

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

**2008/1**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.08/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://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](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2008/1

**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 2008

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 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	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

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

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

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b> <b>Rapports d'activité</b> <b>Rapporti d'attività</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2007 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2007 de la Commission de la concurrence	14
	3. Rapporto annuale 2007 della Commissione della concorrenza	26
	4. Annual Report 2007 of the Competition Commission	38
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Pavimentazioni stradali in Ticino	50
	2. Strassenbeläge Tessin	85
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Norddeutsche Affinerie AG/Cumerio NV/SA	113
	2. Opération de concentration d'entreprises entre Société générale SA et Calyon SA	114
	3. Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG	117
	4. RE Comm SA/Services Industriels de Lausanne	120
	5. Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC	124
	6. Migros/Denner	129
<b>E</b>	<b>Diverses</b> <b>Divers</b> <b>Diversi</b>	
E 1	1. Bericht: KMU-Bekanntmachung und Bekanntmachung über Kalkultionshilfen: Überprüfung der Auswirkungen und allfälliger Anpassungsbedarf	213
E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri	
	1. Zusatzdienste für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung ("Supplementary Services for Preselection")	216
	2. TCD Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang	222
	3. Transitdienste im Bereich "Transit to (...) Access Services"	234
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	238
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	240

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività

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

A.1	1. Jahresbericht 2007 der Wettbewerbskommission
-----	-------------------------------------------------

### Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2007 war geprägt von verschiedenen wichtigen Entscheidungen, welche die Anwendung des schweizerischen Kartellrechts weiter konkretisiert haben. Erstens hat das neue Bundesverwaltungsgericht (BVGer) die Beschwerde der Flughafen Zürich AG gegen den Sanktionsentscheid der Weko wegen einer Verletzung von vorsorglichen Massnahmen abgewiesen. Das BVGer hat in seinem Entscheid bestätigt, dass die Weko zur Durchsetzung von vorsorglichen Massnahmen auf das Instrument der Sanktionen zurückgreifen kann und dass die Sanktionsbemessung, gestützt auf die Sanktionsverordnung zum Kartellgesetz, im konkreten Fall angemessen war. Die Weko wird sich bei weiteren Sanktionen auf die Ausführungen des BVGer stützen können.

Zweitens hat die Weko in Anwendung von Art. 49a KG die ersten direkten Sanktionen ausgesprochen. Sie büsste Swisscom Mobile wegen ihrer überhöhten Terminierungsgebühren mit rund 333 Millionen Franken und Publigroupe wegen Behinderung von Konkurrenten bei der Vermittlung von Werbung in Printmedien mit 2.5 Millionen Franken. Beide Entscheide sind mit Beschwerde beim BVGer angefochten worden.

Drittens hat die Weko im Tessin ein ausgeklügeltes Kartell bei der Vergabe von Asphaltierungsarbeiten aufgedeckt und untersagt. Dieses Submissionskartell schädigte sowohl den Kanton Tessin und verschiedene Gemeinden als auch private Bauherren als Auftraggeber. Die Preise für die entsprechenden Arbeiten sind nach der Auflösung des Kartells um mehr als 30 Prozent gesunken. Das Submissionskartell entging einer direkten Sanktionierung nur, weil die beteiligten Unternehmen ihre Mitwirkung am Kartell innerhalb der Übergangsfrist nach der letzten Revision des Kartellgesetzes aufgegeben hatten.

Submissionskartelle werden einer der künftigen Schwerpunkte der Wettbewerbsbehörden sein. Sie werden mit gezielter Aufklärung und mit Entscheiden – wo nötig – zu verstehen geben, dass Submissionskartelle definitiv keine Kavaliersdelikte mehr sind, sondern die Wirtschaft und den Staat erheblich schädigen. Mit dieser Vorgehensweise, die auf mittel- bis langfristige Wirkungen ausgelegt ist, will die Weko an ihre Erfolge anknüpfen, die sie mit ihren Massnahmen beispielsweise im Automobilbereich (das Preisniveau in der Schweiz hat sich stark demjenigen der umliegenden Ländern angenä-

hert), in der Telekommunikation (die Mobilfunkpreise sind seit Mitte 2005 um rund 15 Prozent gefallen) und bei den Kreditkarten (es gibt heute verschiedene Gratiskreditkarten und die Händlergebühren sind seit der Intervention der Weko gesunken) erreicht haben.

Prof. Walter A. Stoffel  
Präsident der Wettbewerbskommission



## I Einleitung

Erste hohe direkte Sanktionen sowie Entscheidungen mit einem möglichen Einfluss auf den Alltag der Konsumenten kennzeichneten das Jahr 2007. Auf der Grundlage des revidierten Kartellgesetzes hat die Wettbewerbskommission (Weko) in zwei Fällen Bussgelder von mehreren Millionen Franken verhängt (vgl. nachfolgend II 2 a und b). Weiter hat die Weko über grosse Zusammenschlüsse im Bereich des Detailhandels entschieden (vgl. nachfolgend II 3 a). An diesen Zusammenschlüssen waren die zwei grössten Unternehmen des schweizerischen Detailhandels, Migros und Coop, beteiligt.

Die Härte der ausgesprochenen Strafen hatte offensichtlich einen Präventiveffekt auf die Unternehmen. Mehrere von ihnen haben dieses Jahr von der Bonusregelung Gebrauch gemacht, welche mit der Gesetzesrevision in Kraft trat (vgl. nachfolgend II 2 d und II 3 b). Die entsprechende Bestimmung ermöglicht einem an einem Kartell oder einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen, am Ende einer Untersuchung ganz oder teilweise einer Sanktion dadurch zu entgehen, dass es der Weko Meldung über die unzulässigen Verhaltensweisen erstattet.

In mehreren Fällen haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund präziser Hinweise auf unerlaubte Wettbewerbsbeschränkungen Hausdurchsuchungen durchgeführt. Bei den beteiligten Unternehmen konnten Beweismittel gesichert werden, welche die gemeldeten Vorgehensweisen stützen. Die Hausdurchsuchungen wurden teilweise aufgrund ihrer internationalen Komponente in Zusammenarbeit mit anderen ausländischen Wettbewerbsbehörden durchgeführt (vgl. nachstehend II 5).

Ausserdem haben die Weko und das Sekretariat ihren Kampf gegen unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sowie gegen Horizontal- und Vertikalabreden in verschiedenen Branchen weiter verstärkt.

Im Bankensektor wurden die Verfahren im Zusammenhang mit den Zahlungsmitteln fortgesetzt. Eine Vorabklärung betreffend Konsumkredite, deren Zinsen in der Schweiz deutlich höher sind als im Ausland, konnte abgeschlossen werden. Die Wettbewerbsbehörden werden den betreffenden Markt auch weiterhin im Hinblick auf künftige Entwicklungen überwachen (vgl. nachstehend II 1 a).

Im Bereich Gesundheitswesen konzentrierten sich die Wettbewerbsbehörden auf die laufenden Untersuchungen, über die bald ein Entscheid gefällt werden soll. Zudem beteiligten sie sich aktiv an den Arbeiten für die Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (vgl. nachfolgend II 2 b).

Die Weko hat des Weiteren ihre Praxis betreffend Preisempfehlungen durch Berufsverbände, insbesondere im Bereich freiberufliche Tätigkeiten, präzisiert. Empfehlungen dieser Art stellen oftmals unzulässige Abreden über die Festsetzung von Preisen dar. Die Wettbewerbsbehörden schlagen infolgedessen Alternativen vor, welche den Betroffenen als Hilfestellung angeboten werden, um eine Preisfestsetzung ohne Wettbewerbsverfälschung zu erreichen (vgl. nachfolgend II 1 c).

Auf dem Gebiet Infrastruktur hat sich die Weko erneut näher mit den Märkten Telekommunikation und Medien befasst. In zwei wichtigen Entscheiden gegen Swisscom Mobile AG und Publigroupe hat die Weko zweimal hohe Sanktionen auferlegt (vgl. nachfolgend II 2 a und b).

Sie hat im Rahmen der Agrarpolitik 2011 die Deregulierung weiter begleitet und dazu beigetragen, wettbewerbsverzerrende staatliche Regulierungen zu verhindern. Entsprechende Bemühungen führen jedoch nicht immer und nicht sofort zum gewünschten Erfolg: Die Landwirtschaft bleibt auch weiterhin stark reguliert (vgl. nachfolgend II c).

Auf den Gebieten der Industrie und der Produktemärkte wurden seitens der Weko drei grosse Fusionen im Detailhandel geprüft: Der Kauf von Denner durch Migros, derjenige von Fust durch Coop und schliesslich der Kauf von Carrefour durch Coop (vgl. nachfolgend II 3 a).

Gleichzeitig konnten verschiedene Verfahren im Bereich Baumärkte abgeschlossen werden. (vgl. nachfolgend II 3 b) Zudem hat die Weko wichtige Tätigkeiten auf dem Gebiet der Vertikalabreden ebenso wie im Automobilsektor wahrgenommen (vgl. nachfolgend II 3 c).

In Bezug auf das Binnenmarktgesetz (BGBM) konnte die Weko im Jahr 2007 erstmals Beschwerden erheben, um die einheitliche Anwendung des Binnenmarktrechts durch die Kantone zu gewährleisten. Mit dem gleichen Ziel hat die Weko zahlreiche Beratungsleistungen sowohl für Privatpersonen als auch für die Kantone erbracht und die Neuerungen des Gesetzes durch Informationsanstrengungen der Öffentlichkeit besser zugänglich gemacht (vgl. nachfolgend II 4).

Auf Ende der Amtsperiode 2003-2007 traten vier Mitglieder der Weko zurück, die zwölf Jahre im Dienste des schweizerischen Wettbewerbsrechts tätig gewesen waren. Durch ihr Engagement haben Roger Zäch und Yves Flückiger, Vize-Präsidenten, ebenso wie Marino Baldi und Klaus Hug viel zur neuen Ausrichtung der schweizerischen Wettbewerbspolitik beigetragen. Der Bundesrat hat in der Folge die Anzahl der Mitglieder der Weko reduziert und nur ein neues Mitglied, Andreas Kellerhals, Professor an der Universität Zürich, gewählt. Vincent Martenet, Professor an der Universität Lausanne, wurde seinerseits zum Vize-Präsidenten ernannt (vgl. nachfolgend III 1).

Schliesslich liefert der Jahresbericht eine Statistik über die im Jahre 2007 bearbeiteten Geschäfte (vgl. nachfolgend III 3).

## II Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

### 1. Dienstleistungen

Die Schwerpunkte im Dienstleistungsbereich lagen dieses Jahr wiederum bei den Finanzdienstleistungen und dem öffentlichen Gesundheitswesen.

Im Finanzdienstleistungsbereich hatte die Weko zum ersten Mal Gelegenheit, ein vertikales Zusammenschlussvorhaben vertieft zu prüfen (SWX, SIS, Telekurs). Sie genehmigte das Vorhaben im Rahmen der vorläufigen Prüfung unter Auflagen.

Sodann hatte die Weko im Rahmen verschiedener Dossiers auch zahlreiche Verfahrensfragen zu klären. Na-

mentlich äusserte sie sich zur Tragweite und den Auswirkungen einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, nach welcher ein Unternehmen ein möglicherweise kartellwidriges Verhalten anmelden kann, bevor dieses eine Wirkung entfaltet. Weiter hat sie sich zu den Auswirkungen des Ausstandes eines Direktionsmitgliedes auf bereits erfolgte Untersuchungshandlungen in einem hängigen Verfahren geäussert.

#### a. Finanzdienstleistungen

Im Sektor "Banken" hat die Weko im Februar 2007 eine Untersuchung gegen **Telekurs** wegen Wettbewerbsbehinderungen auf dem Markt für Zahlterminals eröffnet. Telekurs Multipay und Telekurs Card Solutions haben anderen Terminalherstellern den Zugang zur Funktion **Dynamic Currency Conversion (DCC)** verweigert. Das System DCC erlaubt die Umrechnung des Rechnungsbetrags in eine andere Landeswährung bereits während einer Transaktion per Kredit- oder Debitkarten. Dieser Betrag erscheint direkt auf dem Zahlterminal und ermöglicht es dem ausländischen Kunden, direkt beim Terminal zu entscheiden, ob er seine Zahlungen in Schweizer Franken oder in seiner Landeswährung erledigen will. Im letzteren Fall kennt der Karteninhaber sowohl den Umrechnungskurs als auch den Endbetrag, der seinem Konto belastet wird. Die Händler, die einen Vertrag mit Telekurs Multipay abgeschlossen hatten, konnten die Funktion DCC nur anbieten, sofern sie über ein Terminal der Tochtergesellschaft Telekurs Card Solutions verfügten. Telekurs verweigerte die Bekanntgabe von Informationen (Schnittstellen), welche es den anderen Terminalherstellern erlaubt hätte, ihren Kunden dieselbe Dienstleistung anzubieten. Da Telekurs Multipay für die Dauer des Verfahrens eine Änderung ihres Verhaltens, nämlich den Zugang zu DCC zugesichert hatte, konnte auf die in Betracht gezogenen vorsorglichen Massnahmen seitens der Weko verzichtet werden. Die Untersuchung wurde dennoch fortgesetzt um zu prüfen, ob seitens Telekurs ein Verstoß gegen das Kartellgesetz vorliege.

Während der Untersuchung erklärte der mit dem Fall betraute Vizedirektor den Ausstand, um jegliche Missverständnisse in Bezug auf einen allfälligen Anschein der Befangenheit auszuschliessen, die aufgrund einer Unterredung mit Telekurs in einer anderen Angelegenheit hätten entstehen können. Telekurs verlangte in der Folge die Wiederholung sämtlicher Untersuchungshandlungen. Mittels Zwischenverfügung vom 5. November 2007 lehnte die Weko die Wiederholung der Untersuchungshandlungen mit der Begründung ab, dass die Ausstandsgründe erst nach deren Vornahme entstanden seien (RPW 2007/4, 649 ff.).

Im Fall der Herausgeber von **Maestro-Debitkarten**, welche für dieses Zahlungssystem ebenfalls ein gemeinsam vereinbartes Interbankenentgelt (Domestic Multilateral Interchange Fee) einführen wollten, wie dies für die beiden Kreditkartensysteme Visa und MasterCard bereits angewendet wird, hatte die Weko auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet. Dem Entscheid vorausgegangen war eine Meldung des geplanten Vorhabens nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG durch die Kartenherausgeber. Begründet wurde der Verzicht mit dem

Hinweis auf den Projektcharakter und der dadurch fehlenden Wirkung auf die Märkte.

Im Anschluss daran haben die Parteien beantragt, dass die Weko eine Untersuchung eröffnet und sich mittels Feststellungsverfügung über die Zulässigkeit der Einführung eines Interbankenentgelts für Maestro-Debitkarten ausspricht. Mit Entscheid vom 7. Mai 2007 beschloss die Weko, auf das Begehren nicht einzutreten (RPW 2007/3, 478 ff.):

- Zum einen vertritt die Weko in Einklang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung die Ansicht, dass kein Anspruch auf Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens besteht. Vielmehr kann sie nach freiem Ermessen entscheiden, ob genügend Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen oder nicht. Da es sich im vorliegenden Fall lediglich um ein Projekt handelte, welches mangels Umsetzung noch keine Wirkungen im Markt entfaltete, fehlte es an den für die Eröffnung einer Untersuchung notwendigen Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbeschränkung.

- Zum anderen verschafft weder das Verwaltungsverfahrensgesetz noch Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG den Parteien einen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung durch die Weko. Gemäss den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes kann eine Feststellungsverfügung lediglich bei Vorliegen eines hinreichend bestimmten Sachverhaltes getroffen werden, was in casu nicht der Fall war. Zudem kann die Frage der Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens im Sinne des Kartellgesetzes lediglich im Rahmen der vom Kartellgesetz abschliessend zur Verfügung gestellten Verfahren (Vorabklärung, Untersuchung) geklärt werden. Diese kann nicht zum Gegenstand eines separaten Feststellungsverfahrens gemacht werden.

- Letztlich fehlte den Parteien das unmittelbare Interesse an der Feststellung der Zulässigkeit respektive Unzulässigkeit deren Projektes. Tatsächlich war das Sekretariat nämlich im Vorabklärungsverfahren zum Schluss gekommen, dass die Vereinbarung eines Interbankenentgelts eine Wettbewerbsabrede darstelle, welche möglicherweise unzulässig sei. Demgegenüber vermag das konkrete Sanktionsrisiko, welches die Parteien bei Eröffnung einer Untersuchung infolge der Einführung des Interbankenentgelts zu gewärtigen hätten, kein genügendes Interesse für eine Feststellungsverfügung zu begründen. So hat die Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gerade nicht den Zweck, die Frage der Zulässigkeit respektive Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens abschliessend zu klären. Ihr Zweck besteht vielmehr in der Zuordnung einer bestimmten Rechtsfolge, nämlich das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos für den Fall der Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 26 ff. KG innerhalb von fünf Monaten ab dem Zeitpunkt der Meldung. Aus Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG kann deshalb nicht abgeleitet werden, die Wettbewerbsbehörden hätten im Rahmen eines Feststellungsverfahrens einen bestimmten

Sachverhalt abschliessend zu beurteilen. Ein meldendes Unternehmen behält auch unter dieser Bestimmung seine vollständige Eigenverantwortung, welches Verhalten es künftig ausüben will.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist derzeit vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig.

Die Weko hat das Zusammenschlussvorhaben zwischen **SWX, SIS und Telekurs** untersucht. Dabei standen vertikale Wettbewerbsaspekte im Vordergrund. Die vorläufige Prüfung durch die Weko ergab Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss der drei Gemeinschaftsunternehmen der Schweizer Banken neue Möglichkeiten zur Marktabschottung und Diskriminierung von potenziellen Wettbewerbern schafft. Dies könnte die bisherige Marktstellung der Gemeinschaftsunternehmen verstärken. Aus diesem Grund hat die Weko Auflagen angeordnet, welche die SWX und SIS verpflichten, ihre Infrastruktur auch anderen Anbietern zur Verfügung zu stellen. Eine Öffnung der nationalen Finanzmarktinfrastuktur soll durch die folgenden Prinzipien garantiert werden:

- Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zuganges und der Interoperabilität zwischen Wettbewerbern;
- Wahlfreiheit der Banken und Händler im Rahmen der Börsenabwicklung;
- Herstellung von Preistransparenz und Entbündelung von Produkten und Dienstleistungen.

Die Auflagen garantieren weiterhin eine offene Architektur der Finanzmarktinfrastuktur sowie den freien Zugang zum Börsenhandel und zur Abwicklung von Börsentransaktionen. Allfällige aufsichtsrechtliche Problemstellungen werden hingegen durch die Eidgenössische Bankkommission EBK geprüft (RPW 2004/4, 557 ff.).

Gegen Ende des Jahres hat die Fusionstätigkeit im Finanzdienstleistungsbereich stark zugenommen. In diesem Zusammenhang hat die Wettbewerbsbehörde diverse Zusammenschlüsse untersucht. Es wurde der Verkauf der IT-Plattform **Unicible** an **IBM**, sowie die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens (**Entris**) zwischen der Berner Kantonalbank (BEKB) und der RBA-Holding AG gutgeheissen. Das Sekretariat hatte sich auch über Konzentrationsvorhaben im Zusammenhang mit öffentlichen Übernahmeangeboten zu äussern, wie dies beim Kauf der **Bank ABN Amro** der Fall war, an welcher die Barclays Bank und ein Konsortium bestehend aus der Royal Bank of Scotland, der Fortis und der Banco de Santander interessiert waren.

Sodann haben sich die Weko und ihr Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung auch mit dem Markt für Konsumkredite beschäftigt (RPW 2007/3, 364 ff.). Gegenstand des Verfahrens waren die Wettbewerbsverhältnisse unter den Konsumkreditanbietern in der Schweiz sowie die Auskunftstätigkeit der beiden Kreditdatenbanken ZEK und IKO. Das Sekretariat hat dabei festgestellt, dass der durchschnittliche Zinssatz für Konsumkredite in der Schweiz in den letzten Jahren gesunken ist. Gleichzeitig hat der Branchenleader Marktanteile verloren und die Markteintritte zweier neuer Unternehmen führten zu einer gewissen Belebung des Marktes.

Auch im Bereich der Kreditdatenbanken konnten keine offensichtlichen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsverzerrung vorgefunden werden. Vielmehr vertraten die Wettbewerbsbehörden die Ansicht, dass solche Kreditdatenbanken sogar wettbewerbsfördernd wirkten, wenn neue Anbieter einfach und diskriminierungsfrei Zugang und damit gleich lange Spiesse im Konsumkreditgeschäft erhielten wie ihre Konkurrenten. Aus diesem Grund verzichtete die Weko auf die Eröffnung einer Untersuchung. Weil die Zinsen für Konsumkredite in der Schweiz aber eher höher sind als im Ausland, wurde das Sekretariat beauftragt, den Markt für Konsumkredite weiterhin zu beobachten. Überdies behielt sich die Weko die Eröffnung einer Untersuchung vor, sollte sich der festgestellte Trend zu mehr Wettbewerb nicht fortsetzen oder neuen Anbietern der Marktzutritt erschwert oder gar verunmöglicht werden. In diesem Zusammenhang äusserte die Weko ihre Absicht, die in der EU eingeleiteten Massnahmen zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes im Finanzdienstleistungsbereich und die Revision des europäischen Verbraucherkreditrechts weiterhin eng zu verfolgen.

## b. **Gesundheitswesen**

Der Bundesrat eröffnete am 29. November 2006 die Vernehmlassung zur **Revision des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)**. Mehrere Änderungsvorschläge, welche die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihres bisherigen Engagements der letzten acht Jahre einbrachten – u. a. in der Arbeitsgruppe "Zukunft der SUVA" und der Steuerungsgruppe für die empirische Kosten-Nutzen-Analyse zur obligatorischen Unfallversicherung –, fanden Berücksichtigung (z. B. im Zusammenhang mit der Abschaffung von einheitlichen Nettoprämien).

Im Zusammenhang mit der Vernehmlassungsvorlage stellten die Wettbewerbsbehörden erneut die geplanten Nebentätigkeiten der SUVA in Frage: Diese sind nur soweit in die Botschaft aufzunehmen, als sie durch Marktversagen oder Verteilungsprobleme begründet sind. Wäre dies der Fall, müsste für alle Nebentätigkeiten aufgezeigt werden, ob der optimale staatliche Eingriff oder der optimale Mix von Eingriffen zum Einsatz käme, der das erwünschte Ziel mit möglichst wenig unerwünschten Nebenwirkungen erreichen und die geringst möglichen Kosten verursachen würde. Mit anderen Worten ist eine Regulierungsfolgeabschätzung vorzunehmen.

Der Bundesrat beschloss darauf im letzten Herbst, dass er sich hinsichtlich der Nebentätigkeiten wie Führung von Rehabilitationskliniken, Schadenabwicklung für Dritte, Dienstleistungen für das Gesundheitswesen, Entwicklung von Sicherheitsprodukten und deren Verkauf, Beratung und Ausbildung im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung sowie Anbieten von Erwerbsausfallzusatzversicherungen noch nicht definitiv festlege, sondern dies erst bei Vorliegen von zusätzlichen Informationen tun werde. Die Wettbewerbsbehörden begrüssen diesen Entscheid und werten ihn als Erfolg ihres bisherigen Einsatzes.

Im Bereich der öffentlichen Gesundheit hat sich das Sekretariat mit den Untersuchungen gegen die **Docu-med AG** und im Bereich von Hors-Liste-Medikamenten

mit vertikalen Preisabreden befasst. Diese Untersuchungen wurden 2005 bzw. 2006 (vgl. Jahresbericht 2006) eröffnet.

In der Untersuchung Hors-Liste-Medikamente hat das Sekretariat eine ausgedehnte Befragung bei über 800 Marktteilnehmern (ApothekerInnen und selbstdispensierende ÄrztInnen) durchgeführt, um über eine statistisch repräsentative Stichprobe über den Markt zu verfügen. In diesem Zusammenhang hat die Weko Auskunftsverfügungen erlassen, um gewisse Marktteilnehmer zur Beantwortung des Fragebogens zu bewegen (RPW 2007/3, S. 480). Die eingegangenen Daten werden gegenwärtig durch das Sekretariat ausgewertet.

Das Sekretariat hat ausserdem eine Untersuchung im Bereich von **Tarifverträgen der Zusatzversicherung im Kanton Luzern** geführt. Nachdem die Rechtsfrage von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG geklärt wurde, hat das Sekretariat 2007 die Untersuchung vertieft. Eine Entscheidung wird für das erste Semester 2008 erwartet.

Die Weko hat sich zum **Kauf der Unilabs AG durch die Capio AG** geäussert. Der Zusammenschluss wurde genehmigt, da keine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt begründet oder verstärkt wurde.

Ende 2007 wurde die Fusion der Krankenversicherungen **CSS** und **Intras** gemeldet.

### c. Preisempfehlungen

Die Wettbewerbsbehörden wurden seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes vermehrt um die Beurteilung von **horizontalen Preis- und Tarifempfehlungen von Verbänden freier Berufe** angefragt. Davon abzugrenzen sind die vertikalen Preisempfehlungen, welche in der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 behandelt werden. Im Verlaufe des Jahres 2007 kam es unter anderem zu einem Treffen mit dem schweizerischen Verband freier Berufe (SVFB), zu mehreren Beratungen von Verbänden und zum Abschluss einer Vorabklärung betreffend die Verbandsempfehlung von Anwaltshonoraren. Im Rahmen dieser Kontakte und Verfahren entwickelten die Wettbewerbsbehörden ihre Praxis weiter.

Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen können durch den Erlass oder die Ausgabe von Tarifen, Preisempfehlungen, Richtpreisen, Preislisten und Kalkulationshilfen direkte oder indirekte Preisabreden zwischen ihren Mitgliedern vermitteln und fördern. Leistungsbeschreibungen oder Katalogisierungen von Leistungen mit Tarifen oder Preisen stellen in der Regel keine Kalkulationshilfen gemäss der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 4. Mai 1998 betreffend Kalkulationshilfen (RPW 1998/2, S. 351 ff.) dar, sondern werden als Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG behandelt. Soweit der Wettbewerb durch eine Tarif- oder Preisempfehlung nicht beseitigt, aber dennoch erheblich beeinträchtigt wird, muss das Vorliegen von Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG geprüft werden. Die im Bereich der freien Berufe üblicherweise vorgebrachten Gründe (Transparenz von Leistungen, Preistransparenz, Orientierungshilfe für MarkteinsteigerInnen, vereinfachte Rechnungsstellung, Schutz der KlientenIn-

nen) genügen in der Regel nicht bzw. stellen keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dar. Ebenfalls als problematisch können sich Empfehlungen erweisen, die eine Normierung bzw. Vereinheitlichung im Verhalten der Marktteilnehmenden bewirken.

Zumindest zwei alternative Instrumente stehen den Verbänden zur Verfügung, welche den Bedürfnissen der freien Berufe gerecht werden und kartellrechtskonform sind: Zum einen handelt es sich dabei um Beschreibungen von Leistungen ohne jegliche Tarife- oder Grössenangaben. Solche Beschreibungen legen die Preise nicht fest und beschränken somit die Preisgestaltungsfreiheit nicht ein. Zum anderen handelt es sich um die Veröffentlichung historischer, erhebungsgestützter (repräsentativer) und aggregierter Angaben durch unabhängige Dritte (z. B. durch ein Treuhandbüro, das Bundesamt für Statistik, eine Universität oder eine Konsumentenorganisation). Dabei müssen die Daten für KonsumentInnen zugänglich sowie die Unverbindlichkeit der Tarife gegeben sein.

### d. Weitere Tätigkeiten

Im Jahre 2007 hat der Rechtsstreit Valet Parking am Flughafen Zürich (Unique) seinen Abschluss gefunden. Die Weko hatte in dieser Angelegenheit bereits im Jahre 2003 vorsorgliche Massnahmen gegen Unique beschlossen, welche dann von der damaligen REKO/WEF bestätigt wurden. Weil Unique die vorsorglichen Massnahmen nicht befolgte, wurde sie von der Weko erstmals im Dezember 2005 wegen Verstosses gegen eine Verfügung nach Art. 50 KG zur Bezahlung eines Sanktionsbetrages verpflichtet. Nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens im September 2006 verurteilte die Weko Unique sodann in der Hauptsache wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu einer Direktsanktion (Art. 49a Abs. 1 KG). Unique verzichtete auf ein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid.

Hingegen hatte Unique gegen die erste Sanktion (Art. 50 KG) Beschwerde eingelegt. Mit Entscheid vom 15. Oktober 2007 hat nun das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der Weko vollumfänglich bestätigt (RPW 2007/4, 653 ff.). Zu diesem ersten Entscheid einer Rechtsmittelinstanz betreffend eine Sanktion der Weko kann Folgendes bemerkt werden:

- Art. 50 KG ist, auch ohne expliziten entsprechenden Wortlaut, anwendbar zur mittelbaren Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen.
- In einem Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG ist die sachliche Richtigkeit der zugrunde liegenden Entscheidung der Weko (vorliegend die Massnahmenverfügung), gegen welche verstossen wurde, von der Rechtsmittelinstanz nicht mehr zu prüfen.
- Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG setzen – wie übrigens auch nach Art. 49a Abs. 1 KG – keinen Vorsatz im strafrechtlichen Sinne voraus.
- Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht weder die Art und Weise der Berechnung noch die Höhe der Sanktion beanstandet.

Da Unique auf einen Weiterzug des Entscheides an das Bundesgericht verzichtete, konnte das Verfahren abgeschlossen werden.

Des Weiteren setzte die Weko im Rahmen des Ende 2006 eröffneten Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) ihr Engagement zu Gunsten der Einführung des **Cassis de Dijon-Prinzips** fort. In ihrer Vernehmlassungsantwort vom März 2007 betont die Weko die Wichtigkeit des Grundsatzes, dass Produkte, die in Europa rechtmässig in Verkehr gesetzt worden sind, auch in der Schweiz ohne weiteres frei zirkulieren können. Die einseitige Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips durch die schweizerische Gesetzgebung erlaubt eine rasche Beseitigung derjenigen technischen Handelshemmnisse, die dem freien Warenverkehr entgegenstehen.

Aus Sicht des Wettbewerbs und der Gleichstellung der verschiedenen Marktteilnehmer ist es wichtig, dass im THG Massnahmen zur Verhinderung von Inländerdiskriminierung verankert werden. In diesem Zusammenhang ist auch das neu vorgesehene Beschwerderecht der Weko zu begrüssen. Damit die Revision Früchte trägt, ist sodann unerlässlich, dass Ausnahmen vom Cassis de Dijon-Prinzip auf ein Minimum beschränkt werden. Im Allgemeinen ist die Weko der Ansicht, dass sich die Revision des THG auf dem richtigen Weg befindet.

Die Weko hat sich zudem für die Einführung des Prinzips der internationalen Erschöpfung im Patentrecht eingesetzt, um **Parallelimporte** zu vereinfachen und die Abschottung des schweizerischen Marktes gegenüber dem Ausland zu erschweren. Aus diesem Grund bedauert die Weko den Entscheid des Bundesrates, das Prinzip der nationalen Erschöpfung in das Patentgesetz aufzunehmen. Die nationale Erschöpfung ermöglicht einerseits Preisdiskriminierung gegenüber der Schweiz. Andererseits gestattet sie dem Patentinhaber eine Beschränkung, wenn nicht sogar eine Verhinderung des Intra-brand-Wettbewerbs, was besonders schädlich ist, wenn es, wie so oft, bereits an genügendem Inter-brand-Wettbewerb mangelt. Zudem erlaubt es das Kartellgesetz nicht, Behinderungen von Parallelimporten generell zu unterbinden. Dies ist vielmehr nur von Fall zu Fall möglich, wenn die im Kartellgesetz vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Das Prinzip der internationalen Erschöpfung hätte im Hinblick auf den gegenwärtigen Stand der europäischen Integration der Schweiz die beste Lösung dargestellt.

## 2. Infrastruktur

Die Weko hat auch auf den Infrastrukturmärkten ihre Bemühungen zur Belebung des Wettbewerbs fortgesetzt.

Anfang Jahr konnten zwei wichtige Untersuchungen im Bereich Telekommunikation und Medien abgeschlossen werden, wobei in beiden Fällen hohe direkte Sanktionen ausgefällt wurden. Die Sanktionen betragen in beiden Fällen mehrere Millionen Franken.

Es wurden zahlreiche Unternehmenszusammenschlüsse aus allen Bereichen der Infrastruktur behandelt. Nur ein Unternehmenszusammenschluss (Fenaco/Steffen-Ris)

wurde einer vertieften Prüfung unterzogen, die restlichen Unternehmenszusammenschlüsse konnten im Rahmen der vorläufigen Prüfung innerhalb eines Monats bewilligt werden. Das Sekretariat musste jedoch auch in diesen Fällen weitgehende Nachforschungen bei den Marktteilnehmern anstellen um sicherzugehen, dass die geplanten Unternehmenszusammenschlüsse weder zur Schaffung noch zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte.

Die Weko hat zudem Meldungen über Verstösse gegen das Kartellgesetz erhalten, welche mit Anträgen für provisorische Massnahmen gekoppelt waren. In zwei Fällen wurde unter Berufung auf einen Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht beantragt, einem marktbeherrschenden Unternehmen zu verbieten, ein neues Produkt auf den Markt zu bringen. Solche Massnahmen bedürfen jedoch eines vorsichtigen Umgangs, da die Weko zwar über das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs zu wachen hat, damit jedoch nicht Innovationen verhindern bzw. bremsen soll. Einem Unternehmen für die Dauer des Verfahrens zu verbieten, ein neues Produkt auf den Markt zu bringen, ist in der Regel keine Lösung, selbst wenn Indizien vorhanden sind, welche darauf schliessen lassen, dass der Wettbewerb dadurch verfälscht werden könnte.

### a. Telekommunikation

Auf dem Gebiet der Telekommunikation konnte die Weko eine Untersuchung betreffend Mobilfunkterminierungsgebühren für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 zum Abschluss bringen. Sie sanktionierte mit Verfügung vom 5. Februar 2007 Swisscom Mobile wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung (RWP 2007/2, S. 241). Darin wurde festgehalten, dass Swisscom Mobile über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, welche sie missbraucht hat, indem sie unangemessen hohe Preise zu Ungunsten der Endverbraucher erzwungen hat.

Bezüglich der Angemessenheit der Terminierungsgebühren von Swisscom Mobile stützte sich die Weko auf die Preise auf vergleichbaren Märkten und auf die Kosten der Terminierung auf vergleichbaren ausländischen Märkten. Die Weko hat Swisscom Mobile infolge dieses kartellrechtlichen Verstosses mit einer Sanktion von CHF 333'365'685.- belegt, wobei der Betrag aufgrund der Schwere und der Art des Verstosses festgelegt wurde. Dies ist die bisher höchste durch die Weko ausgesprochene Sanktion seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Die Untersuchung wird für den Zeitraum nach dem 31. Mai 2005 weitergeführt.

Im September 2007 hat die Weko für das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) ein Gutachten erstellt, welches die marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Bereich schneller Bitstrom-Zugang feststellt. Swisscom ist mit ihrem flächendeckenden Anschlussnetz (letzte Meile) das einzige Unternehmen, welches für andere Anbieter schweizweit Vorleistungen für Breitbandangebote anbieten kann. Andere Fernmeldedienstleister sind auf die Vorleistungen von Swisscom angewiesen, denn sie verfügen über keinerlei Ausweichmöglichkeiten. Der

indirekte Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber ist aufgrund der beschränkten Abdeckung und der regionalen Zersplitterung nur gering. Dieses Gutachten erlaubt es der Kommunikationskommission (ComCom) Swisscom zu verpflichten, anderen Fernmeldediensteanbietern einen schnellen Bitstrom-Zugang zu gewähren.

Das Sekretariat hat weiter im Rahmen einer Marktbeobachtung infolge der neuen europäischen Regelung betreffend die internationalen Roaminggebühren Kontakt zu den schweizerischen Mobilfunkanbietern aufgenommen. Es hat in der Folge Verhandlungen bezüglich dieser Gebühren zwischen den schweizerischen und europäischen Betreibern gegeben. Das Sekretariat stellte fest, dass die Schweizer Anbieter auf die in Europa tiefen Roaminggebühren reagierten, indem sie diese ebenfalls senkten.

### **b. Medien - Werbung**

Im Bereich Medien und Werbung hat die Weko im März 2007 eine Verfügung gegenüber **Publigroupe** erlassen, wobei das Unternehmen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mit einer Sanktion von CHF 2.5 Mio. belegt wurde (RPW 2007/2, S. 190). Die Weko hat festgestellt, dass Publigroupe bei der Platzierung von Werbung und Inseraten in Printmedien über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Sie hat diese missbraucht, indem sie andere Vermittlungsunternehmen bezüglich der Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten behindert und damit den Markt abgeschottet hat. Publigroupe hat als Pächterin von Regiezeitungen verschiedenen kleinen Vermittlungsunternehmen eine Entschädigung für vermittelte Inserate verweigert, wobei sie sich auf von ihr selbst formulierte Selektionskriterien berief. Verschiedene dieser Kriterien wurden als kartellrechtswidrig beurteilt. Die Weko schützt auf dem Markt für Vermittlung von Inseraten und Werbung den Wettbewerb, von dem vor allem die KMU profitieren. Die Höhe der Sanktion ergibt sich aus der Art und Schwere des Verstosses, wobei sich im vorliegenden Fall der Umstand, dass Publigroupe während der Untersuchung eine Verpflichtungserklärung zur Änderung ihrer Kommissionspraxis abgab, mildernd auf die Sanktionsbemessung auswirkte. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig.

Die Weko hat im Weiteren die **Übernahme der Espace Media Groupe durch Tamedia AG** zugelassen (RPW 2007/4, 605 ff.). Beide Unternehmen sind in mehreren Medienmärkten wie beispielsweise Tages- und Pendlerzeitungen, Radio, Fernsehen und Internetportalen tätig, wobei Tamedia ihren Schwerpunkt im Raum Zürich, Espace hingegen im Raum Mittelland hat. Die Vorprüfung hat gezeigt, dass auf den nationalen Märkten auch nach dem Zusammenschluss genügend starke Medienunternehmen verbleiben, welche einen ausreichenden Wettbewerb gewährleisten. Auf den regionalen Märkten bestehen zudem keine Anhaltspunkte für eine Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse.

### **c. Landwirtschaft**

Im Jahre 2007 hat der Bundesrat eine Reihe von Verordnungen bezüglich der Konkretisierung der **Agrarpolitik 2011** der Weko zur Konsultation vorgelegt. Die Weko hatte sich bereits im Rahmen der Ämterkonsultation zur

Landwirtschaftspolitik im Dezember 2005 geäußert (RPW 2005/4, S. 661). Weiter haben sich das Sekretariat und die Weko im Rahmen der drei Ämterkonsultationen und des Vernehmlassungsverfahrens für eine breite Deregulierung und für eine grössere Flexibilität für die Landwirte in der Diversifizierung ihrer Produktion sowie für die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Regulierung eingesetzt.

Eine erste Reihe von Verordnungen wurde im November 2007 verabschiedet. Die Kernelemente der Agrarpolitik 2011 werden in einem zweiten Verordnungspaket im Laufe des Jahres 2008 eingeführt werden. Obwohl dieser Sektor weiterhin stark reguliert bleiben wird und damit teilweise der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen ist, werden sich die Weko und das Sekretariat auch im Rahmen der Ämterkonsultationen für dieses zweite Verordnungspaket für eine kartellrechtskonforme Reglementierung einsetzen.

Die Weko hat entschieden, den **Zusammenschluss zwischen fenaco und der Steffen-Ris Holding** einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Der Zusammenschluss würde zur Gründung des mit Abstand stärksten Agrarhandelsunternehmens führen, da fenaco und die Steffen-Ris Holding zu den führenden Unternehmen im Agrarhandelsbereich gehören. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses hat Anhaltspunkte ergeben, wonach durch den geplanten Zusammenschluss der Wettbewerb insbesondere in den Bereichen Kartoffeln, Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung beseitigt werden könnte. Mitentscheidend für die Beurteilung wird auch sein, ob der zur Zeit noch geschlossene schweizerische Agrarhandelsmarkt künftig eine Öffnung erfährt.

### **d. Weitere Tätigkeiten**

Im **Speditionsbereich** hat die Weko im Oktober 2007 eine Untersuchung gegen den Verband **SPEDLOGS-WISS** und weitere Speditions- und Logistikunternehmen eröffnet. Die Untersuchung wurde aufgrund einer Selbstanzeige eröffnet, welche der Weko die Abreden im Speditions- und Logistikbereich über die Weitergabe und/oder gemeinsame Festsetzung von Zuschlägen, Gebühren und Speditionstarifen im Rahmen von Speditionsleistungen in der Luft, zu Land und über Wasser (national und international) zur Kenntnis brachte. Die Untersuchung wurde mit einer Reihe von Hausdurchsuchungen zur Sicherung von Beweismitteln eingeleitet. In der Untersuchung wird nun geprüft, ob solche Abreden tatsächlich bestehen und welche Tragweite sie auf dem schweizerischen Markt haben. In derselben Angelegenheit haben auch die Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union und der USA Hausdurchsuchungen durchgeführt. Mittels internationaler Koordination wurde die gleichzeitige Durchführung der Hausdurchsuchungen in verschiedenen Ländern sichergestellt.

Im **Energiesektor** hat das Sekretariat zwei Vorabklärungen durchgeführt, welche ohne Folgen abgeschlossen wurden. Die erste betraf einen **Vertrag über die Abgrenzung von Verteilgebieten zwischen EWL** (Energie Wasser Luzern) und **CKW** (Centralschweizerische Kraftwerke AG), die beide Betreiber von Verteilnetzwerken für Elektrizität sind. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Entsprechend der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Urteil *Swissgrid* ist nicht anzunehmen, dass Stromverteilernetzbetreiber als Konkurrenten angesehen werden. Obwohl die Abreden eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, können sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Darüber hinaus wird ein auf einem solchen Sachverhalt basierendes Verfahren gegenstandslos, sobald das Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) am 1. Januar 2008 in Kraft tritt. Dieses Gesetz sieht vor, dass die Kantone die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber bezeichnen, womit Verträge über Gebietszuteilungen hinfällig werden.

Die zweite Vorabklärung betraf die Weigerung der **NOK** (Nordostschweizerische Kraftwerke AG), den beiden Stromverteilern Unternehmen SN Energie AG, St. Gallen und der EW Jona-Rapperswil einen direkten Anschluss an eine höhere Netzebene zu gewähren, was es den Unternehmen ermöglicht hätte, den Strom zu einem für die Endkonsumenten billigeren Preis zu beschaffen. Das Sekretariat hat festgestellt, dass die Weigerung der NOK keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstelle, weil die Anwendungskriterien der Essential facilities-Doktrin im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Die beiden Unternehmen seien nämlich auch ohne einen direkten Anschluss an das Netz von NOK in der Lage ihre Endkunden in genügender Masse mit Elektrizität zu versorgen (RPW 2007/3, S. 353).

Im Getränkemarkt musste sich die Weko zur **Übernahme der Sources minérales Henniez AG durch die Nestlé AG** äussern. Da die Weko im Rahmen der vorläufigen Prüfung zum Schluss kam, dass die geplante Übernahme weder zur Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, wurde auf eine vertiefte Prüfung verzichtet und das Zusammenschlussvorhaben genehmigt. Die Weko hat festgehalten, dass auch nach dem Zusammenschluss ausreichend Konkurrenz auf dem Markt für Mineralwasser vorhanden sein wird. Dies einerseits, weil grosse Unternehmensgruppen vorhanden sind, welche ihre eigenen Produkte durch den Distributionskanal, der auf den Konsum vor Ort abzielt (Hotels, Restaurants, Cafés, Kantinen und andere Abnehmer) vertreiben können. Weiter verfügen die grossen Händler im Distributionskanal Detailhandel, der auf den Heimkonsum abzielt, über verschiedene Mineralwassereigenmarken, und der Eintritt ausländischer Mineralwassermarken in den Schweizer Markt wird als wahrscheinlich beurteilt (RPW 2007/4, 526 ff.).

Im Bereich Gastgewerbe untersuchte das Sekretariat zudem verschiedene Fälle betreffend den **Vertrieb von Bier**. Die in der Sache *Feldschlösschen/Coca-Cola* vertretene Auffassung der Weko wurde bestätigt und die darin entwickelten Kriterien betreffend Zulässigkeit von Exklusivlieferungsverträgen angewendet. Exklusivvereinbarungen mit einer Laufzeit von mehr als 5 Jahren sind nur zulässig, wenn diese mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder einem anderen finanziellen Engagement verbunden sind und für die Gaststätten nach 5 Jahren die jederzeitige Kündigung unter Rückzahlung der Restschuld vorsehen.

Schliesslich hat das Sekretariat nach dem Fall der Buchpreisbindung für den deutschsprachigen Markt im Rahmen einer Vorabklärung den Wettbewerb auf dem **Markt für französischsprachige Bücher** in der französischen Schweiz untersucht. Die Marktsituation unterscheidet sich von derjenigen in der deutschen Schweiz dadurch, dass keine Einheitspreise angewendet werden. Die Bücher werden von offiziellen Verteilern importiert, welche grösstenteils an französische Verleger angeschlossen sind und von einem Exklusivvertriebsrecht bei schweizerischen Buchhandlungen profitieren. Diese Verteiler erhöhen den französischen Preis für den Schweizer Markt nach selbsternannten Kriterien. Es geht nun darum zu bestimmen, ob einerseits eine Preisabrede zwischen den Verteilern vorliegt und ob andererseits die Preiserhöhung durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt werden kann, weil die Lieferkosten in der Schweiz tatsächlich höher sind. Verneint man dies, so könnte die Preiserhöhung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, weil unangemessen hohe Preise erzwungen werden. Das Sekretariat hat Informationen bei Schweizer Verteilern und Buchhandlungen eingeholt und wird über eine allfällige Untersuchungseröffnung im Jahr 2008 entscheiden.

### 3. Produktemärkte

Die Weko befasste sich im Jahr 2007 mit drei wichtigen Unternehmenszusammenschlüssen im Detailhandel, die allesamt vertieft geprüft wurden. Während des ganzen Jahres haben diese Verfahren einen Grossteil der verfügbaren Ressourcen des zuständigen Dienstes gebunden.

Ferner konnten wichtige Verfahren im Bausektor abgeschlossen werden. So wurde ein hartes Kartell im Kanton Tessin zerschlagen. Die Weko hat zudem zuhanden des Bundesrates Empfehlungen verabschiedet, um den Wettbewerb bei künftigen bedeutenden öffentlichen Vergaben, wie etwa bei der NEAT, zu verbessern.

Eine intensive pro-aktive Tätigkeit ist überdies im Bereich der Automobilindustrie zu verzeichnen. Schliesslich ist die Bekanntmachung über die Beurteilung vertikaler Abreden revidiert worden.

#### a. Detailhandel

Im Jahr 2007 beurteilte die Weko drei medienwirksame Zusammenschlüsse, an welchen die grossen Schweizer Supermarktketten Migros und Coop beteiligt waren.

Im Fall der Übernahme von **Denner durch die Migros** (RPW 2008) wurde im Mai 2007 eine vertiefte Prüfung eingeleitet. Die vorläufige Prüfung ergab Anhaltspunkte, dass die Übernahme eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. In diesem Zusammenhang stellten sich insbesondere die Fragen, ob die Markteintrittsschranken für neue Konkurrenten im Detailhandel durch den Zusammenschluss erhöht werden und ob mit dieser Übernahme neben Migros und Coop möglicherweise keine sogenannte "dritte Kraft" mehr vorhanden ist.

Die vertiefte Prüfung erforderte beim Sekretariat einen beträchtlichen Arbeitsaufwand. Informationen wurden namentlich mittels Fragebögen an in- und ausländische Konkurrenten, an Lieferanten und Konsumentenverbän-

de erhoben. Zudem führte das Sekretariat zusammen mit einem Ausschuss der Weko mündliche Befragungen verschiedener Marktteilnehmer sowie eine Anhörung der Parteien durch. Zum ersten Mal wurden im Rahmen einer Zusammenschlusskontrolle Gutachten von vier unabhängigen Experten eingeholt. Am 3. September 2007 genehmigte die Weko die Übernahme unter Auflagen. Die Übernahme stärke zwar kurzfristig die Migros und begründe eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und Coop. Gleichzeitig wurde aber festgehalten, dass diese Wirkung im Discountsegment langfristig durch ausländische Wettbewerber abgeschwächt werde.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sprach die Weko kein Verbot aus. Sie schrieb aber einscheidende Auflagen für eine Dauer von bis zu sieben Jahren vor, um die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses zu mindern. Diese Auflagen haben zum Ziel, die operative Selbstständigkeit von Denner insbesondere hinsichtlich der Preis-, Sortiments- und Standortpolitik zu wahren. Zudem muss die Marke Denner am Markt erhalten bleiben und Denner-Verkaufsstellen müssen weiterhin mehrheitlich Markenartikel im Angebot führen. Somit haben die Konsumenten weiterhin eine Alternative zu Migros und Coop. Den Markenartikelherstellern bleibt der Absatzkanal Denner weiter erhalten. Ferner darf die Migros keine weiteren Unternehmen im Lebensmittel-Detailhandelsmarkt übernehmen. Im Interesse des Wettbewerbs zwischen den Detailhändlern muss die Migros gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivverträge verzichten. Die Parteien sind zudem verpflichtet, für Schweizer KMU, die ausgelistet werden und sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, eine individuelle Lösung zu finden.

Die Weko betraute eine unabhängige Revisionsgesellschaft (Deloitte) mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen.

Das zweite Zusammenschlussvorhaben betrifft die **Übernahme von Fust durch Coop**, die Muttergesellschaft der Interdiscount-Kette (RPW 2008). Auch bei diesem Verfahren beschloss die Weko eine vertiefte Prüfung durchzuführen, gestützt auf Indizien, welche auf eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hindeuteten. Im Vordergrund stand dabei der Absatzmarkt für Elektrogeräte, insbesondere Kleinhaushaltsgeräte und die Unterhaltungselektronik.

Dieser Unternehmenszusammenschluss wurde von der Weko am 21. November 2007 unter Auflagen zugelassen. Die vertiefte Prüfung hat ergeben, dass auf den wesentlichen Märkten genügend Wettbewerber vorhanden sind und ausserdem der Markt für ausländische Unternehmen offen ist. Die Übernahme von Fust könnte allein im Bereich Kleinhaushaltsgeräte eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und der Coop-Gruppe begründen. Mit den Auflagen soll der Wettbewerb insbesondere im Markt für Kleinhaushaltsgeräte gestärkt werden. Die Auflagen der Weko verlangen, dass die Unternehmen der Coop-Gruppe auf Exklusivitätsabreden mit den Lieferanten in den Bereichen Gross- und Kleinhaushaltsgeräte (sog. Weisswaren) sowie Unterhaltungselektronik (sog. Braunwaren) verzichten. Daneben soll Fust im Bereich Kleinhaushaltsgeräte wäh-

rend einer Dauer von fünf Jahren eine eigenständige Sortiments-, Preis- und Aktionspolitik führen. Mit der Überprüfung der Einhaltung dieser Auflagen betraute die Weko eine unabhängige Revisionsgesellschaft (Refidar Moore Stephens AG).

Schliesslich hat die Weko am 26. November 2007 beschlossen, die beabsichtigte **Übernahme von Carrefour durch Coop** einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Die vorläufige Prüfung hat Indizien hervorgebracht, wonach sich die Position von Coop gegenüber seinen Lieferanten verstärken könnte. Damit könnten diese in eine wirtschaftliche Abhängigkeit zu Coop geraten. Daneben könnte es im Nachgang zum Erwerb der 12 Carrefour-Filialen durch Coop für neue Konkurrenten schwieriger werden, geeignete Standorte für grosse Verkaufsflächen zu finden.

#### **b. Bauwirtschaft**

Am 19. November 2007 erging der Weko-Entscheid i.S. **Strassenbelagskartell im Kanton Tessin**. Die Weko stellte fest, dass die Anwendung einer Konvention zwischen 17 Strassenbauunternehmen im Tessin eine harte Kartellabsprache und somit gravierende Verletzung des Kartellgesetzes darstellt. Die Konvention hat privaten Kunden, der öffentlichen Hand und den Steuerzahlern erheblichen Schaden zugefügt. Die Vereinbarung hatte zum Zweck, durch Zuteilung der öffentlichen und privaten Aufträge den Strassenbauunternehmen einen im Voraus bestimmten Marktanteil zu sichern. Die Unternehmen haben sich wöchentlich getroffen, um die Auftragsvergabe mitsamt Entschädigung zu beschliessen. Die Absprache wurde vor Ablauf der vom Gesetzgeber vorgesehenen Übergangsfrist aufgelöst, sodass die Unternehmen nicht sanktionierbar waren. Gegen den Weko-Entscheid haben verschiedene Unternehmen Beschwerde eingereicht.

Am 18. Juni 2007 wurde die Untersuchung betreffend **NEAT Tunnelbauten** eingestellt (RPW 2007/3, S. 415). Der Untersuchungseröffnung ging eine Anzeige des Bundesamtes für Verkehr wegen überhöhter Zement- und Betonpreise bei den NEAT Tunnelbauten voraus. Die Untersuchung hat ergeben, dass bei den für die Basistunnel notwendigen Zement- und Betonlieferungen keine unzulässigen Preis- und Gebietsabreden zwischen den Schweizer Lieferanten nachgewiesen werden konnte. Die Zement- und Betonpreise sind vor allem auf die hohen Transport- (schwieriger Zugang) und weitere Logistikkosten sowie die Qualitätsanforderungen zurückzuführen. Gestützt auf die bei der Untersuchung gemachten Erkenntnisse hat die Weko, insbesondere im Hinblick auf die bevorstehenden Vergaben der Bauarbeiten für den Ceneri-Tunnel, Empfehlungen zuhanden des Bundesrates ausgearbeitet. Dadurch sollen die Wettbewerbsbedingungen für zukünftige Ausschreibungen und die Kostentransparenz verbessert werden. Die Empfehlungen beinhalten Vorschläge für die Ausgestaltung von Zement- und Betonvergaben für Grossbaustellen, insbesondere mittels Einholung von Alternativofferten hinsichtlich des Transports und der Qualitätsstandards (RPW 2007/3, S. 489).

Die Weko hat ausserdem die Untersuchung betreffend die **Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)** abgeschlossen (RPW



2008). Die Angelegenheit war zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an die Weko zurückgewiesen worden (RPW 2005/4, S. 704). Die erneute Untersuchung hat ergeben, dass zwar Indizien für eine unerlaubte Preisabsprache zwischen vier Bauunternehmen bei der öffentlichen Submission vorliegen. Der von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verlangte Nachweis, wonach der Bauherr tatsächlich über eine detaillierte und zuverlässige Kostenschätzung verfügte, konnte indes nicht erbracht werden. Dieser Nachweis wäre notwendig gewesen, um die Kostendifferenz zu den vier verdächtigen Submissionsofferten zu belegen.

Schliesslich wurde am 19. Juli 2007 eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen im Bereich der **Baubeschläge** eröffnet. Gestützt auf eine Selbstanzeige hat die Weko Kenntnis über Abreden zwischen Beschlagsunternehmen für Fenster, Fenstertüren und Türen erhalten. Diese Abreden könnten Preise, Preiserhöhungen, Materialzuschläge sowie Auftragsvergaben umfassen. Zur Sicherstellung von Beweismitteln wurde die Untersuchung mittels Hausdurchsuchungen in mehreren Unternehmen initiiert.

#### c. Vertikale Abreden

Im Juli 2007 revidierte die Weko die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden. Diese trat am 1. Januar 2008 in Kraft (RPW 2007/4, 675 ff.).

Formulierung und Aufbau der revidierten Bekanntmachung lehnen sich eng an das europäische Recht an. Es werden keine strengeren Beurteilungsregeln aufgestellt als in der Europäischen Union. Im Allgemeinen sind nach europäischem Recht zulässige Vertriebsverträge auch in der Schweiz zulässig. Umgekehrt gelten nach europäischem Recht verbotene Verträge auch in der Schweiz als unzulässig. Ferner wurde die revidierte Bekanntmachung dem neuen Art. 5 Abs. 4 KG angepasst. Danach beseitigen Vertriebsverträge, die Preisabreden enthalten oder einen absoluten Gebietsschutz konstituieren, vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. In diesem Zusammenhang misst die Weko dem Interbrand-Wettbewerb eine besondere, allerdings nicht allein entscheidende Bedeutung zu. Mögliche Effizienzgewinne finden weiterhin Berücksichtigung, etwa wenn es um eine erleichterte und rasche Erschliessung des Schweizer Marktes bei der Einführung eines neuen Produktes geht. Die neue Bekanntmachung enthält zudem Vorgaben zu Preisempfehlungen. Letztere werden mit der Festsetzung von Wiederverkaufspreisen gleichgesetzt, wenn sie in Empfehlungsform gekleidete Abreden darstellen.

Die Weko hat zudem die Umsetzung der Bekanntmachung der wettbewerbsrechtlichen Behandlung vertikaler Abreden im **Automobilhandel** weiter vorangetrieben. Das Sekretariat hat zahlreiche Fälle betreffend Zulassung von Reparaturwerkstätten behandelt. Die Kraftfahrzeuglieferanten müssen ihre Netze zugelassener Reparaturwerkstätten auf der Basis eines selektiven Vertriebssystems organisieren, welches sich einzig auf qualitative Kriterien stützt. Dies hat zur Folge, dass die Kraftfahrzeuglieferanten grundsätzlich alle Händler aufnehmen müssen, welche diese Kriterien erfüllen (Kontrollierungszwang). Bei der Festlegung der qualitativen

Kriterien sind die Kraftfahrzeuglieferanten grundsätzlich frei, doch müssen diese diskriminierungsfrei angewandt werden. Im Bereich der Ersatzteillieferung haben Marktteilnehmer auf Bestreben des Sekretariats hin ihre Vertriebspolitik dahingehend modifiziert, dass die Bezugsfreiheit für die Händler erweitert wird.

#### d. Weitere Tätigkeiten

Das Sekretariat der Weko hat die Vorabklärung gegen **armasuisse**, die im Zusammenhang mit der Beschaffung von 20 leichten Transport- und Schulungshelikoptern eröffnet worden war, ohne Folgen eingestellt (RPW 2007/4, 517 ff.). Es ist zum Schluss gekommen, dass armasuisse in ihrer Eigenschaft als Nachfragerin keine marktbeherrschende Stellung auf dem weltweiten Markt für Leichte Transport- und Schulungshelikopter hatte. Es konnten keine Anhaltspunkte für ein kartellrechtlich relevantes missbräuchliches Verhalten festgestellt werden.

### 4. Binnenmarkt

Das revidierte Binnenmarktgesetz trägt Früchte und die Hoffnung des Gesetzgebers, den schweizerischen Binnenmarkt zu stärken, scheint sich zu erfüllen.

Ein grosser Teil der Tätigkeit des Kompetenzzentrum Binnenmarkt bestand in der Beantwortung von Anfragen seitens Privatpersonen sowie Anfragen von Behörden, welche mit der Umsetzung des Binnenmarktgesetzes betraut sind. Es erfolgten rund dreissig Beratungen für Privatpersonen und rund zehn für Behörden. Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt hat zudem die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes erfolgten kantonalen Urteile geprüft, welche gemäss dem neuen Art. 10a Abs. 2 BGBM der Weko gemeldet wurden.

Das Eingreifen der Weko hat in verschiedenen Fällen Privatpersonen den Zutritt zum Markt ermöglicht und die Behörden zur Revision ihrer Entscheide gebracht, insbesondere bei Gebührenforderungen für Urteile bezüglich Marktzugang, welche durch das Binnenmarktgesetz verboten sind.

Im Jahr 2007 hat die Weko auch zum ersten Mal von ihrem Beschwerderecht in Binnenmarktangelegenheiten Gebrauch gemacht. Sie hat zwei Beschwerden gegen die Entscheidungen der zürcherischen Gesundheitsdirektion eingelegt, welche den Marktzugang für Psychotherapeuten beschränkten. Eine dritte Beschwerde wurde gegen ein waadtländisches Urteil gerichtet, welches einen Anwalt an der Einstellung eines Praktikanten hinderte. Das Zürcher Verwaltungsgericht ist im einen Fall betreffend Marktzugang von Psychotherapeuten der Auffassung der Weko gefolgt. Der Fall wurde durch die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vor Bundesgericht gebracht. Im waadtländischen Fall hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde der Weko abgelehnt. Die Weko wird diesen Fall an das Bundesgericht weiterziehen.

Schliesslich hat das Kompetenzzentrum Binnenmarkt viel an Kommunikationsarbeit in der Öffentlichkeit geleistet, um zur verbesserten Wahrnehmbarkeit des Binnenmarktgesetzes beizutragen. So wurde beispielsweise eine neue Homepage aufgeschaltet und an diversen Veranstaltungen teilgenommen, um das Binnenmarktgesetz vorzustellen. Diese Vorgehensweise war insofern

erfolgreich, als das Binnenmarktgesetz heute sowohl der Allgemeinheit wie auch den Berufsverbänden und den Behörden besser bekannt ist. Dies ist insbesondere aus den an die Weko gerichteten kantonalen Entscheidungen ersichtlich, welche vermehrt den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entsprechen.

Der Ausbau des Binnenmarktgesetzes und insbesondere das Prinzip des freien Marktzutritts nach Massgabe der Vorschriften des Herkunftsortes (Herkunftsprinzip), hat die Kantone dazu gebracht, sich Gedanken zu einer interkantonalen Harmonisierung bestimmter Bereiche zu machen. Ein interkantonales Konkordat auf dem Gebiet der Sicherheitsfirmen befindet sich in Ausarbeitung. Solche Initiativen sind insofern zu begrüssen, als sie auch die Schaffung eines funktionierenden Schweizer Binnenmarktes ermöglichen.

## 5. Kompetenzzentrum Ermittlungen

Das Kompetenzzentrum Ermittlungen hat 2007 im Rahmen von Untersuchungen von nationaler und internationaler Bedeutung weitere Hausdurchsuchungen organisiert und durchgeführt. Dadurch wurden die Beziehungen zu Polizeibehörden der Kantone und des Bundes, deren Mitwirkung zum Gelingen der Interventionen unentbehrlich ist, wesentlich verstärkt. Ausserdem haben die Mitarbeiter des Kompetenzzentrums an Arbeitssitzungen mit europäischen IT-Wettbewerbs-Untersuchungsspezialisten teilgenommen. Das KompZ Ermittlungen hat zudem neue Mitarbeiter des Sekretariats im Bereich Hausdurchsuchungen ausgebildet, um ihre ordnungsgemässe Teilnahme an Einsätzen sicherzustellen.

## 6. Internationale Beziehungen

Die Wettbewerbsbehörden pflegen weiterhin ihre engen Beziehungen zu wichtigen ausländischen Behörden. Die Intensität und die Qualität dieser Kontakte ersetzen indes nicht den fehlenden institutionellen Rahmen, wie ihn ein internationales Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden darstellt. Dieser Mangel erschwert die Anwendung des Kartellgesetzes durch die Schweizer Wettbewerbsbehörde beträchtlich. Ein erster Schritt in die richtige Richtung wurde mit den Verhandlungen für ein Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und Japan gemacht, die durch das Seco geführt wurden und an denen das Kompetenzzentrum "International Affairs" des Sekretariats teilgenommen hat. Dieses Freihandelsabkommen wird auch Regeln über die Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen umfassen. Schliesslich haben offizielle Besuche der französischen sowie der finnischen Wettbewerbsbehörden in Bern stattgefunden.

**OECD:** Vertreter der Weko und des Sekretariates haben an den drei Treffen des Competition Committee der OECD sowie der Arbeitsgruppen "Competition and Regulation", "International Cooperation and Enforcement" und "Competition Law and Policy" teilgenommen. Im Bereich Marktmachtmissbrauch fanden Roundtables zu den Themen "Refusal to deal" und "How to Provide Effective Guidance to Business on Monopolization / Abuse of Dominance" statt. Im Bereich der Wettbewerbsabreden wurde der Schwerpunkt auf unzulässige Vereinbarungen in oligopolistischen Strukturen sowie auf die Rol-

le der Verbände gesetzt. Ferner fanden Roundtables zu Fusionen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen und über den Gebrauch komplexer Daten (ökonomische Analysen, Konsumentenumfragen etc.) statt. Thematisiert wurde überdies die Frage der strafrechtlichen Verfolgung von Wettbewerbsverstössen. Schliesslich sind einzelne Wirtschaftszweige, namentlich juristische Berufe, die Energieversorgung und das Taxigewerbe, traktandiert worden. Sieben schriftliche Beiträge wurden von der Schweizer Delegation (Weko und Seco) für die verschiedenen Treffen verfasst. Die Schweiz war zudem Examinator bei der Peer Review "Retailbanking" der Niederlande.

**ICN:** Die Weko und ihr Sekretariat haben an der sechsten Jahreskonferenz des International Competition Network teilgenommen. Diese fand Ende Mai 2007 in Moskau statt. Das Sekretariat hat zudem am "Merger Workshop" teilgenommen, welcher im April von der irischen Wettbewerbsbehörde in Dublin organisiert wurde. Partizipiert hat das Sekretariat im Oktober ebenfalls am "Cartel Workshop" in San Salvador. Das Sekretariat hat im Übrigen die Vorbereitungsarbeiten für die achte Jahreskonferenz in Angriff genommen, welche im Jahre 2009 in der Schweiz stattfinden wird.

**UNCTAD:** Das Sekretariat hat an der Semestersitzung des Entwicklungsförderungsprogramms zugunsten von fünf lateinamerikanischen Ländern (COMPAL) im Rahmen der UNCTAD teilgenommen. Diese fand am 20. Juli 2007 in Genf statt. Anlässlich der Sitzung wurde eine positive Bilanz des Programms, welches durch die Unterstützung des Seco und in Zusammenarbeit mit der UNCTAD und der Weko bzw. den einzelnen Ländern zustande kam, gezogen. Das Sekretariat hat im Rahmen des Programms zwei Praktikanten aus der salvadorianischen Wettbewerbsbehörde sowie eine Praktikantin aus der Behörde von Costa Rica für jeweils drei Monate aufgenommen. Die Weko und sein Sekretariat haben im Übrigen an der achten "session du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrency" in Genf teilgenommen.

**Projekt Vietnam:** Im Nachgang zu den positiven Erfahrungen mit dem Projekt "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", welches im Jahr 2006 abgeschlossen wurde, ist im Jahr 2007 das Projekt "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" lanciert worden. Im Rahmen dieses Projekts wird die bilaterale Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden Vietnams (VCAD) und der Schweiz (Weko) intensiviert. Das Projekt startet Anfang 2008 für eine Dauer von drei Jahren. Die Finanzierung wird durch das Seco sichergestellt. Die Verantwortung für die Projektausführung liegt beim Kompetenzzentrum "International Affairs".

## 7. Ausblick

Für 2008 liegen die Prioritäten der Wettbewerbsbehörden einerseits bei den Verfahren betreffend harte horizontale und vertikale Absprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sowie bei den Verfahren bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG).

Die Weko und das Sekretariat werden einen Akzent insbesondere bei den Submissionskartellen setzen, welche eine schwerwiegende Schädigung des Wettbewerbs bewirken. Die Umsetzung der überarbeiteten Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung) wird ebenfalls als Schwerpunkt von den Wettbewerbsbehörden behandelt werden.

Im Bereich des Binnenmarktes wird die Weko ihre Informationsarbeit fortsetzen und die Kantone und Gemeinden weiterhin unterstützen sowie ihre Beschwerde-rechte wahrnehmen, um auch künftig eine einheitliche Anwendung des revidierten Binnenmarktgesetzes sicherzustellen.

### III. Organisation und Statistik

#### 1. Weko

Zum Ende der Amtsperiode 2003-2007 kam es in der Weko zu vier Austritten von Mitgliedern, die seit den Anfängen der Weko am 1. Februar 1996 Mitglied waren. Die vier austretenden Mitglieder verfügen über grosse Kenntnisse des schweizerischen Kartellrechts und haben mit ihrem ausserordentlichen Engagement wesentlich zur Neuausrichtung der schweizerischen Wettbewerbspolitik beigetragen. Folgende Mitglieder scheiden per Ende 2007 aus der Weko aus:

- Prof. Roger Zäch, Vizepräsident;
- Prof. Yves Flückiger, Vizepräsident;
- Dr. Marino Baldi

#### 3. Statistik

Untersuchungen	2007	2006
Während des Jahres geführt	18	18
davon Übernahmen vom Vorjahr	15	14
davon Eröffnungen	3	4
Endentscheide	7	4
davon Anpassung des Verhaltens	3	2
davon einvernehmliche Regelungen	1	1
davon behördliche Anordnungen	3	0
Davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	1
Vorsorgliche Massnahmen	2	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	1
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	28	56
Übernahmen vom Vorjahr	21	46
Eröffnungen	7	16
Abschlüsse	18	35
davon mit Untersuchungseröffnung	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	6	9
davon ohne Folgen	11	24
Andere Tätigkeiten		
Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	26	32
Beratungen	28	22

- Dr. Klaus Hug, Vertreter der Swiss Retail Federation.

Der Präsident, die Weko und das Sekretariat danken den ausscheidenden Mitgliedern für ihren grossen Einsatz im Dienste des Wettbewerbs und wünschen ihnen alles Gute und viel Erfolg auf ihrem weiteren Lebensweg.

Der Bundesrat hat für die Amtsperiode 2008-2011 folgende Ernennungen vorgenommen:

- Prof. Vincent Martenet ist neu Vizepräsident der Weko;
- Prof. Andreas Kellerhals von der Universität Zürich ist neues Mitglied der Weko.

Die Weko hat im Jahr 2007 17 ganztägige Sitzungen (Kammer- und Plenarsitzungen sowie Anhörungen in Verfahren) abgehalten.

#### 2. Sekretariat

Abgesehen von der normalen Personalfuktuation gab es im Sekretariat der Weko keine personellen Veränderungen.

Ende des Jahres 2007 beschäftigte das Sekretariat 65 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 50.7 Prozent. Dies entspricht insgesamt 58.4 Vollzeitstellen. Das Personal teilt sich wie folgt auf: 43 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; 38.9 Vollzeitstellen), 11 wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten (11 Vollzeitstellen), 11 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen&Logistik (8.5 Vollzeitstellen).

Marktbeobachtungen	62	46
Sonstige Anfragen	212	412
Zusammenschlüsse		
Meldungen	45	29
Kein Einwand nach Vorprüfung	39	26
Prüfungen	5	3
Entscheide der Weko	3	0
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	1
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	4	2
Nachkontrollen	1	3
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	84	44
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	0
Erläuterungen (Sekretariat)	25	8
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2bis BGBM)	3	0

A.1	<b>2. Rapport annuel 2007 de la Commission de la concurrence</b>
-----	------------------------------------------------------------------

### **Avant-propos du Président**

L'année 2007 a été marquée par diverses décisions importantes, qui ont poursuivi la concrétisation de l'application du droit de la concurrence suisse. Premièrement, le nouveau Tribunal administratif fédéral (TAF) a rejeté le recours formé par l'Aéroport de Zurich contre une décision de sanction rendue par la Comco en raison de la violation de mesures provisionnelles. Dans cet arrêt, le TAF a confirmé que la Comco peut recourir à l'instrument des sanctions afin d'imposer le respect de mesures provisionnelles et que le montant de la sanction, fondé sur l'Ordonnance sur les sanctions LCart, était approprié dans le cas d'espèce. La Comco pourra s'appuyer sur les considérants du TAF lorsqu'elle prononcera d'autres sanctions.

Deuxièmement, la Comco a prononcé pour la première fois des sanctions directes en application de l'article 49a LCart. Elle a infligé une sanction de 333 millions de francs à Swisscom Mobile en raison de ses taxes de terminaison trop élevées. Une sanction de 2,5 millions de francs a été infligée à Publigroupe en raison d'une entrave à ses concurrents dans le cadre de l'affermage de publicités dans les médias écrits. Ces deux décisions font l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

Troisièmement, la Comco a mis au jour et interdit un cartel subtilement mis en place portant sur l'attribution de travaux d'asphaltage dans le canton du Tessin. Ce cartel de soumission a nuit à tous les mandants: tant le canton du Tessin et les communes que les maîtres d'ouvrages privés ont été lésés. Après la dissolution du cartel, les prix pour ces travaux ont baissé de plus de 30%. Le cartel n'a échappé à une sanction qu'en raison du fait que les entreprises participantes ont mis fin à leur activité au sein du cartel durant le délai transitoire de la dernière révision de la Loi sur les cartels.

Les cartels de soumission constitueront dès lors l'un des futurs objectifs des autorités de la concurrence. Elles vont faire entendre, par des enquêtes ciblées et, cas échéant, des décisions, que les cartels de soumission ne sont définitivement pas des peccadilles, mais des comportements qui nuisent gravement à l'économie et à l'Etat. Par cette façon d'agir, qui vise des effets à moyen et à long terme, la Comco veut renouer avec les succès qu'elle a obtenus par ses diverses interventions, comme par exemple dans le secteur des automobiles (le niveau des prix en Suisse s'est fortement rapproché de celui des pays voisins), dans les télécommunications (les prix dans la téléphonie mobile ont baissé d'environ 15% depuis le deuxième semestre 2005) et dans le domaine des cartes de crédit (il y a aujourd'hui diverses cartes de crédit gratuites et les taxes pour les commerçants ont baissé depuis l'intervention de la Comco).

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

## I Résumé

L'imposition des premières sanctions directes très élevées et des décisions avec un impact potentiel sur la vie quotidienne des consommateurs ont marqué l'année 2007. Sur la base de la loi révisée sur les cartels, la Commission de la concurrence (Comco) a infligé dans deux cas des sanctions s'élevant à plusieurs millions de francs suisses (cf. II 2 a et b ci-dessous). En outre, la Comco et son Secrétariat se sont prononcés sur les grandes opérations de concentration intervenues dans le commerce de détail (cf. II 3 a ci-dessous). Ces concentrations ont impliqué les géants suisses du secteur que sont Coop et Migros.

La sévérité des sanctions prononcées a probablement eu un effet préventif sur des entreprises. En effet, plusieurs d'entre elles ont fait usage cette année, du programme de bonus mis en place par la nouvelle loi (cf. II 2 d et II 3 b ci-dessous). Ce programme permet à une entreprise dénonçant à la Comco un cartel ou une autre restriction à la concurrence auquel elle participe, d'échapper à toute ou partie de la sanction infligée en fin d'enquête.

Dans plusieurs cas, les autorités de la concurrence disposant d'indices précis d'une restriction illicite à la concurrence, ont procédé à des perquisitions. Elles ont saisi, au sein même des entreprises participantes, des moyens de preuves qui pourraient étayer les faits dénoncés. Ces perquisitions ont été menées en collaboration avec des autorités de la concurrence étrangères lorsque les faits reprochés avaient une composante internationale (cf. II 5 ci-dessous).

Au delà, la Comco et son Secrétariat ont accru leur lutte contre les abus de position dominante ainsi que contre les accords horizontaux et verticaux – et cela dans plusieurs secteurs.

Dans le secteur bancaire, les procédures en rapport avec les moyens de paiement ont été poursuivies. Une enquête préalable sur les crédits à la consommation, dont les taux d'intérêts sont sensiblement plus élevés en Suisse qu'à l'étranger, a été menée à terme. Ce marché demeurera sous la surveillance étroite des autorités de la concurrence, afin d'observer son évolution (cf. II 1 a ci-dessous).

Dans le secteur de la santé publique, les autorités de la concurrence se sont essentiellement concentrées sur les enquêtes en cours qui feront prochainement l'objet de décisions. Elles ont aussi participé activement aux travaux de révision de la Loi sur l'assurance accident (cf. II 2 b ci-dessous).

La Comco a en outre précisé sa pratique en matière de recommandations de prix édictées par les associations professionnelles, en particulier dans le secteur des professions libérales. De telles recommandations constituent souvent des accords illicites sur les prix. Les autorités de la concurrence proposent dès lors des solutions alternatives, permettant aux intéressés d'obtenir une aide pour la fixation du prix de leurs prestations, sans pour autant fausser la concurrence (cf. II 1 c ci-dessous).

Dans le domaine des infrastructures, la Comco s'est à nouveau intéressée de près aux marchés des télécommunications et des médias. C'est dans ces deux secteurs que des sanctions élevées ont été infligées par la Comco (cf. II 2 a et b).

Elle a par ailleurs continué à promouvoir une déréglementation et à éviter des restrictions à la concurrence induites par les réglementations étatiques dans le cadre de la politique agricole 2011. Ces efforts ne sont néanmoins pas toujours suivis d'effets: l'agriculture reste en effet très réglementée (cf. II 2 c ci-dessous).

Dans les secteurs de l'industrie et de la production, la Comco a notamment examiné les trois grandes fusions intervenues sur le marché du commerce de détail: le rachat de Denner par Migros, celui de Fust par Coop et enfin le rachat de Carrefour par Coop (cf. II 3 a ci-dessous).

En parallèle, elle a également pu mener à terme plusieurs procédures liées aux marchés de la construction (cf. II 3 b ci-dessous) et déployer une activité importante en matière d'accords verticaux ainsi que dans le secteur automobile (cf. II 3 c ci-dessous).

S'agissant de l'application de la Loi sur le marché intérieur, la Comco a, pour la première fois en 2007, interjeté des recours pour garantir une application uniforme du droit sur le marché intérieur par les cantons. Elle a poursuivi le même but en donnant de nombreux conseils aux particuliers et aux cantons et en promouvant les innovations de la loi auprès d'un large public (cf. II 4 ci-dessous).

La fin de la législature 2003-2007 a entraîné le départ de quatre membres de la Comco, qui ont accompli douze années au service du droit de la concurrence suisse. Par leur engagement, MM. Zäch et Flückiger, Vice-Présidents, ainsi que MM. Baldi et Hug ont tous les quatre largement contribué à la nouvelle orientation de la politique suisse de la concurrence. Suite à leur départ, le Conseil fédéral a réduit le nombre de membres siégeant au sein de la Comco en ne nommant qu'un seul nouveau membre, à savoir M. Kellerhals, Professeur à l'Université de Zurich. M. Martenet, Professeur à l'Université de Lausanne a pour sa part été nommé à la vice-présidence (cf. III 1 ci-dessous).

Le rapport annuel présente enfin une statistique de l'ensemble des affaires traitées en 2007 (cf. III 3 ci-dessous).

## II Activités dans les différents domaines économiques

### 1. Services

Dans le domaine des services, l'accent s'est porté, cette année encore, sur les services financiers et le secteur de la santé publique.

Dans le domaine des services financiers, la Comco a traité pour la première fois une procédure de fusion dont les implications étaient essentiellement d'ordre vertical (SWX, SIS, Telekurs). Elle l'a admise en imposant néanmoins des charges, au terme de l'examen préalable.

La Comco a clarifié de nombreuses questions de procédure dans le cadre de divers dossiers. Elle s'est en particulier prononcée sur la portée et les effets de l'annonce préalable selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart, par une entreprise, d'un comportement susceptible d'être contraire à la Loi sur les cartels, mais qui n'est pas encore mis en œuvre. Elle a aussi traité la question des effets de la récusation d'un membre de la direction sur les actes d'enquête déjà entrepris dans le cadre d'une procédure pendante.

#### a. Secteur bancaire

Dans le secteur bancaire, la Comco a ouvert, en février 2007, une enquête contre **Telekurs** pour entrave à la concurrence sur le marché des terminaux de paiement. Telekurs Multipay et Telekurs Card Solutions ont refusé à d'autres fabricants de terminaux l'accès à la fonction **Dynamic Currency Conversion (DCC)**. Le système DCC permet, lors d'une transaction par carte de crédit ou de débit, de convertir dans une autre monnaie nationale le montant de la facture indiqué sur le terminal de paiement du commerçant. Cette fonction permet donc à un client étranger de choisir, directement au terminal, s'il désire effectuer son paiement en francs suisses ou dans sa monnaie nationale. Dans ce dernier cas, le détenteur de la carte connaît aussi bien le taux de conversion que le montant final qui sera débité de son compte. Les commerçants qui ont conclu un contrat avec Telekurs Multipay ne pouvaient offrir la fonction DCC que s'ils disposaient d'un terminal de la société sœur Telekurs Card Solutions, car Telekurs refusait de divulguer les informations (interfaces) qui auraient permis aux autres fabricants de terminaux de proposer cette fonction aux commerçants. Comme Telekurs Multipay a accepté de modifier son comportement pour la durée de l'enquête, garantissant ainsi l'accès à la fonction DCC, la Comco a pu renoncer aux mesures provisionnelles envisagées. L'enquête se poursuit néanmoins afin de déterminer si Telekurs Multipay a enfreint la Loi sur les cartels.

En cours d'enquête, le vice-directeur en charge du dossier a décidé de se récuser, afin d'éviter toute ambiguïté quant à une éventuelle opinion préconçue suite à un entretien avec Telekurs dans le cadre d'une autre affaire. Telekurs a dès lors demandé à ce que tous les actes d'enquête soient répétés. Par décision incidente du 5 novembre 2007, la Comco a refusé de répéter les actes d'enquête, dans la mesure où les motifs de récusation et la récusation elle-même n'étaient intervenus que bien après qu'ils aient été entrepris (DPC 2007/4, p. 649 ss).

