Produktion)

52. Der Markt für Strassenbeläge (Produktion) umfasst die Deck-, Trag- und Foundationsschichten sowie sämtliche Belagssorten und -typen.⁷

Immobilienhandel/Immobilienbewirtschaftung

53. Der Immobilienhandel umfasst den Verkauf und die Vermittlung von Immobilien, die Objektaufnahme, die Gutachtertätigkeit (z.B. Verkehrswertschätzungen) sowie das Führen von Verkaufsverhandlungen, Kaufabschlüsse und die eigentliche Vertragsabwicklung. Zur Immobilienbewirtschaftung gehören im Wesentlichen Erst- und Spezialvermietungen, der Abschluss und die Auflösung von Hauswartverträgen, das Inkasso der Mietzinse und Nebenkosten, die periodische Überprüfung der Mietzinssätze, das Portfoliomanagement sowie die Erteilung von Wartungsaufträgen. Gemäss der Praxis der Weko sind Immobilienhandel und -bewirtschaftung demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.⁸

Umbau/Revonovation

54. Zum Markt Umbau und Renovation gehören sämtliche Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit Umbauten und Renovationen erbracht werden.

Baustoffrecycling

55. Die Tätigkeit im Bereich Baustoffrecycling umfasst das Wiederverwerten von Baustoffen. Sämtliche verwertbare Bauabfälle von Baustellen werden getrennt, assortiert und dem Recycling zugeführt.⁹

B.2.1.2 Geografisch relevante Märkte

Überblick über räumlich relevante Märkte

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

57. Je nach Auftragsgrösse einer nachgefragten Bauleistung wird der Bausektor in regionale, nationale und internationale räumlich relevante Märkte aufgeteilt. Die Grenzen sind allerdings fließend.¹⁰

58. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die räumliche Abgrenzung der oben definierten sachlichen Märkte. Die vorgenommene Markt-Abgrenzung basiert grundsätzlich auf der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission.¹¹

59. Zu Tabelle 2 ist Folgendes anzumerken:

- Für die Märkte mit einer regionalen Abgrenzung hat die Wettbewerbskommission die einzelnen Regionen bisher nicht definiert. Vorliegend wird für die Märkte Hochbau, allgemeiner Tiefbau, Strassen- und Belagsbau sowie Umbau/Renovation von den folgenden regionalen Märkten ausgegangen: Romandie, Nordwestschweiz (grenzt an die Romandie und erstreckt sich bis nach Solothurn und umfasst den Grossraum Bern), nördliches Mittelland (Kantone Aargau, Basel Land und Basel Stadt), Nordostschweiz (Kanton Zürich, Gebiet nordöstlich von Zürich und Kanton St. Gallen), Zentralschweiz (Grossraum Luzern, Kantone Zug, Nid-/Obwalden, Uri, Schwyz und Glarus), Südostschweiz (Kanton Graubünden) und Südschweiz (Kanton Tessin).
- Beim Markt für Strassenbeläge (Produktion) ist von regionalen räumlichen Märkten auszugehen, welche sich ungefähr 50-80 Kilometer um die Bezugsstandorte erstrecken.
- Die Markt-Abgrenzung im Bereich Umbau und Renovation basiert auf den Angaben der meldenden Parteien.

³ RPW 1997/2, S. 204, Rz. 11.

⁴ RPW 1997/2, S. 204, Rz. 11.

⁵ RPW 1997/2, S. 204, Rz. 11.

⁶ RPW 1997/2, S. 204, Rz. 11.

⁷ RPW 2000/4, S. 610 ff.

⁸ RPW 2001/3, S. 566, Rz. 5.

⁹ RPW 2004/1, S. 147, Rz. 9.

¹⁰ RPW 2004/1, S. 147 Rz. 12; RPW 1997/2, S. 204, Rz. 14.

¹¹ RPW 2004/1, S. 147, Rz. 11 ff.; RPW 2004/1, S. 144, Rz. 17; RPW 2001/3, S. 568, Rz. 15 ff.; RPW 1997/2, S. 204, Rz. 13 ff.; RPW 2000/4, S. 613 Rz. 117 ff.

Tabelle 2: Räumliche Abgrenzung der relevanten Märkte

<i>Markt</i>	<i>Räumliche Abgrenzung</i>
Generalunternehmung/Totalunternehmung	national
Spezialtiefbau	national
Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau)	national
Hochbau	regional
Allgemeiner Tiefbau	regional
Strassen- und Belagsbau	regional bis national
Markt für Strassenbeläge (Produktion)	regional
Immobilienhandel/Immobilienbewirtschaftung	national
Umbau/Renovation	regional
Baustoffrecycling	regional

60. Die Märkte haben sich in den letzten Jahren durch die gesetzliche Liberalisierung im Bereich des Submissionsrechts vermehrt geöffnet und könnten sich mit dem für den 6. Juli 2006 vorgesehenen Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes zusätzlich ausdehnen. Somit besteht eine Tendenz zu grösseren geografischen Märkten. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass insbesondere die Märkte für GU/TU-Leistungen, für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) sowie für Spezialtiefbau europaweite Märkte sind. Diese Frage wird vorliegend offengelassen, da sie die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens unbeeinflusst lässt.

61. Eine detailliertere Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte wird vorliegend lediglich für den Bereich GU/TU sowie den Markt für Spezialtiefbau vorgenommen, da sämtliche andere Märkte selbst bei einer engen Abgrenzung keinesfalls gemeinsame Marktanteile von über 20% erreichen (vgl. Tabelle 3).

Markt für Generalunternehmung/ Totalunternehmung (GU/TU)

62. Im Bereich GU/TU geht die Wettbewerbskommission von einem nationalen Markt aus.¹² Aus Sicht der beteiligten Parteien ist dieser Markt jedoch grösser, da in der Schweiz im Bereich GU/TU immer mehr ausländische Unternehmen (insbesondere aus dem unmittelbar angrenzenden EWR-Raum) tätig sind.

63. Letztlich kann die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung offengelassen werden, da unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich GU/TU bei jeglicher Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Markt für Spezialtiefbau

64. Die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission betreffend die räumliche Abgrenzung des Markts für

Spezialtiefbau bedarf der Präzisierung. Im Zusammenschlussverfahren Batigroup Holding AG wurde der Markt national bis international abgegrenzt.¹³ In einem später erfolgten Entscheid gingen die Behörden von einer engeren Marktabgrenzung aus.¹⁴ Vorliegend wird für die wettbewerbsrechtliche Analyse ein nationaler Markt zugrunde gelegt. Allerdings wird nicht ausgeschlossen, dass es sich um einen europaweiten Markt handelt. Diese Frage wird vorliegend offengelassen, da sie die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens unbeeinflusst lässt.

65. Gemäss Ansicht der Parteien ist der räumlich relevante Markt mindestens national, tendenziell sogar international zu definieren. Vor dem Hintergrund, dass der Markt für Spezialtiefbau in wesentlichem Umfang ein Submissionsmarkt ist, machen sie geltend, dass Aufträge mit grösseren Volumen aufgrund der Vergabevorschriften international ausgeschrieben würden. Dementsprechend würden sich europäische Unternehmen im Bereich Spezialtiefbau an Schweizer Ausschreibungen massgeblich beteiligen. Weiter habe die Europäische Kommission im Zusammenschlussverfahren Strabag/Dywidag im Bereich Tiefbau einen europaweiten Markt in Betracht gezogen. Hierzu gilt anzumerken, dass dieser Markt in diesem Verfahren nicht abschliessend definiert wurde.¹⁵

66. Des Weiteren machen die Parteien geltend, dass Schweizer Spezialtiefbauunternehmen grundsätzlich in der ganzen Schweiz tätig seien. So erbringe Batigroup die gesamten Spezialtiefbauleistungen in der

¹² RPW 2001/3, S. 566, Rz. 2.

¹³ RPW 1997/2, S. 205, Rz. 15.

¹⁴ RPW 2004/1, S. 148, Rz. 15.

¹⁵ Entscheidung der Kommission 23.06.2005, Strabag/Dywidag, Comp/M.3754, Rz. 15.

Schweiz von ihrem Werkhof in Rümlang (ZH) aus. Maschinen, Know-how und Personal würden von dort aus in alle Landesteile der Schweiz zur Verfügung gestellt.

67. Auf die Frage nach dem primären geografischen Tätigkeitsgebiet gaben die meisten befragten Konkurrenten an, in mehreren Regionen tätig zu sein. Einige sind aber auch in der gesamten Schweiz aktiv. Zu letzteren gehört auch ein kleines Unternehmen mit lediglich rund CHF 4.5 Mio. Umsatz im Spezialtiefbau.

68. Mit der überregionalen Tätigkeit der Marktteilnehmer entstehen schweizweit zahlreiche Schnittflächen der jeweiligen Tätigkeitsgebiete. Weiter führen die Unternehmen laut eigenen Angaben punktuell auch Aufträge ausserhalb ihres primären Tätigkeitsgebiets aus, falls es sich um grosse Aufträge handelt, sie im Rahmen eines Vergabeverfahrens dazu eingeladen werden oder sie ungenügend ausgelastet sind. Dadurch dehnt sich der Wettbewerbs- und Preisdruck mindestens auf die gesamte Schweiz aus. Folglich umfasst der räumlich relevante Markt im Spezialtiefbau mindestens die gesamte Schweiz.

B.2.2 Marktstellung in den betroffenen Märkten

B.2.2.1 Betroffene Märkte

69. Laut Angaben der Parteien und den Ergebnissen der Ermittlungen des Sekretariats werden durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU in den Märkten für GU/TU-Leistungen sowie für Spezialtiefbau erfüllt. Tabelle 3 gibt diesen Sachverhalt wieder.

70. Die Marktanteilsschätzungen in Tabelle 3 für die Märkte GU/TU, Spezialtiefbau sowie Tunnel- und Fels-

bau (inkl. Brückenbau) basieren auf Angaben der befragten Marktteilnehmer. Diese Schätzungen stimmen weitgehend mit den Angaben der Parteien überein. Die Marktanteilsschätzungen aller übrigen Märkte basieren auf Angaben der Parteien, die sich ihrerseits auf Informationen des Bundesamtes für Statistik und des Schweizerischen Baumeisterverbandes stützen.

71. Betreffend die Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den Märkten für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) sowie für Strassenbeläge sind die folgenden Präzisierungen anzubringen:

- In der vorläufigen Prüfung bestanden Anhaltspunkte dafür, den Markt für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) als betroffenen Markt zu qualifizieren (vgl. Rz. 23). Allerdings bestätigen die Daten, die das Sekretariat im Laufe der vertieften Prüfung von den befragten Konkurrenten erhalten hat, die Marktanteilsschätzung der Parteien, die den Markt für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) selbst bei einer nationalen Marktangrenzung nicht als betroffenen Markt im Sinne Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU beurteilten. Deshalb wird vorliegend auf eine eingehende wettbewerbsrechtliche Würdigung dieses Marktes verzichtet.

- Zschokke ist im Markt für Strassenbeläge (Produktion) lediglich in der Romandie aktiv und verfügt in dieser Region über einen Marktanteil von rund [1%-10%] während Batigroup einen solchen von [1%-10%] innehat. Somit erreichen die beteiligten Unternehmen in dieser Region zusammen einen geschätzten Marktanteil von rund [10%-20%]. In den übrigen Regionen der Schweiz ist von den beteiligten Unternehmen nur Batigroup tätig. In diesen Regionen schätzt Batigroup ihren Marktanteil überall auf unter 20%.

Tabelle 3: Marktanteile in den relevanten Märkten im Jahr 2004

Markt	Räumliche Abgrenzung	Marktanteil Zschokke	Marktanteil Batigroup	Kumulierter Marktanteil
GU/TU	national	[10%-20%]	[1%-10%]	[20%-30%]
Spezialtiefbau	national	[10%-20%]	[1%-10%]	[20%-30%]
Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau)	national	[1%-10%]	[1%-10%]	[10%-20%]
Hochbau	regional	0%-6%*	0%-5%*	0%-6%*
Allgemeiner Tiefbau	regional	0%-5%*	1%-9%*	2%-10%*
Strassen- und Belagsbau	regional bis national	0%-5%*	2%-9%*	2%-12%*
Strassenbeläge (Produktion)	regional	0%-5%*	<20%	<20%
Immobilienhandel/ Immobilienbewirtschaftung	national	[0%-10%]	nicht tätig	[0%-10%]
Umbau/Renovation	regional	0%-9%*	0%-9%*	0%-15%*
Baustoffrecycling	regional	nicht tätig	<10%	<10%

*Legende: Bandbreite der Marktanteile in den in Rz. 59 genannten regionalen Märkten

Quelle: Angaben der befragten Marktteilnehmer, der Parteien, des Bundesamtes für Statistik und des Baumeisterverbandes

B.2.2.2 Wettbewerbsrechtliche Analyse

Markt für Generalunternehmung/ Totalunternehmung (GU/TU)

a) Aktuelle Konkurrenz

72. Im Markt für GU/TU-Leistungen ist eine Vielzahl von Unternehmen aktiv. Tabelle 4 gibt die geschätz-

ten Marktanteile von Zschokke und Batigroup sowie der wichtigsten Wettbewerber wieder.

73. Wie der Tabelle 4 zu entnehmen ist, wird Implenia nach der Fusion den höchsten Marktanteil innehaben. Der Vorsprung zur Nummer Zwei im Markt wird rund [1%-10%] Prozentpunkte betragen. Dennoch wird sich Implenia aus den nachfolgend aufgeführten Gründen nicht unabhängig verhalten können.

Tabelle 4: Marktanteile im Bereich GU/TU

Unternehmen	2002	2003	2004
Zschokke/Batigroup	[20%-30%]	[20%-30%]	[20%-30%]
Zschokke	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]
Batigroup	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Karl Steiner AG	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]
HRS Hauser Rutishauser Suter AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Allreal Generalunternehmung AG	[10%-20%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Losinger Construction AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Bauengineering AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Halter Generalunternehmung AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Anliker AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Marazzi Generalunternehmung AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]

74. Die Firma Karl Steiner AG ist mit einem Marktanteil von rund [10%-20%] der wichtigste Konkurrent der Zusammenschlussparteien. Dieser sollte in der Lage sein, auf das zukünftige Marktverhalten von Implenia eine disziplinierende Wirkung auszuüben. Die Firmen HRS Hauser Rutishauser Suter AG und Allreal Generalunternehmung AG gehören mit Marktanteilen von rund [1%-10%] und [1%-10%] ebenfalls zu den stärksten Mitbewerbern.

75. Zu den Konkurrenten im Markt gehören einerseits rund 22 Mitglieder des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU). Andererseits gibt es gemäss Angaben der Parteien zahlreiche weitere kleinere und mittlere GU/TU, die nicht Mitglieder des Verbands sind. Nicht alle dieser unabhängigen Unternehmen können im Hinblick auf Betriebsumfang, Fachkompetenz und Erfahrung als direkte Konkurrenten der beteiligten Unternehmen bezeichnet werden. Dennoch üben sie einen gewissen Wettbewerbsdruck aus.

76. Weiter ist festzustellen, dass neben den genannten "klassischen" GU/TU zunehmend auch grössere Architekturbüros als TU tätig werden, indem sie die von ihnen entworfenen Projekte für die Bauherren umsetzen.¹⁶ Diese Architekturbüros blieben in den

obigen Marktanteilsschätzungen unberücksichtigt. Deshalb sind die Marktanteile der Zusammenschlussparteien tendenziell niedriger, als in Tabelle 4 ausgewiesen wird. Würde ferner anstelle von einem nationalen Markt ein internationaler Markt zugrunde gelegt, wären die angegebenen Marktanteile bedeutend tiefer.

77. Weiter erfolgt durch das Zusammenschlussvorhaben keine wettbewerbsrechtlich relevante Marktanteilsaddition, da Batigroup bisher im Markt für GU/TU nicht schwergewichtig tätig war. Der Zusammenschluss der beteiligten Unternehmen wird aus diesem Grund keinen entscheidenden Einfluss auf die Marktstruktur zeitigen. Diese Sichtweise wird von den hierzu befragten Konkurrenten und Nachfrager von Bauleistungen geteilt.

78. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung bleibt festzuhalten, dass die Marktanteile in der betrachteten Zeitperiode relativ stabil blieben. Hervorzuheben ist der Marktanteilsgewinn des wichtigsten Konkurrenten Karl Steiner AG von rund vier Prozentpunkten.

¹⁶ RPW 2001/3, S. 568, Rz. 14.

79. Insgesamt legt die Marktanteilsanalyse nahe, dass die Zusammenschlussparteien einer disziplinierenden aktuellen Konkurrenz ausgesetzt sind.

80. Weiter ist der Markt für GU/TU-Leistungen laut Angaben der Parteien ein Bietermarkt. Rund 70% der Aufträge würden öffentlich ausgeschrieben. In Bietermärkten ist die Bedeutung der Marktanteilsanalyse zu relativieren. Ausschlaggebend für das Verhalten aller Mitbewerber in einem Bietermarkt ist die Zahl der Submittenten, die glaubhaft ein kompetitives Angebot abgeben könnten. Daher ist für die kartellrechtliche Beurteilung insbesondere zu prüfen, ob die Nachfrager nach GU/TU-Leistungen auch nach einem Zusammenschluss eine ausreichende Auswahl an kompetitiven Anbietern haben.¹⁷

81. Die befragten Kunden von GU/TU-Leistungen gaben an, dass der geplante Zusammenschluss die Möglichkeit, kompetitive Angebote von GU/TU-Leistungen zu erhalten, nicht beeinflusst. Weiter bieten die verschiedenen Marktteilnehmer im Bereich GU/TU gemäss einem Nachfrager der öffentlichen Hand gleichwertige Leistungen an.

82. Ferner machen die Parteien geltend, dass im Rahmen einer dynamischen Marktbeurteilung des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden müsse, dass die Chance eines Zuschlags bei Ausschreibungen für das fusionierte Unternehmen künftig geringer sei als bei einer individuellen Ausschreibungsteilnahme von Zschokke und Batigroup (sog. Abschmelzverluste). Deshalb werde der Marktanteil des fusionierten Unternehmens kleiner sein als der kumulierte Marktanteil von Zschokke und Batigroup.

83. Die Parteien begründen ihre Ansicht einerseits mit Erfahrungen aus früheren Zusammenschlüssen und andererseits mit einer Wahrscheinlichkeitsbetrachtung. Dieser zufolge sei die Wahrscheinlichkeit eines Zuschlags mit zwei separaten Offerten höher als mit einer einzigen Offerte. Bei Preisgleichheit würden die Auftraggeber zudem versuchen, verschiedene Unternehmen zu berücksichtigen. Dies führe ebenfalls zu einer Minderung der Erfolgchancen des fusionierten Unternehmens. Auch erwarten die Parteien nicht, dass das fusionierte Unternehmen Implenia kompetitivere Offerten einreichen und dadurch mehr Aufträge erhalten wird.

84. Das Sekretariat stellt diese Argumentation insofern in Frage, als die genannten Überlegungen auf der Annahme basieren, dass die Wahrscheinlichkeit eines Zuschlags (wie in einer Lotterie) unabhängig ist von den einzelnen Offerten z.B. hinsichtlich Preis und Qualität. Dies ist in der Praxis aber gerade nicht der Fall: Die Ausschreibungsstellen werden i.d.R. dem wirtschaftlich günstigsten Anbieter den Zuschlag geben. Basierend auf den Zweck des Zusammenschlusses (vgl. Rz. 5) ist weiter davon auszugehen, dass durch die Transaktion Synergien im Produktionsbereich geschaffen und Kosteneinsparungen erzielt werden können. Dies sollte Implenia erlauben, günstigere, d.h. kompetitivere Offerten einzureichen verglichen mit der besten Offerte der Parteien vor dem Zusam-

schluss. Somit steigt die Wahrscheinlichkeit des Zuschlags in der Tendenz.

85. Dennoch erwartet die grosse Mehrheit der befragten Konkurrenten von GU/TU-Leistungen keine erheblichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens. Einige machen geltend, dass die Fusion lediglich in der Branche existierende Überkapazitäten reduziere.

86. Zusammenfassend führt die Marktanteilsanalyse und die nach dem Zusammenschluss fortbestehende Möglichkeit der Nachfrager, kompetitive Angebote zu erhalten, zum Schluss, dass sich der aktuelle Wettbewerb disziplinierend auf die Marktteilnehmer auswirkt. Aus Gründen der Vollständigkeit soll der potenzielle Wettbewerb nachfolgend trotzdem geprüft werden.

b) Potenzielle Konkurrenz

87. Hinsichtlich der allenfalls bestehenden Marktzutrittsschranken und zu erwartenden Marktzutritten machen die Parteien geltend, dass im Bereich GU/TU nebst den spezialisierten Unternehmen zunehmend auch Architekturbüros als GU/TU tätig würden (vgl. Rz. 76). Auch sie könnten die von ihnen entworfenen Projekte als GU/TU verwirklichen. Ferner wären in der Vergangenheit einige neue Markteintritte wie jene von Strabag und Porr beobachtet worden. Daher seien die Markteintrittsschranken im Markt für GU/TU nicht hoch.

88. Die Parteien rechnen auch weiterhin mit Marktzutritten. Zu den potenziellen Konkurrenten würden insbesondere HochTief (Deutschland) und Bouygues (Frankreich) gehören.

89. Gemäss Beurteilung der befragten Konkurrenten ist die Höhe der Markteintrittsbarrieren für ausländische Anbieter abhängig von deren Grösse. Während etwa die Hälfte der befragten grösseren Unternehmen die Meinung der Parteien teilt, beurteilt die Mehrheit der befragten kleineren Mitbewerber einen Markteintritt ausländischer Unternehmer als schwierig. Als Gründe dafür werden fehlende Kontakte, spezielle Bauvorschriften und ein bereits bestehender grosser Konkurrenzdruck genannt. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Wettbewerbsdruck der potenziellen Konkurrenz primär von relativ grossen ausländischen Unternehmen kommt.

90. Aufgrund obiger Angaben zu den Markteintritten kommt das Sekretariat zum Schluss, dass von der potenziellen Konkurrenz, bestehend aus relativ grossen ausländischen Unternehmen, ein beträchtlicher Wettbewerbsdruck ausgeht.

91. Die genannten Gründe sprechen dafür, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für GU/TU-Leistungen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

¹⁷ Vgl. COMP/M.3641 - BT/INFONET, 25.01.2005, Rz. 16; COMP/M.2816 - Ernst&Young France/Andersen France, 05.09.2002, Rz. 60; COMP/M.227 - France Telecom/Equant, 21.03.2001, Rz. 40.

Markt für Spezialtiefbau

a) Aktuelle Konkurrenz

92. Auf dem Schweizer Markt für Spezialtiefbau sind neben den beteiligten Unternehmen mehrere grössere

und kleinere Anbieter aktiv. Die nachfolgende Tabelle 5 stellt die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie der wichtigsten Wettbewerber dar.

Tabelle 5: Geschätzte Marktanteile im Spezialtiefbau

Unternehmen	2002	2003	2004
Zschokke/Batigroup	[20%-30%]	[20%-30%]	[20%-30%]
Zschokke	[10%-20%]	[10%-20%]	[10%-20%]
Batigroup	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Marti Holding AG	[10%-20%]	[10%-20%]	[20%-30%]
Strabag	k.A.	k.A.	[1%-10%]*
Brunner Erben AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Losinger Construction AG/Prader	k. A.	k. A.	[1%-10%]*
KIBAG Gruppe	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
JMS Spezialtiefbau AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Risi AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Gebr. Brun AG	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]
Bauer Spezialtiefbau Schweiz AG (inkl. Bauer Gruppe)	[1%-10%]	[1%-10%]	[1%-10%]

* Legende: Schätzung der Zusammenschlussparteien

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der befragten Unternehmen und Schätzungen der Zusammenschlussparteien

93. Wie der Tabelle 5 zu entnehmen ist, werden die Parteien durch den Zusammenschluss zur Nummer Eins im Markt, während die Firma Marti Holding AG auf den zweiten Platz verdrängt wird. Dennoch wird sich Implenia aus den nachfolgend aufgeführten Gründen nicht unabhängig verhalten können.

94. Die Firma Marti Holding AG ist mit einem Marktanteil von rund [20%-30%] die wichtigste Konkurrentin der Zusammenschlussparteien. Weiter gehören zu den wichtigsten Wettbewerbern auch relativ umsatzstarke, ausländische Bauunternehmer wie Strabag, Bauer Spezialtiefbau, Bilfinger Berger und Porr, die in den vergangenen Jahren in den Schweizer Markt für Spezialtiefbau eingetreten sind. Diese ausländischen Unternehmen können bei Bedarf auf Ressourcen ihrer Stammhäuser zurückgreifen.

95. Gemäss Angaben der Parteien hat sich der Preisdruck in der Schweiz durch die erfolgten Markteintritte merklich verstärkt. Neueintretende seien sogar bereit, während einer gewissen Periode zu sehr geringen Margen oder sogar mit Verlust tätig zu sein, um sich im Markt zu etablieren. Aus diesem Grund hätten sich die Gewinnmargen der beteiligten Unternehmen in den letzten Jahren nochmals vermindert.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass den genannten wichtigsten Wettbewerbern eine bedeutende disziplinierende Rolle zukommt.

96. Aber auch die kleineren Unternehmen im Markt können ernst zu nehmende Mitbewerber darstellen. Wie bereits in Rz. 46 erwähnt, haben kleinere Marktteilnehmer die Möglichkeit, Arbeitsgemeinschaften mit in- und ausländischen Partnern zu bilden, um grosse und komplexe Arbeiten durchzuführen. Tatsächlich erzielen die befragten kleineren Unternehmen bis zu 35% ihres durchschnittlichen Jahresumsatzes in Arbeitsgemeinschaften (vgl. Rz. 41). Zudem können Spezialmaschinen projektbezogen gemietet werden.

97. Betreffend die Marktanteile der Zusammenschlussparteien bleibt zu erwähnen, dass die Parteien gemäss eigenen Angaben über einen gemeinsamen geschätzten Marktanteil von unter 1% verfügen, wenn ein europaweiter Markt für Spezialtiefbau unterstellt wird.

98. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie deren Mitwettbewerber haben sich in den letzten Jahren grundsätzlich nicht bedeutend verändert. Hervorzuheben ist der Marktanteilsgewinn der Firma

Marti Holding AG in Höhe von rund [1%-5%] Prozentpunkten sowie der Marktanteilsverlust des Unternehmens Brunner Erben AG von ungefähr [1%-5%] Prozentpunkten.

99. Insgesamt zeigt die Marktanteilsanalyse, dass die Zusammenschlussparteien sowohl mit inländischen als auch mit ausländischen Unternehmen konkurrieren, wobei die Firma Marti Holding AG ein gewichtiger Konkurrent darstellt.

100. Der Markt für Spezialtiefbau ist in wesentlichem Umfang ein Bietermarkt. Gemäss Angaben der Parteien erfolgt die Vergabe von Spezialtiefbauaufträgen zu rund 50%-70% durch private und öffentliche Ausschreibungen, wobei rund die Hälfte der Ausschreibungen durch die öffentliche Hand erfolgt.

101. Wie im Markt für GU/TU-Leistungen machen die Parteien für die wettbewerbsrechtliche Analyse auch im Bereich des Spezialtiefbaus sog. Abschmelzverluste geltend (vgl. Rz. 82). Das Sekretariat folgt dieser Argumentation aus den in Rz. 84 aufgeführten Gründen nicht.

102. Wie bereits in Rz. 80 dargelegt wurde, ist die Bedeutung der Marktanteilsanalyse in Bietermärkten zu relativieren. Ausschlaggebend für das Verhalten aller Mitbewerber in einem Bietermarkt ist in diesem Fall die Zahl der Submittenten, die glaubhaft ein kompetitives Angebot abgeben könnten. Die befragten Kunden von Leistungen im Spezialtiefbau gaben an, dass der geplante Zusammenschluss die Möglichkeit, kompetitive Angebote zu erhalten, nicht beeinflusse und dass die verschiedenen Marktteilnehmer im Bereich Spezialtiefbau gleichwertige Leistungen anbieten würden.

103. Die befragten Marktteilnehmer beurteilen das Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch: Weder die befragten Konkurrenten noch die Kunden erwarten wesentliche Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Markt. Ein Konkurrent hofft sogar auf eine gewisse Stärkung der eigenen Position, da er nach seiner Einschätzung für zahlreiche mittelständische Bauunternehmen, die selbst nicht im Spezialtiefbau tätig sind, zu einem interessanteren Partner werde.

104. Zusammenfassend kann aufgrund der Marktanteilsanalyse und der nach dem Zusammenschluss fortbestehenden Möglichkeit der Nachfrager, kompetitive Angebote zu erhalten, festgehalten werden, dass sich der aktuelle Wettbewerb disziplinierend auf die Marktteilnehmer auswirkt. Aus Gründen der Vollständigkeit soll der potenzielle Wettbewerb nachfolgend trotzdem geprüft werden.

b) Potenzielle Konkurrenz

105. Hinsichtlich der allenfalls bestehenden Marktzutrittsschranken und zu erwartenden Marktzutritten machen die Parteien geltend, dass sich seit der Öffnung der Submissionsmärkte in der Schweiz auch ausländische Unternehmen an Ausschreibungen im Bereich Spezialtiefbau bewerben können. Daher seien in den letzten fünf Jahren bedeutende ausländische Konkurrenten wie Strabag, Bauer Spezialtiefbau AG,

Bilfinger Berger und Porr in den Schweizer Markt eingetreten (vgl. Rz. 94). Die Parteien erwarten, dass sich der Konkurrenzdruck aus dem Ausland in den kommenden Jahren weiter verstärke.

106. Dementsprechend ist es laut Meinung der Mehrheit der befragten Konkurrenten für ausländische Unternehmen nicht schwierig, in den Schweizer Markt für Spezialtiefbau einzutreten.

107. Die Erkenntnisse aus obiger Analyse sprechen dafür, dass der geplante Zusammenschluss im Bereich Spezialtiefbau keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Vertikale Integration

108. General- und Totalunternehmer sind Nachfrager von Bauproduktionsleistungen. Die vorläufige Prüfung konnte nicht ausschliessen, dass Zschokke als bedeutender Anbieter von GU/TU-Leistungen durch den Zusammenschluss vermehrt Bauproduktionsleistungen, wie bspw. Spezialtiefbauleistungen, von der Batigroup und nicht mehr von Dritten beziehen wird.

109. Gemäss Ansicht der Parteien ist diese Befürchtung unbegründet, da sie über sog. Profitcenterstrukturen verfügen, wobei die einzelnen Profitcenter eine Ergebnisverantwortung tragen. Dasselbe würde auch für Implenja gelten. Daher sehe das Geschäftsmodell sowohl der beteiligten Unternehmen als auch der Implenja grundsätzlich keine interne Vergabe von Aufträgen vor. Stattdessen würden die Aufträge in der Bauproduktion konsequent an die jeweils billigsten Anbieter vergeben.

110. Batigroup und Zschokke vergaben bislang gemäss eigenen Angaben als GU/TU rund [...] der Arbeiten konzernintern. In Bezug auf Implenja rechnen die beteiligten Unternehmen volumenmässig ebenfalls mit internen Vergaben von rund [...]. Insofern würden Bauproduktionsleistungen in Zukunft nicht vermehrt konzernintern bezogen.

111. Auch erwartet die grosse Mehrheit der befragten Konkurrenten in den Bereichen GU/TU und Spezialtiefbau grundsätzlich keine bedeutenden Auswirkungen einer verstärkten vertikalen Integration der Implenja auf den Markt.

112. Aus den dargelegten Gründen ist die vertikale Integration für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als unproblematisch zu beurteilen.

C ERGEBNIS

113. Durch den geplanten Zusammenschluss vereinen sich zwei bedeutende Bauunternehmer im schweizerischen Baumarkt. Dieser ist immer noch stark fragmentiert und gewerblich strukturiert.

114. Die vertiefte Prüfung legt nahe, dass die im Rahmen von Grossaufträgen erbrachten Leistungen in den Bereichen Spezialtiefbau und GU/TU nicht als separate Märkte zu betrachten sind.

115. Die vertiefte Prüfung ergab zudem, dass der Markt für Tunnel- und Felsbau (inkl. Brückenbau) vor-

liegend keinen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellt.

116. Die Bereiche Spezialtiefbau und GU/TU sind betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Sie sind gekennzeichnet durch einen funktionierenden und zunehmend europaweiten Wettbewerb. Zudem übt sowohl die jeweilige Marktgegenseite als auch die potenzielle Konkurrenz in beiden Märkten eine disziplinierende Wirkung aus.

117. Ein Grossteil der befragten Konkurrenten der Zusammenschlussparteien sowie der Nachfrager von Bauleistungen gibt an, dass das Zusammenschlussvorhaben keine wesentlichen Auswirkungen auf ihr Un-

ternehmen haben wird und sie deshalb keine Bedenken gegen die Fusion haben.

118. Die vertiefte Prüfung zeigte ferner, dass auch unter dem Aspekt der vertikalen Integration keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

D SCHLUSSFOLGERUNG

119. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen, der Darlegungen der Marktteilnehmer sowie der Ausführungen der Parteien gelangt die Weko zum Schluss, dass die Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der Prüfung nicht bestätigt wurden.

B 2.3

6. *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG*

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 2007

I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 12. Januar 2007 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eingegangen. Die *Tamedia AG* (nachfolgend: *Tamedia*) soll sich im Zug eines Aktienkaufes gemeinsam mit *Radio Basel 1 Werbe AG* (nachfolgend: *B1W*) und *Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG* (nachfolgend: *Regenbogen*) an der *RPB Radio Pool Basel AG* (nachfolgend: *RPB*) beteiligen. Die *RPB* wurde im Februar 2006 von den beiden Radiosendern Basel 1 und Regenbogen als gemeinsame Vermittlungsgesellschaft gegründet.

2. Die *Tamedia* ist ein Medienunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften und ist auch im Radio- und TV-Bereich tätig, schwergewichtig in der Deutschschweiz. Die *Radio Basilisk Betriebs AG* (nachfolgend: *Radio Basilisk*) ist eine Tochtergesellschaft von *Tamedia* und betreibt in Basel den lokalen Radiosender Basilisk. Die *Tamedia* ist durch ihre Tochtergesellschaft, die *Medag AG* (nachfolgend: *Medag*), auch in der Vermittlung von Werbung für Radio, TV und Kino tätig. Die *Medag* vermarktet Werbung für den Lokalsender *Radio Basilisk*, sowie für Dritte. Nach dem Vollzug der Transaktion werden die Vermittlungstätigkeiten der *Medag* von der *RPB* übernommen, die *Medag* wird somit danach keine Vermittlungstätigkeit mehr ausüben.

3. Die *B1W* ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der *Nationalzeitung und Basler Nachrichten AG* mit Sitz in Basel und gehört damit zur Gruppe der *Basler Zeitung Medien* (nachfolgend: *BaZ-Gruppe*). Die *B1W* erbringt Vermittlungsdienstleistungen für Werbung für den Lokalradio Basel 1 und Dritte, primär im Bereich Radio und TV. Zudem erbringt die Gesellschaft weitere Dienstleistungen wie Inkasso, Administration und Marketing. Auch die Tätigkeiten der *B1W* werden nach dem Zusammenschluss von der *RPB* übernommen.

4. Die *BaZ-Gruppe* ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Der *BaZ-Gruppe* gehört neben diversen Lokalzeitungen die *Basler Zeitung* und sie hält eine Mehrheitsbeteiligung an *Radio Basel 1 AG*, der Betreibergesellschaft von *Radio Basel 1*.

5. Die *Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG* (nachfolgend: *Regenbogen*) ist eine deutsche Gesellschaft mit Sitz in Mannheim. Im süddeutschen Raum betreibt *Regenbogen* den Lokalradiosender *Regenbogen*.

6. Die *RPB* ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel und ist als Vermittlerin für Werberaum von Radiosendern tätig. Primär vermittelt sie Werbezeiten für die Lokalradios Basel 1 und Regenbogen in der Schweiz. Weiter vermittelt die *RPB* für dritte Sender im Bereich Radio und TV. Ausserdem erbringt sie Dienstleistungen wie Beratung der Werbekunden/Agenturen, Marketing, Inkasso und Administration. Die *RPB* wurde am 10. Januar 2007 im *RV Radio Vision AG* (nachfolgend: *Radio Vision*) unbenannt.

II Meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben

7. *Tamedia*, *B1W* und *Regenbogen* werden nach der Durchführung des geplanten Vorhabens das Gemeinschaftsunternehmen *Radio Vision* gemeinsam kontrollieren und zwar mit folgenden Beteiligungen: *Tamedia* mit [...], *B1W* mit [...], und *Regenbogen* mit [...]. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU dar.

8. Heute besitzt die *B1W* [...] der Aktien der *Radio Vision*, *Regenbogen* die restlichen [...]. *B1W* erwirbt nun [...] der Aktien von *Regenbogen*, damit die Erstere der *Tamedia* [...] der Aktien verkaufen kann. Die *B1W* verbleibt somit mit [...] der Aktien, *Regenbogen* mit [...] und *Tamedia* mit [...].

9. Die Aktionäre der *Radio Vision* schliessen einen Aktionärbindungsvertrag ab. [...]. Die Regelung der Kontrollrechte im Aktionärbindungsvertrag hat zur Folge, dass *Tamedia*, *B1W* und *Regenbogen* die *Radio Vision* gemeinsam kontrollieren.