Dans le dossier portant sur l'introduction d'une Domestic Multilateral Interchange Fee (DIMF) entre les issuer de **cartes de débit Maestro**, comme elle est déjà appliquée dans les systèmes de cartes de crédit Visa et Mastercard, la Comco avait renoncé à ouvrir une enquête dans la mesure où elle avait été saisie dans le cadre d'une annonce au sens de l'art. 49a al. 3 let. a LCart et qu'il ne s'agissait dès lors que d'un projet, ne déployant pas encore d'effets sur les marchés concernés.

Les parties ont demandé à ce que la Comco ouvre une enquête et se prononce formellement, dans une décision constatatoire, sur la question de l'admissibilité de l'introduction d'une DIMF pour les cartes de débit Maestro.

Par décision du 7 mai 2007, la Comco a refusé d'entrer en matière sur cette demande (DPC 2007/3, p. 478):

- D'une part, la Comco estime, soutenue par la doctrine dominante et la jurisprudence, qu'il n'y a pas de droit à l'ouverture d'une enquête. Elle dispose d'une liberté d'appréciation pour décider, en fonction des indices dont elle dispose, d'ouvrir ou non une procédure d'enquête. En l'espèce, dans la mesure où il ne s'agit que d'un projet qui ne déploie pas d'effets sur le marché, il n'y a pas d'indices d'une restriction à la concurrence nécessitant l'ouverture d'une enquête.

- Deuxièmement, il n'existe pas de droit à obtenir de la Comco une décision constatatoire, ni en vertu de la Loi sur la procédure administrative, ni en vertu de l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Selon les règles générales de la Loi sur la procédure administrative, une décision constatatoire ne peut être rendue que sur une question précise, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La question de la licéité d'un comportement au regard de la Loi sur les cartels ne peut être tranchée que dans le cadre d'une procédure prévue expressément par le droit des cartels (enquête préalable, enquête), et non par une décision constatatoire séparée.

- Et finalement, les parties n'ont aucun intérêt immédiat à la constatation de la licéité ou non de leur projet. Il est vrai qu'à l'issue de la procédure d'enquête préalable ouverte suite à l'annonce du projet par les parties, le Secrétariat de la Comco est arrivé à la conclusion que l'accord portant sur une DIMF constituait un accord en matière de concurrence qui pourrait être illicite. Mais le risque concret de sanctions qui pourraient être prononcées à l'issue d'une enquête que la Comco pourrait ouvrir si les entreprises introduisaient une DIMF n'est pas un intérêt suffisant pour rendre une décision constatatoire. En effet, l'annonce au sens de l'art. 49a al. 3 let. a LCart n'a pas pour but de clarifier de manière définitive la question de la licéité d'un comportement. Elle ne porte que sur les conséquences d'une éventuelle enquête selon l'article 26 LCart, à savoir la renaissance du risque de sanction. On ne peut déduire de l'art. 49a al. 3 let. a LCart une obligation pour autorités de la concurrence de se prononcer définitivement sur un état de faits donnée dans le cadre d'une décision constatatoire. L'entreprise qui annonce un cas dans le cadre de la procédure de l'art. 49a al. 3 let. a LCart garde l'entière responsabilité de choisir le comportement qu'elle veut adopter.

Suite au recours interjeté, le dossier est actuellement pendant devant le Tribunal administratif fédéral.

La Comco a également traité de la **concentration entre SWX, SIS et Telekurs**, premier cas dans lequel des questions d'ordre vertical ont dû être examinées. L'examen préalable a révélé des indices selon lesquels la concentration entre ces trois entreprises offre de nouvelles possibilités aux banques suisses de cloisonner et discriminer des concurrents potentiels, ceci pouvant alors renforcer la position des trois entreprises concernées. La Comco a dès lors décidé de soumettre son

approbation à diverses charges qui obligent SWX et SIS à mettre leurs infrastructures à disposition des autres offreurs. Ceci doit permettre de garantir une ouverture de l'infrastructure nationale du marché financier selon les principes suivants:

- garantie d'un accès sans discrimination et de l'interopérabilité entre les concurrents;
- liberté de choix des banques et des négociants dans le cadre de transactions en bourse;
- création d'une transparence des prix et la division des produits et des services.

Ces charges garantissent à l'avenir une architecture ouverte de l'infrastructure du marché financier ainsi qu'un accès libre au commerce boursier et à l'exécution des transactions boursières. Les éventuels problèmes au niveau de la surveillance devront être examinés par la Commission fédérale des banques (DPC 2004/4, p. 557 ss).

La tendance aux fusions dans le secteur financier s'est renforcée en fin d'année. Les autorités de la concurrence ont traité diverses fusions dans le secteur bancaire. Elles ont ainsi approuvé la vente de la plate-forme IT **Unicible** à **IBM** et la création d'une entreprise commune (Entris) entre la Banque cantonale bernoise et RBA Holding AG. Le Secrétariat est en outre amené de plus en plus souvent à se prononcer sur des projets de concentrations d'entreprises dans le cadre de procédures d'OPA, comme cela a été le cas pour le rachat de la banque **ABN Amro**, auquel la Barclays Bank ainsi qu'un consortium formé de la Royal Bank of Scotland, Fortis et la Banco de Santander étaient intéressés.

Enfin, la Comco et son Secrétariat se sont penchés, dans le cadre d'une enquête préalable, sur le **crédit à la consommation en Suisse** (DPC 2007/3, p. 364). La procédure a porté sur les relations concurrentielles en Suisse entre les offreurs de crédit à la consommation ainsi que sur les activités de renseignement des deux banques de données de crédit ZEK et IKO. Le Secrétariat de la Comco a constaté que le taux d'intérêt moyen pour le crédit à la consommation avait baissé en Suisse au cours des dernières années. Parallèlement, l'entreprise leader de la branche a perdu des parts de marché et de nouveaux acteurs sont entrés sur le marché, stimulant ainsi la concurrence. Dans le domaine des banques de données de crédit, aucun indice d'une restriction à la concurrence n'a été révélé. Les autorités de la concurrence considèrent que de telles banques de données peuvent être favorables à la concurrence si de nouveaux offreurs peuvent y accéder facilement et sans discrimination afin de bénéficier d'une égalité des armes face à leurs concurrents. La Comco a dès lors renoncé à ouvrir une enquête plus approfondie sur le sujet. En revanche, les taux d'intérêts pour le crédit à la consommation étant tendanciellement plus élevé en Suisse qu'à l'étranger, le Secrétariat va continuer à observer ce marché. La Comco se réserve la possibilité d'enquêter plus avant si la tendance en faveur de plus de concurrence observée ne devait pas se confirmer ou si l'entrée sur le marché de nouveaux offreurs s'avérait plus difficile voire impossible. A cet égard, une attention sera portée aux mesures introduites dans l'UE afin de créer un marché

intérieur dans le domaine des marchés financiers ainsi qu'au nouveau droit du crédit à la consommation qui est actuellement discuté au niveau communautaire.

## b. Santé publique

Fin novembre 2007, le Conseil fédéral a mis en consultation la **révision de la Loi sur l'assurance accident** (DPC 2007/2, p. 317). Les remarques faites par les autorités de la concurrence au cours des huit dernières années, notamment dans le cadre du groupe de travail "Avenir de la SUVA" et du groupe "Analyse empirique de l'utilisation des coûts dans l'assurance accident obligatoire" ont été prises en compte sur plusieurs points (p.ex. abandon des primes nettes uniques).

Les autorités de la concurrence se sont particulièrement engagées cette année en ce qui concerne les activités annexes de la SUVA qui pourraient être autorisées. Elles considèrent que les activités annexes de la SUVA ne doivent être autorisées que si elles sont justifiées par une défaillance du marché ou un problème de répartition. Même dans ces cas, il faudrait encore démontrer que l'intervention étatique est apte à atteindre le but voulu avec le minimum d'effets annexes indésirés et engendre le moins de coûts possibles. En d'autres termes, elles demandent à ce qu'une évaluation des effets de la régulation soit entreprise.

Le Conseil fédéral a décidé en automne dernier d'attendre des informations complémentaires avant de se prononcer définitivement sur des activités annexes telles que la gestion de cliniques de convalescence et réadaptation, la liquidation de dommages pour des tiers, les prestations pour la santé publique, le développement de produits de sécurité, les conseils et la formation dans le domaine de la promotion de la santé au travail ou l'offre d'assurances complémentaires perte de gain avant d'obtenir des informations complémentaires. Les autorités de la concurrence tiennent cette décision pour un succès au vu de leurs efforts en la matière.

Dans le secteur de la santé publique, le Secrétariat a poursuivi les enquêtes relatives à **Documed** et à l'éventuel accord vertical sur le prix des **médicaments hors liste** ouvertes respectivement en 2005 et 2006 (cf. rapport annuel 2006). Dans le cadre de l'enquête relative à un éventuel accord sur les prix des médicaments hors-listes, le Secrétariat a entrepris une vaste investigation auprès de 800 acteurs du marché, pharmaciens et médecins dispensants, afin de pouvoir disposer d'un échantillon statistiquement représentatif du marché. Dans ce contexte, la Comco a dû prendre des décisions fondées sur l'obligation de fournir de renseignements afin de contraindre certains acteurs du marché à répondre à ses questionnaires (DPC 2007/3, p. 480). Les données obtenues sont en cours d'évaluation par le Secrétariat.

Il a également poursuivi l'enquête relative aux **contrats tarifaires des assurances complémentaires dans le canton de Lucerne**. Après avoir clarifié la question de l'existence de prescriptions réservées au sens de l'article 3 LCart au cours de l'année dernière, le Secrétariat a mis à profit l'année 2007 pour enquêter sur le fond. Une décision dans ce dossier est attendue pour le 1er semestre 2008.



La Comco s'est en outre prononcée sur le **rachat de la société Unilabs SA par Capio AG**. Elle l'a autorisée dans la mesure où elle ne crée ni ne renforce de position dominante sur le marché.

La notification de la fusion entre les assurances maladie **CSS** et **Intras** est intervenue à la fin de l'année 2007.

### c. *Recommandations de prix*

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi révisée sur les cartels, la Comco a été régulièrement amenée à examiner des **recommandations horizontales de prix ou de tarifs d'associations professionnelles** (à distinguer des recommandations verticales, pour lesquelles la Communication de la Comco sur l'appréciation des accords verticaux s'applique). En 2007, les autorités de la concurrence ont rencontré les représentants de l'Union suisse des professions libérales (USPL), ont renseigné diverses associations professionnelles et clos une enquête préalable relative aux honoraires des avocats. Dans le cadre de ces contacts et procédures, les autorités de la concurrence ont pu développer leur pratique en la matière.

Les associations économiques et les organisations de branches encouragent des accords sur les prix (directs ou indirects) entre leurs membres en édictant des recommandations de prix, des prix indicatifs, des listes de prix ou des aides au calcul. Un catalogue de prestations avec tarifs ou prix ne constitue en principe pas une aide au calcul au sens de la Communication de la Commission de la concurrence du 4 mai 1998 relative aux aides au calcul (DPC 1998/2, p. 354 ss) mais est en principe considéré comme étant un accord sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart. Lorsque la recommandation de prix n'élimine pas la concurrence mais l'affecte de manière notable, il y a lieu d'examiner s'il existe des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Les motifs évoqués généralement s'agissant des professions libérales (transparence des prestations, des prix, aide pour les nouveaux entrants sur le marché, facturation facilitée, protection des clients), ne peuvent pas être retenus comme motifs justificatifs au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Sont également problématiques les recommandations qui ont pour effet d'unifier le comportement des acteurs du marché.

Il existe pour les associations au moins deux instruments alternatifs possibles, qui permettent de répondre aux besoins des professions libérales, tout en étant conformes à la LCart. Il s'agit d'une part de descriptifs de prestations, sans indication sur le tarif ou la pondération des différents éléments de coûts à prendre en compte. Ceci permet aux différents acteurs du marché de fixer leurs prix de manière indépendante. D'autre part, il est possible pour des tiers (fiduciaires, office fédéral de la statistique, universités, organisation de consommateurs) de publier des données historiques, recueillies sur une base statistique, anonymisées. Ces données sont accessibles au public et donnent la garantie que ces tarifs ne sont pas obligatoires.

### d. *Autres activités*

L'affaire valet parking à l'aéroport de Zurich **Unique** a trouvé son épilogue en 2007. Dans ce dossier, la Comco avait ordonné des mesures provisionnelles en 2003, qui

avaient été confirmées par la REKO-WEF. Unique ne les respectant pas, la Comco avait alors prononcé, en décembre 2005, une sanction pour contravention à une décision exécutoire des autorités de la concurrence selon l'article 50 LCart. Sur le fond, la Comco a condamné Unique en septembre 2006 à une sanction directe à l'issue de la procédure d'enquête pour abus de position dominante. Cette décision n'a pas été attaquée.

Unique avait recouru contre la sanction prononcée en vertu de l'article 50 LCart. Le Tribunal administratif fédéral a rendu sa décision dans cette affaire le 15 octobre 2007 (DPC 2004/4, p. 653 ss). Il a soutenu la position de la Comco dans son intégralité. On retiendra de ce premier arrêt d'une autorité de recours en la matière les éléments suivants:

- L'art. 50 LCart, même s'il ne le mentionne pas expressément, est applicable également pour faire respecter des mesures provisionnelles exécutoires.
- Le bien fondé de la décision qui n'est pas respectée n'a pas à être réexaminé dans le cadre d'une procédure selon l'article 50 LCart.
- Tout comme pour l'art. 49a al. 1 LCart, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une intention au sens du droit pénal.
- Enfin, le tribunal administratif fédéral n'a pas critiqué le mode de calcul ni le montant de la sanction.

Unique ayant renoncé à recourir auprès du Tribunal fédéral, le dossier est désormais clos.

La Comco poursuit en outre son engagement en faveur de l'introduction du principe du **Cassis-de-Dijon** dans le cadre de la révision de la Loi sur les entraves techniques au commerce, mise en consultation fin 2006. Dans sa prise de position de mars 2007, la Comco relève qu'il est important que les produits mis sur le marché en Europe puissent également circuler librement en Suisse. L'introduction unilatérale du principe du Cassis-de-Dijon dans la législation suisse permet une résolution rapide des restrictions à la libre circulation des produits. Il est indispensable, pour la concurrence et l'égalité de traitement des différents acteurs du marché, que des mesures contre la discrimination des indigènes soient ancrées dans la loi. A cet égard, le droit de recours de la Comco qui est prévu dans le projet est salué. Enfin, pour que la révision porte ses fruits, il faut limiter au maximum les exceptions au principe. Du point de vue de la Comco, la révision de la Loi sur les entraves techniques au commerce est sur la bonne voie.

La Commission de la concurrence s'est également engagée en faveur de l'introduction du principe de l'épuisement international en droit des brevets, afin de faciliter les **importations parallèles** et de rendre plus difficile le cloisonnement du marché suisse vis-à-vis de l'étranger. Elle regrette par conséquent la décision du Conseil fédéral d'introduire le principe de l'épuisement national dans la Loi sur les brevets. Par définition, l'épuisement national permet d'une part la discrimination des prix à l'encontre de la Suisse et d'autre part la réduction voire la suppression de la concurrence intrabrand, souvent sans

qu'une concurrence interbrand soit présente ou suffisante. En outre, la Loi sur les cartels ne permet pas de supprimer de manière générale les restrictions aux importations parallèles. Elle ne peut le faire qu'au cas par cas lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies. Le principe de l'épuisement international aurait apporté la meilleure solution pour la Suisse en l'état actuel de son intégration européenne.

## 2. Infrastructure

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

En début d'année, elle a pu clore deux enquêtes importantes dans le secteur des télécommunications et des médias, qui ont toutes deux fait l'objet de sanctions directes élevées. Les sanctions imposées se sont en effet montées à plusieurs millions de francs dans les deux cas.

Elle a traité de nombreuses concentrations d'entreprises, dans tous les secteurs des infrastructures. Seule l'une d'entre elles (Fenaco/Steffen-Ris) a fait l'objet d'un examen approfondi, les autres ayant pu être autorisées dans le délai d'un mois de l'examen préalable. Même dans ces cas, le Secrétariat a été amené à entreprendre des investigations poussées auprès des acteurs des marchés concernés afin de s'assurer que l'opération de concentration envisagée ne créerait ni ne renforcerait de position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace.

La Comco a également reçu des dénonciations assorties de requêtes à fin de mesures provisionnelles. Dans deux cas, la requête visait à faire interdire à une entreprise dominante de lancer une nouvelle offre sur le marché, en invoquant une violation du droit de la concurrence. De telles mesures sont délicates à traiter. En effet, la Commission de la concurrence doit veiller au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché, mais ne doit pas être un frein à l'innovation. Interdire à une entreprise de lancer un nouveau produit pour la durée d'une procédure n'est pas la solution à trouver quand bien même il existe des indices selon lesquels cette offre pourrait être à même de fausser la concurrence.

### a. Télécommunications

Dans le secteur des télécommunications, la Comco a clos l'enquête relative aux **tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile**, pour la période allant jusqu'au 31 mai 2005. Par une décision du 5 février 2007, elle a sanctionné Swisscom Mobile pour abus de position dominante (DPC 2007/2, p. 241). Elle a retenu que Swisscom Mobile disposait d'une position dominante sur le marché et en a abusé en imposant un prix inéquitable en défaveur des clients finaux. Pour évaluer le caractère inéquitable de la taxe de terminaison de Swisscom Mobile, la Comco s'est basée sur les prix pratiqués sur les marchés étrangers comparables, outre une analyse de la situation fondée sur la méthode des coûts. La Comco a dès lors sanctionné Swisscom Mobile pour cette infraction à la Loi sur les cartels par une sanction d'un montant de CHF 333'365'685.-, montant fixé en fonction du type et de la gravité de l'infraction. Cette sanction est la plus importante imposée par la Comco depuis l'entrée

en vigueur de la Loi révisée sur les cartels. Un recours contre cette décision est pendante devant le Tribunal administratif fédéral. L'enquête continue pour les faits postérieurs au 31 mai 2005.

En septembre 2007, la Comco a en outre fourni à la Commission de la communication (ComCom) une expertise constatant la position dominante de Swisscom dans le domaine de l'**accès Internet à haut débit (Bitstream)**. Swisscom est en effet, la seule entreprise qui, en raison de son réseau de raccordement couvrant l'ensemble du territoire (dernier kilomètre) est en mesure de proposer pour toute la Suisse des prestations préalables pour les offres Internet à large bande à d'autres fournisseurs. Les autres fournisseurs de services de télécommunication sont dès lors dépendants des prestations de Swisscom, dans la mesure où il n'existe pas de solution alternative. La pression concurrentielle indirecte exercée par les opérateurs de réseaux câblés est faible, en raison de leur couverture limitée et morcelée. Cette expertise a permis à la ComCom d'astreindre Swisscom à offrir un accès à haut débit aux autres fournisseurs de services de télécommunication.

Enfin, le Secrétariat a contacté les opérateurs de télécommunication dans le cadre d'une observation de marché suite à la nouvelle réglementation européenne relative au **Roaming international**. Une nouvelle négociation de ces tarifs entre les opérateurs suisses et européens a eu lieu. Le Secrétariat a pu constater que les opérateurs suisses ont réagi à la baisse des tarifs d'itinérance en Europe en réduisant eux aussi leurs tarifs.

### b. Médias – Publicité

Dans le domaine des médias et de la publicité, la Comco a rendu en mars 2007 une décision à l'encontre de **Publigroupe**, sanctionnant cette entreprise de 2,5 millions de francs pour abus de position dominante (DPC 2007/2, p. 190). La Comco a constaté que Publigroupe disposait d'une position dominante sur le marché du placement de publicités et d'annonces dans les médias écrits. Elle a abusé de sa position dominante en discriminant les autres intermédiaires, s'agissant des commissions versées pour le placement d'annonces, cloisonnant ainsi le marché. En effet, pour les annonces placées par divers petits intermédiaires indépendants, Publigroupe, en tant que gérant de journaux affirmés, a refusé de payer une commission, sur la base de ses propres critères de sélection. Plusieurs de ces critères ont été jugés contraires au droit de la concurrence. La Comco a ainsi contribué à protéger la concurrence sur le marché du placement de publicités et d'annonces, ce qui profitera en premier lieu aux PME. Le montant de la sanction a été fixé en tenant compte du fait que Publigroupe s'est engagé en cours d'enquête à modifier sa pratique en matière de commissions. Un recours contre cette décision est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

La Comco a en outre autorisé le **rachat d'Espace Media Groupe par Tamedia AG** (DPC 2007/4, p. 605 ss). Ces deux entreprises sont actives sur plusieurs marchés de médias, comme par exemple les journaux quotidiens et ceux destinés aux pendulaires, la radio, la télévision et les portails Internet. Tamedia déploie son activité principalement dans la région zurichoise, alors qu'Es-

pace Media Groupe est actif dans l'espace Mittelland. Au terme d'un examen préalable détaillé, la Comco est arrivée à la conclusion qu'il restera assez d'entreprises de médias fortes sur les marchés nationaux, permettant d'assurer une concurrence suffisante. Sur les marchés régionaux, la concentration ne modifie pas les rapports de force.

### c. Agriculture

En 2007, le Conseil fédéral a mis en consultation toute une série d'ordonnances relatives à la concrétisation de la **Politique agricole 2011**. La Comco s'était déjà prononcée dans le cadre de la consultation sur la politique agricole en décembre 2005 (DPC 2005/4, p. 661 ss). Elle a continué, avec son Secrétariat, à s'engager, dans le cadre de trois consultations des offices et d'une procédure de consultation, pour une plus large déréglementation, une plus grande flexibilité pour les agriculteurs en vue de diversifier leur production et éviter au maximum que la régulation induise des restrictions à la concurrence. Un premier train d'ordonnances a été adopté en novembre 2007. Les éléments-clé de la politique agricole 2011 seront mis en œuvre dans le cadre d'un second train d'ordonnances au cours de l'année 2008. Quand bien même ce secteur reste dans une large mesure réglementé et soustrait à l'application de la LCart, la Comco et le Secrétariat continueront leur travail en vue d'une réglementation conforme à la législation sur la concurrence dans le cadre des consultations relatives à ce second train d'ordonnances.

La Comco a également décidé de procéder à l'examen approfondi de la **reprise de la holding Steffen-Ris par fenaco**, qui lui a été notifiée en fin d'année. Cette fusion mènera à la création de l'entreprise la plus puissante du secteur agricole suisse, fenaco et Steffen-Ris faisant partie des entreprises dominantes dans le domaine des produits agricoles. Au terme de l'examen préalable, il existe des indices selon lesquels la concurrence pourrait être supprimée par la fusion envisagée, particulièrement dans le domaine des pommes de terre, des produits phytosanitaires et des engrais. L'ouverture ou non dans le futur du marché agricole suisse, actuellement fermé, jouera également un rôle dans la décision.

### d. Autres activités

Dans le secteur des **transports**, la Comco a ouvert en octobre 2007 une enquête contre l'association **SPE-DLOGSWISS** ainsi que différentes entreprises de transport et logistique. Cette enquête est fondée sur une autodénonciation, qui a porté à la connaissance de la Comco l'existence d'accords entre les entreprises de transport et de logistique relatifs à la transmission et/ou la fixation commune de surtaxes, de taxes et de tarifs de transport pour les prestations de transport de marchandises aérien, maritime et terrestre (national et international) ainsi que de tarifs liés à la logistique. L'enquête a débuté par une série de perquisitions au siège de diverses entreprises, afin de saisir des moyens de preuve. L'enquête devra maintenant montrer si de tels accords existent réellement et examiner leur portée sur le marché suisse. Dans cette affaire, l'Union Européenne et les Etats-Unis ont également mené des perquisitions pour ses aspects internationaux. Une coordination internatio-

nale a dû être mise en place, afin que les perquisitions puissent être menées simultanément dans divers pays.

Dans le secteur de l'**énergie**, le Secrétariat a mené deux enquêtes préalables, qu'il a closes sans suites. La première concerne un **contrat relatif à la délimitation des zones de dessertes entre EWL** (Energie Wasser Luzern) et CKW (Centralschweizerische Kraftwerke AG), qui gèrent toutes deux des réseaux de distribution d'électricité. Le Secrétariat est arrivé à la conclusion qu'il n'existe pas d'indice pour l'existence d'une restriction à la concurrence. Vu la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Swissgrid* il n'est pas évident que des réseaux de distribution électriques puissent être considérés comme concurrents. Même en admettant que ces accords constituent une restriction à la concurrence, ils peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique. Par ailleurs, une procédure portant sur un tel état de fait deviendrait sans objet à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la Loi fédérale sur l'approvisionnement électrique (LApEI). En effet, cette loi prévoit que les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire, ce qui rend les contrats de délimitation de territoire obsolètes.

La seconde enquête préalable portait sur le refus de **NOK** (Nordostschweizerische Kraftwerke AG) d'autoriser les entreprises de distribution d'électricité SN Energie AG, St-Gall et EW Jona-Rapperswil à se raccorder directement à un réseau de tension plus élevé, qui permettrait d'obtenir de l'électricité pour leurs clients finaux à meilleur prix. Le Secrétariat a estimé que le refus de NOK ne constitue pas un refus illicite d'entretenir des relations commerciales au sens de l'article 7 al. 2 let. a LCart car les critères d'application de la théorie des Essential facilities ne sont pas remplis en l'espèce. En effet, même sans raccordement direct au réseau de NOK, les deux entreprises sont en mesure de recevoir l'électricité qui leur est nécessaire pour fournir leurs clients finaux en énergie électrique (DPC 2007/3, p. 353).

Sur le marché des boissons, la Comco a dû se prononcer sur l'**acquisition des Sources minérales Henniez SA par Nestlé SA**. A l'issue de l'examen préalable, elle est arrivée à la conclusion que la concentration envisagée ne créerait ni ne renforcerait de position dominante, raison pour laquelle elle a renoncé à l'ouverture d'un examen approfondi et a autorisé la fusion. Elle a en effet constaté qu'une concurrence suffisante subsistera à l'issue de la concentration sur le marché de l'eau minérale pour les raisons suivantes. En outre, de grands groupes sont présents et peuvent écouler leurs produits par le biais du canal de distribution des hôtels, restaurants, cafés, cantines, etc. Par ailleurs, s'agissant du commerce de détail, les grands distributeurs possèdent un nombre élevé de propres marques d'eaux minérales. Enfin, des marques étrangères indépendantes sont susceptibles de s'implanter en Suisse (DPC 2007/4, p. 526 ss).

Toujours dans le domaine de la restauration, le Secrétariat a eu à examiner plusieurs cas relatifs à la **distribution de bière**. Il a confirmé la position adoptée par la Comco dans l'affaire *Feldschlösschen/Coca-Cola* et appliqué les critères qui y avait été développés s'agissant de l'admissibilité de contrats de distribution exclu-

sifs. Les accords d'exclusivité passés pour une durée de plus de cinq ans ne sont admissibles que s'ils sont liés à un prêt, un prêt à usage ou un autre engagement financier et s'ils prévoient la possibilité pour les restaurants de résilier le contrat à tout moment au delà de cinq ans, sous réserve du remboursement du solde de la dette.

Enfin, après l'abolition du prix unique des livres sur le marché du livre germanophone, le Secrétariat de la Comco examine, dans le cadre d'une enquête préalable, la situation concurrentielle sur le **marché du livre francophone** en Suisse romande. La situation est différente de celle qui prévalait en Suisse alémanique, dans la mesure où il n'existe pas de prix unique en Suisse romande. Les livres sont importés en Suisse par des diffuseurs officiels, dans une grande mesure affiliés aux éditeurs français, qui bénéficient d'un droit exclusif de distribution auprès des libraires suisses. Ces diffuseurs majoritent les prix français pour le marché suisse selon une tablette qui leur est propre. Il s'agit de déterminer s'il existe d'une part un accord sur les prix entre les diffuseurs et d'autre part si la majoration est justifiée économiquement et correspond à des coûts de distribution effectivement plus élevés en Suisse. Dans la négative, cette majoration pourrait être constitutive d'un abus de position dominante par l'imposition de prix inéquitables. Le Secrétariat a recueilli des informations auprès des diffuseurs suisses et des libraires, il décidera de l'ouverture éventuelle d'une enquête en 2008.

### 3. Industrie et production

En 2007, l'activité des autorités de la concurrence dans le secteur de l'industrie et la production a été marquée par trois fusions importantes concernant le commerce de détail, qui ont toutes trois nécessité de procéder à un examen approfondi. Ces procédures ont mobilisé d'importantes ressources au sein du Secrétariat et de la Commission tout au long de l'année.

Par ailleurs, plusieurs dossiers importants ont pu être menés à terme dans le secteur de la construction. Ainsi, un cartel dur a été démantelé au Tessin. La Comco a également formulé des recommandations à l'attention du Conseil fédéral en vue de permettre d'améliorer la concurrence dans le cadre de futurs appels d'offres publics pour de grands chantiers, tels ceux des NLFA.

Une activité de conseil importante a encore été déployée dans le secteur des automobiles. Finalement, la Communication sur l'appréciation des accords verticaux a été révisée.

#### a. Commerce de détail

En 2007, la Comco a traité de trois cas de concentration, tous très médiatisés et impliquant les géants suisses du secteur du commerce de détail que sont Migros et Coop.

Dans le cas de la reprise de **Denner par Migros** (DPC 2008) l'examen préalable ayant révélé des indices selon lesquels l'opération de concentration pourrait mener au renforcement ou à la création d'une position dominante sur le marché, un examen approfondi a été décidé en mai 2007. Les craintes de la Comco portaient en outre sur un éventuel renforcement des barrières à l'entrée dans le marché du commerce de détail pour de nouveaux concurrents et sur les effets probables sur le mar-

ché de la disparition d'une éventuelle "troisième force" face à Migros et Coop.

Le Secrétariat a mené un travail considérable dans le cadre de l'enquête approfondie. Il a demandé notamment des informations par le biais de questionnaires auprès d'entreprises concurrentes, en Suisse et à l'étranger, auprès des fournisseurs, d'associations et des consommateurs. Il a en outre mené, avec une délégation de la Comco, des entretiens avec divers acteurs du marché suisse et procédé à l'audition des parties. Pour la première fois dans le cadre d'un examen de concentration, il a commandé des expertises à quatre experts indépendants. A l'issue de cet examen très détaillé, la Comco a pris la décision, le 3 septembre 2007, d'autoriser le rachat de Denner par Migros, mais de soumettre cette approbation à diverses charges. Elle a admis que dans l'immédiat, la concentration renforce Migros et crée une position dominante collective de Migros et Coop sur le marché du commerce de détail. Dans le segment de marché de Denner, cet effet sera toutefois atténué à terme par le renforcement de la concurrence étrangère.

Une interdiction pure et simple de la concentration aurait été disproportionnée. Pour atténuer l'impact négatif de la concentration sur le marché, la Comco a imposé des charges incisives, pour une durée globale de 7 ans. Elles ont pour objectif de garantir l'indépendance opérationnelle de Denner, notamment en matière de politique de prix, d'assortiment et d'implantation. La marque et les magasins Denner vendant une majorité d'articles de marque doivent être maintenus. Ainsi, le consommateur disposera toujours d'une alternative à Migros et Coop et les fournisseurs d'articles de marque continueront de disposer de ce canal de distribution. La Comco interdit en outre à Migros d'acquiescer toute autre entreprise active dans le commerce de détail. Afin d'intensifier la concurrence entre distributeurs, Migros doit encore renoncer à la distribution exclusive de produits. Enfin, en cas de changement de fournisseurs se trouvant dans une situation de dépendance, les parties devront chercher une solution individuelle pour les PME suisses concernées.

La Comco a confié le contrôle du respect de ces charges et conditions à une société indépendante de révision (Deloitte).

La seconde concentration concerne le rachat de **Fust par Coop**, société-mère de la chaîne Interdiscount (DPC 2008). Dans ce cas également, la Comco a décidé de procéder à un examen approfondi, sur la base d'indices permettant de craindre le renforcement ou la création d'une position dominante. Les marchés de la vente au détail d'appareils électroniques (petit électro-ménager, audio et vision en particulier) sont au cœur de cet examen.

A l'issue de l'examen, la Comco a décidé, le 21 novembre 2007, d'autoriser la concentration, mais de la soumettre également à des charges. L'examen approfondi a montré qu'il existe suffisamment de concurrence sur les principaux marchés, par ailleurs ouvert aux entreprises étrangères. Le rachat de Fust ne pourrait créer une position dominante collective du groupe Coop et de Migros que dans le domaine du petit électro-ménager. Les charges imposées permettront de renforcer la concurrence sur ce marché. Ainsi, la Comco exige d'une part

que les entreprises du groupe Coop renoncent à des accords d'exclusivité avec les fournisseurs pour les appareils électro-ménagers et l'électronique grand public. D'autre part, Fust devra avoir une politique indépendante d'assortiment, de prix et de promotion dans le domaine des petits appareils électro-ménagers pour une période de 5 ans. La Comco a confié le contrôle du respect de ces charges et conditions à une société indépendante de révision (Refidar Moore Stephens AG).

Enfin, la Comco a décidé, le 26 novembre 2007, de procéder à un examen approfondi du projet de reprise de **Carrefour par Coop**. Les craintes de la Comco portent d'une part sur la position de Coop vis-à-vis de ses fournisseurs sur certains marchés de l'approvisionnement, ces derniers pouvant se retrouver en situation de dépendance économique. D'autre part, en acquérant les 12 magasins de Carrefour, Coop renforcerait sa position sur le segment des hypermarchés, ce qui pourrait freiner l'arrivée de nouveaux acteurs sur ce marché, les possibilités de trouver des emplacements pour ce type de surfaces commerciales étant restreintes.

### b. Construction

La Comco s'est prononcée sur le **cartel de l'asphaltage des routes au Tessin** le 19 novembre 2007. Elle a jugé que l'application d'une convention passée entre 17 entreprises actives dans le revêtement des routes au Tessin constituait un cartel dur portant sur les prix et la répartition des marchés, violant ainsi de manière chocante la loi sur les cartels. Ce cartel a été dommageable pour les clients privés, les autorités publiques et les contribuables. La convention avait pour but d'assurer aux entreprises une part de marché définie au préalable, par une répartition des appels d'offres publics ainsi que des mandats privés. Les entreprises se réunissaient chaque semaine pour décider de l'octroi des mandats, tout en discutant du prix. Ce cartel ayant été dissout avant la fin du délai de grâce prévu par le législateur, les entreprises participantes échappent aux sanctions prévues par la loi révisée sur les cartels. Certaines parties ont déposé un recours contre la décision de la Comco.

L'enquête concernant le prix du ciment et du béton pour les deux tunnels **NLFA** a été close (DPC 2007/3, p. 489). Aucun accord illicite n'a été constaté entre les fournisseurs suisses de ciment et de systèmes de béton nécessaires à la construction des tunnels de base du Lötschberg et du Gotthard. Les prix élevés du ciment et du béton sont essentiellement imputables aux coûts de transport élevés (accès difficile) et autres coûts logistiques ainsi qu'aux exigences de qualité. Sur la base des constats tirés de l'enquête, la Comco a toutefois émis des recommandations à l'adresse du Conseil fédéral dans l'optique des nouveaux appels d'offres qui seront ouverts pour le percement du tunnel du Ceneri. Elles doivent permettre d'améliorer les conditions concurrentielles et la transparence des coûts pour de futurs appels d'offres. Les recommandations contiennent des propositions concernant les modalités d'approvisionnement en ciment et en béton pour des grands chantiers, en particulier pour la demande d'offres alternatives concernant le transport et les standards de qualité (DPC 2007/3, p. 489).

La Comco a clos l'enquête portant sur les prix des **travaux de rénovation de la bibliothèque nationale** (DPC 2008). L'affaire avait en effet été renvoyée à la Comco pour complément d'enquête et nouvelle décision. L'enquête a montré l'existence d'indices d'un accord illicite entre quatre entreprises de construction lors de la soumission publique des travaux. Mais la preuve exigée par la Commission de recours pour les questions de concurrence, selon laquelle le maître de l'ouvrage disposait effectivement d'une estimation des coûts détaillée et fiable n'a pu être apportée. Une telle preuve aurait été nécessaire afin de documenter la différence de prix entre les quatre offres de soumission contestées et une estimation des coûts fiable.

Enfin, la Comco a ouvert en juillet 2007 une enquête contre plusieurs entreprises dans le domaine de la construction. Elle a reçu une dénonciation portant à sa connaissance l'existence d'accords entre des entreprises de **ferrements pour fenêtres et portes**. Ces accords porteraient sur les prix, l'augmentation et les suppléments de prix ainsi que sur l'attribution de marchés lors de procédures de soumission. L'enquête a débuté par des perquisitions dans plusieurs entreprises, afin de saisir et préserver des moyens de preuve.

### c. Accords verticaux

La Comco a révisé sa **Communication relative à l'appréciation des accords verticaux** en juillet 2007. Cette nouvelle communication est entrée en vigueur au 1er janvier 2008 (DPC 2007/4, p. 681).

Dans sa formulation et sa construction, le nouveau texte s'inspire largement du droit européen, sans aller au delà des exigences posées par celui-ci. D'une manière générale, la Comco considère les contrats de distribution admis par le droit européen comme étant également admissibles eu regard du droit suisse, et, inversement, juge que les contrats interdits par le droit européen sont contraires au droit suisse. Par ailleurs, le nouveau texte a été adapté en fonction du nouvel article 5 al. 4 LCart, qui introduit la présomption selon laquelle des contrats de distribution qui prévoient un accord sur les prix ou qui contiennent une clause de restriction absolue de territoire suppriment la concurrence efficace. La Comco attribue dans ce contexte une importance particulière, quoi que non décisive, à l'existence de concurrence inter-marques, mais continue à prendre en compte également l'existence d'avantages quant à l'efficacité, tels que l'ouverture facilitée et rapide du marché suisse pour un nouveau produit. La nouvelle mouture de la Communication sur les accords verticaux contient en outre une disposition relative aux recommandations de prix. Celles-ci sont assimilées à la fixation de prix de revente lorsqu'elles ont l'apparence de recommandations mais constituent en fait des accords cachés.

Sur le **marché des automobiles**, la Comco a continué à faire appliquer la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile. Le Secrétariat a traité de très nombreux cas relatifs à l'agrégation de réparateurs. Les fournisseurs d'automobiles doivent organiser leurs réseaux de réparateurs agréés sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant uniquement sur des critères qualitatifs. Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de

réparateur agréé tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter). Les fournisseurs sont libres de fixer les critères qualitatifs que doivent remplir les candidats, mais ils doivent être appliqués de manière non discriminatoire à tous les réparateurs. Sur le marché de la distribution de pièces détachées, l'intervention a mené certains acteurs du marché à adapter leur comportement, afin de faciliter l'approvisionnement des réparateurs.

#### **d. Autres activités**

Le Secrétariat de la Comco a clos sans suite l'enquête préalable ouverte contre **armasuisse** dans le cadre de l'achat de 20 hélicoptères de formation et de transports légers (DPC 2007/4, p. 517 ss). Il a constaté qu'**armasuisse** ne disposait pas, en tant qu'acheteur, d'une position dominante sur le marché mondial des hélicoptères de formation et de transports légers. Aucun indice de comportement abusif relevant du droit des cartels n'a été constaté.

#### **4. Marché intérieur**

La loi révisée sur le marché intérieur porte ses fruits et les espoirs du législateur visant à renforcer le marché intérieur suisse semblent se réaliser.

Une majeure partie de l'activité du Centre de compétences Marché intérieur a consisté à répondre aux questions et demandes de particuliers et d'autorités chargées de l'application de la loi. Il a ainsi conseillé une trentaine de particuliers et une dizaine d'autorités. Il a en outre passé en revue les décisions cantonales rendues en application de la LMI qui lui ont été notifiées conformément au nouvel article 10a al. 2 LMI.

L'intervention de la Comco a permis dans plusieurs cas à des particuliers d'accéder au marché et a amené certaines autorités à revoir leurs décisions, en particulier s'agissant des émoluments demandés pour les décisions portant sur l'accès au marché, qui sont interdits par la loi.

Par ailleurs, la Commission de la concurrence a fait usage pour la première fois en 2007, de son droit de recours en matière de LMI. Elle a déposé en effet deux recours contre des décisions de la direction zurichoise de la santé restreignant l'accès au marché de psychothérapeutes. Un troisième recours a été déposé contre une décision vaudoise empêchant un avocat d'engager un stagiaire. Le Tribunal administratif zurichois a donné raison à la Comco dans l'une des affaires relatives à l'accès au marché de psychothérapeutes. Le dossier a été porté devant le Tribunal fédéral par la direction zurichoise de la santé. Dans le dossier vaudois, le Tribunal administratif a rejeté le recours de la Comco, qui recourra au Tribunal fédéral.

Enfin, le Centre de compétences Marché intérieur a fourni un gros effort de communication, afin d'assurer une meilleure visibilité à la LMI. Il a ainsi mis en ligne une nouvelle page internet et a participé à de nombreuses manifestations au cours desquelles il a présenté la LMI. Cet effort s'est avéré fructueux: la LMI est mieux connue du public, des associations professionnelles et des autorités. Ceci se ressent en particulier dans les décisions cantonales qui sont adressées à la Comco et

qui prennent de mieux en mieux compte des exigences de la LMI.

Le renforcement de la LMI, et en particulier du principe du libre accès au marché en vertu des prescriptions du lieu de provenance, a également poussé les cantons à réfléchir à une harmonisation de certains secteurs au niveau intercantonal. Ainsi, un concordat intercantonal est en phase d'adoption dans le secteur des entreprises de sécurité. De telles initiatives sont à saluer, dans la mesure où elles permettent elles aussi la création d'un véritable marché intérieur suisse.

#### **5. Centre de compétences Investigations**

En 2007, le Centre compétences Investigations a organisé et mené de nouvelles perquisitions dans le cadre d'enquêtes d'envergure nationale et internationale. Il a, par ce biais, renforcé ses relations avec les polices cantonales et fédérale, dont l'appui est essentiel à la réussite des opérations. Il a aussi participé à des réunions de travail avec les spécialistes européens de l'investigation informatique en matière cartellaire. Enfin, le CComp investigations a formé les nouveaux collaborateurs du Secrétariat dans le domaine des perquisitions afin d'assurer sa parfaite capacité opérationnelle.

#### **6. Relations internationales**

La Comco continue à soigner ses relations avec d'importantes autorités de la concurrence à l'étranger. L'intensité et la qualité de ces contacts n'arrivent cependant pas à combler les lacunes entraînées par le manque d'un cadre institutionnel fiable tel que le serait un accord de droit international public régissant la coopération entre autorités de la concurrence. Ce manque complique considérablement l'application de la LCart par la Comco. Un premier pas dans la bonne direction a été fait avec les négociations menées par le Seco, et auxquelles a participé la Comco, en vue d'un accord de libre-échange entre la Suisse et le Japon, qui inclut des règles en matière de coopération pour les questions de concurrence. Finalement, des visites officielles du Conseil de la concurrence français ainsi que de l'autorité de la concurrence de la Finlande ont eu lieu.

**OCDE:** La Comco a participé aux trois meetings annuels à Paris organisés 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". Dans le domaine des comportements unilatéraux, des tables rondes ont été notamment tenues sur le refus de contracter et sur les lignes directrices sur l'abus de pouvoir monopolistique. Dans le domaine des accords, l'accent a été mis sur les pratiques favorisant les accords illicites dans les oligopoles et le rôle des associations professionnelles. Dans le domaine des fusions, la complexité de ce type de procédure a été illustrée avec notamment des tables rondes sur l'analyse des concentrations verticales et l'utilisation de données complexes (analyses économétriques, sondages de consommateurs, etc.). Divers ateliers ont été organisés autour du thème de la poursuite pénale des infractions au droit de la concurrence (dont un atelier pour les juges et procureurs). Du point de vue des secteurs économiques, les professions juridiques, la sécurité énergétique et les

taxis ont été discutés au sein de l'OCDE en 2007. Sept contributions écrites ont été préparées pour ces rencontres par la délégation suisse (Comco et seco). D'ailleurs, la Suisse a été pays examinateur des Pays-Bas lors du peer review de ce pays sur le retail banking.

**ICN:** La Comco a pris part à la sixième conférence annuelle de l'International Competition Network, qui s'est tenue fin mai 2007 à Moscou. Le Secrétariat a également participé au "Merger Workshop" organisé au mois d'avril à Dublin ainsi qu'au "Cartel Workshop" organisé fin octobre début novembre à San Salvador. Le Secrétariat a en outre entamé la préparation de la huitième **conférence annuelle qui se déroulera en Suisse durant l'année 2009.**

**CNUCED:** Le Secrétariat a participé à la réunion semestrielle du programme d'assistance technique en faveur de cinq pays d'Amérique latine (COMPAL) dans le cadre de la CNUCED à Genève le 20 juillet 2007. Les différents pays y ont exposé les succès réalisés par rapport aux objectifs fixés par le programme soutenu par le seco et en collaboration avec la CNUCED et la COMCO. Un bilan positif a été tiré de cette rencontre. Le Secrétariat a reçu deux stagiaires de l'autorité nationale de concurrence salvadorienne ainsi qu'un stagiaire de l'autorité du Costa Rica, durant trois mois chacun. Le Secrétariat est également intervenu lors de la huitième session du Groupe Intergouvernemental d'Experts en Droit et Politique de la Concurrence.

**Projet Vietnam:** Suite à la remarquable expérience vécue lors du projet "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", qui a pris fin en 2006, un nouveau projet nommé "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" a été lancé en 2007. Dans le cadre de ce projet, la collaboration bilatérale entre les autorités de la concurrence vietnamiennes (VCAD) et suisse (Comco) va s'intensifier. Le projet démarre début 2008, et ce pour une durée de 3 ans. Le financement est assuré par le Seco, tandis que le Centre de compétences International est responsable de l'exécution du projet.

## 7. Perspectives

Pour 2008, 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 Comco et son Secrétariat mettront un accent tout particulier sur les cartels de soumission, qui constituent une grave atteinte à la concurrence. La mise en œuvre de la nouvelle Communication relative à l'appréciation des accords verticaux sera également un des points sur lesquels les autorités de la concurrence se concentreront.

Dans le domaine du Marché intérieur, La Comco poursuivra son travail d'information et de soutien auprès des cantons et communes et continuera à faire 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

A la fin de la législature 2003-2007, quatre membres de la Commission depuis sa création le 1er février 1996, ont démissionné. Les quatre membres démissionnaires disposent de grandes connaissances en matière de droit suisse de la concurrence et ont contribué largement, par leur engagement hors du commun, à la nouvelle orientation de la politique suisse de la concurrence. Les membres suivants quittent la Comco pour la fin 2007:

- Prof. Roger Zäch, Vice-Président;
- Prof. Yves Flückiger, Vice-Président;
- Dr. Marino Baldi;
- Dr. Klaus Hug, représentant de Swiss Retail Federation.

Le Président, la Comco et le Secrétariat remercient les membres démissionnaires pour leur engagement au service de la concurrence et leur souhaitent le meilleur et plein succès pour leur avenir.

Pour la législature 2008-2011, le Conseil fédéral a procédé aux nominations suivantes:

- Prof. Vincent Martenet est nouvellement nommé Vice-Président de la Comco;
- Prof. Andreas Kellerhals, de l'Université de Zurich, est nommé membre de la Comco.

En 2007, la Comco a tenu 17 séances d'une journée (séances de Chambres, séances plénières et auditions dans le cadre de procédures).

### 2. Secrétariat

Hormis une fluctuation de personnel normale, il n'y a pas eu de modifications de personnel au sein du Secrétariat de la Comco.

Fin 2007, le Secrétariat employait 65 collaboratrices et collaborateurs (temps pleins et temps partiels), avec un pourcentage de femmes de 50,7%. Ceci correspond à un total de 58,4 équivalent plein-temps. Le personnel se répartit comme suit: 43 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (y.c Direction; 38.9 équivalent plein-temps), 11 stagiaires scientifiques (11 plein-temps) et 11 collaboratrices et collaborateurs au sein du Service Ressources et logistique (8.5 équivalent plein-temps).

## 3. Statistiques

Enquêtes	2007	2006
Menées durant l'année	18	18
reprises de l'année précédente	15	14
ouvertures	3	4
Décisions	7	4
dont adaptation du comportement	3	2
dont accords amiables	1	1
dont décisions de l'autorité	3	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	1
Mesures provisionnelles	2	2
Procédures de sanction selon l'art. 50 ss LCart	0	1
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	28	56
Reprises de l'année précédente	21	46
Ouvertures	7	16
Clôtures	18	35
dont ouverture d'une enquête	1	2
dont accords amiables	6	9
dont sans suite	11	24
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	26	32
Conseils	28	22
Observations de marché	62	46
Autres demandes	212	412
Concentrations		
Notifications	45	29
Pas d'intervention après examen préalable	39	26
Examens approfondis	5	3
Décisions de la Comco	3	0
Réalisations provisoires	0	0
Avis, recommandations, prises de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	1
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	4	2
Suivi des affaires	1	3
Communications (art. 6 LCart)	1	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	84	44
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Avis (art. 10 al. 1 LMI)	0	0
Conseils (Secrétariat)	25	8
Recours (art. 9 al. 2 <sup>bis</sup> LMI)	3	0



A.1

**3. Rapporto annuale 2007 della Commissione della concorrenza****Prefazione del presidente**

Il 2007 è stato un anno contrassegnato da molte decisioni importanti che hanno consentito di progredire nella concretizzazione dell'applicazione del diritto svizzero della concorrenza.

In primo luogo, il nuovo Tribunale amministrativo federale (TAF) ha respinto il ricorso presentato dall'Aeroporto di Zurigo contro una decisione sanzionatoria pronunciata dalla Comco per violazione di misure cautelari. Con questa sentenza il TAF ha confermato che la Comco può ricorrere allo strumento delle sanzioni per imporre il rispetto di misure cautelari e che nella fattispecie l'importo della sanzione, fondato sull'ordinanza sulle sanzioni OS LCart, era adeguato. La Comco potrà basarsi sui considerandi del TAF per emanare altre sanzioni.

Secondariamente, la Comco ha emanato per la prima volta sanzioni dirette in applicazione dell'articolo 49a della legge sui cartelli (LCart). Essa ha inflitto una multa di 333 milioni di franchi a Swisscom Mobile a causa delle sue tasse di terminazione troppo elevate. Una multa di 2,5 milioni di franchi è stata invece inflitta a Publigroupe per aver ostacolato i suoi concorrenti nell'ambito della concessione di spazi pubblicitari sulla stampa scritta. Contro queste due decisioni è stato presentato ricorso al Tribunale amministrativo federale.

In terzo luogo, la Comco ha smascherato e vietato un cartello abilmente architettato per l'assegnazione di lavori di pavimentazione nel Canton Ticino. Questo cartello degli appalti ha danneggiato tanto il Canton Ticino e i Comuni quanto gli appaltatori privati. In seguito allo smantellamento del cartello, i prezzi per questi lavori sono diminuiti di oltre il 30%. Il cartello ha potuto sottrarsi a una sanzione solo grazie al fatto che le imprese coinvolte hanno interrotto l'attività incriminata durante il periodo transitorio previsto nell'ambito della revisione della legge sui cartelli.

I cartelli degli appalti costituiranno quindi uno dei futuri obiettivi delle autorità della concorrenza. Queste ultime vogliono sottolineare, attraverso inchieste mirate e, se occorre, attraverso l'emanazione di decisioni, che i cartelli degli appalti non sono affatto piccoli imbrogli, ma sono comportamenti che nuocciono gravemente all'economia e allo Stato. Seguendo questa linea, che dovrebbe permettere di ottenere effetti a medio e lungo termine, la Comco vuole rinnovare i successi ottenuti con i suoi vari interventi, ad esempio nel settore automobilistico (il livello dei prezzi in Svizzera si è fortemente avvicinato a quello dei Paesi vicini), nelle telecomunicazioni (dal secondo semestre 2005 i prezzi nella telefonia mobile sono diminuiti di circa il 15%) e nel settore delle carte di credito (oggi sono disponibili diverse carte di credito gratuite e, dopo l'intervento della Comco, le tasse per i commercianti si sono ridotte).

Prof. Walter A. Stoffel  
Presidente della Commissione della concorrenza

## I Riassunto

Il 2007 è stato contraddistinto dall'imposizione delle prime sanzioni dirette molto pesanti e dall'emanazione di decisioni con un potenziale impatto sulla vita quotidiana dei consumatori. In base alla riveduta legge sui cartelli, la Commissione della concorrenza (Comco) ha inflitto in due casi sanzioni per diversi milioni di franchi svizzeri (cfr. Il 2 a e b qui appresso). Inoltre, la Comco e la sua Segreteria si sono pronunciate sulle importanti operazioni di concentrazione intervenute nel commercio al dettaglio (cfr. Il 3 a qui appresso). Queste concentrazioni hanno visto coinvolti i giganti svizzeri del settore, Coop e Migros.

La severità delle sanzioni irrogate ha probabilmente avuto un effetto preventivo su una parte delle imprese: quest'anno molte di esse si sono infatti avvalse del regime del bonus istituito dalla nuova legge (cfr. Il 2 d e Il 3 b qui appresso). Questo sistema consente a un'impresa che denuncia alla Comco un cartello o un'altra limitazione della concorrenza a cui partecipa di evitare completamente o parzialmente la sanzione inflitta alla fine dell'inchiesta.

In più casi, le autorità della concorrenza, essendo in possesso di indizi precisi di una limitazione illecita della concorrenza, hanno effettuato perquisizioni che hanno portato al sequestro, presso le stesse imprese partecipanti, di mezzi di prova che potrebbero dimostrare i fatti denunciati. Nei casi in cui i fatti imputati avevano una componente internazionale, le perquisizioni si sono svolte in collaborazione con le autorità della concorrenza estere (cfr. Il 5 qui appresso).

Oltre a ciò, la Comco e la sua Segreteria hanno inasprito, in diversi settori, le loro misure di lotta contro gli abusi di posizione dominante e contro gli accordi orizzontali e verticali.

Nel settore bancario sono state portate avanti le procedure relative ai mezzi di pagamento. È inoltre stata conclusa un'inchiesta preliminare sul credito al consumo, i cui tassi d'interesse sono sensibilmente più elevati in Svizzera che all'estero. Questo mercato rimarrà sotto la stretta sorveglianza delle autorità della concorrenza, che ne osserveranno l'evoluzione (cfr. Il 1 a qui appresso).

Nel settore della salute pubblica, le autorità della concorrenza si sono concentrate essenzialmente sulle inchieste in corso, su cui si deciderà prossimamente. Esse hanno anche partecipato attivamente ai lavori di revisione della legge sull'assicurazione contro gli infortuni (cfr. Il 1 b qui appresso).

La Comco ha inoltre precisato la sua prassi in materia di raccomandazioni di prezzo emanate dalle associazioni professionali, in particolare nel settore delle professioni liberali. Tali raccomandazioni costituiscono spesso degli accordi illeciti sui prezzi. Le autorità della concorrenza propongono quindi soluzioni alternative, che consentono agli interessati di ottenere un aiuto per la fissazione del prezzo delle loro prestazioni senza tuttavia falsare la concorrenza (cfr. Il 1 c qui appresso).

Nel settore delle infrastrutture, la Comco ha nuovamente rivolto grande attenzione ai mercati delle telecomunica-

zioni e dei media, due settori nei quali ha inflitto multe elevate (cfr. Il 2 a e b qui appresso).

Essa ha inoltre proseguito la sua attività volta a promuovere una deregolamentazione e a evitare limitazioni della concorrenza indotte dalle regolamentazioni statali nell'ambito della politica agricola 2011. Questi sforzi, tuttavia, non sempre producono effetti: l'agricoltura rimane infatti molto regolamentata (cfr. Il 2 c qui appresso).

Nei settori dell'industria e della produzione, la Comco ha esaminato soprattutto le tre grandi fusioni intervenute sul mercato del commercio al dettaglio: l'acquisizione di Denner da parte di Migros, quella di Fust da parte di Coop e, infine, quella di Carrefour sempre da parte di Coop (cfr. Il 3 a qui appresso).

Parallelamente, ha anche potuto portare a termine diverse procedure legate ai mercati edilizi (cfr. Il 3 b qui appresso) e svolgere un'importante attività in materia di accordi verticali e nel settore automobilistico (cfr. Il 3 c qui appresso).

Per quanto riguarda l'applicazione della legge sul mercato interno, la Comco, per la prima volta nel 2007, ha inoltrato dei ricorsi al fine di garantire un'applicazione omogenea del diritto da parte dei Cantoni sul mercato interno. In questo stesso intento, ha fornito diverse consulenze a privati e Cantoni e ha promosso le innovazioni della legge presso un vasto pubblico (cfr. Il 4 qui appresso).

La fine della legislatura 2003-2007 è coincisa con la fine del mandato di quattro membri della Comco, che hanno lavorato per dodici anni al servizio del diritto svizzero della concorrenza. Con il loro impegno, i signori Zäch e Flückiger, vicepresidenti, e i signori Baldi e Hug, hanno dato un importante contributo al riorientamento della politica svizzera in materia di concorrenza. Dopo la loro partenza, il Consiglio federale ha ridotto il numero di membri che compongono la Comco nominando un solo nuovo membro, ossia il signor Kellerhals, professore all'Università di Zurigo. Alla vicepresidenza della Commissione è invece stato nominato signor Martenet, professore all'Università di Losanna (cfr. III 1 qui appresso).

Il rapporto annuale presenta infine una statistica complessiva dei casi trattati nel 2007 (cfr. III 3 qui appresso).

## II Attività nei diversi rami economici

### 1. Servizi

Nell'ambito dei servizi, anche quest'anno l'accento è stato posto sui servizi finanziari e sul settore della sanità pubblica.

Nel settore dei servizi finanziari, la Comco ha trattato per la prima volta una procedura di fusione con implicazioni di tipo essenzialmente verticale (SWX, SIS, Telekurs). Al termine dell'esame preliminare, ha autorizzato la fusione imponendo tuttavia degli oneri.

La Comco ha chiarito varie questioni procedurali nell'ambito di diversi dossier. In particolare, si è pronunciata sulla portata e sugli effetti di un annuncio ai sensi dell'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart, secondo cui un'impresa può annunciare un comportamento che potrebbe contravvenire alla legge sui cartelli ma che non è

ancora stato messo in atto. Essa ha anche affrontato la questione degli effetti della ricusazione di un membro della direzione sugli atti d'inchiesta già intrapresi nell'ambito di una procedura.

#### a. Settore bancario

Nel settore bancario, la Comco ha avviato, nel febbraio 2007, un'inchiesta nei confronti di **Telekurs** per limitazione della concorrenza sul mercato dei terminali di pagamento. Telekurs Multipay e Telekurs Card Solutions hanno rifiutato ad altri fabbricanti di terminali l'accesso alla funzione di **Dynamic Currency Conversion (DCC)**. Il sistema DCC permette, in caso di transazioni con carte di credito o di debito, di convertire in un'altra moneta nazionale l'importo della fattura indicato sul terminale di pagamento del commerciante. Questa funzione consente quindi a un cliente straniero di scegliere, direttamente al terminale, se effettuare il suo pagamento in franchi svizzeri o nella sua moneta nazionale. In quest'ultimo caso, il detentore della carta è a conoscenza sia del tasso di conversione che dell'importo finale che sarà addebitato sul suo conto. I commercianti che hanno stipulato un contratto con Telekurs Multipay potevano offrire la funzione DCC soltanto se disponevano di un terminale della società affiliata Telekurs Card Solutions, poiché Telekurs si rifiutava di divulgare le informazioni (interfacce) che avrebbero permesso agli altri fabbricanti di terminali di proporre questa funzione ai commercianti. Dato che Telekurs Multipay ha accettato di modificare il suo comportamento per la durata dell'inchiesta, garantendo quindi l'accesso alla funzione DCC, la Comco ha rinunciato ad adottare le previste misure cautelari. L'inchiesta, tuttavia, prosegue allo scopo di determinare se Telekurs Multipay ha infranto la legge sui cartelli.

Nel corso delle indagini, il vicedirettore incaricato del dossier ha deciso di ricusarsi per evitare qualsiasi ambiguità circa eventuali pregiudizi dovuti a un colloquio avuto con Telekurs nell'ambito di un altro caso. Telekurs ha pertanto chiesto che tutti gli atti d'inchiesta fossero ripetuti. Con decisione incidentale del 5 novembre 2007, la Comco si è rifiutata di ripetere gli atti d'inchiesta in quanto i motivi di ricusazione e la ricusazione stessa erano intervenuti solo molto tempo dopo che tali atti erano stati intrapresi (DPC 2007/4, p. 649).

Nel dossier riguardante l'introduzione di una Domestic Multilateral Interchange Fee (DIMF) tra gli issuer (emittenti) di **carte di debito Maestro**, come quella già applicata per i sistemi di carte di credito Visa e Mastercard, la Comco aveva rinunciato ad avviare un'inchiesta essendo stata adita nell'ambito di un annuncio secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart e trattandosi quindi soltanto di un progetto, ancora privo di effetti sui mercati interessati.

Le parti hanno chiesto alla Comco di aprire un'inchiesta e di pronunciarsi formalmente, in una decisione d'accertamento, sulla questione dell'ammissibilità dell'introduzione di una DIMF per le carte di debito Maestro. Con decisione del 7 maggio 2007, la Comco si è rifiutata di entrare nel merito di questa domanda (DPC 2007/3, p. 478).

- Da un lato, la Comco ritiene, in base a un'idea avvalorata dalla dottrina e dalla giurisprudenza,

che non vi sia un diritto all'apertura di un'inchiesta. Essa dispone di una libertà d'apprezzamento per decidere, in funzione degli indizi in suo possesso, se avviare o meno una procedura d'inchiesta. Nella fattispecie si tratta soltanto di un progetto che non esplica effetti sul mercato, per cui non ci sono indizi di una limitazione della concorrenza che richieda l'apertura di un'inchiesta.

- Secondariamente, non vi è un diritto a ottenere dalla Comco una decisione d'accertamento, né in virtù della legge sulla procedura amministrativa, né in virtù dell'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. In base alle norme generali stabilite dalla legge sulla procedura amministrativa, una decisione d'accertamento può essere emanata soltanto su una questione precisa, non come nel caso in oggetto. La questione della liceità di un comportamento alla luce della legge sui cartelli può essere risolta unicamente nell'ambito di una procedura prevista espressamente dalla legislazione sui cartelli (inchiesta preliminare, inchiesta) e non con una decisione d'accertamento separato.

- Infine, le parti non hanno alcun interesse immediato a far accertare se il loro progetto è legittimo o meno. Non vi è dubbio che, al termine della procedura d'inchiesta preliminare aperta dopo che le parti avevano segnalato il progetto, la Segreteria della Comco è giunta alla conclusione che l'accordo vertente sull'introduzione di una DIMF costituiva un possibile accordo illecito in materia di concorrenza. Tuttavia, il rischio concreto di eventuali sanzioni pronunciate al termine di un'inchiesta che la Comco potrebbe avviare se le imprese introducessero una DIMF non costituisce un interesse sufficiente per emanare una decisione d'accertamento. In effetti, l'annuncio ai sensi dell'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart non ha lo scopo di chiarire in modo definitivo la questione della liceità di un comportamento. Esso riguarda unicamente le conseguenze di un'eventuale inchiesta secondo l'articolo 26 LCart, ossia la questione della rinascita del rischio di sanzione. Non è quindi possibile dedurre dall'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart un obbligo per le autorità della concorrenza di pronunciarsi definitivamente su una fattispecie precisa nell'ambito di una procedura d'accertamento. L'impresa che annuncia un caso nell'ambito della procedura di cui all'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart è interamente responsabile del comportamento che intende adottare.

In seguito al ricorso interposto, il caso è attualmente pendente davanti al Tribunale amministrativo federale.

La Comco si è anche occupata della **concentrazione tra SWX, SIS e Telekurs**, il primo caso nel quale hanno dovuto essere esaminate questioni di tipo verticale. L'esame preliminare ha rilevato indizi secondo cui la concentrazione tra queste tre imprese offre alle banche svizzere nuove possibilità di escludere e di discriminare potenziali concorrenti, creando in tal modo le premesse per un rafforzamento della posizione delle tre imprese interessate. La Comco ha quindi deciso di vincolare la

sua approvazione a diversi oneri che obbligano SWX e SIS a mettere le loro infrastrutture a disposizione degli altri offerenti. Ciò deve permettere di garantire un'apertura dell'infrastruttura nazionale del mercato finanziario secondo i seguenti principi:

- garanzia di un accesso non discriminatorio e dell'interoperabilità tra i concorrenti;
- libertà di scelta delle banche e dei commercianti nell'ambito di transazioni in borsa;
- creazione di trasparenza dei prezzi e divisione dei prodotti e dei servizi.

Questi oneri in futuro garantiranno un'apertura dell'infrastruttura del mercato finanziario come anche un libero accesso al mercato borsistico e all'esecuzione delle transazioni in borsa. Gli eventuali problemi a livello di sorveglianza dovranno essere esaminati dalla Commissione federale delle banche (DPC 2004/4, p. 557).

A fine anno la tendenza alle fusioni nel settore finanziario si è rafforzata. Le autorità della concorrenza hanno esaminato diverse fusioni nel settore bancario. Fra l'altro, hanno approvato la vendita della piattaforma IT **Unicible a IBM** e la creazione di un'impresa comune (Entris) tra la Banca cantonale bernese e RBA Holding AG. La Segreteria è inoltre chiamata sempre più spesso a pronunciarsi su progetti di concentrazioni di imprese nell'ambito di procedure di offerte pubbliche d'acquisto, come è stato il caso per l'acquisizione della banca **ABN Amro**, alla quale erano interessate la Barclays Bank e un consorzio formato dalla Royal Bank of Scotland, dalla Fortis e dalla Banco de Santander.

Infine, la Comco e la sua Segreteria si sono occupate, nell'ambito di un'inchiesta preliminare, del **credito al consumo in Svizzera** (DPC 2007/3, p. 364). La procedura ha riguardato i rapporti di concorrenza tra i fornitori di credito al consumo in Svizzera e le attività di informazione delle due banche dati sui crediti ZEK e IKO. La Segreteria della Comco ha potuto appurare che il tasso d'interesse medio per il credito al consumo in Svizzera era sceso nel corso degli ultimi anni. Parallelamente, il leader nel settore ha perso quote di mercato e nuovi attori hanno stimolato la concorrenza. Nel settore delle banche dati sui crediti non è stato rilevato alcun indizio di una limitazione della concorrenza. Le autorità della concorrenza sono d'avviso che simili banche dati possono favorire la concorrenza se nuovi fornitori hanno la possibilità di accedervi facilmente e senza discriminazioni in modo da poter competere ad armi pari con i loro concorrenti. La Comco ha quindi rinunciato ad avviare un'inchiesta più approfondita in merito. Tuttavia, siccome in Svizzera i tassi d'interesse per il credito al consumo sono tendenzialmente più alti che all'estero, la Segreteria continuerà a sorvegliare questo mercato. La Comco si riserva la possibilità di aprire un'inchiesta se la tendenza osservata a favore di una maggiore concorrenza non dovesse confermarsi o se l'accesso di nuovi fornitori fosse reso più difficile se non impossibile. A tale proposito, si terranno in considerazione le misure introdotte nell'UE per creare un mercato interno nel settore dei mercati finanziari e la nuova legislazione sul credito al consumo, attualmente discussa a livello comunitario.

## b. Sanità pubblica

Alla fine di novembre 2007 il Consiglio federale ha posto in consultazione la **revisione della legge sull'assicurazione contro gli infortuni** (DPC 2007/2, p. 317). Le osservazioni formulate dalle autorità della concorrenza nel corso degli ultimi otto anni, soprattutto nell'ambito del gruppo di lavoro «Futuro della SUVA» e del gruppo «Analisi empirica dell'utilizzazione dei costi nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni» sono state in gran parte recepite (ad es. eliminazione dei premi netti unici).

Le autorità della concorrenza quest'anno sono state particolarmente impegnate nell'esame delle attività accessorie della SUVA che potrebbero essere autorizzate. Esse ritengono che tali attività debbano essere ammesse unicamente se sono giustificate da una disfunzione del mercato o da un problema di ripartizione. Anche in questi casi bisognerebbe comunque dimostrare che l'intervento statale è atto a raggiungere lo scopo desiderato con il minimo di effetti collaterali indesiderati e con i minori costi possibili. In altri termini, chiedono che si proceda a una valutazione degli effetti della regolazione.

Il Consiglio federale ha deciso lo scorso autunno di attendere informazioni supplementari prima di pronunciarsi definitivamente su attività accessorie quali la gestione di cliniche di cura e di riabilitazione, la liquidazione di danni per terzi, le prestazioni per la salute pubblica, lo sviluppo di prodotti di sicurezza, la consulenza e la formazione nel settore della promozione della salute sul lavoro o l'offerta di assicurazioni complementari per perdita di guadagno. Le autorità della concorrenza, visti gli sforzi che hanno compiuto in tale ambito, considerano questa decisione un successo.

Nel settore della sanità pubblica la Segreteria ha proseguito le inchieste relative a **Documed** e all'eventuale accordo verticale sui prezzi dei **farmaci fuori lista** avviate rispettivamente nel 2005 e nel 2006 (cfr. rapporto annuale 2006). Nell'ambito dell'inchiesta relativa a un eventuale accordo sui prezzi dei medicinali fuori lista, la Segreteria ha effettuato una vasta indagine presso 800 operatori del mercato, farmacisti e medici dispensanti per poter disporre di un campionario statisticamente rappresentativo del mercato. In tale contesto, la Comco ha dovuto prendere delle decisioni fondate sull'obbligo di fornire informazioni per costringere alcuni operatori del mercato a rispondere ai suoi questionari (DPC 2007/3, p. 480). I dati ottenuti sono sottoposti al vaglio della Segreteria.

Quest'ultima ha anche proseguito l'inchiesta relativa ai **contratti tariffari delle assicurazioni complementari nel Canton Lucerna**. Dopo che lo scorso anno aveva chiarito la questione dell'esistenza di prescrizioni riservate ai sensi dell'articolo 3 LCart, nel 2007 la Segreteria ha potuto continuare l'inchiesta in modo approfondito. Una decisione in merito è attesa per il 1° semestre 2008.

La Comco si è inoltre pronunciata sull'**acquisizione della società Unilabs SA da parte di Capiro AG**, autorizzandola in quanto non crea né rafforza una posizione dominante sul mercato.

Alla fine del 2007 è stata notificata la fusione tra le assicurazioni malattia CSS e Intras.

### c. *Raccomandazioni di prezzo*

Dall'entrata in vigore della riveduta legge sui cartelli, la Comco è stata regolarmente chiamata a esaminare raccomandazioni orizzontali in materia di prezzi o di tariffe di associazioni professionali (che vanno distinte dalle raccomandazioni verticali, per le quali si applica la Comunicazione della Comco riguardante la valutazione degli accordi verticali). Nel 2007, le autorità della concorrenza hanno incontrato i rappresentanti dell'Unione svizzera delle professioni liberali (USPL), hanno informato diverse associazioni professionali e hanno chiuso un'inchiesta preliminare riguardante gli onorari degli avvocati. Nell'ambito di tali contatti e procedure hanno potuto sviluppare la loro prassi in materia.

Le associazioni economiche e le organizzazioni di categoria promuovono accordi sui prezzi (diretti o indiretti) tra i loro membri emanando raccomandazioni di prezzo, prezzi indicativi, liste di prezzi o schemi di calcolo. Un catalogo di prestazioni contenente tariffe o prezzi non costituisce in principio uno schema di calcolo ai sensi della Comunicazione della Commissione della concorrenza del 4 maggio 1998 relativa agli schemi di calcolo (DPC 1998/2 p. 357 segg.) ma è per principio considerato come un accordo sui prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 lettera a LCart. Se la raccomandazione di prezzo non elimina la concorrenza ma la intralcia notevolmente, occorre esaminare se esistono motivi di efficienza economica ai sensi dell'articolo 5 capoverso 2 LCart. I motivi generalmente indicati nel caso delle professioni liberali (trasparenza delle prestazioni, dei prezzi, aiuto per i nuovi operatori del mercato, fatturazione facilitata, protezione dei clienti) non possono essere considerati motivi giustificativi secondo l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Altrettanto problematiche sono le raccomandazioni che tendono a unificare il comportamento degli operatori del mercato.

Le associazioni dispongono di almeno due strumenti alternativi che consentono di rispondere ai bisogni delle professioni liberali, pur rimanendo conformi alla LCart. Si tratta, da un lato, delle descrizioni di prestazioni, senza indicazioni concernenti la tariffa o la ponderazione dei diversi elementi dei costi da prendere in considerazione. Ciò consente ai vari operatori del mercato di fissare autonomamente i loro prezzi. D'altro lato, vi è la possibilità per terzi (fiduciari, Ufficio federale di statistica, università, associazioni di consumatori) di pubblicare dati storici, raccolti su base statistica e anonimizzati. Questi dati sono accessibili al pubblico e forniscono la garanzia che le tariffe non sono obbligatorie.

### d. *Altre attività*

Nel 2007 si è concluso il caso valet parking all'aeroporto di Zurigo **Unique**. Per questo dossier, la Comco nel 2003 aveva ordinato misure cautelari che erano state confermate dalla REKO-WEF. Dato che Unique non si era attenuta a tali misure, la Comco aveva emanato, nel dicembre 2005, una sanzione per contravvenzione a una decisione esecutiva delle autorità della concorrenza secondo l'articolo 50 LCart. Nel settembre 2006 la Comco ha inflitto a Unique una sanzione diretta al termine della procedura d'inchiesta per abuso di posizione dominante. Questa decisione non è stata impugnata.

Unique aveva opposto ricorso contro la sanzione pronunciata in virtù dell'articolo 50 LCart. Il 15 ottobre 2007 il Tribunale amministrativo federale ha emanato la sua decisione su questo caso (DPC 2004/4, p. 653 segg.) appoggiando integralmente la posizione della Comco. Di questa prima decisione in materia di un'autorità di ricorso vanno ritenuti i seguenti elementi:

- L'articolo 50 LCart, benché non lo indichi espressamente, è applicabile anche per far rispettare misure cautelari esecutive.
- La fondatezza della decisione che non è rispettata non deve essere riesaminata nell'ambito di una procedura secondo l'articolo 50 LCart.
- Come per l'articolo 49a capoverso 1 LCart, non è necessario che vi sia un'intenzionalità ai sensi del diritto penale.
- Infine, il Tribunale amministrativo federale non ha contestato lo schema di calcolo né l'ammontare della sanzione.

Poiché Unique ha rinunciato a ricorrere presso il Tribunale federale, il caso è stato archiviato.

La Comco prosegue inoltre il suo impegno a favore dell'introduzione del principio **Cassis-de-Dijon** nell'ambito della revisione della legge sugli ostacoli tecnici al commercio, posta in consultazione alla fine del 2006. Nella sua presa di posizione del marzo 2007, la Comco rileva come sia importante che i prodotti immessi sul mercato europeo possano circolare liberamente anche in Svizzera. L'introduzione unilaterale del principio Cassis-de-Dijon nella legislazione svizzera consente una rapida risoluzione delle limitazioni della libera circolazione delle merci. Ai fini della concorrenza e della parità di trattamento dei diversi operatori del mercato è indispensabile che nella legge siano inserite misure contro la discriminazione degli operatori indigeni. A tale riguardo, il diritto di ricorso della Comco previsto nel progetto è accolto favorevolmente. Infine, perché la revisione dia i risultati sperati, bisogna limitare al massimo le eccezioni al suddetto principio. La Comco ritiene che la revisione della legge sugli ostacoli tecnici al commercio sia sulla buona strada.

La Commissione della concorrenza si è anche impegnata a favore dell'introduzione del principio dell'esaurimento internazionale nel diritto dei brevetti per facilitare le **importazioni parallele** e rendere più difficile l'isolamento del mercato svizzero da parte dell'estero. Di conseguenza, deplora la decisione del Consiglio federale di introdurre il principio dell'esaurimento nazionale nella legge sui brevetti. Per definizione, l'esaurimento nazionale consente la discriminazione dei prezzi nei confronti della Svizzera e la riduzione o la soppressione della concorrenza intrabrand (fra distributori che vendono prodotti della stessa marca), spesso senza che una concorrenza interbrand (fra produttori di marche diverse) sia presente o sufficiente. Inoltre, la legge sui cartelli non consente di eliminare le limitazioni delle importazioni parallele in generale, ma soltanto caso per caso se le condizioni previste dalla legge sono adempiute. Il principio dell'esaurimento internazionale avrebbe rappresentato per la Svizzera, alla luce del suo attuale stato di integrazione europea, la soluzione migliore.

## 2. Infrastrutture

La Comco ha proseguito i suoi sforzi per stimolare la concorrenza anche nei mercati legati alle infrastrutture.

All'inizio dell'anno ha potuto chiudere due importanti inchieste nel settore delle telecomunicazioni e dei media, che hanno comportato pesanti sanzioni dirette. Le sanzioni inflitte sono infatti ammontate in entrambi i casi a diversi milioni di franchi.

La Commissione si è occupata di diverse concentrazioni di imprese in tutti i settori delle infrastrutture. Una sola di queste (Fenaco/Steffen-Ris) è stata sottoposta a un esame approfondito, mentre le altre hanno potuto essere autorizzate entro un mese dall'esame preliminare. Anche in questi casi la Segreteria ha dovuto effettuare accertamenti approfonditi presso gli operatori dei mercati interessati per assicurarsi che l'operazione di concentrazione progettata non avrebbe creato né rafforzato una posizione dominante che avrebbe rischiato di eliminare una concorrenza efficace.

Sono inoltre pervenute alla Comco denunce accompagnate da richieste di adozione di misure cautelari. In due casi si chiedeva di vietare a un'impresa dominante di lanciare una nuova offerta sul mercato perché ne sarebbe risultata una violazione del diritto della concorrenza. Simili misure richiedono una certa prudenza: in effetti, la Commissione della concorrenza deve garantire il buon funzionamento della concorrenza sul mercato ma non deve porre un freno all'innovazione. Vietare a un'impresa di lanciare un nuovo prodotto fino al termine della procedura non è una soluzione opportuna anche se esistono indizi in base ai quali questa offerta potrebbe falsare la concorrenza.

### a. Telecomunicazioni

Nel settore delle telecomunicazioni, la Comco ha chiuso l'inchiesta concernente le **tariffe di terminazione nella telefonia mobile** per il periodo fino al 31 marzo 2005. Con decisione del 5 febbraio 2007 ha sanzionato Swisscom Mobile per abuso di posizione dominante (DPC 2007/2, p. 241). Essa ha ritenuto che Swisscom Mobile detenesse una posizione dominante sul mercato e che ne abusasse imponendo un prezzo iniquo a scapito dei clienti finali. Per determinare il carattere iniquo della tassa di terminazione di Swisscom Mobile, la Comco si è basata sui prezzi praticati sui mercati esteri paragonabili e su un'analisi della situazione fondata sul metodo dei costi. La Comco ha quindi sanzionato Swisscom Mobile, per questa infrazione alla legge sui cartelli, con una sanzione dell'ammontare di 333'365'685.- franchi, fissata in funzione del tipo e della gravità dell'infrazione. Si tratta della sanzione più elevata inflitta dalla Comco dall'entrata in vigore della riveduta legge sui cartelli. Contro questa decisione è attualmente pendente un ricorso davanti al Tribunale amministrativo federale. L'inchiesta continua per i fatti successivi al 31 marzo 2005.

Nel settembre 2007 la Comco ha inoltre fornito alla Commissione della comunicazione (ComCom) una perizia che constata la posizione dominante di Swisscom nell'ambito dell'**accesso Internet a flusso di bit ad alta velocità (Bitstream)**. Swisscom è infatti la sola impresa che, grazie alla sua rete di connessione estesa su tutto il

territorio (ultimo chilometro), è in grado di proporre ad altri fornitori, per tutta la Svizzera, prestazioni intermedie per le offerte Internet a banda larga. Gli altri fornitori di servizi di telecomunicazione dipendono quindi dalle prestazioni di Swisscom in quanto non esistono soluzioni alternative. La pressione competitiva indiretta esercitata dagli operatori di reti via cavo è minima vista la loro copertura limitata e frammentata. Questa perizia ha permesso alla ComCom di costringere Swisscom a offrire un accesso a flusso di bit ad alta velocità agli altri fornitori di servizi di telecomunicazione.

Infine, la Segreteria ha contattato gli operatori di telecomunicazione nell'ambito di un'osservazione del mercato in seguito all'introduzione della nuova regolamentazione europea relativa al **Roaming international**. Queste tariffe sono quindi state oggetto di nuove trattative tra gli operatori svizzeri ed europei. La Segreteria ha potuto constatare che gli operatori svizzeri hanno reagito all'abbassamento delle tariffe di roaming in Europa riducendo a loro volta le proprie tariffe.

### b. Media e pubblicità

Nel settore dei media e della pubblicità la Comco ha pronunciato nel marzo 2007 una decisione nei confronti di **Publigroupe**, sanzionando questa azienda con una sanzione di 2,5 milioni di franchi per abuso di posizione dominante (DPC 2007/2, p. 190). La Comco ha constatato che Publigroupe deteneva una posizione dominante sul mercato della pubblicazione di pubblicità e di annunci sulla stampa scritta. Essa ha abusato di questa posizione discriminando gli altri intermediari per quanto riguarda le commissioni versate per la pubblicazione di annunci, isolando così il mercato. Quale appaltatrice di giornali affermati, Publigroupe si è infatti rifiutata, in base ai propri criteri di selezione, di pagare una commissione per gli annunci negoziati da diverse piccole imprese d'intermediazione indipendenti. Molti di questi criteri sono stati ritenuti contrari al diritto della concorrenza. La Comco ha dunque contribuito a proteggere la concorrenza sul mercato dell'intermediazione di pubblicità e annunci, e di ciò beneficeranno soprattutto le PMI. L'importo della multa è stato fissato tenendo conto del fatto che nel corso dell'inchiesta Publigroupe si è impegnata a modificare la sua prassi in materia di commissioni. Contro questa decisione è attualmente pendente un ricorso davanti al Tribunale amministrativo federale.

La Comco ha inoltre autorizzato l'**acquisizione di Espace Media Groupe da parte di Tamedia AG** (DPC 2007/4, p. 605). Queste due imprese sono attive su diversi mercati dei media, come ad esempio i quotidiani e i giornali destinati ai pendolari, la radio, la televisione e i portali Internet. Tamedia svolge la sua attività principalmente nella regione zurighese, mentre Espace Media Groupe è attivo nella regione Mittelland. Al termine di un esame preliminare dettagliato, la Comco è giunta alla conclusione che le aziende mediatiche affermate sui mercati nazionali saranno ancora abbastanza numerose e garantiranno una sufficiente concorrenza. Sui mercati regionali la concentrazione non modifica i rapporti di forza.

### c. *Agricoltura*

Nel 2007 il Consiglio federale ha posto in consultazione una serie di ordinanze concernenti l'attuazione della **Politica agricola 2011**. La Comco si era già pronunciata nel dicembre 2005 nell'ambito della consultazione sulla politica agricola (DPC 2005/4, p. 661 segg.). Con la sua Segreteria ha proseguito il proprio impegno, nell'ambito di tre consultazioni degli uffici e di una procedura di consultazione, per una più ampia deregolamentazione, una maggiore flessibilità per gli agricoltori affinché possano diversificare la loro produzione e per evitare il più possibile che la regolamentazione provochi delle limitazioni della concorrenza. Un primo pacchetto di ordinanze è stato adottato nel novembre 2007. Gli elementi chiave della politica agricola 2011 saranno attuati nell'ambito di un secondo pacchetto di ordinanze nel corso del 2008. Benché questo settore resti ampiamente regolamentato e soprattutto all'applicazione della LCart, la Comco e la Segreteria continueranno il loro lavoro in vista di una regolamentazione conforme alla legislazione sulla concorrenza nell'ambito delle consultazioni relative a questo secondo pacchetto di ordinanze.

La Comco ha inoltre deciso di procedere all'esame approfondito del **rilevamento della holding Steffen-Ris da parte di fenaco**, che le è stato notificato a fine anno. Questa fusione porterà alla creazione dell'impresa più potente del settore agricolo svizzero, considerato che fenaco e Steffen-Ris fanno parte delle imprese dominanti nel settore dei prodotti agricoli. Al termine dell'esame preliminare, esistono indizi in base ai quali la prevista fusione potrebbe eliminare la concorrenza, soprattutto per quanto riguarda le patate, i prodotti fitosanitari e i concimi. La decisione dipenderà anche dall'apertura o meno del futuro mercato agricolo svizzero, che è oggi un mercato chiuso.

### d. *Altre attività*

Nel settore delle **spedizioni**, la Comco ha avviato nell'ottobre 2007 un'inchiesta nei confronti dell'associazione **SPEDLOGSWISS** e di varie imprese di spedizioni e di logistica. L'inchiesta è partita da un'autodenuncia che ha portato a conoscenza della Comco l'esistenza di accordi tra le imprese di spedizione e logistica concernenti la trasmissione e/o la determinazione comune di soprattasse, tasse e tariffe di spedizione per le prestazioni di spedizione di merci per via aerea, marittima e terrestre (nazionale e internazionale) nonché di tariffe legate alla logistica. L'inchiesta è iniziata con una serie di perquisizioni presso la sede di diverse società a scopo di sequestro dei mezzi di prova. Occorrerà ora verificare se tali accordi esistono realmente e valutare la loro incidenza sul mercato svizzero. Anche l'Unione europea e gli Stati Uniti hanno effettuato perquisizioni motivate dalle implicazioni internazionali di questa vicenda. Affinché le perquisizioni potessero svolgersi contemporaneamente nei diversi Paesi, è stato necessario stabilire un coordinamento a livello internazionale.

Nel settore dell'**energia**, la Segreteria ha condotto due inchieste preliminari che non hanno avuto seguito. La prima riguarda un **contratto concernente la delimitazione dei comprensori di distribuzione tra EWL** (Energie Wasser Luzern) e **CKW** (Centralschweizerische

Kraftwerke AG), che gestiscono entrambe reti di distribuzione dell'elettricità. La Segreteria è giunta alla conclusione che non esistono indizi dell'esistenza di una limitazione della concorrenza. Vista la giurisprudenza del Tribunale federale nella causa Swissgrid, non è scontato che delle reti di distribuzione elettrica possano essere considerate concorrenti. Anche ammettendo che simili accordi costituiscano una limitazione della concorrenza, possono essere giustificati da motivi di efficienza economica. Inoltre, una procedura in materia sarebbe diventata priva di oggetto con l'entrata in vigore, il 1° gennaio 2008, della legge federale sull'approvvigionamento elettrico (LAEI). Questa legge prevede infatti che i Cantoni definiscano i comprensori dei gestori di rete che operano sul loro territorio, rendendo quindi obsoleti i contratti di delimitazione territoriale.

La seconda inchiesta preliminare riguardava il rifiuto di **NOK** (Nordostschweizerische Kraftwerke AG) di autorizzare le aziende elettriche SN Energie AG di San Gallo e EW di Jona-Rapperswil ad allacciarsi direttamente a una rete di più alta tensione, che permetterebbe di ottenere elettricità a miglior prezzo per i clienti finali. La Segreteria ha ritenuto che il rifiuto di NOK non costituisca un rifiuto illecito di intrattenere relazioni commerciali ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera a LCart poiché nella fattispecie non sono adempiuti i criteri di applicazione della teoria delle essential facilities (infrastrutture essenziali). In effetti, anche senza allacciamento diretto alla rete di NOK, le due aziende sono in grado di ricevere l'elettricità di cui hanno bisogno per rifornire i loro clienti finali di energia elettrica (DPC 2007/3, p. 353).

Sul mercato delle bibite, la Comco ha dovuto pronunciarsi **sull'acquisizione delle Fonti Minerali Henniez SA da parte di Nestlé SA**. Al termine dell'esame preliminare, è giunta alla conclusione che la prevista concentrazione non avrebbe creato né rafforzato una posizione dominante, ragione per cui ha rinunciato a procedere a un esame approfondito e ha autorizzato la fusione. Essa ha infatti constatato che dopo la concentrazione sul mercato dell'acqua minerale sussisterà una sufficiente concorrenza per diversi motivi. Sono peraltro presenti importanti gruppi che possono smerciare i loro prodotti attraverso il canale di distribuzione di alberghi, ristoranti, caffè, mense, ecc. Per quanto riguarda il commercio al dettaglio, inoltre, i grandi distributori possiedono un'ampia varietà di proprie marche di acque minerali. Infine, potrebbero attecchire in Svizzera anche marche straniere indipendenti (DPC 2007/4, p. 526).

Sempre nell'ambito della ristorazione, la Segreteria ha dovuto esaminare diversi casi concernenti la **distribuzione di birra**. Essa ha confermato la posizione adottata dalla Comco nel caso Feldschlösschen/Coca-Cola e ha applicato i criteri che vi erano stati sviluppati in relazione all'ammissibilità di contratti di distribuzione esclusivi. Gli accordi di esclusività di durata superiore a cinque anni sono leciti unicamente se sono legati a un prestito, a un comodato o a un altro impegno finanziario e se prevedono la possibilità per i ristoranti, dopo cinque anni, di disdire il contratto in qualunque momento, previo rimborso del debito residuo.

Infine, dopo l'abolizione del prezzo unico dei libri sul mercato del libro germanofono, la Segreteria della Com-

co sta esaminando, nell'ambito di un'inchiesta preliminare, la situazione concorrenziale sul **mercato del libro francofono** nella Svizzera romanda. La situazione è diversa da quella che vigeva nella Svizzera tedesca dato che nella Svizzera romanda non esistono prezzi unici. I libri sono importati in Svizzera da distributori ufficiali, in gran parte affiliati agli editori francesi, che beneficiano di un diritto esclusivo di distribuzione presso le librerie svizzere. Questi distributori maggiorano i prezzi francesi per il mercato svizzero in base a una loro tabella. Si tratta quindi di appurare, da un lato, se esiste un accordo sui prezzi tra i distributori e, dall'altro, se la maggiorazione è giustificata dal profilo economico e se corrisponde a costi di distribuzione effettivamente più elevati in Svizzera. In caso contrario, tale maggiorazione potrebbe essere un elemento costitutivo di abuso di posizione dominante mediante l'imposizione di prezzi iniqui. La Segreteria, che ha raccolto informazioni presso distributori svizzeri e librai, deciderà in merito all'eventuale apertura di un'inchiesta nel 2008.

### 3. Industria e produzione

Nel 2007, l'attività delle autorità della concorrenza nel settore dell'industria e della produzione si è concentrata su tre importanti fusioni nel settore del commercio al dettaglio, ognuna delle quali ha richiesto un esame approfondito. Queste procedure hanno mobilitato importanti risorse presso la Segreteria e la Commissione durante tutto l'arco dell'anno.

Diversi importanti dossier hanno potuto essere evasi nel settore dell'edilizia. Nel Canton Ticino, ad esempio, è stato smantellato un cartello hard core. La Comco ha anche formulato raccomandazioni all'attenzione del Consiglio federale per consentire un miglioramento della concorrenza nell'ambito di future gare di appalto pubbliche per grandi cantieri, come quelli della NTFA.

Un'importante attività di consulenza è stata svolta nel settore automobilistico e infine la Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali è stata riveduta.

#### a. Commercio al dettaglio

Nel 2007 la Comco ha trattato tre casi di concentrazione, tutti molto mediatizzati, che hanno coinvolto i giganti svizzeri del settore del commercio al dettaglio, Migros e Coop.

Nel caso dell'acquisizione di **Denner da parte di Migros** (DPC 2008) l'esame preliminare aveva rilevato indizi secondo cui l'operazione di concentrazione avrebbe potuto condurre al rafforzamento o alla creazione di una posizione dominante sul mercato, ragione per cui nel mese di maggio 2007 si è deciso di procedere a un esame approfondito. La Comco temeva inoltre un possibile rafforzamento degli ostacoli all'ingresso nel mercato del commercio al dettaglio di nuovi concorrenti nonché i probabili effetti sul mercato causati dalla scomparsa di un'eventuale «terza forza» a fronte di Migros e Coop.

Nell'ambito dell'inchiesta approfondita la Segreteria della Comco ha svolto un lavoro considerevole. Lo ha fatto, tra l'altro, raccogliendo informazioni mediante questionari presso imprese concorrenti - in Svizzera e all'estero - fornitori, associazioni e consumatori. Con una delega-

zione della Comco, ha inoltre condotto colloqui con diversi operatori del mercato svizzero e ha ascoltato le parti interessate. Per la prima volta nel quadro dell'esame di una concentrazione, ha richiesto delle perizie a quattro esperti indipendenti al fine di chiarire i fatti e di permettere una comprensione adeguata delle questioni materiali da risolvere nel corso della procedura. Al termine di questo esame circostanziato, il 3 settembre 2007 la Comco ha deciso di autorizzare l'acquisizione di Denner da parte di Migros, assoggettando tuttavia questa approvazione a diversi oneri. La Commissione ha ammesso che, nell'immediato, la concentrazione rafforzi Migros e crei una posizione dominante collettiva di Migros e Coop sul mercato del commercio al dettaglio. Nel segmento di mercato di Denner, questo effetto sarà tuttavia attenuato entro un certo periodo di tempo dal rafforzamento della concorrenza estera.

Un divieto drastico della concentrazione sarebbe stato sproporzionato. Per attenuare l'impatto negativo della concentrazione sul mercato, la Comco ha imposto oneri cospicui per una durata complessiva di 7 anni. Questi ultimi hanno lo scopo di garantire l'indipendenza operativa di Denner, soprattutto in materia di politica dei prezzi, di assortimento e di insediamento. La marca e i negozi Denner, che vendono soprattutto articoli di marca, devono essere mantenuti. In tal modo i consumatori continueranno ad avere un'alternativa a Migros e Coop e i fornitori di articoli di marca potranno ancora contare su questo canale di distribuzione. La Comco vieta inoltre a Migros di acquistare qualsiasi altra impresa attiva nel commercio al dettaglio. Allo scopo di intensificare la concorrenza tra distributori, Migros deve rinunciare alla distribuzione esclusiva dei prodotti. Infine, in caso di cambiamento di fornitori che si trovano in una situazione di dipendenza, le parti dovranno cercare una soluzione individuale per le PMI svizzere interessate.

La Comco ha incaricato una società di revisione indipendente (Deloitte) di controllare che tali oneri e condizioni siano rispettati.

La seconda concentrazione riguarda l'acquisizione di **Fust da parte di Coop**, società madre della catena Interdiscount (DPC 2008). Anche in questo caso, la Comco ha deciso di procedere a un esame approfondito sulla base di indizi che fanno temere il rafforzamento o la creazione di una posizione dominante. Questo esame si focalizza sui mercati della vendita al dettaglio di apparecchi elettronici (piccoli elettrodomestici, audio e video in particolare).

Al termine dell'esame, il 21 novembre 2007 la Comco ha deciso di autorizzare la concentrazione, assoggettandola però anche in questo caso a degli oneri. Dall'esame approfondito è emerso che sui mercati principali esiste una concorrenza sufficiente e che inoltre il mercato è aperto alle imprese estere. L'acquisizione di Fust potrebbe creare una posizione dominante collettiva del gruppo Coop e di Migros soltanto nel settore dei piccoli elettrodomestici. Gli oneri imposti consentiranno di rafforzare la concorrenza su questo mercato. La Comco esige quindi, da un lato, che le imprese del gruppo Coop rinuncino ad accordi di esclusività con i fornitori per gli apparecchi elettrodomestici e l'elettronica



d'intrattenimento. D'altro lato, Fust dovrà condurre per un periodo di 5 anni una propria politica di assortimento, di prezzi e di promozione nel settore dei piccoli elettrodomestici. La Comco ha affidato il controllo del rispetto di tali oneri e condizioni a una società di revisione indipendente (Refidar Moore Stephens AG).

Infine, il 26 novembre 2007 la Comco ha deciso di procedere a un esame approfondito del progetto di rilevamento di **Carrefour da parte di Coop**. I timori della Comco riguardano, da un lato, la posizione di Coop nei confronti di alcuni suoi fornitori su determinati mercati di approvvigionamento, i quali potrebbero ritrovarsi in una situazione di dipendenza economica. D'altro lato, acquistando i 12 negozi di Carrefour, Coop rafforzerebbe la sua posizione sul segmento degli ipermercati e ciò potrebbe dissuadere altri operatori dall'inserirsi su questo mercato a causa delle scarse possibilità di trovare spazi per l'insediamento di simili superfici commerciali.

#### **b. Edilizia**

Il 19 novembre 2007 la Comco si è pronunciata sul **cartello della pavimentazione stradale in Ticino**. Essa ha ritenuto che l'applicazione della convenzione conclusa tra 17 imprese di pavimentazione stradale attive in Ticino costituisca un cartello hard core vertente sui prezzi e sulla ripartizione dei mercati e che quindi violasse in maniera lampante la legge sui cartelli. Questo cartello ha danneggiato i clienti privati, le autorità pubbliche e i contribuenti. La convenzione aveva lo scopo di garantire alle imprese una quota di mercato definita a priori attraverso una ripartizione degli appalti pubblici e privati. Le imprese si riunivano settimanalmente per decidere l'assegnazione degli incarichi e discutere del prezzo. Lo scioglimento del cartello prima dello scadere del periodo transitorio stabilito dal legislatore ha permesso alle imprese coinvolte di sfuggire alle sanzioni previste dalla riveduta legge sui cartelli. Alcune imprese hanno presentato ricorso contro la decisione.

L'inchiesta sul prezzo elevato del cemento e del calcestruzzo per i due tunnel **NFTA** è stata chiusa (DPC 2007/3, p. 489 segg.). Nel caso specifico non è stato constatato nessun accordo illecito tra i fornitori svizzeri di cemento e di sistemi di calcestruzzo necessari alla costruzione delle gallerie di base del Lötschberg e del Gottardo. I prezzi elevati del cemento e del calcestruzzo sono essenzialmente imputabili ai costi di trasporto elevati (accesso difficile) e ad altri costi logistici nonché alle esigenze di qualità. In base ai risultati dell'inchiesta, la Comco ha tuttavia emanato delle raccomandazioni all'attenzione del Consiglio federale in vista delle nuove gare di appalto che saranno indette per le perforazioni nella galleria del Ceneri. Esse dovranno permettere di migliorare le condizioni concorrenziali e la trasparenza dei costi per le future gare di appalto. Le raccomandazioni contengono proposte concernenti le modalità di approvvigionamento di cemento e di calcestruzzo per grandi cantieri, in particolare per la domanda di offerte alternative concernenti il trasporto e gli standard di qualità (DPC 2007/3, p. 489).

La Comco ha concluso l'inchiesta riguardante i prezzi dei **lavori di rinnovo della biblioteca nazionale** (DPC 2008). Questo caso era stato infatti rinviato alla Comco per un'ulteriore chiarificazione e una nuova decisione.

Dall'inchiesta sono emersi indizi dell'esistenza di un accordo illecito tra quattro imprese di costruzione al momento della gara di appalto pubblica per i lavori. Tuttavia, la prova richiesta dalla Commissione di ricorso in materia di concorrenza che il committente disponesse effettivamente di una stima dei costi dettagliata e affidabile non ha potuto essere prodotta. Questa prova sarebbe stata necessaria per documentare la differenza di prezzo tra le quattro offerte di appalto contestate e una stima dei costi affidabile. La Comco ha vietato di contrarre simili accordi in futuro.

Infine, la Comco ha aperto nel luglio 2007 un'inchiesta nei confronti di diverse imprese nel settore dell'edilizia. Una denuncia l'ha infatti portata a conoscenza dell'esistenza di accordi tra imprese produttrici di **serramenti per finestre e porte**. Questi accordi riguardavano i prezzi, l'aumento e i supplementi di prezzo nonché l'aggiudicazione di incarichi nell'ambito di gare di appalto. L'inchiesta è iniziata con una serie di perquisizioni in diverse imprese a scopo di sequestro e conservazione dei mezzi di prova.

#### **b. Accordi verticali**

Nel luglio 2007 la Comco ha riveduto la sua **Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali**. La nuova comunicazione è entrata in vigore il 1° gennaio 2008 (DPC 2007/4, p. 675).

Nella sua formulazione e nella sua struttura il nuovo testo si ispira ampiamente al diritto europeo, senza andare oltre le esigenze previste da quest'ultimo. In generale, la Comco ritiene che i contratti di distribuzione autorizzati dal diritto europeo siano ammissibili anche per il diritto svizzero e, viceversa, considera i contratti vietati dal diritto europeo contrari al diritto svizzero. Del resto, il nuovo testo è stato adeguato in funzione del nuovo articolo 5 capoverso 4 LCart, che introduce la presunzione secondo cui contratti di distribuzione che prevedono un accordo sui prezzi o che contengono una clausola di limitazione territoriale assoluta sopprimono la concorrenza efficace. In tale contesto la Comco attribuisce un'importanza particolare, benché non decisiva, all'esistenza di una concorrenza interbrand, ma continua a tenere conto anche dell'esistenza di vantaggi in termini di efficacia, quali l'apertura facilitata e rapida del mercato svizzero per un nuovo prodotto. La nuova versione della Comunicazione sugli accordi verticali contiene inoltre una disposizione relativa alle raccomandazioni di prezzo. Queste ultime sono equiparate alla fissazione dei prezzi di rivendita quando si presentano come raccomandazioni ma costituiscono in realtà degli accordi nascosti.

Sul **mercato automobilistico**, la Comco ha continuato a far applicare la Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli. La Segreteria ha trattato molti casi concernenti l'aggregazione tra riparatori. I fornitori di autoveicoli devono organizzare le loro reti di riparatori autorizzati in base a un sistema di distribuzione selettiva basato esclusivamente su criteri qualitativi. Ciò significa che devono accettare come riparatori autorizzati tutti coloro che sono in grado di soddisfare questi criteri (obbligo di contrattare). I fornitori sono liberi di fissare i criteri qualitativi che devono essere soddisfatti dai candidati, ma devono

anche applicarli in modo non discriminatorio a tutti i riparatori. Sul mercato della distribuzione di pezzi distaccati l'intervento ha indotto alcuni operatori del mercato a conformare il loro comportamento alla Comunicazione e alla legge sui cartelli. Come per l'aggregazione dei riparatori, i fornitori di autoveicoli hanno l'obbligo di accettare nella loro rete tutti coloro che sono in grado di soddisfare i criteri di qualità prefissati.

#### **d. Altre attività**

La Segreteria della Comco ha chiuso senza darvi seguito l'inchiesta preliminare aperta nei confronti di **armasuisse** nell'ambito dell'acquisto di 20 elicotteri leggeri da formazione e trasporto (DPC 2007/4, p. 517). Essa ha constatato che armasuisse non deteneva, come acquirente, una posizione dominante sul mercato mondiale degli elicotteri leggeri da formazione e da trasporto. Non è stato rilevato nessun indizio di comportamento abusivo ai sensi della legge sui cartelli.

#### **4. Mercato interno**

La riveduta legge sul mercato interno (LMI) sta dando i risultati attesi e le speranze del legislatore quanto al rafforzamento del mercato interno svizzero sembrano realizzarsi.

Gran parte dell'attività del centro di competenza Mercato interno è consistita nel rispondere agli interrogativi e alle domande di privati e autorità preposte all'applicazione della legge. Il centro di competenza ha fornito consulenza a una trentina di privati e a una decina di autorità. Inoltre, ha passato in rassegna le decisioni cantonali pronunciate in applicazione della LMI che gli sono state notificate conformemente al nuovo articolo 10a capoverso 2 LMI.

In diversi casi l'intervento della Comco ha permesso a dei privati di accedere al mercato e ha indotto alcune autorità a rivedere le loro decisioni, in particolare per quanto riguarda gli emolumenti richiesti per le decisioni in materia di accesso al mercato, che sono vietati dalla legge.

Nel 2007 la Commissione della concorrenza si è avvalsa per la prima volta del suo diritto di ricorso in materia di LMI. Ha infatti presentato due ricorsi contro decisioni della Direzione della salute pubblica zurighese che limitavano l'accesso al mercato di psicoterapeuti. Un terzo ricorso è stato presentato contro una decisione vodese che impediva a un avvocato di assumere uno stagista. Nel caso concernente l'accesso di psicoterapeuti al mercato il Tribunale amministrativo zurighese ha dato ragione alla Comco. La Direzione della salute pubblica zurighese ha portato il caso davanti al Tribunale federale. Nel dossier vodese il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso della Comco, che ricorrerà presso il Tribunale federale.

Infine, il centro di competenza Mercato interno si è prodigato nell'ambito della comunicazione per garantire una maggiore visibilità alla LMI. A tale scopo ha attivato una nuova pagina Internet e ha partecipato a numerose manifestazioni durante le quali ha presentato la LMI. Questo impegno si è rivelato proficuo: la LMI è ora meglio conosciuta dal grande pubblico, dalle associazioni professionali e dalle autorità. Lo si constata, in particolare,

nelle decisioni cantonali indirizzate alla Comco, che prendono sempre più in considerazione le esigenze della LMI.

Il rafforzamento della LMI, segnatamente del principio del libero accesso al mercato in virtù delle disposizioni sul luogo di provenienza, ha inoltre spinto i Cantoni a riflettere su un'armonizzazione di alcuni settori a livello intercantonale. Nel settore delle imprese di sicurezza, ad esempio, si sta per giungere all'adozione di un concordato intercantonale. Simili iniziative sono benvenute nella misura in cui contribuiscono alla creazione di un vero e proprio mercato interno svizzero.

#### **5. Centro di competenza Indagini**

Nel 2007 il centro di competenza Indagini ha organizzato e condotto nuove perquisizioni nell'ambito di inchieste di portata nazionale e internazionale. Così facendo ha rafforzato le sue relazioni con le polizie cantonali e federale, il cui appoggio è essenziale alla buona riuscita delle operazioni. Ha inoltre partecipato a riunioni di lavoro con gli specialisti europei dell'investigazione informatica in materia di cartelli. Infine, il centro di competenza Indagini ha formato nuovi collaboratori della Segreteria nel campo delle perquisizioni al fine di garantire la sua perfetta capacità operativa.

#### **6. Relazioni internazionali**

La Comco continua a curare le sue relazioni con importanti autorità estere in materia di concorrenza. La frequenza e la qualità di questi contatti non possono però colmare le lacune dovute alla mancanza di un quadro istituzionale affidabile quale potrebbe essere un accordo di diritto internazionale pubblico che regoli la cooperazione tra autorità della concorrenza. Questa lacuna complica considerevolmente l'applicazione della LCart da parte della Comco. Un primo passo nella giusta direzione è stato compiuto con i negoziati condotti dalla SECO, ai quali ha partecipato anche la Comco, in vista di un accordo di libero scambio tra la Svizzera e il Giappone contenente norme concernenti la cooperazione in materia di concorrenza. Per finire, hanno avuto luogo visite ufficiali del Consiglio della concorrenza francese e dell'autorità della concorrenza finlandese.

**OCSE:** La Comco ha partecipato ai tre incontri annuali organizzati a Parigi dal comitato della concorrenza dell'OCSE e dai suoi tre gruppi di lavoro "Competition and Regulation", "International cooperation and enforcement" e "Competition law and policy". Per quanto riguarda i comportamenti unilaterali si sono in particolare tenute tavole rotonde sul rifiuto di contrattare e sulle linee direttive concernenti l'abuso di potere monopolistico. Nell'ambito degli accordi l'accento è stato posto sulle pratiche che favoriscono gli accordi illeciti negli oligopoli e sul ruolo delle associazioni professionali. Per quanto riguarda le fusioni, la complessità di questo tipo di procedura è stata illustrata soprattutto tramite tavole rotonde sull'analisi delle concentrazioni verticali e sull'utilizzazione di dati complessi (analisi econometriche, sondaggi presso i consumatori, ecc.). Sono inoltre stati organizzati diversi workshop sul tema del perseguimento penale delle infrazioni al diritto della concorrenza (fra cui uno per i giudici e i procuratori). Dal punto di vista dei settori economici, nel 2007 sono state di-

scusse presso l'OCSE questioni concernenti le professioni giuridiche, la sicurezza energetica e i taxi. La Svizzera ha peraltro svolto il ruolo esaminatrice dei Paesi Bassi nel quadro del peer review di questi ultimi sul retail banking.

**ICN:** La Comco ha preso parte alla sesta conferenza annuale dell'International Competition Network tenutasi a fine maggio 2007 a Mosca. La Segreteria ha anche partecipato al "Merger Workshop" organizzato nel mese di aprile a Dublino e al "Cartel Workshop" organizzato a fine ottobre - inizio novembre a San Salvador. La Segreteria ha inoltre avviato la preparazione dell'ottava conferenza annuale che si svolgerà in Svizzera nel 2009.

**CNUCED:** La Segreteria ha partecipato alla riunione semestrale del programma di assistenza tecnica a favore di cinque Paesi dell'America latina (COMPAL) svoltasi a Ginevra il 20 luglio 2007 nel quadro della CNUCED. I vari Paesi vi hanno esposto i successi ottenuti rispetto agli obiettivi fissati dal programma sostenuto dalla SECO e in collaborazione con la CNUCED e la Comco: il bilancio dell'incontro è positivo. La Segreteria ha ospitato due stagisti dell'autorità nazionale della concorrenza del Salvador e uno stagista dell'autorità del Costa Rica, per tre mesi ciascuno. La Segreteria è inoltre intervenuta durante l'ottava riunione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di diritto e politica della concorrenza.

**Progetto Vietnam:** In seguito all'eccellente esperienza vissuta con il progetto «Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong», conclusosi nel 2006, un nuovo progetto denominato "Strengthening the Vietnamese Competition Authorities" è stato lanciato nel 2007. Nell'ambito di questo progetto, la collaborazione bilaterale tra le autorità della concorrenza del Vietnam (VCAD) e della Svizzera (Comco) saranno intensificate. Il progetto sarà avviato all'inizio del 2008 e avrà una durata di 3 anni. Il finanziamento è garantito dalla SECO, mentre il Centro di competenza Internazionale è responsabile dell'esecuzione del progetto.

## 7. Prospettive

Nel 2008 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).

La Comco e la sua Segreteria porranno l'accento in special modo sui cartelli di appalto, che costituiscono una grave violazione della concorrenza. Un altro tema sul quale si concentreranno le autorità della concorrenza è l'applicazione della nuova Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali.

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, ormai a sua disposizione, per assicurare un'applicazione omogenea della nuova legge sui cartelli.

## III. Organizzazione e statistica

### 1. Comco

Alla fine della legislatura 2003-2007, quattro membri della Commissione che occupavano questa funzione sin dal 1° febbraio 1996, data della sua istituzione, hanno dato le loro dimissioni. I quattro membri dimissionari, in possesso di vaste conoscenze in materia di diritto svizzero della concorrenza, hanno contribuito in modo importante, con il loro straordinario impegno, al nuovo orientamento della politica svizzera in materia di concorrenza. Alla fine del 2007 lasciano la Comco i seguenti membri:

- prof. Roger Zäch, vicepresidente;
- prof. Yves Flückiger, vicepresidente;
- dott. Marino Baldi;
- dott. Klaus Hug, rappresentante di Swiss Retail Federation.

Il presidente, la Comco e la Segreteria ringraziano i membri dimissionari per il loro impegno al servizio della concorrenza e augurano loro ogni successo per il futuro.

Per la legislatura 2008-2011, il Consiglio federale ha proceduto alle seguenti nomine:

- il prof. Vincent Martenet è nominato vicepresidente della Comco;
- il prof. Andreas Kellerhals, dell'Università di Zurigo, è nominato membro della Comco.

Nel 2007 la Comco ha tenuto in totale 17 sedute giornaliere (sedute delle camere, sedute plenarie e audizioni nell'ambito di procedure).

### 2. Segreteria

Fatta eccezione per la normale fluttuazione di personale, nella Segreteria della Comco non vi sono stati mutamenti a livello di personale.

Alla fine del 2007 la Segreteria impiegava 65 collaboratori (a tempo pieno e parziale), di cui il 50,7% donne, per un totale di 58,4 posti a tempo pieno. Il personale è così ripartito: 43 collaboratori scientifici (direzione compresa, per un totale di 38,9 posti a tempo pieno), 11 collaboratori scientifici stagisti (11 posti a tempo pieno), 11 collaboratori del Servizio risorse umane e logistica (per un totale di 8,5 posti a tempo pieno)

## 3. Statistica

Inchieste	2007	2006
Eseguite nel corso dell'anno	18	18
Riprese dall'anno precedente	15	14
Aperture	3	4
Decisioni finali	7	4
di cui adeguamenti del comportamento	3	2
di cui conciliazioni	1	1
di cui decisioni delle autorità	3	0
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	2	1
Misure cautelari	2	2
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 segg. LCart	0	1
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	28	56
Riprese dall'anno precedente	21	46
Aperture	7	16
Chiusure	18	35
di cui con apertura di un'inchiesta	1	2
di cui conciliazioni	6	9
di cui senza seguito	11	24
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	26	32
Consulenze	28	22
Osservazioni di mercato	62	46
Altre questioni	212	412
Concentrazioni		
Notifiche	45	29
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	39	26
Esami approfonditi	5	3
Decisioni della Comco	3	0
Realizzazione provvisoria	0	0
Perizie, raccomandazioni, prese di posizione, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	1	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	1
Perizie (art. 47 LCart o 11 LTC)	4	2
Monitoraggio	1	3
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	1
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	84	44
LMI		
Raccomandazioni / Inchieste (art. 8 LMI)	0	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	0	0
Consulenze (Segreteria)	25	8
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	3	0

A.1

**4. Annual Report 2007 of the Competition Commission****Foreword from the President**

2007 was marked by a number of important decisions that have added further practical detail to the way in which Swiss competition law is applied. Firstly, the new Federal Administrative Court (FAC) rejected the appeal filed by Zurich Airport against a sanctions decision issued by the Competition Commission due to a violation of provisional measures. In this judgement, the FAC confirmed that the Competition Commission can resort to imposing sanctions in order to ensure that provisional measures are respected and that the amount of the sanction, based on the ACart Sanctions Ordinance, was appropriate in the case in question. The Competition Commission will be able to rely on this judgement by the FAC when imposing sanctions in other cases.

Secondly, the Competition Commission for the first time issued direct sanctions pursuant to Article 49a ACart. It imposed a fine of 333 million Swiss francs on Swisscom Mobile due to its excessive termination charges. A fine of 2.5 million Swiss francs has been imposed on Publigroupe for obstructing its competitors in renting advertising space in the print media. These two decisions are the subject of appeals before the Federal Administrative Court.

Thirdly, the Competition Commission uncovered and prohibited a sophisticated cartel relating to the award of road surfacing work in the Canton of Ticino. This bidding cartel was prejudicial to all its clients, which include the Canton of Ticino and local communes as well as other private construction companies. After the dissolution of the cartel, the price for this form of work has fallen by more than 30%. The cartel only avoided the imposition of a sanction because the participant companies had ended their activities within the cartel during the transitional period that applies following the most recent revision of the Cartels Act.

Bidding cartels constitute one of the future targets for the competition authorities. They are going to make it clear, by targeted investigations and, if necessary, by decisions, that bidding cartels are certainly not minor infringements, but involve conduct that causes serious damage to the economy and to the state. By acting in this way, aiming for results in the medium to long term, the Competition Commission intends to continue with the success that it has achieved by intervening in a variety of cases, such as in the automobile sector (the level of prices in Switzerland has largely been brought into line with that in neighbouring countries), in the telecommunications sector (the price for mobile telephony has fallen by around 15% since the second half of 2005) and in the area of credit cards (there are now various credit cards that are not subject to a charge and the charges imposed on retailers have fallen since the Competition Commission intervened).

Prof. Walter A. Stoffel  
President of the Competition Commission

## I Summary

2007 will be remembered as the year in which the first truly substantial direct sanctions were imposed and decisions were taken that have a potential impact on the everyday life of consumers. On the basis of the revised Cartels Act, the Competition Commission in two cases imposed sanctions amounting to several million Swiss francs (cf. II 2 a and b below). In addition, the Competition Commission and its Secretariat issued decisions on the major concentrations operating in the retail sector (cf. II 3 a below). Implicated in these concentrations are the two Swiss giants in the sector, Coop and Migros.

The severity of the sanctions imposed probably had a deterrent effect on other companies. Effectively, several of them have this year made use of the incentive scheme introduced by the new Act (cf. II 2 d and II 3 b below). This scheme allows a company that reports a cartel or another restraint of competition in which it is a participant to the Competition Commission to escape all or part of any sanction imposed at the end of the investigation.

In several cases, the competition authorities, having established that there were indications of an unlawful restraint of competition, ordered that searches be carried out. They seized evidence from the premises of the participant companies that was used to substantiate the reported allegations. These searches were partially carried out in cooperation with foreign competition authorities when the allegations made had an international dimension (cf. II 5 below).

In addition, the Competition Commission and its Secretariat have stepped up their campaign against the abuse of dominant positions as well as against vertical and horizontal agreements— and have done so in several sectors.

In the banking sector, the proceedings relating to payment methods have been continued. A preliminary investigation on consumer credits, where the interest rates are appreciably higher in Switzerland than abroad, has been concluded. This market will remain under the supervision of the competition authorities in order to monitor developments (cf. II 1 a below).

In the public healthcare sector, the competition authorities have concentrated primarily on current investigations which will be the subject of decisions in the immediate future. They have also taken active part in the work on the revision of the Accident Insurance Act (cf. II 2 b below).

The Competition Commission has also specified its practice on price recommendations issued by professional associations, in particular in the liberal professions. Such recommendations often amount to unlawful price fixing agreements. The competition authorities have therefore proposed alternative solutions that allow interested parties to obtain guidance on fixing prices for their services without at the same time distorting competition (cf. II 1 c below).

In the field of infrastructure, the Competition Commission has again taken a close interest in the telecommunications and media markets. It is in these two sectors that

heavy fines were imposed by the Competition Commission (cf. II 2 a and b).

In the context of the 2011 agricultural policy the Commission has also continued to press ahead with deregulation and has contributed to preventing distortions of competition caused by federal regulations. Nevertheless, these efforts have no guarantee of success: the agriculture sector effectively remains closely regulated (cf. II 2 c below).

In the industry and production sectors, the Competition Commission has taken a particular interest in the three major mergers in the retail market: the takeover of Denner by Migros, that of Fust by Coop and finally the takeover of Carrefour by Coop (cf. II 3 a below).

At the same time, the Competition Commission has also been able to conclude several proceedings relating to construction markets (cf. II 3 b below) and to carry out important activities with regard to vertical agreements as well as in the automobile sector (cf. II 3 c below).

In relation to the application of the Internal Market Act, in 2007 the Competition Commission for the first time filed appeals in order to guarantee the uniform application of the law on the internal market by the cantons. It pursued the same objective by providing advice in several cases to individuals and to cantons and by publicising the innovations introduced by the law for the benefit of the general public (cf. II 4 below).

The end of the legislative period 2003-2007 has seen the departure of four members of the Competition Commission who have each given twelve years service to Swiss competition law. Through their commitment, Prof. Roger Zäch and Prof. Yves Flückiger, Vice Presidents, as well as Dr. Marino Baldi and Dr. Klaus Hug have all made a significant contribution to the reorientation of Swiss policy on competition. Following their departure, the Federal Council has reduced the number of members of the Competition Commission by appointing only one new member, Prof. Andreas Kellerhals, Professor at the University of Zurich. Prof. Vincent Martenet, Professor at the University of Lausanne, has been appointed Vice President (cf. III 1 below).

Lastly, the annual report provides statistics on all the cases dealt with in 2007 (cf. III 3 below).

## II Activities in the various economic sectors

### 1. Services

In the service sector, the emphasis this year has again been on the financial services and the public healthcare sectors.

In the banking sector, the Competition Commission for the first time dealt with a merger where the implications were primarily vertical in their nature (SWX, SIS, Telekurs). After the preliminary investigation, the Competition Commission cleared the merger by imposing conditions.

Furthermore, the Competition Commission provided clarification on numerous procedural issues in the context of various dossiers. It gave guidance in particular on the scope and the effects of notifications under Art. 49a para. 3 let. a of ACart in terms of which a company may notify conduct that is susceptible of being contrary to the

Cartels Act, but which has not yet taken place. It also considered the question of the effects of the recusal of a member of the Commission in the course of proceedings.

**a. Banking sector**

In the banking sector, the Competition Commission in February 2007 opened an investigation into Telekurs for obstructing competition in the market for payment terminals. Telekurs Multipay and Telekurs Card Solutions have refused to allow other manufacturers of terminals access to the Dynamic Currency Conversion (DCC) system. In a transaction by credit card or debit card, the DCC system permits the amount of bill indicated on the payment terminal at the point of sale to be converted into another national currency. This system thus allows a foreign customer to choose, directly at the terminal, if he wants to make payment in Swiss francs or in his national currency. In the latter case, the cardholder also sees the exchange rate applicable to the final amount that will be debited from his account. The retailers that have entered into a contract with Telekurs Multipay have only been able to offer the DCC function if they have a terminal from its sister company Telekurs Card Solutions, because Telekurs had refused to disclose the information (interfaces) that would have allowed other manufacturers of terminals to offer this function to retailers. As Telekurs Multipay agreed to modify its conduct for the duration of the investigation, thus guaranteeing access to the DCC function, the Competition Commission was not required to impose the provisional measures it had been considering. The investigation is nevertheless continuing in order to determine whether Telekurs Multipay has infringed the Cartels Act.

In the course of the investigation, the assistant director in charge of the dossier decided to withdraw in order to avoid any suspicion of having a preconceived view following discussions with Telekurs in another case. Telekurs accordingly requested that this and all the other investigation procedures be repeated. In a decision on this question dated 5 November 2007, the Competition Commission refused to repeat the investigation procedures on the basis that the reasons for the assistant director withdrawing and his withdrawal itself had not come about until after the procedures had been carried out (DPC 2007/4, p. 649).

In the case of the issuer of Maestro debit cards relating to the introduction of a Domestic Multilateral Interchange Fee (DIMF) as is already applied in the Visa and Mastercard credit card systems, the Competition Commission decided not to open an investigation as the matter had been covered by a notice in terms of Article 49a para. 3 let. a ACart and was therefore simply a project that had not yet had any effects on the markets.

In response to this, the parties requested that the Competition Commission open an investigation and formally issue a declaratory decision on the question of the admissibility of the introduction of a DIMF for debit cards. In a decision dated 7 May 2007, the Competition Commission refused to act on this request (DPC 2007/3, p. 478) on the following grounds:

- Firstly, the Competition Commission considers, based on the doctrine and case law, that there is no right to the opening of an investigation. The Competition Commission has discretion to decide, based on the evidence that it has, whether it should open an investigation or not. In this type of case, provided that it is only a project and does not have any effects on the market, there is no restraint of competition that would necessitate the opening of an investigation.

- Secondly, there is no right to demand a declaratory decision from the Competition Commission, whether by virtue of the Administrative Procedure Act, or by virtue of Article 49 a para. 3 let. a ACart. According to the general rules of the Administrative Procedure Act, a declaratory decision may only be given on a sufficiently specific set of circumstances, which did not pertain in this case. The question of the legitimacy of any conduct under the Cartels Act can only be decided in the course of proceedings relating to competition law (a preliminary investigation or an investigation), and not by a declaratory decision.

- Lastly, the parties do not have any immediate interest in a declaration on the legitimacy or not of their project. It is true that on the issue of the preliminary investigation opened following the announcement of the project by the parties, the Secretariat of the Competition Commission came to the conclusion that the introduction of a DIMF would constitute an agreement on competition that could be illegal. However, the risk of sanctions that may be imposed at the end of an investigation that the Competition Commission could open if the companies were to introduce a DIMF does not constitute sufficient interest for a declaratory decision to be issued. Effectively, notification in terms of Article 49a para. 3 let. a ACart is not intended as means of providing final clarification on the question of the legitimacy of any conduct. It only has bearing on the consequences of an eventual investigation, namely on the question of the possibility of sanctions or not, but does not imply that the notifying company has any right to obtain a final decision on the legitimacy of a project. The company that gives notice of a case in the context of the procedure under Article 49a para. 3 let. a ACart is entirely responsible for choosing the way in which it wishes to conduct itself.

Following the filing of an appeal, the case is currently pending before the Federal Administrative Court.

The Competition Commission also considered the concentration between SWX, SIS and Telekurs, which primarily involved questions relating to vertical arrangements. The preliminary investigation revealed indications according to which the concentration between these three companies offers new opportunities to Swiss banks to isolate and discriminate against potential competitors, and in doing so to be able to reinforce the position of the three companies concerned. The Competition Commission accordingly decided to approve various conditions that require SWX and SIS to place their infra-

structures at the disposal of other providers. This should guarantee the opening of the national infrastructure of the financial market according to the following principles:

- guarantee of non-discriminatory access and of interoperability between competitors;
- freedom of choice for banks and for brokers in relation to stock market transactions;
- creation of transparency on prices and the unbundling of products and services;

The conditions continue to guarantee an open architecture for financial market infrastructure as well as free access to stock market trading and to the execution of stock market transactions. The possible problems relating to the level of supervision will have to be examined by the Federal Banking Commission (DPC 2004/4, p. 557).

Towards the end of the year, there was a marked increase in the level of merger activities in the financial services sector. In this connection, the competition authorities were called on to review various mergers in the banking sector. They approved the sale of the IT platform Unicible to IBM and the creation of a joint venture between the Berner Kantonalbank and RBA Holding AG. The Secretariat has also increasingly been required to adjudicate on plans for concentrations in the context of public takeover offers, as was the case in the takeover of the ABN Amro bank, in which both Barclays Bank as well as a consortium comprising the Royal Bank of Scotland, Fortis and the Banco Santander were interested.

Finally, the Competition Commission and its Secretariat, in the course of a preliminary investigation, have examined the market for consumer credit in Switzerland (DPC 2007/3, p. 364). The proceedings concerned the competitive relations in Switzerland between providers of consumer credit as well as the information activities of the two credit databases, ZEK and IKO. The Secretariat of the Competition Commission noted that the average rate of interest for consumer credit had fallen in Switzerland to the level of previous years. At the same time, the leading company in the sector has lost parts of the market and new players have entered the market, thus stimulating competition. In the field of credit databases, there was no indication of any restraint of competition. Such databases can be favourable to competition if new providers can access them easily and without discrimination in order to benefit from having a level playing field with their competitors. The Competition Commission accordingly decided against opening a more detailed investigation into the matter. On the other hand, as interest rates for consumer credit tend to be higher in Switzerland than abroad, the Secretariat is going to continue to monitor this market. The Competition Commission has reserved itself the possibility of investigating in case the tendency in favour of more competition that has been observed is not confirmed or if the entry into the market of new providers should prove to be more difficult. In this regard, attention will be paid to measures introduced in the EU in order to create an internal market in the field of financial markets, as well as to the new law on consumer credit that is currently being discussed at Community level.

## **b. Public healthcare**

At the end of November 2007, the Federal Council referred the revision of the Accident Insurance Act (DPC 2007/2, p. 317) to the consultative committee stage. The remarks made by the competition authorities over the past eight years, in particular within the working group on the "Future of SUVA" and the group on the empirical cost-benefit analysis of compulsory accident insurance funds have been taken into account on several points (e.g. abolition of the unified net premiums).

The competition authorities are particularly involved this year in matters relating to the ancillary activities of the SUVA that could be authorised. They consider that the ancillary activities of the SUVA only have to be authorised if they are justified by a market failure or problems of allocation. Even in these cases, it would still be necessary to demonstrate that state intervention is suitable for achieving the desired objective with the minimum of undesirable side effects and will lead to the lowest costs possible. In other words, an evaluation of the effects of regulation should be undertaken.

The Federal Council decided last autumn to wait for additional information before making a final decision on ancillary activities such as the management of convalescent clinics and rehabilitation centres, the payment of damages to third parties, public healthcare services, the development of safety products, advisory services and training in the field of health promotion at work or the offer of complementary insurance for loss of earnings. The competition authorities welcome this decision and regard it as an indication that their efforts in relation to this matter have been a success.

In the public healthcare sector, the Secretariat continued the investigations relating to Documed and a possible vertical agreement on the prices of off-list medicines opened in 2005 and 2006 respectively (cf. Annual Report for 2006). In the context of the investigation relating to a possible agreement on the price of off-list medicines, the Secretariat carried out an extensive appraisal of 800 companies involved in the market, and of pharmacists and self-dispensing doctors, in order to be able to obtain a representative statistical random sample of the market. In this context, the Competition Commission had to take decisions based on the obligation to provide information in order to force certain participants in the market to reply to its questionnaires (DPC 2007/3, p. 480). The data obtained is currently being evaluated by the Secretariat.

It also continued the investigation into tariff agreements for supplementary insurance in the Canton of Lucerne. Having clarified the question of the existence of reserved provisions in terms of Article 3 ACart in the course of last year, the Secretariat conducted a more detailed investigation in 2007. A decision in this case is expected in the first half of 2008.

The Competition Commission also issued a decision on the takeover of Unilabs SA by Capio AG. It authorised the concentration as it neither created nor strengthened a dominant position in the market.



The notification of a merger between the health insurance funds CSS and Intras was received at the end of 2007.

### **c. Price recommendations**

Since the revised Cartels Act came into force, the Competition Authorities have been regularly required to examine horizontal recommendations on prices or tariffs made by professional associations (to be distinguished from vertical recommendations, to which the Notice issued by the Competition Commission on the assessment of vertical agreements applies). In 2007, the competition authorities met the representatives of the Swiss Union of Liberal Professions (USPL), provided information to various professional associations, and concluded a preliminary investigation relating to lawyers' fees. In the context of these contacts and proceedings, the competition authorities have been able to further develop their practice in this area.

Economic associations and sectoral organisations may encourage price-fixing agreements (direct and indirect) between their members by issuing price recommendations, target prices, price lists or calculation aids. A catalogue of services with tariffs or prices is basically not regarded as calculation under the Notice of the Competition Commission of 4 May 1998 regarding calculation aids (RPW 1998/2, p. 351), but regarded as a price-fixing agreement in terms of Article 5 para. 3 let. a ACart. When the price recommendation does not eliminate, but seriously affects competition, an examination of whether there are economic efficiency grounds in terms of Article 5 para. 2 ACart is carried out. The grounds regularly cited by liberal professions (transparency of services, of prices, aid for new entrants to the market, simplified billing, protection of clients) cannot be regarded as justification in terms of Article 5 para. 2 ACart. Also problematic are recommendations that have the effect of unifying the conduct of those active in the market.

At least two possible alternative instruments exist for the associations that allow them to respond to the needs of the liberal professions, while at the same time complying with the ACart. These are firstly directories of services, without any indication of the tariff or the weighting of the different cost elements that have to be taken into account. This allows the various actors in the market to set their prices independently. Secondly, it is possible for third parties (accountants, the Federal Statistical Office, universities, consumer organisation) to publish historical data, collected on a statistical basis, and rendered anonymous. This data is accessible to the public and provides the guarantee that the tariffs are not binding.

### **d. Further activities**

The valet parking case involving Zurich Airport (Unique) reached its conclusion in 2007. In this case, the Competition Commission had ordered provisional measures in 2003, which had been confirmed by the Competition Appeals Commission. Unique did not comply with these measures, with the result that the Competition Commission in December 2005 imposed a sanction under Article 50 ACart for the contravention of its own executive decision. In September 2006, at the conclusion of the investigation into an abuse of a dominant position, the Com-

petition Commission imposed a direct sanction on Unique. This decision has not been contested.

However, Unique had appealed against the first sanction imposed by virtue of Article 50 ACart. The Federal Administrative Court made its decision in this case on 15 October 2007 (DPC 2004/4). It fully supported the position of the Competition Commission. The following comments may be made on this first judgement by an appeal authority relating to a Competition Commission sanction:

- Article 50 ACart, despite making no express mention of this, is also applicable in the indirect enforcement of provisional measures.
- In a sanctions procedure under Art. 50 ACart, the substantive accuracy of the underlying decision by the Competition Commission (in the present case the order relating to measures) that has not been complied with may not be re-examined by the appeal authority.
- Sanctions proceedings under Art. 50 ACart – as in the case of proceedings under art. 49a para. 1 ACart – do not require proof of intention as understood in criminal law.
- Lastly, the Federal Administrative Court did not criticise the method of calculation or the level of the sanction.

As Unique decided not to appeal to the Federal Supreme Court against the decision, it was possible to conclude the proceedings.

In addition, the Competition Commission continued to demonstrate its commitment to the introduction of the Cassis de Dijon principle in the course of the consultation procedure on the revision of the Federal Act on Technical Barriers to Trade begun at the end of 2006. In its contribution to the consultation process in March 2007, the Competition Commission stressed the importance of the principle that products that have been lawfully placed on the market in Europe must also be allowed to circulate freely in Switzerland without further formalities. The unilateral introduction of the Cassis de Dijon principle in Swiss legislation allows a rapid elimination of the technical trade barriers that obstruct the free movement of goods.

From the point of view of competition and of equal opportunities for the various market participants, it is important that in the Federal Act on Technical Barriers to Trade contains measures to prevent discrimination against Swiss businesses. In this connection, the right of appeal of the Competition Commission that is provided for in the Act is to be welcomed. In order for the revision to bear fruit, it is essential that exceptions to the Cassis de Dijon-principle be kept to a minimum. In general, the Competition Commission is of the view that the revision of the Federal Act on Technical Barriers to Trade is on the right course.

The Competition Commission has also campaigned for the introduction of the principle of international exhaustion in patent law, in order to simplify parallel imports and to make it more difficult to seal off the Swiss market from foreign competitors. For this reason, the Competition

Commission regrets the decision of the Federal Council to include the principle of national exhaustion in the Patents Act. National exhaustion firstly makes price discrimination against Switzerland possible. It also allows the patent owner to restrict, and in some cases even to prevent intra-brand competition, which is particularly harmful where, as is so often the case, there is already a lack of sufficient inter-brand competition. In addition, it does not allow the Cartels Act to generally prohibit restraints on parallel imports. This will now be possible only on a case-to-case basis if the conditions laid down by the Cartels Act are fulfilled. The principle of international exhaustion would have represented the best solution in view of Switzerland's current status as regards European integration.

## **2. Infrastructure**

The Competition Commission also continued with its efforts to stimulate competition in the markets relating to the infrastructure.

At the start of the year, it was possible to conclude two important investigations in the field of telecommunications and the media, with high direct sanctions being imposed in both cases. The fines in each case amounted to several million francs.

Numerous company concentrations relating to all areas of the infrastructure sector were dealt with. Only one merger (Fenaco/Steffen-Ris) was subjected to a detailed examination, with it being possible to approve the remaining concentrations within a month as part of the preliminary review. However, the Secretariat in these cases had to conduct detailed research into the market participants in order to make sure that the planned concentrations neither led to the creation nor the strengthening of a dominant position that could be assumed to eliminate effective competition.

The Competition Commission also received reports relating to infringements of the Cartels Act that were combined with applications for provisional measures. In two cases, a report of an infringement of competition law was made along with an application for a dominant company to be prohibited from placing a new product on the market. Such measures must be approached with care, as although the Competition Commission has the duty to monitor the functioning of effective competition, it should not prevent or slow down innovation. To prohibit a company from placing a new product on the market for the duration of the proceedings cannot normally be the solution, even if there are indications that point to a distortion of competition.

### **a. Telecommunications**

In the field of telecommunications, the Competition Commission was able to conclude an investigation relating to mobile telephony termination charges for the period up to 31 May 2005. In a decision dated 5 February 2007, it imposed a sanction on Swisscom Mobile for an abuse of a dominant position (RPW 2007/2, p. 241). In the decision, the finding was made that Swisscom Mobile held a dominant position that it had abused by charging disproportionately high prices to the detriment of retail consumers.

In assessing the reasonableness of the Swisscom Mobile termination charges, the Competition Commission looked at prices in comparable markets and the costs of termination in comparable foreign markets. The Competition Commission fined Swisscom Mobile 333'365'685.—Swiss francs for this infringement of competition law, the amount being assessed on the basis of the circumstances and seriousness of the infringement. This is the highest fine handed down by the Competition Commission since the revised Cartels Act came into force. An appeal against the order is pending before the Federal Administrative Court. The investigation is being continued in respect of the period following 31 May 2005.

In September 2007, the Competition Commission provided an expert opinion to the Federal Office of Communications (Ofcom) determining the dominant position held by Swisscom in the area of high-speed bitstream internet access. Swisscom, due to the fact that its local network (the "last mile") covers the whole of Switzerland, is the only company that is able to offer other providers throughout Switzerland wholesale services in relation to broadband access. Other providers of telecommunications services are reliant on Swisscom's wholesale services, as they have no alternative solution. The indirect competitive pressure applied by cable network operators is negligible due to their limited coverage and regional fragmentation. This expert opinion allowed the Communications Commission (ComCom) to require Swisscom to grant high-speed bitstream access to other telecommunications service providers.

The Secretariat also made contact with various telecommunications providers as part of its monitoring of the market due to the new European regulation relating to the international roaming charges. Negotiations were subsequently held between Swiss and European operators in relation to these charges. The Secretariat has noted that Swiss providers have reacted to the low roaming charges in Europe by reducing their own charges.

### **b. Media - Advertising**

In the media and advertising sector, the Competition Commission in March 2007 issued an order against Publigroupe, in which the company was fined 2.5 million Swiss francs for an abuse of a dominant position (RPW 2007/2, p. 190). The Competition Commission established that Publigroupe held a dominant position in relation to placing advertising in the print media. It had abused this position by discriminating against other agents in relation to the charges for placing advertisements and had therefore foreclosed the market. Publigroupe, as the leaseholder of leased newspapers, refused to pay various small agents a fee for advertisements placed, citing the selection criteria that it had itself drawn up. A number of these criteria were regarded as contrary to competition law. The Competition Commission has contributed to protecting competition in the market for placing advertising, benefiting SMEs above all. The level of the sanction results from the nature and seriousness of the infringement, whereby in the present case the fact that Publigroupe in the course of the investigation provided a letter of undertaking to the effect that

it would change its practice on charging commission had a mitigating effect on the level of the fine. An appeal against this order is pending before the Federal Administrative Court.

The Competition Commission also approved the takeover of the Espace Media Groupe by Tamedia AG (RPW 2007/4). Both companies are active in several media markets, such as daily and commuter newspapers, radio, television and internet websites, with Tamedia focusing on the Zurich area, and Espace being primarily active in the Swiss Mittelland. The preliminary investigation showed that a sufficient number of strong media conglomerates remain in the national markets even after the merger, guaranteeing sufficient competition. There was no indication that there would be any change in competitive relations in the regional markets either.

### **c. Agriculture**

In 2007, the Federal Council submitted a series of ordinances regulating the details of Agriculture Policy 2011 to the Competition Commission for its opinion. The Competition Commission had already stated its position in the office consultation procedure on agricultural policy in December 2005 (RPW 2005/4, p. 661). In addition, the Competition Commission and the Secretariat had in the course of the three office consultation procedures and the main consultation procedure expressed their commitment towards widespread deregulation and greater flexibility for farmers in the diversification of their production, as well as to the prevention of restraints of competition through regulation.

A first series of ordinances was approved in November 2007. The key elements of Agriculture Policy 2011 will be introduced in a second package of ordinances in the course of 2008. Although this sector will continue to be strictly regulated and thus not subject to the provisions of ACart, the Competition Commission and the Secretariat will be campaigning for regulatory provisions that conform to competition law within the framework of the office consultation procedures for this second package of ordinances.

The Competition Commission has decided to subject the concentration between fenaco and the Steffen-Ris Holding, notice of which was given at the end of the year, to a detailed examination. The merger would establish by far the most powerful commercial agricultural company, as fenaco and Steffen-Ris Holding are two of the leading companies trading agricultural products. The preliminary examination of the merger has indicated that the planned merger could eliminate competition, especially in the markets for potatoes, plant protection products and plant food. Crucial to the assessment will also be whether the Swiss agricultural trading market, which is currently closed, will start to open up in the future.

### **d. Further activities**

In the transport sector, the Competition Commission opened an investigation in October 2007 into the SPED-LOGSWISS association and other transport and logistics companies. The investigation was opened as a result of a leniency application that notified the Competition Commission of agreements in the transport and logistics sector on the passing on and/or joint fixing of sur-

charges, fees and transport tariffs for freight forwarding services by air, land and sea (national and international). The investigation began with a series of searches of houses and business premises to secure evidence. It will now be examined whether such agreements actually exist and what influence they have on the Swiss market. In the same matter, the European Union and the USA also conducted searches of houses and business premises. Thanks to international coordination, these searches were successfully conducted simultaneously in a number of different countries.

In the energy industry, the Secretariat conducted two preliminary examinations, which were concluded without consequences. The first related to an agreement on the demarcation of distribution areas between EWL (Energie Wasser Luzern) and CKW (Centralschweizerische Kraftwerke AG), which are both operators of distribution networks for electricity. The Secretariat reached the conclusion that there were no indications of any restraint of competition. In view of the principles applied by the Federal Supreme Court in the Swissgrid judgement, there is no clear reason for regarding power distribution network operators as competitors. Although the agreements amount to a restraint of competition, they can also be justified on grounds of economic efficiency. Furthermore, proceedings based on similar circumstances will become unfounded as soon as the Federal Act on the Power Supply (Power Supply Act) comes into force on 1 January 2008. This Act provides that the cantons designate the network areas for network operators active on their territory, thus obviating contracts on the allocation of territories.

The second preliminary investigation related to the refusal of NOK (Nordostschweizerische Kraftwerke AG) to allow the two power distribution companies, SN Energie AG, St. Gallen and EW Jona-Rapperswil, a direct connection to a higher network level, which would have made it possible for the companies to supply electricity at a cheaper price to end consumers. The Secretariat established that the refusal by NOK did not constitute a refusal to deal in terms of Art. 7 para. 2 let. a ACart, because the criteria for application of the essential facilities doctrine were not fulfilled in the case in question. Even without a direct connection to NOK network, the two companies are still able to provide their end customers with an adequate supply of electricity (RPW 2007/3, p. 353).

In the beverage market, the Competition Commission had to adjudicate on the takeover of Sources minérales Henniez AG by Nestlé AG. As the Competition Commission came to the conclusion in the course of the preliminary examination that the planned takeover led neither to the establishment nor the strengthening of a dominant position, the Competition Commission decided not to conduct a detailed examination and the planned merger was approved. The Competition Commission held that even after the merger there will still be adequate competition in the market for mineral water. This is the case firstly because there are large corporate groups that can market their own products through the distribution channel that is aimed at consumption at the point of sale in hotels, restaurants, cafés, canteens and other customers' premises. In addition, the major traders in the retail

distribution channel, which is aimed at consumption at home, have a variety of their own mineral water brands and the entry of foreign mineral water brands into the Swiss market is regarded as highly likely (RPW 2007/4, p. 526).

In the hotel and restaurant industry, the Secretariat investigated various cases relating to the sale of beer. The opinion of the Competition Commission in the case of Feldschlösschen/Coca-Cola was confirmed and the criteria developed in that case relating to the permissibility of exclusive supply agreements was applied. Exclusive agreements with a term of more than 5 years are only permitted if they are combined with a loan, the lending of equipment for use or another financial commitment and allow the hotel or restaurant to terminate the arrangement at any time after 5 years subject to repayment of the outstanding debt.

Lastly, the Secretariat of the Competition Commission looked into competition in the market for French books in French-speaking Switzerland as part of a preliminary investigation following the case of book price-fixing in German-speaking Switzerland. The market situation differs from that in German-speaking Switzerland in that no standard prices are applied. The books are imported by official distributors, most of which are affiliated to a French publisher and benefit from an exclusive distribution right to Swiss bookshops. These distributors increase the French price for the Swiss market according to their own criteria. The objective is now to decide firstly whether there is a price-fixing agreement between the distributors and secondly whether any increase in price can be justified on economic grounds, because the delivery costs in Switzerland are actually higher. If this is not found to be the case, the increase in price could amount to an abuse of a dominant position, because customers are being forced to pay unreasonably high prices. The Secretariat has obtained information from Swiss distributors and bookshops and will decide on whether to open an investigation or not in 2008.

### 3. Product markets

In 2007, the product markets service was occupied with three important company concentrations in the retail trade, all of which were examined in detail. Throughout the year, these proceedings tied up a large part of the available resources.

In addition, it was possible to conclude important proceedings in the construction sector. A hard cartel in the Canton Ticino was broken up. The Competition Commission also agreed on recommendations to be submitted to the Federal Council that aim at improving competition in public procurement in the future, such as those related to the NRLA.

There was also intensive pro-active activity in relation to the automobile industry. Finally, the notice on the assessment of vertical agreements has been revised.

#### a. Retail trade

In the year 2007, the Competition Commission adjudicated on three mergers covered by the media in which the major Swiss supermarket chains Migros and Coop were participants.

In the case of the takeover of Denner by Migros (RPW 2008) a detailed examination was begun in May 2007. The preliminary examination revealed indications that the takeover could establish or strengthen a dominant position. In this connection, questions arose in particular of whether the barriers to market entry for new competitors in the retail trade were raised by the merger and whether, as a result of this takeover, there is no longer a so-called "third power" in the market alongside Migros and Coop.

The detailed examination involved a considerable amount of work for the Secretariat. Information was obtained from domestic and foreign competitors, suppliers and consumer associations, primarily by means of questionnaires. In addition, the Secretariat together with a committee of the Competition Commission conducted interviews with a variety of market participants and also held a hearing of the parties. For the first time in a merger control procedure, the opinion of four independent experts was obtained. On 3 September 2007, the Competition Commission approved the takeover subject to conditions. The takeover strengthens Migros' position in the short term and establishes a joint dominant position for Migros and Coop. At the same time, however, it was noted that this effect on the discount sector will be diluted in the long-term due to foreign competitors.

The Competition Commission did not prohibit the merger, as this would have been disproportionate in the circumstances. However, it stipulated that strict requirements be complied with for a period of up to seven years, in order to reduce the negative effects of the merger. These requirements have the aim of safeguarding Denner's operational independence, especially with regard to pricing, stock and location policy. In addition, the use of the Denner brand must be maintained in the market and Denner outlets must also mainly offer brand products in their range. This means that consumers also have an alternative to Migros and Coop. Brand product manufacturers can still turn to Denner as an additional sales channel. Moreover, Migros will not be permitted to take over any other companies in the retail market for foodstuffs. In the interest of competition between retailers, Migros must refrain from entering into any exclusive agreements with product suppliers. The parties are also required to find individual solutions for Swiss SMEs that are in a dependent relationship but whose products have been dropped.

The Competition Commission has entrusted an independent audit company (Deloitte) with the task of supervising compliance with these conditions.

The second planned merger relates to the takeover of Fust by Coop, the parent company of the Interdiscount chain (RPW 2008). Here again, the Competition Commission decided to conduct a detailed examination based on indications of the establishment or strengthening of a dominant position. The main concern was the sales market for electrical appliances, in particular small domestic appliances and entertainment electronics.

The merger was approved by the Competition Commission on 21 November 2007 subject to conditions. The detailed examination revealed that in the main markets there was a sufficient number of competitors and also

that the market is open to foreign companies. The takeover of Fust could establish a joint dominant position for Migros and Coop Group only in the field of small domestic appliances. By means of the conditions imposed, competition should be increased, primarily in the market for small domestic appliances. The conditions imposed by the Competition Commission require that the companies in Coop Group refrain from entering into exclusivity agreements with suppliers in the areas of large and small domestic appliances (so-called white goods) as well as entertainment electronics (so-called brown goods). In addition, Fust should pursue an independent range, price and special offer policy in the area of small domestic appliances for a period of five years. The Competition Commission has entrusted an independent audit company (Refidar Moore Stephens AG) with the task of monitoring compliance with the conditions.

Finally, on 26 November 2007, the Competition Commission decided to submit the intended takeover of Carrefour by Coop to a detailed examination. The preliminary examination revealed indications that the position of Coop in relation to its suppliers could be strengthened. The suppliers could become economically dependent on Coop. In addition, following the acquisition of the 12 Carrefour branches by Coop, it could become more difficult for new competitors to find suitable locations for large sales outlets.

#### **b. Construction industry**

On 19 November 2007, the Competition Commission issued its decision in the case relating to the road-surfacing cartel in the Canton Ticino. The Competition Commission established that an arrangement between 17 road construction companies in the Ticino constituted a hard cartel agreement and accordingly a serious violation of the Cartels Act. The arrangement had caused considerable harm to private clients, public finances and taxpayers. The arrangement had the purpose of ensuring that the road construction companies received a predetermined share of the market in the allocation of public and private contracts. The companies met each week in order to decide which company would get each contract and what the level of remuneration would be. The arrangement was stopped before the expiry of the transition period prescribed by the legislature, with the result that the companies could not be fined. Various companies have lodged an appeal against the decision of the Competition Commission.

On 18 June 2007, the investigation relating to NRLA (new rail link through the Alps) tunnel construction work was discontinued (RPW 2007/3, p. 415). The opening of the investigation followed a report by the Federal Office of Transport of excessive cement and concrete prices being charged in the NRLA tunnel construction work. The investigation revealed that in the case of the cement and concrete supplies for the base tunnel, no unlawful price or territorial agreement between Swiss suppliers could be proven. The cement and concrete prices are above all due to the high transport (difficult access) and other logistics costs as well as the quality requirements. Based on the findings made in the course of the investigation, the Competition Commission, in particular with a view to the forthcoming contractual awards for construction work

for the Ceneri tunnel, has drawn up recommendations that have been submitted to the Federal Council. These should improve the competition conditions for future invitations to tender and the related cost transparency. The recommendations contain proposals on the organisation of the awards of cement and concrete supply contracts for large construction projects, in particular by obtaining alternative offers for transport and quality standards (RPW 2007/3, p. 489).

The Competition Commission also concluded the investigation relating to the renovation of the concrete facade of the main building of the Swiss National Library (SLB) (RPW 2008). The matter had been referred back to the Competition Commission for further investigation of the circumstances and a reassessment (RPW 2005/4, p. 704). The new investigation revealed that there were indeed indications of an unlawful price-fixing agreement between four construction companies in the public tendering procedure. The proof requested by the Competition Appeals Commission of the allegation that the client was in fact given a detailed and reliable estimate of costs could not, however, be provided. This proof would have been necessary in order to prove the difference in costs between the four tenders under suspicion.

Finally, on 19 July 2007, an investigation was begun into various companies operating in the field of builders' fittings. Based on a leniency application, the Competition Commission obtained knowledge of agreements between supplier companies relating to windows, French doors and doors. These agreements may cover prices, increases in prices, material surcharges and the award of contracts. In order to secure evidence, the investigation began with searches of houses and business premises in several companies.

#### **c. Vertical agreements**

In July 2007, the Competition Commission revised the Notice on the Competition Law Treatment of Vertical Agreements. The new notice came into force on 1 January 2008 (RPW 2007/4, p. 675).

The wording and structure of the revised notice is based closely on European law. The assessment criteria are not stricter than those applied in the European Union. In general, distribution agreements that are permitted under EU law are also permitted in Switzerland. Conversely, agreements that are prohibited under EU law are also unlawful in Switzerland. In addition, the revised notice was brought in line with the new Art. 5 para. 4 ACart. Accordingly, distribution agreements that contain price-fixing agreements or absolute territorial protection clauses are presumed to eliminate effective competition. In this connection, the Competition Commission accords inter-brand competition special, but not decisive importance. Possible gains in efficiency are also taken into account, for example, if they allow simplified and rapid coverage of the Swiss market on the introduction of a new product. The new notice also contains guidelines on recommended prices. These are placed on the same footing as the fixing of resale prices if they constitute agreements expressed in the form of a recommendation.

The Competition Commission also pressed ahead with the implementation of the notice on the treatment under

competition law of vertical agreements in the automobile trade. The Secretariat has dealt with numerous cases relating to authorisation of repair shops. Automobile suppliers must organise their networks of authorised repair shops according to a selective distribution system that is based solely on quality criteria. This means that automobile suppliers must in principle accept any dealers that fulfil these criteria (obligation to contract). Automobile suppliers are in principle free to determine the quality criteria, but they must apply the criteria in a non-discriminatory manner. In relation to the supply of spare parts, market participants, in response to the efforts of the Secretariat, have modified their distribution policy so that dealers have more freedom to choose their suppliers.

#### **d. Further activities**

The Secretariat of the Competition Commission discontinued the preliminary investigation into *armasuisse* opened in relation to the purchase of 20 light transport and training helicopters, (RPW 2007/3, p. 400). It came to the conclusion that *armasuisse* in its capacity as the prospective customer did not hold a dominant position in the global market for light transport and training helicopters. There was no evidence of any abusive conduct under the Cartels.

#### **4. Internal Market**

The revised Internal Market Act is achieving positive results and the hope that the legislature had of strengthening the Swiss internal market seems to be coming to fruition.

A large part of the work of the Competence Centre for the Internal Market consists of answering enquiries from private individuals and authorities that are in charge of implementing the Internal Market Act. There have been around thirty advisory meetings with private individuals and around ten with authorities. The Competence Centre for the Internal Market has also examined cantonal judgements issued in application of the Internal Market Act, which now have to be reported to the Competition Commission in accordance with the new Art. 10a para. 2 of the Internal Market Act.

The intervention of the Competition Commission has made it possible in various cases for private individuals to gain access to the market and has led authorities to revise their decisions, especially in the case of the imposition of charges for judgements relating to access to the market, which is banned under the Internal Market Act.

In 2007, the Competition Commission also exercised its right of appeal in internal market matters for the first time. It lodged two appeals against decisions made by the Zurich Public Health Directorate, which had limited access to the market for psychotherapists. A third appeal was directed against a similar judgement in the Canton of Vaud that prevented a lawyer from employing a trainee. The Zurich Administrative Court followed the view of the Competition Commission in the case relating to access to the market for psychotherapists. The case has been taken by the Public Health Directorate of the Canton of Zurich to the Federal Supreme Court. In the case in the Canton of Vaud, the administrative court rejected the appeal by the Competition Commission. The

Competition Commission will take this case to the Federal Supreme Court.

Finally, the Competence Centre for the Internal Market has carried out a large amount of public communication work in order to help draw increased attention to the Internal Market Act. For example, it has set up a new website and has taken part in a variety of events in order to publicise the Internal Market Act. This campaign was successful to the extent that the Internal Market Act is now more familiar both to the general public and to professional associations and authorities. This can be seen in particular in cantonal decisions referred to the Competition Commission, which are increasingly seen to comply with the requirements of the Internal Market Act.

The expansion of the Internal Market Act and in particular the principle of the free market access in accordance with the terms of the regulations on place of origin (origin principle), has led the cantons to consider inter-cantonal harmonisation in certain fields. An inter-cantonal accord in the area of security companies is currently being drawn up. Such popular initiatives are to be welcomed to the extent that they also serve to create an efficient Swiss domestic market.

#### **5. Competence Centre for Investigations**

In 2007, the Competence Centre for Investigations organised and conducted searches of houses and business premises as part of investigations of national and international importance. Relations with police authorities at cantonal and federal level, whose cooperation is essential to the success of these procedures, were strengthened considerably as a result. In addition, the staff of the Competence Centre took part in working sessions with European IT competition specialist investigators. The CompC investigations also trained new Secretariat staff in searching of houses and business premises, in order to ensure that they are able to participate competently in such operations.

#### **6. International Relations**

The competition authorities also maintain close relations with important foreign authorities. The intensity and the quality of these contacts do not, however, compensate for the lack of an institutional framework, as could be provided by an international agreement on cooperation between competition authorities. This deficiency makes the enforcement of the Cartels Act by the Swiss competition authorities considerably more difficult. A first step in the right direction has been taken with the talks on a free trade agreement between Switzerland and Japan that were held by Seco and in which the Secretariat's Competence Centre for International Affairs participated. This free trade agreement will also contain regulations on cooperation on competition issues. Lastly, there have been official visits by the French and the Finnish competition authorities to Bern.

**OECD.** Representatives of the Competition Commission and of the Secretariat have participated in the three meetings of the OECD Competition Committee as well as in the working groups on Competition and Regulation, International Cooperation and Enforcement and Competition Law and Policy. In the area of abuse of market power, roundtables on the subjects "Refusal to deal" and

“How to Provide Effective Guidance to Business on Monopolization / Abuse of Dominance” were held. In relation to agreements affecting competition, the focus was on unlawful agreements in oligopolistic structures as well as on the role of associations. In addition, there were roundtables on mergers between companies at different levels of the market and on the use of complex data (econometric analyses, consumer surveys, etc.). Also in the spotlight was the issue of the prosecution of infringements of competition law. Finally, individual economic sectors, in particular legal professions, energy supply and the taxi trade, were also on the agenda. The Swiss delegation (Competition Commission and Seco) provided seven written contributions for the various meetings. In addition, Switzerland was an examiner in the peer review of retail banking made by the Netherlands.

**ICN.** The Competition Commission and its Secretariat attended the sixth annual conference of the International Competition Network. This took place at the end of May 2007 in Moscow. The Secretariat also took part in the “Merger Workshop” organised in April by the Irish competition authority in Dublin. In October, the Secretariat also participated in the “Cartel Workshop” in San Salvador. The Secretariat also made a start on the preparatory work for the eighth annual conference, which will be held in 2009 in Switzerland.

**UNCTAD.** The Secretariat took part in the semester meeting of the development promotion programme benefiting five Latin American countries (COMPAL) under the auspices of UNCTAD. This was held in Geneva on 20 July 2007. The individual countries presented the successes that have been achieved in response to the objectives set at the start of year and at the start of the project. At the meeting, it was agreed that the programme, set up with the support of Seco and in cooperation with UNCTAD and the Competition Commission and the individual countries, has been a success. As part of the programme, the Secretariat accepted two trainees from the Salvadorian competition authority as well as a trainee from the Costa Rican authority, in each case for a period of three months. The Competition Commission and its Secretariat also took part in the eighth “session du Groupe Intergouvernemental d’Experts en Droit et Politique de la Concurrence” in Geneva.

**Vietnam Project.** Following the positive experiences of the project “Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong”, which was concluded in 2006, 2007 saw the launch of the project “Strengthening the Vietnamese Competition Authorities”. As part of this project, bilateral cooperation between the competition authorities in Vietnam (VCAD) and Switzerland (Competition Commission) will be intensified. The project began at the start of 2008 and will last for three years. The funding is being provided by Seco. The responsibility for managing the project is that of the Competence Centre for International Affairs.

## 7. Outlook

For 2008, the Competition Authorities are 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).

The Competition Commission and the Secretariat will place the emphasis on bidding cartels, which cause severe distortions in competition. The implementation of the revised Notice regarding the competition law treatment of vertical agreements will also be a focal point for the Competition Authorities.

In the area of the internal market the Competition Commission will pursue its information activities and will continue to support the cantons and communities as well as exercise its rights of appeal to continue to ensure the consistent application of the revised Internal Market Act.

## III. Organisation and Statistics

### 1. Competition Commission

At the end of the period of office 2003-2007, four members stood down from the Competition Commission, each of whom has been a member of the Competition Commission since its introduction on 1 February 1996. These four members have a vast knowledge of Swiss competition law and have made a major contribution to the reorientation of Swiss competition policy through their exceptional commitment. The following members are leaving the Competition Commission at the end of 2007:

- Prof. Roger Zäch, Vice-President;
- Prof. Yves Flückiger, Vice-President;
- Dr. Marino Baldi
- Dr. Klaus Hug, representative of the Swiss Retail Federation.

The President of the Competition Commission and the Secretariat would like to thank these members for their enormous commitment to the service of competition and wish them all the very best and every success for the future.

The Federal Council has made the following appointments for the period of office 2008-2011:

- Prof. Vincent Martenet will be the new Vice-President of the Competition Commission;
- Prof. Andreas Kellerhals of the University of Zurich will be a new member of the Competition Commission.

In 2007, the Competition Commission held 17 full-day meetings (meetings of the chambers and plenary sessions as well as hearings in specific proceedings).

### 2. Secretariat

Apart from the normal fluctuation in staff, there were no staff changes in the Secretariat of the Competition Commission.

At the end of 2007, the Secretariat employed 65 members of staff (full-time and part-time), 50.7 per cent of whom were women. This corresponds to a total of 58.4 full-time positions. The staff comprises the following: 43 specialist officers (including Management Board; 38.9 full-time positions), 11 specialist trainees (11 full-time positions), and 11 employees in the Resources & Logistics Service (8.5 full-time positions).