10. *Radio Vision* wird ein Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU, das auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung wirtschaftet.

11. Nach Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

12. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU gelten beim Kontrollerwerb als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Am vorliegenden Zusammenschluss beteiligen sich **Tamedia**, die **BaZ-Gruppe** und **Regenbogen** als kontrollierende Unternehmen und Radio Vision als kontrolliertes Unternehmen.

13. Die beteiligten Unternehmen erzielten in den Geschäftsjahren 2004 und 2005 in der Schweiz folgende Umsätze¹:

<i>Unternehmen</i>	<i>Umsatz in CHF</i>
Tamedia	650 Mio. (2005) 567 Mio. (2004)
BaZ-Gruppe	272 Mio. (2005) 276 Mio. (2004)
Regenbogen	[...] (2005) [...] (2004)
RPB (Radio Vision)	[...] (2005) [...] (2004)
Total	[...] (2005) [...] (2004)

14. Die Aufgreifschwelle von Art. 9 Abs. 1 KG ist damit bereits gestützt auf die Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Schweiz überschritten, wodurch auf eine Darstellung der weltweiten Umsätze verzichtet werden kann. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

III BEURTEILUNG

15. Die Marktgegenseite der Vermittler sind die Medienunternehmen. Die Vermittler dienen den Letzteren als Absatzkanäle für die Vermarktung von Werbezeit. Laut stichprobenartigen Befragungen von dritten Vermittlern kann erkannt werden, dass einige neben der Werbevermittlung für Radio auch noch im Bereich TV oder Kino tätig sind. Wie dritte Vermittler bestätigt haben, ist eine Angebotsumstellung innerhalb audio-visueller (Radio, TV und Kino) Werbevermittlung in relativ kurzer Zeit möglich. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass sich im vorliegenden Fall nicht nur die Werbevermittlung für Radio als sachlich relevanten Markt darstellt, sondern dass der ganze audio-visuelle Werbevermittlungsmarkt dazu gezählt werden sollte. Der sachlich relevante Markt beschränkt sich hier aber auf den audio-visuellen Werbevermittlungsmarkt, da die Vermarktung von Anzeigeraum in Printmedien kein Substitut zur Radiowerbevermittlung darstellt.

16. Wie die stichprobenartige Umfrage gezeigt hat, sind die übrigen Radiowerbevermittler i.d.R. national tätig, d.h. sie vermitteln verschiedene Medien aus verschiedenen Sendegebieten. Aus diesem Grund kann hier von einem nationalen Markt ausgegangen werden. Auch die **Radio Vision** beschränkt sich nicht nur auf die Vermarktung der Werbung für die Basler

Lokalradios, sondern sie übernimmt die Tätigkeiten der ehemaligen Medag und B1W, welche in der ganzen Schweiz und bis ins grenznahe Frankreich an Dritte Radio- und TV-Sender vermitteln. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen vorliegend von einem Markt auszugehen, der das gesamte Gebiet der Schweiz umfasst, oder es ist evtl. von einem sprachregionalen Markt auszugehen. Eine definitive Marktabgrenzung kann jedoch unterbleiben, wie nachstehend gezeigt wird.

17. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem schweizerischen audio-visuellen Werbevermittlungsmarkt (Umsatzvolumen: ca. CHF 1 Mia., 2005) lassen sich gemäss Angaben der Parteien mit der Werbeaufwandstatistik AIS (Advertising Index Switzerland) ermitteln und sind für die Jahre 2005, 2004 und 2003 die Folgenden:

	<i>Umsatz in CHF</i>	<i>Marktanteil in %</i>
B1W	[...] (2005) [...] (2004) [...] (2003)	< 5% (2005) < 5% (2004) < 5% (2003)
Medag	[...] (2005) [...] (2004) [...] (2003)	< 5% (2005) < 5% (2004) < 5% (2003)
Total	[...] (2005) [...] (2004) [...] (2003)	< 5% (2005) < 5% (2004) < 5% (2003)

18. Im Folgenden werden Schätzungen zu den Marktanteilen derselben Jahre der vier wichtigsten Schweizer Vermarkter bzw. Vermittlungsunternehmen audio-visueller Werbung zum Vergleich aufgeführt.

¹ Das Geschäftsjahr der BaZ-Gruppe, inkl. RPB, bemisst sich nicht nach dem Kalenderjahr, sondern dauert jeweils vom 1. Juli bis zum 30. Juni des darauf folgenden Jahres.

	<i>Umsatz in CHF</i>	<i>Marktanteil in %</i>
Publisuisse	305 Mio. (2005)	30%-40% (2005)
	308 Mio. (2004)	30%-40% (2004)
	286 Mio. (2003)	30%-40% (2003)
IP Multimedia	151 Mio. (2005)	10%-20% (2005)
	139 Mio. (2004)	10%-20% (2004)
	121 Mio. (2003)	10%-20% (2003)
Cinecom	70 Mio. (2005)	0%-10% (2005)
	75 Mio. (2004)	0%-10% (2004)
	68 Mio. (2003)	0%-10% (2003)
Radiotele	39 Mio. (2005)	0%-10% (2005)
	37 Mio. (2004)	0%-10% (2004)
	35 Mio. (2003)	0%-10% (2003)

19. Somit kann festgestellt werden, dass der Marktanteil der **Radio Vision** auf dem schweizerischen audiovisuellen Werbevermittlungsmarkt auch nach der Beteiligung von **Tamedia** weit unter 20% liegt ([...]%, 2005) und sich folglich eine definitive Marktabgrenzung erübrigt. Der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU aufgeführte Schwellenwert wird damit nicht überschritten. Nach Praxis der Wettbewerbskommission 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 von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da dies im vorliegenden Fall nicht gegeben ist, liegt kein betroffener Markt im Sinne der VKU vor.

IV ERGEBNIS

20. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

21. Befragte Dritte äusserten sich jedoch skeptisch gegenüber diesem Zusammenschlussvorhaben. Sie befürchten, dass die Preise für die Werbung einander angepasst werden und der Wettbewerb im Raum Basel damit ausgeschaltet würde. Zudem äusserten sie sich, dass die Vermittlerkommissionen fallen werden. Diese Gefahr erhöht sich zwar durch den Zusammenschluss, denn die Radios werden die gleichen Aktionäre haben wie der Vermittler. Allerdings verbleibt die Preishoheit bei den einzelnen Radios, weshalb diese Problematik nicht durch die Fusionskontrolle zu lösen ist. Es ist deshalb darauf hinzuweisen, dass sobald die Preise der drei Radiosender für Werbung nach dem Zusammenschluss aufeinander abgestimmt werden, eine Wettbewerbsabrede vorliegen kann, allenfalls kann es auch zu einem Missbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmens führen, da dritte Vermittler mit der **Radio Vision** nur noch eine Anlaufstelle haben. Das Vorliegen allfälliger Wettbewerbsbeschränkungen könnte gegebenenfalls nach Art. 26 ff. untersucht werden.

B 2.3	7. <i>Weitere</i>
-------	-------------------

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

Walter Frey Holding AG/Mitsubishi Motors Europe B.V. MME Vertriebsgesellschaft Schweiz AG

1. Am 20. September 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das vorstehend erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Demzufolge beabsichtigt die Walter Frey Holding AG, gemeinsam mit der Mitsubishi Motors Europe B.V. (nachfolgend: MME) die Übernahme der Kontrolle über die Mitsubishi Motors Europe Ver-

triebsgesellschaft Schweiz AG (nachfolgend: MMECH) mittels Erwerb von 75% des Aktienkapitals. MMECH ist eine Tochtergesellschaft der Mitsubishi Motors Europe B.V. Die MME hält gegenwärtig alle Aktien der MMECH.

2. Durch den Zusammenschluss sind in der Schweiz keine Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab somit, dass durch den Zusammenschluss in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wurde. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3	8. Weitere
-------	-------------------

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

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

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

Migros/AFH Angehrn AG

1. Am 8. Dezember 2006 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung des Migros-Genossenschaftsbundes (MGB) und der AFH Holding AG (AFH) eingegangen. Danach beabsichtigt der MGB, eine Minderheitsbeteiligung an der Angehrn Holding AG (AH) zu erwerben. Durch diesen Erwerb und den Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages (ABV) erlangt der MGB zusammen mit der AFH die gemeinsame Kontrolle über die AH. Unter der AH als Muttergesellschaft sind die Cash & Carry Angehrn AG (CCA) und Angehrn Service AG zur Angehrn-Gruppe zusammengefasst. Im ABV ist ferner ein Konkurrenzverbot zugunsten der AH enthalten.

2. Durch diesen Zusammenschluss sind in der Schweiz keine Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen. Die vorläufige Prüfung ergab, dass dadurch in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

3. Das gleichzeitig gemeldete Konkurrenzverbot ist als Nebenabrede (sog. "ancillary restraint") des Zusammenschlussvorhabens zu qualifizieren, da das Konkurrenzverbot dafür unmittelbar und notwendig ist. Hinsichtlich der Dauer von fünf Jahren ist das Konkurrenzverbot - entsprechend der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission - nicht zu beanstanden und wird somit von der Unbedenklichkeitserklärung erfasst. Die Frage nach der Übernahme der neuen Praxis der EU-Kommission betreffend Konkurrenzverbote zugunsten von Gemeinschaftsunternehmen ist vorerst offengelassen worden.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. <i>Je Met AG, Met-Fer SA, Chiesa Alteisen AG/Swico, S.EN.S., Weko</i>

Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Geschäfts-Nr. FB/2005-6) vom 15. Dezember 2006 i.S. Je Met AG (Beschwerdeführerin 1), Met-Fer SA (Beschwerdeführerin 2), Chiesa Alteisen AG (Beschwerdeführerin 3) (Verwaltungsbeschwerde vom 3.5.2005) gegen Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (Swico) (Beschwerdegegner 1), Stiftung Entsorgung Schweiz (S.EN.S) (Beschwerdegegnerin 2), Wettbewerbskommission (Weko) (Vorinstanz) (Verfügung vom 21.3.2005) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Am 1. Juli 1998 ist die Verordnung vom 14. Januar 1998 über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG) in Kraft getreten. Sie regelt nach ihrer ursprünglichen Fassung die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrisch betriebener Geräte der Unterhaltungselektronik, der Büro-, Informations- und Kommunikationstechnik sowie elektrisch betriebener Haushaltgeräte. Danach müssen Händler Geräte der Art, die sie im Sortiment führen, zurücknehmen, während Hersteller und Importeure zur Rücknahme von Geräten der von ihnen hergestellten oder importierten Marken verpflichtet sind. Seit 1. Januar 2005 gilt sowohl für Händler als auch für Hersteller und Importeure die kostenlose Rücknahmepflicht. Die Rücknahmepflichtigen müssen die Geräte entsorgen, die sie nicht weiterverwenden und nicht an andere Rücknahmepflichtige übergeben. Sie können Dritte damit beauftragen. Wer Geräte entsorgt, muss sicherstellen, dass die Entsorgung umweltverträglich, insbesondere nach dem Stand der Technik, erfolgt. Entsprechend benötigen Entsorgungsunternehmen eine kantonale Bewilligung. Seit dem 1. Januar 2006 ist die Bewilligungspflicht in der Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen (VeVA) verankert.

Viele der zur Rücknahme und Entsorgung verpflichteten Hersteller, Importeure und Händler haben den Schweizerischen Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (Swico) und/oder die Stiftung Entsorgung Schweiz (S.EN.S.) mit der Erfüllung dieser Pflicht beauftragt. Die Vertragspartner der S.EN.S. haben entweder die "Vereinbarung EasyRec" (EasyRec-Vereinbarung) oder die "Anschlussklärung zur Teilnahme am S.EN.S.-FEA-Entsorgungssystem" (Anschlussklärung) unterzeichnet und verpflichten sich damit, auf allen von ihnen importierten, hergestellten und ausgelieferten Geräten eine vorgezogene Recyclinggebühr (vRG) zu

erheben und die vRG an den vRG-Fonds der S.EN.S. abzuliefern. Gemäss Anschlussklärung und EasyRec-Vereinbarung werden die vRG über alle Handelsstufen gemäss offizieller vRG-Tarif- und Gerätelisten verrechnet. Die "Swico-Konvention über Recycling und Entsorgung von (Elektronik-) Geräten der Informations- und Kommunikationstechnik" (Swico-Konvention; vgl. auch entsprechende Vorabklärungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission in RPW 1997/2, S. 142 ff., und RPW 1999/3, S. 373 ff.) sieht die landesweit garantierte Rücknahme von Geräten und deren Entsorgung vor. Finanziert wird das Konzept mittels einer vRG. Die vRG wird von den Herstellern und Importeuren entweder selbst verwaltet (Beitrittserklärung A) oder an den Swico weitergeleitet, der sie auf separaten Konten verwaltet (Beitrittserklärung B). Die Unterzeichner der Swico-Konvention verpflichten sich u.a., die vom Swico festgelegten vRG über alle Verkaufskanäle zu erheben.

Wie dem Anhang 1a zur EasyRec-Vereinbarung zu entnehmen ist, haben die S.EN.S., der Swico und der Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (FEA) im Juni 2000 ein Grobkonzept für eine gemeinsame Recyclinglösung elektrischer und elektronischer Geräte samt Zubehör aus Haushalt, Gewerbe, Büro und Industrie erarbeitet. Dieses gemeinsame Projekt hat den Namen Easy-Rec erhalten. Im Rahmen dieses Projekts wurde vereinbart, dass der Swico neben der Organisation der bisher bereits zu entsorgenden Geräte (Geräte aus den Bereichen Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation und grafischer Industrie) neu auch die Organisation der Entsorgung der Geräte der Unterhaltungselektronik übernimmt. Die S.EN.S. organisiert die Entsorgung von Haushaltgross- und -kleingeräten, Raumluftbehandlungsgeräten, Elektrowerkzeugen und -installationsmaterial und der elektrischen Gartengeräte (vgl. RPW 2002/2, S. 248, Ziff. 6). Jahre später - am 10. Dezember 2003 - haben die S.EN.S. und der Swico eine Vereinbarung getroffen (S.EN.S./Swico-Vereinbarung). Danach bearbeitet die S.EN.S. den gesamten Bereich der VREG-Geräte für ihre Vertragspartner (FEA-Mitglieder, VRWT-Mitglieder, Migros, Coop, Interdiscount, Conforama, Jumbo, Carrefour und Fust) und ist verantwortlich für die Entsorgung der Haushaltgross- und -kleingeräte. Der Swico hingegen ist verantwortlich für die Entsorgung des Produktbereiches seiner Verbandsmitglieder (Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation, Unterhaltungselektronik, grafische Industrie und Foto).

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2001 beantragten die Je Met AG, die Met-Fer SA und die Chiesa Alteisen AG der Wettbewerbskommission u.a., es sei eine Vorab-

klärung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des EasyRec-Systems und des Swico-Recycling-Systems vorzunehmen. Am 16. November 2001 folgte eine Eingabe des Verbandes Stahl- und Metall-Recycling Schweiz (VSMR), welcher u.a. beantragte, es sei gegen den Swico und die S.EN.S. eine Untersuchung einzuleiten.

Am 14. Dezember 2001 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG. Die Prüfung bezog sich auf eine ganze Reihe von Vereinbarungen und Verhaltensweisen (vgl. die Vorabklärung in RPW 2002/2, S. 246 ff., sowie die Übersicht in der angefochtenen Verfügung in RPW 2005/2, S. 251 ff., S. 254, Rz. 10). Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für unzulässige Preisabreden und für die Aufteilung des Marktes nach Produkten. Entsprechend eröffnete das Sekretariat gegen Swico und S.EN.S. eine Untersuchung nach Art. 27 KG. Hinsichtlich aller weiteren geprüften Vereinbarungen und Verhaltensweisen wurde die Vorabklärung mangels Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingestellt. Dem VSMR, der Je Met AG, der Met-Fer SA und der Chiesa Alteisen AG wurde im Untersuchungsverfahren Parteistellung eingeräumt.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 gab das Sekretariat den Parteien Gelegenheit, zum Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariats) vom 23. Oktober 2003 Stellung zu nehmen. Der Swico liess sich am 20. November 2003, die S.EN.S. am 1. Dezember 2003 und der VSMR sowie die Je Met AG, die Met-Fer SA und die Chiesa Alteisen AG am 15. Januar 2004 vernehmen.

Am 21. März 2005 verfügte die Wettbewerbskommission Folgendes:

"1. Die Untersuchung gegen den Swico und die S.EN.S. wird eingestellt.

2. Gebühren werden keine erhoben.

(...)"

Zur Begründung führte sie aus, vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG bestünden in den zu beurteilenden Märkten nicht. Preisabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG lägen nicht vor; zwar entsprächen die einheitlichen Gebühren und ihre Überwälzung einem bewussten und gewollten Zusammenwirken, eine Wettbewerbsbeschränkung würde dadurch jedoch weder bezweckt noch bewirkt. Die Vereinbarung zwischen S.EN.S. und Swico vom 10. Dezember 2002 (recte: 2003) sodann sei eine Abrede über die Marktorganisation, nicht eine solche über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern; ob sie Abredencharakter habe, könne letztlich offenbleiben, da sie ohnehin im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wäre.

B. Gegen diese Verfügung erhoben die Je Met AG (Beschwerdeführerin 1), die Met-Fer SA (Beschwerdeführerin 2) und die Chiesa Alteisen AG (Beschwerdeführerin 3), alle vertreten durch Rechtsanwalt [...], am

3. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission EVD. Sie beantragen Folgendes:

1. Es sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251, KG) vom 6. Oktober 1995 betreffend Swico/S.EN.S wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vollumfänglich aufzuheben.

2. a) Es sei festzustellen, dass durch den Swico und die S.EN.S bzw. deren Rückführungs- und Entsorgungssysteme unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme für Elektroschrott wie auch im gesamten Schrott- bzw. Entsorgungsmarkt erfolgen, und es seien demzufolge die Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen von Swico und S.EN.S bzw. von deren Rückführungs- und Entsorgungssystemen für unzulässig zu erklären.

b) Zur Beseitigung dieser bestehenden durch den Swico und die S.EN.S bzw. deren Rückführungs- und Entsorgungssysteme erfolgenden Wettbewerbsbehinderungen und -benachteiligungen bzw. zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs im Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme für Elektroschrott wie auch im gesamten Schrott- bzw. Entsorgungsmarkt seien die Rückführungs- und Entsorgungssysteme von Swico und S.EN.S zu verbieten;

eventualiter sei dem Swico und der S.EN.S die Erhebung einer vorgezogenen Recyclinggebühr (vRG) oder einer sonstigen privatrechtlichen Entsorgungsabgabe zu verbieten.

3. Es sei die bundesrätliche Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG) vom 14. Januar 1998 bzw. die darin festgelegten Regelungen auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und es sei deren Unzulässigkeit festzustellen;

eventualiter sei nur festzustellen, dass die im Rahmen der Revision der VREG vom 23. Juni 2004 vorgenommenen Änderungen unzulässig sind.

4. Es seien die am 1. Januar 2006 in Kraft tretende bundesrätliche Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVa) bzw. die darin festgelegten Regelungen und die gleichentags in Kraft tretende diesbezügliche Verordnung des UVEK über Listen zum Verkehr mit Abfällen bzw. die darin festgelegten Regelungen auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und es sei deren Unzulässigkeit festzustellen.

5. Alles unter o/e Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegner und der Vorinstanz.

Anträge zum Verfahren:

1. Es seien den Beschwerdeführerinnen bzw. deren Rechtsvertreter zur Einreichung einer ergänzenden ausführlichen Beschwerdebeurteilung

eine Nachfrist bis am 30. Mai 2005 zu gewähren bzw. einzuräumen.

2. a) Es seien der Swico und die S.EN.S anzuweisen und zu verpflichten, bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens von den erhobenen vorgezogenen Recyclinggebühren (vRG) denjenigen Beitragsanteil, welcher zur Ausrichtung an die an ihren Rückführungs- und Entsorgungssystemen angeschlossenen Recycling- bzw. Entsorgungsunternehmen bestimmt ist, nicht an diese auszuführen und zurückzubehalten;

es sei dieser Antrag betreffend vorsorgliche Massnahme nach Eingang der von den Beschwerdeführerinnen noch einzureichenden ergänzenden ausführlichen Beschwerdebegründung unverzüglich von der hier urteilenden Instanz zu behandeln.

b) Es seien im Falle der Gutheissung der Beschwerde diese ursprünglich zur Ausrichtung an die an den Rückführungs- und Entsorgungssystemen von Swico und S.EN.S. angeschlossenen Recycling- bzw. Entsorgungsunternehmen bestimmten Gelder nicht mehr an diese Recycling- bzw. Entsorgungsunternehmen auszuführen.

Zur Begründung hielten die Beschwerdeführerinnen fest, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig und fehlerhaft abgeklärt und festgestellt. Sie habe die Untersuchung beschränkt auf die Prüfung der Rechtmässigkeit von Höhe und Überwälzung der vRG und auf die Klärung, ob eine unzulässige Abrede über die Aufteilung des Marktes für die Organisation der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott existiere. Die Auswirkungen der Swico/S.EN.S.-Entsorgungssysteme auf die Entsorgungs- oder Aufarbeitungsbetriebe und den gesamten Schrott- oder Entsorgungsmarkt seien nicht untersucht worden. Dies wäre angesichts der Auswirkungen in diesen Märkten jedoch zentral gewesen. Die Notwendigkeit der Erhebung einer vRG bestehe nicht: Der Verkaufserlös aus den Wertstoffen des Elektroschrotts (Bruttomarge) reiche zur Deckung aller Unkosten und ermögliche einen Nettogewinn. Die unentgeltliche Überlassung der gesamten Wertstoffe an die Entsorgungs- und Aufarbeitungsbetriebe, welche mit Swico und S.EN.S. zusammenarbeiteten, bevorzuge diese Unternehmen, indem sie deren Gewinne erhöhe. Sie könnten die ihnen zusätzlich zufließenden Mittel zur Quersubventionierung und Preisüberbietung im übrigen Schrottmarkt einsetzen und auf diese Weise andere Aufarbeitungsbetriebe aus dem Markt verdrängen. Die Revision der VREG per 1. Januar 2005 beschleunige die Zerschlagung des freien Marktes noch, da dadurch weitere Geräte erfasst würden. Die Bestimmungen von VREG und VeVA seien verfassungs- und wettbewerbsrechtlich unzulässig.

In der nachträglich eingereichten zusätzlichen Beschwerdebegründung vom 30. Mai 2005 wurden die Auswirkungen der Rückführungs- und Entsorgungssysteme erneut dargestellt und weitere unzulässige

Abreden und Verhaltensweisen geltend gemacht. Ausserdem äusserten sich die Beschwerdeführerinnen zu einzelnen materiellen Erwägungen in der angefochtenen Verfügung. Auch zur Rechtmässigkeit von VREG und VeVA äusserten sie sich erneut.

C. Die Wettbewerbskommission verzichtete in ihrer Eingabe vom 13. Juni 2005 auf eine Stellungnahme zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen.

Der Swico (Beschwerdegegner 1), vertreten durch die Rechtsanwälte [...] und [...], beantragte am 16. Juni 2005, auf das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten bzw. es sei vollumfänglich abzuweisen.

Die S.EN.S. (Beschwerdegegnerin 2), vertreten durch Rechtsanwalt [...], beantragte mit Stellungnahme vom 27. Juni 2005, das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzuweisen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wies das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2005 ab.

D. Am 5. Juli 2005 liess sich die Wettbewerbskommission zur Hauptsache vernehmen. Sie schloss auf Abweisung der Verwaltungsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Auf die Rechtsbegehren 3 und 4 (Überprüfung der VREG und der VeVA auf Rechtmässigkeit) sei nicht einzutreten. Die angefochtene Verfügung sei nicht in Anwendung dieser Bestimmungen ergangen, weshalb die konkrete Normenkontrolle nicht möglich sei. Der rechtserhebliche Sachverhalt sei im Kartellverfahren Aufgabe der Untersuchungsbehörde. Diese entscheide unabhängig von den Parteibegehren, ob und in welchem Umfang eine Verfügung zu erlassen sei. Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellungen der Parteien seien nicht bindend und die Rügen der Beschwerdeführerinnen betreffend Sachverhaltsfeststellung unbegründet. Sie bezögen sich auf Sachverhalte, die nicht Untersuchungsgegenstand gewesen seien. Ob die Erhebung einer vRG notwendig sei, sei unerheblich, nachdem aus kartellrechtlicher Sicht gegen die Art der Gebührenerhebung (Vorgezogenheit) nichts einzuwenden sei. Auch die Frage, ob die vRG überhöht sei, sei nicht Untersuchungsgegenstand gewesen; ausserdem sei festgestellt worden, dass die Vereinbarungen den Anreiz zu einer effizienten Organisation der Entsorgung nicht unterminierten. Die Beschwerdegegner schrieben die Entsorgungsleistungen periodisch aus. Überhöhte Preise könnten somit grundsätzlich nur aus einer Submissionsabrede der Offerten stellenden Unternehmen resultieren, wofür aber keine Anhaltspunkte vorlägen.

Am 16. August 2005 liess sich der Beschwerdegegner 1 zur Hauptsache vernehmen mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung bringt er vor, die Beschwerdeführerinnen fochten mit ihren Beschwerdeanträgen 1 und 2 überwiegend die Nichteröffnung einer Untersuchung an, was mangels eines Anfechtungsobjekts unzulässig sei. Auf diese Begehren sei nur einzutreten, soweit ein Bezug zum Untersuchungsgegenstand

bestehe. Dies sei nur für zwei isolierte Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Beschwerdeanträge 1 und 2 der Fall (fehlender aktueller oder potenzieller Wettbewerb; Organisationsabrede nicht durch eine Senkung der Herstellungskosten bzw. die rationellere Nutzung von Ressourcen gerechtfertigt). Auf die Anträge 3 und 4 sei nicht einzutreten, weil die Verwaltungsbeschwerde nur gegen Verfügungen und nicht gegen Erlasse möglich sei. Im Übrigen äusserte sich der Beschwerdegegner ausführlich zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen.

Die Beschwerdegegnerin 2 beantragte am 16. September 2005, die Beschwerdebegehren (inkl. Eventualbegehren) seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten sei. Die Untersuchung der Vorinstanz habe ausschliesslich der Klärung der beiden Fragen gedient, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede über Höhe und Überwälzung der vorgezogenen Recyclinggebühren bestehe und ob eine unzulässige Abrede über die Marktaufteilung vorliege. Die Verfügung äussere sich dazu in fundierter Weise. Die Beschwerdeführerinnen gingen mit ihren Rechtsbegehren weit über die zulässigen Beschwerdegünde hinaus. Bezüglich des Untersuchungsgegenstandes sei der rechtserhebliche Sachverhalt umfassend geklärt worden. Eine Ausdehnung der Untersuchung auf den Entsorgungsmarkt insgesamt sei nicht erfolgt. Auf die Rechtsbegehren 2 b, 3 und 4 sei nicht einzutreten, da sie ausserhalb des Entscheides der Vorinstanz lägen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen könne sich nicht zu Fragen äussern, die vorab im Rahmen einer Untersuchung durch die Vorinstanz zu klären wäre. Mit der Beschwerde werde versucht, bereits vor der Vorinstanz vorgebrachte Begehren erneut zur Beurteilung zu bringen. Die Diskussion über Sinn und Unsinn einer vRG sei längst geführt und abgeschlossen. Im Übrigen äusserte sich die Beschwerdegegnerin 2 ausführlich zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen.

E. Mit Replik vom 9. Januar 2006 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Rechtsbegehren und ihren Ausführungen in der Beschwerdebegründung vom 30. Mai 2005 und in der Beschwerde vom 3. Mai 2005 fest. Sie machten geltend, zwischen den an den Systemen des Beschwerdegegners 1 und der Beschwerdegegnerin 2 beteiligten Unternehmen verschiedener Marktstufen bestehe eine Abrede bezüglich des Preises, den man für das Gut "Elektroschrott" verrechne, nämlich einen Festpreis von CHF 0.-. Weiter würden sich die Beschwerdegegner unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG schuldig machen. Auf die Ziff. 3 und 4 sei einzutreten; die Systeme der Beschwerdegegner beruhten auf den einschlägigen Verordnungen, weshalb die akzessorische Normenkontrolle im Rahmen der Offizialmaxime sogar von Amtes wegen vorgenommen werden könne und sollte.

Am 9. Februar 2006 berichtigten die Beschwerdeführerinnen zwei Sachverhaltselemente, welche sie in ihrer Replik erwähnt hatten.

Mit Eingabe vom 13. Februar 2006 hielt die Wettbewerbskommission an ihrer Verfügung vom 21. März

2005 fest und verzichtete auf die Einreichung einer Duplik.

Mit Duplik vom 13. Februar 2006 wiederholt der Beschwerdegegner 1 seinen Antrag auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerinnen verschlossen sich dem Strukturwandel und trauerten "guten alten Schrotthändlerzeiten" nach, als man im Umgang mit Elektroschrott nur durch wenige staatliche Auflagen eingeschränkt worden sei. Sie wollten an den Ausschreibungen der Beschwerdegegner nicht teilnehmen, verzichteten freiwillig auf eine Zusammenarbeit mit ihnen und verfügten nicht über kantonale Entsorgungs- und Aufarbeitungsbewilligungen. Im Übrigen äusserte sich der Beschwerdegegner 1 zur Zulässigkeit der akzessorischen Kontrolle von VREG und VeVA sowie zu weiteren materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen.

Mit Duplik vom 13. März 2006 hält die Beschwerdegegnerin 2 an ihren Rechtsbegehren fest. Sie erläutert die zentralen Merkmale ihres Systems und betont, dieses unterscheide sich in entscheidenden Punkten von demjenigen des Beschwerdegegners 1. Die Replik gehe praktisch ausschliesslich auf das System des Beschwerdegegners 1 ein. Im Übrigen äusserte sie sich zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen.

Mit Schreiben vom 27. September 2006 nahm der Beschwerdegegner 1 Bezug auf einen Artikel in der Zeitschrift FACTS vom 3. August 2006 ("Wir blechen zu viel für den Schrott"). Dieser enthalte unzutreffende, den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen entsprechende Darstellungen. Falls die Beschwerdeinstanz in ihrem Entscheid darauf abstellen sollte, behalte man sich entsprechende Richtigstellungen vor.

F. Mit Instruktionsschreiben vom 25. Oktober 2006 forderte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerinnen auf auszuführen, inwiefern sie als Konkurrentinnen der Beschwerdegegner oder der mit ihr zusammenarbeitenden Recycling- und Entsorgungsunternehmen aufzufassen seien. Sie erläuterte die Voraussetzungen der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Beschwerdebefugnis und gab den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, ihre Legitimation im Lichte der einschlägigen Kriterien zu konkretisieren.

In ihrer Eingabe vom 12. November 2006 wiesen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, ihre Beschwerdebefugnis sei bereits im erstinstanzlichen Verfahren geprüft und bejaht worden. Weiter erläuterten sie ihre Tätigkeitsgebiete und das Erfordernis und Vorhandensein von VREG-Bewilligungen. Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 verfügten über Bewilligungen für Annahme, Sammlung, Sortierung und Zwischenlagerung von VREG-Geräten. Dennoch könnten sie angesichts der Verordnungsregelungen kaum mehr Elektroschrott akquirieren oder weiterverkaufen. Die wirtschaftliche Betätigung der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 im Elektroschrottbereich werde durch die vRG zunehmend eingeschränkt. Dasselbe gelte grundsätzlich für die Beschwerdeführerin 1, welche als Zwi-

schenhändlerin keine VREG-Bewilligung benötige. Die Beschwerdeführerinnen seien durch die angefochtene Verfügung vom 21. März 2005 berührt und hätten ein klares wirtschaftliches Interesse daran, dass die Erhebung der vRG und die Rückführungs- und Entsorgungssysteme der Beschwerdegegner für unzulässig erklärt würden.

Die Wettbewerbskommission verzichtete mit Schreiben vom 15. November 2006 auf eine Stellungnahme zu dieser Eingabe.

Die Beschwerdegegnerin 2 bestritt in ihrer Eingabe vom 20. November 2006 die Legitimation der Beschwerdeführerinnen. Diese hätten die Fragen zu ihrer Beschwerdebefugnis nicht beantwortet. Vielmehr versuchten sie, die Beschwerdebefugnis via eine Ausdehnung des relevanten Marktes herbeizureden. Ferner äusserte sich die Beschwerdegegnerin 2 zu den materiellen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 12. November 2006.

Der Beschwerdegegner 1 führte mit Schreiben vom 20. November 2006 aus, die Anforderungen an das schutzwürdige Interesse an einer Aufhebung oder Änderung der Verfügung vom 21. März 2005 seien nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerinnen seien in anderen Märkten tätig als die Beschwerdegegner und darum nicht als deren aktuelle (oder auch nur potenzielle) Konkurrenten aufzufassen. Eine besondere Beziehungsnähe zur Streitsache ergebe sich auch nicht auf der Grundlage von vertraglichen Beziehungen. Das Interesse an der Aufhebung der Ordnungsbestimmungen, insbesondere der Rücknahmepflicht, begründe die Beschwerdebefugnis nicht. Massgeblich sei im Übrigen allein, ob und inwieweit sich die beiden untersuchten Vereinbarungen bei gleich bleibenden gesetzlichen Rahmenbedingungen auf die Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerinnen auswirkten. Solche Auswirkungen bestünden nicht und würden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht.

G. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2006 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet 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. Auf eine Verwaltungsbeschwerde ist nur insoweit einzutreten, als die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Ob dies der Fall ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73). Die Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen; den Parteien obliegt auch hier eine Substanziierungspflicht, insbesondere bezüglich des Rechtsschutzinteresses (RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentli-

ches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt a.M. 1996, S. 234, Rz. 1217).

1.1. Vorinstanz, Beschwerdeinstanz und Anfechtungsobjekt

Verfügungen der Wettbewerbskommission können laut Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (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, VSRK, SR 173.31).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG sowie von Art. 30 Abs. 1 KG. Eine Verfügung als Anfechtungsobjekt einer Beschwerde ist somit grundsätzlich gegeben.

1.2. Gegenstand der Verfügung vom 21. März 2005

Mit der vorliegenden Verfügung wird die Untersuchung gegen die Beschwerdegegner 1 und 2 eingestellt (Ziff. 1 des Dispositivs) und wird festgehalten, dass keine Gebühren zu erheben sind (Ziff. 2 des Dispositivs).

Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildeten die Fragen, ob unzulässige Abreden über Preise und deren Überwälzung auf die Käufer von Elektrogeräten sowie über die Aufteilung von Märkten vorlägen. Diese beiden Fragen werden in der Begründung verneint (Rz. 45 ff., Rz. 62 ff. der Verfügung): Die vereinbarten Preise und ihre Überwälzung stellten keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar; zwar liege ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor, eine Wettbewerbsbeschränkung werde damit jedoch weder bezweckt noch bewirkt. Die Abrede betreffend Marktaufteilung sei im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt.

Auf diesen beiden Erkenntnissen basiert die Einstellung des Verfahrens. In der Verfahrenseinstellung ist entsprechend Art. 30 Abs. 1 KG eine "Verfügung über die zu treffenden Massnahmen" zu erblicken. Die beiden Schlussfolgerungen - fehlender Abredencharakter der Vereinbarung betreffend die Preise, Rechtfertigung der Abrede betreffend Marktaufteilung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz - finden im Verfügungsdispositiv keinen Niederschlag, obwohl gerade sie es sind, welche die untersuchten Rechtsfragen beantworten und welche im Verhältnis zu den Verfügungsadressaten ein konkretes und individuelles Rechtsverhältnis regeln (Zulässigkeit der untersuchten Vereinbarungen).

Diese beiden Schlussfolgerungen müssen der Überprüfung im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zugänglich sein. Sie bilden die Grundlage der Einstellung des Verfahrens. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht daher davon aus, dass auch sie

Verfügungsgegenstand bilden, obwohl das Dispositiv sie nicht ausdrücklich aufführt.

1.3. Zulässige und unzulässige Beschwerdebegehren

1.3.1. Verfügungsgegenstand begrenzt Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens

Der Gegenstand der Verfügung und des nachfolgenden Prozesses decken sich grundsätzlich (vgl. GYGI, a.a.O., S. 127 f., S. 147). Was nicht Gegenstand einer Verfügung ist, kann auch nicht Streitgegenstand eines Beschwerdeverfahrens bilden.

Mit einer Verwaltungsbeschwerde gegen die Verfügung vom 21. März 2005 könnte angesichts des Verfügungsgegenstandes (Erwägung 1.2 am Ende) daher gerügt werden, das vorinstanzliche Verfahren sei in formeller Hinsicht mangelhaft (z.B. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör), oder die Verfügung sei materiell unzutreffend, etwa weil entgegen der Auffassung der Vorinstanz die Vereinbarung betreffend Höhe und Überwälzung der vorgezogenen Recyclinggebühr eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle, bzw. weil die Abrede betreffend Marktaufteilung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt sei.

Entsprechend kann mittels Verwaltungsbeschwerde die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt werden, wie die Beschwerdeführerinnen es in Rechtsbegehren 1 tun. Eventuell kann - Entscheidreife vorausgesetzt (vgl. Erwägung 1.3.3 am Ende) - auch ein reformatorischer Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in der Sache beantragt werden. Ersteres würde zur Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Vorinstanz führen, das Zweitgenannte zu einem Entscheid der Beschwerdebehörde in der Sache.

1.3.2. Begehren betreffend Überprüfung der VREG und der VeVA

Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die bundesrätliche Verordnung vom 14. Januar 1998 über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG, SR 814.620) sei auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und es sei deren Unzulässigkeit festzustellen, eventuell seien nur die Änderungen gemäss Revision der VREG vom 23. Juni 2004 für unzulässig zu erklären (Rechtsbegehren 3). Auch die bundesrätliche Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen (VeVA, SR 814.610) und die diesbezügliche Verordnung des UVEK seien auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen und es sei deren Unzulässigkeit festzustellen (Rechtsbegehren 4).

Auf eine Beschwerde ist nur insoweit einzutreten, als in die Kognition der angerufenen Instanz fallende Rügen vorgebracht werden (GYGI, a.a.O., S. 197). Das Vorbringen eines zulässigen Beschwerdegrundes ist Prozessvoraussetzung. Die Frage, welche Beschwerdegründe zulässig sind, hängt mit dem Umfang der Kognition der Beschwerdeinstanz zusammen. Die Kognition (Beschwerdegründe) und die Prüfungsbefugnis bzw. -pflicht entsprechen einander (KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts-*

*pfl*ge des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 221, Rz. 617, unter Verweis auf GYGI, a.a.O., S. 266).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen überprüft die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung und die Angemessenheit (Art. 49 VwVG). Grundsätzlich ist sie auch befugt, bei der Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm auf einen konkreten Einzelfall die Gültigkeit von Rechtssätzen zu überprüfen (akzessorische Normenkontrolle; GYGI, a.a.O., S. 292; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 227, Rz. 637). Insoweit wäre auf eine Beschwerde bzw. ein Rechtsbegehren mit entsprechenden Rügen einzutreten. Aufgrund der akzessorischen Normenkontrolle kann die Beschwerdeinstanz einer Norm in einem konkreten Einzelfall die Anwendung versagen. Sie ist jedoch niemals befugt, verfügungsweise die Ungültigkeit ganzer Erlasse festzustellen, wie die Beschwerdeführerinnen in den Begehren 3 und 4 u.a. beantragen. Denn Erlasse bilden kein Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsbeschwerde. Auf diesen Teil der Begehren kann daher von vornherein nicht eingetreten werden.

Der akzessorischen Kontrolle sind nur Rechtsnormen zugänglich, welche von einer Verfügung angewendet werden. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden Normen aus dem Umweltschutzbereich. Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wenden nicht das Umweltschutz-, sondern das Kartellrecht an. Weder stützt sich die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 auf die in den Rechtsbegehren 3 und 4 beanstandeten Rechtssätze, noch hätte sie sich darauf stützen sollen. Da diese Normen im konkreten Einzelfall nicht zur Anwendung stehen, können sie von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auch nicht überprüft werden.

Die Beschwerdeführerinnen irren, wenn sie meinen, die Vorinstanz oder die Beschwerdeinstanz seien bei der Anwendung des Kartellgesetzes befugt, öffentlich-rechtliche Bestimmungen angesichts allfälliger wettbewerblicher Auswirkungen im Einzelfall ausser Kraft zu setzen. Ein solcher Primat des Wettbewerbsrechts über wirtschaftspolizeiliche Vorschriften existiert nicht und wird auch durch das Kartellgesetz nicht begründet. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerinnen, die Feststellung der Unzulässigkeit der Erhebung einer vorgezogenen Recyclinggebühr würde die Überprüfung und Unzulässigerklärung diesbezüglicher Ordnungsbestimmungen nach sich ziehen (Eingabe vom 12.11.2006, S. 9), ist daher unzutreffend. Im Übrigen bildete die Art der Gebührenerhebung (Vorgezogenheit) nicht Untersuchungsgegenstand; die Unzulässigkeit der Erhebung einer vorgezogenen Recyclinggebühr fällt somit ohnehin ausser Betracht (Erwägungen 1.3.1 und 1.3.3).

Zusammenfassend hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, dass die akzessorische Kontrolle der Rechtmässigkeit der VREG und der VeVA vorliegend ausgeschlossen ist, weil die angefochtene Verfügung nicht in Anwendung dieser Verordnungen, sondern ausschliesslich des Kartellgesetzes ergangen ist. Weder die Vorinstanz noch die Rekurskommission

für Wettbewerbsfragen sind daher befugt zu prüfen, ob die in den Verordnungen enthaltenen Bestimmungen angesichts ihrer Wettbewerbswirkungen sinnvoll und rechtens seien. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen stehen ausserhalb der zulässigen Beschwerdegründe. Entsprechend ist auf die Rechtsbegehren 3 und 4 nicht einzutreten.

Möglich wäre die akzessorische Normenkontrolle dagegen allenfalls im Rahmen einer Verfügung, welche eine Entsorgungsbewilligung verweigert bzw. bei der Anfechtung einer solchen Verfügung. Im Übrigen wäre zwecks Änderung von Rechtsnormen das Gesetzgebungsverfahren und damit der politische Weg zu beschreiten.

1.3.3. Begehren betreffend Verbot der Rückführungs- und Entsorgungssysteme der Beschwerdegegner 1 und 2

Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter, es sei festzustellen, dass die Rückführungs- und Entsorgungssysteme der beiden Beschwerdegegner unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bewirkten; die Abreden und Verhaltensweisen seien entsprechend für unzulässig zu erklären (Rechtsbegehren 2.a). Die Rückführungs- und Entsorgungssysteme seien zwecks Beseitigung der Wettbewerbsbehinderungen und -benachteiligungen und zwecks Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs zu verbieten, eventuell sei die Erhebung einer vorgezogenen Recyclinggebühr oder einer sonstigen privaten Entsorgungsabgabe zu verbieten (Rechtsbegehren 2.b).

Die Beschwerdeführerinnen definieren in den Anträgen nicht, welches die Abreden und Verhaltensweisen sind, die sie in Rechtsbegehren 2.a) ansprechen, und die sie für unzulässig erklären lassen wollen. Der Umstand, dass sie diese nicht identifizierten "Abreden und Verhaltensweisen" mit den Rückführungs- und Entsorgungssystemen als solchen in Verbindung bringen, spricht dafür, dass das Rechtsbegehren 2.a nicht ausschliesslich die von der Vorinstanz untersuchten Abreden und Verhaltensweisen betrifft. Ihre materiellen Ausführungen in den diversen Eingaben bestätigen dies.

Soweit die Beschwerdeführerinnen in Rechtsbegehren 2 beantragen, die Rückführungs- und Entsorgungssysteme der Beschwerdegegner 1 und 2 seien als solche zu verbieten, eventualiter sei die Erhebung einer vorgezogenen Recyclinggebühr oder einer sonstigen Entsorgungsabgabe zu verbieten, ist auf die Beschwerde mangels eines Anfechtungsobjektes nicht einzutreten. Ebenso wenig können Abreden und Verhaltensweisen, die im vorinstanzlichen Verfahren nicht untersucht worden sind, untersagt werden. Es ist nicht Aufgabe der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als Beschwerdeinstanz, quasi als erste Instanz kartellrechtliche Fragestellungen zu beurteilen, welche die Vorinstanz mangels Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Art. 27 Abs. 1 KG) für unproblematisch befunden und darum nicht untersucht hat.

In diesem Zusammenhang ist zudem daran zu erinnern, dass gemäss Praxis und Rechtsprechung kein

Anspruch auf Eröffnung einer kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung über bestimmte kartellrechtliche Fragestellungen besteht (vgl. statt vieler RPW 2004/2, S. 638 f., sowie RPW 2003/3, S. 676 f.) Entsprechend steht die Verwaltungsbeschwerde nicht offen, um doch noch eine Beurteilung von kartellrechtlichen Fragen zu erwirken, die von der Vorinstanz nicht untersucht worden sind, zumal die Nichteröffnung einer Untersuchung keinen Verfügungscharakter hat (RPW 2004/2, S. 637). Der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat obliegt in erster Linie die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses am wirksamen Wettbewerb. Den Beschwerdeführerinnen bleibt unbenommen, ihre Interessen im Rahmen eines kartellzivilrechtlichen Verfahrens zu verfolgen.

1.3.4. Schlussfolgerung

Aus den oben stehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerdebegehren 2 (soweit den Verfügungsgegenstand überschreitend), 3 und 4 den Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe überschreiten (Erwägung 1.3.2 und 1.3.3), weshalb auf diese Begehren nicht einzutreten ist.

Im Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe liegt dagegen das Rechtsbegehren 1, für welches ein Anfechtungsobjekt gegeben ist. Dasselbe trifft teilweise für das Rechtsbegehren 2.a zu, soweit es sich auf den Verfügungsgegenstand beschränkt (Erwägungen 1.3.1 und 1.3.3). Zu beachten sind dabei zwei Einschränkungen: Erstens kann eine von der Beurteilung der Vorinstanz abweichende Einschätzung der untersuchten Vereinbarungen nicht zur Unzulässigerklärung der Rückführungs- und Entsorgungssysteme als solche oder zu einem Verbot vorgezogener Recyclinggebühren oder sonstiger privater Abgabe führen, weil dies den Gegenstand der Verfügung und des Beschwerdeverfahrens überschreiten würde. Zweitens ist hinsichtlich der Vereinbarungen betreffend die Preise (Höhe und Überwälzung der Recyclinggebühren) ein reformatorischer Entscheid in der Sache kaum möglich, da die Vorinstanz von einer materiellen Prüfung der Zulässigkeit mangels Abredencharakter abgesehen hat (fehlende Entscheidreife). Ein solcher Entscheid wäre allenfalls hinsichtlich der Marktaufteilungsabrede möglich.

1.4. Beschwerdebefugnis

1.4.1. Zur Beschwerdebefugnis allgemein

Zu prüfen ist weiter, inwiefern die Beschwerdeführerinnen bezüglich des Begehrens 1 (Aufhebung der angefochtenen Verfügung) und - vor allem die Marktaufteilungsabrede betreffend - bezüglich des Begehrens 2.a (reformatorischer Entscheid in der Sache, vgl. Erwägung 1.3.4 am Ende) zur Verwaltungsbeschwerde befugt sind.

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Die Beschwerdebefugnis steht somit nicht jedermann zu (Ausschluss der Popularbeschwerde): Beschwerdeführer können entsprechend

die Adressaten einer Verfügung sowie von dieser berührte Dritte sein, die über ein Rechtsschutzinteresse verfügen. Dieses Interesse kann rechtlicher oder bloss tatsächlicher Natur sein. In jedem Fall muss der Beschwerdeführer von der Verfügung stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (BGE 127 V 1 E. 1b, 127 V 80 E. 3a/aa).

Das schutzwürdige Interesse an einer Beschwerde setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 119 Ib 179 E. 1c). Der Beschwerdeführer muss durch die angefochtene Verfügung persönlich und unmittelbar einen Nachteil erleiden (BGE 127 II 264 E. 2c). Weder genügt ein mittelbares noch ein bloss öffentliches Interesse. Mit der Rechtsschutzfunktion der Individualbeschwerde stimmt überein, dass der Einzelne nur zum Schutz eigener individueller Interessen Beschwerde führen kann (RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 243, Rz. 1269). Das Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung muss im Zeitpunkt des Entscheids aktuell sein, denn die Rechtsmittelinstanz soll konkrete und nicht bloss theoretische Rechtsfragen entscheiden (RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 243, Rz. 1270).

Gefordert wird zunächst, dass sich der Beschwerdeführer am vorausgegangenen Verfahren vor der unteren Instanz beteiligt hat, und dass seine dort gestellten Begehren ganz oder teilweise abgewiesen worden sind (formelle Beschwerde) (BGE 127 V 107 E. 2.a; GYGI, a.a.O., S. 155; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 195, Rz. 1017 und S. 243, Rz. 1272). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Im Falle von Drittbetroffenen, die nicht Verfügungsadressaten sind, besteht das Rechtsschutzinteresse sodann im praktischen Nutzen, den die Beschwerde dem erfolgreichen Beschwerdeführer einbringen würde, also in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (BGE 127 V 1 E. 1b, 127 V 80 E. 3a/aa). Ob die besondere Beziehungsnähe gegeben ist, entscheidet sich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 243, Rz. 1274). Die Befürchtung eines Konkurrenten, verstärkter Konkurrenz ausgesetzt zu sein, ist für die erforderliche Beziehungsnähe zum Streitgegenstand jedenfalls nicht ausreichend, da Veränderungen der Marktbedingungen und damit der Konkurrenzverhältnisse einer Wettbewerbsordnung immanent sind (BGE 127 II 264 E. 2c, 109 Ib 198 E. 4d).

Die geforderte Beziehungsnähe setzt bei Konkurrenten und allenfalls bei Abnehmern oder Lieferanten voraus, dass sich eine Wettbewerbsbeschränkung auf einem Markt auswirkt, auf dem diese Akteure tätig sind; ist dies der Fall, sind sie von der Wettbewerbsbeschränkung regelmässig unmittelbar betroffen (BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 214). Zusätzlich wird ein die Beziehungsnähe qualifizierendes Element gefordert. Dieses kann in einer speziellen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnung liegen,

welcher die Konkurrenten unterworfen sind (BGE 109 Ib 198 E. 4d). In der Lehre wird allerdings darauf hingewiesen, dass die Übertragung dieses qualifizierenden Merkmals im Kartellrecht Schwierigkeiten bereitet; auch wenn man daran festhalten wolle, sei für die konkrete Beurteilung, ob ein Dritter durch eine Wettbewerbsbeschränkung einen unmittelbaren und persönlichen wirtschaftlichen Nachteil erleide, noch nichts gewonnen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 215, mit weiteren Hinweisen). Im Kartellverwaltungsrecht wird im Sinne des qualifizierenden Elementes gefordert, dass die Wettbewerbsstellung des Dritten durch eine Abrede oder Verhaltensweise erheblich beeinträchtigt wird, dass er eine deutlich spürbare Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Position und damit einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet (BILGER, a.a.O., S. 215, mit weiteren Hinweisen).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fordert daher bei Beschwerden von Konkurrenten oder anderen Dritten eine hinreichend konkretisierte erhebliche Wettbewerbsbehinderung (RPW 1997/2, S. 250; vgl. auch BILGER, a.a.O., S. 215, S. 398). Selbstverständlich muss die inkriminierte Wettbewerbsbeschränkung für die erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung des Dritten ursächlich sein.

1.4.2. Begründung der Beschwerdebefugnis durch die Beschwerdeführerinnen und Beurteilung

Die Verwaltungsbeschwerde (Eingaben vom 3. und 30.5.2005) und die Replik vom 9. Januar 2006 schweigen sich zur Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerinnen weitestgehend aus. Es wurde ausschliesslich geltend gemacht, die Beschwerdeführerinnen seien Konkurrentinnen der Beschwerdegegner 1 und 2 bzw. der für diese arbeitenden Recycling- und Entsorgungsunternehmen; demzufolge seien sie von der angefochtenen Verfügung unmittelbar persönlich betroffen und hätten daher ein aktuelles Rechtsschutzinteresse (Eingabe vom 3.5.2005, S. 5, Rz. 3).

Für die Begründung der Beschwerdebefugnis sind diese Angaben nicht ausreichend (Erwägung 1.3.1). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Beschwerdeführerinnen daher am 25. Oktober 2006 aufgefordert, ihre Beschwerdebefugnis im Lichte der einschlägigen Kriterien zu konkretisieren. Dies geschah in Wahrnehmung der Pflicht, die Sachentscheidsvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen, und unter Hinweis auf die Pflicht der Beschwerdeführerinnen, diese Voraussetzungen und insbesondere das Rechtsschutzinteresse zu substantiieren (RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 234, Rz. 1217).

In ihrer Eingabe vom 12. November 2006 machen die Beschwerdeführerinnen geltend, ihre Beschwerdebefugnis sei schon im Rahmen des Verfahrens vor der Vorinstanz geprüft worden, denn ihre Parteistellung sei bejaht worden. Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz hätten immer noch Geltung, weshalb darauf zu verweisen sei (Eingabe vom 12.11.2006, S. 1 f.).

Aus dem Umstand, dass den Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung eingeräumt worden ist, folgt entgegen ihrer Annahme

nicht automatisch, dass sie zur Verwaltungsbeschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 21. März 2005 befugt sind. Die Beschwerdebefugnis richtet sich nach den Kriterien von Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und wird durch die Beschwerdeinstanz beurteilt (RPW 2004/3, S. 897, E. 2.2, mit Hinweisen auf die Literatur; vgl. auch den unveröffentlichten Entscheid der REKO/EVD vom 20.4.2005 i.S. F. [6I/2003-18] E. 1.4.1).

In der Eingabe vom 12. November 2006 behaupten die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht mehr, Konkurrentinnen der Beschwerdegegner 1 und 2 zu sein. Die Beschwerdegegner 1 und 2 sind Anbieter im Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme. Die Beschwerdeführerinnen sind nicht in diesem sachlich relevanten Markt tätig. Nach ihren eigenen Angaben ist die Beschwerdeführerin 1 Sammlerin und Zwischenhändlerin von Schrott und Elektroschrott; die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 befassen sich mit Annahme, Sammlung, Sortierung und Zwischenlagerung von solchen Materialien, wobei sie über die entsprechenden Bewilligungen, nicht aber über solche für das Verarbeiten von Altgeräten verfügen. Als aktuelle Konkurrentinnen der beiden Beschwerdegegner fallen sie somit ausser Betracht. Dass sie mindestens als potenzielle Konkurrenten aufzufassen wären, behaupten sie nicht (der Beschwerdegegner 1 bestreitet dies; vgl. Eingabe vom 20.11.2006, S. 7).

Dass die Beschwerdeführerinnen nicht Konkurrentinnen der Beschwerdegegner 1 und 2 sind, bedeutet nicht, dass sie nicht dennoch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung vom 21. März 2005 haben könnten. Falls sich die untersuchten Vereinbarungen und deren Beurteilung durch die Vorinstanz auf sie als Akteure im von ihnen bearbeiteten nachgelagerten Markt auswirken, können sie von der Verfügung betroffen sein. Zu prüfen bleibt daher, ob die Beschwerdeführerinnen durch die Vereinbarungen und ihre Beurteilung in der angefochtenen Verfügung unmittelbar betroffen sind und einen hinreichend konkretisierten, erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden, so dass sie von einer erfolgreichen Beschwerde einen praktischen Nutzen hätten.

Die Beschwerdeführerinnen führen auch nach der ausdrücklichen Aufforderung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht aus, in welcher Weise sich die beiden untersuchten Vereinbarungen für sie nachteilig auswirken sollten und inwiefern sich dies bei einer anderen Beurteilung ändern würde. Ihre Ausführungen in der Eingabe vom 12. November 2006 substantiieren das Rechtsschutzinteresse somit nicht. Demgegenüber legt der Beschwerdegegner 1 überzeugend dar, dass eine Unzulässigerklärung der beiden Vereinbarungen an den Entsorgungskonzepten und an der Stellung der Beschwerdeführerinnen in den von ihnen bearbeiteten Märkten nichts ändern würde (Eingabe vom 20.11.2006, S. 9 ff., S. 12 ff.).

Für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist aufgrund der Abklärungen nicht ersichtlich, inwiefern die Unzulässigerklärung der beiden Vereinbarungen an der wirtschaftlichen Situation der Beschwerdeführerinnen etwas zu ändern vermöchte:

In der Tat haben die Beschwerdeführerinnen, wie sie es formulieren (Eingabe vom 12.11.2006, S. 10), zwar ein wirtschaftliches Interesse an einem Verbot der Rückführungs- und Entsorgungssysteme der beiden Beschwerdegegner. Diese Systeme charakterisieren sich durch die Rücknahme- und Entsorgungspflicht der Hersteller, Importeure und Händler, wie sie in den einschlägigen Verordnungen verankert ist (VREG, VeVA), ferner durch die Erhebung einer vorgezogenen Gebühr, die gemäss dem Verursacherprinzip von den Konsumenten zu tragen ist (Art. 2 des Bundesgesetzes vom 7.10.1983 über den Umweltschutz, USG, SR 814.01) und seit 1. Juni 2005 Bestandteil des Gerätepreises sein muss (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 11.12.1978 über die Bekanntgabe von Preisen, PBV, SR 942.211). Diese Prinzipien bewirken, dass die Konsumenten ihre ausgedienten Geräte den Händlern, Herstellern oder Importeuren unentgeltlich zurückbringen können, weshalb die entsprechenden Materialflüsse am traditionellen Schrotthandel vorbeifliessen. Die genannten bundesrechtlichen Vorschriften führen zu einer umweltgerechten Entsorgung dieser Geräte und einer ebensolchen Aufarbeitung der anfallenden Stoffe.

Die Beschwerdeführerinnen mögen wirtschaftlich an einem Verbot der Rückführungs- und Entsorgungssysteme interessiert sein. Das reicht für die Befugnis, die Verfügung vom 21. März 2005 mit Beschwerde anzufechten, jedoch nicht aus. Denn die Verfügung beurteilt nicht diese Systeme, sondern nur zwei bestimmte Vereinbarungen (fehlendes Anfechtungsobjekt, Erwägung 1.3.4).

Was das schutzwürdige Interesse an einer anderen Beurteilung dieser beiden von der Vorinstanz untersuchten Vereinbarungen angeht, stellt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, dass ein solches fehlt. Denn für die Beschwerdeführerinnen würde sich nichts ändern, wenn die Recyclinggebühren nicht einheitlich wären (Preisvereinbarungen) oder wenn die Abrede über die Aufteilung des Marktes nach Geräte kategorien für unzulässig erklärt würde. Das Gegenteil haben sie zu Recht auch nie behauptet.

Die Begründung der Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren in der angefochtenen Verfügung schliesslich führt zu keinem anderen Ergebnis:

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen als Parteien zum Verfahren zugelassen, weil sie zunächst offenbar davon ausgegangen ist, diese stünden in einem Konkurrenzverhältnis zu den Beschwerdegegnern 1 und 2. Weiter erwog die Vorinstanz, ein Verbot der Überwälzung der vorgezogenen Recyclinggebühr könnte einige Systemteilnehmer veranlassen, auf andere Systeme auszuweichen, und die Untersagung der Marktaufteilungsabrede könnte die Systeme der Beschwerdegegner 1 und 2 destabilisieren (Verfügung vom 21.3.2005, Rz. 15).

Entgegen der Darstellung in der Verfügung sind die Beschwerdeführerinnen wie ausgeführt nicht Konkurrentinnen der Beschwerdegegner, da sie auf einem anderen sachlichen Markt tätig sind. Andere auf dem

Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme tätige Anbieter könnten zwar möglicherweise tatsächlich von einer Destabilisierung der Verhältnisse profitieren. Sie wären von den Vereinbarungen und ihrer Beurteilung damit unmittelbar berührt. Damit ist aber nicht gesagt, dass auch die auf einem anderen Markt tätigen Beschwerdeführerinnen durch die Vereinbarungen unmittelbar betroffen sind und dass die qualifizierte Beziehungsnähe (hinreichend konkretisierte erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung) gegeben ist.

Die Verfügung enthält somit nichts, was die Beschwerdebefugnis ausreichend begründen würde. Das einzige, was daraus abgeleitet werden könnte, wäre, dass die Beschwerdeführerinnen von den Vereinbarungen und ihrer Beurteilung mittelbar betroffen sein könnten. In diesem Sinn erweist sich die Einräumung der Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren in einer ex post Betrachtung nicht als zwingend. Dass die Wettbewerbskommission bei der Einräumung der Parteistellung relativ grosszügig verfährt, ist aber verständlich, sind zu Beginn einer Untersuchung doch regelmässig sowohl der Sachverhalt wie auch die rechtliche Würdigung offen, so dass es schwierig ist, die Wettbewerbswirkungen der zu untersuchenden Vereinbarungen zu beurteilen.

Damit hat es mit der Folgerung, dass eine erfolgreiche Beschwerde den Beschwerdeführerinnen aus den genannten Gründen keinen unmittelbaren praktischen Nutzen verschaffen würde, sein Bewenden. Angesichts der gesetzlichen Rahmenordnung würde sich für sie nichts ändern, wenn die Gebühren zufolge Verbot der Preisvereinbarungen nicht mehr einheitlich sein dürften und wenn die Organisationsabrede für unzulässig erklärt würde. Die Materialflüsse würden im Wesentlichen weiterhin am traditionellen Schrotthandel vorbeifliessen, und die umweltgerechte Aufarbeitung der anfallenden Stoffe wäre nach wie vor kostspielig.

1.4.3. Schlussfolgerungen

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt aus diesen Gründen zum Schluss, dass die Beschwerdeführerinnen kein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung haben. Sie sind deshalb nicht im Sinne von Art. 48 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes zur Beschwerde legitimiert.

Auf Rechtsbegehren 1 und Rechtsbegehren 2.a wird daher nicht eingetreten.

Die Prüfung der übrigen Sachentscheidvoraussetzungen erübrigt sich in dieser Situation.

2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Parteien die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 24. Mai 2005 geleisteten Kostenvorschuss von je CHF [...], total CHF [...] verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [Kostenverordnung], SR 172.041.0). Eine

Parteientschädigung ist den Beschwerdeführerinnen nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Die Beschwerdegegner 1 und 2 dringen mit ihren Begehren auf Nichteintreten durch, weshalb sie als obsiegende Parteien anzusehen sind. Die Beschwerdeinstanz kann der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren zulasten der unterliegenden Gegenpartei, hier der Beschwerdeführerinnen, eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif des Bundesgerichts vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) finden sinngemäss Anwendung (Art. 8 Abs. 3 Kostenverordnung).

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf eine Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Das Honorar richtet sich i.d.R. nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des im Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Der danach zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung). Lässt sich der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen, ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache (einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache), ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands des Anwalts zu bestimmen (Art. 4 Abs. 4 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Im Falle von Prozessabstand, Rückzug des Rechtsmittels, Vergleich, Nichteintreten oder allgemein, wenn der Prozess nicht mit einem Sachurteil endet, kann das Honorar entsprechend gekürzt werden (Art. 7 Abs. 3 des Tarifs).

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist i.d.R. keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht hinsichtlich der Bemessung Folgendes in Betracht:

Vorliegend lässt sich der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen. Das Honorar ist daher nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts zu bemessen (Art. 4 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 des Tarifs).

Die Beschwerdegegner 1 und 2 haben keine Kostennote eingereicht. Der Zeitaufwand kann daher von der Beschwerdeinstanz nicht veranschlagt werden. Angesichts des doppelten Schriftenwechsels und der zusätzlichen Eingaben im Rahmen der Instruktion ist er jedoch als beträchtlich einzustufen. Betreffend die

Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdegegner 1 und 2 von wirtschaftlicher und ideeller Bedeutung ist. Ferner ist anzuerkennen, dass es sich um kein einfaches Verfahren handelte.

Unter Berücksichtigung dieser Elemente und unter Bezug auf vergleichbar schwierige Verfahren sowie Art. 8 Abs. 4 der Kostenverordnung und Art. 7 Abs. 3 des Tarifs werden die Parteientschädigungen für die Beschwerdegegner 1 und 2 auf je CHF [...] festgelegt.

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Auf die Verwaltungsbeschwerde vom 3. und vom 30. Mai 2005 wird nicht eingetreten.
 2. [Verfahrenskosten]
 3. [Parteientschädigung]
 4. [Parteientschädigung]
 5. [Rechtsmittelbelehrung]
 6. [Eröffnung]
-

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Urteil (2A.430/2006) vom 6. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (Beschwerdeführer) gegen Wettbewerbskommission (Beschwerdegegnerin), Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Wettbewerbsbeschränkung (Buchpreisbindung), Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 11.7.2006).

Sachverhalt:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 28. September 1998 eine Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel für deutschsprachige Bücher. In diese wurden der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband (für die Beteiligten in der Schweiz) sowie der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (für die Beteiligten in Deutschland) einbezogen. Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Wettbewerbskommission fest, der "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz" (nachfolgend: Sammelrevers) bilde eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251). Sie verpflichtete die Verleger und Zwischenbuchhändler, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern, und erklärte die Buchhändler als nicht mehr an diese gebunden. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bestätigte diese Verfügung auf Beschwerde hin am 21. Mai 2001.

Gegen diesen Entscheid gelangten der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband sowie der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. mit im Wesentlichen gleichlautenden Verwaltungsgerichtsbeschwerden ans Bundesgericht, welches mit Urteil vom 14. August 2002 (BGE 129 II 18; im Folgenden auch: Rückweisungsentscheid) die Verfahren vereinigte und die Beschwerden teilweise guthiess. Es hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001 auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurück. Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, der Sammelrevers, welcher ungefähr 90% aller deutschsprachigen Bücher erfasse, bilde eine auf der Stufe des Buchhandels horizontal koordinierte vertikale Wettbewerbsabrede über die direk-

te oder indirekte Festsetzung von Preisen, bei der gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten sei. Da zwischen den Buchhandlungen neben dem (ausgeschalteten) Preis jedoch ein Qualitätswettbewerb fortbestehe und der Wettbewerb nur als beseitigt gelten könne, wenn die autonome Festlegung sämtlicher relevanter Wettbewerbsparameter ausgeschlossen erscheine, habe die entsprechende gesetzliche Vermutung als widerlegt zu gelten. Es sei deshalb zu prüfen, ob die mit dem Sammelrevers verbundene erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lasse.

B.

In der Folge nahm die Wettbewerbskommission umfangreiche Abklärungen vor. In deren Rahmen liess sie den Rechtsvertretern des Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verbandes und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. sowie 12 Verlagen bzw. Verlagsgruppen und 70 Buchhandlungen einen Fragebogen zukommen.

Am 10. November 2004 vereinigte die Wettbewerbskommission das den Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband betreffende Untersuchungsverfahren mit demjenigen, das den Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. betrifft. Am 21. Februar 2005 fand eine Anhörung der Parteien statt, an welcher insgesamt 11 Vertreter der Buchbranche teilnahmen. Am 16. März 2005 ersuchten die Parteien die Wettbewerbskommission, ihr Sekretariat zu beauftragen, mit den Branchenverbänden eine einvernehmliche Regelung auszuarbeiten, welche sich an den Eckpunkten der Flexibilisierung der Preisbindung durch einen Preiskorridor, der zeitlichen Begrenzung der Preisbindung und der Einstellung des Verfahrens auszurichten habe. Die Wettbewerbskommission lehnte dieses Gesuch am 21. März 2005 ab. Zunächst sei ein solches Gesuch nach siebenjähriger Verfahrensdauer, nach Abschluss des Schriftenwechsels, nach Abhaltung einer einlässlichen Anhörung und unmittelbar vor der Entscheidung als verspätet zu erachten; zudem sei das Gesuch inhaltlich ungenügend bestimmt.

Am 21. März 2005 verfügte die Wettbewerbskommission, der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz sei nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig; die Verleger und die Zwischenbuchhändler würden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung

zu beliefern; die Buchhändler seien an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.

Gegen diese Verfügung erhoben der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. gemeinsam Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Mit Entscheid vom 11. Juli 2006 bestätigte diese die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 und wies die Beschwerde ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. Juli 2006 beantragen der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. dem Bundesgericht, den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 11. Juli 2006 sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 aufzuheben; es sei festzustellen, dass der Sammelrevers eine im Sinne von Art. 5 KG effiziente und damit zulässige Abrede sei.

Die Wettbewerbskommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

D.

Mit Verfügung vom 15. September 2006 erkannte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zwar ist am 1. Januar 2007 das neue Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; AS 2006 1205) in Kraft getreten. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist hier allerdings noch das alte Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) anwendbar, da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes ergangen ist.

1.2 Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Als Interessenvertreter der von der Verfügung materiell betroffenen Verleger und Buchhändler sind die Beschwerdeführer hierzu legitimiert (BGE 129 II 18 E. 1.1). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Die ausnahmsweise Zulassung einer als unzulässig beurteilten Wettbewerbsabrede aus überwiegenden öffentlichen Interessen durch den Bundesrat (Art. 8 KG) steht nicht in Frage. Es ist deshalb nicht Sache des Bundesgerichts, im vorliegenden Verfahren entsprechende Ausnahmegründe zu berücksichtigen. Das Gericht hat ausschliesslich zu prüfen, ob der Entscheid, der umstrittene Sammelrevers bilde eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG, aus wettbewerblichen Gründen Bundesrecht verletzt (Art. 104 Bst. a OG). Dabei ist es an den von der Rekurskommission festgestellten Sachverhalt gebunden,

soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt wurde (Art. 105 Abs. 2 OG; BGE 129 II 18 E. 1.2).

1.4 Unabhängig davon kommt der Vorinstanz als Spezialverwaltungsgericht, welches u.a. mit Richtern besetzt ist, die über einschlägige Fachkenntnisse im Wettbewerbsrecht bzw. in der -theorie verfügen, ein Beurteilungsspielraum zu. Daraus folgt, dass sich das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, wenn Fachfragen ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen steht dabei - schon aufgrund der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG verwendeten offenen bzw. unbestimmten Begriffe - ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. Das Bundesgericht beschränkt sich insoweit auf die Prüfung, ob die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2, betreffend die Kommunikationskommission).

1.5 Die Frage, ob die streitige Abrede gegenüber einem abredefreien Markt wirtschaftliche Effizienzvorteile bringt, hat weit gehend tatsächlichen Charakter. Dies gilt auch insoweit, als es um hypothetische Abläufe und Prognosen geht, die sich naturgemäss nicht strikte beweisen lassen und zum Teil immer auch auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen (vgl. BGE 132 III 715 E. 2.3). Derartige Feststellungen sind für das Bundesgericht im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG verbindlich. Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, diese Abklärungen der zuständigen Fach(rekurs)behörde im Einzelnen zu überprüfen bzw. allenfalls durch eigene Erhebungen zu ergänzen (vgl. zur Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu Art. 105 Abs. 2 OG betreffend die voraussichtliche künftige Entwicklung von Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie das hypothetische Vergleichseinkommen: zur Publikation bestimmtes Urteil I.618/2006 vom 28.9.2006 E. 3; grundsätzlich BGE 115 II 440 E. 5b betreffend hypothetische Geschehensabläufe).

1.6 Damit beschränkt sich die Überprüfung durch das Bundesgericht im vorliegenden Fall weit gehend auf die Fragen, ob die Vorinstanz Verfahrensfehler begangen hat, ob sie sich im Rahmen des Rückweisungsauftrages gehalten hat, ob sie bei ihren Feststellungen die Beweislast richtig verteilt hat und von den richtigen und richtig verstandenen Begriffen (z.B. der wirtschaftlichen Effizienz oder der rationelleren Nutzung von Ressourcen) ausgegangen ist und ob die diesbezüglichen Feststellungen offensichtlich unrichtig sind.

2.

Wie das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid festgestellt hat, schliessen die Verleger, die den Sammelrevers - der gleichermassen in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewendet wird - unterschreiben, mit allen Buchhändlern, die den Revers ebenfalls unterschrieben haben, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setzt der Verleger die Endabnehmerpreise seiner Bücher fest. Die Buchhändler ver-

pflichten sich, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten. Ebenso verpflichten sich die Zwischenbuchhändler, nur reversgebundene Händler zu beliefern. Auch Wiederverkäufer, die ausserhalb der Schweiz beliefert werden, müssen für den Fall eines Reimports in die Schweiz auf die Preisbindung verpflichtet werden. Der Formularvertrag regelt zudem die zulässigen Sonderpreise (Rabatte, Subskriptionspreise usw.). Der Buchhändler verpflichtet sich bei Anbieten oder Gewähren unzulässiger Nachlässe oder Überschreiten des Ladenpreises zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verleger-Verband oder an den Verlag, sofern dieser ausnahmsweise Zahlung an sich selber wünscht. Der Verlag kann daneben insbesondere seine Lieferungen einstellen. Der Buchhändler verpflichtet sich, einem vereidigten Buchprüfer Einblick in seine Geschäftsunterlagen zu geben, wenn die begründete Vermutung besteht, dass er gegen die Preisbindung verstösst. Desgleichen verpflichtet sich der Verlag zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verleger-Verband, wenn er seine gebundenen Preise unterbietet oder die Unterbietung durch Dritte veranlasst. Die Verlage sichern eine lückenlose Preisbindung und Gleichbehandlung der Abnehmer in Preisbindungsfragen zu. Als Vertreter der einzelnen Verlage wirkt ein Preisbindungstreuhänder, welcher die Preisbindungsverträge der einzelnen Buchhändler entgegennimmt und die Einhaltung der Preisbindung überwacht. Umgekehrt bevollmächtigen die Buchhändler eine Preisbindungsbevollmächtigte oder -beauftragte, welche in ihrem Namen Änderungen des Sammelrevers (insbesondere durch die Aufnahme neuer Verlage) unterzeichnet. Für die Beilegung von Streitigkeiten aus dem Preisbindungsvertrag ist ein Schiedsgericht vorgesehen. Dessen Obmann wird vom Preisbindungstreuhänder und der -beauftragten bestimmt und wählt zwei weitere Schiedsrichter aus einer Liste von Fachrichtern, welche von den Verlagen und den Buchhändlern erstellt wird. Der Sammelrevers legt selber keine Ladenpreise fest; dies ist Sache der einzelnen Verlage. Kein Verleger ist verpflichtet, am Sammelrevers teilzunehmen. Der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband verfügt über keine Druckmittel, um Verlage zur Teilnahme zu zwingen. Auch die teilnehmenden Verlage sind sodann nicht verpflichtet, für alle ihre Werke einen gebundenen Preis festzusetzen. Trotzdem gilt für ungefähr 90% aller deutschsprachigen Bücher, die in der Schweiz verkauft werden, ein vom Verlag festgesetzter Ladenpreis, von dem die Buchhandlungen nicht bzw. nur in dem vom Sammelrevers vorgesehenen Rahmen (Sonderpreise) abweichen. Nicht festgelegt sind die Konditionen im Verhältnis zwischen den Verlagen und dem Zwischenbuchhandel sowie dem Zwischenbuchhandel und dem Buchhandel (BGE 129 II 18 E. 2).