### 3. Statistics

Investigations	2007	2006
Carried out during the year	18	18
Carried over from the previous year	15	14
Opened	3	4
Final decisions	7	4
Modification of conduct	3	2
Amicable settlement	1	1
Administrative ruling	3	0
Sanctions under Art. 49a para. 1 ACart	2	1
Precautionary measures	2	2
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. ACart	0	1
Preliminary investigations		
Carried out during the year	28	56
Carried over from previous year	21	46
Opened	7	16
Concluded	18	35
Investigations opened	1	2
Amicable settlements	6	9
No consequences	11	24
Other activities		
Notices under Art. 49a para. 3 let. a ACart	26	32
Advice	28	22
Market monitoring	62	46
Other enquiries	212	412
Mergers		
Reports	45	29
No objection after preliminary examination	39	26
Investigations	5	3
Decisions of the Competition Commission	3	0
Early implementation	0	0
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 ACart)	1	1
Recommendations (Art. 45 ACart)	0	1
Expert opinion (Art. 47 ACart or 11 TCA)	4	2
Follow-up checks	1	3
Notices (Art. 6 ACart)	1	1
Opinions (Art. 46 para. 1 ACart)	84	44
IMA		
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	0	0
Expert reports (Art. 10 I IMA)	0	0
Guidelines (Secretariat)	25	8
Appeals (Art. 9 para. 2bis IMA)	3	0



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

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Pavimentazioni stradali in Ticino</b>

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart*

*Decisione del 19 novembre 2007 in causa inchiesta secondo l'articolo 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart]; RS 251) concernente pavimentazioni stradali in Ticino a causa di accordi illeciti in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 LCart e a causa di eventuali pratiche illecite di imprese che dominano il mercato secondo l'articolo 7 LCart.*

*Markt für Strassenbelagsarbeiten im Kanton Tessin. Unzulässige Abrede zwischen, mit einer Ausnahme, allen im Strassenbelagsmarkt tätigen Unternehmen. Abrede in Form einer Konvention definiert, die die Aufteilung des Marktes nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) und die direkte Festlegung des Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) für öffentliche und private Aufträge der Jahre 1999 – 2004 vorsah. Keine Sanktion gemäss Artikel 49a Abs. 1 KG, da die Abrede vor den am 1. April 2005 eingeführten neuen KG-Bestimmungen aufgelöst wurde.*

*Marché de l'asphaltage des routes dans le Canton du Tessin. Accord illicite conclu entre toutes les entreprises actives dans l'asphalte, excepté une. Accord défini sous forme d'une convention qui prévoyait la répartition du marché en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. c LCart) et la fixation directe des prix (art. 5 al. 3 let. a LCart) des mandats publics et privés pour la période 1999 – 2004. Aucune sanction selon l'article 49a alinéa 1 LCart car l'accord a été supprimé avant l'introduction des nouvelles dispositions de la LCart le 1<sup>er</sup> avril 2005.*

*Mercato della pavimentazione stradale nel Canton Ticino. Accordo illecito concluso tra tutte le imprese attive nella pavimentazione, salvo una. Accordo definito sotto forma di una convenzione che prevedeva la ripartizione del mercato in funzione dei partner commerciali (art. 5*

*cpv. 3 lett. c LCart) e la fissazione diretta dei prezzi (art. 5 cpv. 3 lett. a LCart) delle commesse pubbliche e private nel periodo 1999 – 2004. Nessuna sanzione secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart perché l'accordo è stato soppresso prima dell'introduzione delle nuove disposizioni della LCart il 1° aprile 2005.*

#### **A FATTISPECIE**

##### **A.1 Oggetto**

1. In relazione alla discussione inerente a un credito quadro per un importo di 106 milioni di franchi destinato agli appalti pubblici nel periodo 2005-2007, la Commissione della gestione del Gran Consiglio del Cantone Ticino ha chiesto spiegazioni in merito alla procedura di aggiudicazione nonché un confronto dei costi a livello intercantonale. Da tale confronto dei costi è risultata una notevole differenza tra i prezzi delle pavimentazioni stradali in Ticino e quelli del resto della Svizzera.

2. Secondo informazioni provenienti da ambienti giornalistici, che a loro volta si basavano su indicazioni fornite dal Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, la Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: Segreteria) ha ritenuto che potesse trattarsi di pratiche illecite secondo l'articolo 5 (accordi illeciti in materia di concorrenza) e l'articolo 7 (pratiche illecite di imprese che dominano il mercato) della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251).

3. Per questo motivo la Segreteria ha aperto, il 2 dicembre 2004, un'inchiesta preliminare allo scopo di chiarire le condizioni di concorrenza sul mercato delle pavimentazioni stradali in Ticino e di constatare se vi erano indizi che facevano supporre l'esistenza di accordi illeciti in materia di concorrenza o di un abuso della posizione dominante sul mercato.

4. Nell'ambito dell'inchiesta preliminare sono emersi indizi che confermavano l'esistenza di una limitazione illecita della concorrenza. Tali indizi si basavano, da un lato, su informazioni che sono state trasmesse alla Segreteria dalla Divisione delle costruzioni del Cantone

Ticino e, dall'altro, su analisi statistiche, effettuate dalla Segreteria, dei prezzi delle offerte nell'ambito degli appalti pubblici per lavori di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino. Per lavori di pavimentazione stradale si intendono tutti i lavori necessari alla posa dell'asfalto, vale a dire la preparazione del fondo, la posa dell'asfalto e la manutenzione. Complessivamente erano emersi indizi che confermavano le seguenti pratiche illecite:

- accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici;
- ripartizione del mercato per quanto riguarda i lavori di manutenzione delle strade;
- accordo inerente alla produzione di pavimentazioni stradali;
- accordo sui prezzi dei trasporti.

5. Basandosi su questi indizi, la Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Commissione della concorrenza (di seguito: Comco), un'inchiesta conformemente all'articolo 27 LCart in relazione a un eventuale accordo illecito in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 LCart e a eventuali pratiche illecite di imprese che dominano il mercato secondo l'articolo 7 LCart.

6. Oggetto della presente inchiesta era la questione di sapere se nel Cantone Ticino sono stati conclusi accordi di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici per quanto riguarda i lavori di pavimentazione delle strade nazionali e cantonali nonché una ripartizione territoriale per quanto concerne i lavori di manutenzione delle strade in generale (articolo 5 capoverso 3 lett. c LCart). Inoltre si trattava di analizzare se hanno avuto luogo accordi concernenti i prezzi delle pavimentazioni stradali e dei trasporti (articolo 5 capoverso 3 lett. a LCart). In relazione al presunto accordo sui prezzi delle pavimentazioni stradali e considerata l'importante posizione della ditta di produzione di miscele bituminose Comibit SA, si trattava anche di esaminare l'eventuale esistenza di un abuso della sua posizione sul mercato conformemente all'articolo 7 LCart. Il periodo esaminato si estende dall'inizio del 1999 alla fine del 2005.

7. Nel corso dell'inchiesta sono stati trasmessi alla Segreteria documenti che attestano il comportamento dei destinatari della decisione nel Cantone Ticino durante il periodo tra il 13 gennaio 1999 e il 10 dicembre 2003 (cfr. n. marg. 21). Le ammissioni delle persone interessate e analisi statistiche appropriate hanno inoltre permesso ricerche mirate sull'esistenza di un accordo sino alla fine del 2004 (cfr. capitolo B.4.2.2).

8. Di seguito viene descritta la struttura del mercato delle pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino e vengono

nominati i destinatari della presente inchiesta. La struttura del mercato descritta alla fine di marzo 2005 è illustrata nella Figura 1. La scelta di tale periodo, cioè il mese di marzo 2005, permette di inserire nell'illustrazione anche la Trevalbeton SA, la destinataria dell'inchiesta che è fallita (cfr. n. marg. 36).

9. Si tratta anche di distinguere tra il mercato a monte relativo alla produzione di miscele bituminose e il mercato a valle relativo alle pavimentazioni stradali (cfr. n. marg. 184). Come si evince dalla Figura 1, le imprese Atag SA, Batigroup (Ticino) SA, Betasfa SA, Botta & Co., Comibit SA e Pavisud SA producono miscele bituminose, ma solamente Betasfa SA e Comibit SA sono esclusivamente attive nella produzione di miscele bituminose. Le altre produttrici d'asfalto sono integrate verticalmente: ciò significa che esse producono tali miscele e nel contempo sono attive nella pavimentazione di strade (cfr. Tab. 1).

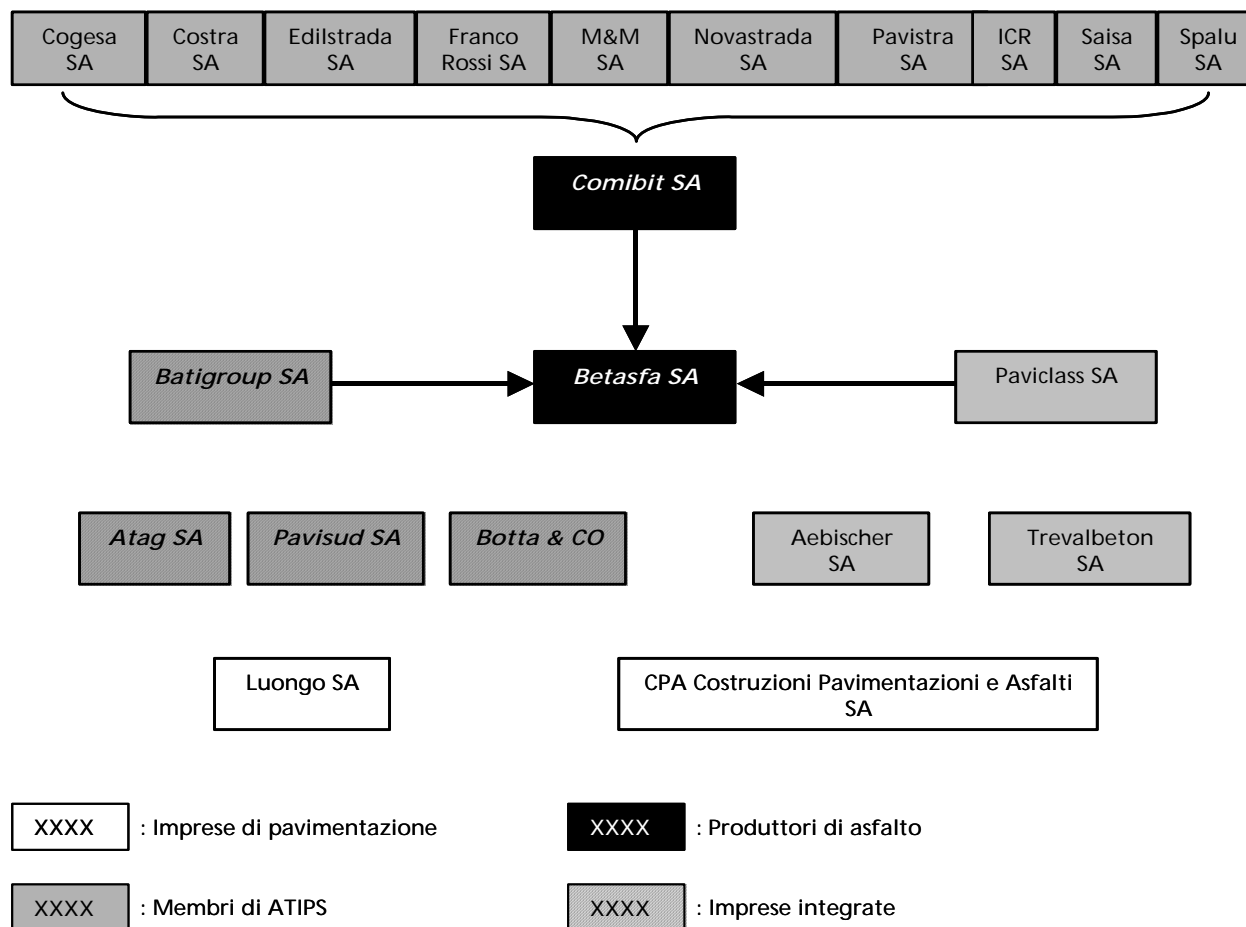
10. Al momento dell'apertura dell'inchiesta, nel Cantone Ticino erano attive 18 ditte di pavimentazione stradale. Nel mese di marzo 2005 è stata inoltre fondata l'impresa di costruzioni stradali C.P.A. Costruzioni, Pavimentazioni e Asfalti SA. In seguito, nel mese di settembre 2005, la ditta Trevalbeton SA ha sospeso la propria attività per insolvenza (cfr. n. marg. 36).

11. Dieci tra le imprese di pavimentazione stradale attive nel 2005 sono azionisti della ditta produttrice di asfalto Comibit SA. Ogni azionista ha un seggio nel consiglio d'amministrazione. La Comibit SA è la più grande impresa produttrice di asfalto esistente nel Cantone Ticino ed è in grado, a differenza di tutte le altre ditte ticinesi di questo genere, di fabbricare in proprio tutte le miscele bituminose. Da parte sua, la Comibit SA è azionista della ditta di pavimentazioni Betasfa SA con una partecipazione del [...]%. Gli altri azionisti della Betasfa SA sono Batigroup (Ticino) SA<sup>1</sup> e Paviclass SA.

12. Se si prescinde dalle ditte di pavimentazione stradale Luongo SA e C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA, alla fine del mese di marzo 2005 tutte le imprese di costruzioni stradali del Cantone Ticino erano membri dell'ATIPS (Associazione ticinese delle imprese di pavimentazione stradale). Questa Associazione si prefigge di tutelare gli interessi morali, economici e professionali delle imprese di costruzioni stradali del Cantone Ticino. Nel mese di marzo 2005, la ditta Paviclass SA ha comunicato per scritto le proprie dimissioni dall'ATIPS. Secondo gli statuti dell'Associazione, tuttavia, ciò sarebbe stato possibile soltanto alla fine del 2005. Nel [...] 2005 anche la ditta Trevalbeton SA ha rinunciato alla propria qualità di membro.

<sup>1</sup> La Batigroup (Ticino) SA apparteneva nel periodo dell'inchiesta alla Batigroup Holding AG. Dalla fusione di questa società con la Zschokke AG nel marzo del 2006 è nata la Implenia Construction AG.

Fig. 1: Struttura del mercato delle pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino (marzo del 2005)



13. Dalla Tabella 1 si possono desumere i nomi, la denominazione successiva, i settori di attività e le ubicazioni dei destinatari dell'inchiesta (in seguito: "le parti");

per quanto riguarda i settori di attività, essi comprendono la produzione di miscele bituminose nonché la costruzione di strade e la pavimentazione (in breve: la posa).

Tab. 1: Nome, settore di attività e ubicazione delle parti

Nome	Denominazione successiva	Settore di attività		Ubicazione
		Produzione	Posa	
Betasfa SA	Betasfa	X		Arbedo-Castione
Comibit SA	Comibit	X		Sigirino
Atag SA (AT)	Atag	X	X	Iragna
Batigroup (Ticino) SA (BT)	Batigroup	X	X	Lugano Bioggio (produzione)
Botta & Co (BO)	Botta	X	X	Riva San Vitale
Pavisud SA (PS)	Pavisud	X	X	Giubiasco Cadenazzo (produzione)
Aebischer SA (AE)	Aebischer		X	Prato Leventina
Cogesa SA (CS)	Cogesa		X	Torricella-Taverne
Costra SA (CO)	Costra		X	Lugano
Edilstrada SA (ED)	Edilstrada		X	Lugano

Franco Rossi SA (FR)	Franco Rossi		X	Locarno
Industrie Chimiche Riunite SA (ICR)	ICR		X	Chiasso
Luongo SA (LU)	Luongo		X	Bioggio
Mancini & Marti SA (MM)	MM		X	Bellinzona
Novastrada SA (NO)	Novastrada		X	Lugano
Paviclass SA (PC)	Paviclass		X	Bellinzona
Pavistra SA (PA)	Pavistra		X	Lugano
Saisa SA (SA)	Saisa		X	Bellinzona
Spalu SA (SP)	Spalu		X	Lugano
Trevalbeton SA <sup>2</sup> (TVB)	Trevalbeton		X	Osogna

14. Siccome la ditta C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA ha iniziato la propria attività soltanto nel mese di marzo 2005, essa non è destinataria della presente inchiesta.

## A.2 Procedura

15. Basandosi sugli indizi citati al n. marg. 4, la Segreteria ha aperto il 4 aprile 2005, d'intesa con un membro della presidenza della Comco, un'inchiesta conformemente all'articolo 27 LCart nei confronti delle parti elencate al n. marg. 13.

16. La Segreteria ha comunicato l'apertura dell'inchiesta mediante pubblicazione ufficiale secondo l'articolo 28 LCart (FUSC, n. 74, 18 aprile 2005, p. 43 e FF, n. 16, 26 aprile 2005, p. 2509).

17. Nell'ambito dell'inchiesta la Segreteria ha spedito diversi questionari alle parti, ad alcuni Comuni ticinesi scelti a tale scopo (Airolo, Bellinzona, Biasca, Chiasso, Giubiasco, Locarno, Lugano e Mendrisio) nonché a potenziali imprese concorrenti delle parti ubicate nei Cantoni limitrofi e nelle regioni confinanti in Italia.

18. A titolo di confronto sono stati interpellati anche l'Ufficio del genio civile del Cantone di Berna e due imprese di produzione bernesi dotate di una capacità comparabile a quella della Comibit. La scelta è caduta su una ditta produttrice di asfalto del Cantone di Berna, poiché in questo Cantone la concorrenza, secondo la valutazione di un rappresentante dell'Ufficio federale delle strade (USTRA), non è distorta da accordi illeciti. Questa affermazione non è stata verificata nell'ambito della procedura a causa della modifica della prospettiva dell'esame nel corso dell'inchiesta (cfr. n. marg. 21 seg.). Di conseguenza non è possibile trarre conclusioni, dalla scelta del Cantone di Berna quale Cantone di riferimento, in merito al modo in cui l'autorità in materia di concorrenza valuta tutto ciò che si verifica nel settore della concorrenza in questo Cantone.

19. Inoltre è stato spedito un questionario all'ATIPS e all'Associazione svizzera dei trasportatori stradali (ASTAG), Sezione Ticino.

20. Nel corso dell'inchiesta hanno consultato gli atti le seguenti parti: Aebischer, Atag, Batigroup, Costra, Novastrada, Pavistra e Saisa. Anche il Dipartimento del territorio ha preso visione degli atti dell'inchiesta.

21. Il 12 novembre 2005 è stata trasmessa alla Segreteria la convenzione descritta al capitolo B.4.2.1, che spiega il funzionamento degli accordi tra le varie imprese di pavimentazione stradale ticinesi. Inoltre la Segreteria ha ricevuto 209 tabelle che documentano le riunioni settimanali dei rappresentanti delle imprese di pavimentazione stradale ticinesi, che si sono svolte tra il 13 gennaio 1999 e il 10 dicembre 2003.

22. Dopo aver ricevuto i documenti summenzionati, l'inchiesta si è concentrata sull'accertamento delle rispettive fattispecie e sulla prova che la convenzione è stata effettivamente applicata. Poiché la produzione di miscele bituminose nel Cantone Ticino, nel periodo esaminato, è stata influenzata in modo determinante dall'accordo sul mercato delle pavimentazioni stradali, a causa delle strutture azionarie e dei legami personali<sup>3</sup>, le ricerche perseguite fino a quel momento relative ad una prova indiziaria di un accordo sui prezzi delle miscele bituminose e dei trasporti sono passate in secondo piano. Gli indizi raccolti fino al 12 novembre 2005 in funzione dell'accordo vengono tuttavia esposti sommariamente al capitolo B.4.2.3 e B.4.2.4

23. Singoli rappresentanti delle imprese sottoelencate hanno fornito alla Segreteria informazioni orali, conformemente all'articolo 40 LCart, alle seguenti date:

- Comibit, 29 novembre 2005;
- [...], 1° dicembre 2005;
- Weibel AG<sup>4</sup>, 7 dicembre 2005;
- [...], [...];
- Paviclass, 27 settembre 2006;
- Pavisud, 5 ottobre 2006;
- Costra, 23 ottobre 2006;
- Franco Rossi, 30 ottobre 2006.

<sup>2</sup> La ditta Trevalbeton SA ha sospeso le proprie attività commerciali dal mese di settembre 2005 per insolvenza (cfr. n. marg. 36).

<sup>3</sup> La Dieci imprese di pavimentazioni stradali ticinesi possiedono tutte le azioni della ditta produttrice di asfalto Comibit, che a sua volta è azionista della Betasfa. Gli azionisti della Comibit dispongono ognuno di un seggio nel consiglio d'amministrazione della Comibit (cfr. n. marg. 11).

<sup>4</sup> La ditta Weibel AG è un'impresa di costruzioni bernese che è stata contattata a titolo di confronto.

24. Inoltre il 30 ottobre 2006 ha avuto luogo un colloquio con alcuni rappresentanti dell'Associazione ATIPS.

25. La Segreteria ha esaminato il 2 febbraio 2006, presso il Dipartimento del territorio a Bellinzona, i dettagli delle offerte di nove bandi di concorso, opportunamente scelti, per lavori di manutenzione delle strade nel 2004 e nel 2005.

26. Con lettera del 21 luglio 2006 è stata spedita alle parti e all'ATIPS parte della convenzione citata, unita-

mente a una tabella che ricapitolava l'attribuzione degli incarichi durante le riunioni settimanali delle parti. In questa tabella erano elencate tutte le parti attive nel settore della pavimentazione di strade (cfr. Tabella 1). Nella lettera menzionata la Segreteria invitava le parti e l'ATIPS a prendere posizione in merito a tali documenti (cfr. n. marg. 125). La Tabella 2 costituisce una panoramica dei commenti delle parti.

**Tab. 2: Panoramica dei commenti delle parti**

Nome	Conoscenza della convenzione		Partecipazione alla riunione		Atti no
	Sì	No	Sì	No	
Betasfa		X		X	365
Comibit		X		X	366
Atag	X		X		359
Botta	X <sup>5</sup>		X		360
Cogesa	X		X		371
Costra	X		X		404
Edilstrada	X		X		372
Franco Rossi	X		X		369
ICR	X		X		374
MM	X		X		375
Novastrada	X		X		358
Pavistra	X		X		364
Saisa	X		X		376
Spalu	X		X		367
Aebischer		X	X		370
Batigroup		X	X		395
Paviclass		X	X		353
Pavisud		X	X		343
Trevalbeton			X <sup>6</sup>		
Luongo		X		X	379

27. La ditta Botta ha comunicato di aver già sentito parlare della convenzione, ma di non averla mai vista prima di averla ricevuta dalla Segreteria. Tutti gli azionisti della Comibit erano a conoscenza della convenzione.

28. Tuttavia le imprese negano di aver firmato la convenzione. A loro parere la convenzione sarebbe servita unicamente quale direttiva in occasione delle riunioni settimanali.

29. La ditta Trevalbeton si trovava in moratoria concordataria e non disponeva pertanto di collaboratori che avrebbero potuto prendere posizione in merito alle questioni sollevate. Altre parti confermano però la partecipazione della ditta Trevalbeton alle riunioni.

30. La ditta Luongo ha inoltre dichiarato di non conoscere la convenzione e di non avere partecipato alle riunioni in questione. Per poter sopravvivere sul mercato, questa ditta sarebbe stata costretta ad accettare condizioni che le sarebbero state imposte dagli altri operatori del mercato. L'assenza della ditta Luongo dalle riunioni settimanali è stata confermata dalle altre parti interpellate. Ciò è tanto più degno di nota in quanto la ditta Luongo era menzionata nella tabella che documentava l'attribuzione degli incarichi durante le riunioni settimanali delle parti.

31. Le ditte produttrici di asfalto Betasfa e Comibit hanno dichiarato di non conoscere i documenti trasmessi e di non avere mai partecipato alle riunioni settimanali. Ricapitolando: tra le parti soltanto le imprese Luongo, Betasfa e Comibit non hanno partecipato alle riunioni settimanali.

32. Inoltre l'Associazione ATIPS nega qualsiasi coinvolgimento nell'applicazione della convenzione e nelle riunioni settimanali.

33. Secondo le ammissioni delle parti, dopo il 1° aprile 2005 non hanno più avuto luogo riunioni. Questa dichiarazione è supportata dai dati di mercato rilevati e dalle analisi statistiche (cfr. n. marg. 139 segg.).

34. Il progetto di decisione della Segreteria del 9 gennaio 2007 è stato sottoposto alle parti con l'invito a pronunciarsi sul suo contenuto (cfr. art. 30 cpv. 2 LCart). Alle parti è stata messa a disposizione nel contempo una lista aggiornata degli atti e la possibilità di avere nuovamente accesso agli atti.

<sup>5</sup> Cfr. a tale proposito le considerazioni fatte al n. marg.27.

<sup>6</sup> Cfr. a tale proposito le considerazioni fatte al n. marg.29.

35. Alle parti è stata più volte garantita la consultazione degli atti anche dopo la notifica del progetto di decisione. Della possibilità di avere accesso agli atti hanno fatto uso Batigroup, il Cantone Ticino, Aebischer, Novastrada e Atag, Costra, Saisa e il Ministero Pubblico del Cantone Ticino.

36. Una procedura di fallimento è stata aperta nei confronti della Trevalbeton a causa dell'insolvenza, (fisc, no 31, 14 febbraio e no 53, 16 marzo 2007).

### A.3 Prese di posizione e richieste delle parti

37. Sulla proposta di decisione della Segreteria, le seguenti ditte hanno preso posizione in modo separato: Aebischer, Atag, Batigroup, Costra, Novastrada, Paviclass, Pavisud. Le seguenti ditte hanno invece preso posizione assieme: Betasfa con Comibit così come Botta, Cogesa, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Pavistra, Saisa e Spalu. La ditta Luongo ha rinunciato a prendere posizione, così come Trevalbeton. Anche il Consiglio di Stato del Cantone Ticino si è espresso in merito. Si entrerà nel merito delle esposizioni delle parti nelle considerazioni.

38. La ditta Aebischer chiede in via principale di essere stralciata dal punto 1a) del dispositivo e quindi esonerata dal pagamento delle spese procedurali di cui al punto 3 dello stesso dispositivo della proposta di decisione. In via subordinata, questa ditta chiede che le vengano addebitate le spese procedurali in base ad un'aliquota considerevolmente inferiore rispetto alle altre partecipanti alla procedura.

39. Aebischer precisa di essere estranea al meccanismo di attribuzione dei lavori di pavimentazione previsto dalla convenzione del 15 dicembre 1998, in quanto non è mai stato applicato da lei così come non è mai stato applicato nei suoi confronti. Infatti, la ditta Aebischer non ha mai fatto parte delle "ditte convenzionate", non ha mai avuto alcun contingente di attribuzione e alcun diritto di rotazione o di attribuzione degli appalti come lo prova il fatto che AE non appare sulla tabella 3 allegata alla convenzione (sistema di rotazione). A questo proposito, come per la sigla LU della ditta Luongo, la sigla AE che figura su alcune tabelle delle riunioni è sempre indicata in modo separato dalle sigle delle "ditte convenzionate". Tale sigla è stata abbinata a un importo dal carattere semmai meramente statistico, sigla che scompare per intero dalla fine del mese di maggio del 2003.

40. Aebischer fa valere ancora la seguenti considerazioni: ribadisce innanzitutto che il prezzo della posa è influenzato principalmente dal costo dell'asfalto. Essa ha sempre applicato il suo prezzo di posa calcolato secondo un foglio elettronico di calcolo sviluppato in modo del tutto autonomo. Essa non ha partecipato ad una ripartizione del territorio, come lo prova il fatto che ha ottenuto solo una minima parte dei lavori di pavimentazione messi a concorso dal Dipartimento del territorio nella regione Leventina dove anche ditte che non appartenevano all'ATIPS (Mutti) hanno ottenuto dei lavori. Inoltre non si è aggiudicata alcun concorso pubblico cantonale per gli anni 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. La sua partecipazione ad alcune riunioni è stata quindi assolutamente saltuaria e a titolo puramente informativo.

41. La ditta Atag e la ditta Novastrada, malgrado abbiano inoltrato le loro osservazioni in modo separato, essendo patrocinato dallo stesso legale formulano in sostanza le stesse richieste. Le due ditte infatti chiedono in via principale di cambiare la cifra 1c) del dispositivo sostituendo l'espressione "alla fine del mese di marzo 2005" con l'espressione "prima del 1° aprile 2005". A sostegno di questa richiesta, Atag e Novastrada precisano che, contrariamente a quanto scritto nei passaggi della proposta concernenti la convenzione, le due ditte non hanno più partecipato alle riunioni a partire da dicembre 2004. L'affermazione contenuta nella proposta di decisione, secondo cui delle riunioni avrebbero avuto luogo fino a fine marzo 2005 non è pertanto corretta per quanto concerne le due ditte in oggetto. La cifra 1 lettera c del dispositivo è quindi da cambiare.

42. Atag e Novastrada tengono inoltre a sottolineare il ruolo attivo del Cantone nella vicenda che ha portato alla convenzione e alle riunioni delle imprese. Con l'attitudine avuta in relazione alla gara d'appalto per l'attribuzione delle zone di manutenzione nel 1995, il Cantone ha incoraggiato le imprese a riunirsi per evitare delle offerte sottocosto e per garantire la realizzazione dei lavori. È quindi errata l'affermazione contenuta nella proposta di decisione, secondo cui "nel Cantone Ticino è stata creata per diversi anni una politica di mantenimento strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici ed in ultima analisi dei contribuenti". In realtà, secondo queste due ditte, il Cantone stesso aveva causato questi comportamenti.

43. Inoltre, esse sottolineano che è sbagliato affermare nella proposta di decisione che la riduzione dei prezzi del 20-40% è dovuta alla cessazione del sistema di distribuzione degli appalti. Questa circostanza si spiega piuttosto per motivi congiunturali e per le pratiche abusive descritte nella proposta e applicate dal Cantone, che dispone di una posizione dominante. Da un lato, la riduzione delle commesse pubbliche ha colpito le imprese a causa di motivi congiunturali. In ragione del conseguente crollo della cifra d'affari, le ditte si sono viste costrette a sottoporre delle offerte sottocosto. D'altro lato, dopo l'apertura della procedura, il Cantone ha preteso dalle ditte, in maniera del tutto consapevole, prezzi che non garantiscono la copertura dei costi. Questo atteggiamento si è concretizzato nel fatto che il Cantone ha a più riprese preteso dalle due imprese una riduzione lineare del 20% sui prezzi delle offerte inoltrate. Esse contestano inoltre che non ci sia stata concorrenza interna. In effetti, ogni ditta ha sempre potuto perseguire la propria strategia senza temere sanzioni o azioni di ritorsione da parte delle altre ditte di pavimentazione stradale. Infine entrambe domandano lo stralcio del paragrafo relativo alle ipotetiche multe.

44. Secondo Batigroup la proposta di decisione contiene due errori: in primo luogo i prezzi di Batigroup non erano eccessivi, al contrario di ciò che accerta la proposta. Le affermazioni nella proposta di decisione che si riferiscono al mantenimento strutturale sono false. Il Cantone ha approfittato della sua forza in qualità di committente e richiede oggi dalle imprese offerte sottocosto. La Segreteria non ha però mai verificato il fatto che le offerte richieste oggi dal Cantone non coprono i costi. I prezzi

richiesti prima del 1° aprile 2005 corrispondevano ad un regime di concorrenza. In occasione delle riunioni si è discusso degli aspetti tecnici delle offerte e stabilito l'offerente. In questo modo l'offerta inoltrata si basava su prezzi in grado di coprire i costi. In secondo luogo esisteva sia concorrenza interna che esterna. Già nella proposta di decisione è stato accertato che quasi il 40% del mercato considerato non era toccato dalla convenzione, fatto questo che parla a favore di una sufficiente concorrenza interna. Inoltre anche altre imprese di costruzione hanno inoltrato offerte a condizioni di mercato, non solo l'impresa designata. Tra le imprese esisteva quindi concorrenza interna. La convenzione ha incluso al massimo il 62% degli appalti (in alcuni anni di meno) e all'interno del sistema di rotazione esisteva concorrenza. Data la presenza di sufficiente concorrenza, non sarebbe stato possibile sopprimere la concorrenza sul mercato considerato. La presunzione della soppressione della concorrenza è quindi confutata. Erroneamente non è stata però provata l'incidenza dell'intralcio (violazione del principio inquisitorio). Batigroup sostiene inoltre di non avere nessuna possibilità d'influenzare Betasfa, essendo quest'ultima controllata da Comibit e disponendo Batigroup solo di una partecipazione di minoranza. Essa espone inoltre che sul Cantone grava una responsabilità decisiva riguardo la realizzazione della convenzione. La convenzione ha realizzato le direttive della commissione paritetica. Batigroup sostiene inoltre che non esiste alcuna base giuridica per il calcolo di una multa fittizia.

45. Le ditte Botta, Cogesa, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Pavistra, Saisa e Spalu hanno scelto di prendere posizione in modo comune. Nella loro presa di posizione, queste imprese chiedono di integrare nella proposta di decisione le loro osservazioni e che, nell'esposizione del risultato sia dato atto che gli accordi in oggetto perseguivano gli interessi dell'ente pubblico e dell'economia cantonale senza comportare danno o profitto illecito. Esse chiedono inoltre che le considerazioni sulle ipotetiche multe siano stralciate.

46. A sostegno di queste affermazioni, queste ditte precisano che nella realtà del Cantone Ticino e secondo una visione generalmente diffusa, accordi che consentivano una distribuzione e rotazione del lavoro fra gli operatori del settore erano non solo tollerati, ma persino ben visti, sotto il profilo di un interesse generale. Gli accordi erano idonei a salvaguardare l'esistenza degli operatori, con effetti che tornavano a beneficio dell'economia regionale, dal punto di vista dell'indotto, dei posti di lavoro, delle ricadute fiscali. Come Atag e Novastrada, esse contestano quindi l'affermazione relativa alla creazione di una politica di mantenimento strutturale ai danni dei committenti. Se può essere vero che vi fu una politica in questo senso, questa fu, in primo luogo, incoraggiata dall'autorità cantonale e, in secondo luogo, non fu realizzata a spese dei committenti. Nella loro presa di posizione, il gruppo di imprese riprende le considerazioni già espresse da Atag e Novastrada e da altre ditte, relative al ruolo giocato dal Cantone.

47. Queste ditte contestano infine che, per quanto riguarda i prezzi, si sia in presenza di "un accordo che aveva lo scopo di mantenere a un livello elevato i prezzi delle offerte presentate dagli offerenti che hanno perso il concorso". Al contrario, le ditte in questione precisano

che si è trattato di applicare prezzi adeguatamente remunerativi, cioè a copertura dei costi e con un ragionevole margine di guadagno. In effetti, come riportato anche nella proposta, le discussioni tra le imprese avevano lo scopo anche di fissare un prezzo adeguato, che tenesse conto sia degli interessi del committente sia di quelli dell'appaltatore. Si trattava quindi di stabilire un prezzo che coprisse i costi e non escludesse nessuno dal mercato. I prezzi applicati erano in linea con i preventivi del Cantone. Oggi però i prezzi sono sottocosto.

48. Comibit e Betasfa hanno deciso di prendere posizione assieme. Esse contestano principalmente il fatto di dover sostenere parte delle spese procedurali visto che (1) non hanno partecipato all'accordo in questione, (2) non hanno concluso accordi con le altre società di produzione, (3) il loro prodotto era libero sul mercato e a disposizione di tutte le imprese di pavimentazione indistintamente, (4) il listino prezzi delle miscele era uguale per tutti gli acquirenti, (5) la politica dei prezzi e gli sconti concessi in base alle quantità ritirate erano identiche per tutte le imprese e (6) la formulazione del prezzo con le rispettive analisi erano fino a fine anni novanta (1995) concordate con il dipartimento competente, gli aumenti sono sempre stati inferiori a quanto ammesso dall'indice KBOB, e i prezzi di Comibit erano costantemente al di sotto dell'indice Biga. Esse contestano inoltre la presenza di una posizione dominante così come un eventuale abuso di tale posizione.

49. Inoltre, queste due ditte criticano le affermazioni contenute nella proposta di decisione che concernono il livello dei prezzi delle miscele in Ticino, dato che è necessario tener conto delle contingenze specifiche del mercato cantonale (p.e. costo materie prime, costo manodopera, costo materiale riciclato). Dall'altro lato le affermazioni relative alla loro subordinazione all'accordo delle ditte di pavimentazione e alla mancanza di concorrenza sul mercato della produzione di miscele sono inesatte. Infine, Comibit e Betasfa domandano lo stralcio delle multe ipotetiche.

50. Costra nella sua presa di posizione chiede (1) la modifica del punto 1 a) e il punto 1c) del dispositivo della proposta di decisione, precisando che l'applicazione della convenzione è avvenuta tra il gennaio 1999 e il dicembre 2003 e che la limitazione della concorrenza è stata sospesa a partire dalla fine del mese di dicembre 2003, in ogni caso entro il termine del 31 marzo 2005; (2) lo stralcio dei riferimenti ad un determinato livello dei prezzi ed in particolare la frase "Mediante il sistema descritto, nel Cantone Ticino è stata praticata una politica di mantenimento strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici e, in ultima analisi, dei contribuenti" e "malgrado il suo elevato livello dei prezzi", e (3) lo stralcio delle considerazioni relative ad un'ipotetica multa.

51. In relazione all'estensione temporale del sistema di rotazione, Costra precisa che la Segreteria è in possesso di documenti che coprono unicamente il periodo gennaio 1999 fino a dicembre 2003. Inoltre, oltre a Costra anche altre ditte, fra cui la Franco Rossi e la Paviclass, non hanno più partecipato alle riunioni a partire dall'inizio del 2004. Quindi per Costra si deve concludere che il sistema è durato fino al dicembre 2003. Non è dunque

provata la tesi secondo cui gli accordi sarebbero continuati fino al 31 marzo 2005. A tal proposito, Costra rileva che le analisi statistiche non sono convincenti e non sono sufficienti a dimostrare che il sistema di rotazione è continuato anche nel 2004. A questo proposito, Costra rileva che a partire dal 2004 la volatilità dei prezzi delle offerte è aumentata. Il confronto dei prezzi delle offerte con il preventivo del Cantone è anch'esso non determinante. In effetti, l'origine del ribasso dei prezzi non è stata l'apertura dell'inchiesta ma soprattutto la carenza di occasioni di lavoro che ha portato ad una corsa all'acquisizione accompagnata da una diminuzione dei prezzi.

52. Costra non contesta l'esistenza di un accordo che permetteva una rotazione nell'assegnazione dei lavori ma contesta gli effetti e le conseguenze sul mercato che la Segreteria pretende di aver individuato. Le affermazioni relative al livello dei prezzi, Costra le considera basate solo su delle impressioni e delle informazioni unilaterali. Per rapporto al confronto dei prezzi delle offerte con i preventivi del Cantone non vi è stata una verifica dei criteri con i quali il Cantone ha allestito questi preventivi. Utilizzando l'indice dei prezzi delle costruzioni si evince che non vi è stata una diminuzione dei prezzi in Ticino così spettacolare come mostrata dal Cantone. Contrariamente a quanto sostenuto nella proposta di decisione, il mercato non era interessante per dei nuovi concorrenti perché i prezzi erano bassi e le capacità in eccesso, cosa che i risultati economici delle imprese dimostrano. Inoltre anche il Cantone parla attualmente di prezzi bassi, insufficienti a garantire la sopravvivenza delle aziende. In conclusione, non essendo noto il "prezzo giusto" non è possibile nessuna conclusione sui prezzi degli ultimi anni rispetto a quelli ante-2003.

53. In conclusione Costra critica il ruolo del Cantone quale principale committente in Ticino. Essa non è d'accordo con le conclusioni tirate sul ruolo del Cantone e non capisce come mai non si è approfondita la questione, visto che il suo peso economico quale principale committente influenza il mercato in modo importante. Inoltre Costra critica il fatto che non è stata stilata una graduatoria di responsabilità fra le imprese.

54. Paviclass non inoltra delle richieste di modifica. Le sue osservazioni portano sulla sua decisione relativa alle dimissioni dall'ATIPS, inoltrata oralmente già nel marzo 2004, sulla sua partecipazione minoritaria nella Betasfa, sull'attuale livello dei prezzi sottocosto, così come sul ruolo giocato dal Cantone e sulle sue pratiche degli ultimi anni.

55. Pavisud chiede che la cifra 1 lettera d) del dispositivo sia adattata aggiungendo una chiara ed esplicita segnalazione al Cantone Ticino di evitare mandati diretti illeciti, prestiti di personale e altre violazioni della normativa sugli appalti pubblici. Nello stesso tempo, chiede la modifica della cifra 3 del dispositivo, essendo il riparto in parti uguali delle spese procedurali da considerare iniquo perché non tiene conto dell'effettivo coinvolgimento dei vari interessati. Pavisud domanda che le spese vengano divise in trentesimi: 1/30 dei costi deve andare a carico delle singole ditte asfaltatrici, 10/30 a carico della Comibit e 2/30 a carico della Betasfa. Secondo Pavisud questa ripartizione si giustifica per il fatto che non v'è

ombra di dubbio che la struttura dominante del mercato ticinese è stata, storicamente, la Comibit. Pavisud, per contro, è stata combattuta con ogni mezzo per essere esclusa dal mercato.

56. Oltre a ciò, Pavisud sottolinea che non accetta l'affermazione, secondo la quale tutte le ditte coinvolte si sarebbero comportate in modo passivo. Inoltre Pavisud non è stata comparsa ad un'intesa sui prezzi nel settore privato. In questo ambiente Pavisud ha sempre operato in piena libertà. Pavisud ha sempre fornito miscele a terzi, non ha mai accettato accordi o condizionamenti sui prezzi di trasporto e non ha mai partecipato a lavori autostradali che rappresentavano dei grossi appalti. I prezzi offerti da Pavisud sono sempre stati in linea con i parametri di mercato, con l'analisi di copertura dei costi e con un normale margine di guadagno. Lo sgonfiamento dei prezzi durante l'inchiesta non può essere considerato come un parametro di confronto corretto ed oggettivo. Inoltre il Cantone ha approfittato della situazione costringendo gli operatori a lavorare in perdita.

57. Il Consiglio di Stato del Cantone Ticino non formula delle richieste di modifica del dispositivo. Le osservazioni portano principalmente su tre aspetti della proposta di decisione: (1) essa esclude Comibit e Betasfa dall'elenco delle ditte coinvolte nell'accordo; (2) essa afferma che la limitazione illecita alla concorrenza sarebbe stata sospesa a fine marzo 2005; mentre è opinione del Consiglio di Stato che è continuata almeno fino al concorso relativo ai lavori di manutenzione stradale per il biennio 2006/07; (3) essa riporta, senza confutarle, accuse formulate a carico dell'Autorità cantonale.

58. A sostegno della prima critica mossa, il Consiglio di Stato precisa che in relazione alla posa di miscela bituminosa, i costi si compongono per il 70% dal costo di produzione, per il 20% da quello della posa e per il 10% da quello dei trasporti. Si può quindi ragionevolmente ritenere che l'applicazione della convenzione necessitasse dell'appoggio dei maggiori produttori di miscele. Se questi produttori non avessero di fatto sostenuto l'accordo raggiunto tra le imprese di pavimentazione stradale, in buona parte proprietarie degli impianti medesimi, questo non avrebbe potuto reggere e durare nel tempo. Ogni produttore avrebbe infatti potuto favorire l'una o l'altra impresa praticando prezzi di fornitura diversi. Il Consiglio di Stato richiama anche il testo contenuto nella convenzione nel quale i produttori di miscele "s'impegnano a fornire tutti i prodotti miscelati solamente alle Ditte firmatarie della presente convenzione ad un prezzo equo e concorrenziale". Questa affermazione conferma l'implicazione delle società che controllavano gli impianti nell'accordo. La partecipazione diretta alle riunioni è per contro marginale ai fini di stabilire se anche gli impianti debbano essere ritenuti corresponsabili nell'applicazione della convenzione. D'altronde, la diminuzione dei prezzi delle miscele bituminose della Comibit a partire dal 2005 in controtendenza con il mercato svizzero è una prova del fatto che l'accordo ha permesso di mantenere i prezzi delle miscele a livelli elevati. Il Consiglio di Stato chiede quindi che Comibit e Betasfa devono essere incluse nell'elenco delle ditte parte all'accordo. In via subordinata, il Cantone chiede di valutare l'opportunità di aprire un'inchiesta preliminare per



verificare se non ci siano stati accordi illeciti anche tra gli impianti di produzione.

59. Il relazione alla fine dell'accordo, il Consiglio di Stato riporta il caso dei lotti di manutenzione delle strade cantonali per il biennio 2006/07 che fa dubitare che la ripartizione del mercato sia cessata nel marzo 2005. Secondo il Cantone, lo schema di ripartizione territoriale dei lotti è stato mantenuto. A riprova di questo fatto, il Consiglio di Stato rileva che non tutti i consorzi che hanno inoltrato l'offerta più bassa sono le ditte più vicine al settore di intervento, rispettivamente, all'impianto di produzione più prossimo ai possibili interventi. Inoltre, il Consiglio di Stato è sorpreso dell'esigua differenza di prezzo tra la migliore offerta e le altre offerte inoltrate. Anche dopo che alcuni lotti sono stati rimessi in concorso perché le offerte superavano il preventivo, le differenze delle nuove offerte non hanno mostrato grande variazione. In questo modo l'intesa non è più statisticamente rilevabile ma le imprese riescono comunque a spartirsi secondo i vecchi metodi un mercato di svariati milioni. Il Consiglio di Stato è quindi d'avviso che le ditte hanno continuato con delle pratiche cartellistiche per i lavori di manutenzione stradale. Esso domanda quindi un approfondimento di questo aspetto al fine di stabilire se delle sanzioni secondo l'articolo 49a LCart non si impongono.

60. Il Consiglio di Stato approfondisce in seguito le accuse mosse al Cantone portando tutta una serie di elementi che confutano le affermazioni, anche se al condizionale, espresse nella proposta di decisione: (1) il presunto influsso della vecchia Legge sugli appalti: anche se questa legge prevedeva effettivamente di tener conto del grado di occupazione delle ditte offerenti, essa non ha incoraggiato la ripartizione delle commesse e la creazione di un accordo sui prezzi. In relazione alla ripartizione delle commesse, il criterio del carico di lavoro ha giocato solo un ruolo marginale, dato che poteva essere preso in considerazione solo nella misura del 5%. Inoltre, secondo la legge, l'offerente con l'offerta più bassa o con l'offerta che non superava del 5% l'offerta più bassa otteneva l'appalto. Il criterio del carico di lavoro non impediva di presentare delle offerte del tutto concorrenziali; (2) l'annullamento di una gara nel 1995: contrariamente a quanto sostenuto da alcune imprese, l'annullamento non è stato deciso a causa dei prezzi bassi offerti, bensì a causa della struttura del bando, la quale impediva un paragone corretto delle offerte. Il prezzo della miscela veniva offerto all'impianto e il trasporto veniva remunerato a parte con un numero di km fisso e uguale per tutte le ditte. Ciò che significa che l'offerta più bassa, una volta aggiunti i costi di trasporto, avrebbe potuto essere molto più cara delle altre offerte una volta tenuto conto di questo dettaglio. Si è quindi deciso di annullare il concorso ma non a causa delle offerte basse; (3) la costituzione di una Commissione prezzi: a metà degli anni novanta il Cantone era confrontato con una generale e preoccupante guerra dei prezzi al ribasso nel mercato della costruzione. Su pressione del Parlamento, il Cantone Ticino ha deciso la creazione di una Commissione prezzi che aveva come unico scopo quello di fornire ai funzionari attivi sul campo un interlocutore neutro che potesse comunicare i dati tecnici necessari per la valutazione delle offerte. La Commissione non ha mai avuto l'incarico di fissare i prezzi. (4) La presunta prassi illecita

in materia di aggiudicazioni: il Consiglio di Stato contesta che vi siano stati dei vizi di formulazione nei bandi visto che il ricorso ad un unico impianto era dettato dalla possibilità di risalire al produttore nel caso di difetti nel materiale. Accanto a Comibit, anche Atag e Pavisud entravano in linea di conto per la fornitura di miscele. Non si è quindi voluto avvantaggiare Comibit ma conoscere l'effettiva provenienza delle miscele. Nel frattempo, si è aperta anche la possibilità di rifornirsi da due o più impianti se è possibile risalire chiaramente al fornitore delle miscele. L'autorità cantonale non è solita negoziare le offerte né richiedere sconti anche se in alcuni casi isolati è stata chiesta una riduzione del prezzo. Ma questi sconti, al contrario di ciò che sostengono le parti, non sono mai stati compensati da incarichi diretti. Questa procedura viene applicata in modo coerente e nel pieno rispetto delle disposizioni legali. Il Consiglio di Stato contesta infine di aver sfruttato le tensioni sul mercato approfittando del calo dei prezzi. In relazione ai prezzi, il Cantone sottolinea che purtroppo la Segreteria non prende posizione sui livelli di prezzo ottenuti grazie all'accordo. Esso precisa però da un lato che la documentazione prodotta, in particolare i paragoni con le realtà di altri Cantoni permette di dimostrare che la rotazione e la pianificazione a tavolino dell'andamento delle gare ha consentito alle imprese di mantenere i prezzi a livelli altissimi con grave danno per le casse del Cantone e dei comuni. Non è quindi accettabile che si lasci intendere che l'accordo possa avere prodotto effetti benefici dal punto di vista della formazione del prezzo. D'altro lato, il Cantone non è in grado di valutare la congruità dei prezzi e se i prezzi applicati permettono di coprire i costi. Il Dipartimento si limita a constatare che le ditte attive sul mercato continuano a lavorare malgrado il drastico abbassamento dei prezzi. È possibile che il livello di prezzi mantenuto grazie all'accordo abbia permesso alle ditte di lavorare per anni senza razionalizzare le proprie attività e quindi con costi eccessivi. Il Cantone non ha ridotto il volume delle commesse, eventualmente i comuni, ma non può essere rimproverato di aver approfittato della situazione.

61. In conclusione, il Cantone tiene a precisare che non ha violato la legge sui cartelli anche perché il Cantone non può essere considerato un'impresa ai sensi di questa legge.

## **B CONSIDERAZIONI**

### **B.1 Formale**

62. Nella sua presa di posizione, Batigroup rimprovera il fatto che le parti non sono state messe al corrente in anticipo dalla Segreteria del comunicato stampa. Non hanno così avuto la possibilità di preparare loro stessi un comunicato stampa. A causa della pubblicazione di questo comunicato equivoco si ha indotto l'opinione pubblica a pensare che la procedura era terminata. Questo ha portato ad un pregiudizio delle imprese implicate. Un pregiudizio dovuto al comunicato stampa e alla pubblicazione integrale del progetto di decisione così come alle interviste rilasciate in merito dal Dipartimento del Territorio è stato anche fatto valere da parte di Aebischer.

63. I ricorrenti motivano questi rimproveri in modo formale con la violazione del diritto di essere sentito e con la

violazione del principio della presunzione d'innocenza. Una violazione del diritto di essere sentito è stata rilevata anche dal Cantone, perché esso è stato messo al corrente dei rimproveri diretti contro di lui, solamente al momento in cui ha ricevuto il progetto di decisione.

64. La Segreteria ha informato la stampa il 10 gennaio 2007 sulla chiusura delle investigazioni. La Segreteria e la Comco informano l'opinione pubblica secondo l'articolo 49 capoverso 1 LCart circa le loro attività. Informazioni alla fine delle attività d'investigazione da parte della Segreteria vengono fornite nei casi in cui si prevede una reazione delle parti all'indirizzo della stampa. Dal comunicato stampa della Segreteria si poteva chiaramente evincere lo stadio in cui si trovava la procedura. Il progetto di decisione della Segreteria si distingue proprio per il fatto che alla Commissione viene proposto solo un progetto. Questo è messo in evidenza nel comunicato stampa per cui non ci può essere una violazione della presunzione d'innocenza come preteso da Bati-group.

65. La Segreteria non ha giocato nessun ruolo nel caso della pubblicazione del progetto di decisione, fatta da un giornale ticinese. Ancora meno si può ritenere questa responsabile delle affermazioni fatte da diverse parti in relazione alla procedura in corso. Per questi motivi le obiezioni sollevate sono infondate e quindi da respingere.

66. Il Cantone, come tutte le altre parti coinvolte nella procedura, ha avuto la possibilità di esprimersi sul contenuto del progetto di decisione. Un diritto a prendere posizione sul progetto prima del suo invio non è contemplato dall'articolo 30 capoverso 2 LCart. Nel caso concreto si è data opportunità unicamente ai membri dell'accordo di esprimersi sulla convenzione (cfr. n. marg. 26) prima della fine della procedura.

67. In conclusione, il diritto delle parti di essere sentito non è stato violato.

## B.2 Campo d'applicazione

68. La legge sui cartelli si applica alle imprese di diritto privato e di diritto pubblico che fanno parte di un cartello o di altri accordi in materia di concorrenza, dominano il mercato o partecipano a concentrazioni di imprese (articolo 2 capoverso 1 LCart).

69. Sono considerati imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o dalla loro forma organizzativa (articolo 2 capoverso 1<sup>bis</sup> LCart).

70. Sono considerate imprese tutte le unità indipendenti che partecipano al processo economico quali produttori di beni e di servizi e che, nel caso concreto, si presentano come offerenti o richiedenti (Messaggio sulla LCart, Estratto, p. 43). Le parti menzionate al n. marg. 13 vanno considerate come imprese ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 LCart.

## B.3 Relazioni con altre prescrizioni legali

### B.3.1 Prescrizioni riservate

71. Nella legge sui cartelli sono fatte salve le prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato, in particolare quelle che fondano un re-

gime statale di mercato o dei prezzi e quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti (articolo 3 capoverso 1 LCart). Inoltre la presente legge non si applica agli effetti della concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale (articolo 3 capoverso 2 LCart).

72. Nell'ambito dei mercati che occorre valutare in questa sede non vi sono prescrizioni che li escludono dalla concorrenza. Prescrizioni riservate secondo l'articolo 3 capoversi 1 e 2 LCart non vengono fatte valere neanche dalle parti in causa.

### B.3.2 Relazioni della LCart con la LAPub

73. La legge federale sugli acquisti pubblici (LAPub; RS 172.056.1) prevede all'articolo 11 lettera e che il committente possa revocare l'aggiudicazione o escludere determinati offerenti dalla procedura qualora essi abbiano pattuito comportamenti tali da impedire un'effettiva libera concorrenza o da ostacolarla in modo rilevante. Il tenore dell'articolo 11 lettera e LAPub coincide in ampia misura con quello dell'articolo 5 LCart. Si pone quindi la questione del rapporto tra la LAPub e la LCart – vale a dire se la medesima fattispecie (accordo di appalto) può essere oggetto sia della procedura in materia di diritto di aggiudicazione (articolo 11 LAPub) che della procedura prevista dal diritto dei cartelli (articolo 5 LCart). La risposta a tale domanda, conformemente al parere della Reko/Wef, è affermativa.<sup>7</sup> Se una fattispecie adempie contemporaneamente una delle fattispecie giuridiche della LCart e della LAPub, entrambe le leggi possono essere applicate parallelamente.<sup>8</sup> Quale motivazione si può addurre quanto segue:

a) In primo luogo, la LAPub e la LCart tutelano beni giuridici differenti.<sup>9</sup> L'articolo 11 lettera e LAPub serve alla protezione dell'appaltante pubblico e non ha un ulteriore effetto.<sup>10</sup> Il committente pubblico deve in primo luogo impiegare in modo economico i fondi pubblici (articolo 11 lettera c LAPub). Tuttavia non spetta ai servizi pubblici di aggiudicazione il compito di imporre una concorrenza efficace. La tutela di questo bene giuridico spetta unicamente alla Comco.<sup>11</sup> Per contro non è rilevante per l'applicazione della legge sui cartelli in quale misura vengono lesi gli interessi del committente.<sup>12</sup> La tutela del bene giuridico "concorrenza efficace"

<sup>7</sup> Cfr. DPC 2005/1, p. 191 seg. n. marg. 5.2.

<sup>8</sup> GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, tesi n. 28.3, p. 75; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, n. 69; TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in: Baurechtstagung 1997, p. 22; LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003, p. 23 segg.

<sup>9</sup> Cfr. CHRIST, n. 785; nel risultato anche GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997/5, p. 167.

<sup>10</sup> Cfr. GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR NF] 114 [1995], p. 332, n. marg. 10a.

<sup>11</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., n. 321.

<sup>12</sup> Cfr. INGENSTAU/KORBION, VOB Parti A e B, Commento, 13<sup>a</sup> ed., Düsseldorf 1996, p. 770, n. marg. 29.

(ai sensi della legge sui cartelli) si aggiunge quindi alla tutela dei beni giuridici della LAPub e assume pertanto un significato autonomo. Di conseguenza le prescrizioni del diritto pubblico di aggiudicazione e quelle del diritto dei cartelli sono applicabili cumulativamente.<sup>13</sup>

b) La tutela dei beni giuridici, limitata nell'ottica della LAPub alla protezione dell'appaltante pubblico, è evidenziata in particolare dal fatto che l'articolo 11 lettera e LAPub si riferisce soltanto ad accordi mascherati (sui prezzi), vale a dire ad accordi che non vengono rivelati al committente.<sup>14</sup> La legge sui cartelli non opera tali distinzioni e combatte gli accordi illeciti (articolo 5 LCart), indipendentemente dal fatto che siano conclusi apertamente o di nascosto oppure se sono noti ai partner commerciali o vengono loro sottaciuti.

c) Infine le due procedure si distinguono anche dal punto di vista dei loro effetti giuridici. Mentre secondo l'articolo 11 lettera e LAPub l'autorità competente può escludere i partecipanti a un accordo di appalto soltanto (ma comunque) dalla procedura, la Comco, conformemente all'articolo 49a LCart, può infliggere, a partire dal 1° aprile 2005, anche sanzioni dirette.<sup>15</sup>

74. Il Tribunale federale ha confermato, in relazione alla valutazione di fattispecie verificatesi in passato, la competenza delle autorità in materia di concorrenza nel settore degli appalti pubblici.<sup>16</sup>

75. Ricapitolando risulta che l'applicabilità delle prescrizioni inerenti agli acquisti pubblici e alla legge sui cartelli è cumulativa.

### B.3.3 Disposizioni di legge nel Cantone Ticino

76. La legge del 12 settembre 1978 sugli appalti pubblici del Cantone Ticino (in vigore fino al mese di febbraio 2001) prescriveva al Consiglio di Stato, all'articolo 22, di aggiudicare la commessa all'appaltatore che presenta l'offerta più bassa. Tuttavia si potevano prendere in considerazione anche offerte che non superavano l'offerta minima nella misura del 5% al massimo, a condizione che adempissero i criteri elencati all'articolo 23 della legge. Inoltre l'articolo 24 accordava al Consiglio di Stato un notevole margine di manovra, nel senso di non concedere ad alcun appaltatore l'aggiudicazione, in particolare se gli interessi del Cantone sarebbero stati pregiudicati da tale aggiudicazione. Una relativa decisione di annullamento del bando di concorso era definitiva e inoppugnabile.

77. Secondo la nuova legge del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb), il committente è obbligato ad aggiudicare la commessa all'appaltatore che presenta l'offerta più vantaggiosa, tenendo conto di diversi criteri, come il termine, la qualità, il prezzo, i costi d'esercizio, ecc. (articolo 32 LCPubb). In altri termini: occorre scegliere l'offerta caratterizzata dal migliore rapporto tra prezzo e prestazioni. La valutazione deve essere effettuata basandosi sui criteri di aggiudicazione già indicati nel bando di concorso. A tale proposito occorre precisare che il criterio del prezzo più basso viene considerato soltanto nel caso di beni ampiamente standardizzati. Per questo motivo anche le offerte che si

situano a un livello superiore all'offerta più bassa possono far parte di quelle complessivamente più vantaggiose. Infine, nell'apprezzamento globale delle offerte, l'aspetto economico continua ad avere un ruolo importante, anche se il limite di prezzo del 5% è stato soppresso.

78. Il diritto del committente di non concedere ad alcun appaltatore l'aggiudicazione è stato inserito di nuovo nell'articolo 34 LCPubb. Tuttavia ciò è ancora possibile soltanto se esistono motivi importanti. Inoltre un'eventuale decisione di annullamento del bando di concorso è impugnabile davanti al Tribunale amministrativo cantonale (articolo 36 LCPubb).

79. Le disposizioni legali applicate nel Cantone Ticino non contengono prescrizioni che si oppongono all'applicabilità della legge sui cartelli.

### B.4 Accordo illecito in materia di concorrenza concernente la determinazione dei prezzi e la ripartizione del mercato

80. Secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart sono illeciti gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato di determinati beni o servizi e che non sono giustificati da motivi di efficienza economica, nonché quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace.

#### B.4.1 Accordo in materia di concorrenza

81. Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (articolo 4 capoverso 1 LCart).

82. Un accordo in materia di concorrenza viene quindi definito da due elementi che corrispondono ad altrettanti dati di fatto: a) una collaborazione consapevole e voluta delle imprese che partecipano all'accordo e b) una limitazione della concorrenza a cui mira l'accordo o causata da esso.

a) La presente convenzione, il cui contenuto viene spiegato dettagliatamente al capitolo B.4.2.1, costituisce un accordo tra offerenti dello stesso livello economico (accordo orizzontale). Per il periodo tra il 13 gennaio 1999 e il 10 dicembre 2003 sono a disposizione della Segreteria complessivamente 209 tabelle che documentano l'attribuzione degli incarichi, disciplinata nella convenzione, in occasione delle riunioni delle parti. Aderendo alla convenzione e partecipando alle riunioni, tutti i partner dell'accordo hanno dimostrato una collaborazione consapevole e voluta.

<sup>13</sup> Si veda anche HESS-ODONI, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, in: Jusletter 24 maggio 2004; GALLI/MOSER/LANG, OP. CIT., n. 224.

<sup>14</sup> Gauch, op. cit., p. 332, n. marg. 10.

<sup>15</sup> DPC 2002/1, p. 139 seg., n. marg. 22.

<sup>16</sup> DPC 2005/3, p. 582, n. marg. 3.3.

b) L'obiettivo della convenzione consisteva nel ripartire sistematicamente le commesse edili, sia private che pubbliche, per i lavori stradali nel Cantone Ticino a partire da un importo della commessa di 20'000 franchi, allo scopo di poter ottenere in tal modo prezzi "equi". In ciò non si può vedere niente altro se non l'intenzione che tale accordo si prefiggeva una limitazione della concorrenza. La ripartizione delle commesse menzionata in precedenza avrebbe dovuto impedire la concorrenza tra le varie imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino per quanto riguarda le commesse in questione.

Entrambe le condizioni che contraddistinguono una limitazione della concorrenza sono quindi adempiute.

83. L'accordo sugli appalti analizzato nell'attuale procedura si differenzia dal cartello sugli appalti esaminato nell'inchiesta inerente alla Biblioteca nazionale svizzera. Anche la procedura relativa alla Biblioteca nazionale svizzera aveva come oggetto un accordo illecito sui prezzi tra offerenti tramite offerte concordate. Esso si riferiva però ad un solo appalto pubblico<sup>17</sup>. L'accordo esaminato in questa procedura dal canto suo ha avuto come oggetto intese fra gli offerenti durate diversi anni.<sup>18</sup>

84. In seguito viene dapprima spiegato il contenuto della convenzione e quindi il funzionamento dell'accordo tra le varie imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino (B.4.2.1). L'effettiva applicazione della convenzione è documentata dalle tabelle che mostrano le riunioni settimanali dei partner dell'accordo (B.4.2.2).

85. Nel capitolo B.4.2.3 viene valutato un possibile accordo sul mercato della produzione di miscele bituminose.

86. Alcuni indizi che sono emersi nel corso dell'inchiesta preliminare in merito a un accordo sui prezzi dei trasporti non sono stati confermati nell'ambito dell'inchiesta. Il capitolo B.4.2.4 è dedicato a questa tematica.

#### **B.4.2 Soppressione della concorrenza efficace**

87. Secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart è data presunzione della soppressione della concorrenza efficace nel caso in cui gli accordi fissano direttamente o indirettamente i prezzi, limitano i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare oppure operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali, quando tali accordi riuniscono imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti.

##### **B.4.2.1 Convenzione: ripartizione del mercato e accordo orizzontale in materia di prezzi**

###### **a) Parti contraenti e scopo della convenzione**

88. La convenzione trasmessa alla Segreteria, datata il 15 dicembre 1998, si trova all'Appendice A1. La convenzione ha determinato il mercato della produzione di miscele e delle pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino per gli anni successivi fino almeno alla fine del 2004. Come viene illustrato in seguito, la convenzione stabiliva in particolare il meccanismo dell'attribuzione delle commesse private e pubbliche.

89. Secondo l'allegato della convenzione appartenevano ai partner dell'accordo le seguenti imprese di pavimen-

tazione stradale: Atag, Batigroup, Botta, Cogesa, Costra, Edilstrada, ICR, MM, Novastrada, Paviclass, Pavistra, Pavisud, Franco Rossi, Saisa, Spalu e Trevalbeton. Altri documenti, come ad esempio la tabella all'Appendice A2, fanno supporre che anche le ditte di pavimentazione stradale Aebischer e Luongo partecipavano all'accordo in questione.

90. La convenzione si prefiggeva di garantire la qualità dell'esecuzione dei lavori di pavimentazione stradale nonché un livello dei prezzi adeguato e basato sulla lealtà reciproca tra le parti contraenti (cifra 2 della convenzione).

###### **b) Ripartizione del mercato e accordo sui prezzi delle offerte**

91. La convenzione prevedeva per l'attribuzione delle commesse il seguente meccanismo: in presenza dei titolari delle imprese o dei dirigenti (cifra 4 della convenzione) si sarebbero tenute riunioni settimanali (cifra 3 della convenzione) durante le quali i rappresentanti delle diverse imprese avrebbero discusso, entro la fine della settimana successiva, le commesse da aggiudicare e avrebbero stabilito i rispettivi mandatari. Le seguenti commesse verrebbero aggiudicate in questo modo (cifra 5 della convenzione):

- (a) Tutti i lavori per enti pubblici assegnati per concorso pubblico o licitazione privata;
- (b) Tutti i lavori che superano i 20'000 franchi;
- (c) Altri lavori per terzi inerenti a lavori di pavimentazione.

92. Occorre sottolineare il fatto che la convenzione disciplinava non soltanto l'assegnazione delle commesse pubbliche in occasione delle riunioni settimanali, ma anche quella delle commesse private con un volume di progetto superiore a 20'000 franchi.

93. Per l'assegnazione delle commesse la convenzione distingueva tra commesse fino a 500'000 franchi e commesse per un importo superiore a 500'000 franchi (cifra 7 della convenzione). Per qualsiasi categoria di commesse ogni parte contraente disponeva di un cosiddetto contingente, che corrispondeva alla somma delle commesse ricevute in passato nella rispettiva categoria.

94. Mentre le commesse fino a un volume di 500'000 franchi avrebbero dovuto essere assegnate in proporzione di 1:1 al rispettivo contingente nella categoria di commesse fino a tale somma, la convenzione prevedeva da un lato di procedere all'assegnazione di commesse con un volume superiore a 500'000 franchi nel modo seguente: (cifra 8 della convenzione):

<sup>17</sup> Risanamento dell'edificio principale della biblioteca nazionale svizzera.

<sup>18</sup> Cfr. Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, 397.

-	fin a 1'000'000 di franchi	imputazione al 100%;
-	per il seguente 1'000'000 di franchi	imputazione al 90%;
-	per il seguente 1'000'000 di franchi	imputazione al 80%;
-	per il seguente 1'000'000 di franchi	imputazione al 60%;
-	per ulteriori importi	imputazione al 50%;

D'altro lato le somme delle commesse avrebbero dovuto essere moltiplicate, prima dell'assegnazione al rispettivo contingente, per un fattore che, a seconda dell'impresa, era situabile a un livello differente. I fattori di moltiplicazione validi per ogni impresa possono essere desunti dall'appendice della convenzione.

95. Per una migliore comprensione, l'assegnazione delle somme delle commesse ai rispettivi contingenti, prevista nella convenzione, può essere illustrata dal seguente esempio: a un'impresa con un fattore di 130, che ha eseguito una commessa per un importo di 2'400'000 franchi, dovrebbero essere imputati

$$1.3 \cdot (1'000'000 \cdot 1.0 + 1'000'000 \cdot 0.9 + 400'000 \cdot 0.8) = 2'886'000 \text{ franchi}$$

sul contingente (nella categoria di commesse superiori a 500'000 franchi).

96. Per l'assegnazione delle commesse avrebbero dovuto essere presi in considerazione i seguenti criteri, benché il carico di lavoro avrebbe dovuto essere, in linea di massima, il più importante (cifra 7 della convenzione):

a) Carico di lavoro: esso è stato determinato soprattutto dal livello dei contingenti. Siccome i contingenti di un'impresa aumentavano in proporzione al numero delle commesse assegnate, il carico di lavoro era considerato tanto maggiore quanto più elevati erano i contingenti di un'impresa.

b) Regionalità: precedenza alle imprese attive nella regione, in particolare in caso di commesse fino a 500'000 franchi.

c) Specializzazioni: tenuto conto dei primi due criteri, per l'esecuzione di lavori speciali si dovrebbe dare la preferenza a ditte specializzate.

d) Offerte studio: in particolare nel caso di commesse private occorrerebbe dare la preferenza a ditte che avevano già approntato piani adeguati.

e) Discussioni collegiali.

97. Le decisioni in merito all'aggiudicazione delle commesse dovrebbero essere prese mediante una deliberazione di maggioranza dei partecipanti alle riunioni. In caso di divergenze di opinioni, la decisione dovrebbe venire adottata in votazione segreta. In caso di parità di voti era invece previsto che l'impresa che disponeva del contingente più elevato dovesse astenersi dal voto (cifra 3 della convenzione).

98. Per quanto riguarda le commesse pubbliche, la convenzione prevedeva che ogni appaltatore dovesse calcolare interamente la rispettiva offerta prima delle riunioni. In occasione delle riunioni le offerte dovrebbero essere discusse in comune, allo scopo di stabilire in conclusione il prezzo adeguato dell'offerta dell'impresa designata a vincere il concorso, rispettivamente l'offerta più bassa. Al momento di determinare il prezzo in questione occorrerebbe tenere conto sia degli interessi del committente che di quelli delle parti contraenti.

99. Le offerte destinate a perdere il concorso sono state designate nella convenzione come "offerte d'appoggio". Esse dovrebbero essere allestite per ogni singola posizione basandosi sul calcolo dei costi. Oltre a ciò occorreva evitare che venissero presentate offerte identiche. Inoltre, in occasione dei bandi di concorso cantonali, si doveva fare attenzione al fatto che il committente, al momento dell'aggiudicazione, aveva la scelta tra diverse offerte adeguate a tale scopo (cifra 4 della convenzione).

100. I partner dell'accordo si impegnano a partecipare in modo proporzionale ai costi che risultano dalla convenzione. Inoltre i terzi<sup>19</sup> non potevano essere riforniti di miscele bituminose e non vi era la possibilità di effettuare prestiti, di fornire strumenti di lavoro o di eseguire altri lavori connessi con i lavori di pavimentazione stradale. Inoltre si potevano costituire consorzi per i lavori di pavimentazione stradale soltanto con i partner dell'accordo. Oltre a ciò la convenzione obbligava i partner dell'accordo, che nel contempo erano proprietari di ditte produttrici di asfalto, a vendere le loro miscele di pavimentazione unicamente ai partner dell'accordo a un prezzo equo e concorrenziale.

101. Se un'impresa voleva ritirarsi dalla convenzione, essa era obbligata a collaborare all'attuazione dell'assegnazione delle commesse prevista finché i contingenti degli altri partner dell'accordo raggiungevano lo stesso livello di quello dell'impresa dimissionaria (cifra 13 della convenzione).

102. Ricapitolando si può concludere che il meccanismo di assegnazione delle commesse descritto nella convenzione si prefiggeva una rotazione dell'esecuzione delle commesse e di conseguenza una ripartizione del mercato ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 lettera c LCart. Nel contempo la convenzione, in base alla discussione sui prezzi delle offerte relativa all'assegnazione delle commesse, conteneva un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 lettera a LCart. Gli impegni elencati al n. marg. 100 avrebbero dovuto sostenere tali accordi, nella misura in cui le imprese di

<sup>19</sup> Imprese che non appartengono all'ATIPS.

pavimentazione stradale che non partecipavano (più) agli accordi sarebbero state ostacolate nell'esercizio della concorrenza. Ciò vale in particolare per la disposizione concernente la fornitura di miscele bituminose, che dovrebbero essere vendute soltanto ai partner dell'accordo. Le considerazioni seguenti mostrano che la disposizione contenuta nell'accordo riguardante le limitazioni rispettivamente i rifiuti di fornitura, indipendentemente dalla misura in cui è stata seguita, ha contribuito alla riuscita dell'accordo.

#### B.4.2.2 Applicazione della convenzione

##### a) Applicazione concreta

103. L'effettiva applicazione del sistema descritto nella convenzione è documentata dal 13 gennaio 1999 fino al 10 dicembre 2003. Questa documentazione è composta di:

- 209 tabelle che dimostrano le aggiudicazioni delle commesse stabilite in anticipo in occasione delle riunioni settimanali. In particolare queste tabelle indicano l'evoluzione dei contingenti nelle categorie di commesse fino a 500'000 franchi e in quelle superiori a 500'000 franchi. In tali tabelle sono elencate tutte le parti attive nel settore della pavimentazione stradale (cfr. Tabella 1).

- 192 pagine in cui sono elencati i lavori sospesi.

104. Qui di seguito vengono presentati i risultati delle analisi di questi documenti. Essi dimostrano a sufficienza che la convenzione è stata effettivamente applicata.

105. L'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati in modo tale da permettere a ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in rapporto alla rispettiva importanza economica. Mediante i fattori di moltiplicazione si sarebbe dovuto tenere conto di ciò.

106. Secondo le affermazioni di alcune parti, tali fattori di moltiplicazione riflettono le dimensioni e l'età delle imprese sul mercato. Tenuto conto del fatto che le imprese a cui è stato assegnato un contingente basso conformemente al criterio a alla cifra 7 della convenzione (cfr. n. marg. 96) avrebbero avuto maggiori possibilità di ricevere una commessa, le imprese dotate di fattori di moltiplicazione bassi erano operatori del mercato di grandi dimensioni e residenti da tempo nel Cantone, ai quali sono stati assegnati volumi di commesse superiori rispetto alle imprese dotate di fattori di moltiplicazione elevati. Di conseguenza le imprese Costra, Novastrada, Spalu e Batigroup, a cui è stato assegnato il fattore 100<sup>20</sup> indicato nell'allegato alla convenzione, possono essere considerate sul mercato imprese di grandi dimensioni e/o residenti da tempo nel Cantone, mentre la

Paviclass, a cui è stato attribuito il fattore 200<sup>21</sup>, è un'impresa relativamente piccola che non può rifarsi a un'importante tradizione aziendale nel settore edile.

107. Un confronto dei fattori di moltiplicazione nell'allegato alla convenzione del 15 dicembre 1998 con quelli contenuti nella tabella del 21 novembre 2001 nell'appendice A2 illustra che i fattori di moltiplicazione erano stati adeguati nel corso degli anni. Grazie a ciò è stato possibile tenere conto delle varie evoluzioni economiche. Secondo le ammissioni di una parte, tali adeguamenti si verificavano di raro e provocavano sempre discussioni intense tra i partecipanti alle riunioni.

108. Per quanto riguarda l'assegnazione delle commesse occorre precisare che non sempre l'impresa che figurava al primo posto nelle tabelle riceveva le commesse da aggiudicare. Nell'aggiudicazione delle commesse venivano presi in considerazione anche i criteri elencati al n. marg. 96. Questo funzionamento nell'ambito dell'assegnazione delle commesse è stato confermato dalle parti interpellate.

109. Per quanto concerne l'assegnazione delle commesse è stato inoltre tenuto un registro. Secondo le ammissioni di alcune parti, un rappresentante dell'impresa [...] inseriva nella tabella, per la rispettiva data della riunione, le commesse attribuite in occasione delle diverse riunioni. La tabella aggiornata veniva stampata e distribuita su richiesta. In tal modo anche i partner dell'accordo che non avevano partecipato alla rispettiva riunione venivano informati in merito all'assegnazione delle commesse.

110. Inoltre un rappresentante dell'impresa [...] teneva una lista delle commesse che erano state assegnate in occasione delle riunioni svolte in precedenza e imputate ai contingenti, ma che erano state sospese dal committente. Se un committente ritirava una commessa, il relativo valore della commessa veniva sottratto dal contingente corrispondente. La contabilità dei lavori sospesi mostra con quale esattezza veniva applicato il sistema di rotazione.

111. Le difficoltà nell'assegnazione delle commesse consistevano nel fatto che sia le somme delle commesse individuali sia la frequenza degli appalti potevano variare notevolmente. È immaginabile che un bando di concorso dotato di un volume di 2'000'000 di franchi dovesse essere compensato da aggiudicazioni dirette per un ammontare di 100'000 franchi ognuna, allo scopo di garantire un'assegnazione equilibrata delle commesse.

112. La seguente Tabella 3 illustra il modo in cui il sistema di rotazione funzionava, a prescindere da queste difficoltà, durante il periodo tra il 13 gennaio 1999 e il 10 dicembre 2003.

<sup>20</sup> Riduzione del fattore di moltiplicazione (cfr. Tab. 3) a partire dal 02.02.2000.

<sup>21</sup> Riduzione del fattore di moltiplicazione (cfr. Tab. 3) a partire dal 11.02.2000 e dal 07.02.2003.

Tab. 3: Vista d'insieme del sistema di rotazione

	1999	2000	2001	2002	2003	FM	1999-2003	QM	QM conv.
PC	4'187'750	1'911'400	2'087'500	3'270'500	1'272'500	170	12'729'650	4.58	5.11
AT	4'481'000	2'297'200	3'202'800	2'589'350	1'991'700	150	14'562'050	5.24	5.61
BO	4'227'427	3'047'233	2'720'500	3'312'000	1'995'200	140	15'302'360	5.50	5.78
PS	5'352'970	2'516'750	3'425'000	1'800'900	2'740'500	140	15'836'120	5.69	5.78
TB	4'083'416	2'950'033	2'227'900	5'052'833	1'795'833	140	16'110'015	5.79	5.78
IC	4'073'466	3'345'533	2'495'630	4'328'833	2'418'883	120	16'662'344	5.99	6.18
ED	4'137'026	4'115'900	1'745'000	6'218'100	764'500	120	16'980'526	6.10	6.18
SA	3'955'600	4'317'233	2'575'000	4'629'737	1'954'742	120	17'432'312	6.27	6.18
MM	3'756'019	5'386'633	1'165'000	5'704'550	1'536'600	120	17'548'802	6.31	6.18
RO	5'002'754	3'273'695	1'964'250	5'716'000	1'763'545	110	17'720'245	6.37	6.44
CG	4'374'325	3'336'920	3'640'723	4'099'120	2'277'583	120	17'728'671	6.37	6.18
PA	4'889'445	2'493'989	3'062'500	4'341'887	3'737'500	120	18'525'321	6.66	6.18
CS	3'891'669	4'846'900	3'613'989	6'720'973	407'350	95	19'480'882	7.00	7.10
BT	5'938'125	3'744'383	3'739'199	3'962'254	2'334'500	95	19'718'460	7.09	7.10
SP	5'030'778	3'998'000	3'169'830	6'219'663	2'208'480	95	20'626'751	7.42	7.10
NO	3'831'519	5'624'600	2'201'750	6'922'470	2'607'600	95	21'187'939	7.62	7.10
<b>Totale</b>	<b>71'213'289</b>	<b>57'206'401</b>	<b>43'036'571</b>	<b>74'889'169</b>	<b>31'807'017</b>		<b>278'152'447</b>	<b>100.0</b>	<b>100.0</b>
<b>QMG</b>	<b>83</b>	<b>70</b>	<b>47</b>	<b>81</b>	<b>32</b>		<b>62</b>		

Fonte: rilevamenti della Segreteria

113. La Tabella 3 contiene le somme delle commesse (cifre d'affari) che sono state assegnate a ogni impresa nel periodo dal 1999 al 2003 secondo le tabelle elaborate durante le riunioni. Queste cifre d'affari sono state soggette nel corso di diversi anni a oscillazioni considerevoli. Tuttavia le imprese a cui è stato attribuito lo stesso fattore di moltiplicazione (FM) hanno registrato cifre d'affari complessive analogamente elevate nel periodo tra il 1999 e il 2003.<sup>22</sup> Ciò dimostra che le imprese in questione hanno potuto ottenere la compensazione auspicata mediante il sistema di rotazione non ogni anno, ma comunque sull'arco di diversi anni.<sup>23</sup>

114. Dalla Tabella 3 è inoltre possibile desumere che le cifre d'affari complessive nel periodo tra inizio 1999 e fine 2003 sono tanto più importanti quanto più basso è il fattore di moltiplicazione. Di conseguenza il fattore di moltiplicazione corrispondeva all'importanza economica delle imprese.

115. La penultima colonna della tabella riporta la quota di mercato (QM) delle imprese basata sulla cifra d'affari complessiva di questo ramo economico, ottenuta tra inizio 1999 e fine 2003, per un ammontare di circa 278 milioni di franchi. L'ultima colonna della tabella (QM conv.) riporta i dati dell'ultima colonna dell'allegato alla convenzione e precisa le quote di mercato previste dalla stessa convenzione. Da un confronto risulta che le quote di mercato differiscono soltanto in misura esigua dalla ripartizione del mercato prevista nella convenzione.

116. Le differenze esistenti possono essere dovute, da un lato, al fatto che i fattori di moltiplicazione sono stati modificati nel corso degli anni (n. marg. 107). Dall'altro, tali differenze potrebbero essere ridotte, se la Segreteria avesse a disposizione tutte le tabelle fino all'ultima riunione<sup>24</sup>: infatti, quanto più lungo è il periodo preso in considerazione, tanto meno si notano le variazioni. Te-

nuto conto dell'entrata in vigore della legge sui cartelli è però anche ipotizzabile che i partner dell'accordo non abbiano comunque potuto portare a termine il sistema di rotazione, per cui non si è riusciti a ottenere una completa coincidenza con le quote di mercato previste.

117. L'ultima linea della tabella presenta la quota della cifra d'affari che è stata ottenuta nel periodo corrispondente dai partner dell'accordo tramite il sistema di rotazione (quota del mercato globale [QMG]).<sup>25</sup> Mentre nel 1999, nel 2000 e nel 2002 l'83%, il 70% e l'81% delle cifre d'affari è stato ripartito tramite il sistema di rotazione, queste quote ammontavano, nel 2001 e nel 2003, al 47% rispettivamente al 32%. Dall'ultima linea della tabella si evince che durante l'intero periodo di osservazione, il 62% del volume delle commesse è stato aggiudicato mediante il sistema di rotazione.

118. Batigroup rileva nella sua presa di posizione che in media quasi il 40% del mercato rilevante non è stato toccato dalla convenzione (cfr. n. marg. 44). A ciò va obiettato che una concorrenza efficace è soppressa già quando "solo" il 60% del mercato rilevante è toccato

<sup>22</sup> Come è stato menzionato nel n. marg.107, i fattori di moltiplicazione sono variati nel corso del periodo considerato. La Tabella 3 indica i fattori di moltiplicazione che, secondo l'appendice A2, erano validi il 21 novembre 2001. La scelta di questa data non influisce affatto sulla conclusione, poiché la disposizione dei partner dell'accordo connessa con i fattori di moltiplicazione era sempre la stessa.

<sup>23</sup> Aebischer e Luongo non sono raffigurate nella tabella, dato che non appaiono rispettivamente non sono state prese in considerazione nella divisione del mercato allegata alla convenzione.

<sup>24</sup> La Segreteria non dispone di tabelle per le riunioni avvenute dopo il 10 dicembre 2003 perché a partire dal 2004, i documenti distribuiti sarebbero stati ritirati al termine delle riunioni (cfr. n. marg.122).

<sup>25</sup> Queste percentuali sono il risultato della divisione delle cifre d'affari sommate ottenute dal sistema di rotazione e dalle cifre d'affari corrispondenti secondo i conti economici dei partner dell'accordo.

dalla convenzione. A questo proposito è utile sottolineare subito che a volte più dell'80% del mercato era toccata dalla convenzione, ciò che ci può portare a concludere che non si era in presenza di una sufficiente concorrenza interna. Inoltre l'insieme delle circostanze indica che in un mercato, come questo in oggetto, influenzato dagli accordi, difficilmente le commesse che non appaiono nella tabella possono essere state assegnate "in modo indipendente dall'accordo". Un motivo delle variazioni osservate, per quanto riguarda la quota della cifra d'affari ottenuta mediante il sistema di rotazione, può consistere nel fatto che le commesse sono state assegnate in periodi diversi ai contingenti e ai conti economici delle imprese in questione. Questo riguarda in particolare le commesse per la manutenzione delle strade, le quali erano iscritte con la somma intera dell'appalto anche se previste per una durata di due anni. Un'ulteriore spiegazione potrebbe essere fornita dalla gestione delle commesse sospese (cfr. n. marg. 110).

119. Altri motivi che spiegano questa situazione possono essere stati i seguenti: innanzitutto, le commesse inferiori a 20'000 franchi che non erano previste dalla convenzione, poi i mandati che superavano il milione di costo non venivano contabilizzati al 100% (cfr. n. marg. 94). Infine non si può escludere che l'intesa esaminata è diventata sempre più instabile in vista dell'introduzione della nuova legge sui cartelli (cfr. n. marg. 116).

120. Per quel che concerne l'impegno a non fornire terzi (punto 6 convenzione), l'applicazione di questo punto non può essere dimostrata in modo convincente. In generale questa disposizione ha però favorito la riuscita dell'accordo. La sua effettiva applicazione non è quindi rilevante per il risultato dell'inchiesta (cfr. n. marg. 134).

121. Ricapitolando si può concludere che il sistema di rotazione previsto nella convenzione è stato applicato.

## b) Durata

122. La convenzione era stata conclusa per un periodo di tempo indeterminato. Come è già stato menzionato (cfr. n. marg. 103), l'effettiva applicazione del sistema descritto nella convenzione è documentata dal 13 gennaio 1999 fino al 10 dicembre 2003. Inoltre l'applicazione della convenzione per il periodo tra l'inizio 1999 e la fine del 2003 è confermata dalle ammissioni delle persone interessate. Secondo tali persone, anche dopo il mese di dicembre 2003 hanno avuto luogo incontri a scadenze regolari. Tuttavia, a partire dall'inizio del 2004, i documenti distribuiti durante le riunioni sarebbero stati di nuovo ritirati per ordine superiore al termine delle riunioni stesse. Inoltre, dai mesi di ottobre/novembre 2004 fino all'inizio del 2005, si sarebbero svolte sempre meno riunioni e, a partire dal 31 marzo 2005, non ve ne sarebbero più state.

123. Questa dichiarazione coincide con le prese di posizione delle parti in risposta alla lettera della Segreteria del 21 luglio 2006 (cfr. n. marg. 26). Secondo tali prese di posizione, le riunioni settimanali durante il periodo transitorio della nuova legge sui cartelli, dal 1° aprile 2004 al 31 marzo 2005, hanno avuto luogo sempre più raramente e sono quindi state interrotte. Di conseguen-

za, dopo il 31 marzo 2005 non si sarebbero più svolte riunioni.

124. In relazione al momento della cessazione dell'accordo sono arrivate diverse prese di posizione. Se alcune parti fanno valere il fatto che a partire dal dicembre 2004 hanno smesso di partecipare alle riunioni, Costra sottolinea di aver partecipato solo fino a fine 2003. Il Cantone, per contro, fa valere il fatto che l'accordo è continuato anche dopo il marzo 2005 per i lavori relativi alla manutenzione delle strade. Non si può escludere che da un lato, alcuni membri dell'accordo, soprattutto in vista della fine del periodo transitorio della nuova LCart, abbiano smesso di prendere parte alle sedute già prima della sua scadenza. Dall'altro, non si può escludere che il numero dei partecipanti alle sedute sia quindi continuamente diminuito. Questo aspetto non cambia niente al fatto che le riunioni hanno avuto luogo anche dopo il marzo 2004<sup>26</sup> e che l'accordo ha mostrato delle conseguenze riscontrabili almeno fino alla fine del 2004. Considerando tutte le circostanze, in special modo i rilevamenti statistici della Segreteria e ammissioni delle parti, si può affermare che l'accordo, voluto dalla convenzione e realizzato progressivamente tramite le riunioni, è durato dal gennaio 1999 almeno fino alla fine del 2004.

## c) Commenti sulla convenzione

125. Con lettera del 21 luglio 2006 è stato spedito alle parti un estratto della convenzione, unitamente a una tabella che ricapitolava l'assegnazione delle commesse durante le riunioni settimanali delle parti. In tale lettera la Segreteria invitava le parti a esprimersi in merito ai documenti in questione (cfr. n. marg. 26)

126. 12 parti hanno risposto di conoscere la convenzione o di averne sentito parlare (cfr. Tab. 2). Tuttavia queste imprese negano di aver firmato la convenzione. Inoltre la convenzione sarebbe servita unicamente quale direttiva.

127. Le parti hanno confermato, ad eccezione della ditta Luongo, Comibit e Betasfa, di avere partecipato alle riunioni settimanali (cfr. Tab. 2). Esse hanno però precisato di avere avuto soltanto un ruolo passivo.

128. Inoltre la ditta Aebischer ha ammesso di avere partecipato alle riunioni solo sporadicamente e a scopo informativo (cfr. anche i commenti nella presa di posizione sul progetto di decisione, n. marg. 38 segg.). Essa non avrebbe potuto influire né sulle aggiudicazioni dei lavori di pavimentazione stradale né sui prezzi delle pavimentazioni stradali e dei trasporti. Per questo motivo la procedura contro di essa andrebbe sospesa.

129. Diverse imprese accennano nella loro presa di posizione ai motivi storici della collaborazione. Si tratterebbe in sostanza di una guerra dei prezzi che le imprese di pavimentazione stradale ticinesi avrebbero condotto nel corso degli anni '90. A causa della mancanza di qualità, di eventuali fallimenti, del rischio di una disoccupazione più elevata e di probabili perdite fiscali, i prezzi che non permettono di coprire i costi avrebbero costituito un problema non soltanto per le imprese stesse, ma anche per le autorità aggiudicatrici.

<sup>26</sup> Presa di posizione di Atag e Novastrada sul progetto di decisione, con la quale confermano di non aver più partecipato alle riunioni a partire dal dicembre 2004.



130. In seguito tra le ditte affiliate all'ATIPS sarebbe sorta l'idea della convenzione, che esiste in forma scritta, ma non è mai stata firmata. Da un lato, la convenzione avrebbe dovuto permettere di iniziare una collaborazione fattiva tra le varie ditte affiliate all'ATIPS. Dall'altro essa mirava a stabilizzare il prezzo equo delle offerte mediante un controllo reciproco.

131. L'obiettivo della convenzione non sarebbe consistito nell'eliminare la concorrenza, ma nel fissare un prezzo equo sia dal punto di vista delle imprese che da quello dei clienti. Considerato l'eccesso di capacità esistente sul mercato si sarebbe dovuta impedire in tal modo una concorrenza rovinosa, che avrebbe avuto quale conseguenza diversi fallimenti, una perdita di posti di lavoro, ecc. Grazie a questo sistema non ci si sarebbe arricchiti. Si sarebbe unicamente fissato il prezzo che permette di coprire i costi. Ciò avrebbe consentito di garantire un accesso equo al mercato e un'assegnazione corretta delle commesse, di mantenere posti di lavoro e di impedire eventuali fallimenti.

132. Malgrado il coordinamento previsto tra le diverse imprese, la concorrenza sarebbe stata mantenuta nella misura in cui ogni ditta aveva sempre la possibilità di perseguire la propria strategia aziendale e di prendere decisioni autonome. Nel caso in cui un'impresa non fosse stata d'accordo con il prezzo pattuito, essa avrebbe comunque potuto presentare il prezzo dell'offerta che riteneva equo.

133. In questo senso la ditta Pavisud ha sottolineato, sia nella sua presa di posizione che in occasione dell'incontro del 5 ottobre 2006 con la Segreteria, di avere stabilito in modo autonomo la propria strategia aziendale pur avendo partecipato regolarmente alle riunioni e di avere provveduto a incentivare la concorrenza sul mercato. In particolare ciò sarebbe stato possibile per il fatto di possedere una propria ditta produttrice di miscele bituminose. Nella sua presa di posizione Pavisud contesta la sua partecipazione all'accordo relativo ai mandati privati.

134. In occasione dell'incontro del 27 settembre 2006, la ditta Paviclass ha sottolineato che, se non avesse aderito all'ATIPS e non avesse partecipato alle riunioni settimanali, essa non sarebbe stata rifornita di miscele bituminose. Questa affermazione viene confermata dalla ditta Pavisud nella misura in cui le era stato raccomandato di fabbricare asfalto soltanto per uso proprio. Sebbene la ditta in questione, in base a quanto affermato direttamente, non avesse seguito tale raccomandazione, nel periodo dal 1999 al 2004 essa aveva realizzato, secondo la Tabella 5, soltanto un importo tra il [0-10]% della sua cifra d'affari dalla vendita di tali miscele. Ciò dimostra che l'impegno preso dalle parti contraenti e formulato al n. marg. 100 non era rimasto senza effetto. Comibit e Betasfa nella loro presa di posizione in relazione al progetto di decisione, affermano che imprese terze sono state rifornite durante l'intero periodo in esame (cfr. n. marg. 48).

135. Alcune imprese mettono in risalto il ruolo svolto dalle autorità ticinesi nell'aggiudicazione delle commesse. Queste ultime avrebbero dato alle imprese chiari segnali affinché rinunciassero a una guerra dei prezzi e stabilissero invece l'entità delle offerte in modo da copri-

re i costi, per evitare di mettere in pericolo l'esecuzione delle commesse. In tal senso la ripartizione delle commesse praticata dalle diverse imprese sarebbe stata sostenuta e favorita dalle autorità cantonali.

136. Il ruolo svolto dalle autorità cantonali, menzionato in precedenza, viene confermato dalle seguenti circostanze:

- Quando la legge sugli appalti pubblici del 12 settembre 1978 era ancora in vigore, il Servizio cantonale preposto agli appalti aveva elencato in una statistica le aggiudicazioni delle commesse per tutte le ditte. Il carico di lavoro stabilito in tale statistica sarebbe in seguito servito quale criterio di aggiudicazione in caso di nuove commesse da assegnare. Infatti la vecchia legge sulle commesse pubbliche prescriveva, conformemente all'articolo 23 lettera d, che si dovesse tenere conto del carico di lavoro nell'aggiudicazione di commesse per garantire un'assegnazione uniforme delle commesse tra i vari concorrenti. Con l'entrata in vigore<sup>27</sup> della nuova legge sulle commesse pubbliche (LCPubb), tuttavia, questa prescrizione e la relativa prassi sarebbero state abbandonate.

- Nel 1995 il Consiglio di Stato ticinese aveva annullato un bando di gara a causa dei prezzi troppo bassi delle offerte. La decisione di annullamento era però stata presa soltanto dopo che le ditte di pavimentazione stradale avevano assicurato al Cantone di essere disposte ad adeguare i prezzi ai costi reali per poter prendere in considerazione tutte le ditte in questione nell'aggiudicazione delle commesse. A tale scopo vi sarebbe stata anche la possibilità di costituire consorzi.

- Nel 1995 è stata istituita una commissione paritetica, composta di rappresentanti del Dipartimento del territorio e degli imprenditori per fissare un prezzo che permettesse di coprire i costi. Ciò avrebbe consentito di evitare l'introduzione sia di prezzi delle offerte non in grado di coprire i costi che di prezzi delle offerte eccessivamente elevati.

137. Inoltre le parti hanno criticato il comportamento del Cantone Ticino:

- A causa dei criteri fissati nel bando di gara per dei lotti importanti, che imponevano di utilizzare miscele provenienti da un solo impianto, per i quali soltanto la Comibit sarebbe stata in grado di concorrere.

- In seguito all'apertura dell'inchiesta il Cantone, contrariamente a quanto prevede l'articolo 5 lettera f LCPubb, avrebbe negoziato le offerte dopo la loro presentazione, richiedendo uno sconto sul loro valore.

- Le imprese che avevano seguito l'invito ad accordare uno sconto e che avevano presentato offerte che non permettono di coprire i costi avrebbero potuto compensare le loro perdite, dovute a tale sconto, mediante aggiudicazioni dirette da

<sup>27</sup> Per il 1° maggio 2001.

parte del Cantone. In questo senso il Cantone praticerebbe una politica di compensazione.

- Inoltre, dopo l'apertura dell'inchiesta, sarebbero state assegnate commesse sotto forma di aggiudicazioni dirette invece che per mezzo di bandi di concorso pubblici.

138. Per quanto riguarda l'odierna situazione di concorrenza sul mercato, le imprese accennano alle loro difficoltà finanziarie e spiegano che attualmente i lavori non potrebbero essere eseguiti in modo da coprire i costi. Da un lato ciò sarebbe una conseguenza della riduzione del volume delle commesse. Dall'altro la lotta a oltranza nell'ambito della concorrenza, iniziata nella primavera del 2005, avrebbe provocato un crollo dei prezzi. L'attuale livello dei prezzi non permetterebbe loro di sopravvivere a lungo termine. Considerati questi presupposti, un'eventuale nuova collaborazione sotto forma di accordo illecito su questo mercato sarebbe improbabile.

#### d) Indizi statistici

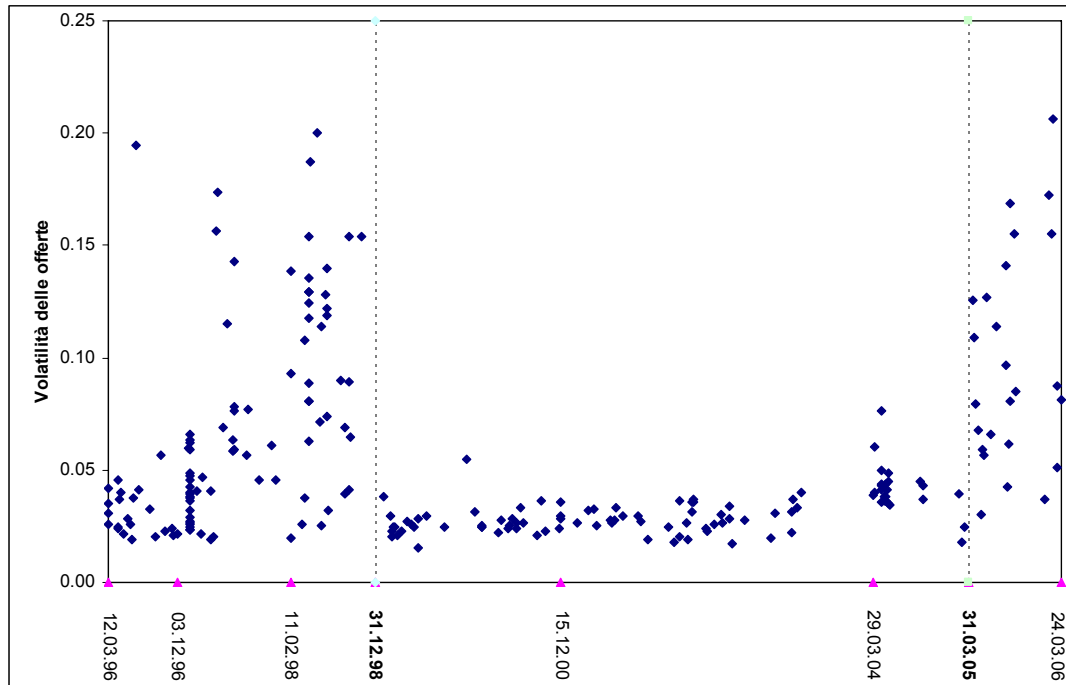
139. Dall'ultimo capitolo si evince l'esistenza di un accordo nel mercato delle pavimentazioni stradali e in quello della produzione di miscele bituminose nel Cantone Ticino durante il periodo tra il 1999 e almeno fino alla fine del 2004. Ciò è confermato da un'analisi statisti-

ca sommaria, la quale indica che l'accordo ha prodotto degli effetti almeno fino alla fine di marzo 2005.

140. Da un'analisi dei vincitori dei bandi di concorso risulta che un'impresa non ha quasi mai vinto due volte di seguito un concorso. Tra l'altro l'autorità ticinese ha supposto che l'aggiudicazione di commesse pubbliche seguisse un meccanismo che permetteva agli offerenti di ripartire tra di loro, sull'arco di diversi anni, le somme delle commesse in base alla rispettiva posizione sul mercato. Questa supposizione è confermata dall'applicazione della convenzione summenzionata (cfr. Capitolo B.4.2.2).

141. È stato esaminato se sia effettivamente possibile documentare, mediante i dati inerenti alle offerte, un cambiamento nell'atteggiamento degli appaltatori al 31 marzo 2005. A tale scopo sono stati inseriti, nella seguente Figura 2, i valori che risultano dalla divisione della deviazione standard per la media dei prezzi delle offerte di un determinato bando di concorso. L'illustrazione mostra una volatilità relativamente bassa delle offerte nel periodo tra il gennaio 1999 e il marzo 2005. In seguito la volatilità delle offerte è aumentata in modo significativo. Da ciò si può concludere che, a partire da questa data, gli appaltatori hanno modificato il loro comportamento.

**Fig. 2: Evoluzione della volatilità delle offerte**

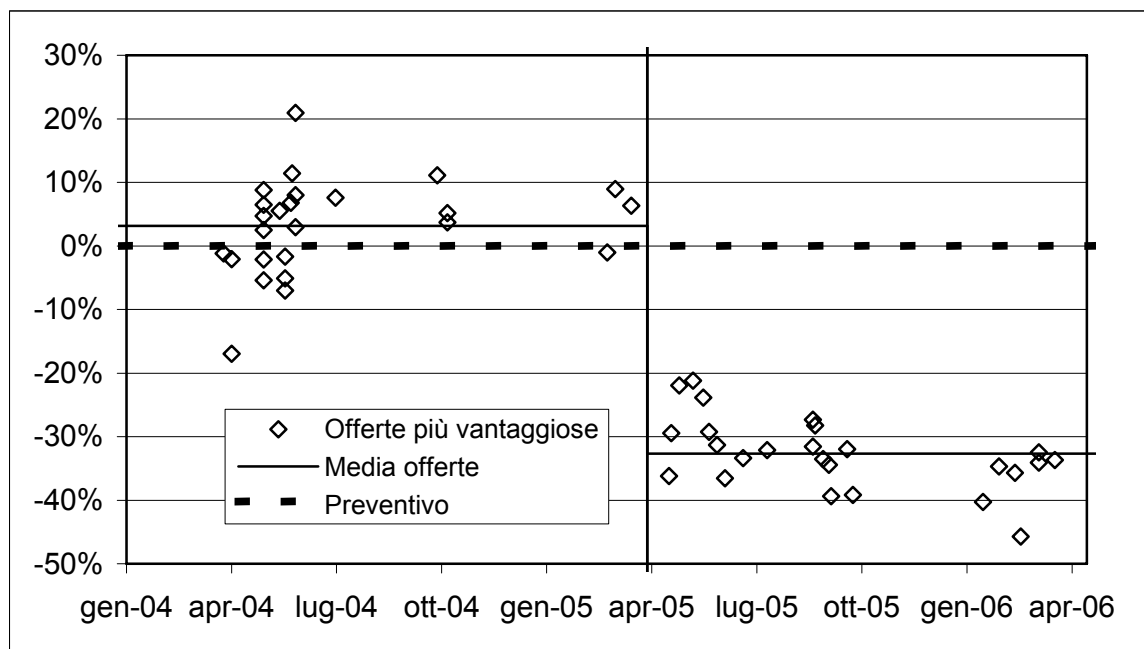


Fonte: rilevamenti della Segreteria sulla base di N = 225 commesse

142. Il confronto tra i prezzi delle offerte e il rispettivo preventivo del Dipartimento del territorio del Cantone Ticino, che è illustrato nella Figura 3 ed è spiegato nell'Appendice A3, mostra che i prezzi delle offerte sono

calati in modo significativo nel mese di marzo 2005. Prima di questa data i prezzi delle offerte erano sistematicamente più elevati rispetto al preventivo del Cantone.

**Fig. 3: Confronto tra i prezzi delle offerte e il preventivo**



Fonte: rilevamenti della Segreteria sulla base di N = 225 commesse

#### e) Effetti

143. Le affermazioni precedenti indicano mediante analisi statistiche che i prezzi elevati in occasione di concorsi pubblici nel Canton Ticino, nel periodo che va da gennaio 1999 fino almeno alla fine del 2004, sono da ricondurre ad un accordo sui prezzi e sulla ripartizione del mercato nel settore delle pavimentazioni stradali e in quello della produzione di miscele bituminose.

144. La convenzione descritta al punto B.4.2.1 non è rimasta senza effetto. Ciò vale anche nel caso in cui, come affermano le parti, essa è stata utilizzata soltanto come direttiva. Mediante il sistema descritto, nel Cantone Ticino è stata praticata per diversi anni una politica di mantenimento strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici e dei contribuenti. Alle riunioni, in occasione delle quali si discutevano la ripartizione dei mandati e i prezzi, partecipavano tutte le imprese di pavimentazione stradale, eccezion fatta per la Luongo. La partecipazione a tali riunioni dimostra l'interesse di tutti i partecipanti ad un accordo sulla ripartizione dei mandati. I mandati privati generano solo una piccola parte del volume di mercato. Un'eventuale non partecipazione di Pavisud agli accordi inerenti ai mandati privati non era quindi in grado di disciplinare gli altri membri rispettivamente il mercato in generale. Alle considerazioni di Comibit e Betasfa (cfr. n. marg. 48) va contrapposto il fatto che le ditte di pavimentazione stradale al tempo stesso sono proprietarie degli impianti. Comibit e Betasfa non erano presenti ufficialmente alle riunioni. Grazie a tali legami personali erano tuttavia rappresentate dai loro proprietari. In questo modo per lo meno la direzione di Comibit e quella di Betasfa erano al corrente di quanto veniva discusso alle riunioni e potevano di

conseguenza influenzare le strategie di entrambe le imprese.

145. Le due imprese, nei confronti delle quali il Cantone negli eventuali ha richiesto un esame dal punto di vista della legge sui cartelli, sono destinatarie di questa decisione, dato che le ricerche erano state estese anche a loro. La loro situazione è già quindi stata analizzata nell'ambito di questa procedura, e non sussistono motivi per l'apertura di una nuova procedura contro di loro.

146. Concretamente la convenzione serviva quale strumento per realizzare una rotazione delle offerte basata su un accordo di ripartizione del mercato. Nel contempo la convenzione, a causa della discussione in merito ai prezzi delle offerte, conteneva un accordo orizzontale in materia di prezzi.

147. Secondo le ammissioni delle parti, dalla fine del 2004 un numero sempre minore di imprese ha partecipato alle riunioni finché, a partire dal 1° aprile 2005, esse non hanno addirittura più avuto luogo. Di conseguenza, nella fattispecie, viene applicata la legge sui cartelli del 1995 che non prevede sanzioni dirette in caso di infrazione all'articolo 5 capoverso 3 LCart.

148. A causa della mancata possibilità di adottare sanzioni, una classificazione dei partner dell'accordo in base alla loro posizione in seno a tale intesa si rivela secondaria per gli scopi dell'inchiesta. L'elemento essenziale per la procedura è costituito dal fatto che ogni impresa, partecipando alle riunioni, ha manifestato il proprio interesse all'assegnazione delle commesse mediante un cosiddetto "Gentlemen's Agreement", che ha costituito l'appartenenza al cartello. L'appartenenza di Comibit e Betasfa è data dai legami personali descritti sopra (cfr. n. marg. 143).

149. Siccome non ha partecipato alle riunioni in questione, la Comco non considera la ditta Luongo come parte, sebbene essa sia menzionata nelle tabelle inerenti all'assegnazione delle commesse. Invece l'impresa Aebischer, contrariamente alla sua richiesta, è membro dell'accordo per il fatto di avere partecipato alle riunioni (cfr. n. marg. 38), anche se non disponeva di un contingente.

150. Inoltre occorre precisare che attualmente un'identificazione dei fondatori dell'accordo non è più possibile, poiché una collaborazione nell'ambito dei cartelli tra le varie imprese di pavimentazione stradale ticinesi, secondo le indicazioni fornite dalle parti, risale agli anni '50.

151. Le affermazioni fatte dalle parti relative ai prezzi e in particolare al fatto che una riduzione dei prezzi era da metter in relazione con una riduzione del volume delle commesse, sono da contestare. In effetti, anche dopo l'apertura dell'inchiesta, fino alla fine del 2005, le cifre d'affari delle imprese hanno mostrato solo lievi oscillazioni (cfr. Figura 4). Alle affermazioni delle parti inerenti il livello dei prezzi (cfr. n. marg. 44, 50, 56) va obiettato il fatto che un prezzo stabilito in regime di concorrenza non esprime nulla in relazione alla copertura dei costi. Inoltre, in regime di concorrenza è il mercato a stabilire i prezzi. Non è né intenzione né compito dell'autorità in materia di concorrenza intervenire sul mercato al fine di regolarlo e di esaminare l'adeguatezza dei prezzi.

#### f) Ruolo delle autorità cantonali

152. Per quanto riguarda il ruolo svolto dalle autorità cantonali, oggetto di diverse critiche (cfr. n. marg. 135), occorre rilevare che il comportamento assunto dall'autorità ticinese nel 1995, in merito sia all'annullamento di un bando di concorso a causa dei prezzi delle offerte troppo bassi sia all'istituzione di una commissione paritetica per fissare un prezzo che permettesse di coprire i costi, potrebbe essere visto come problematico dal punto di vista del diritto della concorrenza. Lo stesso vale per la disposizione prevista dalla vecchia legge sugli appalti pubblici per quanto concerne l'aggiudicazione di commesse a dipendenza del carico di lavoro (articolo 23 lettera d).

153. In relazione alle critiche nei confronti del Cantone Ticino (cfr. n. marg. 137), dal punto di vista del diritto della concorrenza occorre fare alcune osservazioni. Dapprima va però evidenziato il fatto che il Cantone – al contrario di ciò che ha sostenuto nella sua presa di posizione in relazione al progetto di decisione – va considerato come impresa ai sensi dell'articolo 2 LCart (cfr. le considerazioni sul concetto di impresa alla n. marg. 68 segg.). In seguito:

- Modalità previste dal bando di gara: nel determinare le modalità inerenti ai concorsi, il Servizio preposto agli appalti dispone normalmente di un margine di apprezzamento considerevole. Ciò comporta comunque il rischio che soprattutto la descrizione delle prestazioni venga utilizzata in modo abusivo quale strumento per favorire o per escludere determinati offerenti.<sup>28</sup> Se ulteriori accertamenti facessero supporre che la Comibit è stata favorita da un'opportuna scelta delle modalità

previste dal bando di gara, vi sarebbero indizi di un comportamento abusivo del Servizio preposto agli appalti secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettere b ed e LCart.

- Richieste di sconti: le richieste di sconti dopo la presentazione delle offerte potrebbero costituire, se esistesse una posizione dominante sul mercato del Dipartimento del territorio, un abuso secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettera c LCart (imposizione di prezzi inadeguati). A questo proposito occorre tuttavia precisare che gli sforzi intrapresi dai Servizi preposti all'assegnazione degli appalti per ottenere prezzi favorevoli non rappresentano necessariamente un abuso. Per poter valutare il comportamento di tali Servizi è determinante sapere se essi, mediante il loro atteggiamento, sono in grado di modificare durevolmente la struttura della concorrenza o di indebolire in modo duraturo gli offerenti.<sup>29</sup>

- Politica di compensazione: se gli accertamenti della fattispecie facessero supporre che il Servizio cantonale preposto all'assegnazione degli appalti premia con aggiudicazioni dirette le imprese che accordano gli sconti richiesti, vi sarebbero indizi di un comportamento abusivo di tale Servizio.

- Scelta della procedura di aggiudicazione: dal punto di vista del diritto della concorrenza, un bando di concorso deve essere assolutamente preferito a un'aggiudicazione diretta. Da un lato, una cerchia di offerenti più ampia provoca prezzi basati sui costi e maggiori incentivi in favore dell'efficienza e dell'innovazione. Dall'altro i Servizi preposti all'assegnazione degli appalti, che sono soggetti all'obbligo di lasciare partecipare tutti gli offerenti alla procedura di aggiudicazione e di garantire una maggiore trasparenza della procedura stessa, hanno un incentivo minore a farsi condizionare da interessi particolari.<sup>30</sup>

154. In conclusione occorre rilevare che in questa sede e soprattutto considerato il periodo analizzato non viene espresso un giudizio relativo al comportamento assunto dall'autorità ticinese nel 1995. Se e in che misura la prassi in materia di aggiudicazioni del Cantone (cfr. n. marg. 137 e 152) potrebbe eventualmente opporsi al diritto sui cartelli non è oggetto della procedura.

#### g) In sintesi

155. Si constata che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino, nel periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004, conclusa dalle ditte Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino SA), Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviiclass SA,

<sup>28</sup> Cfr. Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, DPC 2006/2, p. 404 segg.

<sup>29</sup> Cfr. Wettbewerb und Vergaberecht, op. cit., p. 398.

<sup>30</sup> Cfr. Wettbewerb und Vergaberecht, op. cit., p. 402-404.

Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA, e Trevalbeton SA, costituiva sia un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettere a e c LCart;

#### B.4.2.3 Produzione di miscele bituminose

156. Nel 1972 un gruppo di imprese di pavimentazione stradale ha fondato la Comibit, grazie alla quale la produzione di miscele bituminose è stata professionalizzata dal punto di vista qualitativo e quantitativo. All'inizio la Comibit era organizzata in forma di un consorzio ed è stata in seguito trasformata in una società anonima nel 2002. La Comibit è sorta in un momento in cui alcune delle ditte fondatrici, a causa della necessità di ottimizzare la produzione e delle crescenti esigenze di qualità poste alle miscele bituminose, si sono trovate nella situazione di dover decidere di rinnovare i propri impianti di produzione di tali miscele o di aderire al consorzio. La centralizzazione della produzione di miscele bituminose, risultata dalla creazione della Comibit, è stata richiesta anche dal Cantone per motivi inerenti alla legislazione in materia di protezione dell'ambiente e di pianificazione del territorio. Inoltre la costruzione dell'autostrada, iniziata allora, ha generato una domanda crescente di miscele bituminose. Grazie a tale professionalizzazione, la Comibit ha assunto un ruolo fondamentale sul mercato.

157. Nel consiglio d'amministrazione della Comibit sono rappresentate tutte le imprese azioniste (Cogesa, Co-

stra, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Novastrada, Pavistra, Saisa e Spalu). Il consiglio d'amministrazione decide in merito alle questioni importanti, come ad esempio la determinazione dei prezzi delle miscele bituminose. A questo proposito occorre ricordare che la Comibit stabilisce i prezzi a dipendenza del quantitativo stimato che viene venduto ogni anno. [...]. Se il quantitativo stimato viene effettivamente smerciato, l'impresa può operare in modo da coprire i costi. La stima effettuata si basa sull'evoluzione anteriore dei prezzi o delle quantità e sul potenziale del mercato che viene determinato dagli appalti pubblici resi noti già all'inizio dell'anno. Questa stima viene semplificata dal fatto che tutte le imprese azioniste – 10 delle 18 ditte di pavimentazione stradale attive a quel tempo sul mercato – acquistano le miscele bituminose dalla Comibit.

158. Dal punto di vista dei quantitativi prodotti e della varietà dell'assortimento, la Comibit è la ditta produttrice di asfalto nettamente più importante nel Cantone Ticino. Come illustra la Tabella 4, questa posizione è rafforzata dal fatto che la Comibit detiene una partecipazione del [...]% della Betasfa, un'altra ditta che gestisce impianti per la produzione di miscele bituminose. Considerato il fatto che gli impianti della Comibit, calcolando una media annuale, sono utilizzati soltanto nella misura del [...]%, risulta evidente che la Comibit e la Betasfa, se collaborassero direttamente, sarebbero in grado di coprire la domanda complessiva di miscele bituminose nel Cantone Ticino.<sup>31</sup>

Tab. 4: Quota di mercato basata sul quantitativo prodotto (in %)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Atag</b>	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]
<b>Batigroup</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Betasfa</b>	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
<b>Botta</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Comibit</b>	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[40-50]
<b>Pavisud</b>	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
<b>Totale</b>	100	100	100	100	100	100	100

Fonte: rilevamenti della Segreteria

159. Per quanto riguarda la varietà dell'assortimento occorre sottolineare che la Comibit offre mediamente 80 miscele bituminose differenti, mentre il concorrente principale, che è la Pavisud, ne produce circa [40-60]. Gli altri concorrenti offrono tra [10-30] tipi diversi di asfalto.

160. Contrariamente alla Comibit e alla Betasfa, le ditte Atag, Batigroup, Botta e Pavisud, in qualità di imprese integrate verticalmente, sono attive sia nella produzione di miscele bituminose che nella pavimentazione stradale. Come illustra la Tabella 5, queste imprese ottengono soltanto una piccola parte della loro cifra d'affari dalla vendita di miscele bituminose a terzi. Esse producono soprattutto per uso proprio. Ciò fa supporre che tali ditte

non sono concorrenti importanti per la Comibit e la Betasfa.

<sup>31</sup> Il calcolo del grado di sfruttamento della capacità produttiva si basa sull'ipotesi che gli impianti siano in funzione durante 49 settimane all'anno, cinque giorni alla settimana e per otto ore al giorno.

Tab. 5: Quota della cifra d'affari dovuta alla vendita di miscele bituminose (in %)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Atag</b>	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]*
<b>Batigroup</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Betasfa</b>	100	100	100	100	100	100	100
<b>Botta</b>	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	n. disp.
<b>Comibit</b>	100	100	100	100	100	100	100
<b>Pavisud</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

\* Stima

Fonte: rilevamenti della Segreteria

161. Le indagini effettuate dalla Segreteria hanno permesso di giungere ai seguenti indizi che fanno supporre l'esistenza di un comportamento contrario alla concorrenza:

a) Secondo le rilevazioni dell'Ufficio federale delle strade (USTRA) e dell'Ufficio federale di statistica (UST), i prezzi per la posa di pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino durante il periodo tra il 1999 e il 2004 erano sistematicamente più elevati rispetto a quelli praticati negli altri Cantoni.<sup>32</sup> Da un confronto tra la lista dei prezzi della Comibit e l'indice del Coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili della Confederazione (KBOB) risulta che i prezzi delle miscele bituminose in Ticino, in particolare dopo il 1998, hanno seguito gli aumenti osservati in tutta la Svizzera, ma non le rispettive riduzioni. Di conseguenza i prezzi della Comibit rimangono costantemente a un livello elevato dal 2001.

b) Betasfa e Comibit hanno accordato alle imprese azioniste prezzi più bassi che alle altre ditte di pavimentazione stradale.<sup>33</sup> Gli sconti concessi non hanno però avuto un influsso decisivo sull'ammontare delle offerte nell'ambito degli appalti pubblici.

162. Dato che l'accordo descritto al punto B.4.2.1, concluso tra le imprese produttrici, a causa delle strutture azionarie e dei legami personali<sup>34</sup>, ha influenzato in modo determinante la produzione di miscele bituminose nel Cantone Ticino nel periodo esaminato, può essere lasciata in sospeso la questione trattata al punto a) relativa al livello eccessivo dei prezzi delle miscele bituminose utilizzate per le pavimentazioni nel Cantone Ticino. Per questo motivo la procedura, in relazione al mercato delle miscele bituminose, si è limitata a prendere in considerazione i cambiamenti verificatisi sul mercato nel mese di aprile 2005. A tale proposito si è potuto constatare quanto segue: da un lato, la Comibit ha deciso all'inizio del 2005 di ridurre i prezzi delle miscele bituminose. Dall'altro, un cambiamento determinante dell'atteggiamento delle imprese di pavimentazione stradale in merito alla loro politica dei prezzi ha provocato, nel mese di marzo 2005, un'importante riduzione dei prezzi delle offerte (cfr. n. marg. 142).

163. In relazione al punto b), politica dei prezzi e degli sconti praticata dalla Comibit e dalla Betasfa, vanno menzionati due fattori. Da un lato, sconti che dipendevano dal rispettivo quantitativo acquistato ogni anno, venivano concessi a tutti i clienti. Questi sconti erano graduati come segue:

- 2 franchi ogni tonnellata per l'acquisto di un quantitativo annuale di 1000 tonnellate;
- 4 franchi ogni tonnellata per l'acquisto di un quantitativo annuale di 2000 tonnellate;
- 6 franchi ogni tonnellata per l'acquisto di un quantitativo annuale di 3000 tonnellate;
- 8 franchi ogni tonnellata per l'acquisto di un quantitativo annuale di 4000 tonnellate;
- 10 franchi ogni tonnellata per l'acquisto di un quantitativo annuale di 5000 tonnellate.

164. Dall'altro, la Comibit e la Betasfa accordavano alle loro ditte azioniste prezzi delle miscele bituminose più bassi che alle altre imprese di pavimentazione stradale (cfr. n. marg. 161). La differenza di prezzo ammontava al 10% per la Comibit e al 5% per la Betasfa. All'inizio del 2005 la Comibit ha deciso di abolire la politica dei prezzi e degli sconti descritta in precedenza per la Betasfa. Tuttavia la Comibit stessa ha continuato a praticare tale politica. La Comibit aveva comunque già modificato in data precedente le proprie condizioni per i consorzi che erano formati soltanto in parte da imprese azioniste, in modo che anche essi usufruissero delle condizioni preferenziali. Invece i consorzi che erano formati unicamente da imprese terze continuavano a non ricevere sconti supplementari.

165. Questa diversificazione dei prezzi avrebbe potuto avere come conseguenza che le imprese azioniste sa-

<sup>32</sup> Nel 2003 per la posa dell'asfalto del tipo HMT 22 S i prezzi erano dell'85% più cari che nel Cantone di Zurigo, dell'80% più cari che nel Cantone di Berna, del 106% più cari che nel Cantone del Vallese e del 20% più cari che nel Cantone dei Grigioni.

<sup>33</sup> L'aver accordato prezzi più bassi vale per Betasfa solo per il periodo tra il 1999 e il 2004.

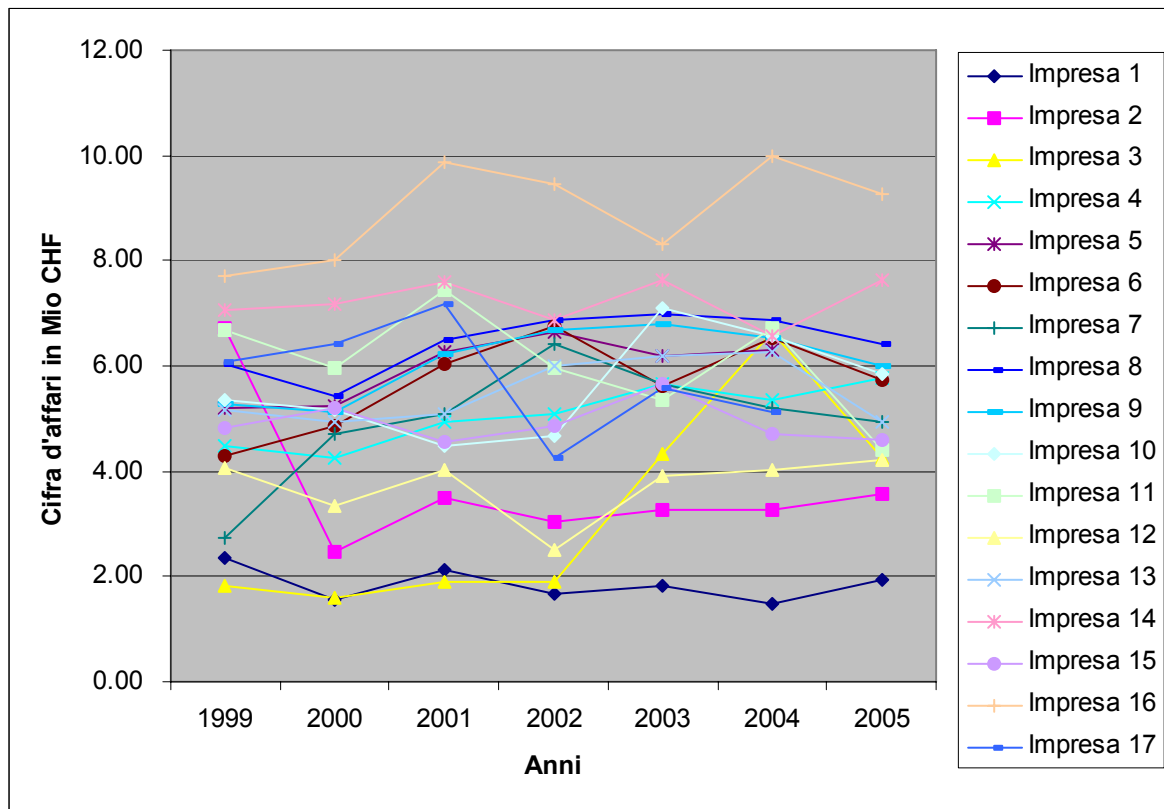
<sup>34</sup> Dieci imprese di pavimentazione stradale ticinesi sono in possesso di tutte le azioni della ditta produttrice di asfalto Comibit, la quale a sua volta è azionista della Betasfa. Ogni azionista della Comibit ha un seggio nel consiglio d'amministrazione della Comibit (cfr. n. marg. 11).

rebbero state privilegiate nei confronti di altre imprese di pavimentazione stradale e che avrebbero quindi avuto un vantaggio concorrenziale rispetto alle imprese terze, dovuto a dei costi dei fattori più bassi. Tuttavia gli eventuali risparmi al momento dell'acquisto non si ripercuotono sull'entità delle offerte (cfr. n. marg. 161).

166. La concessione di uno sconto a dipendenza del quantitativo annuale di miscele bituminose acquistato è problematica dal punto di vista del diritto sui cartelli se tale sconto è applicato da un'impresa che domina il mercato allo scopo di escludere dal mercato stesso determinati concorrenti. A causa del suo ruolo essenziale è probabile che la Comibit abbia assunto una posizione

dominante sul mercato. Tuttavia, nella fattispecie, l'esistenza di una strategia di esclusione dal mercato è improbabile nella misura in cui nel periodo esaminato, ad eccezione della ditta Trevalbeton, non è scomparsa dal mercato ticinese né una ditta produttrice di asfalto né una ditta di pavimentazione stradale. Inoltre tutte le ditte di pavimentazione stradale – anche quelle che non appartengono al gruppo della Comibit – non hanno registrato una diminuzione significativa della cifra d'affari durante questo periodo. Questa fattispecie è illustrata nella Figura 4<sup>35</sup>.

**Fig. 4: Evoluzione della cifra d'affari delle ditte di pavimentazione stradale**



Fonte: rilevamenti della Segreteria

167. Le imprese azioniste della Comibit giustificano tale prassi adducendo l'argomento che gli sconti servivano unicamente a compensare il loro rischio di partecipazione all'attività degli impianti di produzione di miscele bituminose. Di conseguenza la concessione di sconti sarebbe stata legittima. Questa argomentazione non è convincente nella misura in cui sarebbe possibile accordare un tale risarcimento del rischio anche facendo ricorso ad altre soluzioni. Sarebbe ipotizzabile, per esempio, una possibile distribuzione di utili sotto forma di dividendi. Sulla base di queste considerazioni, la politica dei prezzi e degli sconti descritta in precedenza non sembra giustificabile per motivi oggettivi.

168. Un'analisi fondata di un eventuale abuso della Comibit sotto forma di una strategia di esclusione dal mer-

cato esige la disponibilità di dati, che nella fattispecie mancano a causa delle distorsioni della concorrenza provocate dall'accordo. Inoltre si deve supporre che il comportamento sul mercato della Comibit è stato determinato in modo sostanziale da tale accordo e in fondo era subordinato a quest'ultimo. Per questo motivo si rinuncia nel caso presente a un'analisi dettagliata del sistema di sconti della Comibit e della Betasfa e viene lasciata in sospeso la questione di un eventuale abuso sotto forma di una strategia di esclusione dal mercato.

<sup>35</sup> Al fine di garantire il segreto d'affari, l'evoluzione della cifra d'affari di Trevalbeton non è stato riportato nella figura seguente.

169. Ricapitolando va lasciata in sospeso la questione relativa ai prezzi troppo elevati così come quella inerente a un eventuale comportamento abusivo, dato che l'accordo nel mercato della pavimentazione stradale ha influenzato fortemente il mercato della produzione di miscele bituminose. Considerato il ruolo essenziale assunto dalla Comibit sul mercato (cfr. n. marg. 158 segg.) si può tuttavia supporre - a condizione che Comibit sia da considerare impresa che domina il mercato ai sensi della legge sui cartelli - che si tratterebbe di una pratica illecita, conformemente all'articolo 7 capoverso 2 lettera a risp. b LCart, se in futuro la Comibit dovesse rifiutarsi, senza un motivo di giustificazione oggettivo, di rifornire di miscele bituminose le ditte di pavimentazione stradale presenti sul mercato (cfr. n. marg. 134) oppure di rifornire gli acquirenti alle stesse condizioni.

#### B.4.2.4 Trasporti

170. I costi dei trasporti hanno un influsso notevole sui costi totali e quindi sui prezzi delle offerte. I costi dei trasporti ammontano per i lavori sulle autostrade al 15-20% e per i lavori sulle strade cantonali al 20-40% dei costi totali di una commessa. Gli intervalli indicati devono essere interpretati quali rispettivi limiti superiori, poiché oltre ai costi dei trasporti sono comprese anche altre prestazioni di terzi, come i lavori di fresatura.

171. Siccome i costi dei trasporti nel settore delle pavimentazioni stradali rappresentano un fattore di costo importante, si deve esaminare anche l'esistenza di un accordo sui prezzi dei trasporti. Nel corso dell'inchiesta preliminare sono emersi i seguenti indizi relativi all'eventuale esistenza di un accordo sui prezzi dei trasporti:

- Dato che il trasporto causa costi notevoli, in occasione di un bando di concorso dovrebbero essere più competitive le imprese di pavimentazione stradale che possiedono una propria ditta produttrice di asfalto nelle vicinanze del cantiere o che possono avere un influsso su di essa. Ciò può essere osservato di principio nel settore dell'edilizia. Diversi esempi dimostrano che questa constatazione non vale per le pavimentazioni stradali.

- Oltre a una lista dei prezzi delle miscele bituminose, la Comibit ha pubblicato anche le tariffe di trasporto per autocarri a due e a tre assi. Questa lista quantificava inoltre i tempi di carico e di scarico presso l'impianto di produzione e il cantiere nonché i prezzi all'ora richiesti per l'utilizzazione degli autocarri. Tuttavia la lista non conteneva indicazioni per gli autocarri a quattro assi, sebbene essi vengano impiegati spesso sui cantieri, permettendo in tal modo di realizzare notevoli risparmi sui costi.

172. Dalle indagini effettuate nell'ambito dell'inchiesta è risultato che la lista dei prezzi summenzionata non è più stata aggiornata dal 2001. L'Associazione svizzera dei trasportatori stradali (ASTAG) ha confermato questa affermazione e ha sottolineato che non esisterebbero più liste dei prezzi per il Cantone Ticino. Tuttavia le imprese di trasporti ticinesi e tutte le altre ditte di trasporti svizzere hanno accesso agli schemi di calcolo che vengono pubblicati dall'ASTAG nel sito Internet [www.astag.ch](http://www.astag.ch). La

Comco ha già esaminato tali schemi di calcolo nell'ambito di un'inchiesta preliminare e non ha rilevato a questo proposito indizi che potessero far supporre una limitazione illecita della concorrenza.<sup>36</sup>

173. Inoltre dalle indagini è emerso che in Ticino sono attive numerose imprese di trasporti. Quando sono state interpellate in merito ai loro principali partner commerciali nel settore dei trasporti, le ditte di pavimentazione stradale hanno indicato raramente la stessa impresa. Tra l'altro soltanto 3 delle 17 ditte di pavimentazione stradale non disponevano di autocarri propri. Tuttavia, in determinati casi, esse hanno aggiudicato a ditte terze commesse di trasporti a seconda delle dimensioni del proprio parco veicoli.

174. In un mercato con numerosi operatori è difficile concludere accordi. Anche la seguente circostanza smentisce l'esistenza di un accordo in materia di concorrenza tra le varie imprese di trasporti: i costi dei trasporti non vengono indicati separatamente nelle offerte di commesse private e di aggiudicazioni mediante trattativa privata. Essi sono invece contenuti nei prezzi al metro quadrato, per quintale o per tonnellata di pavimentazione stradale posata. Ciò significa che le imprese di trasporto non fatturano i loro prezzi direttamente ai clienti finali, ma tramite le ditte di pavimentazione stradale. Anche se si fosse verificata una collusione tra le diverse imprese di trasporto, esse avrebbero avuto enormi difficoltà a esigere prezzi eccessivi dai partner commerciali, riuniti in un accordo e quindi in una posizione di forza. Inoltre i membri dell'accordo delle pavimentazioni stradali avrebbero tentato di destabilizzare un'eventuale intesa tra le varie imprese di trasporto, ciò che sarebbe anche dovuto riuscire a causa dei numerosi operatori attivi sul mercato. Di conseguenza un accordo tra le imprese di trasporto nel Cantone Ticino non rappresenta uno scenario realistico.

175. Ricapitolando occorre precisare che gli indizi relativi ad un accordo sui prezzi dei trasporti, emersi nell'ambito dell'inchiesta, non hanno trovato conferma. Per contro non si può escludere che i prezzi dei trasporti nelle offerte di commesse pubbliche siano stati manipolati dai membri dell'accordo allo scopo di poter giustificare prezzi delle offerte più elevati. Questa ipotesi non è stata ulteriormente verificata nell'ambito dell'inchiesta a causa della cessazione dell'accordo.

#### B.4.2.5 Risultato intermedio

176. Dagli atti e dalle prese di posizione delle parti risulta che la convenzione descritta al capitolo B.4.2.1 non è rimasta senza effetto e che essa è stata applicata almeno durante il periodo esaminato, vale a dire dal gennaio 1999 almeno fino a fine 2004. Di conseguenza è stata effettuata una ripartizione sistematica di tutte le commesse private e pubbliche nel settore delle pavimentazioni stradali a partire da un importo di 20'000 franchi. Contrariamente a quanto sostenuto da diverse parti, mediante il sistema descritto nel Cantone Ticino è stata praticata per diversi anni una politica di mantenimento

<sup>36</sup> DPC 2004/2, p. 331 segg.



strutturale a spese dei committenti privati, degli enti pubblici e, in ultima analisi, dei contribuenti. L'idea fondamentale della convenzione consisteva nel ripartire tra le ditte di pavimentazione stradale ticinesi i lavori richiesti dagli enti pubblici e dai privati in modo tale da permettere a ogni impresa di ricevere un numero sufficiente di commesse in rapporto alla rispettiva importanza economica (cfr. n. marg. 105). La mancata pressione alla razionalizzazione risultante da questa situazione ha permesso il mantenimento di strutture inefficienti. In questo senso, il sistema di rotazione ha condotto a un mantenimento strutturale.

177. La convenzione serviva quale strumento per realizzare una rotazione delle offerte da cui risultava una ripartizione del mercato ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 lettera c LCart. Nel contempo la convenzione, a causa della discussione in merito ai prezzi delle offerte, conteneva un accordo orizzontale in materia di prezzi ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 lettera a LCart. L'applicazione della convenzione costituisce un accordo rigido ai sensi della legge sui cartelli.

178. Dalle prese di posizione sul progetto di decisione si evince che alcune parti contestano il carattere nocivo dell'accordo. Nel caso di un accordo illecito ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart, si tratta di un accordo sui prezzi rispettivamente sulla ripartizione del mercato, che conduce alla soppressione della concorrenza e che ha degli effetti nocivi di ordine economico e sociale. Esso costituisce per se un notevole intralcio alla concorrenza.

179. Secondo le ammissioni delle parti, dalla fine del 2004 un numero sempre minore di imprese ha partecipato alle riunioni finché, a partire dal 31 marzo 2005, esse non hanno addirittura più avuto luogo. Di conseguenza, nella fattispecie, viene applicata la legge sui cartelli del 1995 che non prevede sanzioni dirette in caso di infrazione all'articolo 5 capoverso 3 LCart.

180. Considerato il ruolo essenziale assunto dalla Comibit sul mercato (cfr. n. marg. 158 segg.) si può supporre che si tratterebbe di una pratica illecita, conformemente all'articolo 7 capoverso 2 lettera a risp. b LCart, se in futuro la Comibit dovesse rifiutarsi, senza un motivo di giustificazione oggettivo, di rifornire di miscele bituminose le ditte di pavimentazione stradale presenti sul mercato (cfr. n. marg. 134) oppure di rifornire gli acquirenti alle stesse condizioni (cfr. n. marg. 164 seg.).

181. Dalle indagini non sono emersi indizi che farebbero supporre un accordo sui prezzi dei trasporti.

#### **B.4.2.6 Confutazione della presunzione legale secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart**

182. La presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere negata nel caso in cui, malgrado un accordo in materia di concorrenza, esiste un'efficace – sia attuale che potenziale – concorrenza esterna (concorrenza da parte di imprese che non partecipano all'accordo) o interna (concorrenza tra le diverse imprese che partecipano all'accordo).

##### **B.4.2.6.1 Concorrenza esterna**

183. Per esaminare l'intensità della concorrenza esterna occorre dapprima delimitare i mercati rilevanti dal punto

di vista materiale e territoriale. In seguito occorre constatare in quale misura le imprese che partecipano all'accordo in materia di concorrenza vengono disciplinate nel loro comportamento da una concorrenza attuale o potenziale, vale a dire se esse dispongono o meno della possibilità di aumentare i prezzi, di ridurre i quantitativi, di diminuire la qualità o di rallentare l'innovazione.

## **I Mercati rilevanti**

### **a Mercati dei prodotti rilevanti**

184. Il mercato di tali prodotti comprende tutte le merci o prestazioni di servizi che la controparte sul mercato considera sostituibili quanto alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (articolo 11 capoverso 3 lettera a dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese [OCCI; RS 251.4], che qui è applicabile analogamente).

#### **Mercato della produzione di miscele bituminose**

185. Nell'aggiudicazione di progetti di costruzione di strade, i committenti decidono in base all'offerta complessiva quale impresa di pavimentazione stradale deve ricevere la commessa. Tuttavia nell'offerta complessiva non vengono fatturati soltanto i lavori di pavimentazione stradale, ma in particolare anche i prezzi delle miscele bituminose. Ciò significa che, oltre alla scelta dell'impresa di pavimentazione stradale, anche quella della ditta produttrice di miscele bituminose rientra nell'ambito immediato di competenza decisionale dei committenti.<sup>37</sup>

186. I fornitori di miscele bituminose sono quindi le ditte di miscelazione, mentre gli acquirenti diretti sono le ditte di pavimentazione stradale. Gli acquirenti finali, nella maggior parte dei casi, sono gli Uffici del genio civile dei Comuni, dei Cantoni e della Confederazione. I privati generano soltanto una piccola parte della domanda.

187. Normalmente nella sovrastruttura delle strade asfaltate si distinguono tre strati successivi di miscele bituminose, che sono riassunti dalla nozione di "pavimentazione stradale". Si tratta in particolare dello strato di rivestimento, dello strato di base e dello strato di fondazione. Secondo la prassi della Comco, il mercato della produzione di miscele bituminose comprende gli strati di rivestimento, di base e di fondazione nonché tutte le varietà e tutti i tipi di pavimentazione.<sup>38</sup>

#### **Mercato della pavimentazione stradale**

188. La controparte sul mercato delle imprese di pavimentazione stradale sono i committenti, che chiedono l'esecuzione di tali lavori nel settore del genio civile. A questi committenti appartengono in particolare i Servizi preposti all'assegnazione degli appalti pubblici, ma anche gli acquirenti privati (cfr. n. marg. 186).

189. Conformemente alla prassi seguita finora dalla Comco, il mercato della pavimentazione stradale comprende tutti i lavori connessi con la posa del rivestimento di asfalto, come ad esempio la preparazione del terreno, la posa del rivestimento bituminoso e la manutenzione.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Cfr. DPC 2004/2, p. 661 segg., n. marg. 104.

<sup>38</sup> Cfr. DPC 2004/2, p. 105 n. marg. 52.

<sup>39</sup> Cfr. DPC 2004/2, p. 105 n. marg. 52.

190. Per quanto riguarda il mercato della pavimentazione stradale, si tratta in gran parte di un mercato di offerenti. A tale proposito si pone la questione di sapere se, nella fattispecie, questa caratteristica influisce sulla delimitazione del mercato.

191. Secondo la prassi seguita finora dalla Comco, nel caso di mercati in cui le commesse vengono aggiudicate mediante concorsi d'appalto occorre tenere conto del fatto che essi esistono soltanto per un periodo di tempo limitato. La concorrenza tra i diversi offerenti si svolge normalmente tra l'inizio di un bando di concorso e la presentazione delle offerte. Le imprese che non partecipano al bando di concorso non vengono perciò neanche coinvolte nel mercato di una gara di appalto pubblica.<sup>40</sup> Di conseguenza il committente non ha alcuna possibilità di ripiegare su altri offerenti diversi da quelli che partecipano al concorso. Dal punto di vista del committente potrebbe quindi essere giustificato il fatto di considerare ogni singolo appalto come un proprio mercato rilevante. In questo caso non vi sarebbero elementi sostitutivi alla prestazione specificata nel bando di concorso. Di conseguenza il mercato rilevante dal profilo reale comprenderebbe le prestazioni specificate nel bando di concorso.

192. Nella fattispecie una tale delimitazione del mercato non è opportuna per i seguenti motivi: in primo luogo i Servizi preposti all'assegnazione degli appalti nel Cantone Ticino mettono a concorso ripetutamente progetti di costruzioni stradali. Per questo motivo gli appaltatori possono farsi concorrenza non soltanto in modo puntuale tra l'inizio di un bando di concorso e la conclusione del contratto, ma anche in modo intertemporale tra i singoli bandi di concorso. In secondo luogo occorre rammentare che la controparte sul mercato non è rappresentata soltanto dagli enti pubblici, ma anche dai committenti privati.

193. Ricapitolando si può affermare che la caratteristica che contraddistingue un mercato di offerenti non influisce sulla delimitazione del mercato.

#### **b. Mercati geografici**

194. Il mercato geografico comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato domanda o offre le merci o prestazioni di servizi che compongono il mercato reale (articolo 11 capoverso 3 lettera b OCCI, che qui è applicabile analogamente).

#### **Mercato della produzione di miscele bituminose**

195. A causa dei costi dei trasporti e della qualità delle miscele bituminose da utilizzare per la posa, le imprese di pavimentazione stradale devono ricevere il materiale per la pavimentazione da una ditta produttrice di asfalto che si trova nelle vicinanze del rispettivo cantiere.<sup>41</sup> Quale valore di riferimento è possibile partire dal presupposto che un'impresa di pavimentazione stradale può ricevere senza problemi tale materiale da ditte produttrici di asfalto situate a una distanza di circa 60 minuti di viaggio. Trasformando tale cifra in chilometri risulta, a dipendenza delle strade a disposizione, un possibile raggio di rifornimento di circa 50-80 km.<sup>42</sup>

196. Di conseguenza le imprese di pavimentazione stradale sono limitate, a livello regionale, nella loro scelta

della ditta produttrice di asfalto a causa delle caratteristiche delle miscele bituminose. Teoricamente sarebbe ipotizzabile un rifornimento presso ditte produttrici di asfalto che hanno sede nei Cantoni limitrofi o nella regione di confine della vicina Lombardia. Tuttavia i passi alpini limitano le possibilità di fornitura. Inoltre si pone il problema di eventuali rallentamenti al Gottardo e al valico di confine tra l'Italia e la Svizzera, che si ripercuotono negativamente sulla qualità delle miscele bituminose.

197. Effettivamente negli anni scorsi, se si prescinde da poche eccezioni, nel Cantone Ticino non hanno iniziato l'attività ditte produttrici di asfalto estere né imprese di produzione di miscele bituminose con sede al di fuori del Cantone. L'impresa grigionese di pavimentazioni stradali Giudicetti SA di Lostalio, ad esempio, fino alla fine del mese di marzo 2005 non ha mai fornito di miscele bituminose il Cantone Ticino malgrado la sua vicinanza geografica.

198. Ricapitolando si può concludere che il mercato per la produzione di miscele bituminose va delimitato almeno a livello cantonale.

#### **Mercato della pavimentazione stradale**

199. Conformemente alla prassi seguita dalla Comco, il mercato della pavimentazione stradale è un mercato che si estende dal livello regionale a quello nazionale. La convenzione considera nella fattispecie il Cantone Ticino quale mercato rilevante dal profilo territoriale.

200. Le imprese di pavimentazione stradale non devono risiedere nella regione per poter eseguire una commessa nel Cantone Ticino. Esse potrebbero avere la loro sede anche in Paesi esteri lontani se hanno la possibilità di ricevere le miscele bituminose per la pavimentazione da una ditta che non è distante più di 60 minuti di viaggio dal cantiere in questione. Di conseguenza il mercato rilevante dal profilo geografico potrebbe essere più grande del Cantone Ticino.

201. Tuttavia negli anni scorsi, se si prescinde da poche eccezioni, nel Cantone Ticino non hanno iniziato l'attività ditte di pavimentazione stradale estere né imprese analoghe nel settore del genio civile con sede al di fuori del Cantone. Una tale eccezione è rappresentata da un'impresa di pavimentazione stradale italiana che ha partecipato una volta, in un consorzio con una ditta svizzera, a una procedura di aggiudicazione nel Cantone Ticino. Sebbene la sua offerta fosse la più vantaggiosa, essa non ha potuto essere presa in considerazione a causa di alcuni vizi di forma.

202. Ricapitolando si può affermare che la convenzione definisce il Cantone Ticino quale mercato rilevante dal profilo territoriale e che le condizioni del mercato nel Cantone Ticino sono stabili da diversi anni a causa della mancanza di entrate sul mercato. Il mercato della pavimentazione stradale è da delimitare almeno a livello cantonale.

<sup>40</sup> Cfr. DPC 2004/2, p. 105 n. marg. 52.

<sup>41</sup> Quanto più a lungo un autocarro è in viaggio, tanto più la miscela bituminosa si raffredda ed eventualmente va al di sotto della temperatura necessaria per la posa.

<sup>42</sup> Cfr. DPC 2000/4, p. 615, n. marg. 124.

203. La successiva analisi dell'efficacia della concorrenza esterna e interna, sia attuale che potenziale, viene di regola trattata separatamente per ogni mercato rilevante. Nella fattispecie questa valutazione può essere effettuata simultaneamente per entrambi i mercati, poiché tutte le imprese di produzione di miscele bituminose nel Cantone Ticino vengono controllate dalle ditte di pavimentazione stradale che partecipano all'accordo in questione. Di conseguenza il comportamento sul mercato di tali ditte produttrici di asfalto è stato determinato dall'accordo in ambito di pavimentazioni stradali ed era subordinato a quest'ultimo.

## II Concorrenza attuale

204. La concorrenza esterna non sembra avere un influsso sul mercato ticinese malgrado l'elevato livello dei prezzi. La ditta Mutti G. & Co., che non possiede né un proprio impianto di produzione né i macchinari necessari per eseguire le posa su vasta scala dei rivestimenti bituminosi, non è in grado di esercitare un effetto disciplinante sulle parti. Lo stesso vale per l'impresa di costruzioni stradali C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA, fondata nel mese di marzo 2005.

## III Concorrenza potenziale

205. La presunzione della soppressione della concorrenza efficace verrebbe eventualmente confutata se si potesse dimostrare che i partner dell'accordo si trovano di fronte a una concorrenza potenziale che li costringe ad assumere un comportamento efficiente malgrado tale accordo. Concretamente ciò sarebbe il caso se le imprese di pavimentazione stradale ticinesi dovessero in qualsiasi momento attendersi nuovi accessi sul mercato qualora il rapporto tra prezzo e prestazioni fosse insufficiente.

206. Sta di fatto che nel periodo esaminato, se si prescinde da poche eccezioni (cfr. n. marg. 197 e 201), non sono entrati nuovi concorrenti sul mercato ticinese. Le ditte di pavimentazione stradale interpellate, sia al di fuori del Cantone che in Italia, spiegano questo fatto in particolare a causa degli ostacoli linguistici, delle distanze e dei costi dei trasporti, ma anche a causa dell'eccesso di capacità esistente sul mercato (cfr. anche n. marg. 158). Considerate queste premesse, la pressione concorrenziale dovuta alla concorrenza potenziale deve essere ritenuta insufficiente.

207. Ricapitolando si può concludere che in questa fattispecie la presunzione della soppressione della concorrenza efficace non può essere confutata con l'argomento di una concorrenza esterna funzionante.

### B.4.2.6.2 Concorrenza interna

208. Mediante la convenzione descritta al capitolo B.4.2.1 e seguita, salvo una, da tutte le ditte di pavimentazione stradale del Cantone Ticino, il mercato ticinese della costruzione di strade e della pavimentazione è stato ripartito sistematicamente durante il periodo oggetto dell'inchiesta. Inoltre il comportamento sul mercato delle ditte produttrici di asfalto è stato determinato dall'accordo ed era subordinato a quest'ultimo. Ciò esclude una concorrenza interna funzionante – al contrario di quanto affermato dalle parti (cfr. n. marg. 43, 44; anche 118) – sia sul mercato della costruzione di strade

e della pavimentazione che sul mercato della produzione di miscele bituminose.

209. Si può quindi affermare che, nel periodo esaminato, nel Cantone Ticino non esistono né una concorrenza interna sufficiente né una concorrenza esterna sufficiente.

### B.4.2.7 Risultato intermedio

210. La presunzione della soppressione della concorrenza efficace ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart non può essere confutata né da una concorrenza esterna efficace né da una concorrenza interna efficace.

### B.4.3 Risultato

211. La fattispecie esposta e le considerazioni summenzionate dimostrano che sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino esisteva un accordo ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart, sotto forma di una ripartizione del mercato e di un accordo sui prezzi. A causa delle strutture azionarie e dei legami personali (cfr. n. marg. 11), questo accordo ha soppresso anche la concorrenza sul mercato a monte della produzione di miscele bituminose. La limitazione della concorrenza è stata disciplinata da una convenzione ed è durata dal mese di gennaio 1999 almeno fino alla fine del 2004.

212. Secondo la nuova legge sui cartelli, gli accordi ai sensi dell'art. 5 capoverso 3 LCart comportano sanzioni dirette che, secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart, possono ammontare sino al 10% della cifra d'affari realizzata in Svizzera negli ultimi tre esercizi. Nella fattispecie viene applicata la legge sui cartelli del 1995 che non prevede sanzioni dirette in caso di infrazione all'articolo 5 capoverso 3 LCart.

213. Se la fattispecie fosse sanzionabile direttamente secondo la nuova legge sui cartelli, nel caso in questione risulterebbe una multa massima per un importo di 29,3 milioni di franchi: per le singole imprese, le multe massime oscillerebbero tra 534'000 franchi e 2,780 milioni di franchi<sup>43</sup>. In base a queste considerazioni, la data della cessazione dell'accordo ai sensi dell'art. 5 capoverso 3 LCart, avvenuta alla fine del mese di marzo 2005, rappresenta un segnale dell'effetto preventivo della revisione della legge sui cartelli.

## C COSTI

214. Secondo l'articolo 2 capoverso 1 dell'ordinanza sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli (LCart – Ordinanza sugli emolumenti, RS 251.2) è tenuto a pagare gli emolumenti chiunque occasiona un procedimento amministrativo.

215. Nella procedura di inchiesta secondo l'articolo 27 segg. vi è un obbligo di pagare gli emolumenti se, in base all'accertamento dei fatti, esiste una limitazione illecita della concorrenza o se le parti vi si sottomettono. Si parla di sottomissione anche quando una o diverse imprese, che hanno occasionato una procedura a causa del loro comportamento che può eventualmente limitare la concorrenza, rinunciano al comportamento contestato, per cui la procedura è stata sospesa in quanto priva di oggetto (DPC 2002/3, p. 546 segg. n. marg. 6.1; art. 3 cpv. 2 lett. b e c Oem-LCart e contrario). Nella fattispecie

occorre pertanto approvare un obbligo di pagare gli emolumenti per le parti.

216. Per contro l'obbligo di pagare gli emolumenti decade per le imprese che hanno occasionato una procedura, ma per le quali gli indizi esistenti all'inizio non vengono confermati, motivo per cui la procedura viene sospesa (DPC 2002/3, p. 546 segg. n. marg. 6.1 e contrario, art. 3 cpv. 2 lett. b e c LCart – Ordinanza sugli emolumenti).

217. Secondo l'articolo 4 capoverso 2 LCart – Ordinanza sugli emolumenti, la tariffa varia tra 100 e 400 franchi l'ora. L'importo è fissato segnatamente in base all'urgenza dell'affare e alla funzione rivestita dal personale incaricato del disbrigo. Le tasse postali, i costi telefonici e le spese per copie sono compresi nell'emolumento (articolo 4 capoverso 4 LCart – Ordinanza sugli emolumenti).

218. Per il totale delle ore investite di 1'986.4 vale una tariffa oraria di CHF 250.– (direzione), CHF 200.– (collaboratore scientifico) e CHF 120.– (praticante). Gli emolumenti ammontano quindi a CHF 378'138.–. Gli esborsi conformemente all'articolo 4 capoverso 4 OEm-LCart, sono già compresi.

219. Gli emolumenti sono addossati alle imprese elencate nella Tabella 1, che ne assumono solidalmente la responsabilità.

220. Fa eccezione a ciò la ditta Luongo. Pur essendo menzionata nelle tabelle inerenti all'assegnazione delle commesse, questa impresa non ha comunque partecipato alle riunioni settimanali. Il sospetto iniziale, secondo cui questa impresa avrebbe partecipato all'accordo in questione, non è stato confermato.

221. La Comibit e la Betasfa non hanno partecipato direttamente all'accordo in questione. Infatti non si tratta di imprese di pavimentazione stradale, ma di ditte attive nel settore della produzione di miscele bituminose. A causa della struttura della proprietà nonché dei legami personali esistenti tra queste due società e le imprese che partecipano all'accordo si deve tuttavia presumere che il comportamento sul mercato della Comibit, e quindi anche della Betasfa, sia stato determinato in modo sostanziale dall'accordo stesso e in fondo fosse subordinato a quest'ultimo (si veda n. marg. 167). Di conseguenza è

giustificato il fatto di addossare gli emolumenti anche alla Comibit e alla Betasfa.

## D DISPOSITIVO

1. La Commissione della concorrenza, viste la fattispecie e le considerazioni precedenti:

a) constata che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Cantone Ticino, nel periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004, conclusa dalle ditte Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino SA), Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA, e Trevalbeton SA, costituiva sia un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettera a e c LCart;

b) vieta alle imprese di pavimentazione stradale nel Cantone Ticino di applicare la convenzione del 15 dicembre 1998;

c) decide, dopo che la limitazione illecita della concorrenza è stata sospesa alla fine del mese di marzo 2005 e visto che quindi non può essere inflitta alcuna sanzione conformemente all'articolo 49a LCart, di concludere la procedura;

d) si riserva di esaminare di nuovo, in un secondo tempo, le condizioni di concorrenza sul mercato della produzione di miscele bituminose nonché sul mercato della costruzione di strade e della pavimentazione nel Cantone Ticino per quanto riguarda il periodo successivo al mese di aprile 2005.

2. Le infrazioni alla presente decisione possono essere punite con le sanzioni previste agli articoli 50 risp. 54 LCart.

3. [Spese procedurali]

4. [Via di ricorso]

5. [Notificazione]

<sup>43</sup> Il calcolo della sanzione è di natura puramente ipotetica e non ha nessuna conseguenza a livello finanziario. Per questo motivo non vengono fatte considerazioni relative al calcolo della sanzione e a fattori ad esso connessi. Un calcolo approssimativo della sanzione è in questo caso giustificato dal momento particolare della cessazione dell'accordo, avvenuto durante il periodo transitorio della nuova legge sui cartelli. L'ammontare delle sanzioni ipotetiche è quindi giustificato da un interesse pubblico.

## APPENDICE A1: CONVENZIONE

### Convenzione

### 1. Parti contraenti

Possono partecipare a tale convenzione tutte le Ditte di pavimentazione iscritte al Registro di commercio e associate dell'ATIPS.

### 2. Scopo

Garantire la qualità dell'esecuzione ed il giusto livello dei prezzi.

La convenzione si fonda su un presupposto di reciproca lealtà tra le parti contraenti.

### 3. Organo

L'organo decisionale è l'assemblea dei titolari. Esso è diretto da un responsabile del giorno nominato di volta in volta.

Di regola le decisioni vengono prese con la maggioranza dei presenti.

In caso di divergenze, la decisione sarà presa in votazione segreta con la maggioranza dei presenti (che sono tenuti ad esprimersi), astenuti i diretti interessati. Se i presenti sono in numero pari, la Ditta avente il contingente più alto si asterrà dalla votazione.

### 4. Organizzazione

Le Ditte devono essere rappresentate dal titolare o da un dirigente con diritto di firma al registro di Commercio.

Salvo decisioni contrarie dell'assemblea, le riunioni hanno luogo settimanalmente. In queste ultime si trattano i lavori in scadenza sino alla fine della settimana successiva.

La presenza alle riunioni è obbligatoria. In caso di mancata partecipazione, le Ditte assenti sono tenute ad informarsi su quanto è stato trattato ed a tenersi rigorosamente alle decisioni prese.

Le offerte devono essere calcolate integralmente da ogni partecipante al concorso. Saranno discusse in comune al fine di determinare il giusto prezzo della minore offerta, tenendo conto degli interessi del committente e delle imprese.

Le offerte d'appoggio dovranno essere compilate secondo le basi di calcolo giustificabili per ogni singola posizione. Si dovrà evitare che le offerte d'appoggio abbiano tutte il medesimo importo.

Per i lavori dello Stato di regola alcune offerte dovranno essere inoltrate in modo che possano entrare in considerazione per la delibera, affinché il committente abbia un'effettiva possibilità di scelta fra le Ditte concorrenti. Se una Ditta rinuncia al suo turno di lavoro senza valido motivo, anche se non è presente alla riunione, dovrà di seguito attendere 4 settimane prima di poter di nuovo pretendere a lavori secondo contingente.

### 5. Oggetto della convenzione

Oggetto della convenzione sono i seguenti lavori di pavimentazione:

- a) tutti i lavori per enti pubblici (compresi Aziende elettriche, di trasporto, ecc.) assegnati per concorso pubblico o licitazione privata.
- b) Tutti gli altri lavori che superano 20'000.—Fr.
- c) Altre prestazioni per terzi inerenti lavori di pavimentazione.

### 6. Obblighi

Le Ditte convenzionate devono di regola concorrere per i lavori secondo il punto 5), tenuto conto comunque dei criteri al punto 7).

E' obbligatorio iscriversi ai concorsi pubblici dello Stato e partecipare ai sopralluoghi.

Le Ditte firmatarie s'impegnano a non fornire a terzi prodotti provenienti da impianti di miscelazione, noleggi, mano d'opera ed altro inerenti a lavori di pavimentazione.

I consorzi per i lavori di pavimentazione possono essere costituiti solamente con le Ditte firmatarie della presente convenzione.

I proprietari d'impianti di miscelazione s'impegnano a fornire tutti i prodotti miscelati solamente alle Ditte firmatarie della presente convenzione ad un prezzo equo e concorrenziale.

## 7. Assegnazione lavori

Il lavoro è ripartito in due gruppi:

1. Lavori fino a 500'000.—Fr. (compresi lotti di lavori di manutenzione)
2. Lavori oltre a 500'000.—Fr. (compresi tutti i lavori autostradali, anche d'importo inferiore)

I lavori di entrambi i gruppi possono essere eseguiti in consorzio a giudizio delle Ditte interessate, sentito il parere dell'assemblea dei titolari.

Per l'assegnazione dei lavori si terrà conto dei seguenti criteri:

a) carico di lavoro (*normalmente è il criterio preponderante, anche se è opportuno considerare con elasticità differenze irrilevanti*).

In caso di lavori eseguiti in consorzio, è preponderante la media del contingente delle Ditte che intendono costituire consorzio, confrontato con la media delle Ditte formanti gli altri consorzi.

Qualora non tutte le Ditte convenzionate intendono formare consorzio, il minor contingente di una delle Ditte che intendono formare consorzio viene confrontato con il contingente individuale della altre Ditte interessate singolarmente.

b) regionalità (*in particolare per opere del primo gruppo di lavori e per committenti locali, se il contingente di rotazione non è eccessivamente penalizzante, è opportuno dare la preferenza a Ditte che operano nella regione*).

c) specializzazioni (*se il lavoro contiene lavorazioni speciali, è opportuno dare la preferenza a quelle Ditte che sono specializzate, tenuto conto anche dei primi due criteri*).

d) offerte studio (*in particolare per lavori privati, se una Ditta ha di fatto preparato la prima offerta studio, questa Ditta dovrà essere considerata in modo privilegiato nell'assegnazione, tenuto sempre conto dell'insieme dei criteri*).

e) discussioni collegiali (*al di là dei primi quattro punti è opportuno discutere serenamente ogni caso speciale, in modo da non creare difficoltà ai committenti ed alle ditte concorrenti*).

## 8. Contingente

Vengono tenuti contingenti separati per i due gruppi di lavoro per ogni Ditta convenzionata, indipendentemente dal fatto che il lavoro venga eseguito singolarmente o in consorzio.

Vengono conteggiati nel contingente di rotazione tutti i lavori ottenuti con l'appoggio di almeno una Ditta; gli altri sono registrati in un'apposita lista (lavori sospesi).

I valori vengono conteggiati IVA inclusa.

Gli importi dei lavori assegnati vengono considerati come segue:

da Fr. -.—a	1'000'000.— Fr.	100%
per i successivi	1'000'000.— Fr.	90%
per i successivi	1'000'000.— Fr.	80%
per i successivi	1'000'000.— Fr.	60%
per gli importi successivi		50%

Gli importi dei lavori assegnati, considerati secondo la tabella precedente vengono aggiunti al contingente di rotazione del gruppo corrispondente tenendo conto del fattore individuale stabilito nella riunione del 15 dicembre 1998.

Lavori di ampio respiro, eseguiti su più anni possono essere suddivisi in importi parziali da aggiungere al contingente di rotazione all'inizio di ogni anno. Questi casi, da considerare eccezionali, verranno decisi di volta in volta dall'assemblea.

Gli importi corrispondenti ai lavori non deliberati entro 2 mesi data di assegnazione, vengono stralciati dal contingente di rotazione. Un'eventuale delibera determina il rientro immediato in contingente.

Le Ditte interessate dovranno annunciare la mancata delibera al più tardi alla riunione della settimana successiva al termine dei 2 mesi. In caso di mancato annuncio l'importo resterà in contingente per ulteriori 2 mesi e così di seguito.

Il contingente non è mai azzerato, semmai può venire decurtato di un importo uguale per tutti i convenzionati.

Di regola, per aggiornare il contingente, i lavori in sospeso saranno controllati ogni 2 mesi, alla prima riunione del mese.

## **9. Offerte studio e prezzi per imprese**

Le offerte studio per privati devono essere presentate nelle riunioni di calcolo, e saranno aggiunte in contingente al momento dell'appoggio.