3.

3.1 Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse ei-

ner freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Vereinbarungen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, sind hingegen nicht generell verboten, sondern in den Schranken des Gesetzes erlaubt. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Unzulässig sind - vorbehaltlich der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat (Art. 8 KG) - Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch die in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). In letzterem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen. Dass eine Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, kann direkt nachgewiesen werden oder sich gestützt auf Art. 5 Abs. 3 KG ergeben, wonach dies bei gewissen "harten Kartellen" in widerlegbarer Weise vermutet wird (BGE 129 II 18 E. 3).

3.2 Das Kartellgesetz wurde 2003 teilweise revidiert bzw. ergänzt. Die Änderungen sind am 1. April 2004 in Kraft getreten. Mit dem neuen Art. 5 Abs. 4 KG wurde dabei insbesondere eine Art. 5 Abs. 3 entsprechende Bestimmung (Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs) für vertikale Abreden bzw. Absprachen über Mindest- oder Festpreise aufgenommen. Da der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt, d.h. die Anwendung des Sammelrevers, andauert, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass das neue Recht anzuwenden ist (angefochtenes Urteil E. 2).

3.3 Das Bundesgericht hat in BGE 129 II 18 erkannt, der Sammelrevers bilde unbestrittenermassen (zumindest) im vertikalen Verhältnis zwischen den Verlegern und Buchhändlern eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke und bewirke; er sei somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (E. 4). Da dieser die Preisgestaltung der Buchhändler einenge, beeinträchtigt er den Wettbewerb. Angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von rund 90% sei davon auszugehen, dass der Wettbewerb hier mindestens erheblich beeinträchtigt sei (BGE 129 II 18 E. 5).

4.

Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs - welche eine Rechtfertigung aus wettbewerblichen Gründen ausschliesst - bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Diese gesetzliche Vermutung erfasst zwar nur horizontale Wettbewerbsabreden; sie gilt indessen aufgrund der neuen Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG - wie erwähnt - auch für vertikale Absprachen. Auch eine (individuelle) vertikale Preisabrede oder -bindung

zwischen Hersteller und Händler ist daher vermungsweise eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

Das Bundesgericht hat dazu erwogen, eine horizontale Vereinbarung sei weder für die Verleger noch für die Buchhändler nachgewiesen; vertragsrechtlich liege jeweils eine individuelle Absprache zwischen den einzelnen Verlagen und Buchhändlern vor. Aufgrund von Art. 4 Abs. 1 KG gälten indessen nicht nur Absprachen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als "Abreden" im Sinne des Gesetzes. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde, selbst wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern je durch die einzelnen Verleger bestimmt worden sei. Der Sammelrevers führe dazu, dass alle angeschlossenen Buchhandlungen den gleichen vom Verlag festgesetzten Preis einhielten, worin ein horizontal abgestimmtes Verhalten liege. Damit sei gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten (E. 6).

Diese Vermutung würde nunmehr wohl auch aufgrund von Art. 5 Abs. 4 KG gelten.

5.

5.1 Das Bundesgericht ist im erwähnten Entscheid weiter zum Schluss gekommen, selbst wenn der Handel als eigener Markt betrachtet werde, bestehe ein relevanter Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen. Es könne als erwiesen erachtet werden, dass auf dem Buchhandelsmarkt nebst dem Preis auch die Qualität (des Sortiments, der Beratung) eine erhebliche Bedeutung habe, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitige. Der Qualitätswettbewerb zwischen den Buchhandlungen sei dadurch zwar wohl beeinträchtigt, aber nicht beseitigt. Die Ein- und Austrittsbedingungen auf dem Markt seien ein zentrales Kriterium für die Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen: Wenn trotz Absprachen ein lebhafter Wechsel im Bestand der Marktteilnehmer erfolge, sei der Wettbewerb nicht beseitigt. Von keiner Seite werde behauptet, der Marktzutritt für neue Buchhandlungen werde durch den Sammelrevers erschwert oder verunmöglicht. Im Gegenteil sei aktenmässig erstellt und unbestritten, dass die Zahl der Sortimentsbuchhandlungen stark schwanke. Trotz Buchpreisbindung träten somit in der Realität in einem erheblichen Ausmass Wettbewerber auf dem Markt ein und aus und komme es zu Verlagerungen in den relativen Umsatzanteilen. Derartige Schwankungen im Bestand der Marktteilnehmer und ihren Marktanteilen wären nicht erklärlich, gäbe es nicht zumindest einen wirksamen (Teil-) Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen. Damit bestehe neben dem ausgeschalteten Preis- ein Qualitätswettbewerb, der relevant erscheine, womit die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG widerlegt sei.

5.2 Das Bundesgericht gelangte schliesslich zum Ergebnis, der Wettbewerb werde durch den Sammelrevers erheblich und damit unzulässig beeinträchtigt, es

sei denn, die Abrede erscheine aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG; E. 10). Die Prüfung entsprechender Rechtfertigungsgründe setze allerdings neben der Beurteilung von Rechtsfragen Feststellungen sachverhaltlicher Natur voraus. Zurzeit lägen jedoch keine hinreichenden Grundlagen vor, welche es ihm erlaubten, die Frage selber abschliessend zu beurteilen, weshalb die Sache an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen werde. Diese habe abzuklären, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könne, was im Rahmen seiner summarischen Prüfung nicht von vornherein auszuschliessen sei (Art. 5 Abs. 2 KG; E. 10).

Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht festgehalten, der Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission bzw. der Streitgegenstand ihres Beschwerdeverfahrens sei durch den Rückweisungsentscheid auf die Prüfung beschränkt, ob sich der Sammelrevers durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lasse. Sie durfte es damit auch als zulässig erachten, dass die Wettbewerbskommission in ihrer aufgrund des Bundesgerichtsurteils durchgeführten Untersuchung den Streitgegenstand nicht auch auf die Prüfung des Vermutungstatbestandes im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG ausgedehnt hat.

6.

6.1 Die Beschwerdeführer rügen zunächst, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Abweisung ihres Gesuches vom 16. März 2005 um Aushandlung einer einvernehmlichen Lösung durch die Wettbewerbskommission geschützt.

6.2 Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es - in jedem Stadium des Untersuchungsverfahrens (BBI 1995 I 604) - den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG), die der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission bedarf (Art. 29 Abs. 2 KG).

Nach dieser klaren gesetzlichen Regelung ("kann") ist das Sekretariat nicht verpflichtet ("werden"), den Beteiligten einen solchen Vorschlag zu unterbreiten (PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Zürich 2004, Art. 29 N 2; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Hrsg. THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, Basel 2005, Rz. 12.87); damit besteht auch kein entsprechender Anspruch der Verfahrensparteien. Im Übrigen sind diejenigen Fälle, in denen eine einvernehmliche Lösung innert nützlicher Frist nicht zustande kommt, ohnehin durch Verfügung der Wettbewerbskommission zu entscheiden (vgl. BBI 1995 I 604). Unter den sich aus den Akten ergebenden Umständen des vorliegenden Falles (vgl. Vernehmlassung der Wettbewerbskommission S. 3 Ziff. 6) durfte die Wettbewerbskommission das Gesuch - welches kein "Einlenken" erkennen liess und keinen formulierten Rege-

lungsentwurf enthielt - als verspätet erachten und das langwierige Verfahren endlich durch einen Entscheid abschliessen. Ein weiteres Zuwarten und Verhandeln über eine einvernehmliche Beseitigung der als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung hätte dem mit dieser Erledigungsmöglichkeit verfolgten Ziel des möglichst zügigen Verfahrensabschlusses (vgl. BBl 1995 I 602) widersprochen. Die Rüge erweist sich damit auch als unbegründet.

7.

7.1 Die Beschwerdeführer beanstanden, das Sekretariat der Wettbewerbskommission habe im Entwurf der Untersagungsverfügung bestimmte Effizienzwirkungen des Sammelrevers anerkannt; die entsprechenden Passagen seien dann jedoch in der endgültigen Fassung der Verfügung weggelassen worden. Die Vorinstanz habe diese Änderung zu Unrecht als geringfügige Änderungen bezeichnet, die sich auf das Ergebnis nicht ausgewirkt hätten.

7.2 Die Beschwerdeführer konnten zum Entwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission, der das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen verneinte und dem die Kommission im Ergebnis schliesslich ohne Einschränkungen folgte, Stellung nehmen; zusätzlich fand am 21. Februar 2005 eine Anhörung statt (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Es stand ihnen damit offen, sich zu den sachlichen und rechtlichen Grundlagen des Entscheids vorweg umfassend zu äussern und ihre Standpunkte einzubringen. Auf diese Weise war ihr Anspruch auf rechtliches Gehör vollumfänglich gewahrt. Dass die Wettbewerbskommission schliesslich in einigen Punkten von der Begründung des Verfügungsentwurfes ihres Sekretariats abwich, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden, da sie an diesen nicht gebunden war (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.2 betreffend die Kommunikationskommission).

8.

8.1 Die Beschwerdeführer beanstanden, die Vorinstanzen hätten entgegen der Anordnung des Bundesgerichts eine unzureichende Sachverhaltsabklärung vorgenommen und ihre Entscheidung auf eine ungenügende empirische Basis gestellt.

8.2 Die Wettbewerbskommission hat im Rückweisungsverfahren zahlreiche Erhebungen vorgenommen. So hat sie zunächst den Beschwerdeführern einen Fragebogen zukommen lassen. Nach Eingang der Stellungnahme sandte sie sodann einen Fragebogen auch an 12 Verlage bzw. Verlagsgruppen und an 70 Buchhandlungen; von diesen antworteten 11 Verlage und 46 Buchhandlungen. Untersucht wurden ferner Erfahrungen im Ausland. Beigezogen wurden zudem in anderem Zusammenhang erstellte Gutachten wie der so genannte "Prognos"-Bericht (vom September 2001; vgl. dazu auch BGE 129 II 18, E. 9) sowie umfangreiche Fachliteratur. Die Vorinstanz hat zu Recht betont, dass zurzeit des Urteils des Bundesgerichts zwar eine grosse Vielfalt an Publikationen zur Buchpreisbindung vorhanden gewesen sei, diese jedoch erst anlässlich der zweiten Untersuchung der Wettbewerbskommission in ihrer Gesamtheit ausgewertet werden konnten. Von einer offensichtlich ungenü-

genden Sachverhaltsfeststellung oder offensichtlich ungenügenden empirischen Basis kann nicht die Rede sein.

9.

9.1 Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, die Vorinstanzen seien in Bezug auf die Effizienzgründe weitergehend an die Erwägungen des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides gebunden gewesen.

9.2 Der Einwand ist unbegründet. In BGE 129 II 18 ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass nach der von allen Beteiligten geteilten Auffassung unter dem Gesichtspunkt der Senkung der Vertriebs- und Herstellungskosten davon ausgegangen werden könne, dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich und eine Rechtfertigung insofern deshalb nicht zum Vornherein ausgeschlossen sei (E. 10.3.1). Auch eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Produktverbesserung erscheine nicht zum Vornherein unmöglich (E. 10.3.2). Dasselbe gelte für das Argument der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen bzw. der rationelleren Nutzung von Ressourcen (E. 10.3.3). Die Vorinstanz ist somit völlig zu Recht davon ausgegangen, dass das Bundesgericht in Bezug auf die vorzunehmende Prüfung von Effizienzgründen keine verbindlichen konkreten Vorgaben gemacht hat. Es hat im Rahmen seiner insoweit lediglich vorläufigen summarischen Prüfung nur dargelegt, dass unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen eine Rechtfertigung denkbar wäre.

10.

10.1 Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz eine falsche Verteilung der Beweislast vor.

10.2 Im Kartellverwaltungsverfahren gilt auch für die mögliche Rechtfertigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (Art. 13 VwVG; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1).

10.3 Indem die Vorinstanz auf die Mitwirkungspflicht der Parteien verwiesen hat, hat sie diesen keineswegs den Beweis (d.h. die Beweisführungslast) dafür auferlegt, dass hinreichende Effizienzgründe vorliegen. Es unterliegt vielmehr keinem Zweifel, dass die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt - auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen - von Amtes wegen zu ermitteln hat (vgl. auch PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrsg. ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, Basel 2000, V/2, Kartellrecht, S. 460). Hingegen trifft es nicht zu, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe - durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien - nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede

vorliegt. Insofern wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil der Beschwerdeführer aus, die damit die objektive Beweislast tragen (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 454). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen.

10.4 Nach dem im Kartellverfahren ebenfalls anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP) hat der Richter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten (BGE 125 V 351 E. 3a).

Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 132 III 715 E. 3.1). An das Beweismass können dabei angesichts der Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte und derer möglichen Auswirkungen - die sich auf Annahmen bzw. Hypothesen stützen und sich damit schon der Natur der Sache nach nicht strikte oder absolut beweisen lassen - keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden (PAUL RICHLI, a.a.O., S. 454). Es muss daher auch im Kartellverfahren genügen, dass die Effizienzgründe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2 betreffend Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs). Davon gehen sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführer aus (Beschwerde S. 19 f.).

10.5 Soweit die Vorinstanz ausführt, die Effizienzgründe müssten in rechtsgenügender Weise "nachgewiesen" sein, ist die objektive Beweislast gemeint und nicht die Beweisführungslast der Beschwerdeführer. Von einer falschen Beweislastverteilung bzw. einer unzutreffenden Auslegung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung kann nicht die Rede sein.

11.

11.1 Die Beschwerdeführer beanstanden, die Vorinstanzen seien von einem unzutreffenden (zu engen) Effizienzbegriff ausgegangen.

11.2 Die Vorinstanz erachtet gestützt auf die einschlägige Lehre eine wirtschaftliche Tätigkeit als effizient, wenn sie mit dem geringstmöglichen Aufwand an Produktionsfaktoren einen bestimmten Nutzen für die Nachfrager erbringe; in diesem Fall erhalte der Nachfrager zum Preis, den er gerade noch zu entrichten bereit sei, das nachgefragte Gut in der besten Art und der grössten Menge; der Leistungserbringer weise der Produktion diejenigen Faktoren zu, die zur Erbringung des nachgefragten Gutes zu diesem Preis gerade genügten; das Resultat sei optimale Bedürfnisbefriedigung bei optimaler Ressourcenallokation (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in:

Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrsg. ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, Basel 2000, V/2, Kartellrecht. S. 103; DANIEL ZIMMERLI, "Literatur oder Wettbewerb" - die Gefahr aufgedrängter Wohltaten im Kartellrecht, ZBJV 2003, S. 316; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 30, 404 mit weiteren Hinweisen; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 110); die wirtschaftliche Effizienz im Sinne des Kartellgesetzes habe nicht zuletzt den Interessen der Konsumenten bzw. deren Bedürfnisbefriedigung zu dienen.

11.3 Was die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vortragen, lässt diese im Einklang mit der Lehre stehende Auffassung nicht als rechtswidrig erscheinen. Die Folgerung der Vorinstanz, wonach im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden sei, weil dem Gesetz die Annahme zugrunde liege, dass Wettbewerb normalerweise am meisten Effizienzvorteile mit sich bringe, leuchtet ebenfalls ein (vgl. auch DANIEL ZIMMERLI, a.a.O., S. 316).

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer hat das Bundesgericht in seinem Rückweisungsurteil auch nicht festgestellt, dass die Buchpreisbindung zwar den Preiswettbewerb erheblich beschränke, wegen anderer Wettbewerbsparameter jedoch wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Buchmarkt erhalten bleibe. Es hat in diesem Zusammenhang lediglich als erwiesen erachtet, dass auf dem Buchhandelsmarkt nebst dem Preis auch die Qualität eine erhebliche Bedeutung habe, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitige (E. 9.4.4). Der zwischen den Buchhändlern bzw. Buchhandlungen bestehende Qualitätswettbewerb sei indessen beeinträchtigt (E. 9.5.1). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer ist die Vorinstanz keineswegs von einem "Primat des Preiswettbewerbs" ausgegangen; sie hat vielmehr - entsprechend den Anregungen im Rückweisungsentscheid - hauptsächlich die in Frage kommenden Qualitätsgesichtspunkte einer eingehenden Prüfung unterzogen.

12.

Der Vorwurf der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe "bei der Anwendung des Effizienztests" unzulässigerweise eine Gesamtbeurteilung der Vor- und Nachteile vorgenommen, geht fehl. Die Vorinstanz hat keineswegs verkannt, dass zur Rechtfertigung das Vorliegen eines einzigen gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes genügt. Sie hat vielmehr für jeden einzelnen Rechtfertigungsgrund geprüft, ob er vorliege bzw. ob dessen positiven Wirkungen die negativen Auswirkungen der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung mindestens zu kompensieren vermögen (vgl. dazu BBI 1995 I 557). Von der Anwendung einer "Saldomethode" kann nicht die Rede sein.

13.

13.1 Die Beschwerdeführer beanstanden sodann, die Vorinstanzen hätten die einzelnen Effizienzgründe falsch gewürdigt.

13.2 Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nennt als Rechtfertigungsgründe die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung und die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie die rationellere Nutzung von Ressourcen. Die Aufzählung ist abschliessend; zur Rechtfertigung genügt, dass einer der Gründe gegeben ist (BGE 129 II 18 E. 10.3).

13.3 Zum Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, der auch die Verbreiterung des Angebots und die Verbesserung des Vertriebs umfasst (ROGER ZACH, a.a.O., Rz. 408), hat das Bundesgericht ausgeführt, soweit es zutrefte, dass die Preisbindung die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel erhöhe, könnte dies eine Produktverbesserung (Breite und Qualität des Buchsortiments) im Sinne des Gesetzes bilden (BGE 129 II 18, E. 10.3.2).

Die Vorinstanz hat sich unter Hinweis auf einschlägige Publikationen, Studien und Gutachten eingehend mit diesem Aspekt befasst und festgestellt, dass positive Auswirkungen der Buchpreisbindung auf die Titelvielfalt empirisch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen seien (angefochtener Entscheid E. 9.1.2) bzw. dass die von den Beschwerdeführern geltend gemachte Verbesserung der Produkte durch eine mit Hilfe der Buchpreisbindung erhöhte Titelvielfalt nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sei (angefochtener Entscheid E. 9.1.6).

Was die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringen (Beschwerde Ziff. 101-122), erschöpft sich in einer weit gehend appellatorischen Kritik; ihre Argumente lassen indessen die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz, auf die verwiesen werden kann, nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen. Ist demnach davon auszugehen, dass die Buchpreisbindung nicht erwiesenermassen zu einer Verbreiterung des Produktesortiments führt, ist nicht zu erkennen, worin sonst eine relevante Produktverbesserung bestehen könnte. Eine Erhöhung der Anzahl verfügbarer Titel kann im Übrigen durchaus auch ein Indiz für wirtschaftliche Ineffizienz bilden, weil sie zur Folge hat, dass vermehrt Kleinserien angeboten werden, deren Produktion i.d.R. weniger wirtschaftlich ist (vgl. dazu die Kontroverse in den Eingaben der Parteien über Sinn oder Unsinn einer möglichst grossen Anzahl verschiedener Reiseführer für die Stadt Rom).

13.4 Im Zusammenhang mit dem Effizienzgrund der Senkung der Vertriebskosten ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, aus dem Vergleich von Märkten mit und ohne Buchpreisbindung ergebe sich, dass die Buchpreisbindung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Erhöhung der Verkaufszahl, auf die sich die Beschwerdeführer berufen haben, gewährleiste. Es liegt im Übrigen auf der Hand, dass eine möglichst grosse Anzahl von Vertriebsstellen noch keinen wirtschaftlich effizienten Vertrieb zu gewährleisten vermag. Auch unter der Herrschaft der Buchpreisbindung findet zudem ein intensiver Strukturwandel im Buchhandel statt: Neben den klassischen kleinen und mittelgrossen Sortimentsbuchhandlungen treten zunehmend andere Vertriebsformen

auf (Grossbuchhandlungen, Buchhandelsketten, Warenhäuser, Supermärkte, Kioske, Tankstellen, Versandbuchhandel, Internet usw.). Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dieser Entwicklung auseinandergesetzt und daraus geschlossen, dass die Buchpreisbindung strukturellen Anpassungsprozessen mit anderen Vertriebsformen, die kostengünstiger als die Erhaltung der bestehenden Strukturen im Buchhandel wären, entgegenstehe. Diese Schlussfolgerung ist nicht schlechthin unhaltbar. Die Aufrechterhaltung der traditionellen Vertriebsstrukturen bildet noch keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsabrede, die den Markt erheblich beeinträchtigt.

Was das von den Beschwerdeführern angeführte buchhändlerische Serviceangebot betrifft, ist die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt, es sei nicht nachgewiesen, dass der Sammelrevers das notwendige und effiziente Instrument sei, um die Informationsdefizite des Buchkäufers zu beheben und Impulskäufe zu ermöglichen. Dies leuchtet ein: Sofern ein Bedarf an solchen Serviceleistungen besteht, darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kunde dafür auch einen angemessenen Mehrpreis zu zahlen bereit ist. Denkbar ist zudem, dass die entsprechende Dienstleistung auf andere Weise erbracht wird, wie etwa durch vermehrte Informationen der Verlage. Dass sich dadurch die Vertriebskosten insgesamt erhöhen würden, behaupten auch die Beschwerdeführer nicht.

Den Rechtfertigungsgrund der Senkung der Herstellungskosten, den die Beschwerdeführer vor der Vorinstanz nicht angerufen haben, hat diese als nicht gegeben erachtet; er sei gegenüber den anderen, von ihr verneinten Rechtfertigungsgründen redundant. Inwiefern diese Auffassung Bundesrecht verletzen soll, legen die Beschwerdeführer nicht dar (Beschwerde Ziff. 143 f.).

13.5 In Bezug auf den Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen hat die Vorinstanz ausgeführt, dieser hätte neben dem unter dem Aspekt der Produktverbesserung geprüften Aspekt der Titelvielfalt nur dann selbstständige Bedeutung, wenn sich nachweisen liesse, dass der Sammelrevers bei Fachbüchern mehr Titelvielfalt und Verkaufsvolumen zu fördern imstande sei als beim gesamten Buchangebot; dies sei jedoch nicht der Fall. Diese Folgerung ist jedenfalls nicht unhaltbar, denn es liegt auf der Hand, dass dieser Effizienzgrund ebenfalls mit dem Angebot einer möglichst grossen Titelvielfalt zusammenhängt.

Dasselbe gilt für den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen, der insoweit keine selbstständige Bedeutung hat (vgl. Rückweisungs Urteil E. 10.3.3). Was die Beschwerdeführer dazu vorbringen, erschöpft sich denn auch weit gehend in denselben Argumenten, die sie bereits im Zusammenhang mit der Titelvielfalt bei den anderen Rechtfertigungsgründen vortragen; ihre Vorbringen lassen die entsprechenden Folgerungen der Vorinstanz nicht als unhaltbar erscheinen.

In diesem Zusammenhang erscheint ohnehin fraglich, ob diese Aspekte - wie auch die Titelvielfalt - nicht eher unter die gemäss Art. 8 KG dem Bundesrat vorbehaltene Verwirklichung überwiegender öffentlicher, namentlich kulturpolitischer, Interessen fällt; so erwähnt denn auch die Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz ausdrücklich die Buchpreisbindung als möglichen Anwendungsfall einer solchen kulturpolitischen Rechtfertigung (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.1, S. 44).

13.6 Nach dem oben Ausgeführten durfte die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass die mit dem Sammelrevers bewirkte erhebliche und damit an sich unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch nicht ausnahmsweise durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Damit erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Voraussetzungen (Notwendigkeit des Sammelrevers, Unmöglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG, völkerrechtliche Bedenken). Auch insoweit ist der angefochtene Entscheid bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

14.

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Bei diesem Ausgang haben die Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird den Beschwerdeführern auferlegt, unter Solidarhaft.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bzw. dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 1	<i>Erlasse, Bekanntmachungen</i> <i>Actes législatifs, communications</i> <i>Atti legislativi, comunicazioni</i>
D 1	1. <i>Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich</i>

Erwägungen zu einer sektoriellen Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft aufgrund der schweizerischen Marktgegebenheiten

Considérations concernant une communication sectorielle pour l'économie des assurances en raison des données du marché suisse

Considerazioni riguardanti la comunicazione settoriale per l'economia delle assicurazioni in base ai dati del mercato svizzero

A. EINFÜHRUNG

1. Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) hat im Dezember 2005 der Wettbewerbskommission einen Entwurf für eine Bekanntmachung für die Versicherungsbranche in der Schweiz zukommen lassen. Nach eingehender Prüfung der schweizerischen Marktgegebenheiten hat die Wettbewerbskommission entschieden, keine sektorielle Bekanntmachung für die Versicherungsbranche zu erlassen.

2. Ziel des vorliegenden Berichtes ist es, die Gründe des Entscheides der Kommission summarisch zu erläutern. Entsprechend werden im Folgenden die Vor- und Nachteile einer Bekanntmachung für den Schweizer Versicherungsmarkt analysiert. Dabei wird auf jede Freistellungskategorie gemäss der Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor (EU-Gruppenfreistellungsverordnung, GVO) eingegangen. Zum besseren Verständnis wird die EU-Rechtslage zu den einzelnen Freistellungskategorien in den grau hinterlegten Feldern explizit dargestellt.

3. Zudem soll eine Übersicht zur Praxis der Wettbewerbsbehörden gewährt werden, um den Versicherungsunternehmen eine eigenständige Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen zu erleichtern. Die im Anhang beigelegten Texte wurden im Rahmen von Beratungen oder Meldeverfahren verfasst, weshalb sie bis anhin nicht publiziert wurden. Sie stützen sich auf die von den Parteien gegebenen Informationen und binden die Wettbewerbskommission nicht. Die kartellrechtliche Zulässigkeit analoger Sachverhalte wird auch in Zukunft anhand des Einzelfalls beurteilt.

Der vorliegende Bericht gibt lediglich Hinweise, welche Effizienzgründe die Wettbewerbsbehörden in bestimmten Fällen allenfalls berücksichtigen könnten. Die Wettbewerbskommission ist durch den Inhalt des Berichtes in keiner Hinsicht gebunden.

B. FREISTELLUNGSKATEGORIEN

B.1 *Gemeinsame Berechnungen, Tabellen und Studien*

4. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen gemeinsame Berechnungen, Tabellen und Studien effizient sind und entsprechend nicht gegen das Kartellgesetz verstossen. Die allgemeine Beurteilung des Informationsaustausches wird unter B.6 behandelt, wobei dort aufgezählte Kriterien auch für den vorliegenden Bereich gelten.

5. Die Prämienfindung in der Versicherungswirtschaft beruht weit gehend auf Schadenstatistiken. Diese sind für die Versicherungsunternehmen somit grundsätzlich unabdingbar. Für sich genommen stellt die Erhebung überbetrieblicher Schadenstatistiken und die gemeinsame Schadensursachenforschung als solche nicht eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar. Kartellrechtlich problematisch wird es, wenn die Zusammenarbeit der Versicherer über das bloße Erstellen von Statistiken hinausgeht, d.h., wenn die statistisch erhobenen Zahlen gemeinsam zu "Schadenbedarfen"¹ verarbeitet und diese als Kalkulations-element herangezogen werden. Gemeinsame Berechnungen sind vor allem die in Zusammenarbeit der Versicherungsunternehmen durchgeführten Berechnungen der Durchschnittskosten für die Vergangenheit zu verstehen. Insbesondere diese können von den Verbänden der Versicherungswirtschaft als Basis für unverbindliche Empfehlungen dienen. Solche Kooperationen sind wettbewerbsrechtlich durchaus relevant. Insbesondere die Erfassung von Schadendaten - sollte sie nicht anonym bleiben - könnte dazu führen, dass Konkurrenten gegenseitig Einblick in ihre Risikobestände erlangen.

¹ Rechnerischer Wert bei der Beitragskalkulation, der den jährlichen durchschnittlichen Schadenaufwand je Risiko, oder die Anzahl der Schäden multipliziert mit dem Schadensdurchschnitt je Versicherungssparte, ausweist.

6. Die Zusammenarbeit bei der Berechnung von Durchschnittskosten für die Deckung eines genau beschriebenen Risikos in der Vergangenheit verbessert die Kenntnis über dieses Risiko und erleichtert seine Bewertung durch die einzelnen Versicherer. Dies wiederum kann Marktzutritte erleichtern und damit dem Verbraucher zugutekommen. Das gleiche gilt für gemeinsame Studien über die wahrscheinlichen Auswirkungen von ausserhalb des Einflussbereichs der beteiligten Unternehmen liegenden Umständen, die sich auf die Häufigkeit oder das Ausmass von Schäden beziehen. Gleichwohl muss sichergestellt werden, dass diese Zusammenarbeit nur in dem zur Erreichung der genannten Ziele erforderlichen Umfang zugelassen wird.

7. In der Schweiz werden verschiedentlich gemeinsame Statistiken und Berechnungen erstellt. Es wird implizit davon ausgegangen, dass für solche Statistiken und Berechnungen Effizienzgründe vorliegen. Eine Praxis der Wettbewerbskommission zu dieser Frage liegt allerdings nicht vor. Im Falle der Anwendung von Sterbetafeln im Bereich der beruflichen Vorsorge wurde die Frage der analogen Anwendung von Art. 1 Bst. a GVO von der Wettbewerbskommission

on offengelassen (vgl. RPW 2004/2, S. 395 f.). Gleichzeitig wurde in verschiedenen Fällen ein ähnlicher Ansatz wie Art. 3 Abs. 1 Bst. c GVO vorgenommen, namentlich dass gemeinsame Risikoprämien neben den durchschnittlichen Deckungskosten für Risiken in keinem Fall auch die Verwaltungskosten, Provisionen, Rückstellungen sowie Sicherheits- und Gewinnzuschläge (sog. Bruttoprämie²) umfassen dürfen (vgl. RPW 2004/2, S. 397 f.; Anhang I sowie zum Thema Kollektivtarife Anhang IV).

8. Es stellt sich schliesslich die Frage, inwiefern die Bekanntmachung "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" (RPW 1998/2, S. 351 ff.) für das gemeinsame Erstellen von Statistiken, Berechnungen und Tabellen anwendbar ist. Grundsätzlich ist diese Bekanntmachung branchenübergreifend, und damit auch für den Versicherungsbereich anwendbar (vgl. Art. 1 Bekanntmachung Kalkulationshilfen). Allerdings wurde sie nicht im Hinblick auf die spezifischen Gegebenheiten des Versicherungssektors erstellt, weshalb sie i.d.R. keine konkreten Rückschlüsse auf die Problematik der Statistiken und Tabellen erlaubt.

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Kapitel II der EU-Gruppenfreistellungsverordnung stellt die gemeinsame Erstellung, Anerkennung und Bekanntgabe einerseits von Berechnungen von Durchschnittskosten für die Deckung eines genau beschriebenen Risikos in der Vergangenheit und andererseits von Sterbetafeln und Tafeln über die Häufigkeit von Krankheiten (im Bereich der Versicherungen, welche ein Kapitalisierungselement beinhalten), Invalidität und Unfällen sowie das gemeinsame Erstellen von Studien über die wahrscheinlichen Auswirkungen von ausserhalb des Einflussbereichs der beteiligten Unternehmen liegenden allgemeinen Umständen frei (unabhängig vom Erreichen gewisser Marktanteilsschwellen).

Die Freistellungen gelten nur unter der Voraussetzung, dass die Berechnungen Tabellen oder Studien a) eine Identifizierung der beteiligten Versicherungsunternehmen nicht ermöglichen, b) einen ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit enthalten und c) sämtlichen Versicherungsunternehmen, die ein Exemplar erbitten - einschliesslich die nicht auf dem Markt, auf den sie sich beziehen, tätigen Versicherungsunternehmen - zu angemessenen und nicht diskriminierenden Konditionen zur Verfügung gestellt werden.

Wie bereits erwähnt, ist die gemeinsame Kalkulation von Risikoprämientarifen (Durchschnittskosten), die auf gegenseitig abgestimmten Statistiken beruhen, gemäss Art. 1 zulässig. Dagegen sind gemeinsame Risikoprämientarife, die neben den durchschnittlichen Deckungskosten für Risiken auch die Verwaltungskosten, Provisionen, Rückstellungen sowie Sicherheits- und Gewinnzuschläge (sog. Bruttoprämie) umfassen, nicht freigestellt³.

Art. 10 Bst. a GVO sieht schliesslich vor, dass - falls die Studien auf ungerechtfertigten Annahmen beruhen - die Freistellung entzogen werden kann. Damit soll verhindert werden, dass die Unternehmen aufgrund solcher Studien zu hohe Trend- oder Sicherheitszuschläge kalkulieren.

² Bruttoprämien werden in Art. 2 Abs. 9 GVO als Prämien, die den Versicherungsnehmern in Rechnung gestellt werden, definiert.

³ Eine Ausnahme zu diesem Prinzip sind Versicherungspools, welche eine Bruttoprämie vereinbaren, aber aufgrund von Art. 1 Bst. e freigestellt werden.

B.2 Musterversicherungsbedingungen und Modelle zur Darstellung von Überschussbeteiligungen

9. Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen oder Vertragsbestimmungen können Vorteile nach sich ziehen. Zu diesen zählen leichtere Marktzutrittschancen für kleine und mittlere Versicherer, die erleichterte Einhaltung rechtlicher Pflichten der Versicherer sowie ihre Verwendung als Orientierungshilfe für den Vergleich unterschiedlicher Versicherungsangebote. So erhöhen Musterversicherungsbedingungen die Markttransparenz, indem die Beschreibung des Versicherungsumfangs einen Vergleich zwischen verschiedenen Produkten sowohl für die Versicherungsnehmer, wie auch für Ratingunternehmen, Presse und Makler ermöglichen.

10. Eine Praxis der Wettbewerbskommission zu diesem Thema liegt nicht vor. In einem benachbarten Sektor - dem Bankensektor - hatte die Kartellkommission im Rahmen ihres Berichtes "Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe" die Muster Allgemeine Geschäftsbedingungen (Muster AGB) der Bankiervereinigung überprüft und sich nicht grundsätzlich gegen eine Vereinheitlichung der AGB im Bankensektor ausgesprochen. Sie forderte aber, dass diese Standardbedingungen - aufgrund der unausgewogenen Machtpositionen - von den Gebotenen der Fairness, der Ausgewogenheit und der Zweckmässigkeit in Bezug auf die Besonderheiten der Branche getragen sind (vgl. Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 3/1989, S. 83 f.).

11. Grundsätzlich birgt jegliche Zusammenarbeit zwischen den Versicherern oder innerhalb von Unternehmensvereinigungen die Gefahr eines Austauschs sensibler Informationen. Daneben muss bei der Kooperation im Rahmen der Versicherungsbedingungen beachtet werden, dass diese weder zu einer Vereinheitlichung der Produkte noch zu einem erheblichen Ungleichgewicht von vertraglichen Rechten und Pflichten führen (bspw. keine systematischen Risikoausschlüsse, keine übermässig lange Bindung des Versicherungsnehmers und keine Statuierung von Rechten und Pflichten, die über den Zweck des Versicherungsvertrages hinausgehen). In diesem Sinne ist der klare Hinweis der Unverbindlichkeit sowie der Möglichkeit abweichender Klauseln sicher notwendig. Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) publiziert auf seiner Homepage diverse Allgemeine Versicherungs- und Zusatzbedingungen⁴. In allen Musterversicherungsbedingungen wird klar darauf hingewiesen, dass es sich um unverbindliche Musterbedingungen des SVV handelt und dass die Gesellschaften abweichende Bedingungen vereinbaren können.

12. Inwiefern weitere Einschränkungen zu beachten sind, müsste im Einzelfall überprüft werden. In jedem Fall könnte in der Schweiz nicht jede der in der schwarzen Liste von Art. 6 GVO vorgenommenen Einschränkungen für die schweizerische Wettbewerbsbehörde von Relevanz sein. In der Schweiz obliegt die Sicherstellung eines ausreichenden Versicherungsschutzes nicht der Wettbewerbskommission, sondern dem Bundesamt für Privatversicherung (BPV). Die allge-

meinen Versicherungsbedingungen sind auch ein vorrangiges Thema der Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG; SR 221.229.1). Die vom Bundesrat eingesetzte Expertenkommission hat ihren Bericht zu einem totalrevidierten Versicherungsvertragsgesetz am 31. Juli 2006 vorgelegt. Gemäss diesem soll im Rahmen der Totalrevision u.a. den Anliegen des Konsumentenschutzes sowie den Entwicklungen des internationalen Versicherungsvertragsrechts verstärkt Rechnung getragen werden. Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) hat das Bundesamt für Privatversicherungen beauftragt, gestützt auf den Expertenentwurf, bis Ende 2007 eine Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten.

13. Was die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Modellen zur Darstellung von Überschussbeteiligungen eines Versicherungsvertrages angeht, die ein Kapitalisierungselement enthalten (Modelle), so liegt auch zu diesem Thema keine Praxis der Wettbewerbskommission vor. Solche Kapitalisierungselemente enthalten Versicherungsverträge in der Lebens-, Kranken- und in der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr. Insbesondere in der Lebensversicherung werden üblicherweise Überschussbeteiligungen vereinbart. Aus Gründen der gebotenen Vorsicht werden die eingeforderten Bruttoprämien bewusst hoch kalkuliert und deshalb zum Ausgleich in Form von Überschussanteilen den Versicherten zurückerstattet.