Le offerte studio per opere pubbliche devono essere annunciate tempestivamente.

Di regola la Ditta che ha annunciato l'offerta studio è prioritaria, tenuto conto dell'insieme dei criteri esposti al punto 7.

Lavori per imprese (compreso centri sportivi): l'importo stabilito dovrà essere aggiunto al contingente all'inizio dei lavori, salvo in caso d'appoggio diretto. Questo importo relativo ai soli lavori di plania e fornitura e posa di miscela dovrà essere superiore a 50'000.—Fr.

## **10. Lavori misti**

Lavori in pietra naturale ed artificiale: saranno conteggiati al 50% per la sola parte di pietra ed al 100% per i rimanenti lavori di pavimentazione.

Lavori in asfalto fuso: nell'ambito della pavimentazione stradale saranno conteggiati al 25% per la parte in asfalto fuso ed impermeabilizzazione ed al 100% per i rimanenti lavori di pavimentazione, se c'è l'appoggio di tutte le ditte concorrenti.

## **11. Impegni**

Ogni Ditta s'impegna a collaborare lealmente e con discrezione per trovare le soluzioni di buon senso indispensabili a disciplinare la presente convenzione.

S'impegna inoltre a coprire la sua quota parte dei costi derivanti dall'applicazione della presente convenzione.

## **12. Modifiche**

Modifiche alla presente convenzione potranno essere decise soltanto dall'assemblea dei titolari esplicitamente convocata.

## **13. Disposizioni finali**

La presente convenzione entra in vigore a partire dalla data delle firma ed è valida a tempo indeterminato.

Il termine di disdetta è di tre mesi. In ogni caso una Ditta convenzionata s'impegna ad appoggiare le altre Ditte convenzionate fino a quanto tutte le Ditte avranno raggiunto l'importo di contingente della Ditta uscente.

15 dicembre 1998

**Allegato convenzione**

	Lavori > 500'000			Lavori < 500'000			Risultante
Ditta	Fattore	Inverso	Quota	Fattore	Inverso	Quota	50% + 50 %
BT	100	0.0100	7.95%	100	0.0100	6.25%	7.10%
CS	100	0.0100	7.95%	100	0.0100	6.25%	7.10%
SP	100	0.0100	7.95%	100	0.0100	6.25%	7.10%
NO	100	0.0100	7.95%	100	0.0100	6.25%	7.10%
IC	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
PA	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
PS	150	0.0067	5.30%	100	0.0100	6.25%	5.78%
TB	150	0.0067	5.30%	100	0.0100	6.25%	5.78%
ED	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
RO	120	0.0083	6.63%	100	0.0100	6.25%	6.44%
BO	150	0.0067	5.30%	100	0.0100	6.25%	5.78%
CO	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
SA	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
MM	130	0.0077	6.12%	100	0.0100	6.25%	6.18%
AT	160	0.0063	4.97%	100	0.0100	6.25%	5.61%
PC	200	0.0050	3.98%	100	0.0100	6.25%	5.11%
	2110	0.1257	100%	1'600	0.1600	100%	100%



## APPENDICE A2: FATTORI DI MOLTIPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE 2001

SIEDUTA NO. 43 21.11.01		LAVORI SINO AL 30 novembre 2001	
SALDI < 500		SALDI > 500	
14.11.01		14.11.01	
AB	2478000	110 RO	2'866'283
LU	398600	120 ED	2'875'661
		95 NO	2'948'264
IC	2515000	140 TB	3'030'740
BO	2576161	190 PC	3'061'500
AT	2614000	95 SP	3'133'463
TB	2683000	120 CG	3'221'661
BT	2712440	120 PA	3'347'505
PC	2761900	95 CS	3'440'379
NO	2778250	120 SA	3'648'100
SA	2812500	140 PS	3'822'950
ED	2813648	140 BO	3'832'665
CG	2828615	120 MM	3'837'144
RO	2885850	120 IC	4'269'821
MM	2918200	95 BT	4'332'283
PA	2950180	150 AT	4'346'200
CS	2979450		
SP	3145650		
PS	3406820		
	48'258'264		56'013'609
SCADENZA	DESCRIZIONE LAVORI	IMPOR TO CALCOLATO	IMPOR TO STABILITO
		DITTA	OSSERVAZIONI

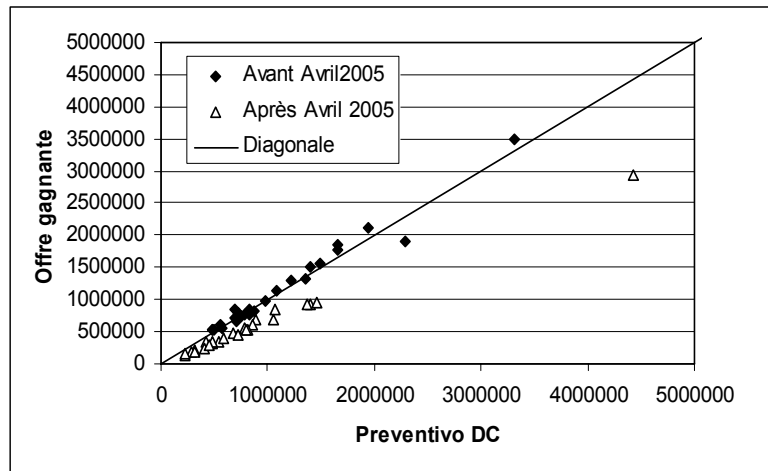
### ANNEXE A3: COMPARAISON DES OFFRES AVEC LA PRÉVISION CANTONALE DES COÛTS

1. A partir de 2004, l'office cantonal tessinois a calculé lors de chaque mise aux enchères une prévision du montant "normal" du chantier. Cette variable nous fournit un benchmark nous permettant de comparer le niveau des offres dans le temps.

2. Comme le graphique suivant le montre, la confrontation directe entre les prévisions des coûts du canton, nommées "Preventivo DC" et les montants gagnants sont de bonnes approximations des montants effectivement offerts. Avant le 1<sup>er</sup> avril 2005, les montants gagnants dépassaient systématiquement la valeur de la

prévision, alors qu'après cette date, ils sont systématiquement inférieurs (cf. figure ci-dessous). Il est important de constater que les "sous-évaluations" de la prévision cantonale sont approximativement constantes et de l'ordre de 5% avant le 1<sup>er</sup> avril 2005 tandis que les "sur-évaluations" sont de l'ordre de 25% après cette date. Or, le canton n'a pas modifié sa manière de calculer sa prévision durant toute la période, ceci amène donc au constat que l'évolution provient des offres.

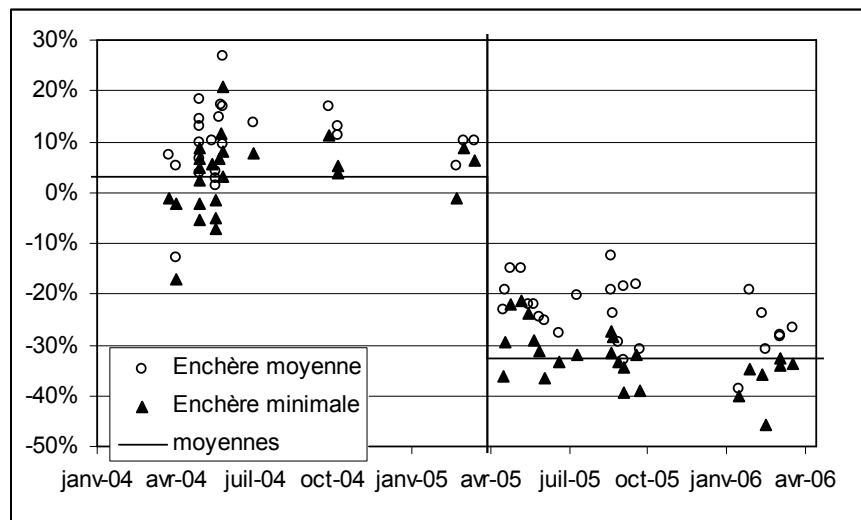
**Graphique 1: confrontation entre les prévisions du PDC et les offres gagnantes**



3. Pour rendre cette fluctuation visible, le graphique suivant reprend le ratio entre la moyenne des offres et la

prévision cantonale d'une part, et le ratio entre l'offre la moins chère et la prévision cantonale d'autre part.

**Graphique 2 : visualisation du changement de comportement**



4. Nous constatons une très nette rupture autour du 1<sup>er</sup> avril 2005 tant en ce qui concerne la moyenne que

l'enchère gagnante. Si un seul offereur avait décidé de faire cavalier seul sans prévenir le reste du marché,

---

nous aurions constaté une baisse très importante de l'offre gagnante, mais pas de la moyenne. Puisque ce n'est pas le cas, nous pouvons en déduire que la rupture a eu lieu sur l'ensemble du marché d'un seul coup. Les offreurs savaient, au moment de proposer leurs offres, que "l'ancien système" n'était plus en vigueur. Puisque toutes les entreprises sont actuellement prêtes à effectuer le travail pour un coût moindre, cela implique que les offres gagnantes historiques étaient supérieures aux prix de concurrence.

---

B 2.2

**2. Strassenbeläge Tessin**

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart*

*Verfügung vom 19. November 2007 i.S. Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Strassenbeläge Tessin wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG.*

*Markt für Strassenbelagsarbeiten im Kanton Tessin. Unzulässige Abrede zwischen, mit einer Ausnahme, allen im Strassenbelagsmarkt tätigen Unternehmen. Abrede in Form einer Konvention definiert, die die Aufteilung des Marktes nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) und die direkte Festlegung des Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) für öffentliche und private Aufträge der Jahre 1999 – 2004 vorsah. Keine Sanktion gemäss Artikel 49a Abs. 1 KG, da die Abrede vor den am 1. April 2005 eingeführten neuen KG-Bestimmungen aufgelöst wurde.*

*Marché de l'asphaltage des routes dans le Canton du Tessin. Accord illicite conclu entre toutes les entreprises actives dans l'asphalte, excepté une. Accord défini sous forme d'une convention qui prévoyait la répartition du marché en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. c LCart) et la fixation directe des prix (art. 5 al. 3 let. a LCart) des mandats publics et privés pour la période 1999 – 2004. Aucune sanction selon l'article 49a alinéa 1 LCart car l'accord a été supprimé avant l'introduction des nouvelles dispositions de la LCart le 1<sup>er</sup> avril 2005.*

*Mercato della pavimentazione stradale nel Canton Ticino. Accordo illecito concluso tra tutte le imprese attive nella pavimentazione, salvo una. Accordo definito sotto forma di una convenzione che prevedeva la ripartizione del mercato in funzione dei partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. c LCart) e la fissazione diretta dei prezzi (art. 5 cpv. 3 lett. a LCart) delle commesse pubbliche e private nel periodo 1999 – 2004. Nessuna sanzione secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart perché l'accordo è stato soppresso prima dell'introduzione delle nuove disposizioni della LCart il 1° aprile 2005.*

**A SACHVERHALT****A.1 Gegenstand**

1. Im Zusammenhang mit der Diskussion um einen Rahmenkredit in Höhe von CHF 106 Mio. für öffentliche Beschaffungen in den Jahren 2005-2007 verlangte die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Tessin Erklärungen betreffend die Vergabeverfahren sowie einen interkantonalen Kostenvergleich. Dieser Kostenvergleich zeigte eine beträchtliche Diffe-

renz zwischen Strassenbelagspreisen im Tessin und jenen der übrigen Schweiz (Beilage 2.1).

2. Basierend auf Presseinformationen, welche ihrerseits auf Angaben des Tessiner Dipartimento del Territorio beruhten, war das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) der Ansicht, dass unzulässige Verhaltensweisen gemäss Artikel 5 (unzulässige Wettbewerbsabreden) und Artikel 7 (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) vorliegen könnten.

3. Daher eröffnete das Sekretariat am 2. Dezember 2004 eine Vorabklärung mit dem Ziel, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Strassenbeläge im Tessin zu klären und festzustellen, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein unzulässiger Wettbewerbsabreden bzw. eines Missbrauchs von Marktbeherrschung vorliegen.

4. Im Rahmen der Vorabklärung ergaben sich Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Diese Indizien basierten einerseits auf Informationen, die dem Sekretariat von der Baubehörde des Kantons Tessin zugestellt wurden und andererseits auf vom Sekretariat vorgenommenen statistischen Analysen der Offertpreise bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbauarbeiten im Kanton Tessin. Zu diesen Strassenbauarbeiten gehören alle mit dem Einbau von Schwarzbelag zusammenhängenden Arbeiten wie etwa Terrain Vorbereitung, Belagseinbau und Strassenunterhaltsarbeiten. Insgesamt lagen Anhaltspunkte für die folgenden unzulässigen Verhaltensweisen vor:

- Abgesprochene Rotation bei öffentlichen Ausschreibungen;
- Marktaufteilung bei Strassenunterhaltsarbeiten;
- Abrede über Strassenbelagsproduktion;
- Abrede über Transportpreise.

5. Basierend auf diesen Anhaltspunkten eröffnete das Sekretariat am 4. April 2005 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG und wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG.

6. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung war die Frage, ob im Kanton Tessin eine abgesprochene Rotation bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbauarbeiten auf National- und Kantonalstrassen sowie eine Gebietsaufteilung betreffend Strassenunterhaltsarbeiten stattfanden (Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG). Zusätzlich sollte analysiert werden, ob Abreden über Strassenbelags- und Transportpreise stattfanden (Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG). Im Zusammenhang mit der vermuteten Abrede über Strassenbelagspreise war vor

dem Hintergrund der starken Stellung des Belagswerks Comibit SA auch zu prüfen, ob allenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG vorlag. Die untersuchte Zeitperiode erstreckt sich von Anfang 1999 bis Ende 2005.

7. Im Laufe der Untersuchung wurden dem Sekretariat Dokumente übermittelt, die das Verhalten der Verfügungsadressaten im Kanton Tessin in der Zeitperiode vom 13. Januar 1999 bis am 12. Dezember 2003 dokumentieren (vgl. Rz. 21). Die Aussagen von Beteiligten und statistische Analysen erlaubten darüber hinaus gezielte Abklärungen über die Existenz einer Absprache bis Ende 2004 (vgl. Abschnitte B.4.2.2).

8. Nachfolgend wird die Struktur des Marktes für Strassenbeläge im Kanton Tessin beschrieben sowie die Adressaten der vorliegenden Untersuchung genannt. Die Marktstruktur per Ende März 2005 wird in Abbildung 1 illustriert. Die Wahl des Zeitpunkts März 2005 erlaubt, die mittlerweile in Konkurs geratene Trevalbeton SA auch in die Abbildung miteinzubeziehen (vgl. Rz. 36).

9. Es ist zwischen dem vorgelagerten Markt für Belagsproduktion und dem nachgelagerten Markt für Strassen- und Belagsbau bzw. Strassenbauarbeiten zu unterscheiden (vgl. Rz. 184 ff.). Wie der Abbildung 1 zu entnehmen ist, produzieren die Unternehmen Atag SA, Batigroup (Ticino) SA, Betasfa SA, Botta & Co., Comibit SA und Pavisud SA bituminöses Mischgut, wobei lediglich die Betasfa SA und die Comibit SA ausschliesslich in der Belagsproduktion tätig sind. Die übrigen Belagswerke sind vertikal integriert, d.h. sie produzieren Mischgut und sind gleichzeitig im Strassenbau tätig. Einige Unternehmen wie beispielsweise Aebischer SA und Saisa SA sind ausschliesslich im Strassenbau aktiv.

10. Zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung waren im Kanton Tessin 18 Strassenbauunternehmen tätig. Im März 2005 wurde zudem das Strassenbauunternehmen C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA gegründet. Ferner stellte die Firma Trevalbeton SA ihre Tätigkeiten im September 2005 infolge Insolvenz ein (vgl. Rz. 36).

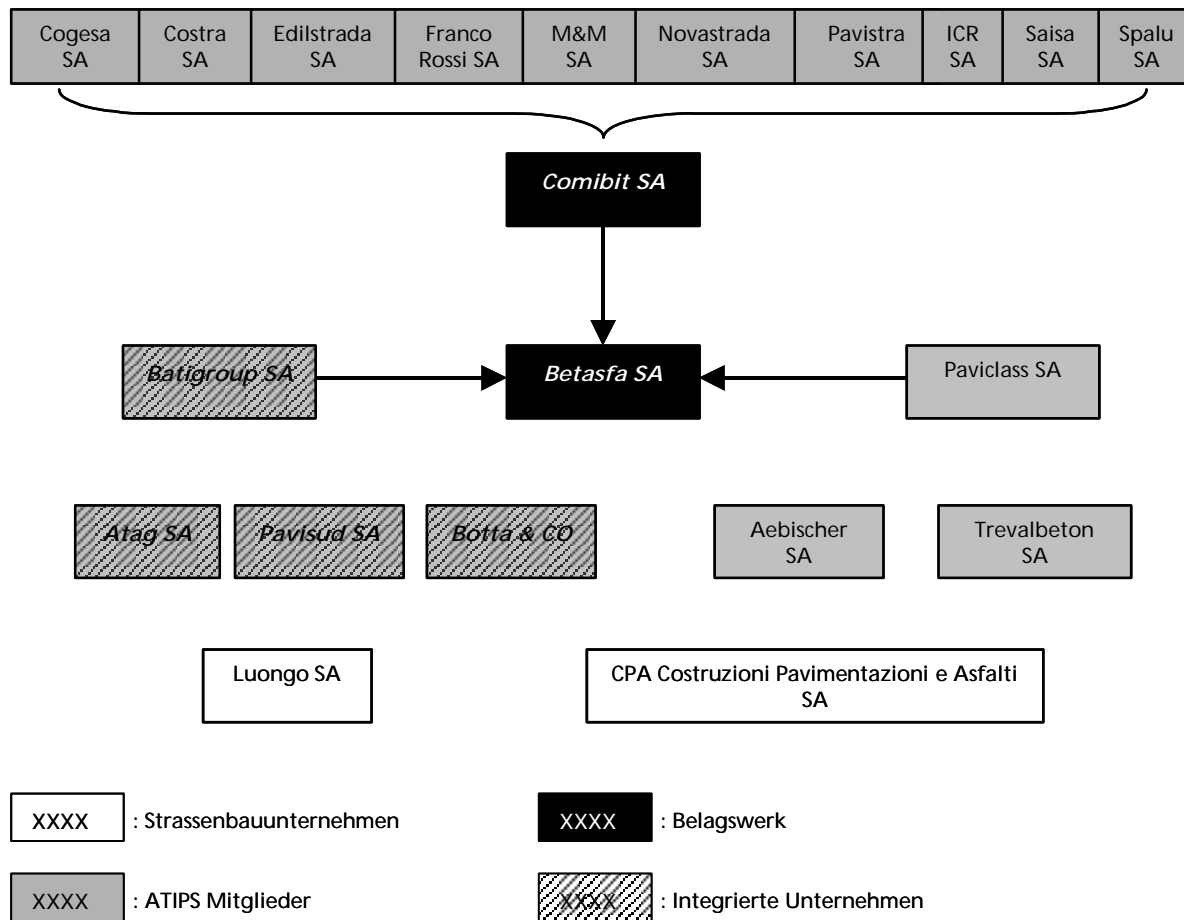
11. Zehn der im Jahr 2005 aktiven Strassenbauunternehmen sind Aktionäre des Belagswerks Comibit SA. Jeder Aktionär hat einen Sitz im Verwaltungsrat. Die Comibit SA ist das grösste Belagswerk im Kanton Tessin und kann im Unterschied zu allen anderen Tessiner Belagswerken sämtliche Belagsmischungen selbst herstellen. Die Comibit SA hält zudem eine Beteiligung zu [...] % am Belagswerk Betasfa SA. Die übrigen Aktionäre der Betasfa SA sind Batigroup (Ticino) SA<sup>1</sup> und Paviclass SA.

12. Abgesehen von den Strassenbauunternehmen Luongo SA und C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA waren per Ende März 2005 alle im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen Mitglieder der Tessiner Vereinigung von Strassenbauunternehmen ATIPS (Associazione ticinese delle imprese di pavimentazione stradale). Diese Vereinigung bezweckt die moralischen, ökonomischen und professionellen Interessen der Strassenbauunternehmen des Kantons Tessins zu wahren. Im März 2005 gab die Firma Paviclass SA schriftlich ihren Rücktritt aus der ATIPS bekannt. Gemäss den Vereinsstatuten war dieser jedoch erst per Ende 2005 möglich. Im [...] 2005 gab Trevalbeton ihre Mitgliedschaft ebenfalls auf.

---

<sup>1</sup> Die Batigruppe (Ticino) SA gehörte während dem Untersuchungszeitraum zur Batigroup Holding AG. Diese Gesellschaft wurde im März 2006 durch die Fusion mit der Zschokke Holding AG zur Implenia Construction SA.

Abb. 1: Struktur des Marktes für Strassenbeläge im Kanton Tessin im März 2005



13. Der Tabelle 1 sind die Namen, die nachfolgende Bezeichnung, die Tätigkeitsbereiche sowie die Standorte der Adressaten der Untersuchung (nachfolgend: Parteien) zu entnehmen, wobei die Tätigkeitsbereiche die Belagsproduktion sowie den Strassen- und Belagsbau (kurz: Einbau) umfassen.

Tab. 1: Name, Tätigkeitsbereich und Standort der Parteien

Name und Abkürzung	Nachfolgende Bezeichnung	Tätigkeitsbereich		Standort
Betasfa SA	Betasfa	Produktion		Arbedo-Castione
Comibit SA	Comibit	Produktion		Sigirino
Atag SA (AT)	Atag	Produktion	Einbau	Iragna
Batigroup (Ticino) SA	Batigroup	Produktion	Einbau	Lugano (Produktion Bioggio)
Botta & Co (BO)	Botta	Produktion	Einbau	Riva San Vitale
Pavisud SA (PS)	Pavisud	Produktion	Einbau	Giubiasco (Produktion Cadenazzo)
Aebischer SA (AE)	Aebischer		Einbau	Prato Leventina
Cogesa SA (CS)	Cogesa		Einbau	Torricella-Taverne
Costra SA (CO)	Costra		Einbau	Lugano
Edilstrada SA (ED)	Edilstrada		Einbau	Lugano
Franco Rossi SA (RO)	Franco Rossi		Einbau	Locarno
Industrie Chimiche Riunite SA (ICR)	ICR		Einbau	Chiasso

Name und Abkürzung	Nachfolgende Bezeichnung	Tätigkeitsbereich	Standort
Luongo SA (LU)	Luongo	Einbau	Bioggio
Mancini & Marti SA (MM)	MM	Einbau	Bellinzona
Novastrada SA (NO)	Novastrada	Einbau	Lugano
Paviclass SA (PC)	Paviclass	Einbau	Bellinzona
Pavistra SA (PA)	Pavistra	Einbau	Lugano
Saisa SA (SA)	Saisa	Einbau	Bellinzona
Spalu SA (SP)	Spalu	Einbau	Lugano
Trevalbeton SA <sup>2</sup> (TVB)	Trevalbeton	Einbau	Osogna

14. Da das Unternehmen C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA ihre Tätigkeiten erst im März 2005 aufnahm, ist sie nicht Adressatin der vorliegenden Untersuchung.

## A.2 Verfahren

15. Basierend auf den in Rz. 4 genannten Anhaltspunkten eröffnete das Sekretariat am 4. April 2005 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die in Rz. 13 aufgeführten Parteien.

16. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt (SHAB, Nr. 74, 18. April 2005, S. 43 und BBI, Nr. 16, 26. April 2005, S. 2798).

17. Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen an die Parteien, an ausgewählte Tessiner Gemeinden (Airolo, Bellinzona, Biasca, Chiasso, Giubiasco, Locarno, Lugano und Mendrisio) sowie an potenzielle Konkurrenzunternehmen der Parteien aus den umliegenden Kantonen sowie umliegenden Regionen in Italien.

18. Zu Vergleichszwecken wurden auch das Tiefbauamt des Kantons Bern sowie zwei Berner Belagswerke mit einer vergleichbaren Kapazität wie derjenigen der Comibit befragt. Die Wahl fiel auf ein Belagswerk des Kantons Bern, weil der Wettbewerb in diesem Kanton gemäss Einschätzung eines Vertreters des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) nicht durch Abreden verzerrt sei. Diese Aussage wurde im Rahmen des Verfahrens aufgrund der Fokusänderung im Laufe der Untersuchung (vgl. Rz. 21 f.) nicht überprüft. Deshalb können aus der Wahl des Kantons Bern als Vergleichskanton keine Schlüsse darüber gezogen werden, wie die Wettbewerbsbehörde das Wettbewerbsgeschehen im Kanton Bern beurteilt.

19. Weiter wurde je ein Fragebogen an ATIPS und an den Schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG der Sektion Tessin versandt.

20. Im Laufe der Untersuchung nahmen die folgenden Parteien Einsicht in die Akten: Aebischer, Atag, Batigroup, Costra, Novastrada, Pavistra und Saisa. Zudem nahm auch das Dipartimento del territorio Akteneinsicht.

21. Am 12. November 2005 wurde dem Sekretariat die in Abschnitt B.4.2.1 beschriebene Konvention übermit-

telt, welche die Funktionsweise der Abreden zwischen den Tessiner Strassenbauunternehmen erläutert. Zudem erhielt das Sekretariat 209 Tabellen, welche die wöchentlichen Sitzungen der Vertreter der Tessiner Strassenbauunternehmen vom 13. Januar 1999 bis am 10. Dezember 2003 dokumentieren.

22. Aufgrund der Übermittlung der genannten Dokumente konzentrierte sich die Untersuchung auf diesbezügliche Sachverhaltsabklärungen sowie auf den Nachweis der tatsächlichen Umsetzung der Konvention. Da die Belagsproduktion im Kanton Tessin im untersuchten Zeitraum aufgrund der Aktionärsstrukturen und personellen Verflechtungen<sup>3</sup> durch die Abrede im Strassenbau massgeblich beeinflusst wurde, rückten die bis zu diesem Zeitpunkt verfolgten Ermittlungen hinsichtlich eines Indizienbeweises einer Abrede über Strassenbelagspreise in den Hintergrund. Die bis zum 12. November 2005 gesammelten Indizien für die Abrede werden in Abschnitt B.4.2.3 dennoch summarisch erläutert.

23. Vertreter der unten aufgeführten Unternehmen erteilten dem Sekretariat an folgenden Daten mündliche Auskünfte gemäss Artikel 40 KG:

- Comibit, 29. November 2005;
- [...], 1. Dezember 2005;
- Weibel AG<sup>4</sup>, 7. Dezember 2005;
- [...], [...];
- Paviclass, 27. September 2006;
- Pavisud, 5. Oktober 2006;
- Costra, 23. Oktober 2006.
- Franco Rossi, 30. Oktober 2006

24. Zudem fand am 30. Oktober 2006 ein Gespräch mit Vertretern der Vereinigung ATIPS statt.

<sup>2</sup> Die Firma Travelbeton SA hat ihre Geschäftstätigkeiten seit September 2005 infolge Insolvenz eingestellt (vgl. Rz. 36)

<sup>3</sup> Zehn Tessiner Strassenbauunternehmen besitzen sämtliche Aktien des Belagswerks Comibit, welches ihrerseits Aktionärin der Betasfa ist. Die Comibit-Aktionäre haben jeweils einen Sitz im Verwaltungsrat der Comibit (vgl. Rz. 11).

<sup>4</sup> Die Firma Weibel AG ist eine Berner Bauunternehmung, die zu Vergleichszwecken kontaktiert wurde.

25. Ferner erhob das Sekretariat am 2. Februar 2006 beim Dipartimento del Territorio in Bellinzona die Offert-details von neun ausgewählten Ausschreibungen für Strassenunterhaltsarbeiten der Jahre 2004 und 2005.

26. Mit Schreiben vom 21. Juli 2006 wurde den Parteien und der ATIPS ein Auszug aus der genannten Konvention sowie eine Tabelle übermittelt, welche die Auftragszuteilung der wöchentlichen Sitzungen der Parteien zu-

sammenfasste. In dieser Tabelle waren sämtliche im Strassenbau tätigen Parteien (vgl. Tabelle 1) aufgeführt. Im genannten Schreiben forderte das Sekretariat die Parteien sowie ATIPS auf, zu den Dokumenten Stellung zu nehmen (vgl. Rz. 125 ff.). Tabelle 2 gibt einen Überblick über die Eingaben der Parteien.

**Tab. 2: Übersicht Eingaben der Parteien**

Name	Kenntnis Konvention		Sitzungsteilnahme		Akte Nr.
	Ja	Nein	Ja	Nein	
Betasfa		X		X	365
Comibit		X		X	366
Atag	X		X		359
Botta	X <sup>5</sup>		X		360
Cogesa	X		X		371
Costra	X		X		404
Edilstrada	X		X		372
Franco Rossi	X		X		369
ICR	X		X		374
MM	X		X		375
Novastrada	X		X		358
Pavistra	X		X		364
Saisa	X		X		376
Spalu	X		X		367
Aebischer		X	X		370
Batigroup		X	X		395
Paviclass		X	X		353
Pavisud		X	X		343
Trevalbeton			X <sup>6</sup>		
Luongo		X		X	379

27. Die Firma Botta gab an, von der Konvention gehört, diese vor Zustellung durch das Sekretariat jedoch noch nie gesehen zu haben. Im Übrigen hatten sämtliche Aktionäre der Comibit Kenntnis von der Konvention.

28. Die Unternehmen bestreiten jedoch, die Konvention unterzeichnet zu haben. Die Konvention habe anlässlich der wöchentlichen Sitzungen lediglich als Richtlinie gedient.

29. Die Firma Trevalbeton befand sich in Nachlassstundung und verfügte deshalb über keine Mitarbeiter, die zu den aufgeworfenen Fragen hätten Stellung nehmen können. Andere Parteien bestätigten aber die Teilnahme Trevalbeton an den Sitzungen.

30. Die Firma Luongo gab ebenfalls an, die Konvention nicht zu kennen und nicht an den Sitzungen teilgenommen zu haben. Um im Markt überleben zu können, sei die Firma gezwungen gewesen, Konditionen zu akzeptieren, die ihr von den anderen Marktteilnehmern aufgezwängt worden seien. Das Fehlen der Firma Luongo an den wöchentlichen Sitzungen wurde von den anderen befragten Parteien bestätigt. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Firma Luongo auch in der Tabelle auf-

geführt war, welche die Auftragszuteilung der wöchentlichen Sitzungen der Parteien dokumentierte.

31. Die Belagswerke Betasfa und Comibit gaben an, die übermittelten Dokumente nicht zu kennen und nie an den wöchentlichen Sitzungen teilgenommen zu haben. Zusammenfassend haben von den Parteien lediglich die Unternehmen Luongo, Comibit und Betasfa nicht an den wöchentlichen Sitzungen teilgenommen.

32. Ferner bestreitet die Vereinigung ATIPS jegliche Involvierung bei der Umsetzung der Konvention und bei den wöchentlichen Sitzungen.

33. Gemäss Aussagen der Parteien fanden nach dem 1. April 2005 keine Sitzungen mehr statt. Diese Aussage wird durch die erhobenen Marktdaten und statistischen Analysen gestützt (vgl. Rz. 139 ff.).

34. Der Verfügungsantrag des Sekretariates vom 9. Januar 2007 wurde den Parteien mit der Aufforderung

<sup>5</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 27.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 29.



zugestellt, sich dazu schriftlich zu äussern (vgl. Artikel 30 Absatz 2 KG). Den Parteien wurde gleichzeitig ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt und erneut Gelegenheit gegeben, Akteneinsicht zu nehmen.

35. Den Parteien wurde auch nach Zustellung des Verfügungsantrages mehrmals Akteneinsicht gewährt. Batigroup Tessin, der Kanton, Aebischer, Novastrada und Atag, Costra, Saisa und der Staatsanwalt des Kantons Tessin nahmen Einsicht in die Akten.

36. Über die Trevalbeton wurde infolge Insolvenz der Konkurs eröffnet (SHAB, Nr. 31, 14. Februar resp. Nr. 53, 16. März 2007).

### A.3 Stellungnahmen und Anträge der Parteien

37. Zum Verfügungsentwurf liessen sich die folgenden Unternehmen separat vernehmen: Aebischer, Atag, Batigroup, Costra, Novastrada, Paviclass, Pavisud. Die Firmen Betasfa und Comibit nahmen gemeinsam Stellung, ebenso die Unternehmen Botta, Cogesa, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Pavistra, Saisa und Spalu. Luongo und Trevalbeton haben auf eine Stellungnahme verzichtet. Es äusserte sich ausserdem der Tessiner Regierungsrat. Auf die Vorbringen wird im Einzelnen in den Erwägungen eingegangen.

38. Das Unternehmen Aebischer beantragt in erster Linie, aus Ziffer 1a) des Dispositivs des Verfügungsentwurfes gestrichen und damit von den Verfahrenskosten in Ziffer 3 des Dispositivs befreit zu werden. Eventualiter verlangt sie, anteilmässig zumindest erheblich weniger der Verfahrenskosten tragen zu müssen als die anderen Verfahrensbeteiligten.

39. Aebischer bringt vor, sie sei am Mechanismus der Zuteilung für Strassenbelagsarbeiten, wie er von der Konvention vom 15. Dezember 1998 vorgesehen war, nicht beteiligt gewesen. Aebischer habe nie zu den von der Konvention verpflichteten Unternehmen gehört. Die Konvention sei weder von ihr noch ihr gegenüber umgesetzt worden. In der Tat sei ihr nie ein Kontingent oder ein Auftrag zugeteilt, noch sei ihr eine Ausschreibung zugesprochen worden. Dies beweise auch die Tatsache, dass Aebischer in Tabelle 3 des Anhangs der Konvention (Rotationssystem) nicht aufgeführt sei. Wie das Kürzel LU für die Firma Luongo werde auch das Kürzel AE, das in einigen Teilnehmerlisten auftauche, stets separat von den Kürzeln der „von der Konvention verpflichteten“ Unternehmen aufgeführt und habe, wenn überhaupt, rein statistischen Wert gehabt. Ende Mai 2003 schliesslich sei das Kürzel ganz verschwunden.

40. Aebischer macht zudem geltend, dass der Preis für den Einbau von Asphalt hauptsächlich von den Asphaltkosten beeinflusst worden sei. Aebischer führt aus, sie hätte stets einen eigenen Preis verwendet, der basierend auf einem selbst entwickelten, elektronischen Konzept berechnet worden sei. Weiter hätte sie sich nicht an einer Gebietsaufteilung beteiligt. Dies würde dadurch belegt, dass sie nur dort einen sehr geringen Anteil der vom Dipartimento del Territorio in der Region Leventina ausgeschriebenen Strassenbelagsarbeiten erhalten hätte, wo ab und zu auch Unternehmen den Zuschlag erhielten, die nicht zur ATIPS gehörten (z.B. Mutti). Ausserdem seien ihr in den Jahren 1999, 2000, 2001, 2002 und 2003 keine Zuschläge mehr erteilt worden. Die Teil-

nahme an einigen Treffen sei nur sporadisch und zu rein informativem Zweck gewesen.

41. Wenngleich die Firmen Atag und Novastrada ihre Stellungnahme separat einreichten, formulieren sie, vertreten durch den gleichen Anwalt, grundsätzlich gleiche Anträge. In der Hauptsache beantragen sie, in Ziffer 1c) des Dispositivs sei „Ende März 2005“ durch „vor dem 1. April 2005“ zu ersetzen. Sie präzisieren, dass beide, entgegen dem, was im Entwurf in den Abschnitten zur Konvention steht, ab Dezember 2004 nicht mehr an den Treffen teilgenommen hätten. Die Ausführungen im Verfügungsentwurf, wonach die Treffen bis Ende 31. März 2005 stattfanden, sei demnach in Bezug auf Atag und Novastrada nicht richtig und Ziffer 1c) des Dispositivs sei entsprechend zu ändern.

42. Atag und Novastrada heben zudem die aktive Rolle des Kantons hervor, die zur Konvention und zu den Treffen der Unternehmen beigetragen habe. Mit seiner Haltung bei der Auftragsvergabe von Strassenunterhaltsarbeiten im Jahr 1995 hätte der Kanton die Unternehmen zu Treffen angespornt, um Offerten unter Kosten zu vermeiden und die Durchführung der Arbeiten zu gewährleisten. Die Aussage im Verfügungsentwurf, im Kanton Tessin sei über Jahre hinweg eine Politik der Strukturhaltung auf Kosten privater Auftraggeber, der öffentlichen Hand und letztendlich der Steuerzahler betrieben worden, sei falsch. Nach Ansicht von Atag und Novastrada habe der Kanton Tessin dieses Verhalten selbst (mit-)verursacht.

43. Darüber hinaus bringen Atag und Novastrada vor, die Aussage im Verfügungsentwurf, wonach mit Beendigung des Zuteilmechanismus eine Preisreduzierung von 20-40% erfolgte, sei falsch. Dieser Umstand erkläre sich eher aus konjunkturellen Gründen und durch die im Verfügungsentwurf beschriebenen, missbräuchlichen Praktiken des Kantons. Einerseits habe die Reduktion der öffentlichen Aufträge die Unternehmen aus konjunkturellen Gründen getroffen. Infolge des Rückgangs der Anzahl von Aufträgen seien die Unternehmen gezwungen gewesen, nicht kostendeckende Angebote zu machen. Andererseits habe der Kanton nach Eröffnung des Verfahrens von den Unternehmen bewusst Preise verlangt, welche eine Kostendeckung nicht garantierten. Dieses Verhalten habe sich in der Form konkretisiert, dass der Kanton von Atag und Novastrada wiederholt eine Reduktion von 20% auf den Preis der nächstliegenden Offerte erzwungen habe. Beide Unternehmen bestreiten, dass kein Innenwettbewerb stattgefunden habe. Jedes Unternehmen habe seine eigene Strategie verfolgen können, ohne Sanktionen oder Vergeltungsmassnahmen der anderen Strassenbelagsfirmen befürchten zu müssen. Schliesslich verlangen beide die Streichung der Randziffer betreffend hypothetischer Bussen.

44. Batigroup bringt vor, der Verfügungsentwurf leide an zwei Fehlern: Erstens seien die Preise (von Batigroup) entgegen dem, was der Verfügungsentwurf festhalte, nicht überhöht gewesen. Die Aussagen im Verfügungsentwurf betreffend Strukturhaltung seien falsch. Der Kanton habe seine Nachfragemacht ausgenutzt und fordere von den Unternehmen heute Preise, die unter Kosten liegen würden. Dass die heute vom Kanton verlangten Preise aber nicht kostendeckend seien, sei vom

Sekretariat nie überprüft worden. Die vor dem 1. April 2005 verrechneten Preise hätten dem Wettbewerb entsprochen. An den Sitzungen seien die technischen Aspekte der Offerten besprochen und der Offerent bestimmt worden. Die tatsächlich eingereichte Offerte habe so auf einem kostendeckenden Preis basiert. Zweitens herrschte Innen- und Aussenwettbewerb. Es sei bereits im Verfügungsentwurf festgehalten worden, dass fast 40% des relevanten Marktes nicht von der Konvention erfasst werde, was für ausreichenden Innenwettbewerb spreche. Auch hätten andere als das jeweils vorbestimmte Bauunternehmen Offerten zu Marktkonditionen eingereicht. Zwischen den Unternehmen habe daher immer noch Innenwettbewerb geherrscht. Die Konvention habe max. 62% der Aufträge (in gewissen Jahren weniger) erfasst und selbst innerhalb des Rotationssystems habe Wettbewerb bestanden. Aufgrund des ausreichenden Wettbewerbs habe der Wettbewerb im relevanten Markt gar nicht beseitigt werden können. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs sei demnach widerlegt, der Erheblichkeitsbestand allerdings fälschlicherweise nicht geprüft worden (Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes). Batigroup bringt weiter vor, die Betasfa werde von der Comibit kontrolliert. Batigroup verfüge nur über eine Minderheitsbeteiligung. Demnach habe sie keine Möglichkeit zur Beeinflussung der Betasfa. Im Weiteren wird ausgeführt, der Kanton trage eine massgebliche Verantwortung für die Umsetzung der Konvention. Die Konvention habe die Vorgaben der paritätischen Kommission umgesetzt. Überdies macht Batigroup geltend, es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Berechnung einer fiktiven Busse.

45. Die Firmen Botta, Cogesa, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Pavistra, Saisa und Spalu nahmen gemeinsam Stellung. Sie beantragen allgemein, dass ihre Anmerkungen in den Verfügungsentwurf aufzunehmen seien. Im Ergebnis sei festzuhalten, dass die Abreden im Interesse der Öffentlichkeit und der kantonalen Wirtschaft standen. Sie hätten keinen Schaden verursacht und zu keinen unzulässigen Bereicherungen geführt. Ebenso verlangen die Firmen die Streichung der Ausführungen zu den hypothetischen Bussen.

46. Die Unternehmen erläutern, dass die Abreden über Auftragszuteilung und Rotation der Auftragsausführung zwischen den Submittenten aus Sicht des Kantons sowie auch von der Allgemeinheit nicht nur geduldet, sondern aufgrund des generellen Interesses befürwortet worden seien. Die Abrede eignete sich dazu, Konkurse zu vermeiden, was der Region im Hinblick auf Arbeitsplätze und Steuernahmen zugute gekommen sei. Wie bereits Atag und Novastrada, bestreiten sie die Aussagen über die Schaffung einer Politik der Strukturhaltung zulasten der Auftraggeber. Sollte eine solche Politik bestanden haben, dann sei diese von den kantonalen Ämtern verursacht worden und nicht auf Kosten der Auftraggeber erfolgt. Betreffend die Rolle des Kantons machen die Unternehmen in ihrer Stellungnahme Argumente geltend, welche auch von Atag, Novastrada und anderen vorgebracht wurden.

47. Bezogen auf die Preise bestreiten die Unternehmen schliesslich den mit der Abrede verbundenen Zweck, die Offertpreise der verlierenden Bieter hoch gehalten zu haben. Vielmehr stellen sie klar, dass sie gehalten wa-

ren, Preise zu verwenden, die gerade so hoch gewesen seien, um die Kosten zu decken und eine vernünftige Gewinnmarge zu gewährleisten. Tatsächlich hätten die Diskussionen zwischen den Unternehmen, wie im Verfügungsentwurf erwähnt, den Zweck der Bestimmung eines angemessenen Preises gehabt, der sowohl die Interessen der Auftraggeber als auch der Unternehmer berücksichtigte. Es sei letztendlich darum gegangen, einen Preis zu etablieren, der die Kosten decke und mit welchem niemand vom Markt gedrängt werde. Die verwendeten Preise hätten dem Kostenvoranschlag des Kantons entsprochen. Heute jedoch lägen die Preise unter den Kosten.

48. Comibit und Betasfa nahmen gemeinsam Stellung. Hauptsächlich beanstanden sie, Teile der Verfahrenskosten tragen zu müssen, da (1) sie nicht an der fraglichen Abrede teilgenommen hätten, (2) sie keine Vereinbarungen mit den anderen produzierenden Unternehmen getroffen hätten, (3) ihr Produkt auf dem Markt stets frei zugänglich gewesen sei und allen Strassenbauunternehmen gleichsam zur Verfügung gestanden habe, (4) der Listenpreis von Mischgut für alle Abnehmer gleich gewesen sei, (5) die Preispolitik und die Rabattsysteme basierend auf die Bezugsmenge für alle identisch gewesen seien und (6) die Preisberechnung mit den dazugehörigen Analysen bis 1995 mit denen des zuständigen Departements übereingestimmt hätten, die Preise immer unter denen des KBOB-Index gelegen hätten, und die Preise von Comibit stets unter dem Biga-Index gewesen seien. Ausserdem bestreiten sie das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sowie das allfällige missbräuchliche Ausnutzen einer solchen.

49. Darüber hinaus kritisieren beide Unternehmen die im Verfügungsentwurf enthaltenen Ausführungen über das Preisniveau des Mischguts im Tessin, da die spezifischen kantonalen Strukturen und Rahmenbedingungen (z.B. Rohstoff-, Lohn- und Recyclingkosten) zu berücksichtigen seien. Im Übrigen seien die Ausführungen über ihren Einbezug in die Absprache der Strassenbelagsunternehmen und den mangelnden Wettbewerb auf dem Markt für die Belagsproduktion unzutreffend. Schliesslich beantragen sie die Streichung der Ausführungen zu den hypothetischen Bussen.

50. Costra fordert in ihrer Stellungnahme (1) die Änderung von Ziffer 1a) und 1c) des Verfügungsentwurfes dahingehend, dass die Umsetzung der Konvention zwischen Januar 1999 und Dezember 2003 stattgefunden habe und die Wettbewerbsbeeinträchtigung ab Ende Dezember 2003, spätestens per 31. März 2005, gestoppt worden sei, (2) die Streichung der Anhaltspunkte betreffend ein festgelegtes Preisniveau, insbesondere den Satz "Mit Hilfe des beschriebenen Systems wurde im Kanton Tessin eine Politik der Strukturhaltung auf Kosten privater Auftraggeber, der öffentlichen Hand und letztendlich der Steuerzahler betrieben" und "trotz dessen hohen Preisniveaus" sowie (3) die Streichung der Erwägungen zu den hypothetischen Bussen.

51. Hinsichtlich der zeitlichen Dauer des Rotationssystems präzisiert Costra, dass das Sekretariat im Besitz von Dokumenten sei, welche lediglich die Periode Januar 1999 bis Dezember 2003 belegen würden. Darüber hinaus hätten neben Costra auch andere Unternehmen

wie Franco Rossi und Paviclass ab Anfang 2004 nicht mehr an den Sitzungen teilgenommen. Für Costra lasse sich daraus ableiten, dass das System lediglich bis Dezember 2003 angedauert habe. Die Behauptung, die Abrede habe bis 31. März 2005 gedauert, sei demnach nicht erwiesen. Costra merkt an, dass die statistischen Untersuchungen nicht überzeugen und für einen Beweis für das Andauern des Rotationssystems im Jahr 2004 nicht ausreichen würden. Costra macht geltend, dass die Volatilität der Offertpreise ab dem Jahr 2004 zugenommen habe. Auch sei der Vergleich des Kostenvoranschlags des Kantons mit den Offertpreisen nicht aufschlussreich. Nicht die Untersuchungseröffnung sei Ursache für die Preissenkungen gewesen, sondern der allgemeine Rückgang der Arbeitslast habe zu einem Wettbewerb um Aufträge, mithin zu einer Preissenkung, geführt.

52. Die Existenz einer Abrede, die eine Rotation der Arbeitsaufträge erlaubt, bestreitet Costra nicht. Sie beanstandet jedoch die vom Sekretariat festgestellten Wirkungen und Konsequenzen für den Markt. Die Ausführungen zum Preisniveau scheinen Costra einzig auf Eindrücken und einseitigen Informationen zu beruhen. Betreffend den Vergleich der Offertpreise mit dem Kostenvoranschlag des Kantons gäbe es keine eindeutigen Kriterien, mit denen der Kanton seinen Kostenvoranschlag erstellt habe. Würde man die Herstellungskosten als Indiz nehmen, erscheine die Preissenkung im Tessin nicht so dramatisch wie vom Kanton dargestellt. Im Gegensatz zu den Aussagen im Verfügungsentwurf sei der Markt für neue Wettbewerber nicht interessant gewesen, weil die Preise tief und die Kapazitäten hoch waren, was den Bilanzergebnissen der Unternehmen entnommen werden könne. Ausserdem spreche auch der Kanton neuerdings von tiefen Preisen, welche den Unternehmen das Überleben nicht gewährleisten. Letztendlich sei kein "richtiger Preis" bekannt, was dazu führe, dass aus den Preisen der letzten Jahre keine Rückschlüsse auf die Preise vor 2003 abgeleitet werden könnten.

53. Schliesslich beanstandet Costra die Rolle des Kantons als Hauptauftraggeber im Tessin. Mit den gezogenen Schlüssen über die Rolle des Kantons sei man nicht einverstanden und es sei nicht verständlich, warum diese angesichts des ökonomischen Gewichts des Hauptauftraggebers nicht näher untersucht worden sei. Schliesslich moniert Costra, es sei keine Rangordnung nach Verantwortlichkeit zwischen Unternehmen aufgestellt worden.

54. Paviclass reicht keine Änderungsanträge ein. Die Anmerkungen betreffen ihre bereits im März 2004 mündlich mitgeteilte Entscheidung betreffend den Austritt aus ATIPS, ihre Minderheitsbeteiligung bei Betasfa, das aktuelle, nicht kostendeckende Preisniveau, sowie die Rolle des Kantons und seine Praxis in den letzten Jahren.

55. Pavisud beantragt Ziffer 1d) des Dispositivs mit einem klaren und deutlichen Signal an den Kanton Tessin zu versehen, unzulässige Mandate, persönliche Kreditvergabe und andere Verletzungen des Gesetzes über öffentliche Ausschreibungen zu unterlassen. Gleichzeitig beantragt sie die Modifikation von Ziffer 3 des Dispositivs. Die Auferlegung der Verfahrenskosten zu gleichen

Teilen sei nämlich unbillig, da die effektive Mitwirkung der verschiedenen Unternehmen darin nicht berücksichtigt worden sei. Pavisud beantragt, dass die Kosten in dreissig Teile aufzuteilen seien, wobei 1/30 der Kosten zulasten der einzelnen Strassenbauunternehmen, 10/30 zulasten Comibit und 2/30 zulasten von Betasfa gehen sollen. Gemäss Pavisud sei diese Aufteilung gerechtfertigt, da Comibit historisch gesehen die führende Rolle im Tessiner Markt gespielt habe. Pavisud sei hingegen stets mit allen Mitteln bekämpft worden, um vom Markt gedrängt zu werden.

56. Daneben beanstandet Pavisud den Verfügungsentwurf dahingehend, dass alle involvierten Firmen eine passive Rolle inne gehabt hätten. Zudem sei Pavisud nicht an einer Abrede über die Preise im privaten Sektor beteiligt gewesen. In diesem Umfeld sei Pavisud stets vollkommen autonom tätig gewesen. Pavisud habe stets Mischungen an Dritte geliefert, sei nie Vereinbarungen oder Bedingungen über die Transportkosten eingegangen und habe nie Autobahnbauarbeiten übernommen, die Grossaufträge darstellten. Die von Pavisud verwendeten Preise hätten stets im Einklang mit Marktparametern, Kostendeckungs-Analysen und üblichen Gewinnmargen gestanden. Der Preisrückgang während der Untersuchung könne nicht als richtiger und objektiver Parameter herangezogen werden. Ausserdem habe der Kanton davon profitiert, die Anbieter zwingen zu können, unter Kosten zu arbeiten.

57. Der Regierungsrat des Kantons Tessin stellt keine Änderungsanträge betreffend das Dispositiv. Seine Anmerkungen beziehen sich hauptsächlich auf drei Aspekte des Verfügungsentwurfes: (1) Der Ausschluss von Comibit und Betasfa aus dem Kreis der in die Absprache verwickelten Unternehmen. (2) Die unzulässige Wettbewerbsabrede sei Ende März 2005 aufgehoben worden; allerdings sei sie im Rahmen von Ausschreibungen über Strassenunterhaltsarbeiten bis in den Zeitraum 2006/07 weitergeführt worden. (3) Weiter bringt der Regierungsrat vor, die Vorwürfe gegenüber dem Kanton seien wiedergegeben worden, ohne sie überprüft zu haben.

58. Betreffend den ersten Kritikpunkt stellt der Regierungsrat klar, dass beim Einbau von bituminösem Mischgut ca. 70% der Kosten auf die Produktion, 20% auf den Einbau und 10% auf den Transport entfallen. Man könne also berechtigterweise davon ausgehen, dass die Umsetzung der Konvention auch die Unterstützung vom Grossteil der Hersteller von Mischgut benötigt habe. Hätten diese Belagswerke die Abrede zwischen den Strassenbauunternehmen, die zu einem grossen Teil gleichzeitig Eigentümer der Belagswerke waren, nicht unterstützt, hätte die Abrede langfristig nicht fort-dauern können. Namentlich hätte jeder Hersteller einzelne Unternehmen durch unterschiedliche Preise bevorzugen können. Der Regierungsrat hebt den Wortlaut der Konvention hervor, wonach die Belagswerke "sich verpflichten, das Mischgut nur an die, die vorliegende Konvention unterzeichnenden Firmen zu gleichen und wettbewerbsfähigen Preisen zu liefern". Dieser Wortlaut veranschauliche die Verflechtungen der die Belagswerke kontrollierenden Unternehmen. Die direkte Teilnahme an den Sitzungen sei nebensächlich, wenn die Belagswerke für die Umsetzung der Abrede mitverantwortlich gewesen seien. Zudem zeige der Preisrückgang für bituminö-

ses Mischgut von Comibit ab 2005 im Gegensatz zum Schweizer Markt, dass die Absprache die Preise für Mischgut auf erhöhtem Niveau halten konnte. Der Regierungsrat beantragt daher, Comibit und Betasfa in den Kreis der an der Abrede Beteiligten einzubeziehen. Eventualiter beantragt der Kanton, allenfalls im Rahmen einer Vorabklärung zu prüfen, ob nicht auch zwischen den Belagswerken unzulässige Vereinbarungen getroffen worden seien.

59. Betreffend den Zeitpunkt der Aufgabe der Absprache kommt der Regierungsrat auf den Wettbewerb um Strassenunterhaltsarbeiten im Zeitraum 2006/07 zurück, welcher Zweifel aufkommen lässt, ob die Marktaufteilung im März 2005 beendet worden sei. Gemäss dem Kanton wurde die Gebietsaufteilung der Lose bei Strassenunterhaltsarbeiten beibehalten. Der Regierungsrat sieht sich darin bestätigt, dass es sich nicht bei allen Konsortien, welche die niedrigsten Offerten einreichten, auch um die vom Einsatzort am nächsten befindenden Firmen bzw. Firmen mit den sich am nächsten befindenden Produktionsstätten handelte. Darüber hinaus ist der Regierungsrat über die geringfügige Differenz zwischen niedrigstem und höchstem Angebot überrascht. Auch nachdem einige Ausschreibungen aufgehoben und erneut ausgeschrieben worden seien, weil die Angebote die Vorgaben übertrafen, hätten die neuen Angebote keine grossen Abweichungen aufgezeigt. Auch wenn die Abrede nicht mehr statistisch erfassbar sei, sind die Unternehmen dennoch in der Lage, den millionenschweren Markt gemäss den alten Methoden untereinander aufzuteilen. Deshalb sei der Regierungsrat der Auffassung, die Unternehmen hätten für Strassenunterhaltsarbeiten ihre wettbewerbswidrigen Praktiken fortgesetzt. Er verlangt daher eine Vertiefung dieses Aspektes auch hinsichtlich auszusprechender Sanktionen gemäss Artikel 49a KG.

60. Der Regierungsrat geht schliesslich noch auf die Vorwürfe gegen den Kanton ein und bringt eine Reihe von Aspekten zur Widerlegung der Aussagen im Verfügungsentwurf vor: (1) Mutmasslicher Einfluss des alten Vergaberechts: Auch wenn besagtes Gesetz effektiv die Berücksichtigung der Arbeitslast vorgesehen habe, habe dieses die Auftragszuteilungen und Preisabsprachen nicht gefördert. Die Arbeitslast habe bei der Auftragsvergabe nur eine marginale Rolle spielen können, da dieses Zuschlagskriterium nur mit einem Gewicht bis zu 5% berücksichtigt werden durfte. Zudem habe gemäss Gesetz der Submittent mit der billigsten Offerte oder einer, der maximal 5% über der billigsten Offerte lag, den Zuschlag erhalten. Somit hätten die Offerten trotz des Kriteriums "Arbeitslast" stets konkurrenzfähig sein müssen. (2) Aufhebung einer Ausschreibung im Jahr 1995: Im Gegensatz zu dem, was von einigen Unternehmen behauptet werde, sei die Aufhebung nicht aufgrund zu tiefer Offertpreise erfolgt, sondern vielmehr deshalb, weil infolge der Ausgestaltung der Ausschreibung kein richtiger Vergleich der Offerten vorgenommen werden konnte. Der Preis für das Mischgut sei ab Werk erfolgt, und der Transport sei separat hinzugerechnet worden, mit einem festen, für alle identischen Kilometerpreis. Dies bedeute, dass die tiefsten Angebote, hätte man die Transportkosten hinzugefügt, unter Umständen viel teurer als die anderen Offerten hätten ausfallen können. Aus

diesem Grund habe man die Ausschreibung annulliert, nicht aufgrund von tiefen Angeboten. (3) Bildung einer paritätischen Kommission: Mitte der neunziger Jahre sei der Kanton mit einem Preiskrieg auf dem Markt für Belagsproduktion konfrontiert geworden. Auf Druck des Parlaments habe sich der Kanton Tessin für eine paritätische Kommission entschieden, welche dem Wunsch der Marktteilnehmer nach einer neutralen Stelle entsprach, welche über die notwendigen technischen Informationen zur Beurteilung der Angebote verfügte. Die Kommission habe nie zum Ziel gehabt, die Preise festzulegen. (4) Mutmassliche unzulässige Zuteilungspraxis: Der Regierungsrat bestreitet, dass Fehler bei der Formulierung der Ausschreibungen gemacht worden seien, da sich die Beschwerde eines einzigen Werkes darauf stützte, dass im Fall von Materialfehlern auf den Produzenten zurückgegriffen werden könne. Neben Comibit würden auch Atag und Pavisud als Belagslieferanten in Frage kommen. Man habe Comibit nicht bevorzugen wollen, jedoch die genaue Herkunft des Mischguts erfahren wollen. In der Zwischenzeit sei es auch möglich geworden, sich über zwei oder mehr Werke zu versorgen, wenn eindeutig auf den Lieferanten habe zurückgegriffen werden können. Es sei nicht üblich, dass die kantonalen Körperschaften Angebote aushandeln oder Rabatte einfordern, auch wenn in Einzelfällen eine Preissenkung verlangt worden sei. Allerdings seien diese Rabatte entgegen den Vorbringen der Strassenbauunternehmen nie durch direkte Aufträge kompensiert worden. Dieses Verfahren sei stets kohärent und rechtmässig durchgeführt worden. Der Regierungsrat verneint schliesslich, die Spannungen auf dem Markt hinsichtlich sinkender Preise ausgenutzt zu haben. In Bezug auf die Preise beanstandet der Kanton, das Sekretariat habe das durch die Absprache generierte Niveau der Preise nicht analysiert. Ein Preisvergleich mit anderen Kantonen zeige, dass die Abrede über Strassenbauarbeiten es den Unternehmen ermöglichte, überhöhte Preise zulasten der kantonalen und kommunalen Kassen zu erzielen. Ferner sei es nicht Sache des Kantons, die Angemessenheit der heutigen Preise zu beurteilen. Es sei aber nicht auszuschliessen, dass die Unternehmen mit zu hohen Kosten operieren, da sie dank der Abrede über Jahre hinweg nicht zu Rationalisierungen gezwungen worden seien. Ferner habe der Kanton das Auftragsvolumen nicht gesenkt, eventuell sei dies bei den Gemeinden der Fall gewesen. Auf jeden Fall verneint der Kanton, durch zu harte Preisverhandlungen von der Situation nach dem 1. April 2005 profitiert zu haben.

61. Schliesslich hält der Regierungsrat fest, der Kanton habe das Kartellgesetz schon nur deshalb nicht verletzt, weil er nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sei.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Formelles**

62. Batigroup rügt in seiner Stellungnahme zum Verfügungsentwurf die Tatsache, dass die Parteien vorab nicht über die Pressemitteilung des Sekretariats orientiert worden seien und somit keine Möglichkeit gehabt hätten, selbst eine Pressemitteilung anzufertigen. Aufgrund der missverstandenen Mitteilung an die Öffentlichkeit sei das Verfahren als abgeschlossen betrachtet

worden. Dies habe zu einer Vorverurteilung der beteiligten Unternehmen geführt. Eine durch die Pressemitteilung sowie die integrale Publikation des Verfügungsentwurfs und die damit verbundenen Interviews seitens des Dipartimento del Territorio bewirkte Vorverurteilung wird sinngemäss ebenfalls von Aebischer geltend gemacht.

63. Zur Begründung berufen sich die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht auf eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehörs sowie auf eine Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde auch vom Kanton geltend gemacht, weil er von den Vorwürfen gegen ihn erst mit Versand des Verfügungsantrages Kenntnis erhielt.

64. Das Sekretariat hat die Presse mit Datum vom 10. Januar 2007 über den Abschluss der Ermittlungen informiert. Das Sekretariat und die Weko orientieren die Öffentlichkeit gemäss Artikel 49 Absatz 1 KG über ihre Tätigkeit. Eine Orientierung nach Abschluss der Ermittlungstätigkeiten des Sekretariats erfolgt in den Fällen, in denen eine Reaktion der Parteien gegenüber der Presse vermutet wird. Der Pressemitteilung war das Stadium, in welche sich das Verfahren befindet, klar zu entnehmen. Der Verfügungsantrag des Sekretariats zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Kommission lediglich ein Entwurf der Verfügung beantragt wird. Dies geht aus der Pressemitteilung hervor, weshalb der von Batigroup vorgebrachte Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht verletzt worden ist.

65. Die Publikation des Verfügungsentwurfs ist durch eine Tessiner Zeitung, nicht durch das Sekretariat erfolgt, ebenso wenig ist das Sekretariat verantwortlich für Äusserungen, die von Beteiligten im Zusammenhang mit laufenden Verfahren gemacht werden. Damit ist auch der diesbezügliche Einwand unbegründet und stösst ins Leere.

66. Auch dem Kanton wurde, wie allen anderen Verfahrensbeteiligten, Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Ein Anspruch auf Stellungnahme vor Versand des Verfügungsentwurfes sieht Artikel 30 Absatz 2 KG nicht vor. Im vorliegenden Verfahren hat man vorgängig einzig den Mitgliedern der Abrede Gelegenheit gegeben, sich zur Konvention vernehmen zu lassen (vgl. Rz. 26).

67. Zusammenfassend ergibt sich, dass das rechtliche Gehör der Parteien nicht verletzt worden ist.

## B.2 Geltungsbereich

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

69. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Artikel 2 Absatz 1bis KG).

70. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die in Rz. 13 ge-

nannten Verfügungsadressaten sind als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

## B.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

### B.3.1 Vorbehaltene Vorschriften

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

72. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.3.2 Verhältnis des Kartellgesetzes zum BoeB

73. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) sieht in Artikel 11 Buchstabe e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Der Wortlaut von Artikel 11 Buchstabe e BoeB deckt sich weitgehend mit demjenigen von Artikel 5 KG. Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des BoeB zum Kartellgesetz – mithin, ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Artikel 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Artikel 5 KG) Verfahrens sein kann. Diese Frage ist in Übereinstimmung mit der Reko/Wef zu bejahen.<sup>7</sup> Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des KG und des BoeB, können beide Gesetze parallel zur Anwendung kommen.<sup>8</sup> Zur Begründung kann Folgendes angeführt werden:

a) Zunächst schützen das BoeB und das KG unterschiedliche Rechtsgüter.<sup>9</sup> Artikel 11 Buchstabe e BoeB dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers und hat keine weitergehende Wirkung.<sup>10</sup> Der öffentliche Auftraggeber soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (Artikel 11 Buchstabe c BoeB). Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der Weko.<sup>11</sup> Umgekehrt ist es für die Anwendung des Kar-

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 191 f., Rz. 5.2.

<sup>8</sup> GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, These Nr. 28.3, S. 75; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 69; TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in: Bau-rechtstagung 1997, S. 22; LEITNER, Öffentliche Beschaffungen und Kartellrecht, AJP 2003, S. 23 ff.

<sup>9</sup> Vgl. CHRIST, Nr. 785; im Ergebnis auch GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997/5, S. 167.

<sup>10</sup> Vgl. GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR NF] 114 [1995], S. 332, Rz. 10a.

<sup>11</sup> GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, a.a.O., Nr. 321.

tellgesetzes ohne Bedeutung, inwieweit die Interessen des Auftraggebers verletzt werden.<sup>12</sup> Der Schutz des Rechtsguts "wirksamer Wettbewerb" (im Sinne des Kartellgesetzes) tritt somit neben den Rechtsgüterschutz des BoeB und hat damit eine selbstständige Bedeutung. Die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts sowie diejenigen des Kartellrechts sind somit kumulativ anwendbar.<sup>13</sup>

b) Der aus der Sicht des BoeB eingeschränkte Rechtsgüterschutz (nämlich der Schutz des öffentlichen Ausschreibers) zeigt sich insbesondere darin, dass sich Artikel 11 Buchstabe e BoeB nur auf verdeckte (Preis-)Absprachen bezieht, das heisst auf Absprachen, die der Auftraggeberin nicht offengelegt werden.<sup>14</sup> Das Kartellgesetz trifft derartige Unterscheidungen nicht und bekämpft unzulässige Abreden (Artikel 5 KG) unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt erfolgen, oder ob sie der Marktgegenseite bekannt sind oder ihr vorenthalten werden.

c) Schliesslich unterscheiden sich die beiden Verfahren auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Während nach Artikel 11 Buchstabe e BoeB die zuständige Behörde die Teilnehmer an einer Submissionsabsprache nur (aber immerhin) aus dem Verfahren ausschliessen kann, kann die Weko nach Artikel 49a KG seit 1. April 2005 auch direkte Sanktionen verhängen.<sup>15</sup>

74. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung von Vergangenheitssachverhalten die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden im Bereich der öffentlichen Beschaffungen bestätigt.<sup>16</sup>

75. Zusammenfassend ergibt sich die kumulative Anwendbarkeit der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes.

### B.3.3 Gesetzesbestimmungen im Kanton Tessin

76. Das Gesetz über die öffentlichen Aufträge (Legge sugli appalti) vom 12. September 1978 des Kantons Tessin (in Kraft bis Februar 2001) schrieb dem Staatsrat in Artikel 22 vor, den Auftrag an den Submittenten mit dem tiefsten Preisgebot zu vergeben. Allerdings konnten dennoch Offerten berücksichtigt werden, welche das Mindestgebot um nicht mehr als 5% überstiegen, vorausgesetzt sie erfüllten die in Artikel 23 des Gesetzes formulierten Kriterien. Ferner gab Artikel 24 dem Staatsrat einen grossen Spielraum, keinem Submittenten den Zuschlag zu geben, insbesondere wenn die Interessen des Kantons durch den Zuschlag beeinträchtigt worden wären. Ein entsprechender Aufhebungsentscheid der Ausschreibung war definitiv und unanfechtbar.

77. Mit dem neuen Gesetz über das öffentliche Auftragswesen (Legge sulle commesse pubbliche [LCPubb]) vom 20. Februar 2001 ist der Auftraggeber verpflichtet, den Auftrag dem Submittenten mit dem vorteilhaftesten Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien wie Termin, Qualität, Preis, Betriebskosten, etc. zu vergeben (Artikel 32 LCPubb). Mit anderen Worten muss die Offerte mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis ausgewählt werden. Die Bewertung muss anhand der bereits in der Ausschreibung angege-

benen Zuschlagskriterien erfolgen. Das Kriterium des niedrigsten Preises findet dabei lediglich bei weitgehend standardisierten Gütern Berücksichtigung. Deshalb können auch Offerten, die über dem niedrigsten Angebot liegen, zu den insgesamt vorteilhaftesten gehören. Schliesslich spielt der wirtschaftliche Aspekt bei der Gesamtwürdigung der Offerten weiterhin eine wichtige Rolle, auch wenn die Preisgrenze von 5% aufgehoben wurde.

78. Das Recht des Auftraggebers, keinem der Submittenten den Zuschlag zu erteilen, ist in Artikel 34 LCPubb wieder aufgenommen worden. Allerdings ist dies nur noch bei Vorliegen wichtiger Gründe möglich. Zudem ist nun ein allfälliger Aufhebungsentscheid der Ausschreibung vor dem kantonalen Verwaltungsgericht anfechtbar (Artikel 36 LCPubb).

79. Die im Kanton Tessin angewandten gesetzlichen Bestimmungen enthalten keine Vorschriften, die der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes entgegenstehen.

### B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung des Markts

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

#### B.4.1 Wettbewerbsabrede

81. 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 (Artikel 4 Absatz 1 KG).

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

a) Die vorliegende Konvention, deren Inhalt in Abschnitt B.4.2.1 detailliert erläutert wird, konstituiert eine Abrede zwischen Anbietern der gleichen Marktstufe (Horizontalabrede). Für den Zeitraum vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003 liegen dem Sekretariat insgesamt 209 Tabellen vor, welche die in der Konvention geregelte Auftragszuteilung anlässlich der Sitzungen dokumentieren. Mit der Konvention und der Teilnahme an den Sitzungen bekundeten sämtliche Abrededpartner ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken.

<sup>12</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION, VOB Teile A und B, Kommentar, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, S. 770, Rz. 29.

<sup>13</sup> So auch HESS-ODONI, Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, in: Jusletter 24. Mai 2004; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., N. 224.

<sup>14</sup> GAUCH, a.a.O., S. 332, Rz. 10.

<sup>15</sup> RPW 2002/1, S. 139 f., Rz. 22.

<sup>16</sup> RPW 2005/3, S. 582, Rz. 3.3.

b) Ziel der Konvention war es, die privaten und öffentlichen Strassenbauaufträge im Kanton Tessin ab einer Auftragshöhe von CHF 20'000 systematisch aufzuteilen, um so "angemessene" Preise erzielen zu können. Hierin kann nichts anderes gesehen werden, als dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. Mit der geschilderten Aufteilung der Aufträge sollte der Wettbewerb unter den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin für die genannten Aufträge unterbunden werden.

Somit sind beide Tatbestandsmerkmale einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

83. Die vorliegend untersuchte Submissionsabsprache unterscheidet sich von dem in der Untersuchung i.S. Schweizerische Landesbibliothek (SLB) beurteilten Submissionskartell. Zwar ging es bei beiden Verfahren um Submissionsabsprachen zwischen Anbietern, letztere hatte allerdings eine unzulässige Preisabsprache mittels Abstimmung der Offerten anlässlich einer einzelnen öffentlichen Ausschreibung<sup>17</sup> zum Gegenstand, während die vorliegend untersuchte Submissionsabrede klassischerweise Abreden der Anbieter über eine längere Zeitspanne umfasst.<sup>18</sup>

84. Nachfolgend wird zuerst der Inhalt der Konvention und somit die Funktionsweise der Abrede zwischen den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin erläutert (B.4.2.1). Die tatsächliche Umsetzung der Konvention wird durch Tabellen, welche die wöchentlichen Sitzungen der Abredepartner dokumentieren (B.4.2.2), dargelegt.

85. In Abschnitt B.4.2.3 wird eine mögliche Abrede im Markt für Belagsproduktion gewürdigt.

86. Anhaltspunkte, die sich im Laufe der Vorabklärung betreffend eine Abrede über Transportpreise ergaben, wurden im Rahmen der Untersuchung nicht bestätigt. Abschnitt B.4.2.4 ist dieser Thematik gewidmet.

#### **B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

87. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden vermutet, welche die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zum Gegenstand haben, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

##### **B.4.2.1 Konvention: Marktaufteilung und horizontale Preisabrede**

###### **a) Vertragsparteien und Zweck der Konvention**

88. Die dem Sekretariat übermittelte Konvention, datiert auf den 15. Dezember 1998, ist in Anhang A1 zu finden. Die Konvention bestimmte den Markt für Belagsproduktion und Strassenbauarbeiten im Kanton Tessin für die darauf folgenden Jahre bis mindestens Ende 2004. Wie nachfolgend erläutert wird, legte die Konvention insbesondere den Mechanismus der Zuteilung von privaten und öffentlichen Aufträgen fest.

89. Der Beilage der Konvention zufolge gehörten die Strassenbauunternehmen Atag, Batigroup, Botta, Cogesa, Costra, Edilstrada, ICR, MM, Novastrada, Paviclass, Pavistra, Pavisud, Franco Rossi, Saisa, Spalu und Trevalbeton zu den Abredepartnern. Weitere Dokumente, wie beispielsweise die Tabelle in Anhang A2, legen nahe, dass die Strassenbaufirmen Aebischer und Luongo ebenfalls an der Abrede beteiligt waren.

90. Die Konvention bezweckte, die Qualität der Durchführung von Strassenbauarbeiten und ein angemessenes Preisniveau basierend auf gegenseitiger Loyalität zwischen den Vertragsparteien zu garantieren (Ziffer 2 Konvention).

###### **b) Marktaufteilung und Abrede über Offertpreise**

91. Die Konvention sah für die Auftragszuteilung den folgenden Mechanismus vor: In Anwesenheit aller Unternehmensinhaber bzw. ihrer Handelsbevollmächtigten (Ziffer 4 Konvention) sollten wöchentlich Sitzungen stattfinden (Ziffer 3 Konvention), während denen die Vertreter der verschiedenen Unternehmen die bis Ende der darauf folgenden Woche zu vergebenden Aufträge diskutierten und die Auftragnehmer bestimmten. Die folgenden Aufträge sollten auf diese Weise vergeben werden (Ziffer 5 Konvention):

- (a) sämtliche Aufträge der öffentlichen Körperschaften;
- (b) sämtliche anderen Aufträge mit einer Auftragshöhe von über CHF 20'000;
- (c) andere mit dem Strassenbau zusammenhängende Leistungen für Dritte.

92. Hervorzuheben ist, dass die Konvention nicht nur die Zuteilung der öffentlichen Aufträge anlässlich der wöchentlichen Sitzungen regelte, sondern auch jene der privaten Aufträge mit einem Projektvolumen von über CHF 20'000.

93. Für die Zuteilung der Aufträge unterschied die Konvention zwischen Aufträgen bis CHF 500'000 und Aufträgen über CHF 500'000 (Ziffer 7 Konvention). Pro Auftragskategorie verfügte jede Vertragspartei über ein sogenanntes Kontingent, welches die Summe der in der Vergangenheit erhaltenen Aufträge in der jeweiligen Auftragskategorie widerspiegelte.

94. Während Aufträge bis zu einem Volumen von CHF 500'000 dem jeweiligen Kontingent in der Kategorie von Aufträgen bis CHF 500'000 im Verhältnis 1:1 zugeteilt werden sollten, sah die Konvention vor, die Zuteilung von Aufträgen mit einem Auftragsvolumen von über CHF 500'000 wie folgt vorzunehmen: Einerseits sollten die Auftragssummen folgendermassen berücksichtigt werden (Ziffer 8 Konvention):

<sup>17</sup> Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek.

<sup>18</sup> Vgl. Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, S. 397.

- bis CHF 1'000'000	Anrechnung zu 100%;
- für die folgenden CHF 1'000'000	Anrechnung zu 90%;
- für die folgenden CHF 1'000'000	Anrechnung zu 80%;
- für die folgenden CHF 1'000'000	Anrechnung zu 60%;
- für weitere Beträge	Anrechnung zu 50%.

Andererseits sollten die Auftragssummen vor der Zuteilung zum jeweiligen Kontingent mit einem Faktor multipliziert werden, der je nach Unternehmen unterschiedlich hoch war. Die für jedes Unternehmen geltenden Multiplikationsfaktoren sind dem Anhang der Konvention zu entnehmen.

95. Zum besseren Verständnis soll die in der Konvention vorgesehene Zuteilung der Auftragssummen zu den entsprechenden Kontingenten durch ein Beispiel verdeutlicht werden: Einem Unternehmen mit einem Faktor von 130, das einen Auftrag für CHF 2'400'000 ausführte, sollten

$$1.3 \cdot (1'000'000 \cdot 1.0 + 1'000'000 \cdot 0.9 + 400'000 \cdot 0.8) = \text{CHF } 2'886'000$$

auf dem Kontingent (in der Auftragskategorie über CHF 500'000) angerechnet werden.

96. Für die Zuteilung der Aufträge sollten folgende Kriterien Berücksichtigung finden, wobei die Arbeitsbelastung grundsätzlich als wichtigstes Kriterium gelten sollte (Ziffer 7 Konvention):

a) Arbeitsbelastung: Diese wurde vor allem durch die Höhe der Kontingente bestimmt. Da die Kontingente einer Unternehmung mit der Anzahl der zugeteilten Aufträge zunahm, galt die Arbeitsbelastung als umso grösser, je höher die Kontingente einer Unternehmung waren;

b) Ortsbezogenheit: Vorzug von in der Region tätigen Unternehmen, insbesondere bei Aufträgen bis CHF 500'000;

c) Spezialisierung: Unter Berücksichtigung der ersten beiden Kriterien sollten für Spezialarbeiten spezialisierte Firmen bevorzugt werden;

d) Offerte studio (bereits angefertigte Offerten): Insbesondere bei privaten Aufträgen sollten Firmen bevorzugt werden, die bereits Pläne angefertigt hatten;

e) Vereinbarungen zwischen den Sitzungsteilnehmern.

97. Die Entscheidungen betreffend der Auftragsvergabe sollten mittels Mehrheitsentscheid der Sitzungsteilnehmer getroffen werden. Im Fall von Meinungsverschiedenheiten sollte die Entscheidung in geheimer Abstimmung erfolgen. Im Fall von Stimmgleichheit war vorgesehen, dass sich das Unternehmen mit dem höchsten Kontingent seiner Stimme enthalten musste (Ziffer 3 Konvention).

98. Betreffend die öffentlichen Ausschreibungen sah die Konvention vor, dass jeder Submittent sein jeweiliges Angebot vor den Sitzungen vollständig kalkulieren muss-

te. Anlässlich der Sitzungen sollten die Offerten gemeinsam diskutiert werden, um am Ende den angemessenen Offertpreis des designierten Gewinners, bzw. das niedrigste Preisgebot, der Ausschreibung zu bestimmen. Bei dieser Preisfestsetzung sollten sowohl die Interessen des Auftraggebers als auch jene der Vertragsparteien berücksichtigt werden.

99. Die zum Verlieren bestimmten Angebote wurden in der Konvention als "stützende Offerten" (offerte d'appoggio) bezeichnet. Diese sollten für jede einzelne Position gemäss der Kalkulationsbasis verfasst werden. Darüber hinaus war zu vermeiden, dass identische Gebote eingereicht wurden. Auch sollte bei kantonalen Ausschreibungen darauf geachtet werden, dass der Auftraggeber bei der Vergabe die Wahl zwischen mehreren für den Zuschlag geeigneten Offerten hatte (Ziffer 4 Konvention).

100. Die Abredepartner verpflichteten sich zu einer anteilmässigen Beteiligung an den durch die Konvention anfallenden Kosten. Zudem durften Dritte<sup>19</sup> nicht mit Mischgut beliefert und keine Leihgaben, Arbeitshilfe oder andere, mit dem Strassenbelagsbau zusammenhängenden Arbeiten für Dritte geleistet werden. Weiter durften Konsortien für Strassenbauarbeiten nur mit den Abredepartnern gebildet werden. Ferner verpflichtete die Konvention diejenigen Abredeparteien, die gleichzeitig Eigentümer von Belagswerken waren, ihre Belagsmischungen nur an die Abredepartner zu einem angemessenen konkurrenzfähigen Preis zu verkaufen. Comibit und Betasfa machen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf geltend, dass die Lieferung von Mischgut an Drittfirmen keinesfalls behindert worden sei.

101. Wollte ein Unternehmen von der Konvention zurücktreten, war es verpflichtet, solange bei der Umsetzung der vorgesehenen Auftragszuteilung mitzuwirken, bis die Kontingente der anderen Abredepartner dieselbe Höhe erreichten wie jenes des ausscheidenden Unternehmens (Ziffer 13 Konvention).

102. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der in der Konvention beschriebene Mechanismus der Auftragszuteilung eine Rotation der Auftragsausführung und damit eine Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe c KG bezweckte. Gleichzeitig beinhaltete die Konvention aufgrund der mit der Auftragszuteilung verbundenen Diskussion über die Offertpreise eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a KG. Die in Rz. 100 aufgeführten Verpflichtungen könnten diese Abreden insofern gestützt haben, als Strassenbauunternehmen, die sich nicht (mehr) an den Abreden beteiligten, möglicherweise im Wettbewerb behindert worden sind. Dies gilt insbesondere für die

<sup>19</sup> Unternehmen, die nicht der Vereinigung ATIPS angehören.



Regel betreffend den Bezug von Mischgut, welches nur an die Abredepartner verkauft werden sollte. Nachfolgende Ausführungen zeigen auf, dass die in der Konvention festgehaltene Bestimmung bzgl. Lieferungsbehinderung resp. –verweigerung unabhängig von deren Befolgung zur Durchsetzung der Abrede beitrug.

#### B.4.2.2 Umsetzung der Konvention

##### a) Tatsächliche Umsetzung

103. Die tatsächliche Umsetzung des in der Konvention beschriebenen Systems ist vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003 dokumentiert. Diese Dokumentation besteht aus:

- 209 Tabellen, welche die im Voraus festgelegten Auftragsvergaben anlässlich der wöchentlichen Sitzungen belegen. Insbesondere zeigen diese Tabellen die Entwicklung der Kontingente in den Auftragskategorien bis CHF 500'000 sowie jene über CHF 500'000. In diesen Tabellen sind sämtliche im Strassenbau tätigen Parteien (vgl. Tabelle 1) aufgeführt.

- 192 Seiten, die pendente Arbeiten auflisten.