14. Einheitliche Darstellungen dienen der Transparenz und erleichtern den Vergleich verschiedener Angebote durch den Versicherungsnehmer. Allerdings darf der Mustertext nur die Darstellungsweise und -reihenfolge standardisieren, Angaben über erzielbare Überschüsse dürfen keine enthalten sein. Was die Bekanntgabe anbelangt, kann auf das oben in Bezug auf die Musterversicherungsbedingungen Erwähnte verwiesen werden.

15. In der Schweiz bestehen zusätzlich strenge Transparenzvorschriften, was die Abrechnung der Überschussbeteiligungen anbelangt. Die Transparenzvorschriften sind für die private Vorsorge 3a und 3b in Art. 36 VAG und Art. 136-138 AVO niedergelegt. Für die berufliche Vorsorge gelten die besonderen Vorschriften von Art. 37 VAG und Art. 139 AVO sowie die in Art. 140 AVO und Art. 68 Abs. 4 Bst. A des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) vorgesehenen Informationspflichten.

⁴ (vgl. <http://www.svv.ch/index.cfm?id=6839>).

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Gemäss Art. 1 Bst. c GVO werden die gemeinsame Aufstellung und Bekanntgabe von Mustern allgemeiner Versicherungsbedingungen (AGB) für die Direktversicherung sowie die gemeinsame Aufstellung und Bekanntgabe unverbindlicher Modelle zur Darstellung von Überschussbeteiligungen eines Versicherungsvertrages, der ein Kapitalisierungselement enthält, freigestellt. Voraussetzung für die Freistellung ist gemäss Art. 5 GVO, dass die Muster a) mit dem ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit aufgestellt und bekanntgegeben werden, und ihre Verwendung rein fakultativ ist, b) ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweisen, dass die beteiligten Unternehmen ihren Kunden von der Vereinbarung abweichende Klauseln anbieten dürfen und c) für jede interessierte Person zugänglich sind und auf einfache Anfrage hin übermittelt werden. Die Freistellung für Modelle gilt ferner nur unter der Voraussetzung, dass sie lediglich in Form von Hinweisen aufgestellt und bekanntgegeben werden.

Art. 6 Abs. 1 GVO legt einen Katalog von Klauseln fest, die nicht in den gemeinsamen Musterbedingungen enthalten sein dürfen (sog. schwarze Liste) und offensichtlich konsumentenschutzpolitische Ziele verfolgen.

Schliesslich kann die Freistellung gem. Art. 10 Bst. b GVO entzogen werden, wenn die Muster Bestimmungen enthalten, die zulasten des Versicherungsnehmers ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den sich aus dem Vertrag ergebenden Rechten und Pflichten zur Folge haben.

B.3. Gemeinsame Deckung bestimmter Sparten von Risiken und Einzelrisiken

16. Wettbewerb kann regelmässig nur dann entstehen, wenn die Versicherungsunternehmen unabhängig voneinander handeln. Es wird allerdings anerkannt, dass bestimmte Risiken nur durch gemeinsame Deckung getragen werden können und somit überhaupt erst Wettbewerb ermöglicht wird (Marktversagen).

17. Aus diesem Grund kann zum einen eine Beteiligung mehrerer Versicherungsunternehmen bei der Deckung eines grösseren Einzelrisikos kartellrechtlich zulässig sein, wenn die Versicherung durch einen individuellen Versicherer unter vernünftigen kaufmännischen Erwägungen nicht zu erbringen ist. Solche Kooperationen betreffen den Einzelfall, d.h. ein bestimmtes Risiko eines bestimmten Versicherungsnehmers. Zulässig kann auch eine gemeinsame Deckung durch mehrere Versicherer sein, wenn sie auf dem nachweislich und ausdrücklichen Wunsch des Kunden, ohne Initiierung der Versicherer, beruht.

18. Von der im Einzelfall vereinbarten gemeinsamen Übernahme bestimmter Risiken ist die Bildung von Gemeinschaften zur Deckung bestimmter Risikosparten zu unterscheiden. Mitversicherungs- oder Mit-Rückversicherungsgemeinschaften (Versicherungspools) können die Versicherung oder Rückversicherung bestimmter Risikosparten ermöglichen, für die die Versicherungs- bzw. Rückversicherungsunternehmen ohne die Gemeinschaft keine ausreichende Deckung gewährleisten könnten. Zudem können die Versicherer auf diesem Weg Erfahrungswerte zu bestimmten Risikosparten gewinnen, mit denen sie noch nicht vertraut sind. Die gemeinsame Versicherung ermöglicht darüber hinaus unter Umständen Kosteneinsparungen und günstigere Prämien, die den Verbrauchern zugutekommen. Die Versicherungsgemeinschaften können jedoch Wettbewerbsbeschränkungen wie die Vereinheitlichung der Vertragsbedingungen oder sogar der Versicherungssummen und Prämien nach sich ziehen. Ein solches Resultat muss durch hinreichende Anforderungen an eine Freistel-

lung der entsprechenden Versicherungsgemeinschaften unterbunden werden.

19. In der Schweiz existieren derzeit acht Versicherungspools:

1. Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken
2. Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen
3. UVG-Teuerungsausgleichspool
4. Schweizer Elementarschaden-Pool
5. Pool für Teuerungsausgleich auf BVG-Risikorenten
6. Interessengemeinschaft für die Deckung von Erdbebenschäden
7. Pool für Freizügigkeitspolice
8. Schweizer Pool für die Versicherung von Talsperren-Haftpflichttrisiken

20. Aufgrund von Meldungen gemäss Übergangsbestimmung zum Kartellgesetz wurden der Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen (SPL), der Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken (SPN) sowie der UVG-Teuerungsausgleichspool untersucht. In diesen drei Fällen wurde festgestellt, dass die entsprechenden Pools aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt werden können (vgl. Anhang I zum Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen und Anhang II zum Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken). Der Pool für die Versicherung von Talsperren-Haftpflichttrisiken zeichnet seit 1. Januar 2006 keine Risiken mehr. Ebenfalls hat sich kürzlich der Pool für Luftfahrtversicherungen entschieden, sämtliche Zeichnungsaktivitäten per 30. Juni 2007 einzustellen. Was die übrigen Pools anbelangt, werden der Schweizer Elementarschaden-Pool sowie der Pool für Teuerungsausgleich auf BVG-Risikorenten gesetzlich vorgesehen, womit diese Versicherungsgemeinschaften unter dem Vorbehalt von Art. 3 KG näher zu prüfen wären. Somit bleiben noch der Pool für Freizügigkeitspolice sowie

die Interessengemeinschaft für die Deckung von Erdbenschäden.

21. Darüber hinaus hatte die Wettbewerbskommission im Rahmen einer Beratung die Gelegenheit, eine poolähnliche Konstruktion für die Versicherung von Terrorrisiken zu beurteilen (Assurance des risques liés au terrorisme en Suisse, siehe Anhang III).

22. Aufgrund der relativ geringen Anzahl von Pools in der Schweiz ist eine Einzelprüfung durchaus vertretbar⁵. Allenfalls müsste die Frage überprüft werden, ob aufgrund der obgenannten Gegebenheiten im Schweizer Markt die Definition des Pools, wie sie in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung gehandhabt wird, nicht zu eng ist und nicht auch andere Arten von Zusammenarbeit freigestellt werden sollten (z.B. Versicherungskonsortien). Der Fall der Schweizer Lösung für Terrorrisiken hat gezeigt, dass Pools nicht

immer die beste Lösung für die Versicherung von neuen Risiken darstellen (vgl. Anhang III).

23. Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung präzisiert die Bedingungen für eine wettbewerbsrechtliche Freistellung von Versicherungspools nur für gemeinschaftsweit relativ unbedeutende Einrichtungen (Marktanteilsschwellen von 20% für die Versicherer und 25% für die Rückversicherer). Grössere Versicherungsgemeinschaften unterstehen weiterhin grundsätzlich dem Kartellverbot von Art. 81 Abs.1 EG. Eine analoge Regelung würde in der Schweiz dazu führen, dass eine Mehrzahl der Versicherungspools in der Schweiz von vornherein von der Bekanntmachung ausgeschlossen würden, da die meisten einen national hohen bis sehr hohen Marktanteil aufweisen.

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Unabhängig von ihrem Marktanteil werden Mitversicherungs- und Mit-Rückversicherungsgemeinschaften nach der EU-Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt, sofern sie noch nicht drei Jahre Bestand haben und sie ausschließlich der Deckung neuartiger Risiken dienen. Ist das nicht der Fall, weil sie bereits länger als drei Jahre bestehen oder nicht zur Deckung eines neuartigen Risikos gegründet wurden, ist eine Freistellung von der Höhe der Marktanteile an den gezeichneten Versicherungsprodukten abhängig.

Art. 8 GVO hält fest, unter welchen Umständen ein Pool, welches die Marktanteilsschwellen von Art. 7 Abs. 2 GVO nicht erreicht, freigestellt werden kann. Dies ist der Fall, wenn:

- *jedes beteiligte Unternehmen das Recht hat, spätestens ein Jahr nach einer Kündigung aus der Gemeinschaft auszuscheiden, ohne dass dies Sanktionen zur Folge hat;*
- *die Regeln der Gemeinschaft ihre Mitglieder nicht verpflichten, Risiken der von der Gemeinschaft gedeckten Art ausnahmslos ganz oder teilweise über die Gemeinschaft zu versichern oder rückzuversichern;*
- *die Regeln der Gemeinschaft die Versicherung oder Rückversicherung von Risiken in den einzelnen geografischen Gebieten der Europäischen Union durch die Versicherungsgemeinschaft oder ihre Mitglieder nicht beschränken;*
- *die Vereinbarung Produktion und Vertrieb nicht einschränkt;*
- *die Vereinbarung keine Zuteilung von Märkten oder Kunden vorsieht;*
- *die Mitglieder der Mit-Rückversicherungsgemeinschaft keine Bruttoprämien im Direktversicherungsgeschäft vereinbaren und*
- *kein Mitglied der Versicherungsgemeinschaft oder Unternehmen, das einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik der Versicherungsgemeinschaft ausübt, gleichzeitig auch in einer anderen auf dem gleichen relevanten Markt tätigen Versicherungsgemeinschaft Mitglied ist oder auf ihre Geschäftspolitik einen bestimmenden Einfluss ausübt.*

Grundlegend bleibt festzuhalten, dass die Vorschriften zu Mitversicherungsgemeinschaften und Mit-Rückversicherungsgemeinschaften in der EU-Praxis erfahrungsgemäß die wichtigsten Regelungen sind.

B.4. Sicherheitsvorkehrungen

24. Die Erarbeitung und Empfehlung gemeinsamer Standards im Bereich Sicherheitseinrichtungen, insbesondere durch Verbände, kann im Einzelfall als Orientierungshilfe für Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen bei der Errechnung des genauen Risikoumfangs dienen. Kooperationen bezüglich technischer Einrichtungen zur Schadenverhütung oder Schadenminderung wirken sich insbesondere auf den Wettbewerb zwischen den Herstellern von Siche-

rungsvorkehrungen sowie auf Installateur- und Wartungsunternehmen für derartige Einrichtungen aus. Hersteller von Sicherheitseinrichtungen sowie Installateur- und Wartungsunternehmen dürften kaum mehr

⁵ Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer Pool auch Versicherungsdienstleistungen in der Schweiz anbieten und somit Auswirkungen auf dem Schweizer Markt haben könnte. Den Wettbewerbsbehörden ist allerdings zurzeit kein solches Pool bekannt.

Abnehmer finden, wenn ihr Angebot nicht den entsprechenden Anforderungen der Versicherer entsprechen. Daneben ist aufgrund der Gefahr der Nivellierung von Versicherungsumfang und -deckung auch eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Versicherungsunternehmen zu befürchten.

25. In der EU können die Versicherungen nur dann Vereinbarungen über die technischen Spezifikation treffen, falls keine diesbezüglichen EU-Normen bestehen. Gleiches muss für die Schweiz gelten. Wo gesetzliche Normen bestehen, bleibt kein Raum mehr für private Regulierungen.

26. Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG, SR 946.51) unterscheidet in Art. 3 technische Vorschriften, d.h. rechtsverbindliche Regeln, deren Einhaltung die Voraussetzung bildet, damit Produkte angeboten werden dürfen und technische Normen, d.h. nicht rechtsverbindliche, durch normenschaffende Organisationen aufgestellte Regeln.

27. In sehr vielen Bereichen existieren technische Vorschriften oder verweisen Gesetze auf bestehende technische Normen. Bspw. der Strassenverkehr mit der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS, SR 741.41), die die Genehmigung von Fahrzeugen, aber auch von Sicherheits- und Schutzvorrichtungen für die Insassen regelt, oder der Bereich Sicherheitsvorkehrungen am Arbeitsplatz, der durch die Verordnung über die Verhütung von Betriebsunfällen und Berufskrankheiten (VUV, SR832.30) sowie unzählige branchenspezifische Verordnungen (SR 832.3) staatlich normiert ist. Schliesslich sind das

Gesetz und die Verordnung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten zu nennen (SR 819.1 und 819.11), welche anwendbar sind, soweit die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten nicht durch andere bundesrechtliche Bestimmung gewährleistet ist.

28. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Schweiz zahlreiche technische Vorschriften bestehen, deren Anwendung aufgrund des Vorbehaltes in Art. 3 KG einer kartellrechtlichen Prüfung möglicherweise entgegensteht.

29. Einziger Bereich, in dem die Versicherungsbranche eine Normierungsfunktion übernimmt, ist die Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen. Zudem befasst sich das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit (Sicherheitsinstitut) mit Fragen betreffend der Anerkennung und Prüfung von Sicherheitseinrichtungen, wie z.B. Einbruchsmeldeanlagen (EMA), Brandschutzanlagen (BMA) und Sprinkleranlagen (SA). Das Sicherheitsinstitut ist ein Verein; Mitglieder dieses Vereins sind u.a. auch einige Versicherungsgesellschaften. Diese privaten Normierungen stehen einer kartellrechtlichen Prüfung nicht entgegen.

30. Eine generelle Freistellung der wenigen Fälle erscheint nicht zweckmässig. Die Wettbewerbsbehörden hatten bereits die Möglichkeit, die Wettbewerbskonformität von Zertifizierungsinstituten zu überprüfen und Kriterien festzulegen, unter welchen solche kartellrechtlich zulässig sind (z.B. ErfahrungsMedizinisches Register EMR/Eskamed AG [RPW 2004/2, S. 449], Veterinärmedizinische Tests/Migros [RPW 2003/4, S. 753]).

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Freigestellt nach der EU-Gruppenfreistellungsverordnung sind Vereinbarungen über die Erstellung, Anerkennung, Bekanntgabe und Prüfung von

- *Technischen Spezifikationen, Regeln und Verhaltenskodizes über jene Arten von Sicherheitsvorkehrungen, für die keine auf Gemeinschaftsebene harmonisierten Bestimmungen bestehen.*
- *Technischen Spezifikationen, Regeln und Verhaltenskodizes über Einbau und Wartung von Sicherheitsvorkehrungen.*

Zur Freistellung muss die Erstellung, Anerkennung und Bekanntgabe von technischen Spezifikationen, Regeln und Verhaltenskodizes über Sicherungsvorkehrungen und über den Einbau und Wartung der Sicherheitsvorkehrungen einer Vielzahl inhaltlicher Anforderungen entsprechen. So müssen die Sicherheitsvorkehrungen erforderlich und verhältnismässig sein. D.h., zum einen müssen sie hinreichend präzise die Anforderungen beschreiben, da unklare Anforderungen ein Prüfverfahren undurchsichtig und darauf basierende Entscheidungen nicht nachvollziehbar machen, zum anderen müssen die Regelungen technisch gerechtfertigt und im Hinblick auf die von der betreffenden Sicherheitsvorkehrung zu erbringende Leistung verhältnismässig sein.

Die spezifischen Voraussetzungen sind im Einzelnen in Art. 9 Bst. a - I GVO ausführlich beschrieben.

B.5. Vereinbarungen über die Regulierung von Schadenfällen

31. An der Regulierung eines Schadenfalles sind i.d.R. mehrere Parteien beteiligt (z.B. mehrere Haftpflicht-, Unfall-, Kaskoversicherer). Um eine rasche, einfache und unbürokratische Schadenregulierung zu gewähr-

leisten, vereinbaren die diversen Parteien die Art ihrer Zusammenarbeit oder die Regressbedingungen im Voraus. Problematisch sind solche Abkommen, wenn sie die Höhe des zu zahlenden Schadenersatzes, bspw. durch Pauschalisierung desselben, beschränken. Darüber hinaus auch, wenn sie dazu führen, dass die Geltendmachung von gesetzlichen oder vertraglichen

Ansprüchen eingeschränkt wird. Bedenken bestehen schliesslich dann, wenn die Abkommen dazu führen, dass die Liquidierung des Schadens verzögert oder eingeschränkt wird.

32. Schadenregulierungsabkommen lassen sich grob in drei Kategorien einteilen:

- Schadenregulierungsabkommen im engeren Sinn: Damit sind Vereinbarungen zwischen Versicherern gemeint, durch die die Schadenabwicklung beschleunigt und vereinfacht sowie die Schadenregulierungskosten gesenkt werden sollen.
- Schadenpauschalisierungsabkommen: Bei grossen Unternehmen oder in bestimmten Wirtschaftszweigen kann es vorkommen, dass Schäden immer wieder in gleicher Weise auftreten. In solchen Fällen kann es geboten sein, mit den Unternehmen oder deren Verbänden die Berechnungsgrundlagen für die Höhe der Schäden, die dabei immer wieder eintreten oder bestimmte Pauschalsätze auszuhandeln.
- Andere Abkommen: Zur Senkung des administrativen Aufwandes und entsprechend zur Senkung der Schadenregulierungskosten werden z.B. teilweise

reine Verjährungsverzichtsabkommen zwischen den Versicherern abgeschlossen.

33. Es bestehen bereits heute verschiedene Schadenregulierungsabkommen in der Schweiz (z.B. Vereinbarung vom 1.1.1982 I zwischen HVM-Mitgliedgesellschaften und BSV betreffend Verjährungsverzicht; Abkommen vom 1.1.2003 zwischen der Suva, der Santésuisse und dem SVV betreffend Vorleistungspflicht in der Krankenversicherung nach VVG; Abkommen vom 1.10.1981 zwischen der Association Suisse des transports routiers (ASTAG) und HVM betreffend Taxi-Chömage, Vereinbarung zwischen Verband öffentlicher Verkehr (VöV) und SVV zur Festlegung der Tagesansätze für Chömage-Entscheidungen). Den Wettbewerbsbehörden wurde von den Versicherern bislang jedoch keines dieser oder anderer Schadenregulierungsabkommen gemeldet und es wurden diesbezüglich auch keine Beratungen durchgeführt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission wird sich der Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit der in der Schweiz vorhandenen Schadenregulierungsabkommen annehmen, um damit eine gewisse Praxis und Rechtssicherheit zu schaffen.

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Die EU-Kommission wäre eigentlich ermächtigt, Vereinbarungen über die Abwicklung von Schadenfällen freizustellen. Sie hat von dieser Ermächtigung allerdings keinen Gebrauch gemacht, da sie der Ansicht ist, ihr fehlten ausreichende Erfahrungen mit Einzelfällen.

Bisher wurden in der EU Schadenregulierungsabkommen nur bezüglich Einzelaspekten wettbewerbsrechtlich überprüft. Die Kommission hat für einige bei ihr angemeldeten Schadenregulierungsabkommen einen "comfort-letter" versandt, sofern die Abkommen zu einer Rationalisierung und Beschleunigung der Schadenabwicklung führten und nur Bagatell-Schäden oder Schäden mit verhältnismässig begrenzten Entschädigungssummen betrafen.

Das Comité Européen des Assurances (CEA) hat in seiner Stellungnahme zur GVO 2002 kritisiert, dass Schadenregulierungsabkommen nicht freigestellt werden. Das CEA hat sein Anliegen mit Beispielen von bestehenden Vereinbarungen untermauert. So gibt es in vielen EU-Staaten Rahmenabkommen zwischen den Versicherungsverbänden, die eine Direktregulierung in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung vorsehen. Gemäss diesen Abkommen kann der Geschädigte seinen Anspruch auch direkt bei seiner eigenen Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung geltend machen. Seitens der Versicherungswirtschaft ist offenbar auch erwünscht, dass Verträge mit Reparaturwerkstätten geschlossen werden können, denn der Geschädigte entwickle, da er die Zahlung nicht selbst leisten müsse, bei der Auftragserteilung oft kein Preisbewusstsein. Allgemein würden so genannte "multilaterale Vereinbarungen" diskutiert, an denen mehrere Versicherungsunternehmen und/oder mehrere Parteien beteiligt sind, die für die Behebung des Schadens verantwortlich sind.

B.6. Informationsaustausch

34. Versicherungsmärkte sind oftmals von asymmetrischen Informationen geprägt. Informationsasymmetrien können das Funktionieren von Märkten und die Streuung von Risiken erheblich beeinträchtigen. Insbesondere können sich zwei Probleme ergeben: Negative Auslese ("Adverse Selection") und moralisches Risiko ("Moral Hazard"). Bei ersterem Problem bestehen zwischen den Parteien schon bei Vertragsabschluss asymmetrische Informationen über Ausmass und Eintretenswahrscheinlichkeit von bestimmten Schäden. I.d.R. verfügt der Versicherte über mehr Informationen (z.B. bezüglich des individuellen Ge-

sundheitszustands) als der Versicherer. Es handelt sich um ein Problem unvollständiger Informationen. Im Falle von moralischem Risiko besteht die Informationsasymmetrie erst nach Abschluss eines Vertrages und zwar in dem Sinne, dass die Handlung des Versicherten nicht perfekt beobachtbar ist. Es geht einfach ausgedrückt um die Frage, ob ein Versicherter sich infolge des Abschlusses einer Versicherung weniger vorsichtig verhält.

35. Der Austausch gewisser Informationen zwischen Versicherungen könnte vor allem in Versicherungsmärkten, die sich durch das Problem der negativen Auslese charakterisieren zum besseren Funktionieren

des Marktes beitragen. So können bspw. durch den Austausch von geeigneten Informationen eventuell Versicherungsmissbräuche aufgedeckt und/oder verhindert werden. Allerdings kann ein solcher Informationsaustausch den Wettbewerb auch einschränken. Die Wettbewerbsrelevanz eines Informationsaustausches hängt von Art und Inhalt der betroffenen Informationen ab.

36. Die Wettbewerbsbehörden hatten in diesem Zusammenhang verschieden Fälle von Benchmarking-Analysen im Versicherungssektor zu beurteilen (vgl. Anhang V). Aufgrund von Benchmarking-Analysen kann einerseits die Performance von Unternehmen verglichen werden, was Anreize zur Wettbewerbsverbesserung gibt, andererseits erleichtert die damit einhergehende Erhöhung der Transparenz die gegenseitige Abstimmung von unzulässigen Verhaltensweisen. Ob aufgrund von Benchmarking-Analysen antikompetitive Auswirkungen zu befürchten sind, hängt vor allem von der Art und Qualität der ausgetauschten Daten sowie der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes ab. Problematisch wäre bspw. der Austausch von Informationen, die Rückschlüsse auf die (Brutto-) Prämiengestaltung der Konkurrenz zulassen würden. Unzulässig wäre es auch, wenn Verzeichnisse bzw. Informationen mit einer Abrede einhergehen, dass die registrierten Risiken nicht oder nur zu erhöhten Prämien versichert werden dürfen.

37. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit kommt den folgenden Elementen bei der Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Informationsaustausch eine entscheidende Rolle zu:

- **Inhalt der ausgetauschten Informationen:** Der Austausch von vertraulichen, firmenspezifischen Informationen - wie z.B. Verkaufspreisen, Mengen oder Geschäftsstrategien - ist als äusserst problematisch einzustufen. Hingegen muss im Falle des Austausches von weniger sensiblen Informationen - wie

bspw. Marktanteilen, Lagerbeständen, Kapazitätsauslastung etc. - sicher eine fallspezifische Beurteilung erfolgen.

- **Aggregationsniveau:** Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten dementsprechend anzupassen. Der Austausch von aggregierten Daten ist jedoch i.d.R. als weniger problematisch zu bezeichnen.
- **Aktualität der Informationen:** Aufgrund des Austausches von historischen Daten ist kaum mit kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen zu rechnen. Vorsicht ist hingegen beim Austausch von aktuellen Daten und Prognosen geboten.
- **Frequenz des Informationsaustausches:** Je öfters Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Geschäftsstrategien angepasst bzw. angeglichen werden.
- **Homogenität der Produkte/Dienstleistungen:** Falls die Produkte auf dem Markt homogen sind, können Wettbewerbsparameter wie z.B. der Preis einfacher koordiniert werden als in Märkten mit differenzierten Produkten.
- **Marktkonzentration:** Je konzentrierter ein Markt, desto grösser ist i.d.R. die Gefahr einer Verhaltensabstimmung. Der Austausch von Informationen kann in einer solchen Situation die Überwachung von expliziten oder impliziten Abreden erleichtern.

38. Es ist für die Wettbewerbsbehörden schwierig, die Art und den Umfang eines zulässigen effizienten Informationsaustausches in einer generell-abstrakten Norm zu definieren. Die oben dargelegte, nicht abschliessende Liste gibt aber eine Übersicht zu den Kriterien, die bei der Abschätzung der Wettbewerbsrelevanz eines Informationsaustausches im Einzelfall herangezogen werden können.

Regelung in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung

Die EU-Kommission wäre eigentlich ermächtigt, Vereinbarungen über die "Erstellung von Verzeichnissen und Austausch von Informationen über erhöhte Risiken" freizustellen. Die Kommission hat von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht, da sie der Ansicht ist, ihr fehlten ausreichende Erfahrungen mit Einzelfällen.

C. SCHLUSSFOLGERUNG

39. Die obigen Ausführungen bringen zum Ausdruck, dass die noch relativ geringe Anzahl der den Wettbewerbsbehörden konkret vorgelegten Fällen derzeit keine Notwendigkeit für eine generell-abstrakte Regelung im Versicherungsbereich begründen. Die bisherige Praxis zeigt aber, dass die in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung festgehaltenen möglichen Effizienzgründe und Kriterien für eine Freistellung i.d.R. auch bei der Beurteilung durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Berücksichtigung finden.

40. Den Marktteilnehmern steht bei Rechtsunsicherheiten jederzeit die Möglichkeit der Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG offen. Zudem hat das neue Kartellgesetz die Möglichkeit der Meldung von neuen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingeführt. Die Unternehmen haben entsprechend die Möglichkeit, die Kartellkonformität ihres Verhaltens vor dessen Wirkungsentfaltung sicherzustellen.

Anhang I:

Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen - Schlussbericht vom 26. April 2005

1. Verfahren

41. Am 3. September 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung gemäss Übergangsbestimmungen des Schweizer Pools für Luftfahrtversicherungen (SPL) eingegangen. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und ersuchte um die Einreichung zusätzlicher Informationen. Der SPL verlangte in der Folge eine Fristverlängerung, welche mit Schreiben vom 12. Oktober 2004 gewährt wurde. Die zusätzlichen Informationen wurden vom SPL am 26. Oktober 2004 nachgereicht.

42. Da seitens des Sekretariats jedoch weiterhin verschiedene Fragen ungeklärt blieben, wurde mit dem SPL ein Termin für ein Gespräch vereinbart. Dieses fand am 14. Januar 2005 statt. Infolge der vom Sekretariat geäusserten grundsätzlichen Bedenken bezüglich der durch den SPL festgesetzten Bruttoprämien erklärte sich der Pool bereits an der Sitzung vom 14. Januar 2005 einverstanden, die Frage der Bruttoprämien zu überprüfen. Am 27. Januar reichte der SPL noch ergänzende Angaben zum Fragebogen vom 6. Oktober 2004 ein. Mit Schreiben vom 10. März 2005 informierte der SPL das Sekretariat, dass die Poolleitung an ihrer Sitzung vom 9. März 2005 entschieden hat, in Zukunft auf die Festsetzung von Bruttoprämien zu verzichten. Zu diesem Zweck hat der SPL eine Arbeitsgruppe eingesetzt, welche zum Ziel hat, die Umstellung der Brutto- auf die Nettotarifierung vorzubereiten. Aufgrund der vorzunehmenden technischen Anpassungen ist vorgesehen, dass das neue Nettotarifierungs-System bis Ende 2005 in Kraft treten wird.

2. Der Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen (SPL)

43. Der SPL ist eine als einfache Gesellschaft organisierte Gemeinschaft, welche Risiken der Luft- und Raumfahrt, die von den Mitgliedern als Erstversicherer gezeichnet werden, rückversichert. Er unterhält zurzeit drei Sektionen, nämlich Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherung (inkl. Betriebsausfall). Poolorgane sind die Poolleitung, die geschäftsführende Gesellschaft (zurzeit die Winterthur), die Kontrollstelle, die Prämien- und die Schadenkommission.

44. Poolmitglieder können in der Schweiz zugelassene und solvente Versicherungsgesellschaften (Erst- und Rückversicherer) werden. Zurzeit sind 18 Erstversicherer und vier Rückversicherer Mitglied des Pools. Die Anzahl und Höhe der Poolanteile wird zwischen den Mitgliedern ausgehandelt, wobei die Anteile der Erstversicherer ungefähr dem entsprechen sollten, was sie an Prämienvolumen in den Pool einbringen. Einige Erstversicherer zeichnen jedoch zum heutigen Zeitpunkt keine Risiken mehr (z.B. die Basler, Vaudoise und Mobilair), während andere nur wegen des prämienfreien Einschlusses der Unfallversicherung⁶ Poolmitglied sind (z.B. Helsana, Alba). Die einzelnen

Poolmitglieder und deren Anteile sind in Tabelle 1 aufgeführt.⁷

45. Gemäss Angaben des SPL liegt die Motivation der Rückversicherer, Poolanteile zu zeichnen darin, einen Ausgleich zum mehrheitlich internationalen Aviation-Geschäft zu schaffen, also eine Diversifikation ihres Portefeuilles zu erreichen. Zusätzlich könne der SPL dadurch eine höhere Kapazität bereitstellen und von der Erfahrung der Rückversicherer in diesem Geschäft profitieren.

46. Die Erstversicherungsverträge mit den Kunden, welche zur Rückversicherung in den Pool eingebracht werden, schliessen die Erstversicherer in eigenem Namen ab. Dabei sind sie verpflichtet, die von der Prämienkommission erlassenen Tarife und allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) einzuhalten.

47. Die Pooldeckung bezieht sich grundsätzlich auf schweizerische Risiken. Die Versicherungsnehmer müssen in der Schweiz ansässig sein oder der versicherte Flug muss die Schweiz berühren. Bei Insassenunfallversicherungen muss das betreffende Luftfahrzeug zudem in der Schweiz immatrikuliert sein. Andere Unfallversicherungen sowie Haftpflicht- und Kaskorisiken können dann eingebracht werden, wenn wesentliche schweizerische Interessen damit verbunden sind, auch wenn das Flugzeug im Ausland immatrikuliert ist. Auf diese Weise werden über den Pool auch nicht in der Schweiz gelegene Risiken rückversichert. Der SPL schätzt den Anteil ausländischer Risiken im Pool auf 20%-30%.

⁶ Der SPL wirkt für die Mitglieder als Rückversicherer für Unfallschäden aus der Benützung von Luft- und Raumfahrzeugen sowie bei Fallschirmabsprüngen. Für die Versicherungsnehmer ist der Einschluss insofern prämienfrei, als die Mitgliedsgesellschaften dem SPL pauschal 1,5% der entsprechenden Prämie überweisen.

⁷ Die Ausführungen entsprechen dem Stand Januar 2004.

<i>Poolmitglied</i>	<i>Poolanteil</i>	<i>Poolmitglied</i>	<i>Poolanteil</i>
1. Elvia	[<1%]	12. Schweiz. Mobiliar	[1%-5%]
2. Genfer	[<1%]	13. Converium	[1%-5%]
3. Alba	[<1%]	14. Alpina	[1%-5%]
4. Europ. Reisevers. AG	[<1%]	15. National	[1%-5%]
5. Mannheimer Vers.	[<1%]	16. Helvetia Patria	[1%-10%]
6. Helsana	[<1%]	17. PartnerRe	[1%-10%]
7. Phenix	[<1%]	18. Basler	[1%-10%]
8. La Suisse	[<1%]	19. Allianz	[1%-10%]
9. Vaudoise	[<1%]	20. Zürich	[10%-20%]
10. Trans Re	[1%-5%]	21. Swiss Re	[15%-25%]
11. Generali	[1%-5%]	22. Winterthur	[20%-30%]

Tabelle 1

48. Um einer eventuellen Risikoselektion vorzubeugen, ist es den Mitgliedern für die in den Pool eingebrachten Risiken untersagt, anderweitig eine Rückversicherung einzukaufen. Der Erstversicherer, der den Abschluss tätigt, erhält zum heutigen Zeitpunkt vom SPL eine fixierte Einbringungsprovision. Gemäss Reglement ist es dem Erstversicherer jedoch vorbehalten, dem Versicherungsnehmer einen Teil der Einbringungsprovision im Sinne eines Rabattes weiterzugeben. Wie in Rz. 42 erwähnt, werden vom SPL im Rahmen des Übergangs zu einem Nettoprämien-System zukünftig jedoch keine Einbringungsprovisionen mehr ausgerichtet.

49. Die Schäden werden grundsätzlich von den einzelnen Poolmitgliedern erledigt. Bei Schäden an Luftfahrzeugen sind jedoch die Schadenexperten des SPL beizuziehen. An den Schäden haben sich die Mitglieder nach Massgabe ihrer Poolanteile zu beteiligen. Wird ein Poolmitglied zahlungsunfähig oder ist die Leistung eines Rückversicherers des Pools nicht erhältlich, haften die Poolmitglieder im Verhältnis ihrer Anteile für die ausfallenden Beträge. Die Poolmitglieder partizipieren jedoch nicht nur an den Verbindlichkeiten, sondern auch am Ergebnis des Pools. Ein Gewinn oder Verlust wird entsprechend den übernommenen Anteilen aufgeteilt.

50. Der Pool führt eine gemeinsame Statistik, basierend auf den Schadenerfahrungen der einzelnen Poolmitglieder. Zudem verfügt er über umfangreiches Material wie Antragsformulare, Versicherungsnachweis und Schadensanzeige.

3. Vorbehaltene Vorschriften

51. Es gibt keine gesetzlichen Bestimmungen, welche den Erst- und Rückversicherern vorschreiben würde, die Rückversicherung von Risiken der Luft- und Raumfahrt im Rahmen eines Pools zu organisieren. Es be-

stehen folglich keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG.

4. Wettbewerbsabrede

52. Die Poolmitglieder melden dem SPL ihre Prämien und Schäden einmal pro Quartal. Diese Informationen werden zuhanden der Prämienkommission zu einer Statistik aufgearbeitet, welche als Basis für die Berechnung von verbindlichen Tarifen verwendet wird. Wegen der kleinen Anzahl von Beobachtungen werden die Daten in einem Zehnjahreszeitraum betrachtet. Des Weiteren wird das nationale und internationale Marktumfeld in die Prämiengestaltung miteinbezogen.

53. Bei den berechneten Prämien handelt es sich zum heutigen Zeitpunkt um Bruttoprämien, welche folgende Provisionssätze für den Erstversicherer vorsehen:

- Haftpflicht [... %]
- Kasko [... %]
- Insassen Unfall [... %]
- Unfall (prämienfreier Einschluss) [... %]
- Persönliche Flugunfallversicherung [... %]

54. Diese Provisionen werden grundsätzlich bei Abschluss oder Erneuerung einer Police entrichtet. Luftfahrtpolicen werden i.d.R. für die Dauer von ein bis drei Jahren abgeschlossen.

55. Aus dem oben Gesagten folgt, dass der SPL Preise und Bedingungen für die Versicherung von Risiken der Luft- und Raumfahrt vereinheitlicht. Es liegt folglich eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor.

4.1 Relevanter Markt

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

a. Sachlich relevanter Markt

57. Der SPL unterscheidet intern zwischen Klein- und Grossrisiken. Zu den Kleinrisiken zählen Kaskoversicherungen von ein- und zweimotorigen Kolbenmotorflugzeugen, Segel- und Motorsegelflugzeugen, Ballone, Hängegleiter, Modellflugzeuge sowie persönliche Flugunfall- und Haftpflichtversicherungen. Des Weiteren gehören Halter-Haftpflichtversicherungen von kleinen Flugplätzen, die Haftpflichtversicherungen von Fluggruppen und Flugveranstaltungen zu den Kleinrisiken. Für Kleinrisiken erlässt der SPL verbindliche Pauschaltarife.

58. In die Kategorie der Grossrisiken fallen Turboprop, Jets und Helikopter sowie Betriebs- und Produkthaftpflicht-Programme. Auch Kleinrisiken, mit Werten oder Garantiesummen über dem Tarif werden den Grossrisiken zugeordnet. Der Unterschied zum Tarifgeschäft besteht darin, dass der SPL die Versicherungsprämien für Grossrisiken individuell berechnet. Die vom SPL berechnete Prämie ist für den Erstversicherer wiederum verbindlich.

59. Das Verhältnis der Anzahl Policen für Gross- und Kleinrisiken beläuft sich beim SPL auf ungefähr [...] % zu [...] %. Bezüglich des Prämienvolumens verhält es sich jedoch gerade umgekehrt, nämlich ca. [...] % zu [...] %.

60. Bezüglich der Marktabgrenzung stellen sich nun zwei Fragen:

- Ist zwischen einem Markt für Gross- und Kleinrisiken zu unterscheiden?
- Stellt der relevante Markt das Geschäft mit Luftfahrtversicherungen im Allgemeinen dar oder müssen für die Bereiche Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherung einzelne Märkte abgegrenzt werden?

61. Eine vertiefte Beantwortung dieser Fragen ist aufgrund der vorhandenen Informationen sowie des spärlichen Zahlenmaterials nicht möglich und müsste im Rahmen einer Vorabklärung oder sogar einer Untersuchung erfolgen. Zur ersten Frage kann jedoch festgehalten werden, dass die räumlichen Märkte für Gross- und Kleinrisiken in der Luft- und Raumfahrt wohl nicht übereinstimmen. So lassen sich Grossrisiken europaweit, eventuell sogar weltweit platzieren⁸, während der Markt für Kleinrisiken tendenziell eine nationale, höchstens jedoch eine europäische Dimension aufweist. Das Sekretariat ist deshalb der Ansicht, dass in einem ersten Schritt zumindest ein Markt für Grossrisiken und ein Markt für Kleinrisiken abgegrenzt werden sollte.

62. Bezüglich der zweiten Frage muss festgestellt werden, dass es sich bei den einzelnen Versicherungsbereichen inhaltlich grundsätzlich um verschiedene Risikoarten handelt. So sind bspw. Unfallversicherungen als Personenversicherungen zu bezeichnen, wäh-

rend Kaskoversicherungen den Sachversicherungen zuzurechnen sind. Auch besteht kein Zwang, die einzelnen Risiken beim selben Versicherer zu belassen. In Anlehnung an die bisherige Praxis der Weko müssten deshalb wohl einzelne Märkte abgegrenzt werden, wobei des Weiteren zu untersuchen wäre, ob die einzelnen Versicherungsprodukte innerhalb der Bereiche Unfall, Haftpflicht und Kasko nochmals individuelle Märkte darstellen.⁹

63. Wie erwähnt, wäre es aufgrund der vorliegenden Informationen nicht möglich, eine solche Marktabgrenzung vorzunehmen. Der SPL führt jedoch an, dass die Kunden i.d.R. Paketlösungen nachfragen, d.h. alle notwendigen Versicherungen in den Bereichen Unfall, Haftpflicht und Kasko beim selben Versicherer zeichnen. Insbesondere für Grossrisiken scheint dies Sinn zu machen, da bei umfassenden Versicherungslösungen besser Konditionen verhandelt werden können. Im Bereich des Tarifgeschäftes (Kleinrisiken) kann der SPL die Aussage naturgemäss jedoch nur dahingehend bestätigen, dass es in ihrem Bestand kaum Versicherungsnehmer gibt, welche nur über das Obligatorium hinausgehende Versicherungen gezeichnet haben.¹⁰

64. Aufgrund des Gesagten lässt sich folglich die Hypothese aufstellen, dass, wenn die Versicherungsnehmer ähnliche Paketlösungen nachfragen, die Unterteilung des relevanten Marktes in die Bereiche Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherung für die vorliegende Analyse keinen grossen Erkenntnisgewinn bringen würde. Dies, weil dann für die Versicherer die Marktanteile in den einzelnen Versicherungsbereichen weit gehend identisch sein müssen.

65. Im Sinne einer Arbeitshypothese verzichtet das Sekretariat deshalb auf eine weitergehende Unterteilung in die Bereiche Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherung und geht im Folgenden von einem Markt für Grossrisiken und einem Markt für Kleinrisiken in der Luft- und Raumfahrt aus.

⁸ Die Luftfahrtaufsichts-Gesetzgebung verlangt zwar für Dritt- und Passagierhaftpflichtversicherungen von in der Schweiz immatrikulierten Flugzeugen einen Versicherungsnachweis durch einen in der Schweiz domizilierten Versicherer (Art. 70 LFG). Diesem Erfordernis können jedoch auch ausländische Versicherer durch die Einschaltung einer schweizerischen Frontinggesellschaft ohne Weiteres genügen. Aufgrund der Revision des Versicherungsaufsichtsrechts ist zudem davon auszugehen, dass auch diese Voraussetzung aufgehoben wird.

⁹ Da sich auf der Nachfrageseite oftmals unterschiedliche Akteure (z.B. Flugshowveranstalter, Flughäfen, Ballonfahrer, etc.) befinden, stellt sich die Frage, ob innerhalb der Bereiche Unfall-, Haftpflicht- und Kaskoversicherung einzelne Märkte abzugrenzen sind. Strikte genommen wäre dies sicher der Fall, da bspw. eine Haftpflichtversicherung für einen Flugclub offensichtlich kein Substitut für eine Haftpflichtversicherung eines Flughafens sein kann.

¹⁰ Mit anderen Worten ist es für den SPL nicht möglich zu unterscheiden, ob ein Versicherungsnehmer nur die obligatorische Versicherungsdeckung gezeichnet hat oder ob er zusätzliche Versicherungen bei einem anderen Versicherer platziert hat.

b. Räumlich relevanter Markt

66. Bezüglich des Marktes für Grossrisiken ist von einem europäischen bzw. internationalen Markt auszugehen (vgl. auch Ziff. 61). Für einen (mindestens) europäischen Markt spricht die Tatsache, dass die grössten Luftfahrtversicherungen in London angesiedelt sind. Zudem vereinfacht die starke Stellung von Brokern in diesem Marktsegment den Zugriff auf international tätige Versicherer.¹¹ Verschiedene in der Schweiz gelegene Luftfahrtrisiken sind dann auch nicht über den SPL versichert. So z.B. die Swiss, Edelweiss, Jet Aviation, Odette, Helvetic, Ruag, die Flughäfen Basel, Bern und Genf, Swiss Helicopter Management, Swift Copters, Helog und Zimex.

67. Auch das Bundesamt für Privatversicherungen anerkennt den internationalen Charakter der Luftfahrtversicherung. So wurde im Vorentwurf der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Vorentwurf AVO) vorgesehen, dass Luftfahrtversicherungsgeschäfte von ausländischen Versicherungsunternehmen ohne Bewilligung zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz abgeschlossen werden können und nicht der Versicherungsaufsicht in der Schweiz unterstehen (vgl. Art. 2 Vorentwurf AVO i.V.m. Erläuterungen zum Vorentwurf AVO S. 2).

68. Grundsätzlich gelten diese Argumente auch für den Markt für Kleinrisiken. Allerdings ist bei Kleinrisiken davon auszugehen, dass die Versicherungsnehmer tendenziell ihre Versicherung nicht über Broker einkaufen und entsprechend nur in seltenen Fällen bei international tätigen Versicherungen Offerten einholen. Aus diesem Grund geht das Sekretariat eher von einem nationalen Markt für Kleinrisiken aus.

69. Im Sinne einer vorsichtigen räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes geht das Sekretariat nachfolgend von einem europäischen Markt für Grossrisiken und einem schweizerischen Markt für Kleinrisiken aus.

4.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

a. Markt für Grossrisiken

70. Der SPL erwirtschaftete im Jahre 2002 ein Prämienvolumen von CHF [...] (Haftpflicht CHF [...], Kasko CHF [...] und Unfall CHF [...]). Wie oben erwähnt, beziehen sich ca. [...] % des Prämienvolumens, also CHF [...], auf Grossrisiken. Auf den europäischen Markt für Luft- und Raumfahrt bezogen entspricht dies, gemäss Angaben des SPL, einem Marktanteil von ca. [1%-5%].

71. Nebst diesem kleinen Marktanteil kann auch davon ausgegangen werden, dass ein gewisser Innenwettbewerb zwischen den Versicherern herrscht. Dies nicht bezüglich der Tarifierung von Risiken, sondern im Bereich der Einbringungsprovision, welche, in Form eines Rabatts, an den Kunden weitergegeben werden kann. Die Frage, inwiefern und in welchem Ausmass diese Einbringungsprovisionen den Versicherungsnehmern zugutekommen, konnte vom SPL jedoch nicht beantwortet werden. Der SPL hat dem Sekretariat aber, wie in Abschnitt 1 erläutert, einen Systemwechsel zugesichert, d.h. in Zukunft werden vom SPL nur noch Nettoprämien berechnet. Somit werden die

Verwaltungskostenzuschläge individuell von den einzelnen Versicherungsgesellschaften festgelegt. Diese Massnahme dürfte den Innenwettbewerb stärken.

72. Bezüglich Aussenwettbewerb kann festgehalten werden, dass verschiedene ausländische Luftfahrtversicherer wie Allianz, Generali, AIG, Global Aviation Underwriting Managers (GAUM) und verschiedene Syndikate von Lloyd's (u.a. ACE, Alleghany, Amlin, Brockbank, Catlin, St. Paul, Hiscox und Wellington) auf dem Markt für Grossrisiken tätig sind. Diese operieren in der Schweiz meist über lokale Niederlassungen oder Generalbevollmächtigte. Des Weiteren scheinen auch, wie bereits erwähnt, die Broker eine starke Stellung im Luftfahrtversicherungsmarkt innezuhaben und fördern durch die Ausschreibung von Geschäften den Wettbewerb unter den Marktteilnehmern.

73. Aufgrund des kleinen Marktanteils sowie des bestehenden Innen- und Aussenwettbewerbs kommt das Sekretariat zum Schluss, dass die Abrede des SPL den Wettbewerb auf dem Markt für Grossrisiken in der Luft- und Raumfahrt nicht beseitigt und keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt.

b. Markt für Kleinrisiken

74. Da in der Schweiz im Bereich der Luftfahrtversicherungen keine Statistiken existieren, insbesondere bezüglich der Prämienvolumen, ist es sehr schwer, den Marktanteil des SPL für Kleinrisiken zu bestimmen. Erste Anhaltspunkte könnte jedoch das Luftfahrtregister des BAZL liefern. Dieses weist zurzeit (Stand 2003/04) 3'452 in der Schweiz immatrikulierte Kolbenmotor- und Segelflugzeuge aus, wovon 2037 beim SPL versichert sind. Dies würde einem Marktanteil von ca. 60% entsprechen. Weiter kann dem Luftfahrtregister die Anzahl der in der Schweiz immatrikulierten Ballone entnommen werden. Es handelt sich dabei um 712 Ballone, wobei 229 beim SPL versichert sind, was einem Marktanteil von ca. 30% entspricht. Da ein grosser Teil der Ballone jedoch über Wechselhüllen verfügen, die einzeln immatrikuliert werden müssen, die Prämienkalkulation jedoch nur die Hülle mit dem höchsten Wert berücksichtigt, kann die Anzahl der Ballone kein verlässlicher Indikator für den Marktanteil sein. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Marktanteil des SPL in diesem Segment höher als 30% liegt.

75. Für andere Kleinrisiken sind keine Zahlen erhältlich. Der SPL selbst schätzt seinen Marktanteil in der Schweiz auf ca. 50%, was durch die obigen Ausführungen in etwa bestätigt wird. Anzuführen bleibt, dass das Prämienvolumen im Markt für Kleinrisiken als relativ bescheiden zu bezeichnen ist. Gemäss der oben

¹¹ In der Schweiz bieten insbesondere die Firmen Caminda & Partner AG; Hudson Sky; IBC und Gen Assurances Vermittlungsdienstleistungen im Bereich der Luftfahrtversicherungen an.

vorgenommen Unterteilung des Prämienvolumens des SPL in Klein- und Grossrisiken entfallen auf die Kleinrisiken lediglich ca. CHF [...]. Bei einem Marktanteil von ca. 50% des SPL würde dies einem Prämienvolumen von CHF [...] für den Gesamtmarkt entsprechen.

76. Bezüglich des Innenwettbewerbs kann wiederum darauf hingewiesen werden, dass die Erstversicherer frei sind, zu Gunsten der Versicherungsnehmer teilweise oder ganz auf ihre Einbringungsprovisionen zu verzichten. Des Weiteren soll an dieser Stelle noch einmal betont werden, dass der SPL in Zukunft nur noch Nettoprämien festlegen wird (vgl. Rz. 42), was eine Stärkung des Innenwettbewerbs erwarten lässt.

77. Zum Aussenwettbewerb kann erstens festgehalten werden, dass Informationen bezüglich der Anzahl und der Namen von aktuellen Konkurrenten des SPL auf dem Markt für Kleinrisiken spärlich vorhanden sind. Grundsätzlich sind jedoch auch in diesem Geschäft verschiedene ausländische Luftfahrtversicherer, so bspw. AXA und Delvag, tätig.

78. Als weiteres Indiz für das Bestehen eines gewissen Aussenwettbewerbs kann die Anzahl der nicht akzeptierten Offerten herangezogen werden. Zwischen Juli 2003 und Juni 2004 wurden vom SPL ca. 3'300 Offerten für Gross- und Kleinrisiken ausgestellt, wovon 450, also rund 14%, nicht zustande kamen. Eine genaue Unterteilung der Offerten in Gross- und Kleinrisiken lässt sich nicht vornehmen. Wie auch der SPL bestätigt, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Ablehnungsrate für Kleinrisiken eher geringer ist, da bei Grossrisiken der Markt internationaler und, wie ausgeführt, umkämpfter ist. Trotzdem, so illustriert die Tatsache, dass Offerten abgelehnt werden, scheinen auch für Nachfrager von Versicherungslösungen auf dem Markt für Kleinrisiken Ausweichmöglichkeiten zu bestehen. Exemplarisch kann dies des Weiteren auch damit belegt werden, dass z.B. im Flottengeschäft verschiedene Organisationen¹² ausserhalb des SPL, teilweise auch im Ausland¹³, versichert sind.

79. Schliesslich kann auch die Frage gestellt werden, ob auf dem Markt für Kleinrisiken nicht genügend potenzieller Aussenwettbewerb besteht. So dürfte es für nicht am SPL beteiligte inländische oder ausländische Versicherer wahrscheinlich nicht allzu schwer sein, Versicherungspolice im Bereich der Kleinrisiken in der Luftfahrt anzubieten. Wegen der kleinen Anzahl von Risiken und Schadenbeobachtungen könnte allenfalls die individuelle Erstellung von aussagekräftigen Statistiken zur Berechnung von Versicherungsprämien problematisch sein. Kaum ein Problem dürfte es jedoch sein, für Risiken in diesem Bereich Rückversicherungslösungen zu finden.

80. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine genaue Abgrenzung des Marktes für Kleinrisiken sowie die Bestimmung des Marktanteils des SPL auf diesem Markt aufgrund der vorliegenden Informationen nur sehr schwer möglich ist. Basierend auf der gewählten Marktdefinition kann jedoch, im Sinne einer realistischen Schätzung, davon ausgegangen werden, dass sich der Marktanteil des SPL in der Gröszenordnung von etwa 50% bewegt, was dem eher

bescheidenen Prämienvolumen von ca. CHF [...] entspricht. Des Weiteren gibt es andere Indizien, welche für die Unerheblichkeit der bestehenden Wettbewerbsabrede sprechen könnten:

- Aufgrund des Übergangs zu einem Nettoprämien-System kann mit einer Stärkung des Innenwettbewerbs gerechnet werden.
- Auch wenn die Intensität des Aussenwettbewerbs schwer einzuschätzen ist, zeigen verschiedene Beispiele, dass für die Versicherungsnachfrager Ausweichmöglichkeiten bestehen.
- Es bestehen Anzeichen dafür, dass die vom Sekretariat vorgenommene räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes eher zu konservativ ist. Eine Ausdehnung des räumlichen Marktes, auf eine bspw. europäische Dimension, würde jedoch den Marktanteil des SPL drastisch senken.

81. Allerdings kann die Frage bezüglich der Erheblichkeit aufgrund der vorliegenden Informationen nicht abschliessend beantwortet werden.

82. Das Sekretariat kommt deshalb zum Schluss, dass die Abrede des SPL den Wettbewerb auf dem Markt für Kleinrisiken in der Luft- und Raumfahrt nicht beseitigt. Die Absprache muss jedoch eventuell als eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs qualifiziert werden.

5. Schlussfolgerungen

83. Der SPL vereinheitlicht Preise und Bedingungen für die Versicherung von Risiken der Luft- und Raumfahrt. Dieser Sachverhalt stellt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Erheblichkeit dieser Abrede hat sich herausgestellt, dass die Abgrenzung der relevanten Märkte aufgrund der spärlich vorhandenen Informationen schwierig ist. Weitergehende Informationen sowie genaues Zahlenmaterial zum Bereich der Luftfahrtversicherungen müsste das Sekretariat mit Hilfe von Fragebogen an in- und ausländische Versicherer erheben. Das Sekretariat ist deshalb, im Sinne einer Arbeitshypothese, von einem Markt für Gross- und Kleinrisiken in der Luftfahrt ausgegangen, was zumindest eine summarische Beurteilung der Wettbewerbssituation ermöglicht. Aufgrund der vorgenommenen Analyse kommt das Sekretariat zum Schluss, dass auf dem Markt für Grossrisiken genügend Innen- und Aussenwettbewerb herrscht.

84. Auf dem Markt für Kleinrisiken verfügt der SPL mit ca. 50% über einen Marktanteil, der als beträchtlich bezeichnet werden muss. Auch kann auf diesem

¹² Der SPL nennt die folgenden Organisationen: Aero Club Val de Travers, Experimental Aircraft Association, Motorfluggruppe Chur, Motorfluggruppe Oberengadin, Motorfluggruppe Oberwallis, Motorfluggruppe Thurgau, Segelfluggruppe Winterthur.

¹³ Dieser Hinweis des SPL zeigt, dass auch im Bereich der Kleinrisiken, zumindest für gewisse Nachfragegruppen, anscheinend die Möglichkeit besteht, Versicherungslösungen im Ausland zu beziehen, was eventuell eine Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes rechtfertigen würde.

Markt sicherlich von einer geringeren Wettbewerbsintensität als auf dem Markt für Grossrisiken ausgegangen werden. Das Sekretariat kann deshalb nicht ausschliessen, dass die Abrede des SPL auf dem Markt für Kleinrisiken eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt.

85. Das Sekretariat, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, stellt fest, dass im Bereich der Grossrisiken in der Luft- und Raumfahrt keine Anhaltspunkte dafür bestehen, ein Verfahren zu eröffnen.

86. Auf dem Markt für Kleinrisiken bestehen Hinweise, dass aufgrund des Übergangs von einem Brutto- prämien- zu einem Nettoprämien-System sowie aufgrund der Tendenz zur Internationalisierung dieses

Marktes die Eröffnung eines Verfahrens nicht notwendig ist. Allerdings kann aufgrund noch fehlender Informationen nicht ausgeschlossen werden, dass die Abrede auf dem Markt für Kleinrisiken als erheblich einzustufen ist. Allenfalls müsste dann die Frage der Rechtfertigung aus Effizienzgründen überprüft werden. Das Sekretariat schlägt deshalb im Sinne einer pragmatischen Lösung vor, auf die Eröffnung eines Verfahrens zurzeit zu verzichten und im Rahmen eines Gesprächs mit dem SPL die noch offenen Fragen zu klären. Dies insbesondere auch deshalb, weil der SPL auf die Anregungen des Sekretariates bis anhin sehr kooperativ reagiert hat und, sollte sich im Rahmen weiterer Abklärungen ein kartellrechtlicher Handlungsbedarf ergeben, die Bereitschaft signalisiert hat, adäquate Massnahmen zu ergreifen.

Der Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen hat am 9. März 2007 mitgeteilt, dass er seine Zeichnungsaktivitäten per 30. Juni 2007 einstellt.

Anhang II:

Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken - Schlussbericht vom 8. Juli 2005

1. Verfahren

87. Am 8. März 2005 ist beim Sekretariat eine Meldung gemäss Übergangsbestimmungen des *Schweizer Pools für Versicherung von Nuklearrisiken* (SPN) eingegangen. Mit Schreiben vom 22. März 2005 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung.

2. Versicherung von Nuklearrisiken im internationalen Kontext

88. Mit der Inbetriebnahme der ersten zivilen Atomreaktoren in den 50er Jahren standen die Versicherer vor der Herausforderung, Deckungsmöglichkeiten für die Atomindustrie zu finden. Die üblichen Kriterien zur Beurteilung der Risiken existierten dazumal nicht, da keine statistischen Daten vorhanden waren. Die Zahl der zu versichernden Anlagen war zudem sehr gering, so dass der Aufbau eines ausgewogenen Portfolios selbst im weltweiten Kontext schwierig erschien. Es war offensichtlich, dass Unfälle zwar selten sein würden, aber katastrophale - räumliche und finanzielle - Ausmasse erreichen könnten und in diesem Sinne ein Solvenz gefährdender Kumul¹⁴ darstellen. Insgesamt war deshalb klar, dass ein einzelner Versicherer die Risiken im Nuklearbereich nicht alleine decken kann, weshalb das Risiko einer radioaktiven Verseuchung überall ausgeschlossen wurde, wo es als unversicherbar galt. Es betraf dies weltweit alle Sparten ausser "Leben" und "Transport" sowie - in den meisten Ländern - "Unfall".

89. Die Nuklearversicherung unterscheidet sich aufgrund der beschriebenen Problematik etwas von anderen Versicherungszweigen und wurde deshalb schon seit der Inbetriebnahme der ersten Kernanlagen mittels internationalen Konventionen organisiert, wobei auch die einzelnen Nationen und ihre Verwaltungen von Beginn an involviert wurden. Als Lösung für das skizzierte Problem beschloss man das Geschäft über nationale Nuklearversicherungspools abzuwickeln, wobei nur Risiken der Energiewirtschaft berücksichtigt wurden.¹⁵

90. 1999 existierten weltweit ca. 35 Nuklearpools, wobei in der EU (inkl. der Schweiz) in jedem Land, welches über Kernanlagen verfügte, auch ein nationaler Nuklearversicherungspool bestand. Diese Pools arbeiten sehr eng miteinander sowie mit ihren nationalen Regierungen und internationalen Organisationen, wie z.B. der International Atomic Energy Agency (IAEA), zusammen. Die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Pools beinhaltet ein ziemlich weit gehender Informationsaustausch in verschiedenen institutionalisierten Gremien. So treffen sich bspw. die Geschäftsführer der nationalen Pools in regelmässigen Abständen zu Besprechungen und es wird in verschiedenen Arbeitsgruppen über versicherungstechnische Themen diskutiert. Es ist zudem weit gehend unbestritten, dass zwischen den einzelnen Pools kein eigentlicher Wettbewerb besteht, da die Nuklearver-

sicherungspools i.d.R. nur inländische Risiken zeichnen.

91. Die konkrete Funktionsweise der Pools beruht auf gemeinsamen Grundsätzen der Nuklearversicherung in den betroffenen Ländern: Die Mitglieder behalten ihren Poolanteil als eigenen Nettoselbstbehalt, d.h. sie verpflichten sich, ihre Poolzeichnungen für eigene Rechnung zu behalten und keine Rückversicherung abzuschliessen. Des Weiteren stützen sich Nuklearversicherungspools auf interne Solidarität und ein System gegenseitiger Rückversicherung zwischen den nationalen Pools, was der Langfristigkeit der Schadenabwicklung Rechnung trägt.

92. Trotz verschiedener operativen Unterschieden zwischen Nuklearversicherungspools sowie teilweisen Unterschieden bezüglich der Art der gezeichneten Risiken bieten alle Pools eine Haftpflichtversicherung für Betreiber von Nuklearanlagen an. Dieser Bedarf ergibt sich aus den nationalen Gesetzgebungen sowie den internationalen Übereinkommen zur Atomhaftung. Auch bietet die überwiegende Mehrheit der Pools Deckung für Sachschäden an Nuklearanlagen, i.d.R. im Rahmen einer Mitversicherung mit einer Captive-Gesellschaft¹⁶.

3. Der Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken

93. Der SPN ist eine 1957 entstandene einfache Gesellschaft, welche grundsätzlich allen in der Schweiz tätigen Versicherern zugänglich ist und für die Mitglieder das Poolgeschäft führt. Die Organe der Gesellschaft bestimmen die Bedingungen und namentlich die Tarifierung der eingebrachten Risiken.

94. Das Poolgeschäft umfasst Haftpflicht-, Sach- und Unfallversicherung für im Inland gelegene Risiken. Für diese wird bei ausländischen Pools Rückversicherung beschafft. Ferner übernimmt der SPN Rückversicherung von ausländischen Pools, wobei die Versicherungsträger die einzelnen Mitglieder sind. Obwohl die Mitgliedschaft beim SPN nicht obligatorisch ist, beteiligen sich fast alle schweizerischen Nicht-Leben-Versicherungs- und Rückversicherungsgesellschaften am Pool.

95. Die Tabellen 1 und 2 geben Auskunft über die aktuellen Mitglieder des SPN sowie deren Anteile in den Sektionen In- und Ausland.

96. Ansonsten funktioniert der SPN weit gehend gleich wie andere Nuklearversicherungspools (vgl. Rz. 90). Insbesondere kommt auch für die Mitglieder des SPN das Nettoselbstbehalts-Prinzip zur Anwendung,

¹⁴ Als Kumul wird das Zusammentreffen mehrerer Einzelschäden im Rahmen eines Schadenereignisses bezeichnet. Die Gefahr des Kumuls für den Erstversicherer besteht darin, dass er in einem solchen Fall trotz ausreichender Absicherung des Einzelrisikos in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen kann.

¹⁵ Deckung für den Bau und Einsatz von Atomwaffen wird nicht bereitgestellt.

¹⁶ Als Captive-Gesellschaft werden Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen bezeichnet, welche sich im Eigentum eines oder mehrerer Nichtversicherer befinden und den Zweck haben, das eigene Risiko bzw. vergleichbare Risiken von anderen Kunden zu zeichnen.

um die notwendige Transparenz und Kontrolle bezüglich der kumulativen Engagements zu schaffen. Als Vorteile dieses Poolsystems aus Sicht der Versicherer führt der SPN die Vereinheitlichung der Administration und die Konzentrierung des technischen Wis-

sens auf eine Stelle an, welche eine Senkung der administrativen Kosten sowie einen optimaleren Risikoausgleich durch den automatischen Zugang zu allen versicherten Risiken im In- und Ausland bewirke.

Table 1: Sektion Inland (Zeichnungen per 1. Januar 2005)

<i>Poolmitglieder</i>	<i>Sachvers.</i>	<i>Haftpflicht</i>	<i>Unfall</i>
Phenix	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Alba	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Allianz Suisse	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Basler	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Converium	[0%-10%]	[0%-10%]	[>10%]
Emmentalische Mobiliar	[0%-10%]	-	-
Generali	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Gerling-Konzern	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Helvetia Patria	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
La Suisse	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Lloyd's	[0%-10%]	[0%-10%]	-
Schweiz. Mobiliar	[1%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Schweiz. National	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Swiss Re	[>10%]	[>10%]	[>10%]
Trans Re	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Vaudoise Générale	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Winterthur	[>10%]	[>10%]	[0%-10%]
Zürich	[>10%]	[>10%]	[>10%]
Total	100%	100%	100%

97. Schliesslich bildet der SPN auch eine Stelle zur Kooperation mit Bundesbehörden und kantonalen Instanzen sowie einen langfristigen Gesprächspartner in technischen und politischen Angelegenheiten und der Schadenerledigung der vom Bund übernommenen Risiken.

Tabelle 2: Sektion Ausland (Zeichnungen per 1. Januar 2005)

Poolmitglieder	Anteil	Poolmitglieder	Anteil
Alba	[0%-10%]	PartnerRe	[>10%]
Allianz Suisse	[0%-10%]	Schweiz. Mobiliar	[0%-10%]
Basler	[0%-10%]	Schweiz. National	[0%-10%]
Converium	[0%-10%]	Swiss Re	[>10%]
Emmentalische Mobiliar	[0%-10%]	Trans Re	[0%-10%]
Generali	[0%-10%]	Vaudoise Générale	[0%-10%]
Helvetia Patria	[0%-10%]	Winterthur	[>10%]
La Suisse	[0%-10%]	Zürich	[0%-10%]

3. Vorbehaltene Vorschriften

98. Die Haftung für Nuklearschäden, die durch Kernanlagen oder den Transport von Kernmaterialien verursacht werden, ist im Kernenergiehaftungsgesetz (KHG) geregelt. Gemäss Art. 11 KHG muss der Haftpflichtige für die Deckung der versicherbaren Risiken die Versicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz ermächtigten Versicherer abschliessen. Eine gesetzliche Vorschrift, welche den Erst- und Rückversicherer vorschreiben würde, die Deckung von Nuklearrisiken im Rahmen eines Pools zu organisieren, existiert jedoch nicht. Es bestehen folglich keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG.

4. Wettbewerbsabrede

99. Mitglieder des SPN müssen Nuklearversicherungen zu den Prämien-, Provisions- und Versicherungsbedingungen akzeptieren, welche durch den SPN bestimmt werden. Zudem ist es den Mitgliedern des SPN, wie erwähnt, nicht gestattet, für ihre Zeichnungen eigene Rückversicherung zu nehmen. Ausserdem besteht eine Einbringungspflicht betreffend die Haftpflicht- und Schadenversicherungsdeckungen für in der Schweiz gelegene Kernanlagen.

100. Aus dem oben Gesagten folgt, dass der SPN Preise, Provisionen und Bedingungen für Nuklearversicherungen vereinheitlicht. Es liegt folglich eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor.

4.1 Relevante Märkte

a. Sachlich relevante Märkte

101. Es können vier sachlich relevante Märkte identifiziert werden, auf denen der SPN tätig ist:

- **Markt für Haftpflichtversicherung:** Haftpflichtversicherungen für den Bestand und Betrieb von Kernanlagen sowie für den Transport von Kernmaterialien in der Schweiz.
- **Markt für Sachversicherung:** Sachversicherungen für in der Schweiz gelegene Kernanlagen.

- **Markt für Unfallversicherung:** Unfallzusatzversicherungen für Mitarbeiter der Kernkraftwerke in der Schweiz.

- **Markt für Rückversicherung:** Rückversicherungen für Unfall-, Haftpflicht- und Sachversicherung von ausländischen Nuklearversicherungspools.

b. Räumlich relevante Märkte

102. Bezüglich der räumlichen Dimension des Marktes für Haftpflichtversicherung kann festgehalten werden, dass - wie erwähnt - gemäss Art. 11 KHG der Haftpflichtige die Versicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz ermächtigten Versicherer abschliessen muss. Da Betreiber von Kernanlagen solche Haftpflichtversicherungen zurzeit nur beim SPN nachfragen können, scheint sich eine nationale Abgrenzung des Marktes aufzudrängen. Andererseits kann der Markt für Haftpflichtversicherung nicht gänzlich unabhängig vom Markt für Rückversicherung betrachtet werden, auch wenn, der gängigen Praxis der Weko folgend, diese als eigenständige sachlich relevanten Märkte identifiziert wurden. So kann weder in der Schweiz noch in einem anderem Land das Produkt Nuklearhaftpflichtversicherung angeboten werden, ohne sich gleichzeitig der entsprechenden Rückversicherungskapazitäten auf dem internationalen Markt zu versichern. Unter diesem Blickwinkel ist es fraglich, ob eine nationale Abgrenzung des Marktes für Haftpflichtversicherung nicht zu restriktiv ist. Auf die kartellrechtlichen Auswirkungen einer engen, auf die Schweiz beschränkten, und einer weiteren, europäischen Marktangrenzungen wird im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbssituation im Markt für Haftpflichtversicherung (vgl. Rz. 106 ff.) vertieft eingegangen.

103. Auf dem Markt für Sachversicherung hingegen gibt es keine gesetzlichen Vorschriften, welche als Argument für eine Einschränkung des räumlichen Marktes auf die Schweiz herangezogen werden könnten. So gibt es zumindest zwei europaweit tätige Cap-

tive-Gesellschaften (EMANI¹⁷ und O'NEIL¹⁸), welche Sachversicherungen im Nuklearbereich zeichnen. Gemäss den Informationen des Sekretariats ist in der Schweiz zurzeit nur EMANI tätig und verfügt eher über bescheidene Marktanteile (vgl. Rz. 114 ff.). Trotzdem zeigt die Präsenz dieser Captive-Gesellschaften in der Schweiz und anderen europäischen Ländern, dass der Markt für Sachversicherung zumindest eine europäische Dimension hat. Zudem gelten auch in diesem Markt die obigen Ausführungen bezüglich der Notwendigkeit, solche Risiken auf dem internationalen Markt rückzuversichern.

104. Das Geschäft des SPN in der Unfallversicherung besteht aus fakultativ eingebrachten SUVA- bzw. UVG-Zusatzdeckungen für strahlenexponierte Personen. Solche Versicherungen werden, nach Kenntnis des Sekretariats, wiederum nur vom SPN angeboten, was die Abgrenzung eines schweizerischen Marktes rechtfertigt. Diese Meinung wird auch vom SPN vertreten.

105. Der Markt für Rückversicherung schliesslich weist klar eine internationale Dimension auf, da es sich um die Rückversicherung von ausländischen Nuklearversicherungspools handelt.

4.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

a. Markt für Haftpflichtversicherung

106. Gemäss den Informationen des Sekretariats sind alle schweizerischen Kernanlagen zu 100% beim SPN versichert, was im Jahre 2004 - nach den Schätzungen des SPN - einem Brutto-Prämienvolumen von CHF 3.2 Mio. entsprach. Mit anderen Worten, der SPN verfügt, von einer engen, nationalen Marktabgrenzung ausgehend, im Bereich der Haftpflichtversicherungen über einen Marktanteil von 100%.

107. Das Bestehen von aktuellem und potenziellem Innenwettbewerb muss so dann zurzeit verneint werden, da die Mitglieder des SPN die Prämien-, Provisions- und Versicherungsbedingungen akzeptieren müssen, welche durch die entsprechenden Poolorgane des SPN bestimmt werden. Gegeben die gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie die Besonderheiten der Nuklearhaftpflichtversicherung, kann auch davon ausgegangen werden, dass kaum aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb auf dem Markt besteht. Auch falls es für ausländische Versicherer möglich wäre, die Zulassung für den Geschäftsbetrieb in der Schweiz zu bekommen, ist das Kumulrisiko, wie eingangs erwähnt, für einen einzelnen Versicherer zu gross, um Nuklearhaftpflichttrisiken zu zeichnen. Ausserdem sind die ausländischen Nuklearversicherer alle auch in nationalen Pools organisiert und somit i.d.R. schon als Rückversicherer des SPN an den schweizerischen Risiken beteiligt.

108. In der Haftpflichtzeichnung sind ausserdem auch die Captive-Gesellschaften kaum aktiv. Angesichts erwarteter Kapazitätsengpässen im Zusammenhang mit der Erhöhung der obligatorisch abzudeckenden Limiten in den internationalen Nuklearhaftpflicht-Konventionen, hat EMANI zwar eine Captive-Gesellschaft (ELINI) für Haftpflichtversicherung gegrün-

det. Gemäss Aussage des SPN ist ELINI jedoch für die schweizerischen Kernkraftwerkbetreiber zurzeit keine wirkliche Alternative und hat auch international noch kaum Kapazität aufbauen können.

109. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Falle einer nationalen Marktabgrenzung der Wettbewerb auf dem Markt für Haftpflichtversicherung durch die Abrede des SPN zum heutigen Zeitpunkt beseitigt wäre. Als ein wichtiger Faktor, welcher insbesondere den Innenwettbewerb behindert, kann die Einbringungspflicht der Versicherer für jegliche Nuklearrisiken in den Pool identifiziert werden. Solche Vertragsklauseln können sich tendenziell antikompetitiv auswirken und werden auch von der EU Kommission als so genannte "Black Clauses" klassifiziert.¹⁹ Das Sekretariat hat deshalb beim SPN die Streichung der Einbringungspflicht angeregt, was von diesem wohlwollend aufgenommen wurde. Der Punkt wird vom SPN für die nächste Poolversammlung im November 2005 traktandiert. Mit dem Wegfall der Einbringungspflicht würde das Sekretariat die Voraussetzungen für das Bestehen von - zumindest potenziellem - Innenwettbewerb erfüllt sehen, weshalb der Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG umgestossen werden könnte.

110. Als kartellrechtlich unproblematisch würde sich die Abrede auf dem Markt für Haftpflichtversicherung des SPN jedoch präsentieren, falls diesem aufgrund der Notwendigkeit solche Risiken länderübergreifend rückzuversichern eine zumindest europäische Dimension zugesprochen würde. In diesem Falle wäre die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG widerlegt und auch die Erheblichkeit der Abrede wäre wahrscheinlich zu verneinen. Das Sekretariat tendiert aufgrund der speziellen Charakteristika der Versicherung von Nuklearrisiken, insbesondere der weltweiten Vernetzung der nationalen Nuklearpools, diese weite Marktabgrenzung zu favorisieren.

111. Zudem ist das Sekretariat der Ansicht, dass die Wettbewerbsabrede, selbst wenn sie als erheblich eingestuft werden müsste, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann: Art. 11 KHG verlangt, dass Betreiber von Kernanlagen ihre Haftpflichtversicherung mit in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer abschliessen. Aufgrund des enormen Kumulrisikos wäre jedoch kein einzelner Versicherer bereit, eine solche Deckung alleine zu übernehmen. Es käme zu einem klassischen Marktversagen. Durch die Organisation der Versicherer in einem Pool kann dieses Marktversagen behoben werden.