104. Im Folgenden werden die Analyseresultate dieser Dokumente dargelegt. Diese belegen hinreichend, dass die Konvention tatsächlich umgesetzt wurde.

105. Die Grundidee der Konvention bestand darin, die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten unter den Tessiner Strassenbaufirmen so zu verteilen, dass jedes Unternehmen entsprechend seiner wirtschaftlichen Bedeutung genügend Aufträge erhielt. Dem sollte mit den Multiplikationsfaktoren Rechnung getragen werden.

106. Gemäss Aussagen der Parteien widerspiegeln diese Multiplikationsfaktoren die Grösse und das Alter der Unternehmen auf dem Markt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Unternehmen mit einem tiefen Kontingent gemäss dem Kriterium a in Ziffer 7 der Konvention (vgl. Rz. 96) höhere Chancen haben sollten, einen Auftrag zu erhalten, waren Unternehmen mit tiefen Multiplikationsfaktoren grosse und/oder alteingesessene Marktteilnehmer, denen im Vergleich zu Unternehmen mit hohen Multiplikationsfaktoren höhere Auftragsvolumina zugesprochen wurden. Folglich können die Unternehmen Costra, Novastrada, Spalu und Batigroup mit dem in der Konventionsbeilage aufgeführten Faktor von 100<sup>20</sup> als grosse und/oder alteingesessene Unternehmen auf dem Markt qualifiziert werden, während Paviclass mit dem Faktor 200<sup>21</sup> ein relativ kleines Unterneh-

men darstellt, welches nicht auf eine lange Unternehmensgeschichte zurückblicken kann.

107. Ein Vergleich der Multiplikationsfaktoren in der Konventionsbeilage vom 15. Dezember 1998 mit jenen in der Tabelle vom 21. November 2001 in Anhang A2 illustriert, dass die Multiplikationsfaktoren im Laufe der Zeit angepasst worden sind. Dadurch konnte den wirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung getragen werden. Gemäss Aussagen einer Partei waren solche Anpassungen selten und führten stets zu intensiven Diskussionen unter den Sitzungsteilnehmern.

108. Hinsichtlich der Auftragszuteilung ist festzuhalten, dass nicht immer das Unternehmen, welches in den Tabellen an erster Stelle stand, die zu vergebenden Aufträge erhielt. Bei der Auftragsvergabe fanden auch die in Rz. 96 aufgezählten Kriterien Berücksichtigung. Diese Funktionsweise der Auftragszuteilung wurde von den befragten Unternehmen bestätigt.

109. Über die Auftragsverteilung wurde Buch geführt. Gemäss gewissen Aussagen der Parteien trug ein Vertreter des Unternehmens [...] die anlässlich der Sitzungen verteilten Aufträge in die Tabelle des jeweiligen Sitzungsdatums ein. Die aktualisierte Tabelle wurde auf Anfrage ausgedruckt und verteilt. Auf diese Weise erhielten auch diejenigen Abredepartner, welche an der entsprechenden Sitzung nicht teilnahmen, Kenntnis über die Auftragszuteilung.

110. Ein Vertreter des Unternehmens [...] führte zudem eine Liste über Aufträge, die anlässlich von vergangenen Sitzungen zugeteilt, den Kontingenten zugerechnet, aber vom Auftraggeber verschoben wurden. Zog ein Auftraggeber einen Auftrag zurück, wurde der dazugehörige Auftragswert vom entsprechenden Kontingent subtrahiert. Die Buchführung der pendenten Arbeiten zeigt, mit welcher Genauigkeit das Rotationssystem Anwendung fand.

111. Die Schwierigkeiten bei der Auftragszuteilung bestanden darin, dass sowohl die individuellen Auftragssummen als auch die Häufigkeit von Submissionen und privaten Aufträgen stark variieren konnten. Denkbar ist, dass eine Ausschreibung mit einem Volumen von CHF 2'000'000 mit Direktvergaben in der Höhe von jeweils CHF 100'000 kompensiert werden musste, um eine ausgeglichene Auftragszuteilung sicherzustellen.

112. Die nachfolgende Tabelle 3 illustriert, dass das Rotationssystem während des Zeitraums vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003 ungeachtet dieser Schwierigkeiten funktionierte.

<sup>20</sup> Senkung des Multiplikationsfaktors (vgl. Tab. 3) per 02.02.2000.

<sup>21</sup> Senkung des Multiplikationsfaktors (vgl. Tab. 3) per 11.02.2000 und 07.02.2003.

Tab 3: Überblick des Rotationssystems

	1999	2000	2001	2002	2003	MF	1999-2003	MA	MA conv.
PC	4'187'750	1911400	2087500	3270500	1272500	170	12'729'650	4.58	5.11
AT	4'481'000	2297200	3202800	2589350	1991700	150	14'562'050	5.24	5.61
BO	4'227'427	3047233	2720500	3312000	1995200	140	15'302'360	5.50	5.78
PS	5'352'970	2516750	3425000	1800900	2740500	140	15'836'120	5.69	5.78
TB	4'083'416	2950033	2227900	5052833	1795833	140	16'110'015	5.79	5.78
IC	4'073'466	3345533	2495630	4328833	2418883	120	16'662'344	5.99	6.18
ED	4'137'026	4115900	1745000	6218100	764500	120	16'980'526	6.10	6.18
SA	3'955'600	4317233	2575000	4629737	1954742	120	17'432'312	6.27	6.18
MM	3'756'019	5386633	1165000	5704550	1536600	120	17'548'802	6.31	6.18
RO	5'002'754	3273695	1964250	5716000	1763545	110	17'720'245	6.37	6.44
CG	4'374'325	3336920	3640723	4099120	2277583	120	17'728'671	6.37	6.18
PA	4'889'445	2493989	3062500	4341887	3737500	120	18'525'321	6.66	6.18
CS	3'891'669	4846900	3613989	6720973	407350	95	19'480'882	7.00	7.10
BT	5'938'125	3744383	3739199	3962254	2334500	95	19'718'460	7.09	7.10
SP	5'030'778	3998000	3169830	6219663	2208480	95	20'626'751	7.42	7.10
NO	3'831'519	5624600	2201750	6922470	2607600	95	21'187'939	7.62	7.10
<b>Total</b>	<b>71'213'289</b>	<b>57'206'401</b>	<b>43'036'571</b>	<b>74'889'169</b>	<b>31'807'017</b>		<b>278'152'447</b>	<b>100.0</b>	<b>100.0</b>
<b>AGM</b>	<b>83</b>	<b>70</b>	<b>47</b>	<b>81</b>	<b>32</b>		<b>62</b>		

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

113. Tabelle 3 enthält die Auftragssummen (Umsätze), welche jedem Unternehmen in den Jahren 1999 bis 2003 gemäss den Sitzungstabellen zugeteilt wurden. Diese Umsätze waren über die Jahre hinweg beträchtlichen Schwankungen unterworfen. Dennoch erzielten Unternehmen mit demselben Multiplikationsfaktor (MF) ähnlich hohe Gesamtumsätze über den Zeitraum 1999 bis 2003.<sup>22</sup> Dies belegt, dass die Unternehmen den angestrebten Ausgleich mittels dem Rotationssystem zwar nicht jährlich, aber über die Jahre hinweg erzielen konnten.<sup>23</sup>

114. Der Tabelle 3 ist weiter zu entnehmen, dass die Gesamtumsätze im Zeitraum Anfang 1999 bis Ende 2003 je höher ausfielen, desto tiefer die Multiplikationsfaktoren waren. Somit entsprach der Multiplikationsfaktor der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen.

115. Die zweitletzte Tabellenspalte enthält den Marktanteil (MA) der Unternehmen basierend auf den über die Jahre Anfang 1999 bis Ende 2003 erzielten Gesamtumsatz der Branche in Höhe von rund CHF 278 Mio. Die letzte Tabellenspalte (MA conv.) entspricht der letzten Spalte der Konventionsbeilage in Anhang 1 und gibt die in der Konvention vorgesehene Marktaufteilung wieder. Ein Vergleich der Einträge in Tabelle 3 zeigt, dass sich die tatsächlichen Marktanteile nur wenig von der in der Konvention vorgesehenen Marktaufteilung unterscheiden.

116. Die bestehenden Unterschiede können zum einen darauf zurückgeführt werden, dass die Multiplikationsfaktoren im Zeitablauf geändert wurden (vgl. Rz. 107). Andererseits könnten die Differenzen kleiner ausfallen, wenn dem Sekretariat sämtliche Tabellen bis zur letzten Sitzung zur Verfügung stehen würden.<sup>24</sup> Je länger der Betrachtungszeitraum, desto weniger fallen Schwankungen ins Gewicht. Vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des neuen Kartellgesetzes ist aber auch denkbar,

dass die Abredepartner das Rotationssystem ohnehin nicht zu Ende führen konnten, so dass eine vollständige Übereinstimmung mit den geplanten Marktanteilen nicht gelang.

117. Die letzte Zeile der Tabelle weist den Umsatzanteil aus, der in der entsprechenden Zeitperiode von den Abredepartnern über das Rotationssystem erzielt wurde (Anteil Gesamtmarkt [AGM]).<sup>25</sup> Während in den Jahren 1999, 2000 und 2002 83%, 70% und 81% der Umsätze über das Rotationssystem verteilt wurde, betragen diese Anteile in den Jahren 2001 und 2003 lediglich 47% bzw. 32%. Der letzten Tabellenzeile ist ferner zu entnehmen, dass während der gesamten Beobachtungsperiode 62% der Auftragsvolumina über das Rotationssystem vergeben wurden.

118. Batigroup liess in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf verlauten, dass im Schnitt fast 40% des relevanten Marktes nicht von der Konvention erfasst worden seien (vgl. Rz. 44). Dem ist zu entgegnen, dass der wirksame Wettbewerb bereits beseitigt ist, wenn "lediglich" 60% des relevanten Marktes von der Konvention erfasst sind. Diesbezüglich ist aber auch darauf

<sup>22</sup> Wie in Rz. 107 erwähnt, variierten die Multiplikationsfaktoren im Zeitablauf. Tabelle 3 zeigt die Multiplikationsfaktoren, die gemäss Anhang A2 per 21. November 2001 gültig waren. Die Wahl dieses Zeitpunktes lässt die Schlussfolgerung unbeeinflusst, da die mit den Multiplikationsfaktoren verbundene Reihung der Abredepartner stets dieselbe war.

<sup>23</sup> Aebischer und Luongo sind in der Tabelle nicht aufgeführt, da sie bei der in der Konventionsbeilage aufgeführten Marktaufteilung nicht berücksichtigt wurden bzw. sie in der Konventionsbeilage nicht aufgeführt sind.

<sup>24</sup> Die Tabellen der Treffen nach dem 10. Dezember 2003 liegen dem Sekretariat nicht vor, weil diese im Anschluss an die Sitzung jeweils wieder eingesammelt wurden (vgl. Rz. 122).

<sup>25</sup> Diese Prozentzahlen sind das Ergebnis der Division der summierten Umsätze aus dem Rotationssystem und den entsprechenden Umsätzen gemäss den Erfolgsrechnungen der Abredepartner.

hinzuweisen, dass zeitweise gar 80% des relevanten Marktes von der Konvention erfasst waren, was darauf schliessen lässt, dass kein ausreichender Innenwettbewerb vorhanden war. Im Übrigen deuten die Gesamtumstände darauf hin, dass in einem von Absprachen geprägten Markt wie dem vorliegenden auch nicht in den Tabellen aufgeführte Aufträge kaum "abrededfrei" vergeben worden sein dürften. Ein Grund für die beobachteten Schwankungen des über das Rotationssystem erzielten Umsatzanteils kann darin bestehen, dass die Aufträge den Kontingenten und den Erfolgsrechnungen der Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugerechnet wurden. Dies betrifft insbesondere die Ausschreibungen für Strassenunterhaltsarbeiten, welche im Voraus für eine Dauer von zwei Jahren mit den entsprechenden Auftragssummen vergeben werden. Eine weitere Erklärung könnte die Handhabung der suspendierten Aufträge liefern (vgl. Rz. 110).

119. Mögliche andere Erklärungsansätze sind, dass die Aufträge unter CHF 20'000 nicht von der Konvention erfasst und die Aufträge in Höhe von über CHF 1 Mio. den Kontingenten nicht zu 100% zugerechnet wurden (vgl. Rz. 94). Sodann ist nicht auszuschliessen, dass die untersuchte Absprache im Hinblick auf die Einführung des neuen Kartellgesetzes allmählich instabil wurde (vgl. Rz. 116).

120. Was die Nichtbelieferung von Dritten angeht, konnte die Umsetzung dieser Ziffer nicht schlüssig nachgewiesen werden. Die Bestimmung an sich begünstigte jedoch die Durchsetzung der Abrede insgesamt, weshalb die tatsächliche Anwendung dieser Bestimmung für das Ergebnis der Untersuchung ohne Belang ist (vgl. auch Rz. 134).

121. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in der Konvention vorgesehene Rotationssystem umgesetzt worden war.

## b) Dauer

122. Die Konvention war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 103) ist die tatsächliche Umsetzung des in der Konvention beschriebenen Systems vom 13. Januar 1999 bis 10. Dezember 2003 dokumentiert. Zudem wird die Anwendung der Konvention für die Zeitperiode von Anfang 1999 bis Ende 2003 durch Aussagen von Beteiligten bestätigt. Gemäss diesen Beteiligten fanden auch nach Dezember 2003 noch regelmässige Treffen statt. Allerdings seien die Sitzungsunterlagen ab Anfang 2004 jeweils nach den Sitzungen von zentraler Hand wieder eingesammelt worden. Ferner habe es ab Oktober/November 2004 bis Anfang 2005 immer weniger und seit dem 31. März 2005 gar keine Sitzungen mehr gegeben.

123. Diese Aussage deckt sich mit den Stellungnahmen der Parteien auf das Schreiben des Sekretariats vom 21. Juli 2006 (vgl. Rz. 26) sowie mit den Stellungnahmen auf den Verfügungsentwurf. Gemäss diesen Stellungnahmen fanden die wöchentlichen Sitzungen während der Übergangsfrist des neuen Kartellgesetzes vom 1. April 2004 bis zum 31. März 2005 immer seltener statt und seien schliesslich eingestellt worden. Somit hätten nach dem 31. März 2005 keine Sitzungen mehr stattgefunden.

124. Betreffend den Zeitpunkt der Aufgabe der Absprache sind ebenfalls verschiedene Stellungnahmen eingegangen. Während einige Parteien geltend machen, sie hätten ab Dezember 2004 nicht mehr an den Sitzungen teilgenommen, bringt Costra vor, sie hätte nur bis Ende 2003 partizipiert. Der Kanton dahingegen macht ein Fortbestehen der Abrede in Bezug auf Strassenunterhaltsarbeiten nach März 2005 geltend. Es ist in der Tat nicht auszuschliessen, dass einige Abredemitglieder insbesondere im Hinblick auf das Ende der Übergangsfrist des neuen Kartellgesetzes bereits vor deren Ablauf nicht mehr an den Sitzungen teilnahmen, und die Zahl der Sitzungsteilnehmer infolgedessen kontinuierlich abnahm. Dieser Umstand ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass die Sitzungen auch nach März 2004 stattfanden<sup>26</sup> und die Absprache bis Ende März 2005 identifizierbare Auswirkungen auf dem Markt zeitigte. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, insbesondere der vom Sekretariat vorgenommenen statistischen Erhebungen sowie Zugeständnissen von Parteien, umfasste die durch die Konvention resp. durch die damit einhergehenden Treffen bezweckte Abrede eine Zeitspanne ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004.

## c) Eingaben zur Konvention

125. Mit Schreiben vom 21. Juli 2006 wurde den Parteien ein Auszug der Konvention sowie eine Tabelle übermittelt, welche die Auftragszuteilung der wöchentlichen Sitzungen der Parteien zusammenfasste. Im genannten Schreiben forderte das Sekretariat die Parteien auf, sich zu den Dokumenten zu äussern (vgl. Rz. 26).

126. Zwölf Parteien gaben an, die Konvention gekannt oder davon gehört zu haben (vgl. Tab. 2). Diese Unternehmen bestreiten allerdings, die Konvention unterzeichnet zu haben. Zudem habe die Konvention lediglich als Richtlinie gedient.

127. Die Parteien bestätigten mit Ausnahme der Unternehmen Luongo, Comibit und Betasfa, an den wöchentlichen Sitzungen teilgenommen zu haben (vgl. Tab. 2). Sie wiesen aber darauf hin, lediglich eine passive Rolle gespielt zu haben.

128. Das Unternehmen Aebischer gab an, sie habe nur sporadisch und zu informativen Zwecken an den Sitzungen teilgenommen (vgl. auch Ausführungen in Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, Rz. 38 ff.). Sie habe weder Einfluss auf die Vergaben von Strassenbauarbeiten noch auf die Belags- und Transportpreise nehmen können. Deshalb sei das Verfahren gegen sie einzustellen.

129. Mehrere Unternehmen weisen in ihrer Stellungnahme auf die historischen Motive der Zusammenarbeit hin. Diese bestünden in einem Preiskrieg, den sich die Tessiner Strassenbauunternehmen in den 90er Jahren geliefert hätten. Nicht kostendeckende Preise seien nicht nur für die Unternehmen selbst, sondern wären aufgrund dem damit verbundenen Mangel an Qualität, allfälligen Konkursen, einer höheren Arbeitslosigkeit und Steuerausfällen auch für die Vergabestelle problematisch gewesen.

<sup>26</sup> So auch die Stellungnahmen von Atag und Novastrada zum Verfügungsentwurf, welche gemäss eigenen Aussagen per Dezember 2004 nicht mehr an den Sitzungen teilgenommen haben.

130. Daraufhin sei unter den Mitgliederfirmen der ATIPS die Idee der Konvention aufgekommen, welche zwar niedergeschrieben, jedoch nie unterschrieben wurde. Zum einen sollte mit der Konvention eine Zusammenarbeit zwischen den Mitgliederfirmen der ATIPS initiiert werden. Zum anderen wurde die Stabilisierung des angemessenen Offertpreises mit Hilfe einer reziproken Kontrolle bezweckt.

131. Das Ziel der Konvention habe nicht darin bestanden, den Wettbewerb zu eliminieren, sondern einen angemessenen Preis sowohl aus Sicht der Unternehmen als auch der Kunden festzusetzen. Vor dem Hintergrund der bestehenden Überkapazitäten im Markt sollte auf diese Weise ein ruinöser Wettbewerb verhindert werden, der Konkurse, einen Verlust an Arbeitsplätzen, etc. zur Folge gehabt hätte. Man habe sich durch das System nicht bereichert. Es sei lediglich der kostendeckende Preis festgesetzt worden. Dadurch seien ein fairer Marktzugang und eine faire Auftragszuteilung garantiert, Arbeitsplätze erhalten und Konkurse verhindert worden.

132. Trotz der Koordination zwischen den Unternehmen sei der Wettbewerb insofern erhalten geblieben, als jede Firma immer noch ihre eigene Unternehmensstrategie verfolgen und unabhängige Entscheidungen treffen konnte. Falls eine Unternehmung mit dem vereinbarten Preis nicht einverstanden gewesen sei, habe sie immer denjenigen Offertpreis einreichen können, welchen sie als angemessen beurteilt habe.

133. In diesem Sinne unterstrich Pavisud in ihrer Eingabe sowie anlässlich des Treffens vom 5. Oktober 2006 mit dem Sekretariat, ihre Unternehmensstrategie trotz der regelmässigen Teilnahme an den Sitzungen autonom festgelegt und auf dem Markt für Wettbewerb gesorgt zu haben. Dies sei insbesondere aufgrund eines eigenen Belagswerks möglich gewesen. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf bestreitet Pavisud seine Teilnahme an der Absprache betreffend Privataufträgen.

134. Das Unternehmen Paviclass betonte anlässlich des Treffens vom 27. September 2006, dass sie ohne Beitritt zur ATIPS und ohne Teilnahme an den wöchentlichen Sitzungen nicht mit bituminösem Mischgut beliefert worden wäre. Diese Aussage wird durch Pavisud insofern bestätigt, als der Unternehmung empfohlen wurde, nur für den Eigenbedarf Belag herzustellen. Obwohl sich das Unternehmen gemäss eigenen Angaben nicht an die Empfehlung hielt, erzielte sie im Zeitraum 1999 bis 2004 gemäss Tabelle 5 nur [0-10]% ihres Umsatzes mit dem Verkauf von Mischgut. Dies belege, dass die in Rz. 100 formulierte Verpflichtung der Vertragsparteien nicht ohne Wirkung blieb. Demgegenüber machen Comibit und Betasfa in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf geltend, dass Drittunternehmen während des gesamten untersuchten Zeitraumes beliefert worden seien (vgl. Rz. 48).

135. Einige Unternehmen heben die Rolle der Tessiner Behörden bei der Auftragsvergabe hervor. Diese hätten den Unternehmen klare Signale gegeben, auf einen Preiskrieg zu verzichten und stattdessen die Gebotshöhen kostendeckend festzulegen, damit die Auftragsausführung nicht gefährdet war. Insofern sei die praktizierte

Auftragsaufteilung durch die kantonalen Behörden unterstützt und gefördert worden.

136. Die erwähnte Rolle der kantonalen Behörden wird durch folgende Umstände dargelegt:

- Als das Gesetz über die öffentlichen Aufträge (Legge sugli appalti) vom 12. September 1978 noch in Kraft war, habe die kantonale Beschaffungsstelle die Auftragsvergaben für alle Unternehmen in einer Statistik aufgeführt. Die darin festgehaltene Arbeitslast habe anschliessend als Zuschlagskriterium bei neu zu vergebenden Aufträgen fungiert. In der Tat schrieb das ehemalige Gesetz über die öffentlichen Aufträge gemäss Artikel 23 Buchstabe d vor, die Arbeitslast sei bei Auftragsvergaben zu berücksichtigen, um eine gleichmässige Auftragsverteilung zwischen den Konkurrenten zu gewährleisten. Mit dem Inkrafttreten<sup>27</sup> des neuen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen (LCPubb) seien diese Vorschrift und Praxis jedoch aufgegeben worden.

- Im Jahr 1995 habe der Tessiner Staatsrat eine Ausschreibung aufgrund zu tiefer Offertpreise aufgehoben. Der Aufhebungsentscheid sei aber erst gefällt worden, nachdem die Strassenbauunternehmen dem Kanton zugesichert hätten, die Preise an die realen Kosten anzupassen, so dass bei der Auftragsvergabe alle Strassenbaufirmen berücksichtigt werden konnten. Zu diesem Zweck hätten auch Konsortien gebildet werden dürfen.

- Im Jahr 1995 sei eine paritätische Kommission bestehend aus Vertretern des Dipartimento del Territorio und der Unternehmerseite zur Bestimmung des kostendeckenden Preises gebildet worden. Dadurch sollten sowohl nicht kostendeckende als auch übertrieben hohe Offertpreise vermieden werden.

137. Weiter kritisierten die Parteien das Verhalten des Kantons Tessin:

- Aufgrund der Ausschreibungsmodalitäten, die u.a. vorschrieben, dass das Mischgut nur von einem Belagswerk bezogen werden durfte, sei bei wichtigen Losen nur die Comibit als Lieferant von Mischgut in Frage gekommen.

- Nach der Untersuchungseröffnung habe der Kanton entgegen Artikel 5 Buchstabe f LCPubb nach der Offerteingabe über die Offerten verhandelt, indem ein Rabatt gefordert worden sei.

- Die Unternehmen, welche der Aufforderung zur Rabattgewährung nachgekommen seien und nicht kostendeckende Angebote einreichten, hätten ihre dadurch entstandenen Verluste durch Direktvergaben des Kantons kompensieren können. In diesem Sinne betreibe der Kanton eine Kompensationspolitik.

- Weiter seien nach der Untersuchungseröffnung Aufträge anstelle über öffentliche Ausschreibungen in Form von Direktvergaben vergeben worden.

<sup>27</sup> Per 1. Mai 2001.

138. Hinsichtlich der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt weisen die Unternehmen auf ihre finanziellen Schwierigkeiten hin und erläutern, dass die Arbeiten momentan nicht kostendeckend ausgeführt werden könnten. Zum einen sei dies eine Konsequenz der Reduktion des Auftragsvolumens. Zum anderen habe der seit Frühling 2005 bestehende Verdrängungskampf einen Preiszerfall bewirkt. Das aktuelle Preisniveau erlaube kein langfristiges Überleben. Vor diesem Hintergrund sei eine allfällige neue durch unzulässige Abreden beeinträchtigte Zusammenarbeit auf dem Markt unwahrscheinlich.

#### **d) Statistische Indizien**

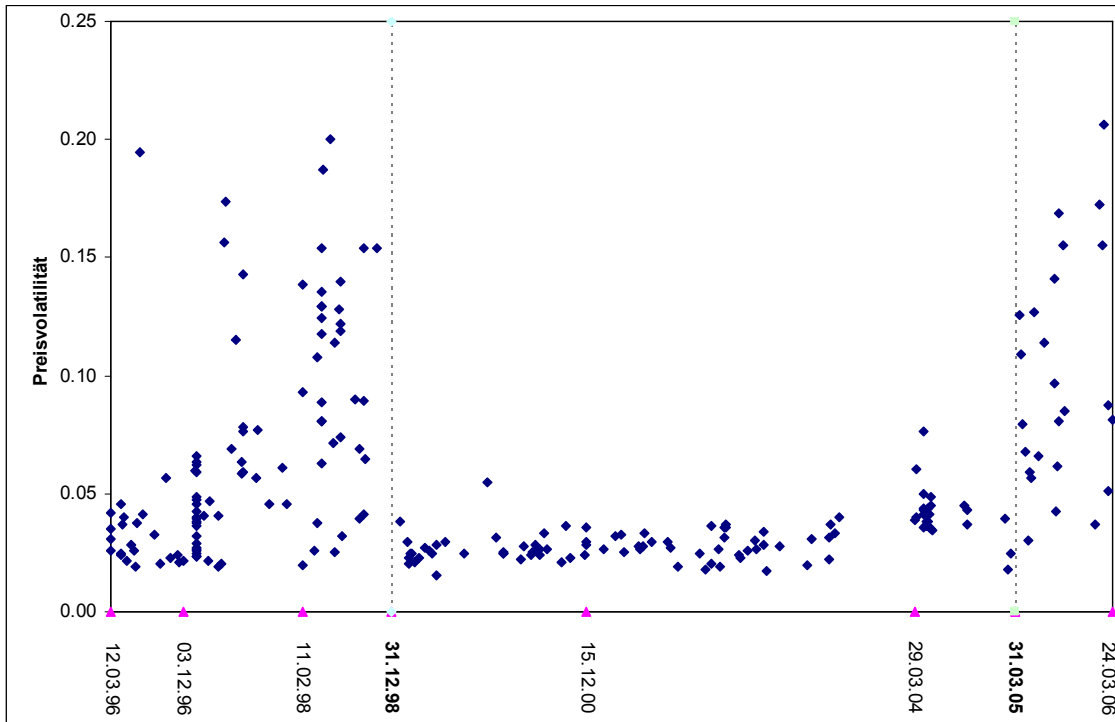
139. Aus dem letzten Abschnitt ergab sich, dass eine Absprache im Tessiner Markt für Strassen- und Belagsbau für den Zeitraum von 1999 bis mindestens Ende 2004 vorlag. Eine summarische statistische Analyse bestätigt dies und legt nahe, dass die Absprache ihre Wirkungen gar bis Ende März 2005 entfaltete.

140. Eine Analyse der jeweiligen Gewinner der Ausschreibungen zeigte, dass eine Unternehmung selten

zweimal hintereinander eine Ausschreibung gewann. Ferner vermutete die Tessiner Behörde, dass der Zuschlag von öffentlichen Aufträgen einem Mechanismus folgte, der es den Bietern erlaubte, die Auftragssummen über die Zeit hinweg gemäss ihrer jeweiligen Stärke auf dem Markt untereinander aufzuteilen. Diese Vermutung wird durch die Umsetzung der oben dargelegten Konvention (vgl. Abschnitt B.4.2.2) bestätigt.

141. Im Übrigen wurde untersucht, ob per 31. März 2005 mittels der Offertdaten tatsächlich eine Verhaltensänderung der Submittenten dokumentiert werden kann. Dazu wurden in der nachfolgenden Abbildung 2 die Werte eingetragen, die sich durch die Division der Standardabweichung mit dem Durchschnitt der Offertpreise einer jeweiligen Ausschreibung ergeben. Die Abbildung zeigt eine relativ tiefe Volatilität der Offerten im Zeitraum von Januar 1999 bis März 2005. Anschliessend nahm die Volatilität der Offerten signifikant zu. Daraus kann geschlossen werden, dass die Submittenten ab diesem Zeitpunkt ihr Verhalten geändert haben.

**Abb. 2: Entwicklung der Volatilität der Offerten**

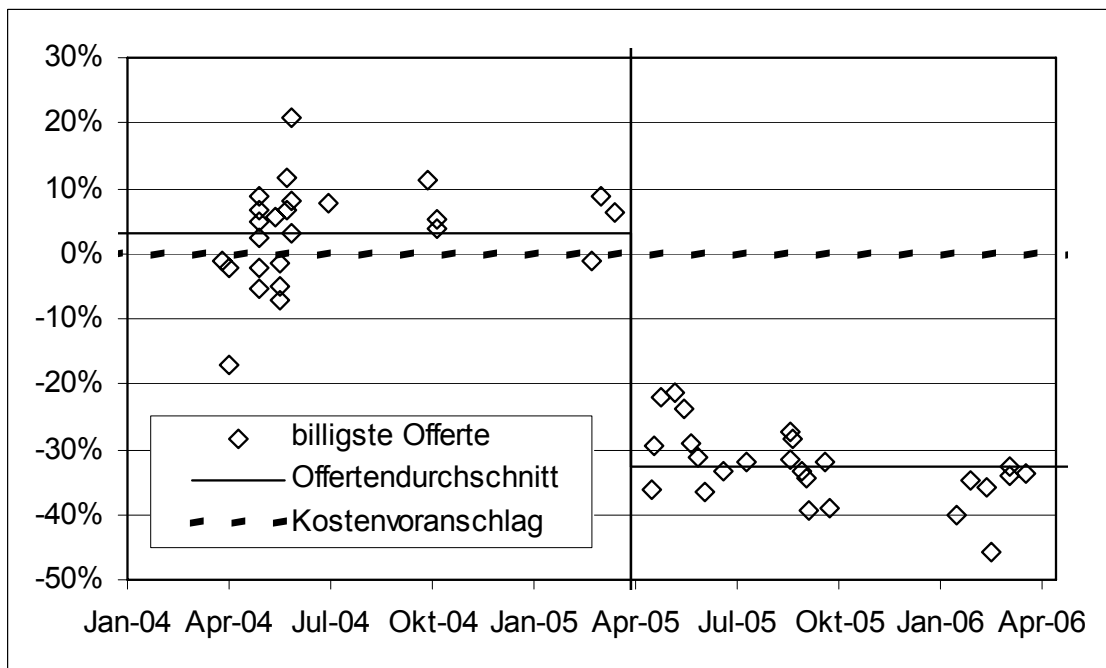


Quelle: Erhebungen des Sekretariats (basierend auf N=225 Ausschreibungen).

142. Der Vergleich der Offertpreise mit dem jeweiligen Kostenvoranschlag des Dipartimento del Territorio des Kantons Tessin, der in Abbildung 3 illustriert und in Anhang A3 erläutert wird, zeigt, dass die Offertpreise im

März 2005 signifikant gefallen sind. Vor diesem Zeitpunkt waren die Offertpreise systematisch höher als der Kostenvoranschlag des Kantons.

**Abb. 3: Vergleich der Offertpreise mit dem Kostenvoranschlag**



Quelle: Erhebungen des Sekretariats (basierend auf N=225 Ausschreibungen).

### e) Wirkung

143. Vorangehende Ausführungen legen anhand statistischer Analysen nahe, dass die Zuschläge bei öffentlichen Ausschreibungen im Kanton Tessin im Zeitraum von Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch ein Preis- und Gebietsabsprache im Strassen- und Belagsbau gesteuert wurden.

144. Die in B.4.2.1 beschriebene Konvention blieb nicht ohne Wirkung, auch wenn sie – wie von den Parteien behauptet – nur als Richtlinie verwendet wurde. Mit Hilfe des beschriebenen Systems wurde im Kanton Tessin über Jahre hinweg eine Politik der Strukturhaltung auf Kosten privater Auftraggeber, der öffentlichen Hand bzw. der Steuerzahler betrieben. Die Strassenbauunternehmen nahmen mit Ausnahme des Unternehmens Luongo allesamt an den Sitzungen teil, anlässlich welcher Auftragsvergaben und Preise diskutiert wurden. Mit der Sitzungsteilnahme bekundeten alle Teilnehmer ihr Interesse an einer gesteuerten Auftragszuteilung via eine Abmachung. Da die Privataufträge nur einen kleinen Teil des Marktvolumens generieren, vermochte eine allfällige Nichtteilnahme von Pavisud an der Absprache über Privataufträge keine disziplinierende Wirkung auf die übrigen Mitglieder bzw. auf den Markt insgesamt zu zeitigen. Den Vorbringen von Comibit und Betasfa (vgl. Rz. 48) muss entgegnet werden, dass die Strassenbauunternehmen gleichzeitig Eigentümer der Belagswerke sind. Aufgrund dieser personellen Verflechtung waren Comibit und Betasfa an den Sitzungen zwar keine offiziellen Vertreter, immerhin aber durch ihre Eigentümer vertreten. Auf diese Weise war zumindest die Geschäftsleitung von Comibit und Betasfa jeweils über die Inhalte der Sitzungen informiert und konnte somit die Strategien der beiden Unternehmen entsprechend beeinflussen.

145. Die beiden Belagswerke, deren wettbewerbsrechtliche Prüfung der Kanton eventualiter beantragt hat, wurden in die Ermittlungen einbezogen, sind mithin Verfügungsadressaten in der vorliegenden Untersuchung. Eine Beurteilung der beiden Belagswerke wurde demnach bereits anlässlich der Ermittlungen im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung vorgenommen und es besteht kein Anlass, ein erneutes Verfahren gegen die Unternehmen zu eröffnen.

146. Konkret diente die Konvention als Instrument zur Implementierung einer Angebotsrotation, welcher eine abgesprochene Marktaufteilung zugrunde lag. Gleichzeitig beinhaltete die Konvention durch die Diskussion über die Offertpreise eine horizontale Preisabrede.

147. Gemäss Angaben der Parteien haben nach Ende 2004 immer weniger Unternehmen an den Sitzungen teilgenommen bis diese per Ende März 2005 gar nicht mehr stattfanden. Somit findet vorliegend das Kartellgesetz von 1995 Anwendung, welches keine direkten Sanktionen bei einem Verstoss gegen Artikel 5 Absatz 3 KG vorsieht.

148. Aufgrund der fehlenden Sanktionierbarkeit ist eine Klassifizierung der Abredepartner gemäss deren Stellung in der Absprache für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung. Zentral für das Verfahren ist, dass jedes Unternehmen durch die Sitzungsteilnahme sein Interesse an einer Auftragszuteilung mittels eines so

genannten "Gentlemen's Agreement" bekundete, welches die Teilnahme an der Absprache begründete. Die Teilnahme von Comibit und Betasfa ist aufgrund der oben genannten personellen Verflechtung gegeben (vgl. Rz. 143).

149. Mangels Sitzungsteilnahme qualifiziert die Weko die Luongo nicht als Verfügungsadressatin, obwohl sie in den Tabellen der Auftragszuteilung aufgeführt ist. Hingegen ist das Unternehmen Aebischer aufgrund der Sitzungsteilnahmen entgegen ihrem Antrag (vgl. Rz. 38) Mitglied der Absprache, auch wenn sie kein Kontingent besass.

150. Des Weiteren ist festzuhalten, dass eine Identifikation der Gründer der unzulässigen Absprache heute nicht mehr möglich ist, da die von Abreden geprägte Zusammenarbeit zwischen den Tessiner Strassenbauunternehmen gemäss Angaben von Parteien bis in die 1950er Jahre zurückgeht.

151. Hinsichtlich der Parteivorbringen bezüglich die Preise und insbesondere die geltend gemachte Preisenkung im Zusammenhang mit der Reduktion der Auftragsvolumina ist zu erwidern, dass nur leichte Schwankungen der Umsätze der Unternehmen auch nach Untersuchungseröffnung bis Ende 2005 festgestellt wurden (vgl. Abbildung 4). Im Übrigen ist den Vorbringen der Parteien zum Preisniveau (vgl. Rz. 44, 50 und 56) entgegen zu halten, dass der unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommene Preis nichts über die Kostendeckung aussagt. Ferner bestimmt bei funktionierendem Wettbewerb jeweils der Markt die Preise. Es ist weder Absicht noch Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, auf dem Markt regulierend einzugreifen und die Angemessenheit der Preise zu überprüfen.

### f) Rolle der kantonalen Behörde

152. Das Verhalten der Tessiner Behörden (vgl. Rz. 135) im Jahr 1995 betreffend die Aufhebung einer Ausschreibung aufgrund zu tiefer Offertpreise und die Bildung einer paritätischen Kommission zur Bestimmung des kostendeckenden Preises könnte aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als bedenklich angesehen werden. Dasselbe gilt für die Bestimmung des ehemaligen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge (Legge sugli appalti) hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen in Abhängigkeit der Arbeitslast (Artikel 23 Buchstabe d).

153. In Bezug auf die Vorwürfe gegen den Kanton Tessin (vgl. Rz. 137) ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Folgendes anzumerken. Vorab sei aber darauf hingewiesen, dass der Kanton – entgegen dem in seiner Stellungnahme zum Verfügungsentwurf Vorgebrachten – als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG qualifiziert werden kann (vgl. Ausführungen zum Begriff des Unternehmens in Rz. 68 ff.):

- Ausschreibungsmodalitäten: Bei der Bestimmung der Ausschreibungsmodalitäten verfügt die Beschaffungsstelle in der Regel über einen beträchtlichen Ermessensspielraum. Damit geht die Gefahr einher, dass insbesondere der Leistungsbeschrieb als Instrument zur Bevorzugung oder zum Ausschluss von Anbietern missbraucht wer-



den könnte.<sup>28</sup> Würden weitere Ermittlungen nahe legen, dass Comibit durch eine entsprechende Wahl der Ausschreibungsmodalitäten bevorzugt wurde, lägen Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Beschaffungsstelle gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben b und e KG vor.

- Rabattforderungen: Rabattforderungen nach Offerteingabe könnten bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Dipartimento del Territorio einen Missbrauch gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG (Erzwingung unangemessener Preise) darstellen. In diesem Zusammenhang bleibt aber festzuhalten, dass das Bemühen von Beschaffungsstellen um günstige Preise an sich noch kein Missbrauch darstellt. Für die Beurteilung des Verhaltens von Beschaffungsstellen ist entscheidend, ob diese durch ihr Verhalten die Wettbewerbsstruktur nachhaltig verändern oder Anbieter nachhaltig schwächen können.<sup>29</sup>

- Kompensationspolitik: Würden Sachverhaltsabklärungen nahe legen, dass die kantonale Beschaffungsstelle Unternehmen, welche die geforderten Rabatte gewähren, mit Direktvergaben belohnt, lägen Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der kantonalen Beschaffungsstelle vor.

- Wahl des Vergabeverfahrens: Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist eine Ausschreibung einer Direktvergabe strikt vorzuziehen. Zum einen führt ein grösserer Anbieterkreis zu kostenbasierten Preisen sowie Effizienz- und Innovationsanreizen. Zum anderen haben die Beschaffungsstellen mit der Pflicht, sämtliche Anbieter am Vergabeverfahren teilnehmen zu lassen, und der höheren Verfahrenstransparenz einen geringeren Anreiz, sich von Partikularinteressen vereinnahmen zu lassen.<sup>30</sup>

154. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Beurteilung des Verhaltens der Tessiner Behörde im Jahr 1995 an dieser Stelle und insbesondere unter Berücksichtigung des untersuchten Zeitraums nicht zu erfolgen braucht. Ob und allenfalls inwiefern die Vergabepaxis des Kantons (vgl. Rz. 137 und 152) kartellrechtlich beanstandet werden könnte, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

## g) Fazit

155. Die Anwendung der Konvention vom 15. Dezember 1998 in der Zeitspanne vom Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch die Strassenbauunternehmen Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino SA), Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA und Trevalbeton SA im Kanton Tessin stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a und c KG dar.

### B.4.2.3 Belagsproduktion

156. Im Jahr 1972 gründete eine Gruppe von Strassenbauunternehmen die Comibit, mit welcher die Belagsproduktion in Bezug auf Qualität und Quantität profession-

alisiert wurde. Zu Beginn war die Comibit in Form eines Konsortiums organisiert und wurde im Jahr 2002 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. Die Comibit entstand zu einem Zeitpunkt, in welchem einige der Gründerunternehmen wegen der Notwendigkeit einer Produktionsoptimierung und den gestiegenen Qualitätsanforderungen an bituminöses Mischgut vor der Entscheidung standen, ihr eigenes Belagswerk zu sanieren oder dem Konsortium beizutreten. Die durch die Comibit herbeigeführte Zentralisierung der Belagsproduktion wurde aus Umweltschutz- und raumplanungsrechtlichen Gründen auch vom Kanton gefordert. Zudem generierte der damalige Bau der Autobahn eine wachsende Nachfrage nach bituminösem Mischgut. Durch die genannte Professionalisierung kam der Comibit auf dem Markt eine zentrale Rolle zu.

157. Im Verwaltungsrat der Comibit sind sämtliche Aktionärsunternehmen (Cogesa, Costra, Edilstrada, Franco Rossi, ICR, MM, Novastrada, Pavistra, Saisa und Spalu) vertreten. Der Verwaltungsrat entscheidet über wichtige Angelegenheiten wie zum Beispiel die Festsetzung der Belagspreise. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Comibit die Preise in Abhängigkeit der geschätzten jährlichen Verkaufsmenge festsetzt. [...]. Wird die geschätzte Menge tatsächlich abgesetzt, kann das Unternehmen kostendeckend operieren. Die vorgenommene Schätzung basiert auf der vergangenen Preis- oder Mengenentwicklung und auf dem Marktpotenzial, welches durch die bereits zu Beginn des Jahres bekannten öffentlichen Ausschreibungen bestimmt wird. Die Schätzung wird durch den Umstand erleichtert, dass sämtliche Aktionärsunternehmen – 10 der 18 von den damals auf dem Markt tätigen Strassenbauunternehmen – das Mischgut bei der Comibit beziehen.

158. Hinsichtlich der produzierten Menge und der Sortimentsvielfalt ist die Comibit mit Abstand das wichtigste Belagswerk im Kanton Tessin. Wie die Tabelle 4 illustriert, wird diese Position durch die Beteiligung am Belagswerk Betasfa zu [...] % verstärkt. Unter Anbetracht der Tatsache, dass die Comibit-Anlage im jährlichen Durchschnitt nur zu rund [...] % ausgelastet ist, wird ersichtlich, dass die Comibit und Betasfa gemeinsam in der Lage wären, die gesamte Nachfrage nach bituminösem Mischgut im Kanton Tessin zu decken.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Vgl. Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, Bericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, RPW 2006/2, S. 404 f.

<sup>29</sup> Vgl. Wettbewerb und Vergaberecht, a.a.O., S. 398.

<sup>30</sup> Vgl. Wettbewerb und Vergaberecht, a.a.O., S. 402-404.

<sup>31</sup> Die Berechnung des Kapazitätsauslastungsgrades basiert auf der Annahme, dass die Anlage während 49 Wochen im Jahr fünf Tage die Woche zu acht Stunden im Betrieb ist.



**Tab. 4: Marktanteil basierend auf der produzierten Menge (Angaben in %)**

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Atag</b>	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]
<b>Batigroup</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Betasfa</b>	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
<b>Botta</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Comibit</b>	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[50-60]	[40-50]
<b>Pavisud</b>	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
<b>Total</b>	100	100	100	100	100	100	100

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

159. Betreffend die Sortimentsvielfalt ist hervorzuheben, dass die Comibit im Durchschnitt 80 verschiedene Strassenbeläge anbietet, während der wichtigste Konkurrent, Pavisud, deren rund [40-60] produziert. Die anderen Wettbewerber offerieren [10-30] Asphaltarten.

160. Im Gegensatz zu Comibit und Betasfa sind Atag, Batigroup, Botta und Pavisud als vertikal integrierte Unternehmen sowohl in der Belagsproduktion als auch im

Einbau von Strassenbelägen tätig. Wie Tabelle 5 illustriert, erzielen diese Unternehmen nur einen kleinen Teil ihres Umsatzes mit dem Verkauf von Mischgut. Sie produzieren in erster Linie für den Eigenbedarf. Dies legt nahe, dass sie für Comibit und Betasfa keine gewichtigen Konkurrenten darstellen.

**Tab. 5: Umsatzanteil aus Verkauf von Mischgut (Angaben in %)**

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
<b>Atag</b>	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]	[10-20]*
<b>Batigroup</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
<b>Betasfa</b>	100	100	100	100	100	100	100
<b>Botta</b>	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	n.V.
<b>Comibit</b>	100	100	100	100	100	100	100
<b>Pavisud</b>	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

\* Schätzung

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

161. Die Ermittlungen des Sekretariats führten zu folgenden Anhaltspunkten für das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens:

a) Die Preise für den Einbau von Strassenbelägen im Kanton Tessin waren in den Jahren von 1999 bis 2004 gemäss Erhebungen des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) und des Bundesamts für Statistik (BfS) systematisch höher als in anderen Kantonen.<sup>32</sup> Ein Vergleich der Preisliste der Comibit mit dem Index KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) zeigt, dass die Tessiner Belagspreise insbesondere nach 1998 zwar den in der Gesamtschweiz beobachteten Preiserhöhungen, nicht aber den Preissenkungen folgten. Dadurch sind die Preise der Comibit seit 2001 auf hohem Niveau konstant.

b) Betasfa und Comibit gewährten den Aktionärsunternehmen tiefere Preise als anderen Strassen-

baufirmen.<sup>33</sup> Die gewährten Rabatte hatten allerdings keinen entscheidenden Einfluss auf die Höhe der Offerten bei öffentlichen Ausschreibungen.

162. Da die unter B.4.2.1 aufgezeigte Absprache unter den Strassenbauunternehmen die Belagsproduktion im Kanton Tessin während dem untersuchten Zeitraum aufgrund der Aktionärsstrukturen und personellen Verflechtungen<sup>34</sup> massgeblich beeinflusste, kann Punkt a)

<sup>32</sup> Im Jahre 2003 für den Einbau des Asphalttyps HMT 22 S um 85% höher als in Zürich, um 80% höher als in Bern, um 106% höher als im Wallis und um 20% höher als im Graubünden.

<sup>33</sup> Die Gewährung von tieferen Preisen gilt für Betasfa nur für die Periode von 1999 bis 2004.

<sup>34</sup> Zehn Tessiner Strassenbauunternehmen besitzen sämtliche Aktien des Belagswerks Comibit, welches ihrerseits Aktionärin der Betasfa ist. Die Comibit-Aktionäre haben jeweils einen Sitz im Verwaltungsrat der Comibit (vgl. Rz. 11).

hinsichtlich eines überhöhten Niveaus der Belagspreise im Kanton Tessin offen gelassen werden. Die Untersuchung beschränkte sich deshalb in Bezug auf den Belagsmarkt einzig darauf, die entsprechenden Marktveränderungen im April 2005 zu betrachten. Dabei konnte Folgendes festgestellt werden: Einerseits entschied die Comibit zu Beginn des Jahres 2005, die Belagspreise zu reduzieren. Andererseits führte eine massgebliche Verhaltensänderung der Strassenbauunternehmen betreffend ihre Preispolitik im März 2005 zu einer beträchtlichen Reduktion der Offertpreise (vgl. Rz. 142).

163. Bezogen auf b), Preis- und Rabattpolitik der Comibit und der Betasfa, ist auf zweierlei hinzuweisen. Zum Einen wurden sämtlichen Kunden Rabatte gewährt, die von der jeweiligen jährlichen Bezugsmenge abhingen. Diese Rabatte waren wie folgt abgestuft:

- CHF 2 pro Tonne bei einer jährlichen Bezugsmenge von 1000 Tonnen;
- CHF 4 pro Tonne bei einer jährlichen Bezugsmenge von 2000 Tonnen;
- CHF 6 pro Tonne bei einer jährlichen Bezugsmenge von 3000 Tonnen;
- CHF 8 pro Tonne bei einer jährlichen Bezugsmenge von 4000 Tonnen;
- CHF 10 pro Tonne bei einer jährlichen Bezugsmenge von 5000 Tonnen.

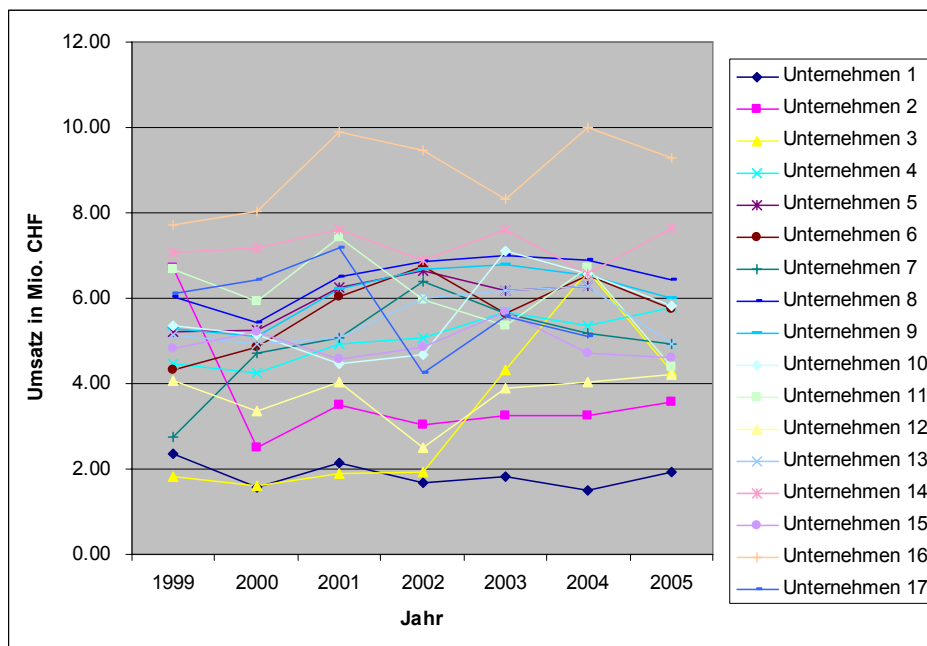
164. Zum Anderen gewährten Comibit und Betasfa ihren Aktionärsfirmen tiefere Belagspreise als anderen Strassenbauunternehmen (vgl. Rz.161). Die Preisdifferenz betrug bei Comibit 10% und bei Betasfa 5%. Zu Beginn des Jahres

2005 entschied Comibit, die beschriebene Preis- und Rabattpolitik für die Betasfa abzuschaffen. Comibit selbst führte diese jedoch fort. Allerdings hatte die Comibit ihre Konditionen für Konsortien, die nur teilweise aus Aktionären zusammengesetzten Unternehmen bestanden, bereits zu einem früheren Zeitpunkt in dem Sinne geändert, als diese auch in den Genuss der Vorzugskonditionen kamen. Hingegen erhielten Konsortien, die nur durch Drittunternehmer gebildet werden, nach wie vor keine zusätzlichen Rabatte.

165. Diese Preisdifferenzierung könnte dazu geführt haben, dass die Aktionärsunternehmen gegenüber anderen Strassenbauunternehmen und damit gegenüber Drittunternehmen aufgrund tieferen Faktorkosten einen Wettbewerbsvorteil gehabt hätten. Allerdings schlugen sich eventuelle Einsparungen bei der Beschaffung nicht in der Höhe der Offerten nieder (vgl. Rz. 161).

166. Eine Rabattgewährung in Abhängigkeit der jährlichen Bezugsmenge ist problematisch, wenn diese durch ein marktbeherrschendes Unternehmen mit dem Ziel angewandt wird, Konkurrenten aus dem Markt zu drängen. Aufgrund ihrer zentralen Rolle im Markt ist wahrscheinlich, dass der Comibit eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Allerdings ist das Vorliegen einer Verdrängungsstrategie in casu insofern unwahrscheinlich, als im untersuchten Zeitraum mit Ausnahme von Trevalbeton weder ein Belagswerk noch eine Strassenbaufirma aus dem Tessiner Markt ausgeschieden ist. Zudem verzeichneten sämtliche Strassenbaufirmen – auch jene, die nicht zur Comibit-Gruppe gehören – während dieses Zeitraumes keinen signifikanten Umsatzrückgang. Dieser Sachverhalt wird in Abbildung 4 illustriert.<sup>35</sup>

**Abb. 4: Umsatzentwicklung der Strassenbauunternehmen**



Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

<sup>35</sup> Zur Gewährung der Geschäftsgeheimnisse wird die Umsatzentwicklung von Travelbeton nicht aufgeführt.

167. Die Aktionärsunternehmen der Comibit rechtfertigen ihre Praxis mit dem Umstand, dass mit den Rabatten lediglich ihr Partizipationsrisiko am Belagswerk abgegolten werde. Somit sei die Rabattgewährung legitim. Diese Argumentation überzeugt insofern nicht, als den Aktionärsunternehmen eine derartige Risikoentschädigung auch über andere Wege gewährt werden könnte. Denkbar wäre beispielsweise eine mögliche Gewinnausschüttung in Form von Dividenden. Vor diesem Hintergrund scheint die beschriebene Preis- und Rabattpolitik aus sachlichen Gründen nicht rechtfertigbar zu sein.

168. Eine fundierte Analyse eines allfälligen Missbrauchs der Comibit in Form einer Verdrängungsstrategie erfordert die Verfügbarkeit von Daten, die in casu aufgrund der durch die Wettbewerbsabrede generierten Wettbewerbsverzerrungen fehlen. Weiter ist davon auszugehen, dass das Marktverhalten der Comibit wesentlich durch die Absprache bestimmt wurde und diesem letztlich untergeordnet war. Deshalb wird vorliegend auf eine ausführliche Analyse des Rabattsystems der Comibit und der Betasfa verzichtet und die Frage eines allfälligen Missbrauches in Form einer Verdrängungsstrategie offen gelassen.

169. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Frage bezüglich eines überhöhten Preisniveaus sowie diejenige betreffend einer allfällig missbräuchlichen Verhaltensweise offengelassen werden muss, da die Abrede im Markt für Strassen- und Belagsbau den Markt für Belagsproduktion stark beeinflusst hat. Vor dem Hintergrund der zentralen Rolle der Comibit auf dem Markt (vgl. Rz. 158 ff.), muss aber - vorausgesetzt Comibit gälte als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes - davon ausgegangen werden, dass eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a bzw. b KG vorliegen würde, sollte sich die Comibit inskünftig ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund weigern, Strassenbauunternehmen auf dem Markt mit bituminösem Mischgut zu beliefern (vgl. Rz. 134) bzw. Abnehmer zu gleichen Konditionen zu beliefern.

#### B.4.2.4 Transport

170. Transportkosten haben einen bedeutenden Einfluss auf die totalen Kosten und somit auf die Offertpreise. Die Transportkosten betragen für Arbeiten auf Autobahnen ungefähr 15-20% und auf Kantonsstrassen 20-40% der totalen Kosten eines Auftrages. Die angegebenen Intervalle sind als jeweilige Obergrenzen zu interpretieren, weil nebst den Transportkosten auch andere Leistungen Dritter wie Fräsarbeiten darin enthalten sind.

171. Da die Transportkosten im Strassenbau ein bedeutendes Kostenelement darstellen, ist zu prüfen, ob eine Abrede über Transportpreise vorlag. Im Laufe der Vorabklärung ergaben sich die folgenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Abrede über Transportpreise:

- Da der Transport beträchtliche Kosten verursacht, sollten bei einer Ausschreibung jene Strassenbauunternehmen konkurrenzfähiger sein, die in der Nähe der Baustelle selbst ein Belagsunternehmen besitzen oder auf ein solches Einfluss nehmen können. Dies kann grundsätzlich im Bauwesen beobachtet werden. Verschiedene Beispiele

le belegen, dass dies für den Strassenbau nicht gilt.

- Nebst einer Preisliste für bituminöses Mischgut publizierte die Comibit auch Transporttarife für Lastwagen mit zwei und drei Achsen. Diese Liste quantifizierte zudem die Lade- und Entladezeiten bei der Produktionsanlage und der Baustelle sowie die Stundenpreise für die Benutzung der Lastwagen. Allerdings enthielt die Liste keine Angaben für Lastwagen mit vier Achsen, obwohl diese auf Baustellen oft eingesetzt werden und damit beträchtliche Kosteneinsparungen realisiert werden können.

172. Die Ermittlungen im Rahmen der Untersuchung ergaben, dass die genannte Preisliste seit 2001 nicht mehr aktualisiert wurde. Der Schweizerische Nutzfahrzeugverband ASTAG bestätigte diese Aussage und betonte, dass für den Kanton Tessin keine Preislisten mehr existieren würden. Allerdings hätten die Tessiner Transportunternehmen sowie sämtliche anderen Schweizer Transportfirmen Zugang zu Kalkulationshilfen, die von der ASTAG auf der Internetseite [www.astag.ch](http://www.astag.ch) publiziert würden. Diese Kalkulationshilfen untersuchte die Weko bereits im Rahmen einer Vorabklärung und stellte dabei keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung fest.<sup>36</sup>

173. Weiter zeigten die Ermittlungen, dass im Tessin zahlreiche Transportunternehmen tätig sind. Befragt nach ihren wichtigsten Handelspartnern im Transportsektor, gaben die Strassenbauunternehmen selten zweimal dieselbe Firma an. Auch verfügten nur 3 der 17 Strassenbauunternehmen nicht über eigene Lastwagen. Allerdings vergaben sie Transportaufträge in bestimmten Fällen je nach Grösse des eigenen Fuhrparks an Drittfirmen.

174. In einem Markt mit vielen Akteuren sind Absprachen schwierig zu treffen. Der folgende Umstand spricht ebenfalls gegen das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zwischen den Transportunternehmen: Die Transportkosten werden in den Offerten für Privataufträge und für freihändige Vergaben nicht separat ausgewiesen. Stattdessen sind sie in den Preisen pro Quadratmeter, Zentner oder Tonne eingebautem Strassenbelag enthalten. Dies bedeutet, dass die Transportunternehmen ihre Preise den Endkunden nicht direkt, sondern über die Strassenbauunternehmen verrechnen. Selbst wenn eine Kollusion zwischen den Transportunternehmen zustande gekommen wäre, hätten diese grösste Schwierigkeiten gehabt, von der absprachebedingten starken Marktgegenseite überhöhte Preise zu verlangen. Zudem hätten die Mitglieder der Wettbewerbsabrede versucht, eine allfällige Absprache zwischen den Transportunternehmen zu destabilisieren, was aufgrund der zahlreichen Marktteilnehmer auch hätte gelingen sollen. Somit ist eine Abrede zwischen den Transportunternehmen im Kanton Tessin kein realistisches Szenario.

175. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Anhaltspunkte betreffend eine Abrede über Transportpreise im Rahmen der Untersuchung nicht erhärten konnten. Hingegen ist nicht auszuschliessen, dass die

<sup>36</sup> RPW 2004/2, S. 331 ff.

Transportpreise in den Offerten für öffentliche Aufträge durch die Mitglieder der Abrede manipuliert wurden, um höhere Offertpreise rechtfertigen zu können. Diese Hypothese musste im Rahmen der Untersuchung aufgrund der Aufgabe der Absprache nicht weiter überprüft werden.

#### B.4.2.5 Zwischenergebnis

176. Basierend auf den Akten und den Stellungnahmen der Parteien zeigt sich, dass die in Abschnitt B.4.2.1 beschriebene Konvention nicht ohne Wirkung geblieben ist und sie zumindest für die überprüfte Zeit, d.h. von Januar 1999 bis mindestens Ende 2004, zur Anwendung kam. Dadurch kam es zu einer systematischen Aufteilung sämtlicher privaten und öffentlichen Strassenbauaufträgen ab einer Auftragshöhe von CHF 20'000. Entgegen den Anträgen verschiedener Parteien wurde im Kanton Tessin mit Hilfe des beschriebenen Systems über Jahre hinweg eine Politik der Strukturhaltung auf Kosten privater Auftraggeber, der öffentlichen Hand und letztendlich der Steuerzahler betrieben. Die Grundidee der Konvention bestand darin, die von der öffentlichen Hand und von Privaten nachgefragten Arbeiten unter den Tessiner Strassenbaufirmen derart zu verteilen, dass jedes Unternehmen entsprechend ihrer wirtschaftlichen Bedeutung genügend Aufträge erhielt (vgl. Rz. 105). Der daraus resultierende fehlende Rationalisierungsdruck erlaubte ineffiziente Strukturen aufrecht zu erhalten. In diesem Sinne führte das Rotationssystem zu einer Strukturhaltung.

177. Die Konvention diene als Instrument zur Implementierung einer Angebotsrotation, welche eine Marktaufteilung im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG zur Folge hatte. Gleichzeitig beinhaltete die Konvention mit der Diskussion über die Offertpreise eine horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a KG. Die Umsetzung der Konvention stellt eine harte Kartellabsprache im Sinne des Kartellgesetzes dar.

178. Aus den Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf geht hervor, dass einige Parteien die Schädlichkeit der Absprache bestreiten. Bei einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG handelt es sich um eine Preis- bzw. Gebietsabsprache, die bedingt durch den durch sie beseitigten Wettbewerbs stets volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen zeitig und per se erheblich ist. Ein gesonderter Nachweis der Schädlichkeit ist somit hinfällig.

179. Gemäss Angaben der Parteien haben nach Ende 2004 immer weniger Unternehmen an den Sitzungen teilgenommen, bis diese per 31. März 2005 gar nicht mehr stattfanden. Somit findet vorliegend das Kartellgesetz von 1995 Anwendung, welches keine direkten Sanktionen bei einem Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 3 KG vorsieht.

180. Vor dem Hintergrund der zentralen Rolle der Comibit auf dem Markt (vgl. Rz. 158 ff.) kann davon ausgegangen werden, dass eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a bzw. b KG vorliegen würde, wenn sich die Comibit inskünftig ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund weigern sollte, Strassenbaufirmen auf dem Markt mit bituminösem Mischgut

zu beliefern (vgl. Rz. 134) bzw. Abnehmer zu gleichen Konditionen zu beliefern (vgl. Rz. 164 f.).

181. Die Ermittlungen ergaben keine Anhaltspunkte, die auf eine Abrede über Transportpreise hindeuten.

#### B.4.2.6 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

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

##### B.4.2.6.1 Aussenwettbewerb

183. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h. ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen, die Mengen zu reduzieren, die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern.

#### I Relevante Märkte

##### a Sachlich relevante Märkte

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

##### Markt für Belagsproduktion

185. Bei der Vergabe von Strassenbauprojekten entscheiden die Auftraggeber aufgrund der Gesamtofferte darüber, welches Strassenbauunternehmen den Auftrag erhalten soll. In der Gesamtofferte werden aber nicht nur Strassenbauarbeiten verrechnet, sondern insbesondere auch die Preise für das Mischgut. Dies bedeutet, dass nebst der Wahl der Strassenbauunternehmung auch jene des Belagswerks in den unmittelbaren Entscheidbereich der Auftraggeber fällt.<sup>37</sup>

186. Anbieter von Mischgut sind damit die Mischwerke, direkte Abnehmer die Strassenbaufirmen. Endabnehmer sind zum überwiegenden Teil die Tiefbauämter der Gemeinden, Kantone und des Bundes. Private generieren nur einen kleinen Teil der Nachfrage.

187. Üblicherweise werden im Oberbau von Asphaltstrassen drei aufbauende Mischgutschichten unterschieden, welche unter dem Begriff "Strassenbelag" zusammengefasst werden. Dabei handelt es sich um die Deckschicht, die Tragschicht und die Foundationsschicht. Gemäss Praxis der Weko umfasst der Markt für Belagsproduktion die Deck-, Trag- und Foundationsschichten sowie sämtliche Belagssorten und -typen.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2000/4, S. 611, Rz. 104.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2007/1, S. 105, Rz. 52.

## Markt für Strassen- und Belagsbau

188. Marktgegenseite der Strassenbauunternehmen sind die Auftraggeber, die Strassenbauarbeiten nachfragen. Zu diesen Auftraggebern gehören insbesondere öffentliche Beschaffungsstellen, aber auch private Nachfrager (vgl. Rz. 186).

189. Gemäss der bisherigen Praxis der Weko umfasst der Markt für Strassen- und Belagsbau alle mit dem Einbau von Schwarzbelag zusammenhängenden Arbeiten wie etwa Terrain Vorbereitung, Belagseinbau und Unterhalt.<sup>39</sup>

190. Beim Markt für Strassen- und Belagsbau handelt es sich zu einem grossen Teil um einen Bietermarkt. Es stellt sich die Frage, ob dieses Merkmal die Marktabgrenzung vorliegend beeinflusst.

191. Gemäss der bisherigen Praxis der Weko ist bei Submissionsmärkten zu berücksichtigen, dass sie bloss über eine beschränkte Zeit bestehen. Der Wettbewerb zwischen den Anbietern spielt sich normalerweise zwischen dem Beginn einer Ausschreibung und dem Einreichen der Angebote ab. Unternehmen, die sich nicht an der Ausschreibung beteiligen, werden dadurch auch nicht in den Markt einer öffentlichen Ausschreibung einbezogen.<sup>40</sup> Der Auftraggeber hat somit keine Möglichkeit, auf andere als die am Wettbewerb teilnehmenden Anbieter auszuweichen. Aus Sicht des Auftraggebers könnte es deshalb gerechtfertigt sein, jede einzelne Submission als einen eigenen relevanten Markt zu betrachten. Diesfalls gäbe es keine Substitute zu der in der Ausschreibung spezifizierten Leistung. Folglich würde der sachlich relevante Markt die in der Ausschreibung spezifizierten Leistungen umfassen.

192. In casu ist eine solche Marktabgrenzung aus folgenden Gründen nicht sachgerecht: Zum einen schreiben die Beschaffungsstellen des Kantons Tessin wiederholt Strassenbauprojekte aus. Deshalb können sich die Submittenten nicht nur punktuell zwischen dem Beginn einer Ausschreibung und dem Vertragsschluss konkurrieren, sondern auch intertemporal zwischen den einzelnen Ausschreibungen. Zum anderen besteht die Marktgegenseite nicht nur aus der öffentlichen Hand, sondern auch aus privaten Auftraggebern.

193. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Merkmal eines Bietermarktes die Marktabgrenzung unbeeinflusst lässt.

### b Räumlich relevante Märkte

194. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

### Markt für Belagsproduktion

195. Strassenbauunternehmen müssen wegen den Transportkosten und der Qualität des einzubauenden Mischgutes den Strassenbelag von einem Belagswerk beziehen, welches sich in der Nähe der jeweiligen Baustelle befindet.<sup>41</sup> Als Richtwert kann davon ausgegangen werden, dass ein Strassenbauunternehmen problemlos von Belagswerken im Umkreis von rund 60 Fahrminuten

Belag beziehen kann. In Kilometer umgerechnet ergibt dies in Abhängigkeit der verfügbaren Strassen einen möglichen Bezugsradius von ungefähr 50-80 km.<sup>42</sup>

196. Somit sind die Strassenbauunternehmen in ihrer Wahl des Belagswerkes aufgrund der Eigenschaften von bituminösem Mischgut regional eingeschränkt. Theoretisch denkbar wäre ein Bezug bei Belagswerken in den angrenzenden Kantonen oder der grenznahen Lombardei. Allerdings begrenzen Alpenpässe die Liefermöglichkeiten. Zudem stellt sich das Problem von allfälligen Verzögerungen am Gotthard und beim Grenzübergang Italien/Schweiz, welche sich negativ auf die Qualität des Mischgutes auswirken.

197. Tatsächlich sind in den vergangenen Jahren, abgesehen von wenigen Ausnahmen, weder ausländische noch ausserkantonale Belagswerke im Kanton Tessin aktiv geworden. So hat beispielsweise das bündnerische Belagswerk Giudicetti SA aus Lostallo trotz seiner geografischen Nähe bis Ende März 2005 nie Mischgut in den Kanton Tessin geliefert.

198. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Markt für Belagsproduktion mindestens kantonal abgegrenzt wird.

### Markt für Strassen- und Belagsbau

199. Gemäss Praxis der Weko ist der Markt für Strassen- und Belagsbau ein regionaler bis nationaler Markt. Die Konvention bestimmt vorliegend den Kanton Tessin als räumlich relevanten Markt.

200. Strassenbauunternehmen müssen nicht in der Region ansässig sein, um einen Auftrag im Kanton Tessin auszuführen. Sie könnten ihren Standort auch im entfernten Ausland haben, wenn sie den Belag von einem Werk beziehen können, das nicht mehr als 60 Fahrminuten von der Baustelle entfernt ist. Somit könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als der Kanton Tessin.

201. Allerdings sind in den vergangenen Jahren, abgesehen von wenigen Ausnahmen, weder ausländische noch ausserkantonale Strassenbaufirmen im Kanton Tessin aktiv geworden. Eine solche Ausnahme stellt ein italienisches Strassenbauunternehmen, welches in einem Konsortium mit einem Schweizer Unternehmen einmal an einem Submissionsverfahren im Kanton Tessin teilgenommen hat. Obwohl deren Offerte die billigste war, konnte sie aufgrund formaler Mängel nicht berücksichtigt werden.

202. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Konvention den Kanton Tessin als räumlich relevanten Markt definiert und die Marktverhältnisse im Kanton Tessin aufgrund der fehlenden Markteintritte seit Jahren stabil sind. Der Markt für Strassen- und Belagsbau wird mindestens kantonal abgegrenzt.

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2007/1, S. 105, Rz. 51.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2002/1, S. 141 f., Rz. 27.

<sup>41</sup> Je länger ein Lastwagen unterwegs ist, desto mehr kühlt das Mischgut ab und unterschreitet allenfalls die notwendige Einbautemperatur.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2000/4, S. 615, Rz. 124.

203. Die nachfolgende Analyse der Wirksamkeit des aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs wird in der Regel für jeden relevanten Markt separat abgehandelt. In casu kann diese Beurteilung simultan für beide Märkte vorgenommen werden, da sämtliche Belagswerke im Kanton Tessin von den an der Abrede beteiligten Strassenbauunternehmen kontrolliert werden. Folglich wurde das Marktverhalten der Belagswerke durch die Absprache im Markt für Strassen- und Belagsbau bestimmt und war diesem untergeordnet.

## II Aktueller Wettbewerb

204. Der Aussenwettbewerb scheint den Tessiner Markt trotz des hohen Preisniveaus nicht zu beeinflussen. Die Firma Mutti G. & Co., die weder eine eigene Produktionsanlage noch die notwendigen Maschinen für die Durchführung grosser Belagseinbauten besitzt, vermag keine disziplinierende Wirkung auf die Parteien auszuüben. Dasselbe gilt für das im März 2005 gegründete Strassenbauunternehmen C.P.A. Costruzioni Pavimentazioni e Asfalti SA.

## III Potenzieller Wettbewerb

205. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs würde allenfalls widerlegt, wenn gezeigt werden könnte, dass die Abredepartner einer potenziellen Konkurrenz gegenüberstehen, welche sie trotz Abrede zu effizientem Verhalten zwingt. Konkret wäre dies der Fall, wenn die Tessiner Strassenbauunternehmen bei einem mangelhaften Preis-Leistungs-Verhältnis jederzeit mit Marktzutritten rechnen müssten.

206. Tatsache ist, dass in der untersuchten Zeitperiode nebst wenigen Ausnahmen (vgl. Rz. 197 und 201) keine neue Konkurrenten in den Tessiner Markt eingetreten sind. Die befragten ausserkantonalen und italienischen Strassenbauunternehmen begründen dies insbesondere mit sprachlichen Hürden, Distanz und Transportkosten, aber auch mit bestehenden Überkapazitäten im Markt (vgl. Rz. 158). Diese könnten möglicherweise Ausdruck der praktizierten Strukturhaltung sein. Aus den bestehenden Überkapazitäten kann hingegen nicht auf Aussenwettbewerb geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund ist der von der potenziellen Konkurrenz ausgehende Wettbewerbsdruck als ungenügend zu qualifizieren.

207. Zusammenfassend kann vorliegend die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht mit einem funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden.

### B.4.2.6.2 Innenwettbewerb

208. Mittels der in Abschnitt B.4.2.1 beschriebenen und von allen ausser einem Strassenbauunternehmen des Kantons Tessin befolgten Konvention wurde der Tessiner Markt für Strassen- und Belagsbau während dem Untersuchungszeitraum systematisch aufgeteilt. Weiter wurde das Marktverhalten der Belagswerke durch die Absprache bestimmt und war diesem untergeordnet. Dies schliesst einen funktionierenden Innenwettbewerb - entgegen dem, was von den Parteien vorgebracht wurde (vgl. Rz. 43, 44; vgl. auch 118) - sowohl auf dem Markt für Strassen- und Belagsbau als auch auf dem Markt für Belagsproduktion, aus.

209. Es kann festgehalten werden, dass im untersuchten Zeitraum im Kanton Tessin in den genannten Märkten weder genügend Innen- noch genügend Aussenwettbewerb herrscht.

### B.4.2.7 Zwischenergebnis

210. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG kann weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden.

## B.4.3 Ergebnis

211. Der dargelegte Sachverhalt und die obigen Erwägungen zeigen, dass auf dem Markt für Strassen- und Belagsbau im Kanton Tessin eine Absprache gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG in Form einer Marktaufteilung und einer Preisabsprache vorlag. Diese beseitigte aufgrund der Aktionärsstrukturen und den personellen Verflechtungen (vgl. Rz. 11) auch den Wettbewerb auf dem vorgelagerten Markt für Belagsproduktion. Die Wettbewerbsbeschränkung wurde durch eine Konvention geregelt und bestand ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004.

212. Absprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG ziehen nach dem neuen Kartellgesetz direkte Sanktionen nach sich, die sich gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG bis auf 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belaufen können. Vorliegend findet das Kartellgesetz von 1995 Anwendung, welches keine direkten Sanktionen bei einem Verstoss gegen Artikel 5 Absatz 3 KG vorsieht.

213. Wäre auf den Sachverhalt gemäss dem neuen Kartellgesetz die Auferlegung von Geldbussen möglich, ergäbe sich in casu eine maximale Busse in Höhe von CHF 29.3 Mio., wobei sich die maximalen Bussen für die einzelnen Unternehmen zwischen CHF 534'000 und CHF 2.780 Mio. bewegen.<sup>43</sup> Der Zeitpunkt der Aufgabe der Absprache im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG per Ende März 2005 ist vor diesem Hintergrund ein Zeichen der Präventivwirkung der Revision des Kartellgesetzes.

## C KOSTEN

214. Nach Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

215. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt

<sup>43</sup> Die Sanktionsbemessung ist rein hypothetischer Natur und hat keinerlei finanzielle Auswirkungen, weshalb auf Ausführungen zur Sanktionsbemessung und den damit in Zusammenhang stehenden Faktoren verzichtet wird. Eine ungefähre Sanktionsberechnung rechtfertigt sich vorliegend aufgrund des Auflösungszeitpunktes der Absprache, welcher in die Übergangsperiode zum neuen Kartellgesetz fällt, und somit die Höhe der mutmasslichen Sanktionen im öffentlichen Interesse liegt.

wurde (RPW 2002/3, Rz. 6.1; Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben b und c KG-Gebührenverordnung e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfüngungsadressaten zu bejahen.

216. 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, Rz. 6.1 e contrario, Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben b und c KG-Gebührenverordnung).

217. Nach Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung gilt ein Stundenansatz von CHF 100-400.–. 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 (Artikel 4 Absatz 4 KG-Gebührenverordnung).

218. Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 1'986.4 Stunden gilt ein Ansatz von CHF 250.– (Direktion), CHF 200.– (wissenschaftliche Mitarbeiter) bzw. CHF 120.– (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 378'138.–. Die Auslagen sind in diesen Gebühren bereits eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

219. Die Gebühren werden den Unternehmen gemäss Tabelle 1 unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

220. Davon ausgenommen ist die Luongo. Diese Unternehmung ist zwar in den Tabellen der Auftragszuteilung aufgeführt, hat aber nicht an den wöchentlichen Sitzungen teilgenommen. Der Anfangsverdacht, diese Unternehmung habe an der in Frage stehenden Abrede teilgenommen, hat sich nicht erhärtet.

221. Die Comibit und Betasfa machen in ihrer Stellungnahme geltend, sie sähen keinen Grund zur Übernahme der Verfahrenskosten. Mangels Teilnahme an der Abrede können ihnen auch die Verfahrenskosten nicht auferlegt werden. Die Comibit und die Betasfa haben nicht direkt an der in Frage stehenden Abrede teilgenommen. Sie sind keine Strassenbauunternehmen, sondern sind im Bereich der Belagsproduktion tätig. Aufgrund der Eigentumsstruktur und den persönlichen Verflechtungen dieser beiden Gesellschaften mit den an der Abrede

beteiligten Unternehmen muss aber davon ausgegangen werden, dass das Marktverhalten der Comibit und damit auch der Betasfa wesentlich durch die Abrede bestimmt wurde und diesem letztlich untergeordnet war (vgl. Rz. 167). Es rechtfertigt sich daher, der Comibit und der Betasfa die Gebühren ebenfalls aufzuerlegen.

## D DISPOSITIV

1. Die Wettbewerbskommission, gestützt auf den Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

a) stellt fest, dass die Anwendung der Konvention vom 15. Dezember 1998 im Kanton Tessin in der Zeit ab Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 durch die Strassenbauunternehmen Aebischer SA, Atag SA, Batigroup (Ticino SA), Botta & Co, Cogesa SA, Costra SA, Edilstrada SA, Franco Rossi SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Mancini & Marti SA, Novastrada SA, Paviclass SA, Pavistra SA, Pavisud SA, Saisa SA, Spalu SA und Trevalbeton SA eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie eine horizontale Preisabrede und damit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a und c KG darstellte;

b) verbietet es den Strassenbauunternehmen im Kanton Tessin, die Konvention vom 15. Dezember 1998 anzuwenden;

c) beschliesst das Verfahren abzuschliessen;

d) behält sich vor, die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Belagsproduktion sowie für Strassen- und Belagsbau im Kanton Tessin für die Zeit ab April 2005 zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu untersuchen.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 bzw. 54 KG geahndet werden.

3. [Verfahrenskosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

## ANHANG A1: KONVENTION

*Siehe Seite 78*

### **Beilage Konvention**

*Siehe Seite 81*

## ANHANG A2: MULTIPLIKATIONSFAKTOREN DER KONVENTION 2001

*Siehe Seite 82*

## ANHANG A3: COMPARAISON DES OFFRES AVEC LA PRÉVISION CANTONALE DES COÛTS

*Siehe Seite 83*

2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Norddeutsche Affinerie AG/Cumerio NV/SA</b>

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

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

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

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Dezember 2007*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Dezember 2007*

1. Am 17. August 2007 / 10. Dezember 2007 (Ergänzung) ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige und ergänzte Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die Norddeutsche Affinerie AG (nachfolgend: NA) mittels öffentlichem Kaufangebot das gesamte ausstehende Aktienkapital sowie alle ausstehenden Optionen und Warrants der Cumerio NV/SA (nachfolgend: Cumerio) zu übernehmen. Die beiden Verpflichtungszusagen lauten wie folgt:

1. NA erklärt sich nach Massgabe von Art. 38 KG bereit, den Zusammenschluss in der Schweiz nicht vor der Freigabe der Europäischen Kommission zu vollziehen.

2. NA erklärt sich nach Massgabe von Art. 38 KG bereit, allfällige rechtskräftige Verpflichtungszusagen, Auflagen oder Bedingungen aus dem parallelen Fusionskontrollverfahren vor der Europäischen Kommission auch in der Schweiz umzusetzen, sofern diese auch die Schweiz betreffen.

2. NA, die Muttergesellschaft der NA-Gruppe, ist eine an der Deutschen Börse kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz

in Hamburg. Es handelt sich dabei um ein vorwiegend in Westeuropa tätiges Unternehmen der Kupferindustrie. Ihre Geschäftstätigkeit umfasst u.a. die Produktion von Giesswalzdraht/Giessdraht, Formaten und Vorwalzbändern aus Kupfer, den Verkauf verschiedener Nebenprodukte aus der Kupferproduktion sowie die Produktion von sog. Halbzeug.

3. Cumerio, die Muttergesellschaft der Cumerio-Gruppe, ist eine an der Brussels Stock Exchange Euronext kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Brüssel. Cumerio ist ein in ganz Europa tätiges Unternehmen der Kupferindustrie mit u.a. einer Tochtergesellschaft in der Schweiz (Swiss Advanced Material SA, Yverdon-les-Bains). Die Geschäftstätigkeit der Cumerio umfasst insbesondere die Herstellung von Kupferkathoden, Giesswalzdraht/Giessdraht und Kupferformaten.