112. Es stellt sich abschliessend die Frage, ob ein Marktversagen nicht auch durch weniger weit gehende Massnahmen verhindert werden könnte. So

¹⁷ European Mutual Association for Nuclear Insurance (EMANI).

¹⁸ O'NEIL (Oversea's NEIL) ist eine Tochtergesellschaft der amerikanischen Captive-Gesellschaft Nuclear Electric Insurance Limited (NEIL).

¹⁹ Vgl. VERORDNUNG (EG) Nr. 358/2003 DER KOMMISSION vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor.

wäre es theoretisch denkbar, Nuklearhaftpflichtversicherungen auf der Basis von Mitversicherungen - mit eventuell wechselnder Zusammensetzung - anzubieten. Dabei ist erstens jedoch zu bedenken, dass die Deckungssummen in diesem Bereich so hoch sind, dass unter Umständen sogar ein nationaler Markt zu klein ist, um solche Risiken alleine zu tragen. Zweitens können solche Haftpflichtrisiken auch eine sehr lange Exponierung zur Folge haben (sog. "long tail" Schäden), weshalb nicht garantiert werden kann, dass Mitversicherungsgemeinschaften die notwendige Kapazitätskontinuität bereitstellen können. Schliesslich muss ein weiteres Mal auf die weltweite Organisation der Nuklearversicherung hingewiesen werden, welche auf nationalen Pools und deren gegenseitige Rückversicherung basiert, was der Langfristigkeit der Schadenabwicklung Rechnung trägt.

113. Von einer nationalen Marktabgrenzung ausgehend, könnte durch den Wegfall der Einbringungspflicht das Bestehen von - zumindest potenziellem - Innenwettbewerb bejaht werden. Das Sekretariat favorisiert jedoch eine weitere, europäische Abgrenzung des räumlichen Marktes. Unter dieser Prämisse kann die Abrede des SPN auf dem Markt für Haftpflichtrisiken als kartellrechtlich unproblematisch bezeichnet werden. Zudem lässt sich die Wettbewerbsabrede aufgrund der speziellen Charakteristika der Haftpflichtversicherung im Nuklearbereich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen.

b. Markt für Sachversicherung

114. Im Bereich der Sachversicherungen betrug das Brutto-Prämienvolumen im Jahre 2004 ca. CHF 1.5 Mio. Welchem Marktanteil dies europaweit entspricht, lässt sich aus den Angaben des SPN nicht eruieren. Wie nachfolgend dargelegt wird, dürfte jedoch ein Marktanteil von ca. 90% für die Schweiz eine realistische Schätzung darstellen.

115. Wiederum muss das Bestehen von aktuellem und potenziellem Innenwettbewerb verneint werden, da die Pool-Mitglieder die vom SPN festgelegten Prämien-, Provisions- und Versicherungsbedingungen akzeptieren müssen. Auch auf dem Markt für Sachversicherung würde jedoch der Wegfall der Einbringungspflicht eine Stärkung des potenziellen Innenwettbewerbs bewirken.

116. Bezüglich des Aussenwettbewerbs kann festgehalten werden, dass sich ausser dem SPN, wie oben erwähnt, die Captive-Gesellschaft EMANI an Sachversicherungen in der Schweiz beteiligt. EMANI ist in Belgien niedergelassen und verfügt in der Schweiz über keine Versicherungslizenz, ist jedoch aufgrund eines Briefes des EJPD von 1985 unter bestimmten Voraussetzungen von der Versicherungsaufsichtspflicht befreit.

117. EMANI scheint in der Lage zu sein, einen disziplinierenden Einfluss auf den SPN auszuüben. So musste der SPN, gemäss eigenen Informationen, z.B. im Jahre 2001 aufgrund von Offerten seitens EMANI seine damaligen Sachversicherungsprämien um durchschnittlich 42% reduzieren und EMANI konnte seinen Anteil an der Sachversicherung schweizerischer Kernkraft-

werke auf rund 50% erhöhen. Allerdings haben sich die Betreiber der Kernkraftwerke entschlossen, die EMANI-Beteiligung auf den 1. Januar 2005 auf 10% zu verringern und die Anteile des SPN auf 90% zu erhöhen. Die Gründe für diesen Schritt sind dem Sekretariat nicht bekannt.

118. Im Markt für Sachversicherung kann folglich davon ausgegangen werden, dass ein gewisser Aussenwettbewerb besteht. Die Frage, ob dieser genügt, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede des SPN zu verneinen, kann an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden. Das Sekretariat ist jedoch der Ansicht, dass selbst wenn die Erheblichkeit bejaht werden müsste, dieselben Effizienzgründe, wie sie im Markt für Haftpflichtversicherung angeführt wurden (vgl. Rz. 110 ff.), zu tragen kämen.

119. Auf dem Markt für Sachversicherung besteht durch die Marktpräsenz der Captive-Gesellschaft EMANI ein gewisser Aussenwettbewerb. Ob dieser ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede des SPN zu verneinen, bedürfte einer vertieften Analyse. Das Sekretariat ist jedoch der Ansicht, dass die Wettbewerbsabrede aufgrund der speziellen Charakteristika der Sachversicherung im Nuklearbereich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

c. Markt für Unfallversicherung

120. Gemäss dem Geschäftsbericht 2003 des SPN bestand das Geschäft in der Unfallversicherung bis am 1. Januar 2000 aus fakultativ eingebrachten SUVA- bzw. UVG-Zusatzdeckungen für strahlenexponierte Personen.²⁰ Zurzeit werden jedoch keine Unfallversicherungen mehr in den Pool eingebracht. Der SPN hat sich faktisch somit aus diesem Markt zurückgezogen, weshalb der kartellrechtlich relevante Sachverhalt entfällt.

121. Der SPN ist zurzeit auf dem Markt für Unfallversicherung nicht tätig, weshalb der kartellrechtlich relevante Sachverhalt entfällt.

d. Markt für Rückversicherung

122. In diesem Geschäftsbereich gewährt der SPN ausländischen Nuklearversicherungspools Rückversicherung für Unfall-, Haftpflicht- und Sachversicherung sowie ausnahmsweise auch für Maschinen- und Transportversicherung, die im Zusammenhang mit dem Bestand und Betrieb von Kernanlagen steht. Dabei steht das Prinzip der Reziprozität im Mittelpunkt, d.h. i.d.R. werden nur Risiken von Nuklearversicherungspools übernommen, welche dem SPN für die Versicherung von Nuklearrisiken selbst Rückdeckung gewähren.

123. Eine Bestimmung des aktuellen Marktanteils des SPN im Bereich der Rückversicherungen gestaltet sich aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen als schwierig. Im Rahmen von Gesprächen sowie des Schriftwechsels des SPN mit der Weko bezüglich einer

²⁰ Das Brutto-Prämienvolumen in diesem Bereich belief sich im Jahre 1999 auf ungefähr CHF 65'000.-.

möglichen Freistellung des Pools (zwischen 1997 und 2001), machte der SPN jedoch Angaben über seinen geschätzten Marktanteil bei den Rückversicherungen. Für das Jahr 1999 wies der SPN, bezogen auf das internationale Gesamtvolumen, einen Marktanteil ca. 7% aus. Es gibt keine Anzeichen, die auf drastische Veränderungen der Marktstellung des SPN im Rückversicherungsgeschäft hinweisen. So betrug die Nettozeichnungskapazität aller Mitglieder des SPN im Jahre 1999 für ausländische Risiken ca. CHF 330 Mio., während diese Grösse im Jahre 2003 gemäss Geschäftsbericht auf ca. CHF 360 Mio. anstieg.

124. Unter Berücksichtigung der internationalen Dimension des Marktes für Rückversicherung kann folglich geschlossen werden, dass die Abrede des SPN keine Beschränkung des Wettbewerbs verursacht.

125. Aufgrund des kleinen Marktanteils des SPN (<10%) auf dem Markt für Rückversicherung kann festgehalten werden, dass die Abrede des SPN keine Beschränkung des Wettbewerbs verursacht.

5. Schlussfolgerungen

126. Der SPN vereinheitlicht Preise, Provisionen und Bedingungen für Nuklearversicherung. Dieser Sachverhalt stellt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Betroffen von dieser Abrede sind die Märkte für Unfall-, Haftpflicht- und Sachversicherung sowie der Markt für Rückversicherung. Die Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass die Abrede auf dem Markt für Unfall- und Rückversicherung zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Weniger klar ist der Sachverhalt auf dem Markt für Haftpflichtversicherung sowie auf dem Markt für Sach-

versicherung jedoch davon ausgegangen werden kann, dass die Abrede keine als erheblich zu bezeichnende Beeinträchtigung des Wettbewerbes bewirkt, hängt dies auf dem Markt für Haftpflichtversicherung von der gewählten Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ab. Das Sekretariat favorisiert dabei aufgrund der speziellen Charakteristika der Nuklearversicherung eine europäische Abgrenzung des relevanten Marktes. Unter dieser Prämisse ist nicht davon auszugehen, dass die Abrede kartellrechtlich problematisch einzustufen ist.

127. Des Weiteren würde, auch im Falle einer nationalen Marktabgrenzung, der Wegfall der Einbringungspflicht in den SPN eine Stärkung des (potenziellen) Innenwettbewerbs auf dem Markt für Haftpflichtversicherung bewirken, was die eventuell vorhandene kartellrechtliche Problematik entschärfen würde. Schliesslich ist das Sekretariat der Ansicht, dass der Nuklearpool durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Dies infolge des enormen Kumulrisikos, welches ein einzelner Versicherer nicht in der Lage wäre, alleine zu tragen. Ohne die von den Versicherern gewählte Poollösung wäre insbesondere unklar, wie und ob die vom KHG geforderte Haftpflichtversicherung für Betreiber von Kernanlagen bei in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer bereitgestellt würde. Es müsste mit dem Auftreten eines Marktversagens gerechnet werden. Auch die weltweite Organisation der Nuklearversicherung muss berücksichtigt werden, welche auf nationalen Pools und einem internationalen System gegenseitiger Rückversicherung basiert.

Anhang III:

Assurance des risques liés au terrorisme en Suisse - rapport du 8 mai 2003

A. Résumé du projet

128. Le domaine concerné par la présente prise de position est celui de l'assurance bâtiments et plus particulièrement, au sein de celle-ci, la couverture des risques incendie et ses différentes composantes (biens immobiliers et mobiliers ainsi qu'interruption d'exploitation et perte de valeur locative).²¹ Les attentats du 11 septembre 2001 ont mis en lumière que le *cumul des risques* liés à une attaque terroriste dans une aire géographique donnée pouvait engendrer des dommages dans des proportions inattendues.

129. Réalisant l'ampleur des risques à leur charge, la plupart des réassureurs dans le monde ont résilié les contrats qui les liaient aux assureurs directs pour la réassurance de tels risques, contraignant ces derniers à renégocier de nouvelles couvertures, mais à un coût beaucoup plus élevé.²² Dès lors, la plupart des assureurs directs n'ont plus les moyens de couvrir individuellement des risques liés au terrorisme, ne pouvant pas assumer le coût de la réassurance.

130. Afin de remédier à ce problème, différentes solutions ont d'ors-et-déjà été imaginées à l'étranger ou sont en discussion. Cela va de solutions de libre-marché (mais avec un contrôle strict des risques de cumul, cf. le *SRIR* au Luxembourg) à des solutions collectives bénéficiant souvent de garanties étatiques telles que la création d'un pool (Gareat en France) ou d'une entreprise commune (*Extremus* en Allemagne).²³

131. En Suisse, l'ASA a développé un modèle de collaboration avec huit réassureurs internationaux par le biais d'une agence de courtage afin de pouvoir continuer à couvrir les risques liés au terrorisme à l'avenir. Les assureurs directs se présenteront individuellement, mais en tant que membre d'une "coopérative d'acheteurs" auprès des réassureurs partenaires (respectivement auprès du courtier servant d'intermédiaire), ce qui leur permettra d'obtenir des conditions favorables et d'offrir à leur tour une couverture des risques terroristes à un coût raisonnable pour leurs assurés. Cette solution se distingue de la création d'un pool, notamment par le fait que chaque assureur direct continuera à conclure ses contrats de réassurance directement avec les réassureurs (contrairement à un pool qui achèterait par avance une certaine capacité de réassurance, cette solution permet d'éviter toute surcapacité en la matière).

132. Le projet prévoit l'offre, comme complément facultatif à l'assurance incendie de base (et non plus incluse dans celle-ci), d'une couverture standardisée des risques liés au terrorisme. Cette offre s'adressera aux assurés désirant couvrir des polices risques ne représentant pas de dangerosité particulière dont la somme d'assurance se trouve entre CHF 10 et CHF 100 mio. (et pour autant que la somme maximale d'assurance de CHF 300 mio. par zone délimitée ne soit pas atteinte) En dessous de CHF 10 mio., la couverture des dommages liés au terrorisme restera incluse dans la

couverture de base, leur réassurance étant en principe possible à un coût raisonnable. Au-dessus de CHF 100 mio., le risque de cumul redevient trop élevé pour qu'il soit possible de trouver des possibilités de réassurance à bon compte. La couverture de tels risques sera donc également exclue de la couverture de base, mais des solutions individuelles seront à trouver pour chaque cas. Indépendamment de la somme d'assurance, cette dernière solution vaut également pour les risques revêtant une dangerosité particulière tels qu'aéroports, barrages, raffineries, etc.

133. Afin de diminuer le cumul des risques, des zones géographiques seront délimitées en Suisse au moyen d'un logiciel informatique développé par l'agence de courtage partenaire. A l'intérieur de chaque zone, la somme maximale d'assurance sera de CHF 300 mio. Les assureurs directs seront libres d'accepter des contrats tant que cette limite ne sera pas atteinte, selon le principe du "premier venu, premier servi". Les réassureurs s'engagent à couvrir tous les risques acceptés dans le cadre de cette limite.

B. Appréciation du projet sous l'angle de la LCart

134. L'état de fait exposé ci-dessus pose la question suivante: Le modèle de collaboration projeté entre assureurs et réassureurs constitue-t-il un accord illicite en matière de concurrence?

I. Applicabilité de la LCart

135. Les compagnies d'assurance et de réassurance concernées sont des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 LCart.

136. Par ailleurs, si la législation fédérale et certaines législations cantonales contiennent des dispositions en matière d'assurance incendie, celles-ci ne concernent pas la couverture des risques liés au terrorisme. Il n'existe donc pas de prescriptions légales réservées au sens de l'art. 3 LCart. La LCart est par conséquent applicable.

II. Le projet de collaboration en tant qu'accord en matière de concurrence

137. Par accord 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 illicite à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

1. Accord vertical

138. La convention par laquelle des réassureurs réunis en consortium s'engagent, par le biais d'un courtier, à

²¹ Par souci de simplification, il sera uniquement fait mention dans la suite du texte de l'assurance incendie, étant entendu qu'elle est une composante de l'assurance bâtiments.

²² Pour la Suisse, le maintien des couvertures de réassurance à titre provisoire a pu être négocié avec les réassureurs, le temps de permettre le développement du présent projet.

²³ Terrorism Insurance - Pools & Market Solutions in Europe, Partner Re 2003.

réassurer les risques terroristes acceptés par les assureurs directs, constitue une convention avec force obligatoire d'entreprises entre entreprises occupant des échelons du marché différents.

139. D'une part, cette convention déterminera la majeure partie des conditions de commercialisation du produit auprès des assurés. Ainsi, selon le projet soumis au secrétariat, les réassureurs reprendront le 85% des risques²⁴ pour un montant représentant le 59,5% (+ 5% de frais de courtage) de la prime brute (prime commerciale) qu'ils conseilleront, d'où une unification du plus important des éléments de calcul de la prime nette. Les conditions d'assurance seront par ailleurs identiques (même couverture, même franchise, etc.).

140. D'autre part, elle prévoit que les assureurs directs parties à la coopération réassurent toutes leurs polices d'assurance incendie concernant les risques terroristes concernés (somme d'assurance entre CHF 10 et CHF 100 mio., cf. n. 132) exclusivement auprès du consortium.

141. Cette convention restreindra donc la concurrence entre assureurs et réassureurs en limitant les assureurs directs dans le choix de leurs partenaires pour la réassurance et en leur imposant l'exclusivité mentionnée ci-dessus. Elle constituera par conséquent un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

2. Accords horizontaux

142. L'accord vertical mentionné ci-dessus a pour corollaire un double effet horizontal.

143. Premièrement, la somme des engagements individuels que prendront les *compagnies d'assurance* auprès du consortium de réassureurs équivaudra à un accord de coopération conclu directement entre eux. En effet, la collaboration touche toutes les conditions de commercialisation du produit, y compris la prime. Par ailleurs, l'ASA elle-même joue un rôle de coordination pour la mise sur pied de cette collaboration. Il s'agira donc d'une convention (avec force obligatoire) entre entreprises occupant des échelons du marché identiques.

144. Deuxièmement, le consortium formé par les huit *réassureurs* partenaires pour réassurer en commun les risques terroristes acceptés par les assureurs suisses constituera également une convention avec force obligatoire entre entreprises occupant des échelons du marché identiques.

145. La collaboration projetée constitue par conséquent un ensemble d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

III. Effets de cette combinaison d'accords sur la concurrence

146. Les accords qui affectent la concurrence de manière notable sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

147. Afin de pouvoir déterminer les effets que cette combinaison d'accords aurait sur la concurrence, il convient tout d'abord de procéder à la délimitation des marchés déterminants.

1. Marchés déterminants

i. Marchés de produits

148. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE).

149. En l'occurrence, le produit faisant l'objet de ces accords, à savoir la couverture des risques terroristes en Suisse pour une somme d'assurance entre CHF 10 et CHF 100 mio., sera, selon les indications de l'ASA, toujours offert en complément de l'assurance incendie de base. Il ne devrait donc pas y avoir d'offre spécifique uniquement pour ce produit au niveau de l'assurance directe. Par conséquent, il convient de considérer qu'il doit être inclus dans le marché "assurance incendie".

150. En revanche, les risques liés à cette couverture complémentaire seront réassurés indépendamment des risques liés à la couverture de base. A ce niveau, le marché de produits relevant pourrait être celui de la "réassurance des risques liés au terrorisme en Suisse". L'on peut tout de même se poser la question de savoir si, au vu de la nécessité de développer des solutions particulières pour la couverture des risques liés au terrorisme (cf. n. 129 s), *in casu* pour des sommes d'assurance entre CHF 10 et CHF 100 mio., un marché pour la réassurance existe ou non. En l'occurrence, la question peut être laissée ouverte, attendu qu'elle ne contribuerait pas à modifier l'appréciation d'ensemble du projet.

ii. Marchés géographiques

151. 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).

152. Conformément à la pratique de la Commission de la concurrence, le marché géographique dans le domaine des assurances dommages est généralement considéré comme national.²⁵ Cependant, s'agissant de l'assurance incendie, le marché géographique se limite aux cantons qui ne sont pas soumis à un régime de monopole de droit public.²⁶ Il doit donc être considéré comme régional.

153. Le marché de la réassurance serait quant à lui international.

²⁴ 15% resteraient à charge des assureurs directs.

²⁵ Cf. par ex. DPC 2001/3, p. 530.

²⁶ AI, GE, OW, SZ, TI, UR, VS.

2. Affectation notable de la concurrence

i. Accord vertical

154. Il convient tout d'abord de constater que l'accord vertical entre assureurs et réassureurs ne peut être présumé comme affectant la concurrence de manière notable en vertu de la *Communication de la Commission de la concurrence concernant l'appréciation des accords verticaux*, puisqu'il n'engendrerait aucun des effets prévus au chiffre 3 de ladite Communication.²⁷ Les parts de marché des entreprises impliquées dépassant tout de même le seuil du chiffre 4 de la Communication, il convient ensuite d'examiner *in concreto* l'impact de cet accord sur la concurrence.

155. Le projet de coopération prévoit que tous les assureurs directs, dès lors qu'ils désirent offrir le complément terrorisme à leurs clients, devront réassurer la totalité des polices couvrant ce risque auprès du consortium de réassureurs partenaires. Ces (actuellement) huit réassureurs bénéficieront donc d'une exclusivité pour la réassurance des couvertures terrorisme en Suisse pour des sommes d'assurance entre CHF 10 et CHF 100 mio. Le projet limitera donc fortement la liberté des assureurs dans le choix de leur partenaire pour la réassurance.

156. Les effets de cet accord sur la concurrence se confondant avec ceux des deux accords horizontaux, il convient de renvoyer à l'analyse ci-dessous.

ii. Accord horizontal au niveau des assureurs directs

157. Le projet de l'ASA prévoit l'offre d'un produit d'assurance standard. Par ailleurs, la part de la prime dévolue à la réassurance de même que la part représentant la commission du courtier seront uniformisées. En conséquence, tous les facteurs de concurrence seront touchés par la coopération. Il ne restera qu'une concurrence résiduelle dans le cadre de la fixation de la prime brute. Toutefois, l'existence de recommandations des réassureurs pour la fixation de la prime brute risque d'entraîner également un alignement des assureurs directs sur le montant ainsi recommandé (cf. n. 172). En revanche, il est important de noter que le projet de coopération ne devrait pas favoriser un échange d'informations entre concurrents puisque le logiciel informatique qui sera utilisé pour l'acceptation et la gestion des risques sera exploité par l'agence de courtage partenaire.

158. En ce qui concerne la concurrence actuelle, le nombre d'assureurs qui souscriront effectivement au projet n'est pas encore connu, mais au vu de la situation sur le marché (cf. n. 129) il faut s'attendre à ce qu'une majorité d'entre eux optent pour l'offre de ce produit. Dans l'hypothèse où tous les membres de l'ASA devaient choisir cette voie, près de 100% des offreurs sur le marché seraient partie à l'accord.

159. Quant à la concurrence potentielle, elle est très difficile à estimer à l'heure actuelle. Le marché de l'assurance pour les risques terroristes est fortement dépendant du climat sécuritaire ambiant. Si la menace terroriste devait baisser sensiblement, il est tout à fait possible qu'un plus grand nombre de concurrents réapparaissent sur le marché avec des offres plus at-

trayantes. Dans un tel cas, l'accord ne serait pas seulement soumis à une plus grande pression concurrentielle, mais il perdrait probablement toute raison d'être.

160. Il convient aussi de relever que la restriction de la concurrence engendrée par le projet de coopération ne concerne qu'un élément d'un produit complexe (complément à la couverture de base incendie).²⁸ Chaque assureur direct interviendra toujours individuellement sur le marché pour l'offre du produit complet (couverture incendie de base). Toutefois, il n'est pas du tout certain que le niveau de concurrence sur ce dernier marché soit suffisant pour contrebalancer les effets néfastes de cet accord.

161. Par conséquent, il convient de considérer que le critère d'affectation notable de la concurrence est rempli.

iii. Accord horizontal au niveau des réassureurs

162. Le regroupement de huit réassureurs au sein d'un consortium, combiné avec la clause d'exclusivité analysée ci-dessus (n. 154) aura pour effet de supprimer toute concurrence entre ceux-ci pour la réassurance des risques terroristes couverts par les assureurs directs participant au projet. La concurrence resterait libre en ce qui concerne les risques couverts par des assureurs non-partie à la coopération.

163. Cependant, comme il a déjà été mentionné plus haut (n. 149), la question de l'existence même d'un marché pour la réassurance des risques liés au terrorisme se pose. En fait, plus les sommes assurées augmentent, moins il y a d'offre pour la réassurance individuelle de risques liés au terrorisme. La situation au niveau mondial et les diverses solutions qui ont été développées ou sont en passe de l'être à l'étranger témoignent clairement de cette problématique.

iv. Conclusion

164. Au vu de ce qui précède, le projet de coopération affectera la concurrence de manière notable sur le marché de l'assurance incendie en Suisse. Dès lors, il convient d'examiner s'il pourrait être justifié par l'existence de motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

3. Motifs d'efficacité économique

i. Motifs justificatifs

165. Les événements du 11 septembre 2001 ont conduit à une réévaluation du problème du cumul des risques dans le cadre de la couverture des dommages liés à des actes terroristes. Devant l'ampleur de ces risques et la difficulté de les évaluer, les réassureurs se refusent à couvrir des sommes d'assurance d'une-

²⁷ DPC 2002/2, p. 407.

²⁸ Selon les estimations de l'ASA, en terme de coût ce "complément terrorisme" devrait représenter le 15%-20% max. de la prime totale.

certaine importance, ou ne le font qu'à un prix exorbitant. Dès lors, les assureurs directs ne sont eux-mêmes plus en mesure d'accepter de tels risques à un prix raisonnable. Cette situation nécessite donc une forme de collaboration (cf. n. 130).

166. Dans ce cadre, le projet de l'ASA présente l'avantage d'être taillé sur mesure pour le marché suisse, qui est soumis, selon les dires des assureurs, à des risques terroristes moindres que de nombreux autres pays. De plus, en confiant la réassurance de tous ces risques au même consortium de réassureurs, les assureurs directs atteignent ensemble un volume de primes suffisant pour qu'il leur soit possible d'obtenir des conditions intéressantes.

167. Cette collaboration donnera donc la possibilité aux assureurs d'offrir sur le marché suisse une couverture pour les risques liés au terrorisme, au moins jusqu'à concurrence d'une somme d'assurance de CHF 100 mio., et cela à un coût raisonnable pour les assurés, alors que la majorité d'entre eux ne serait pas en mesure de le faire individuellement.²⁹ Elle permettra également un échange de savoir-faire en matière d'estimation des risques et ouvrira le marché à un plus grand nombre d'assureurs n'ayant aucune chance d'y être actif individuellement.³⁰

168. Cette combinaison d'accords engendrera donc une *amélioration du produit* et une *réduction des coûts de la réassurance* (art. 5 al. 2 let. a LCart).

ii. Nécessité de la collaboration projetée

169. L'exclusivité prévue dans l'accord vertical semble quant à elle nécessaire, d'une part afin de garantir aux réassureurs un certain volume de polices à réassurer leur permettant de couvrir leurs coûts, et d'autre part pour éviter une sélection des risques par les assureurs directs qui garderaient les "bons" risques et ne confieraient que les risques élevés au consortium.

170. La limite de couverture fixée à CHF 300 mio. par zone géographique semble également nécessaire à la

réalisation du projet car elle permet d'éviter le problème du cumul des risques (cf. n. 133).

171. De plus, cette forme de collaboration est moins dommageable pour la concurrence que la création d'un pool, dans la mesure où les assureurs continueront d'intervenir individuellement sur le marché (cf. n. 131).

172. En revanche, si une uniformisation des primes se justifie pour ce qui est de la prime nette, ce n'est absolument pas le cas pour la fixation de la prime brute.³¹ Hors, dans la mesure où le projet prévoit que les réassureurs communiquent aux assureurs directs des tarifs contenant des primes brutes recommandées, le danger existe que ces derniers s'alignent sur ces recommandations (cf. ci-dessus n. 157). Celles-ci ne sont cependant pas nécessaires pour atteindre les gains d'efficience attendus.

173. Par conséquent, il convient de constater que le projet de l'ASA respecte dans son ensemble le principe de proportionnalité sous-jacent à l'art. 5 al. 2 let. a LCart.

174. Il ne devrait pas non plus permettre aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 2 let. b LCart dans la mesure où l'objet de la collaboration n'est qu'un complément à la couverture incendie de base qui continuera d'être proposée individuellement par les assureurs directs.

175. Cette constatation n'est toutefois pas valable pour ce qui est de la communication par les réassureurs aux assureurs directs de primes brutes recommandées.

IV. Conclusion

176. Le projet de collaboration développé par l'ASA et ses partenaires peut être considéré comme compatible avec la LCart pour autant que les réassureurs renoncent à communiquer les primes brutes recommandées aux assureurs directs.

²⁹ Ce motif justificatif est également mentionné dans le Règlement CE 358/2003 concernant l'application de l'art. 81, par. 3 du Traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, n. 18 + 21, JOCE L 53/8 du 28 février 2003.

³⁰ FAULL/NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, n. 9.122 et la jurisprudence citée.

³¹ Cf. Règlement CE 358/2003 susmentionné, n. 10.

Anhang IV:**Gemeinschaftsstiftung für die berufliche Vorsorge im Schweizerischen Gewerbe - Schlussbericht vom 8. Juli 2005****1. Verfahren**

177. Am 15. März ist beim Sekretariat eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung KG der **Gemeinschaftsstiftung für berufliche Vorsorge im Schweizerischen Gewerbe** und verschiedener Schweizer Lebensversicherer eingegangen. Mit Schreiben vom 30. März 2005 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung.

2. Die Gemeinschaftsstiftung für die berufliche Vorsorge im Schweizerischen Gewerbe

178. Die Gemeinschaftsstiftung für die berufliche Vorsorge im Schweizerischen Gewerbe (Gemeinschaftsstiftung) ist eine Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB zur Durchführung der beruflichen Vorsorge für verbandliche Vorsorgeeinrichtungen. Die angeschlossenen Vorsorgeeinrichtungen sind dabei keine selbstständigen juristischen Personen, sondern Teil der Gemeinschaftsstiftung. Die einzelnen Verbände sind wiederum im Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) zusammengeschlossen, welcher der Stifter der Gemeinschaftsstiftung ist.

179. Die Gemeinschaftsstiftung wurde vom SGV im Jahre 1957 gegründet. Ziel war es, durch eine AHV-Zusatzversicherung die soziale Lage der Selbstständigerwerbenden und der gewerblichen Arbeitnehmer zu verbessern. Ab 1965 wurde neben der Alters- und Hinterlassenenvorsorge auch eine Invalidenversicherung angeboten. Im Hinblick auf die Einführung des Obligatoriums in der beruflichen Vorsorge im Jahre 1985 liess sich die Gemeinschaftsstiftung beim Bundesamt für Sozialversicherung als Vorsorgeeinrichtung im Sinne des BVG registrieren. Zurzeit sind der Gemeinschaftsstiftung ca. 20 verbandliche Pensionskassen angeschlossen, welche ca. 60 Verbände repräsentieren. Dies entspricht in etwa 125'000 Versicherten und einem Deckungskapital von CHF 3.2 Mia.

180. Als prägendes Merkmal der Gemeinschaftsstiftung kann die bis zum heutigen Zeitpunkt vorhandene Verbindung der Administration von AHV/IV (1. Säule) und BVG (2. Säule) hervorgehoben werden. Die Lebensversicherer können und dürfen eine solche Verbindung der 1. und 2. Säule im Rahmen ihrer Sammelstiftungen nicht anbieten, da dies als versicherungsfremdes Geschäft gilt.

181. Der Stiftungszweck wird in der Weise verwirklicht, dass die Gemeinschaftsstiftung als Versicherungsnehmerin die effektive Durchführung der verbandlichen Pensionskassen an konzessionierte, schweizerische Lebensversicherer delegiert. Dies wird in den so genannten Verbandsversicherungsverträgen geregelt. Die Quoten bezüglich der Haftung zwischen den Versicherern werden hingegen im so genannten Grundvertrag festgelegt. Zurzeit sind die folgenden Lebensversicherer mit den nachstehend aufgeführten Quoten an der Gemeinschaftsstiftung beteiligt:³²

- Basler Lebensversicherungs-Gesellschaft	(11%)
- Schweizerische National Leben AG	(2%)
- La Suisse Lebensversicherungs-Gesellschaft	(3%)
- Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt	(32%)
- Winterthur Leben	(35%)
- Zürich Lebensversicherungs-Gesellschaft	(14%)
- Genfer Lebensversicherungs-Gesellschaft	(3%)

182. Abbildung 1 vermittelt einen schematischen Überblick über die Organisation der Gemeinschaftsstiftung:

³² Ursprünglich waren 8 Lebensversicherer am Grundvertrag beteiligt. Die Pax Schweizerische Lebensversicherungs-Gesellschaft ist jedoch auf den 1. Januar 2005 als Mitversicherer zurückgetreten.

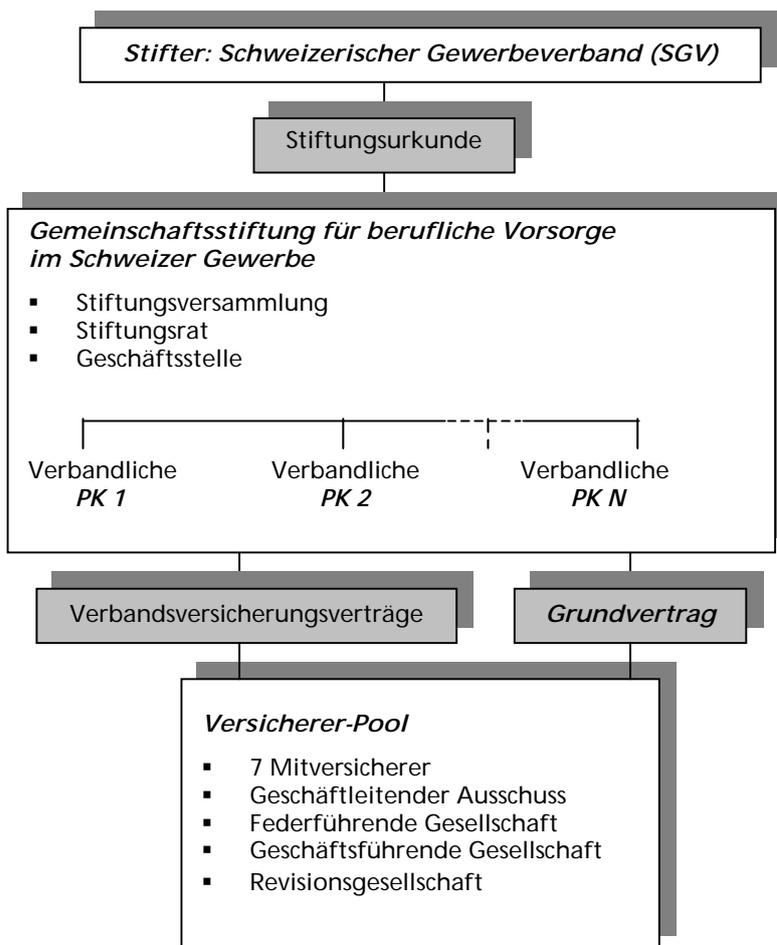


Abbildung 1

183. Auf der "Angebotsseite" handelt es sich um eine Mitversicherungslösung. Eine solche Lösung wurde von der Gemeinschaftsstiftung ausdrücklich gewünscht, um eine Minimierung der Ausfallrisiken zu erreichen, da sich die Grösse der zu deckenden Risiken der Kapazitätsgrenze eines einzelnen Lebensversicherers nähert. Die Gemeinschaftsstiftung wird regelmässig über die von den einzelnen Mitversicherern erzielten Anlageresultate orientiert, so dass die Quotenvergabe der Mitversicherungsanteile durch die Gemeinschaftsstiftung als Versicherungsnehmerin gesteuert werden kann. Die Quoten werden so dann bei Erneuerung des Grundvertrages jeweils neu ausgehandelt und formell von der Gemeinschaftsstiftung genehmigt.

184. Innerhalb des Versicherer-Pools ist zurzeit die Winterthur Leben die geschäftsführende Gesellschaft. Sie ist namentlich mit der Abwicklung des operativen Versicherungsgeschäftes betreffend der einzelnen verbandlichen Pensionskassen (z.B. Prämieninkasso, Schadenregulierung, Abrechnungen, Statistik etc.) betraut. Als federführende Gesellschaft amtiert hingegen die Swiss Life. Sie ist zuständig für die Vertretung der Versicherer im externen Verhältnis.

3. Wettbewerbsabrede

185. Grundsätzlich sind im Rahmen des Konstruktes "Gemeinschaftsstiftung" zwei kartellrechtlich relevante Abreden denkbar:

(1) Der Grundvertrag beinhaltet eine Zuführungsklausel, welche die Versicherer anhält, die dem SGV angeschlossenen gewerbliche Organisationen der Gemeinschaftsstiftung zuzuführen. Nur falls sich eine gewerbliche Organisation nachweislich nicht dazu bewegen lässt, der Gemeinschaftsstiftung beizutreten, sind die Versicherer - nach schriftlicher Zustimmung der Gemeinschaftsstiftung - berechtigt, die verbandliche Pensionskasse direkt abzuwickeln. Eine ähnlich Klausel besteht bezüglich der Mitgliedfirmen von solchen gewerblichen Organisationen.³³ Diese "Kanalisation" der Nachfrage nach Vorsorgelösungen der einzelnen Vorsorgewerke bzw. Unternehmen des schweizerischen Gewerbes könnte eventuell als eine Abrede

³³ Diese Klausel ist in der Praxis nur für Mitgliedfirmen von gewerblichen Organisationen ohne verbandlichen Kassenzwang von Bedeutung.

bezüglich der Aufteilung von Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zwischen der Gemeinschaftsstiftung und den Versicherern interpretiert werden.

(2) Die zweite mögliche Abrede könnte im Versicherer-Pool erblickt werden, welches im Rahmen der Gemeinschaftsstiftung einheitlich den Kollektivtarif der geschäftsführenden Gesellschaft (Winterthur Leben) als Grundlage für die Prämienbestimmung anwendet. Dies könnte möglicherweise als eine Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eingestuft werden.

186. Im Folgenden wird kurz auf die Frage eingegangen, ob es sich bei den aufgezeigten Sachverhalten um kartellrechtlich relevante Abreden handelt und falls ja, inwiefern diese geeignet wären, um den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen bzw. zu beseitigen.

3.1 Aufteilung von Geschäftspartnern

187. Bezüglich der ersten möglichen Absprache kann festgehalten werden, dass zur Entstehung eines Verbandes der Wille der Mitglieder als Körperschaft zu existieren, vorhanden sein muss. Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass dieser Wille nur vorhanden ist, wenn der Verband im Sinne seiner Mitglieder handelt bzw. deren Interessen vertritt. Sollten sich einzelne Mitglieder durch ihren Verband nicht oder nicht mehr adäquat vertreten fühlen, besteht dann auch immer die Möglichkeit eines Verbandsaustritts. Es scheint von daher wenig wahrscheinlich, dass sich der SGV für eine Versicherungslösung in der beruflichen Vorsorge einsetzt, welche sich wirtschaftlich zu Ungunsten seiner Mitglieder auswirkt. Aus dieser Optik ist es fraglich, ob die Zuführungsklausel im Grundvertrag als eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG eingestuft werden kann.

188. Auch ohne vertieft auf die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes einzugehen, kann des Weiteren der Standpunkt vertreten werden, dass selbst wenn die Zuführungsklausel als eine Abrede bezüglich der Aufteilung von Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG eingestuft würde, diese weder eine Beseitigung noch eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs bewirken würde. Erstens ist es den Versicherern nicht per se verboten mit einzelnen Mitgliederverbänden oder -unternehmen des SGV Versicherungslösungen in der beruflichen Vorsorge ausserhalb der Gemeinschaftsstiftung zu suchen. Im Rahmen des Grundvertrages haben sich die Versicherer nur verpflichtet, gewerbliche Organisationen und Mitgliedfirmen des SGV über das Bestehen, das Angebot und die Vorteile einer Vorsorgelösung innerhalb der Gemeinschaftsstiftung zu orientieren und zum Beitritt derselben zu bewegen. Lässt sich eine gewerbliche Organisation oder Mitgliedfirma des SGV von den Vorteilen der Gemeinschaftsstiftung jedoch nicht überzeugen, steht einer individuellen Versicherungslösung nichts im Wege.

189. Zweitens muss betont werden, dass nicht alle Lebensversicherer Mitglied des Versicherer-Pools der Gemeinschaftsstiftung sind. Obwohl die sieben Mitversicherer im Kollektivlebensgeschäft zusammen

über einen Marktanteil von ca. 80% verfügen, gibt es ungefähr acht weitere Lebensversicherer, welche im Bereich der beruflichen Vorsorge Versicherungslösungen anbieten. Zu nennen sind bspw. die Allianz, die Patria oder die Providentia. Zudem hat das Sekretariat schon in der Vorabklärung "*Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge*"³⁴ festgehalten, dass heute zunehmend auch durch Sammelstiftungen von Banken und Treuhandgesellschaften sowie andere autonome Sammelstiftungen Vorsorgelösungen angeboten werden.³⁵ Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass ein gewisser Aussenwettbewerb besteht.

190. Die Frage, ob die Zuführungsklausel als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG qualifiziert werden muss, lässt sich im Rahmen der Meldung nicht abschliessend beantworten. Aber, selbst wenn diese Frage bejaht würde, ist das Sekretariat der Ansicht, dass für die gewerblichen Organisationen und Mitgliedfirmen des SGV, welche sich nicht im Rahmen der Gemeinschaftsstiftung versichern wollen, genügend Ausweichmöglichkeiten (Innen- und Aussenwettbewerb) im Bereich der beruflichen Vorsorge bestehen.

3.2 Preisabsprache

191. Die Problematik der Kollektivtarife im Bereich der beruflichen Vorsorge hat das Sekretariat ausführlich im Zusammenhang mit der Vorabklärung "*Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge*" behandelt.³⁶ Auch würde es den Rahmen dieses Berichtes bei weitem sprengen, vertieft auf die Kollektivtarife einzugehen. Grundsätzlich kann jedoch festgehalten werden, dass der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) einen gemeinsamen Tarif, aktuell der Kollektivtarif 95 (KT 95) gültig, erarbeitet und herausgibt. Dieser beinhaltet Grundlagenmaterial (Sterbetafeln, technische Zinnsatz etc.) und wird vom Bundesamt für Privatversicherung genehmigt. Basierend auf dem KT 95 erstellen die einzelnen Lebensversicherer ihre eigenen Kollektivtarife, welche wiederum bewilligungspflichtig sind. Aufgrund der gemeinsamen Grundlagen unterscheiden sich diese Tarife natürlich teilweise nur unwesentlich voneinander.

192. Im Falle der Gemeinschaftsstiftung wird zur Prämienbestimmung, wie erwähnt, der Kollektivtarif der Winterthur Leben angewendet. Grundsätzlich scheint es aus organisatorischen Gründen auch Sinn zu machen, dass innerhalb der Gemeinschaftsstiftung nur ein Tarif zur Anwendung kommt. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass die Gemeinschaftsstiftung oder die ihr angeschlossenen verbandlichen Pensionskassen eine andere Lösung bevorzugen würden. Dass der Kollektivtarif der geschäftsführenden Gesellschaft angewendet wird, scheint zudem naheliegend, da sie

³⁴ Vgl. RPW 2004/2, S. 377 ff.

³⁵ Als direkte Konkurrenten werden von der Gemeinschaftsstiftung u.a. die ASGA Pensionskasse, die PKG Pensionskasse, die GEMINI Sammelstiftung, die REVOR Sammelstiftung und die PK Pro genannt.

³⁶ Vgl. Fn. 34.

ja für das operative Versicherungsgeschäft zuständig ist.³⁷ In diesem Sinne ist es fraglich, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG vorliegt. Das Sekretariat tendiert zur Ansicht, dass keine kartellrechtlich problematische Verhaltensweise vorliegt.

193. Heikel könnte aus kartellrechtlicher Sicht eventuell eine Absprache bezüglich Mindestzinssätzen, Ausschüttungsquoten im Bereich der Überschussbeteiligungen etc. zwischen den Mitversicherern sein. Eine solche Absprache existiert jedoch gemäss den vorliegenden Informationen nicht. Vielmehr verwalten die Mitversicherer die ihnen gemäss Quote zustehenden Gelder individuell. Auch ist jeder einzelne Mitversicherer verpflichtet, die Gemeinschaftsstiftung über die erzielten Analageresultate zu informieren, was bei der Neuverhandlung des Grundvertrages natürlich die Quotenvergabe der Gemeinschaftsstiftung beeinflusst. Dieser Mechanismus dürfte geeignet sein, eine Disziplinierung der Mitversicherer zu bewirken, falls eine solche sodann nötig wäre.

194. Die Tatsache, dass sie geschäftsführende Gesellschaft (welche für das operative Versicherungsgeschäft zuständig ist) ihren eigenen Kollektivtarif zur Prämienberechnung anwendet, muss nach Meinung des Sekretariates nicht als eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG gewertet werden.

4. Schlussfolgerungen

195. Im Rahmen des Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinschaftsstiftung für die berufliche Vorsorge im Schweizerischen Gewerbe und verschiedenen Mitversicherern werden zwei Elemente festgelegt, welche möglicherweise in den Bereich des Kartellgesetzes fallen: Einerseits die Zuführungsklausel im Grundvertrag und andererseits die einheitliche Anwendung des Kollektivtarifs der Winterthur Leben zur Prämienberechnung. Beide Sachverhalte würden sich, falls sie dann eine negative Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb haben sollten, zu Ungunsten der dem SGV angeschlossenen verbandlichen Organisationen und Unternehmen auswirken.

196. Es ist anzunehmen, dass der SGV kaum bereit wäre, im Namen seiner Mitglieder einen Vertrag einzugehen, welcher sich für diese nachteilig auswirkt. Dies insbesondere auch deshalb, weil keine direkte Verpflichtung besteht, sich der Gemeinschaftsstiftung anzuschliessen. Auch wenn die verbandlichen Organisationen und Mitgliedfirmen des SGV dazu angehalten werden, sich der Gemeinschaftsstiftung anzuschliessen, besteht für diese immer die Möglichkeit, einer Sammelstiftung ausserhalb der Gemeinschaftsstiftung beizutreten. Das Sekretariat sieht deshalb im Konstrukt "Gemeinschaftsstiftung" keinen kartellrechtlich bedenklichen Sachverhalt.

³⁷ Die Anwendung des Kollektivtarifs der Winterthur Leben bedeutet jedoch nicht, dass alle der Gemeinschaftsstiftung angeschlossenen verbandlichen Organisationen dieselben Prämien zu entrichten hätten. Aufgrund der Tatsache, dass jede verbandliche Pensionskasse ökonomisch als eigene Risikogemeinschaft behandelt wird, ist die Preisbildung vom individuellen Risikoverlauf eines jeden Vorsorgewerkes abhängig.

Anhang V:

Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen - Schlussbericht vom 26. April 2006

1. Sachverhalt

1.1. Überblick über den gemeldeten Sachverhalt

197. Die ibe ist ein unabhängiges Beratungsunternehmen, welches für neun Lebensversicherer jährlich zwei Benchmarking-Analysen durchführt. Diese Benchmarking-Analysen vermitteln den teilnehmenden Versicherern aggregierte Mittel- sowie Benchmarkwerte zu verschiedenen Aspekten ihrer Kostenstrukturen in den Bereichen Kollektiv- und Einzellebensversicherung. Die beiden Benchmarking-Analysen sind in den Jahren 2002 bzw. 2003 zu den Jahren 2001 bzw. 2002 begonnen worden und in jährliche Zyklen unterteilt. Im Bereich Kollektivleben wurden bisher zwei Zyklen (zu den Jahren 2001 und 2002) und im Bereich Einzelleben ein Zyklus (zum Jahr 2002) abgeschlossen. Der Abschluss der Analysen für den Zyklus zum Jahr 2003 war für Frühjahr 2005 vorgesehen.

198. Die beteiligten Unternehmen können jährlich entscheiden, ob sie weiterhin an den Analysen teilnehmen wollen, zudem steht es anderen Versicherern offen, neu an den Analysen teilzunehmen (Prinzip der offenen Tür). Bisher sind die Teilnehmer weitestgehend dieselben geblieben; nur ein Versicherer hat sich neu am Benchmarking zum Jahr 2003 beteiligt.

199. Die Mandatsverträge, welche jährlich abgeschlossen werden, nehmen jeweils auf die vorangehenden Zyklen Bezug. Sie legen fest, dass das Untersuchungsmodell und die Analysemethodik der vorangehenden Durchgänge im Wesentlichen beibehalten werden. Nach der Unterzeichnung der Verträge findet jeweils eine Arbeitssitzung statt, an welcher allfällige Feinkorrekturen am Untersuchungsmodell und an der Analysemethodik besprochen werden. Nach diesen Sitzungen beginnen die teilnehmenden Versicherer, die inzwischen verfügbaren Daten zum jeweils untersuchten Jahr intern zu erheben, um sie ibe, der unabhängigen Organisatorin der Benchmarking-Analysen, zur weiteren Bearbeitung anzuvertrauen. Das Benchmarking besteht darin, dass die Versicherer bestimmte Daten an ibe weiterleiten, welche diese Daten zusammenstellt, analysiert und auswertet und den Versicherern in Form eines jeweils auf das bestimmte Unternehmen individualisierten Berichts zur Verfügung stellt. Anhand dieser Analysen können die teilnehmenden Unternehmen rückblickend einmal jährlich erfahren, wie sich ihre Kostenstruktur im Verhältnis zum Vorjahr und zum Marktumfeld verändert hat und ob allenfalls Handlungsbedarf besteht.

1.2. Inhalt der Benchmarking-Analysen

200. Jeweils nachdem ibe als unabhängige Dritte die Benchmarking-Analysen durchgeführt hat, verfasst sie für jedes einzelne Unternehmen einen individualisierten "Schlussbericht - Gesellschaftsspezifische Benchmarking Analyse". Die Analyseresultate sind insofern anonymisiert, als im jeweiligen Bericht nur der Name der betroffenen Gesellschaft erscheint. I.d.R. werden

die aktuellen Werte der betroffenen Gesellschaft ins Verhältnis gesetzt mit den entsprechenden Vorjahreswerten sowie mit den aktuellen Benchmarks³⁸ sowie den Mittelwerten. Nur in einer einzigen Grafik werden auch die von den anderen Gesellschaften erreichten Werte dargestellt, jedoch ohne Hinweis auf die Identität der jeweils betroffenen Gesellschaften. Da an den Analysen sieben bzw. acht Gesellschaften teilnehmen, ist eine Zuordnung der anonymisierten Zahlen nicht möglich.

201. Im Folgenden wird der Aufbau und der wesentliche Inhalt der Schlussberichte, welche im Wesentlichen alle (d.h. sowohl Kollektiv- wie auch Einzelleben) gleich bzw. analog aufgebaut sind, kurz dargestellt.

202. **Kapitel 1 "Management Summary" bzw. "Überblick der wesentlichen Erkenntnisse"**: In den Kollektivleben-Berichten werden die wichtigsten Resultate der Analyse zusammengefasst, u.a. z.B. auch die Streubreite der Veränderungen der wichtigsten Grössen der Gesellschaften³⁹. Daraus wird z.B. ersichtlich, dass die Mittel- und Benchmarkwerte bezüglich Kosten gegenüber dem Vorjahr abgenommen haben⁴⁰. Sodann folgt eine Auflistung der wichtigsten Resultate für die jeweilige Versicherung: So wird z.B. für die Versicherung X festgestellt, dass die totalen Kosten pro Versicherten um 3,42% zugenommen haben, während der Benchmark um 9,74% abgenommen hat, und dass die Versicherung X ein Verbesserungspotenzial von 29,4% hat⁴¹. In den Einzelleben-Berichten wird die jeweilige Gesellschaft u.a. anhand der Kosten pro Police positioniert.

203. **Kapitel 2 "Einführung"**: In diesem Kapitel werden der Ablauf des aktuellen Zyklus, die Struktur der Ergebnisse sowie Veränderungen in den Erhebungsrichtlinien zum Vorjahr (Kollektivleben) bzw. der Analysebereich (Unterteilung der Daten nach Produktkategorien und Vertriebswegen) dargestellt und Angaben zu Berechnungsmethoden und Nomenklatur gemacht.

204. **Kapitel 3 "Analyse und Empfehlung"**: Im Kollektivleben-Bericht Kapitel 3.1 "Potenziale aus der Analyse der Kostenverteilung" wird der Vergleich auf Ebene Gesamtgesellschaft mit der Untersuchung der theoretisch möglichen Potenziale pro Kostenblock

³⁸ Beim Benchmark handelt es sich um den jeweils besten Wert, der von einer der Gesellschaften in einem Kostenblock erreicht worden ist. Die so dargestellte "Benchmark-Versicherung" existiert nicht als Gesellschaft.

³⁹ D.h. Versicherte, Verträge, Mitarbeiter, totale Kosten periodische Prämien und Deckungskapital.

⁴⁰ Bezüglich Kosten pro Versicherten werden die Veränderung der Streubreite sowie der Mittelwert für die Jahre 2001 und 2002 gegenübergestellt.

⁴¹ Weiter wird aufgezeigt, dass die Versicherung X in den Kostenblöcken Durchführung und Corporate Services Werte aufweist, welche deutlich über dem Wert der Benchmark-Gesellschaft und dem Mittelwert liegen. Schliesslich wird gezeigt, dass die periodischen Prämien pro Versicherten wenig unter dem Mittelwert liegen, währenddessen die Höhe der Einmaleinlagen gegenüber dem Benchmark sehr niedrig sind.

durchgeführt⁴². Die Einschätzung entlang der einzelnen Kostentreiber im Verhältnis zur jeweils besten Gesellschaft erfolgt unter 3.2 "Analyse der Kostentreiberkennziffern"⁴³. Im Kapitel 3.3 "Potenzial aus Best-In-Class Vergleich" wird die Gegenüberstellung der eigenen Gesellschaft zu jener anonymisierten Versicherung vorgenommen, welche in der Kennzahl "Kosten pro Versicherten" insgesamt am besten abschneidet. In Kapitel 3.4 "Streuung der Resultate" wird sodann die Varianz der Kennzahl "Kosten pro Versicherten" analysiert und die Rangierung der betreffenden Gesellschaft gegenüber ihren anonymisierten Mitbewerbern dargestellt. In den Einzelleben-Berichten werden unter 3.1 die "Struktur und Qualität des Portefeuilles"⁴⁴ und im Kapitel 3.2 die Kosten pro Bereich⁴⁵ der Versicherung X im Vergleich zum Benchmark und zum Mittelwert dargestellt und analysiert, in Kapitel 3.3 erfolgt eine Analyse nach Vertriebskanälen⁴⁶. Im Kapitel 3.4 "Analyse nach Produktkategorien" werden die Kosten pro Police und pro Produktkategorie⁴⁷ verglichen.

205. **Kapitel 4 "Detailanalyse"**: Im letzten Kapitel werden Analysen im Bereich von fünf identifizierten Kostentreibern⁴⁸ vorgenommen. Hierbei werden jeweils die Gesellschaftsdaten mit dem Benchmark sowie dem Mittelwert verglichen⁴⁹.

206. In den Anhängen schliesslich finden sich die Erhebungsbogen der jeweils betroffenen Gesellschaft und die Erhebungsrichtlinien.

2. Kartellrechtliche Beurteilung

2.1. Meldung i.S.d. Schlussbestimmung

207. Per Definition beinhaltet ein Benchmarking den Vergleich zwischen verschiedenen Daten. Ist es - wie im vorliegenden Fall - Ziel, die Vergleichbarkeit der Daten über einen bestimmten Zeitraum zu gewährleisten, ist das Benchmarking wiederholt durchzuführen, wobei es i.d.R. Sinn macht, dass der Teilnehmerkreis sowie der Inhalt und die Struktur der Analysen im Wesentlichen konstant bleibt.

208. Nach der Darstellung durch die meldenden Unternehmen ist davon auszugehen, dass es sich beim jährlich durchgeführten Benchmarking bereits nach der ursprünglichen Absicht der beteiligten Unternehmen nicht um einen einmaligen Vorgang, sondern um ein periodisch wiederkehrendes Verfahren handelt, das zwar jährliche (Detail-) Anpassungen erfährt, dessen Grundstruktur jedoch immer dieselbe bleibt.

209. Im vorliegenden Fall hat sich gezeigt, dass das "Benchmarking" seit Jahren regelmässig durchgeführt wird und dass trotz des Prinzips der offenen Tür für neue Versicherer der Teilnehmerkreis über die Jahre hinweg im Wesentlichen gleich geblieben ist (für den Zyklus zum Jahr 2003 hat sich ein Unternehmen neu für die Teilnahme entschieden). Bereits dieser Umstand spricht dafür, dass es sich um eine bestehende (und nicht erst geplante) Wettbewerbsbeschränkung handelt. Die Mandatsverträge werden zwar jährlich formell neu abgeschlossen, ihr Inhalt wird jedoch nicht jeweils neu bestimmt, sondern er basiert auf den vorangehenden Zyklen und erfährt nur Detailanpas-

sungen. Die durchgeführten bzw. durchzuführenden "Benchmarkings" sind als gleichartige Handlungen anzusehen, da sie auf einem einzigen, in der Vergangenheit gefassten und jährlich erneuerten bzw. bestätigten Willensentschluss der beteiligten Unternehmen beruhen und auf dasselbe möglicherweise wettbewerbsrechtlich relevante Verhalten gerichtet sind.

210. Damit ist davon auszugehen, dass es sich beim vorliegend zur Diskussion gestellten, alljährlich durchgeführten "Benchmarking" um eine Art "Rahmenverhältnis" handelt, das die jährlichen Mandate/Zyklen seit 2001/2002 umfasst und in die Zukunft gerichtet ist, weshalb es als einheitlicher Sachverhalt und somit als eine einzige bestehende (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der *Schlussbestimmung* aufzufassen ist.

2.2. Keine Unzulässige Wettbewerbsabrede

211. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten Vereinbarungen als Wettbewerbsabrede, falls sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

212. Als erstes ist demnach die Frage zu beantworten, unter welchen Umständen der Informationsaustausch - insbesondere in der Form von Benchmarking-Analysen - zwischen Unternehmen auf demselben Markt den Wettbewerb beschränken kann. In der

⁴² So wird z.B. festgestellt, dass die IT-Kosten der Versicherung X leicht gestiegen sind, aber mit 14,95% Anteil an den Gesamtkosten immer noch weit unter dem Mittelwert von 19,56% liegen.

⁴³ Für die jeweilige Versicherung werden die Kosten (jeweils pro Versicherten, pro CHF 1'000.- periodische Prämie, pro Mutation) getrennt nach Kostenblöcken (Kategorien: Vertrieb, Durchführung, IT und Corporate Services) und im Verhältnis zum Benchmark aufgezeigt.

⁴⁴ Z.B. Anteil Policen im Bestand und Prämienvolumen, Neuabschlüsse pro Produktkategorie, periodische Prämien von Policen nach Produktkategorien, neues Prämienvolumen pro Neuabschluss und Produktkategorie, durchschnittlich ausbezahlte Renten pro Leistungsempfänger, laufende Leistungsfälle in % des Policenbestandes etc.

⁴⁵ Kategorien: Vertrieb, Operations, Informatik und Corporate Services.

⁴⁶ Kategorien: Aussendienst, Broker/Strukturvertrieb, Banken und Andere.

⁴⁷ Kategorien: Fondsgebundene, Konventionelle & reine Risikoprodukte und Leibrenten.

⁴⁸ Kollektivleben-Kategorien: Effektivität des Vertriebs, Qualität des Portefeuilles, Mitarbeiter, IT-Systeme und IT-Infrastruktur und Overhead-Zuschläge; Einzelleben-Kategorien: Portefeuille, Vertrieb, Operations, Informatik und Corporate Services.

⁴⁹ Exemplarisch sei hier kurz zusammengefasst, was unter dem Kollektivleben-Titel 4.2. "Der Kostentreiber 'Qualität des Portefeuilles'" dargestellt wird: Die Kategorien Standard-, Modular-, Spezialverträge, Verträge mit 1-10 Versicherten, mit 11-20, 21-200 und mehr als 200 Versicherten der betroffenen Versicherung X werden ins Verhältnis gesetzt zum Bestand an Verträgen, an Deckungskapital und an Versicherten (jeweils Differenz zum Vorjahreswert und Vergleich mit Mittelwert). Weitere Grafiken illustrieren die durchschnittlichen Prämien, Einmaleinlagen und das Deckungskapital pro Vertrag und pro Versicherten; weiter die Neuabschlüsse und Vertragsauflösungen im Verhältnis zum Vertrags-/Versichertenbestand, zu den periodischen Prämien und zum Deckungskapital; die Leistungsberechtigten in Prozent des Versichertenbestandes, die Mutationen im Verhältnis zum Versichertenbestand, die Prämiendebitoren und Mahnverfahren im Verhältnis zu den periodischen Prämien und zum Versichertenbestand und schliesslich die durchschnittlich ausbezahlten Leistungen pro Leistungsempfänger (jeweils aktuelle Zahlen der Versicherung X, Differenz zum Vorjahr und Mittelwert).

Literatur ist man sich weit gehend einig, dass ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen je nach Art und Weise, wie dieser ausgestaltet ist, pro- oder antikompetitiv wirken kann⁵⁰. Einerseits kann aufgrund von Benchmarking-Analysen grundsätzlich die Performance von Unternehmen in verschiedenen Bereichen (z.B. Kosten, Effizienz etc.) verglichen werden, was dem einzelnen Unternehmen wichtige Anreize geben kann, seine Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern. Andererseits führen Benchmarking-Analysen naturgemäss zu einer Erhöhung der Transparenz auf dem Markt, was die gegenseitige Abstimmung von unzulässigen Verhaltensweisen erleichtern kann.

213. Ob aufgrund von Benchmarking-Analysen anti-kompetitive Auswirkungen zu befürchten sind, hängt vor allem von der Art und Qualität der ausgetauschten Daten sowie der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes ab. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit kommt den folgenden Elementen eine entscheidende Rolle zu⁵¹:

- **Inhalt der ausgetauschten Informationen:** Der Austausch von vertraulichen, firmenspezifischen Informationen - wie z.B. Verkaufspreisen, Mengen oder Geschäftsstrategien - ist als äusserst problematisch einzustufen. Hingegen muss im Falle des Austausches von weniger sensiblen Informationen - wie bspw. Marktanteilen, Lagerbeständen, Kapazitätsauslastung etc. - sicher eine fallspezifische Beurteilung erfolgen.
- **Aggregationsniveau:** Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten dementsprechend anzupassen. Der Austausch von aggregierten Daten ist jedoch i.d.R. als weniger problematisch zu bezeichnen.
- **Aktualität der Informationen:** Aufgrund des Austausches von historischen Daten ist kaum mit kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen zu rechnen. Vorsicht ist hingegen beim Austausch von aktuellen Daten und Prognosen geboten.
- **Frequenz des Informationsaustausches:** Je öfters Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Geschäftsstrategien angepasst bzw. angeglichen werden.
- **Homogenität der Produkte/Dienstleistungen:** Falls die Produkte auf dem Markt homogen sind, können Wettbewerbsparameter wie z.B. der Preis einfacher koordiniert werden als in Märkten mit differenzierten Produkten.
- **Marktkonzentration:** Je konzentrierter ein Markt, desto grösser ist i.d.R. die Gefahr einer Verhaltensabstimmung. Der Austausch von Informationen kann in einer solchen Situation die Überwachung von expliziten oder impliziten Abreden erleichtern.

214. Aus dem oben Gesagten kann geschlossen werden, dass es keine abschliessende Liste von Kriterien gibt, anhand derer eindeutig beurteilt werden könnte, ob der Austausch von Informationen zwischen Unternehmen zu kartellrechtlichen Problemen führt

oder aus wettbewerbstheoretischer Sicht sogar zu begrüssen ist. Es bedarf einer fallspezifischen Beurteilung.

215. Im Zusammenhang mit den Benchmarking-Analysen der ibe muss als erstes festgehalten werden, dass es sich bezüglich **Inhalt der ausgetauschten Informationen** um ein reines **Kosten-Benchmarking** handelt. Ziel der Analyse ist es, den teilnehmenden Unternehmen zu vermitteln, ob sich ihre internen Kostenstrukturen im Verhältnis zu anderen im Markt tätigen Unternehmen und zu den Vorjahren verbessert oder verschlechtert haben, und die entsprechenden Kostentreiber bzw. Optimierungspotenziale aufzuzeigen. Zu diesem Zweck werden den Unternehmen jeweils (1.) ihre eigenen Werte, (2.) der Benchmark und (3.) der Mittelwert einer Auswertung kommuniziert. Da solche Kosteninformationen keine Rückschlüsse bezüglich individueller Geschäftsstrategien oder Parameter der Nachfrage nach Einzel- oder Kollektivlebensversicherungen (im Speziellen Brutto-/Nettoprämien, Anzahl und Art der Policen etc.) erlauben, ist das Sekretariat der Ansicht, dass im vorliegenden Fall keine Daten ausgetauscht werden, die als sehr sensibel bezeichnet werden müssten. Dies gilt zumindest, solange diese Daten in geeigneter Art und Weise ausgetauscht werden.

216. Des Weiteren sind die ausgetauschten Daten im vorliegenden Fall auch **genügend aggregiert**, so dass sie keine unternehmensspezifischen Rückschlüsse erlauben. So kann bei der Anzahl von jeweils acht Teilnehmern pro Benchmarking-Analyse davon ausgegangen werden, dass die ausgetauschten Mittelwerte keine Aussagen bezüglich einzelner Unternehmen erlauben. Auch die Benchmarkwerte scheinen unproblematisch, da diese - je nach behandelte Fragestellung - von einer anderen Versicherungsgesellschaft gestellt werden. Oftmals werden die verschiedenen Kostenblöcke auch nur in Prozenten verglichen, was relative, aber keine absoluten Vergleiche zulässt.

217. Auch bezüglich der anderen in Rz. 213 erwähnten Kriterien sieht das Sekretariat aus kartellrechtlicher Sicht keine Probleme: Bezüglich **Aktualität der ausgetauschten Informationen** ist festzuhalten, dass sich die Berichte immer auf zurückliegende Geschäfts-

⁵⁰ Vgl. z.B. JOHAN CARLE/MATS JOHNSON, Benchmarking and E.C. Competition Law, 1998, E.C.L.R., Issue 2, S. 74 ff.; LOUISE BOULTER/TONY BENDELL, Competition Risks in Benchmarking, 1999, E.C.L.R., Issue 8, S. 434 ff. sowie allgemeiner zu "information agreements" RICHARD WHISH, Competition law, London, 5. Aufl., 2003, S. 486 ff.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen auch CARLE/JOHNSON, BOULTER/BENDELL und WHISH, alle zit. in Fn. 50.

jahre eziehen⁵²; die *Frequenz des Informationsaustauschs* ist tief, sie beträgt nur eine Analyse pro Jahr; die Homogenität der Produkte ist zu verneinen, da insbesondere Lebensversicherungen als sehr differenzierte Produkte bezeichnet werden müssen, und die *Marktkonzentration* ist nicht hoch, denn es finden sich 24 bzw. 19 Versicherer im Einzel- bzw. Kollektivgeschäft.

218. Die konkrete Ausgestaltung der vorliegenden Benchmarking-Analysen verstärkt die Beurteilung, wonach diese Analysen unbedenklich sind:

1. Sowohl die Datenerhebung als auch die Auswertung wird von einem von den Teilnehmern unabhängigen Dritten (ibe), der selber nicht Marktteilnehmer ist, durchgeführt.
2. Pro Analyse nehmen gegenwärtig jeweils acht verschiedene Versicherungen teil.
3. Die Teilnehmer geben ihre Daten ausschliesslich der unabhängigen ibe heraus, nicht jedoch an andere Teilnehmer. ibe gewährleistet, dass kein Teilnehmer Einsicht in die Daten und Ergebnisse einer anderen Gesellschaft erhält.
4. Die Teilnehmer wissen zwar, welche Gesellschaften an den Analysen teilnehmen. Sie erhalten von der ibe jedoch nur die Auswertung ihrer eigenen Daten sowie anonymisierte Resultate (Durchschnittszahlen, anonymisierte beste/schlechteste Werte, anonymisierte einzelne Werte), so dass die einzelnen Teilnehmer keinerlei konkrete Zuordnung von Resultaten/Daten auf andere Teilnehmer vornehmen können.
5. Die individuellen (nicht aber die aggregierten) Ergebnisse der Analysen werden nur bilateral zwischen der ibe und dem jeweiligen Teilnehmer besprochen.
6. Erhebungsmethode, Analysemethodik, Struktur, Repräsentativität etc. werden unter den Teilnehmern besprochen und festgelegt, ohne dass dabei Unternehmensdaten ausgetauscht werden.

7. Die Sitzungen der Teilnehmer werden protokolliert.
8. Es gilt das Prinzip der offenen Türe: Jedem inländischen und ausländischen aktuellen oder potenziellen Marktteilnehmer steht die Teilnahme unter Kostenbeteiligung offen.
9. Die Ergebnisse der Benchmarking-Analysen werden (ohne gesellschaftsspezifische Daten einzelner Teilnehmer) aktuellen oder potenziellen Marktteilnehmern, welche nicht an den Analysen teilgenommen haben, zu nicht diskriminierenden Konditionen zur Verfügung gestellt.
10. Die Weitergabe von gesellschaftsspezifischen Ergebnissen der Analysen an aktuelle und potenzielle Marktteilnehmer ausserhalb des Konzerns ist nicht erlaubt.

219. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Absatzmarkt für Einzel- oder Kollektivlebensversicherungen aufgrund der zur Beurteilung stehenden Benchmarking-Analysen der ibe als vernachlässigbar bezeichnet werden kann. Vielmehr kann sogar davon ausgegangen werden, dass die Benchmarking-Analysen ein durchaus geeignetes Instrument sind, die Verwaltungskosten der Versicherer zu senken, was sich - zumindest über eine längere Zeitspanne - zu Gunsten der Versicherungsnehmer auswirken dürfte. Das Sekretariat ist deshalb der Ansicht, dass die Benchmarking-Analysen der ibe in der Form, wie sie zurzeit betrieben werden und den Wettbewerbsbehörden zur Beurteilung vorgelegt wurden, nicht als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

3. Ergebnis

220. Unseres Erachtens bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Benchmarking-Analysen der meldenden Unternehmen kartellrechtlich problematisch sind. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission schlägt vor, auf die Eröffnung eines Verfahrens zu verzichten.

⁵² Die Resultate der Analysen werden den teilnehmenden Unternehmen einmal jährlich ab August mitgeteilt. Die in den Berichten untersuchten und enthaltenen Daten beziehen sich jeweils auf Sachverhalten des Vorjahres und sind im Zeitpunkt der Kommunikation an die Unternehmen somit mindestens acht Monate alt (sog. "historische Informationen").

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	---

SCHWEIZ

BÖNI FRANZ, "Wettbewerb in teilliberalisierten Märkten mit Service public-Funktion", Jusletter, 12. März 2007

DUCREY PATRIK, TAGMANN CHRISTOPH, "Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU", ZBJV, Band 143, 2007, S. 69 ff.

HELLWIG MARTIN, "Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik", Bonn 2006

SCHALLER OLIVIER, BANGERTER SIMON, "Réflexions sur le déroulement des perquisitions cartellaires", sic! 2/2007, p. 152 ss

AUSLAND

HILDEBAND D., "Using Conjoint Analysis for Market Definition: Application of Modern Market Research Tools to Implement the Hypothetical Monopolist Test", World Competition 29 (2), p. 315 et seq., 2006.

SAPPINGTON D.E.M., "Regulation in Vertically-Related Industries: Myths, Facts, and Policy", Review of Industrial Organization, 28, p. 3 et seq., 2006.

LEVENSTEIN M.C., SUSLOW V. Y., "What Determines Cartel Success?", Journal of Economic Literature, Vol. XLIV, p. 43 et seq., March 2006.

RÖLLER L.-H., STEEN F., "On the Workings of a Cartel: Evidence from the Norwegian Cement Industry", American Economic Review, Vol. 96, No.1, p. 321 et seq., March 2006.

ABRANTES-METZ R. M., FROEB L. M., GEWEKE J., TAYLOR C. T., "A variance screen for collusion", International Journal of Industrial Organization, 24, p. 467 et seq., 2006.

COOPER J.C., FROEB L. M., O'BRIEN D., VITA M.G., "Vertical antitrust policy as a problem of inference", International Journal of Industrial Organization, 23, p. 639 et seq., 2005.

SPECIAL ISSUE: The Economics of Cartels, Cartel Policy and Collusion, International Journal of Industrial Organization, Vol. 24, issue 6, November 2006.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCSI Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTIC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N**

O Ordonnance
O Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCDE

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	StR	Ständerat
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	<i>T</i>	
OGer	Obergericht	TA	Tribunal administratif
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TApp	Tribunale d'Appello
OMC	Organisation mondiale du commerce	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OR	Obligationenrecht	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
P		U	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF fédérale	Loi fédérale sur la procédure civile	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
Q		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
R		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	W	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	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	Zivilprozessordnung
		ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
S			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)		
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 132
- abgestimmte Verhaltensweise 15, 131 f., 137, 154
- Abrede 7 f., 73, 119 ff., 125 f., 130 ff., 144, 147 ff., 154 ff., 162 f.
- Acquiring 3, 19, 35, 50, 71 f., 73, 76
- Anhörung 13, 129, 133
- Apotheker/innen 5, 14
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 3 ff., 75, 163, 166
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 2 ff., 13, 72
- Domestic Interchange Fee 73
- E**
- Effizienzgründe 16, 123, 133 f., 137 f., 140, 144, 150, 155
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 3, 11, 13, 72 f., 76 f., 129, 132
- Erheblichkeit 149, 154 f.
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 3, 19, 35, 50, 71 ff., 76 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau -
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 6, 87 f.
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 4
- Kreditkarten 2 f., 12, 71 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 71, 73
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) 121 ff.
- marktbeherrschende Stellung 3, 6 f., 13, 64, 67 f., 71, 73, 77, 79, 82, 88, 91, 94, 97, 99, 102 f., 106, 109, 111, 115 ff.
- Marktgegenseite 88 ff., 99, 103, 105, 112, 114
- Marktorganisation 119
- Marktstruktur 102, 108
- Marktzutrittsschranken 109, 111
- Meldepflicht 9, 88, 99, 102
- Missbrauch 9, 12 ff., 73, 76 f., 115
- N**
- Netzwerk 3
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel 3, 13, 76
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 97, 121
- Preisabrede (keine) 5, 13 f., 119, 131 f.
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung 120
- R**
- Rabatte 76, 131, 146
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 1 f., 6, 10 f., 68, 75, 77, 141
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 6, 16, 145, 163
- Tarifvertrag -
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -

<i>U</i>	vorbehaltene Vorschriften 65, 67, 69 f., 75, 88, 98, 119, 146, 153
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 2 ff., 10, 12 ff., 64 ff., 74, 77 ff., 81, 101, 119 ff., 124 f., 127, 129, 132 f., 147, 165	vorgezogene Recyclinggebühren -
unzulässige Wettbewerbsabrede 4, 7, 121, 123, 129 f., 133, 163 f., 166	<i>W</i>
	Wettbewerb um den Markt -
<i>V</i>	<i>X</i>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	<i>Y</i>
Veröffentlichung 139	<i>Z</i>
Verschulden -	Zahlungsmittel 2, 10, 13, 72 f., 76
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