4. NA betrachtet Cumerio mittel- und langfristig als ideale Ergänzung zu den eigenen Geschäftstätigkeiten sowohl mit Bezug auf die Verstärkung der Position auf dem hart umkämpften Kupfermarkt als auch mit Bezug auf den geografischen Fokus (Zutritt nach Osteuropa und Sprungbrett zur globalen Expansion).

5. Die vorläufige Prüfung der um zwei Verpflichtungszusagen im Sinne von Art. 38 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: KG) ergänzten Zusammenschlussmeldung vom 10. Dezember 2007 / 17. August 2007 ergab, dass dank dieser Verpflichtungszusagen der Zusammenschluss in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärken wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.



B 2.3	<b>2. Opération de concentration d'entreprises entre Société générale SA et Calyon SA</b>
-------	-------------------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 18 décembre 2007*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 17 décembre 2007*

## A EN FAIT

1. Le 19 novembre 2007, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise Société Générale SA et l'entreprise Calyon SA ont décidé de fusionner certaines de leurs filiales et de fonder ainsi une entreprise commune du nom de Newedge.

### *Description brève des entreprises participantes*

2. **Société Générale SA** (ci-après SGSA) est une société anonyme de droit français dont le siège est à Paris, France. Cette entreprise est l'un des établissements financiers leaders en Europe, présent dans 77 pays et occupant 120'000 employés. Elle offre à ses clients toute la palette des activités financières et bancaires qui peuvent être regroupés en trois branches: 1) Clients privés et services financiers, 2) Asset Management dans le monde entier et prestations y relatives, 3) Services bancaires aux entreprises et investissement bancaire. SGSA possède une filiale (à 100%) **Fimat Group**; la filiale de Fimat Group (100%), Fimat International Banque (FIB), permet à la SGSA d'être active dans le commerce des produits dérivés.

3. **Calyon SA** (ci-après Calyon) est une société anonyme de droit français dont le siège est à Paris, France. Calyon est une filiale du groupe **Crédit Agricole**, active dans les services bancaires aux entreprises et les investissements bancaires. Cette entreprise est active dans 58 pays et offre à ses clients une large palette de produits et services dans les domaines du marché des capitaux, des marchés boursiers, des produits financiers structurés, des services aux entreprises et des clients privés internationaux. Calyon possède une filiale (à 100%), **Calyon Financial Group** qui est active dans le commerce des dérivés.

4. **Newedge**: SGSA et Calyon ont signé un Joint Venture Agreement (JV) le 8 août 2007 donnant naissance à une entreprise commune, la société Newedge avec siège à Paris, France. Le JV sera le résultat, après une phase de réorganisation interne des sociétés concernées, de la fusion de filiales ou de parties de filiales de **Calyon Financial Group** et de **Fimat Group**, à savoir pour

a) Calyon Financial Group : Calyon Financial SAS, des divisions de Calyon North America Holdings Inc, de Calyon Financial Hong Kong Ltd, de Calyon Fi-

nancial PTE Ltd et du Crédit Agricole Cheuvreux Securities Limited

b) et pour Fimat Group: Fimat International Banque SA.

5. Les apports respectifs des deux groupes sont évalués à [...] € pour Fimat Group et [...] € pour Calyon Financial Group. SGSA et Calyon disposeront chacune de 50% des parts de Newedge et 50% de représentation au sein du conseil d'administration, la présidence étant exercée pour 2 ans alternativement par un membre SGSA resp. Calyon. Une IPO n'est pas exclue dans un avenir non déterminé. Newedge sera ainsi une holding regroupant des filiales dépendantes et indépendantes issues des deux groupes fondateurs. Les activités de Newedge porteront sur de nombreux services en relation avec le commerce boursier: dérivés cotés, produits hors-bourse (OTC), papiers-valeurs cotés ainsi que toutes les activités classiques du commerce boursier.

6. Tant SGSA que Calyon, respectivement sa société-mère Crédit Agricole, sont présents en Suisse avec des filiales et des succursales avec siège en Suisse:

- SGSA, présente avec 6 entités, a réalisé un chiffre d'affaire de CHF [...] en 2006:

- SG Private Banking (Suisse) SA à Zurich, Lausanne et Lugano;
- SG Equipment Finance Schweiz AG à Zurich;
- Société Générale Zurich;
- Société générale Genève.

- Calyon respectivement Crédit Agricole : Crédit Agricole SA à Genève qui a réalisé un chiffre d'affaire de CHF [...] en 2006.

Cette présence en Suisse a justifié l'annonce. Aucune des unités présentes en Suisse n'est touchée par la fusion en question.

7. Cette fusion fait l'objet de multiples annonces à travers le monde, notamment la CECEI (France), BAFIN (Allemagne), SEC (USA), DFSA (Dubai), autorité des marchés financiers du Canada, SFC (Hong Kong), etc. et évidemment la Communauté européenne saisie du dossier en date du 15 novembre 2007. Aucune décision n'est connue au jour de l'examen préalable.

## B EN DROIT

### B.1.1 Concentration d'entreprises

8. L'opération envisagée par SGSA et Calyon donnera naissance à une nouvelle entreprise après que plusieurs entreprises ou parties d'entreprises auront fusionné en une seule entité juridique. Il s'agit dès lors bien d'une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 LCart et des art. 1 et 2 OCCE.

### B.1.2 Prescriptions réservées

9. 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.1.3 Obligation de notifier

10. L'obligation d'annoncer relève de l'art. 9 al. 1 LCart et des art. 3 - 8 OCCE, les valeurs seuils étant atteintes.

### B.1.4 Compétence de la Commission fédérale des banques

11. Aucun indice ne permet de penser que les intérêts des créanciers soient menacés; un examen par la Commission fédérale des banques ne s'impose pas (art. 10 al. 3 LCart).

## B.2. Clauses accessoires

### B.2.1. Obligation de contracter des sociétés-mères

12. Les parties au JV garantissent de fournir à leur entreprise commune des demandes de prestations dans le domaine du clearing pour les opérations de Futures et d'options cotées en bourses et ce pour une durée de 5 ans à raison de [...] en 2008, ce pourcentage se réduisant de [...] par année jusqu'en 2012, cette obligation de demande minimale s'arrêtant définitivement au 31 décembre 2012. Il convient de relever que Newedge ne dépendra toutefois pas uniquement de la clientèle de ses sociétés-mères et que l'essentiel de son chiffre d'affaire proviendra d'autres clients. En 2006 et in abstracto, le 100% de la clientèle de SGSA et Calyon n'aurait représenté que [...] du chiffre d'affaire de Newedge. Limitée à la fois dans le temps et dans la quantité, cette clause remplit les conditions pour être acceptée, tant sur la base de la pratique appliquée par la Comco que sur la base de la Communication européenne relative aux restrictions liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concurrence (2005/C 56/03).

### B.2.2 Clause de non-concurrence

13. Le JV est muni d'une clause de non-concurrence entre SGSA et Calyon/Crédit Agricole vis-à-vis de Newedge dans le domaine des services de clearing pour les Futures et options cotées en bourse et ce aussi longtemps que les sociétés-mères sont actionnaires de la JV. Ainsi formulée, cette clause ne prête pas le flanc à la critique puisqu'elle correspond à la pratique autorisée par la Comco et qui est analogue à la pratique européenne conformément au chiffre 36 de la Communication européenne mentionnée ci-dessus. Le deuxième domaine d'activité principal de la nouvelle JV concerne les services d'Execution, lequel n'est soumis à aucune clause de non-concurrence.

## B.3 Examen préalable

### B.3.1 Marchés pertinents

#### B.3.1.a Marchés des produits

14. 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.

15. Plusieurs marchés tous en relation avec les affaires boursières sont touchés par cette fusion. Disons toutefois d'emblée que des chiffres pour le marché en Suisse ne sont mis à disposition que de manière lacunaire mais suffisante. En effet, les entreprises participantes sont peu ou pas actives dans ce domaine en Suisse actuellement.

16. **Le marché de courtage pour l'Execution et pour le Clearing - pour les dérivés cotés en bourse:** Newedge sera active dans ce domaine tant pour la partie "Execution" que pour la partie "Clearing". A ce jour, ces activités représentent [...] du chiffre d'affaire de Fimat et [...] de celui de Calyon Financial. Newedge ne fera que continuer ces activités, le tout au niveau mondial.

17. **Le marché de courtage pour le négoce des produits OTC,** c'est-à-dire des services commerciaux pour le négoce des produits hors bourse notamment les devises, les papiers-valeurs et les dérivés OTC.

18. Fimat apportera encore deux marchés: le **courtage pour le négoce des papiers-valeurs cotés en bourse** avec prestation "d'Execution" et de "Clearing". Fimat est présente dans 20 bourses dans le monde sur ce marché mais ne représente que 5% du marché mondial: Newedge en héritera. Enfin Fimat apporte son savoir-faire dans le **"Prime Brokerage"**: il s'agit d'une combinaison de services pour le courtage de Hedge Fonds, la gestion de patrimoines, le commerce de papiers-valeurs, de services d'arbitrage et d'autres services professionnels d'investisseurs. Ces services portent sur les dérivés et les marchés de capitaux notamment.

### B.3.1.b Marché géographique

19. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique est mondial.

### B.3.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

#### I. Concurrence actuelle et potentielle

20. Répétons d'emblée que ce sont des marchés mondiaux qui doivent être considérés. Une extrapolation pour la Suisse n'est pas possible.

21. Newedge va prendre une position de leader dans le domaine du **marché de courtage pour le négoce des dérivés cotés en bourse**. Sa part de marché, sur la base des données 2006 peut être évaluée de la façon suivante: Fimat représentait [...] du marché et Calyon [...] soit ensemble [...] du marché. L'activité boursière déployée autour des dérivés cotés a lieu au sein de bourses spécialisées, notamment Chicago Board of Trade ou EUREX. L'une des forces de Newedge sera d'être active dans "l'Execution" et le "Clearing".

22. S'agissant du **marché de courtage des produits OTC**, celui-ci peut être subdivisé en plusieurs sous-marchés. Les produits OTC peuvent porter sur des dérivés non cotés ou sur des moyens de paiements. Tant Fimat que Calyon traitent les produits portant sur des moyens de paiements (devises, bonds); pour Calyon, le marché des devises représente le 100% de son chiffre d'affaire des produits OTC. Les principales places boursières pour les dérivés OTC sont Londres, New York,

Tokyo et Singapour; cette répartition géographique induit la nécessité de disposer de filiales dans chaque bourse afin de suivre un marché qui vit ainsi 24h/24h. Ce marché représentera un tiers du chiffre d'affaire de Newedge qui en revanche restera un petit acteur dans ce domaine.

23. Le secteur boursier est devenu extrêmement concurrentiel depuis que la bourse a été électronisée. En fait, ce développement technologique a entraîné une croissance continue et qui compense une érosion des marges de courtage. Entre 1999 et 2006, le volume transactionnel des dérivés a cru de 19% tandis que la croissance du revenu net n'a cru que de 11%. Il est admis que les marges des courtiers vont encore diminuer. Pour cette raison, des fusions deviennent inévitables.

24. Ceci dit, les acteurs sont très nombreux. Chacun d'eux a une stratégie propre et une combinaison propre de créneaux: les combinaisons relèvent des régions géographiques, des bourses dans chaque région, du genre de marché de courtage, du genre de clients recherchés, etc.

25. Le secteur est concurrentiel et en pleine évolution. Rien n'indique qu'un nouveau concurrent ne se présente pas demain même si, semble-t-il, on se trouve dans une

tendance concentrationniste. Les documents fournis soutiennent cette thèse.

26. En 2006, Calyon Financial était le [...] plus important courtier mondial avec un volume actif client de [...] et Fimat était le [...] avec un volume actif client de [...] (à titre de comparaison le leader est Goldman Sachs avec un volume actif client de [...] et le no 2 est UBS avec un volume actif client de [...]). Leur fusion devrait faire de Newedge le leader mondial théorique avec Goldman Sachs.

## **II. Position des partenaires commerciaux**

27. Il y a, en résumé, trois groupes principaux de partenaires: les bourses, les investisseurs et les vendeurs. Rien n'indique que l'un ou l'autre groupe puisse être mis en péril par la présente opération de concentration.

## **III. Conclusion**

28. 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.

B 2.3

**3. Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank 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 24. Januar 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Januar 2008*

Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung von der Bank Sarasin & Cie Ltd. und der AIG Privat Bank AG über die beabsichtigte Auslagerung ihrer Geschäftsbereiche mit Kunden unter CHF 500'000 in ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission auf eine Prüfung gem. Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

*a) Beteiligte, Ziel und Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens*

1. Die *Bank Sarasin & Cie Ltd.* (Bank Sarasin) und die *AIG Privat Bank AG* (AIGPB) (zusammen die Parteien) beabsichtigen, sämtliche ihrer Banken- und Kundendienstleistungen (sämtliche Arten von Vermögensverwaltungsdienstleistungen) für Kunden mit Vermögenswerten unter CHF 500'000 ("Retail Banking" Bereiche) in ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen, die *FBS Bank AG* (Arbeitstitel), einzubringen. Die Bank Sarasin wird sich am Gemeinschaftsunternehmen mit 57.5% und die AIGPB mit 42.5% beteiligen.

2. Die *Bank Sarasin* ist nach eigenen Angaben in den Bereichen Personal Banking, Institutional Banking, Intermediary Banking, finanzielle Planung, Vermögensverwaltung und Asset Management aktiv. Der einzubringende Geschäftsteil der Bank Sarasin in das Gemeinschaftsunternehmen setzt sich dabei aus *Personal Banking und Intermediary Banking* zusammen.

3. Die Geschäftstätigkeiten der *AIGPB* konzentrieren sich auf das Private Banking, das Asset Management sowie Anlagefondsgeschäfte. Der einzubringende Geschäftsteil der AIGPB in das Gemeinschaftsunternehmen stellt das *Fonds Geschäft* für Retail Kunden dar.

4. Die *Geschäftstätigkeiten der FBS Bank* mit Kunden unter CHF 500'000 (Retail Banking) betreffen alle Anlageprodukte und damit verbundene Dienstleistungen, wobei eine "Open Architecture Philosophy" verfolgt werden soll. Die FBS Bank wird für den erwähnten Kundenbereich auch Vorsorgeprodukte der 2. und 3. Säule (Freizügigkeitskonten der 2. Säule und steuerbefreite Sparkonten der Säule 3a), Konten plus Kreditkarten und Kundensalterservice vorab in Zürich, Basel und Genf anbieten. Weiter wird die Bank auch Kredite gewähren (v.a. Hypothekar- und Lombardkredit, Kreditkarten).

5. Das *Ziel des Zusammenschlusses* ist primär die Nutzung von Synergien und Grössenvorteilen durch das

Zusammenlegen des Bankgeschäfts für Kunden mit einem Vermögen unterhalb von CHF 500'000.-. Dies soll insbesondere in den folgenden Bereichen erfolgen: (1) Errichtung und Unterhalt einer State-of-the-Art-IT-Plattform; (2) optimierte Verhandlungsposition für Gespräche mit Geschäftspartnern und (3) niedrigere Fixkosten pro Kunde. Als wichtiger Grund für den Zusammenschluss nennen die Parteien einen zunehmend steigenden (internationalen) Wettbewerbsdruck, insbesondere bei Dienstleistungen für Kunden mit kleineren Vermögen.

6. Die *Gründung des Gemeinschaftsunternehmens* soll in zwei Phasen erfolgen: In einem ersten Schritt wird eine Projektgesellschaft, die *FBS Projektgesellschaft AG* (Arbeitstitel), gegründet. Diese Zwischengesellschaft wird jedoch keinerlei Aktivitäten am Markt entwickeln, sondern ausschliesslich administrative Arbeiten im Hinblick auf die Gründung der neuen Bank machen. In einem zweiten Schritt wird die FBS Projektgesellschaft AG, nach Erteilung der Bankenlizenz und Erledigung weiterer Vorbereitungsarbeiten, im Sommer 2008 in die FBS Bank AG umgewandelt. Zu diesem Zeitpunkt werden auch die beiden Parteien die vorgesehenen Unternehmensteile (vgl. Ziffer 2 und 3) in die FBS Bank AG einbringen.

7. Die Bank Sarasin und die AIGPB beabsichtigen die Gründung einer Gesellschaft (die FBS Bank AG), welche sie gemeinsam kontrollieren werden und die auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, und sie bringen in diese Gesellschaft je bestimmte Bereiche ihrer Geschäftsaktivitäten ein. Das Vorhaben stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 VKU dar.

8. Das Zusammenschlussvorhaben erreicht die notwendigen Aufgreifschwelle und ist somit meldepflichtig. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2007 hat die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) erklärt, keine Gläubigerinteressen geltend zu machen. Somit ist die Wettbewerbskommission (Weko) für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig (Art. 10 Abs. 3 KG).

*b) Relevanter Markt*

9. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch die Zusammenlegung der "Retail Banking" Bereiche der beiden Gründerbanken eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind die *sachlich und räumlich relevanten Märkte* abzugrenzen, sowie die *voraussichtliche Stellung der beteiligten Unternehmen* auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen.

10. Einer eingehenden Analyse zu unterziehen sind diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von *zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt* oder der Marktanteil in der Schweiz von *einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr* beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbe-

denklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden, und es erübrigt sich diesfalls eine nähere Prüfung.

11. Beide Parteien sind in der Schweiz nur in sehr beschränktem Umfang tätig. Die AIGPB bietet aus der Stadt Zürich und einer kleinen Filiale in Genf ihre Dienstleistungen und Produkte an. Dasselbe gilt für die Bank Sarasin, die in erster Linie aus der Stadt Basel und zusätzlich aus kleinen Filialen in Zürich und Genf ihre Dienstleistungen und Produkte anbietet.

12. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind die Marktanteile der Parteien im "Retail Banking" Bereich sehr klein. Aus diesem Grund werden die einzelnen Produktbereiche im Folgenden zwar kurz beschrieben, eine Marktabgrenzung ist jedoch nicht notwendig und wird deshalb auch nicht vorgenommen.

13. Gemäss Praxis der Weko können im Bereich des Retail-Banking u.a. folgende *sachliche Produktmärkte* unterschieden werden:<sup>1</sup>

- Markt für traditionelles Banksparen (Sparhefte, Vorsorgeprodukte, Kassenobligationen),
- Vermögensverwaltung und Anlageberatung,
- Hypothekarkredite,
- Firmenkredite unter CHF 2 Mio.,
- Anlagefonds und fondsähnliche Produkte und

#### - Depotgeschäft.

Von dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben primär betroffen sind die Produktmärkte für traditionelles Banksparen (inkl. Vorsorgeprodukte), Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Hypothekar- und andere Kredite sowie Anlagefonds und fondsähnliche Produkte.

14. Die definitive Abgrenzung der *räumlichen Märkte* kann vorliegend ebenfalls offen gelassen werden, da selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung, keinerlei Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

#### c) Marktstellung

15. Im Hinblick auf die vorliegend relevanten Aktivitäten der Bank Sarasin und der AIGPB mit Kunden unter CHF 500'000 gibt es nur wenig öffentlich zugängliche Daten, welche als Datenbasis zur Berechnung der Marktanteile herangezogen werden können. Dies auch deshalb, weil die Grenze zwischen Retail und Private Banking von Bank zu Bank unterschiedlich gezogen wird. Für die nachfolgenden Berechnungen der Marktanteile wurde deshalb nicht in Private und Retail Banking unterschieden, sondern als Datenbasis alle Privatkunden unabhängig von ihren Vermögen verwendet.

16. Die nachfolgende Tabelle zeigt – aufgeteilt nach verwalteten Vermögenswerten und Schulden (d.h. Hypotheken und Krediten) - den Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens am gesamten Privatkundenmarkt:<sup>2</sup>

Verwaltete Vermögen	Anteil am CH Privatkunden-Markt in CHF	Prozentsatz
TOTAL Privatkunden ("Private und Retail Banking")	1'865'417 Mio.	100 %
FBS Bank AG ("Retail Banking")	[...]	[<5%]

Schulden (Hypotheken und übrige Kredite)	Anteil am CH Privatkunden-Markt in CHF	Prozentsatz
TOTAL Privatkunden ("Private und Retail Banking")	604'058 Mio.	100 %
FBS Bank AG ("Retail Banking")	[...]	[<5%]

17. Die Zahlen verdeutlichen, dass die an die FBS Bank übertragenen "Retail Banking" Bereiche verschwindend kleine Marktanteile am Schweizer Privatkundenmarkt aufweisen. Die Parteien bestätigen zudem, dass sie selbst bei einer engst möglichen Marktabgrenzung für kein einziges Produkt einen kumulierten Marktanteil haben, der auch nur annähernd in die Nähe von 10% kommt.

<sup>1</sup> Vgl. dazu, RPW 2002/2, S. 378, Crédit agricole/Crédit Lyonnais; RPW 2002/4, S. 609, Valiant Holding et al.; RPW 2003/3, S. 551, Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG; RPW 2001/3, S. 528 Allianz AG/Drestner Bank AG.

<sup>2</sup> Die Zahlen der Bank Sarasin, der AIGPB und der FBS Bank sind interne Berechnungen und Schätzungen der Parteien. Die Zahlen für das Total aller Privatkunden (gesamter Privatkunden-Markt) basieren auf Datenmaterial der SNB ([http://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre\\_20071120/source/pre\\_20071120.en.pdf](http://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre_20071120/source/pre_20071120.en.pdf), Page 7). Die Schätzungen der Parteien wurden vom Sekretariat einer Plausibilitätsprüfung unterzogen.

18. Die nachfolgende Tabelle zeigt weiter, dass auch die bei den Parteien verbleibenden "Private Banking"

Bereiche einen verschwindend kleinen Teil am gesamten Schweizer Privatkundengeschäft ausmachen:

<b>Verwaltete Vermögen</b>	<b>Anteil am CH Privatkunden-Markt in CHF</b>	<b>Prozentsatz</b>
TOTAL Privatkunden ("Private und Retail Banking")	1'865'417 Mio.	100 %
Bank Sarasin ("Private Banking")	[...]	[<5%]
AIGPB ("Private Banking")	[...]	[<5%]

<b>Schulden (Hypotheken und übrige Kredite)</b>	<b>Anteil am CH Privatkunden-Markt in CHF</b>	<b>Prozentsatz</b>
TOTAL Privatkunden ("Private und Retail Banking")	604'058 Mio.	100 %
Bank Sarasin ("Private Banking")	[...]	[<5%]
AIGPB ("Private Banking")	[...]	[<5%]

d) *Ergebnis*

19. Da die beteiligten Unternehmen nur über minimale Markt- bzw. Segmentanteile verfügen und das Zusammenschlussvorhaben nur zu geringen kumulierten Markt- bzw. Segmentanteilsanteilen führen wird, hat das Zusammenschlussvorhaben keine Einschränkung des Wettbewerbs zur Folge.

20. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben – die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Bank Sarasin und die AIGPB – 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. RE Comm SA/Services Industriels de Lausanne**

*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 de la Commission de la concurrence du 20 décembre 2007*

**A EN FAIT**

1. Le 27 novembre 2007, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise

- Services Industriels de Belmont-sur-Lausanne	0,15 %
- Service électrique de Bussigny-près-Lausanne	1,03 %
- Services Industriels de Paudex	0,10 %
- Services Industriels de Pully	1,03 %
- Services Industriels de Romanel-sur-Lausanne	0,20 %
- Service Intercommunal de l'Électricité de Renens	16,00 %
- Services Industriels de la Ville de Lausanne	2,00 %
- Romande Energie Holding SA au travers de ses filiales	
- Société électrique du Bas-Valais (SEBV)	
- Société électrique Vevey-Montreux (SEVM)	67,49 %
- Aar et Tessin SA d'électricité (ATEL)	12,00 %

REH contrôlera seule cette entité au sens de la loi sur les cartels, car les autres participants n'auront pas de droits de veto particuliers.

RE Comm gèrera la clientèle captive et éligible des entreprises participantes, à l'exception de celle d'ATEL, partenaire approvisionneur qui ne transmettra pas sa clientèle à RE Comm, et de celle des Services Industriels de la Ville de Lausanne. RE Comm ne s'occupera ni de production d'électricité, ni d'exploitation de réseaux de distribution, ni de négoce d'électricité. Elle se réserve toutefois la possibilité d'être active dans le futur dans le négoce d'électricité à travers son activité de gestion de portefeuilles énergétiques pour le compte de ses clients. Chaque actionnaire de RE Comm garde ses anciennes activités sur ces marchés.

**3. Les Services Industriels de la Ville de Lausanne** ("SIL") sont une des directions de la Ville de Lausanne. Ils font partie de l'administration communale et sont dirigés par un municipal élu par les citoyens. Les SIL sont actifs dans les domaines suivants:

- La production, distribution et commercialisation d'électricité
- La distribution et commercialisation de gaz

Romande Energie Commerce SA (RE Comm) et les Services Industriels de la Ville de Lausanne ont décidé de fonder un partenariat destiné à la fourniture d'énergie électrique.

2. **RE Comm SA** est une société à créer, composée d'un groupe d'entreprises dirigé par Romande Energie Holding ("REH") futur actionnaire majoritaire à 67,49 % au travers de ses filiales SEBV et SEVM, qui sera active dans le domaine de la commercialisation d'électricité à des clients éligibles et captifs.

La répartition du capital de RE Comm (15 millions de francs) est la suivante:

- La production, distribution et commercialisation de chaleur pour le chauffage à distance

- La distribution et commercialisation de signaux multi-média: Internet, télévision et téléphonie.

Le chiffre d'affaires des SIL en 2006 se monte à 415,6 millions de francs suisses.

4. RE Comm et les SIL souhaitent conclure un partenariat, sous forme d'une société simple ("**Consortium**"). Le Consortium est exclusivement dédié à la clientèle éligible du secteur de distribution électrique des SIL et à la clientèle multifluide directe des SIL (gaz, chauffage à distance, Multimédia) se trouvant hors de leur zone de distribution. Les clients hors de la zone de desserte en électricité lausannoise seront exclusivement démarchés et gérés par RE Comm. Les SIL s'occuperont de leurs clients éligibles en étroite collaboration avec R Comm, sauf si certains clients refusent le transfert vers le Consortium. Les clients éligibles de Lausanne seront démarchés selon une stratégie et une mise en œuvre communes à RE Comm et au Consortium. Les clients qui feront valoir leur droit d'accès au réseau seront clients du Consortium et les contrats d'approvisionnement liés à ces clients seront de la responsabilité du Consortium. [...] Le prix d'approvisionnement pratiqué par Lausanne pour cette clientèle sera strictement égal à celui du porte-

feuille de RE Comm. Les deux partenaires contrôleront en commun le Consortium, qui rassemblera toutes les activités d'une société économiquement indépendante et viable sur le long terme.

L'objectif de la formation de ce partenariat est de faire face à l'évolution législative et à la concurrence. L'entrée en vigueur de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LapEI, RS 734.7) prévue en 2008 provoquera l'unbundling comptable des activités de la branche électrique (production d'électricité, transit à haute tension, transit à basse et moyenne tension, commercialisation et négoce). Elle entraînera également le libre accès au réseau d'une première catégorie de clients, les "éligibles", qui consomment 100'000 kWh et plus par an. Avec ce changement législatif, les petites et moyennes entreprises cherchent à regrouper leurs forces afin d'assurer leur avenir sur le marché. Le Consortium doit permettre de réduire les coûts de démarchage commercial, de simplifier la relation commerciale pour le client et d'offrir des synergies entre les différentes énergies dans une optique d'utilisation rationnelle de l'énergie.

## B EN DROIT

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

5. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 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 (art. 2 al. 1 LCart).

#### B.1.1.a Entreprise

6. La Loi sur les cartels s'applique à toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

#### B.1.1.b Concentration d'entreprises

7. Selon l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE, RS 251.4), la création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise qu'elles ont l'intention de contrôler en commun constitue une concentration d'entreprise lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome et que des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune.

8. La future société RE Comm ainsi que les SIL s'occupera/s'occupent de fourniture ou commercialisation d'électricité. Par le présent projet, ces deux entreprises ont l'intention de créer une entreprise commune (le Consortium) qui aura pour tâche l'accomplissement de fonctions qui seront/sont dévolues à RE Comm et aux SIL. Le consortium à créer est ainsi une entreprise commune constituant une opération de concentration d'entreprises au sens de l'art. 2 al. 2 OCCE.

#### B.1.2 Prescriptions réservées

9. 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.1.3 Obligation de notifier

10. La formation de RE Comm n'est pas soumise à l'obligation de notification pour les raisons suivantes : premièrement, seule REH exercera le contrôle sur RE Comm. Il s'agit donc d'un transfert d'activités à REH au moyen de la création d'une nouvelle société en échange de quoi les parties transférantes reçoivent une participation au capital. Deuxièmement, aucune partie transférée n'atteint le chiffre d'affaires des 100 millions de francs requis.

11. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, une opération de concentration doit être notifiée avant sa réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration :

a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaire minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaire en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et

b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

12. Au regard de l'opération de concentration entre RE Comm et les SIL, les entreprises participantes à l'opération ont réalisé durant l'année 2006 les chiffres d'affaires consolidés nets/ recettes suivant(e)s :

- Romande Energie Holding (société mère de RE Comm): CHF 466 millions

- Ville de Lausanne (dont dépendent les SIL): CHF 1,530 milliards

La somme des chiffres d'affaires pertinents selon l'art. 5 OCCE pour le calcul du chiffre d'affaires des entreprises participantes atteint ainsi le seuil des 500 millions de francs posé par l'art. 9 al. 1 let. a LCart. En outre, le seuil de l'art. 9 al. 1 let. b LCart des 100 millions de francs de chiffre d'affaires réalisés individuellement par les deux entreprises participantes est également atteint. Les conditions de l'art. 9 al. 1 LCart sont donc remplies et la concentration est par conséquent soumise à l'obligation de notifier.

## B.2 Examen préalable

### B.2.1 Marchés pertinents

#### B.2.1.a Marchés des produits

13. Selon l'art. 11 al. 3 let. a 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.

14. La Comco distingue sur le marché de l'électricité les 5 marchés de produits suivants (RPW/DPC 2006/3 p. 483) :

- la production d'énergie électrique

- le transit sur les lignes à haute tension



- le transit sur les lignes à basse et moyenne tension
- la commercialisation ou fourniture d'électricité
- le négoce.

Le Consortium s'occupera de fourniture en énergie électrique et de l'encaissement du timbre pour le compte des réseaux des actionnaires de RE Comm. Ce marché consiste en la commercialisation d'électricité vers les clients finaux (consommateurs éligibles). Les clients éligibles sont ceux qui font l'objet de la libéralisation prévue pour le 1<sup>er</sup> octobre 2008. Le marché relevant des produits est ainsi celui de la **fourniture** ou **commercialisation** en électricité.

Il convient de noter que le Consortium pourra également être actif sur le marché du négoce de l'électricité à travers son activité de gestion de porte-feuilles énergétiques pour le compte de tiers. Toutefois, aucune partie à la concentration ne transfère au Consortium une telle activité.

### B.2.1.b Marché géographique

15. 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.

16. La Comco a traditionnellement délimité le marché de la commercialisation ou fourniture en énergie électrique par le marché du transit sur les lignes à basse et moyenne tension, ce qui délimitait un marché régional, dû au fait que les consommateurs ne pouvaient se pro-

curer d'électricité qu'en recourant à l'exploitant du réseau local ou régional. Mais, ce dernier devait néanmoins accorder un droit de passage sur son réseau à d'autres entreprises actives sur le marché de la commercialisation ou fourniture d'électricité. Cette pratique visant à libéraliser le marché de l'électricité est confirmée par l'entrée en vigueur en 2008 de la LApEI. En conséquence, le consommateur d'électricité, qu'il soit un revendeur ou un client éligible final, pourra se faire approvisionner en électricité par n'importe quelle entreprise, qu'elle soit située en Suisse pour l'instant ou, dès la libéralisation, en Europe. En l'état actuel des choses, le marché géographique pertinent est le **marché suisse**.

### B.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

17. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés des produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme "marchés affectés par l'opération de concentration". Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

18. Aucun marché n'est affecté par la concentration, car aucune part de marché cumulée n'atteint 20% du marché total, et aucune partie à la concentration ne détient seule une part de marché dépassant 30% du marché total.

## I. Concurrence actuelle

19. Tableau des parts de marchés:

Distributeur	Nbre clients	Nbre clients éligibles	GWh éligibles	GWh totaux
Romande énergie	209'277	[...]	[...]	2'615
SIL	110'000	[...]	[...]	1'360
Groupe E	166'000			2'818
SI Genève	255'000	[...]		2'741
BKW-FMB	323'500			7'674
CKW (Axpo)	124'000			4'103
EB München-Stein	121'816			1'621
EK Zürich	261'121	[...]		5'903
EW Zürich	221'250	[...]		5'512
IW Basel	125'000			1'603

La consommation d'énergie électrique en Suisse se monte à 62'000 GWh/an, celle en Suisse romande à 8'600 GWh/an et celle du canton de Vaud à 4'100 GWh/an.

Le Consortium représentera globalement 4% du marché suisse, 30% du marché romand et 80% du marché vaudois.

Le marché suisse des clients éligibles représente 50'000 clients et 33'000 GWh. Le volume traité par le Consortium pourrait atteindre 1'975 clients éligibles représentant 1500 GWh, pour autant que l'ensemble de la clientèle éligible lausannoise contracte avec le Consortium, soit

environ 4% du marché suisse. Ces chiffres démontrent la taille relativement importante que l'entreprise commune pourrait atteindre au niveau régional, mais ce constat doit être pondéré par le fait que les clients éligibles seront libres de contracter avec le fournisseur de leur choix.

## **II. Conclusion**

20. 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.

B 2.3

## 5. Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC

*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 6. Februar 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. Februar 2008*

Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung der General Electric Company, Credit Suisse Private Equity, Inc. sowie Mubadala Development Company PJSC betreffend der Gründung eines im Asset Management und Fondsbereich aktiven Gemeinschaftsunternehmens. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission auf eine Prüfung gem. Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

### A SACHVERHALT

1. Am 11. Januar 2008 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben von General Electric Company ("GE"), Credit Suisse Private Equity, Inc. ("CSPE") sowie Mubadala Development Company PJSC ("Mubadala") erhalten.

2. Das Zusammenschlussvorhaben sieht die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens "Mubadala Infrastructure Partners" vor. Gemäss Gründungsvereinbarung vom 29. Oktober 2007

(1) sollen zahlreiche Investmentvehikel, insbesondere ein Investment-Fonds (der "Fonds") mit dem Namen Mubadala Infrastructure Partners L.P. sowie allfällige Nachfolgefonds (zusammen die "JV Fonds"), errichtet werden.

(2) soll ein Manager ("Manager") beauftragt werden, Investmentmanagement und/oder ähnliche Dienstleistungen gegenüber den JV Fonds zu erbringen.

3. Der Fonds – und die allfälligen Nachfolgefonds – sollen sich auf Infrastrukturentwicklungsprojekte und auf Anlageobjekte im Nahen Osten und in Nordafrika konzentrieren. Dabei soll 90% des Fondsvermögens von Drittinvestoren und lediglich 10% desselben von den Parteien eingebracht werden. Eine Beschränkung gegenüber Drittinvestoren gibt es nicht.

4. Die Geschäftsführung, d.h. sämtliche operativen und strategischen Entscheide im Bezug auf die Investmentinstrumente obliegen dem Manager. Zudem hat er für die Errichtung und das Management der von ihm zu ernennenden General Partners ("GP") eines jeden Fonds zu sorgen. Die GP, formal die eigentliche Fondsleitung, delegieren die entsprechenden ihnen zustehenden Befugnisse an den Manager, welchem somit quasi die

Funktion einer obersten Fondsleitung zukommt. Die GP erbringen sodann gegenüber den Fonds Investmentmanagement und/oder ähnliche Dienstleistungen und leisten Managementgebühren an den Manager. Letzterer ist als Gesellschaft so organisiert, dass er als Investment Manager jedes einzelnen JV Fonds dienen kann. Er wird durch einen Verwaltungsrat – bestehend aus zwei stimmberechtigten Mitgliedern je Gründungspartei – gelenkt und erbringt das Investmentmanagement sowie vergleichbare Dienstleistungen für die JV Fonds, d.h. ist letztlich im Asset Management tätig, im Bereich Fonds und fondsähnliche Produkte. Die Gründungsparteien sind auch wirtschaftlich paritätisch am Manager beteiligt.

5. *General Electric Company ("GE")*, als börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Connecticut, USA, ist ein global tätiges, diversifiziertes Produktions-, Technologie- und Serviceunternehmen. Seine Hauptgeschäftseinheiten umfassen GE Infrastructure, GE Industrial, GE Commercial Finance, NBC Universal, GE Healthcare und GE Consumer Finance.

6. *Credit Suisse Private Equity ("CSPE")* ist eine unter dem Recht des Staates Delaware, USA, konstituierte Gesellschaft mit Sitz in New York und wird von der Credit Suisse Group ("CSG"), Sitz Zürich, kontrolliert. Letztere ist auch Muttergesellschaft der Credit Suisse ("CS"). Der Bereich Private Equity der Credit Suisse umfasst Investment Funds, die den Fokus ihrer Geschäftstätigkeit auf fremdfinanzierte Unternehmenskäufe, strukturierte Aktienkapitalinvestments, Mezzanine-Finanzierungen, Investitionen in Liegenschaften, Risiko- und Wachstumskapital und Investitionen in andere private Kapitalbeteiligungsfonds richten.

7. *Mubadala Development Company PJSC ("Mubadala")* schliesslich ist eine in Abu Dhabi registrierte und kotierte Gesellschaft, gegründet durch das vom Kronprinzen von Abu Dhabi herausgegebene Emiri Dekret Nummer 12 von 2002. Mubadala steht im Alleineigentum der Regierung des Emirats von Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten und fungiert in diesem Emirat als Entwicklungs- und Investmentgesellschaft.<sup>1</sup>

8. Die Parteien geben an, dass der Manager und die JV Fonds gegründet werden, um auf eine steigende Nachfrage v.a. im Nahen Osten und in Nordafrika zu reagieren, wo Regierungen vermehrt die Unterstützung für Infrastrukturprojekte (v.a. Transport und Energie) im privaten Sektor suchen, indem beispielsweise bestehende Infrastrukturanlagen privatisiert oder neu geschaffen werden. Ziel des Zusammenschlusses ist es insofern, die jeweiligen Erfahrungen der Parteien mit Infrastrukturprojekten zugunsten von Drittinvestoren zu nutzen und durch ihre Gewinnbeteiligung an den Fonds und die zu entrichtenden Managementgebühren Einkünfte zu erzielen.

<sup>1</sup> Mubadala veröffentlicht keine Geschäftsberichte oder Jahresrechnungen.

9. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 19. Dezember 2007 der Europäischen Kommission gemeldet (Fall Nr. COMP /M.4940). Der Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission bereits gutgeheissen.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

11. Als Unternehmen gelten gem. Art. 2 Abs. 1bis KG alle Nachfrager und Anbieter von Güter oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) liegt vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen ein gemeinsam zu kontrollierendes Unternehmen (Gemeinschaftsunternehmen) gründen wollen, welches auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktionsunternehmen) und in welches Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.

13. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen gemeinsam kontrolliert, vgl. nachfolgend Bst. a);
- Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fliessen in das Gemeinschaftsunternehmen ein, vgl. nachfolgend Bst. b);
- Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit, vgl. nachfolgend Bst. c).

#### a. Gemeinsame Kontrolle

14. Eine gemeinsame Kontrolle ist gegeben, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wesentlichen Fragen der Unternehmensführung innerhalb des neuzugründenden Gemeinschaftsunternehmens eine Übereinstimmung erzielen müssen und somit eine Beeinflussung des strategischen Verhaltens und der Geschäftspolitik nicht durch ein einzelnes Unternehmen möglich ist<sup>2</sup>.

15. Die Gründungsparteien planen, wie oben unter den RZ. 2 und 4 beschrieben, die Gründung eines Fondskonstruktes, dessen Leitung durch die General Partners eines jeden Fonds sowie insbesondere durch den diesen übergeordneten Manager übernommen wird. Entscheidendes Gremium innerhalb des Managers ist der Verwaltungsrat, der paritätisch durch die Gründungsparteien

besetzt wird. Die für Entscheide erforderlichen Quoren als auch das Vorgehen bei Uneinigkeiten werden in der Gründungsvereinbarung geregelt. Kann keine Einigung erzielt werden, führt der Manager das Geschäft auf Grundlage der Gründungsvereinbarung und der bisherigen Geschäftspraxis fort.

16. Die Gründungsparteien üben demnach über den Verwaltungsrat einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeiten des Managers und die diesem – bzw. den GP – untergeordneten JV Fonds aus. Das Erfordernis gemeinsamer Kontrolle ist somit erfüllt.

#### b. Einfließen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

17. Die Wettbewerbskommission ("Weko") legt dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit aus und hat in ihrer Praxis festgehalten, dass die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how bereits zu dessen Erfüllung genügt. Die insbesondere von der Lehre vertretene Auffassung dagegen, dass das blosses Einbringen von Kapital in der Regel ungenügend ist, hat sie im Hinblick auf den Finanzdienstleistungssektor dahingehend relativiert, als in diesem Sektor Kapital eine hauptsächliche Rolle spielt. Gerade wenn in Verbindung mit Kapital Know-how eingebracht und das Kapital als Mittel für die Geschäftstätigkeit verwendet werde, könne nicht ausgeschlossen werden, dass damit das Kriterium von Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt sein kann<sup>3</sup>.

18. Die Gründungsparteien beabsichtigen, je ungefähr EUR [...] ins Fondsvermögen einzuschiessen, respektive jeden anderen Betrag bis maximal 10% des Fondsvermögens. Das übrige Kapital soll von Drittinvestoren stammen. Darüber hinaus werden die Gründungsparteien folgendes einbringen:

- **CSPE:** Ihre Erfahrung mit Investitionen in den Bereichen Transport und Energie als auch Projektfinanzierung und strukturierte Finanzierung;
- **CSPE** und allenfalls **GE:** Angestellte für das Fondsgeschäft;
- **GE:** Erfahrung mit Entwicklung und Führung von - sowie Investitionen in Infrastrukturprojekte mit einem weltweiten Netzwerk an laufenden Geschäftstätigkeiten und Kundenkontakten;
- **Mubadala:** Investitionserfahrung mit wesentlichen Investments in der anvisierten Region; Abschluss einer Lizenzvereinbarung mit dem Manager für bestimmte Markenrechte.

19. Demnach werden die Gründerunternehmen neben Kapital insbesondere Expertenwissen zur Verfügung stellen, welches im Bereich des Fondsmanagement von grundlegender Bedeutung ist und somit den Anforderungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU für sich genommen genügt.

<sup>2</sup> PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel 2000, S. 240.

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2006/4, GE/CSFBPE/GIMP, S. 679, RZ. 19, 20.

### c. Vollfunktionsunternehmen

20. Ein Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten (vgl. RZ. 21 unten).
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen (vgl. RZ. 22 unten).
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben (vgl. RZ. 23 unten).
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen<sup>4</sup> (vgl. RZ. 23 unten).

21. Der Manager (in Zusammenarbeit mit den von ihm ernannten GP) wird Investmentmanagement und/oder ähnliche Dienstleistungen gegenüber den JV Fonds erbringen. Der Manager wird über die JV Fonds einerseits Fondsdienstleistungen auf dem Markt anbieten und andererseits als Nachfrager Kapital und Dienstleistungen am Markt nachfragen. Er tritt demnach als Anbieter/Nachfrager auf dem Markt auf.

22. Gemäss Angaben der Gründungsparteien wird der Manager ein getrenntes, gegenüber den Muttergesellschaften eigenständiges Geschäft betreiben. Er wird direkten Marktzugang, eigene Marketing- und öffentliche

Kommunikationsmöglichkeiten haben, was damit belegt wird, dass 90% des Fondsvermögen von Drittinvestoren stammen soll. Das Gemeinschaftsunternehmen tritt demnach als selbständige wirtschaftliche Einheit auf und sollte bei entsprechender Umsetzung in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen. Kontrollierendes Gremium des Managers ist dabei der von den Parteien beherrschte Verwaltungsrat.

23. Darüber hinaus verfügt der Manager mit den GP über das für das Tagesgeschäft erforderliche Management sowie ausreichende Ressourcen (finanzielle Mittel, Personal und Lizenzvertrag als Gründungseinlagen, vgl. RZ. 18 oben). Das Gemeinschaftsunternehmen soll zudem bis 2050 existieren und ist somit auf Dauer angelegt.

24. Gemäss dem Ausgeführten wird mit dem Manager und dem dazugehörigen Fondsvermögen ein Vollfunktionsunternehmen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU gegründet.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

25. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Entsprechend brachten die Parteien auch keinen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vor.

### B.3 Meldepflicht

26. Werden die Umsatzschwellen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3-8 VKU erreicht, so liegt ein meldepflichtiger Zusammenschluss vor. Im vorliegenden Fall sind mit CSPE und Mubadala zwei Finanzintermediäre am Zusammenschluss beteiligt und somit ist für die Berechnung der Meldepflicht auf deren Bruttoerträge abzustellen. Bei GE hingegen ist der Umsatz relevant.

27. Die beteiligten Unternehmen erzielten 2006 folgende Bruttoerträge/Umsatz (in Schweizer Franken, "CHF"):

Bruttoerträge/Umsätze 2006 in CHF		
	weltweit	Schweiz
GE	205'082 Mio.	[...] Mio.
CSG	38'603 Mio.	[...] Mio.
Mubadala	[...] Mio.	

28. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Bruttoertrag/Umsatz von mehr als 2 Mrd. CHF und in der Schweiz von weit mehr als 500 Mio. CHF. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a ist somit erreicht. Zwei der beteiligten Unternehmen erzielten ausserdem im Geschäftsjahr 2006 in der Schweiz einen Umsatz bzw. Bruttoertrag von über 100 Mio. CHF, womit auch der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten ist. Die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist somit meldepflichtig.

29. Auf eine Meldung gemäss Art. 10 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 10 VKU an die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) wurde verzichtet, da nur die CS eine Bank i.S. des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen ist.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens – vorläufige Prüfung

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

31. 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 ist die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten zu beurteilen.

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 678, RZ. 13. (FN 3).

### B.4.1. Relevante Märkte

#### B.4.1.a Sachlich relevante Märkte

32. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

33. Weltweit sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf mehreren Märkten tätig. In der Schweiz sind bislang nur die CSG und die GE aktiv. Dabei ist die GE als stark diversifiziertes Unternehmen v.a. in den Bereichen Produktion, Technologie und verwandte Serviceleistungen aktiv, während die CSG in den Bereichen Investment Banking, Private Banking, Asset Management und weitere Finanzdienstleistungen tätig ist. In der Schweiz überschneiden sich die Tätigkeiten der Parteien insofern nicht.

34. Das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen wird, wie erwähnt, im Bereich Finanzdienstleistungen, vor allem im *Asset Management* bzw. im Subsegment *Fonds und fondsähnliche Produkte* tätig sein. Andere Märkte werden von der geplanten Transaktion nicht berührt.

35. *Asset Management* bezeichnet dabei primär die Verwaltung von konkreten Vermögensteilen und damit verbundene Beratungsdienstleistungen, welche an Privatkunden und Firmenkunden gerichtet sein kann. Zu dem letzteren gehören namentlich die institutionellen Anleger.

36. Von der Vermögensverwaltung für den einzelnen Kunden ("klassische" Vermögensverwaltung) kann die Vermögensverwaltung für ein Kollektiv (Fonds und fondsähnliche Produkte) unterscheiden werden. Beispielsweise steht, im Gegensatz zu einem Vermögensverwalter resp. Anlageberater, die Fondsleitung nicht in direktem Kontakt mit dem Anleger. Die Fondsleitung verwaltet einzig die Fonds, sie bestimmt insofern auch die Anlagestrategie selber. Zudem könnte aufgrund der Tatsache, dass Fonds und fondsähnliche Produkte ein unterschiedliches Risikoprofil im Vergleich zu anderen Anlageprodukten aufweisen, ein eigener Markt abgegrenzt werden<sup>5</sup>. Die Weko ist denn auch bereits in mehreren Entscheiden von einem separaten sachlichen Markt für *Fonds und fondsähnliche Produkte* ausgegangen, obwohl die definitive Marktabgrenzung aus Gründen der Unbedenklichkeit letztendlich jeweils offen gelassen wurde<sup>6</sup>.

37. Die Frage, ob es sich bei Dienstleistungen im Zusammenhang mit Fonds und fondsähnlichen Produkten um eine mit der klassischen Vermögensverwaltung substituierbare Dienstleistung handelt, respektive die Frage,

ob ein sachlich relevanter Markt für Asset Management oder ein engerer sachlicher Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte abzugrenzen ist, kann im Folgenden ebenfalls offen gelassen werden, da selbst bei der engstmöglichen Marktabgrenzung – d.h. ein sachlich relevanter Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte – der geplante Zusammenschluss weder in der Schweiz (national) noch weltweit zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Eine definitive Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall insofern nicht notwendig und wird deshalb auch nicht vorgenommen.

#### B.4.1.b Räumlich relevante Märkte

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

39. Die Weko hat den Markt für Asset Management bisher international abgegrenzt (Ausnahme Asset Management für schweizerische Pensionskassen) (vgl. Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527, RZ. 17). Für das Subsegment Fonds und fondsähnliche Produkte wurde bis anhin mindestens ein nationaler Markt abgegrenzt, jedoch in Erwägung gezogen, dass es sich allenfalls auch um einen europaweiten oder internationalen Markt handeln kann<sup>7</sup>.

40. Im vorliegenden Fall kann auch die räumliche Marktabgrenzung letztendlich offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu betrachten ist.

### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

42. Die Angaben im Hinblick auf die vorliegend relevanten Aktivitäten der Parteien in der Schweiz beruhen auf einer Plausibilitätsprüfung der Schätzungen der Parteien<sup>8</sup>. In der folgenden Übersicht werden die Marktanteil der Parteien für die engstmögliche sachliche Marktabgrenzung - d.h. für Fonds und fondsähnliche Produkte – angegeben<sup>9</sup>:

<sup>5</sup> RPW 2000/3, ZKB/BZ Visionen, S. 496 ff.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 681, RZ. 40. (FN 3).

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2002/3, S. 496 (FN 5).

<sup>8</sup> Die Schätzungen basieren für die Schweiz auf der Datengrundlage der SNB (kollektive Anlagen) und die weltweiten Zahlen basieren auf der Grundlage der von der European Funds and Asset Management Association (EFAMA) geschätzten Marktvolumina für Fonds und fondsähnliche Produkte.

<sup>9</sup> Die Parteien haben in ihrer Meldung aufgezeigt, dass die Marktanteile bei einem sachlichen Markt für Asset Management auf jeden Fall unter jenen für Fonds und fondsähnliche Produkte zu liegen kommen.

Geschätzte Marktanteile für Fonds und fondsähnliche Produkte 2006		
	Schweiz	weltweit
GE	0%	[0-5]%
CSG	[10-20]%	[0-5]%
Mubadala	0%	[0-5]%
JV Fonds	0%	[0-5]%
<b>Total</b>	[10-20]%	[0-5]%

Quelle: Meldung der Parteien

43. Die Tabelle verdeutlicht, dass aufgrund der Berechnung der Marktanteile in der Schweiz kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, da einzig die CSG auf dem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte in der Schweiz tätig ist und ihr Marktanteil weniger als [...] % beträgt. Damit wird die Schwelle von 30% nicht überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf einem nationalen Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte zudem zu keinerlei horizontalen Marktanteilsadditionen.

44. Geht man von einem internationalen Markt aus, so sind alle beteiligten Parteien, wenn auch nur in kleinem Umfang, im Asset Management respektive im Fondsgeschäft aktiv. Der voraussichtliche Marktanteil der JV Fonds ist dabei mit weniger als [...] % vernachlässigbar klein. Die Parteien schätzen zudem, dass weder sie noch die JV Fonds *in einem der möglichen Märkte* (d.h. Bereiche und Subsegmente) einen kombinierten Anteil von weltweit *mehr als* [...] % erreichen.

#### **B.4.3 Wettbewerbsrechtliche Würdigung und Schlussfolgerungen**

45. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die geplante Transaktion, in der *Schweiz zu keinerlei Marktanteilsadditionen* führt. Dies infolge des Umstandes,

dass weder Mubadala noch GE im Bereich Fonds und fondsähnliche Produkte in der Schweiz tätig sind. Weltweit führt das Zusammenschlussvorhaben auf sämtlichen mutmasslich relevanten Märkten zu addierten *Marktanteilen unter 5%*.

46. Überdies werden das neue Gemeinschaftsunternehmen sowie die Parteien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weiterhin lebhaftem Wettbewerb seitens etablierter globaler und schweizerischer Finanzdienstleistungsanbieter wie etwa UBS AG, Kantonalbanken, Deutsche Bank, Goldman Sachs, RBS, Citigroup und HSBC ausgesetzt sein.

47. Der Vollzug des Zusammenschlusses wird deshalb die Marktstruktur in der Schweiz nicht spürbar verändern und zwar weder im Bereich Asset Management noch bei Fonds und fondsähnlichen Produkten.

#### **C ERGEBNIS**

48. Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass die geplante Gründung eines im Fondsbereich aktiven Gemeinschaftsunternehmens eine marktbeherrschende Stellung der Parteien begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<b>B 2.3</b>	<b>6. Migros/Denner</b>	
--------------	-------------------------	--

<i>Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 32 Abs. 1 KG</i>	C.2.2.3.4 Prüfkriterien	186
<i>Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 1 LCart</i>	C.2.2.3.5 Fazit	190
<i>Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 1 LCart</i>	C.2.2.4 Zwischenergebnis und Abhilfemassnahmen	191
<i>Verfügung der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007</i>	C.2.3 Beschaffungsmärkte	192
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	C.2.3.1 Vorbemerkungen	192
<b>A SACHVERHALT 129</b>	C.2.3.2 Marktstruktur	192
<b>A.1 Gegenstand 129</b>	C.2.3.3 Einzelmarktbeherrschung	194
<b>A.2 Verfahren 130</b>	C.2.3.3.1 Aktuelle Konkurrenz	194
<b>A.3 Expertengutachten 132</b>	C.2.3.3.2 Potenzielle Konkurrenz	198
<b>A.4 Stellungnahme der Parteien zur vorläufigen Beurteilung 138</b>	C.2.3.3.3 Stellung der Marktgegenseite	199
<b>B ERWÄGUNGEN 143</b>	C.2.3.3.4 Auswirkungen des Zusammenschlusses auf Lieferanten	203
<b>B.1 Geltungsbereich 143</b>	C.2.3.3.5 Fazit	204
<b>B.2 Unternehmenszusammenschluss 144</b>	C.2.3.4 Kollektive Marktbeherrschung	204
<b>B.3 Meldepflicht 144</b>	C.2.3.5 Zwischenergebnis	206
<b>C BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS 144</b>	<b>C.3 Ergebnis 206</b>	
<b>C.1 Relevante Märkte 144</b>	<b>D. KOSTEN 207</b>	
C.1.1 Sachlich relevante Märkte 144	<b>E DISPOSITIV 207</b>	
C.1.1.1 Absatzmärkte 144	<b>ANHÄNGE 207</b>	
C.1.1.2 Beschaffungsmärkte 150	<b>A SACHVERHALT</b>	
C.1.2 Räumlich relevante Märkte 156	<b>A.1 Gegenstand</b>	
C.1.2.1 Absatzmärkte 156	1. Am 10. April 2007 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschaftsbund (nachfolgend: MGB), mittels Aktienkauf die Kontrolle über die Denner AG (nachfolgend: Denner) zu erlangen.	
C.1.2.2 Beschaffungsmärkte 158	2. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel, den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (Jowa, Micarna, Estavayer Lait, Bischofszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey, Midor, Optigal, Mifa, Mibelle, Seba Aproz), den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Hotelplan und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe. Dem MGB kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.	
<b>C.2 Analyse der betroffenen Märkte 160</b>	3. Denner mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen, das als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food anbietet. Zusätzlich beliefert Denner rund 293 Denner-Satelliten. Bei den Denner-Satelliten handelt es sich um selbständige Detailhändler, die vorwiegend in ländlichen Gebieten anzutreffen sind und neben einem von Denner bezogenen Grundsoriment weitere Produkte anbieten. Die Rast Holding SA (nachfolgend: Rast) ist die Dachgesellschaft der Denner-Gruppe. Sie hält verschie-	
C.2.1 Internationaler Vergleich 160		
C.2.2 Absatzmärkte 162		
C.2.2.1 Marktteilnehmer 162		
C.2.2.2 Einzelmarktbeherrschung 164		
C.2.2.2.1 Aktueller Wettbewerb nationale Ebene 164		
C.2.2.2.2 Aktueller Wettbewerb lokale Ebene 173		
C.2.2.2.3 Potenzieller Wettbewerb 175		
C.2.2.2.4 Fazit 184		
C.2.2.3 Kollektive Marktbeherrschung 184		
C.2.2.3.1 Begriff 184		
C.2.2.3.2 Eingriffskriterien 185		
C.2.2.3.3 Rechtssprechung und Wettbewerbssituation 185		



dene Beteiligungen, u.a. eine 100% Beteiligung an Denner und an der EG Dritte Kraft AG (nachfolgend: EG Dritte Kraft), die Denner beim Einkauf von Food und Near-Food Produkten unterstützt.

4. Die Gaydoul Holding AG ist Mehrheitsaktionärin der Rast Holding AG und hält gemäss statutarischem Zweck verschiedene Beteiligungen. Das Aktionariat setzt sich ausschliesslich aus Mitgliedern der Familie Gaydoul zusammen.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt die Migros das Ziel, ihre Geschäftstätigkeit um das wachsende Discount-Segment zu erweitern. Eine solche Erweiterung sei aus strategischen Gründen notwendig, um der durch den Markteintritt von Aldi und Lidl bewirkten Umschichtung des Detailhandels zu begegnen und den zu erwartenden Umsatzverlust wenigstens teilweise zu kompensieren. Angesichts des stagnierenden Markts und der starken ausländischen Konkurrenz sei es für die Migros nicht möglich, innerhalb der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit einen eigenen Discounter aufzubauen. Mit der Übernahme von Denner solle die Attraktivität der Migros-Verkaufsstellen gesichert werden, da Denner ein komplementäres Sortiment (Markenartikel sowie Alkohol und Tabak) in unmittelbarer Nähe der Migros-Verkaufsstellen anbiete. Die Verfügbarkeit dieses komplementären Sortiments in unmittelbarer Nähe sei für die Migros zentral, um im zunehmend härteren Wettbewerb bestehen zu können.

6. Denner solle innerhalb der Migros-Gruppe im bisherigen Format als eigenständiger Discounter fortgeführt werden. Dies sei für die Migros insbesondere aus nachfolgenden Gründen eine Notwendigkeit:

- Aus statutarischen Gründen sei es der Migros untersagt, Alkohol und Tabak in den Migros-Verkaufsstellen zu verkaufen. Würde die Migros die Denner-Verkaufsstellen in Migros-Verkaufsstellen umwandeln, so dürfte dort kein Alkohol und Tabak verkauft werden. Dies hätte für die Migros weitreichende Konsequenzen, denn wenn die Migros in unmittelbarer Nähe keinen Alkohol und Tabak verkaufen würde, würden Konsumentinnen und Konsumenten ihren gesamten Einkauf bei Coop oder einem anderen Detailhändler tätigen.

- Die Migros werde Denner nicht nur in Bezug auf das Sortiment, sondern auch in Bezug auf die Positionierung in der bisherigen Form als Discounter weiterführen. Während der Gesamtmarkt stagnieren werde, erwarte man eine Verschiebung vom klassischen Detailhandel hin zum Discount-Detailhandel. Diese Verschiebung werde einerseits durch die Expansion von Aldi und Lidl vorangetrieben. Andererseits sei der Marktanteil der Discounter in der Schweiz im europäischen Vergleich heute derart tief, dass er mit Sicherheit wachsen werde. Dies bedeute, dass der klassische Detailhandel in den kommenden Jahren zu Lasten der Discounter verlieren werde. Die Migros müsse und wolle am wachsenden Discount-Segment teilhaben.

7. Denner gibt als Ziele dieses Zusammenschlussvorhabens im Wesentlichen an, dadurch mittelfristig das Über-

leben des Unternehmens – und damit eines Wettbewerbers auf dem Markt – zu sichern. Zudem sollen die entsprechenden Arbeitsplätze erhalten bleiben.

8. Gemäss den Parteien führt der Zusammenschluss zu folgenden Effizienzsteigerungen:

- Tiefere administrative Kosten durch Zentralisierung administrativer Tätigkeiten (z.B. Finanzen, Rechnungswesen, Qualitätssicherung, Liegenschaftsverwaltung, IT, Lagerbewirtschaftung etc.);
- Tiefere Logistikkosten durch koordinierte Belieferung der Verkaufsstellen;
- Tiefere Beschaffungskosten für Ausbau und Einrichtung von Verkaufsstellen (Regale, Kassensysteme, Kühlgeräte etc.) durch Grössenvorteile;
- Tiefere Beschaffungskosten von Migros und Denner für Markenartikel durch Grössenvorteile;
- Tiefere Beschaffungskosten von Denner für Frischeprodukte durch Grössenvorteile;
- Tiefere Beschaffungskosten von Denner für Eigenmarken bei Migros-Industrien;
- Tiefere Herstellungskosten der Migros-Industrien dank höherer Auslastung;
- Tiefere Beschaffungskosten von Migros für Eigenmarken dank besserer Auslastung der Migros-Industrien;
- Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Migros-Industrien auf den internationalen Herstellermärkten.

## A.2 Verfahren

9. Mit Schreiben vom 10. April 2007 bestätigte das Sekretariat den Eingang der definitiven Meldung. Diese enthielt u.a. ein Parteigutachten von Prof. Dr. Dr. Thomas Roeb. Das Sekretariat stellte daraufhin am 16. April 2007 die Vollständigkeit der Meldung fest.

10. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden Fragebögen an Konkurrenten (je ein Fragebogen an zehn Konkurrenten, wovon alle geantwortet haben), an Lieferanten (106, wovon 65 geantwortet haben) und an verschiedene Verbände (vier, wovon alle geantwortet haben) sowie an Konsumentenschutzorganisationen (fünf, wovon vier geantwortet haben) versandt.

11. Mit Schreiben vom 19. und 26. April 2007 bat das meldende Unternehmen<sup>1</sup> das Sekretariat, ihm das Aktenverzeichnis zukommen zu lassen und stellte den Antrag, dass die beiden CEO's der Parteien,<sup>2</sup> die Herren Herbert Bolliger (CEO Migros) und Philippe Gaydoul (CEO Denner), von der zuständigen Kammer Produktmärkte der Wettbewerbskommission (nachfolgend: zuständige Kammer) angehört werden.

<sup>1</sup> Diese Bezeichnung wird im Folgenden verwendet für den MGB.

<sup>2</sup> Mit "Parteien" werden im Folgenden der MGB und Denner bezeichnet.

12. Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 27. April 2007, dass es gemäss ständiger Praxis während der vorläufigen Prüfung keine Akteneinsicht gäbe und liess dem meldenden Unternehmen das bis zu diesem Zeitpunkt aktuelle Aktenverzeichnis zukommen.

13. [...].

14. Am 7. Mai 2007 bejahte die zuständige Kammer gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) sowie auf Antrag des Sekretariats das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss und beschloss die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und 33 ff. KG.

15. Die Eröffnung des Prüfungsverfahrens wurde den Parteien mit Schreiben vom 10. Mai 2007 mitgeteilt, am 21. Mai 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 29. Mai 2007 im Bundesblatt publiziert.

16. Am 16. Mai 2007 liess das Sekretariat dem meldenden Unternehmen seinen ersten Bericht zukommen, welcher die Anhaltspunkte für die Einleitung des Prüfungsverfahrens enthielt. Das meldende Unternehmen erhielt die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 29. Mai 2007. Diese traf beim Sekretariat am 29. Mai 2007 ein.

17. Mit Schreiben vom 16. Mai 2007 teilte das Sekretariat dem meldenden Unternehmen mit, dass die zuständige Kammer mit der Eröffnung der Prüfung beschlossen habe, die Kompetenz in dieser Angelegenheit an die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) zu übertragen. Daraufhin bildete die Weko einen Ausschuss, bestehend aus den Mitgliedern der zuständigen Kammer sowie dem Präsidenten der Weko. An diesen Ausschuss delegierte die Weko die Kompetenz für die Instruktionmassnahmen des Prüfungsverfahrens.

18. Schliesslich wurde dem meldenden Unternehmen die Liste der Namen derjenigen Experten eröffnet, welche die Weko für die Ausarbeitung eines Gutachtens beizuziehen gedachte, inklusive der zu beantwortenden Fragen. Das meldende Unternehmen erhielt die Gelegenheit, sich zu diesen Experten zu äussern und auch betreffend der Fragen Änderungs- und/oder Ergänzungsanträge zu stellen, was es mit Schreiben vom 29. Mai 2007 tat.

19. Im Rahmen der Prüfungsphase verschickte das Sekretariat wiederum Fragebögen: Am 29. Mai 2007 an das meldende Unternehmen, am 30. Mai 2007 an Lieferanten (74, wovon 60 geantwortet haben), an Konkurrenten (sieben, wovon alle geantwortet haben), an diverse Verbände (13, wovon neun geantwortet haben), Konsumentenschutzorganisationen (drei, wovon eine geantwortet hat) sowie auch an ausländische Detailhandelsunternehmen (vier, wovon keines geantwortet hat). Daneben fanden mündliche Befragungen mit den Parteien, sieben ausgewählten Konkurrenten, vier Lieferanten, zwei Verbänden und einer Konsumentenschutzorganisation statt. Bezüglich den Konsumentenschutzorganisationen ist anzufügen, dass die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) die Einladung zur Teilnahme an einer solchen Befragung trotz zweimaliger Einladung des Sekretariats

ablehnte. Die Befragungen wurden von der Weko bzw. dem Sekretariat durchgeführt.

20. Das Sekretariat eröffnete dem meldenden Unternehmen mit Schreiben vom 6. Juni 2007 die Namen derjenigen Experten,<sup>3</sup> welche die Weko definitiv mit der Ausarbeitung eines Sachverständigengutachtens beauftragte, sowie die an den jeweiligen Experten gerichteten Fragen. Darüber hinaus informierte das Sekretariat das meldende Unternehmen über den Verlauf bzw. das weitere Vorgehen betreffend der Gutachten.

21. Mit Schreiben vom 11. und 20. Juni 2007 liess das meldende Unternehmen dem Sekretariat Unterlagen zukommen und beantragte, diese an die (deutschsprachigen) Experten als Grundlage für die Erarbeitung der Gutachten weiterzuleiten, was das Sekretariat tat. Darüber hinaus verfügten die Experten über keine weiteren Unterlagen.

22. Am 29. Juni bzw. am 6. Juli 2007 reichten die Experten die schriftlichen Expertengutachten beim Sekretariat ein. Diese wurden vom Sekretariat an die Parteien sowie auch an die Mitglieder der Weko weitergeleitet.

23. Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 verschickte das Sekretariat Einladungen für die Hearings mit den Herren Herbert Bolliger (CEO Migros) und Philippe Gaydoul (CEO Denner) sowie den beauftragten Experten.

24. Mit Schreiben vom 2. Juli 2007 forderte das meldende Unternehmen das Sekretariat auf, ihm zwecks Einsichtnahme sämtliche Aktenordner zukommen zu lassen. Das Sekretariat antwortete darauf mit Schreiben vom 3. Juli 2007, dass der Umfang der zur Einsicht gewünschten Akten das übliche Mass übersteige, sodass die Akteneinsicht im Lichte des VwVG und seiner ständigen Praxis in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats zu erfolgen habe.

25. Am 5. Juli 2007 nahm das meldende Unternehmen Einsicht in die Akten in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats.

26. Am 9. Juli 2007 fanden in Bern die Hearings mit den Herren Herbert Bolliger (CEO Migros) und Philippe Gaydoul (CEO Denner) sowie den beauftragten Experten statt. An den Hearings nahmen auch weitere Vertreter der Parteien, die Mitglieder der Weko und das Sekretariat teil.

27. Anlässlich der Plenarsitzung der Weko vom 16. Juli 2007 fand eine Aussprache betreffend den Inhalt der vorläufigen Beurteilung statt. Im Anschluss daran erteilte die Weko dem Sekretariat den Auftrag, die vorläufige Beurteilung entsprechend zu formulieren.

28. Am 18. Juli 2007 nahm Denner Einsicht in die Akten in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats.

29. Am 3. August 2007 überbrachte das Sekretariat den Parteien die vorläufige Beurteilung sowie das Aktenverzeichnis. Den Parteien wurde eine Frist bis zum 16. August 2007 gewährt.

<sup>3</sup> Darunter sind drei Experten deutsch- und eine fremdsprachig.

30. Mit Schreiben vom 9. August 2007 ersuchte das meldende Unternehmen die Weko um ein erstes Gespräch über mögliche Auflagen. Daraufhin stellte das meldende Unternehmen der Weko mit E-Mail vom 14. August 2007 ein unverbindliches Diskussionspapier für mögliche Auflagen zu.

31. Am 15. August 2007 fand eine erste unverbindliche Anhörung der Parteien betreffend ihr unverbindliches Diskussionspapier für mögliche Auflagen in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats statt, woran Mitglieder der Weko sowie des Sekretariats teilnahmen.

32. Mit Schreiben vom 16. August 2007 wurden die Parteien für eine Anhörung vor der gesamten Weko anlässlich ihrer Plenarsitzung vom 20. August 2007 eingeladen.

33. Gleichentags trafen die Stellungnahmen der Parteien zur vorläufigen Beurteilung beim Sekretariat ein, welche an die Weko-Mitglieder weitergeleitet wurden. Die wesentlichen Vorbringen der Parteien werden im Abschnitt A.4. separat aufgeführt.

34. Mit Schreiben vom 17. August 2007 reichten die Parteien einen Vorschlag für mögliche Auflagen und Bedingungen beim Sekretariat ein mit dem Antrag, diesen umgehend an die Weko-Mitglieder weiterzuleiten, was das Sekretariat tat.

35. Am 20. August 2007 fanden die Anhörungen der Parteien durch die Weko anlässlich ihrer Plenarsitzung in Bern statt.

36. Mit Schreiben vom 22. August 2007 liess das meldende Unternehmen dem Sekretariat ein Schreiben zukommen, worin das meldende Unternehmen zur angekündigten Übernahme von Carrefour durch Coop Stellung nahm und beantragte, das Schreiben an die Weko-Mitglieder weiterzuleiten. Das Sekretariat leitete dieses antragsgemäss an die Weko-Mitglieder weiter.

37. Mit Schreiben vom 24. August 2007 reichte das meldende Unternehmen den überarbeiteten Vorschlag für mögliche Auflagen beim Sekretariat ein mit dem Antrag, diesen umgehend an die Weko-Mitglieder weiterzuleiten, was das Sekretariat tat.

38. Gleichentags liess der CEO von Denner dem Sekretariat ein Schreiben an die Weko zukommen, worin er sich zu den vom meldenden Unternehmen vorgeschlagenen möglichen Auflagen äusserte und beantragte, sein Schreiben umgehend an die Weko-Mitglieder weiterzuleiten. Dies tat das Sekretariat.

39. Am 3. September 2007 entschied die Weko anlässlich ihrer Plenarsitzung, das Zusammenschlussvorhaben mit Auflagen zuzulassen, welche über weite Strecken auf den Zusagen der Parteien beruhten. Das Sekretariat informierte die Parteien über diesen Entscheid mit Schreiben vom 4. September 2007. Gleichentags wurden auch die Medien über den Entscheid der Weko informiert.

### A.3 Expertengutachten

40. Bei den Experten handelt es sich um in- und ausländische Wirtschaftsfachkräfte aus Lehre und Praxis. Zu den inländischen Experten zählen Prof. Richard Senti, Peter Fuhrer und Martin Hotz, Prof. Lothar Müller-Hagedorn und Waldemar Toporowski sowie Prof. Dob-

son sind aus dem Ausland. Den Experten wurden je nach Fachgebiet unterschiedliche Fragen gestellt. Nachstehend werden die Erkenntnisse der Expertengutachten wiedergegeben.

*Prof. Lothar Müller-Hagedorn und Prof. Waldemar Toporowski*

41. Prof. Lothar Müller-Hagedorn ist seit 1992 Direktor des Instituts für Handelsforschung an der Universität zu Köln. Prof. Waldemar Toporowski ist seit Februar 2004 Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Handelsbetriebslehre der Universität Göttingen. Die Experten Müller-Hagedorn/Toporowski kamen in ihrem Gutachten zu nachfolgend aufgeführten Ergebnissen.

42. Bei der ersten Frage ging es darum, die vertikale Integration der Migros zu beurteilen bzw. die Frage zu beantworten, ob konzerneigene Lieferanten zur Marktgegenseite der Detailhandelsunternehmen gehören und welches die damit verbundenen Konsequenzen für die Lieferanten hinsichtlich deren Abhängigkeit und für Migros hinsichtlich deren Nachfragemacht sind.

43. Diese Frage wurde von den Experten nicht abschliessend beantwortet. Es wurden sowohl Argumente für den Einbezug der internen Beschaffung der Migros als auch solche dagegen vorgebracht. Argumente für den Miteinbezug der konzerneigenen Lieferanten sind ihrer Ansicht nach die folgenden:

- Gemäss einer an der Unternehmenspolitik orientierten Sichtweise würden konzerneigene Herstellerunternehmen als Teil des Beschaffungsmarktes betrachtet.

- Das Management einer Handelsunternehmung könne grundsätzlich zwischen interner und externer Beschaffung wählen. Es könne angenommen werden, dass die intern verrechneten Preise konzernintern immer auch mit externen Angeboten abgeglichen würden. Somit stünden externe Anbieter zumindest langfristig im Wettbewerb mit konzerninternen Anbietern, wenn ein auf Gewinn ausgerichtetes Verhalten verfolgt werde.

- Bei der Eigenherstellung durch die Migros handle es sich um eine unternehmerische Entscheidung, die geändert werden könne. Je intensiver der Wettbewerb auf der Absatzseite sei, umso genauer müsse eine Unternehmung auch die Beschaffung bzw. die Eigenfertigung analysieren.

44. Die Argumente gegen den Miteinbezug der konzern-eigenen Lieferanten der Migros sind die folgenden:

- Unterschiede zwischen konzerninternen und konzernexternen Lieferanten bestünden darin, dass konzerninterne Anbieter die konzerninterne Nachfrage in der Regel nicht kurzfristig verlieren würden. Dies könne konzernexternen Anbietern jedoch sehr wohl widerfahren. Zudem würden im Regelfall die konzerninternen Nachfrager bevorzugt behandelt.

- Wenn ein auf dem Absatzmarkt mächtiges Unternehmen (z.B. 35%) all seine abgesetzten Produkte selbst herstellen würde, würde es auch auf dem

Beschaffungsmarkt als starkes Unternehmen dargestellt, obwohl es mit keinem einzigen externen Anbieter verhandle. Augenscheinlich könne nicht von einer Abhängigkeit der externen Hersteller von diesem marktmächtigen Unternehmen gesprochen werden. Es sei auch nicht erkennbar, welchen wettbewerbspolitisch motivierten Verhaltensregeln man dieses Handelsunternehmen auf dem Beschaffungsmarkt unterwerfen solle. Da besagtem Unternehmen von externen Herstellern keine Waren geliefert würden, könne es keinen Druck auf deren Preise ausüben. Daneben könne das liefernde Unternehmen auch nicht in der Wahl seiner Kunden beeinflusst werden.

45. Aufgrund vorstehender Argumente sei daher nahelegend, Marktanteilsberechnungen ohne die interne Beschaffung vorzunehmen, also das konzerninterne Beschaffungsvolumen auszuklammern.

46. Hinsichtlich der Folgen des Zusammenschlusses für die Hersteller hielten Müller-Hagedorn/Toporowski fest, dass zwei Wirkungen benannt werden könnten: Erstens könne ein Teil der bisherigen Nachfrage von Denner bei den Herstellern nach dem Zusammenschluss auf konzerneigene Herstellbetriebe der Migros übertragen werden. Die Hersteller würden sich dann einer geringeren Nachfrage gegenüber sehen. Zweitens werde sich das Einkaufsvolumen von Migros in Verbindung mit Denner bei den konzernfremden Herstellunternehmen erhöhen. Die Hersteller würden also durch den Zusammenschluss doppelt betroffen sein. Das Ausmass werde auch davon abhängig sein, welche Produktionskapazitäten konzernintern bei der Migros zur Verfügung stünden.

47. Die zweite Frage lautete, ob der Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt auch den Spezialhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.), Convenience-Shops und/oder Warenhäuser umfasst.

48. Gemäss Müller-Hagedorn/Toporowski sollten nicht nur die Vollversorger dem Markt zugerechnet werden. Ebenso wenig teilen sie die Auffassung, dass die Vollversorger nach der Grösse der Verkaufsstellen in Hypermärkte, Supermärkte und kleine Supermärkte weiter unterteilt werden müssten. Zudem erscheine es notwendig, die Discounter dem Markt der Vollversorger zuzurechnen.

49. Die Angebotsformen Spezialhandel, Convenience-Shops und/oder Warenhäuser werde man dann zum Lebensmittel-Detailhandelsmarkt zählen, wenn die Verbraucher diese Geschäfte als für ihren Einkauf von Lebensmitteln geeignet ansehen würden. Dafür würden folgende Plausibilitätspunkte sprechen:

- Schon der Umstand, dass all diese Betriebsformen auch Lebensmittel verkaufen würden, liesse erkennen, dass diese Geschäfte augenscheinlich als Einkaufsquelle für Lebensmittel akzeptiert seien.

- Auch diejenigen Konsumenten, die bislang nicht oder kaum im Spezialhandel gekauft, sondern stattdessen den Vollversorger bevorzugt hätten, könnten sich des Spezialhandels bedienen. Die Anforderungen an die Substituierbarkeit der einzelnen Einkaufsmöglichkeiten sollten dabei nicht

so eng definiert werden, dass es sich bei den in den verschiedenen Betriebsformen erworbenen Leistungen um genau gleiche Leistungen handeln müsse. Denn eine solche Identität sei genau genommen nie gegeben. Trotzdem könne ein Konsument, obwohl er Unterschiede wahrnehme, verschiedene Einkaufsstätten als Substitute ansehen. Die Kaufbereitschaft bzw. die Bereitschaft von einem Geschäft zu einem anderen zu wechseln, werde davon abhängen, inwieweit einzelne Geschäfte den Anforderungen bzw. dem Bedarf des Konsumenten entsprechen würden. Im Regelfall sei also die Substitutionsbereitschaft nicht als "vorhanden" oder als "nicht vorhanden" anzusehen, sondern als eine stetige Grösse.

- Schliesslich schätze der Konsument in vielen Fällen den One-Stop-Einkauf, würde aber auch Geschäfte mit eingeschränktem Sortiment zu den relevanten Angebotsformen zählen, denn bei Unzufriedenheit mit dem Angebot in preislicher oder qualitativer Hinsicht könne ein Konsument zwischen den einzelnen Angebotsformen wechseln, wenn dies auch mit erhöhten Mühen verbunden sein könne.

50. Bei der dritten Frage ging es darum, die Eintrittsbarrieren (Kosten der Erschliessung neuer Standorte, Handelshemmnisse, Konsumentenpräferenzen, Marktkonzentration etc.) in den Lebensmittel-Detailhandelsmarkt im Allgemeinen und für die Schweiz im Besonderen unter besonderer Berücksichtigung des im Oktober 2005 erfolgten Markteintritts von Aldi und des erwarteten Markteintritts von Lidl zu beurteilen.

51. Die Experten Müller-Hagedorn/Toporowski halten, bezogen auf den Schweizer Markt, fest, dass es eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen gebe, die dazu führen könnten, dass die Beschaffungskonditionen für die in den Schweizer Markt eintretenden Handelsunternehmen schlechter ausfallen könnten als für die im Markt etablierten Handelsunternehmungen. Eine solche Fragestellung müsste letztendlich empirisch überprüft werden, was im Rahmen ihres Gutachtens nicht geleistet werden könne. Beziehe man den Markteintritt von Aldi in die Analyse ein, so sei Folgendes festzustellen:

- Kostenvorteile/Betriebsgrössensparnisse: Aldi sei offensichtlich in der Lage gewesen, Detailhandelspreise in seinen Filialen zu setzen, die deutlich unterhalb jener eines im Schweizer Markt etablierten Discounters, sprich Denner, liegen würden. Auch wenn die Preiskalkulationen der beiden Unternehmen (Aldi und Lidl) nicht bekannt seien, spreche dieser Umstand dafür, dass Aldi im Zuge seines Markteintritts in der Lage sei, auf dem Beschaffungsmarkt Einkaufskonditionen zu generieren, die eine konkurrenzfähige Preispolitik zuließen.

- Loyalität und Präferenzen der Kunden/Bekanntheitsgrad: Bezogen auf den Markteintritt von Aldi sei festzustellen, dass in den Anzeigen mit Frische und mit dem Herkunftsland Schweiz geworben werde.

- Höhe und Art der notwendigen Investitionen: Bezogen auf den Markteintritt von Aldi und Lidl sei zu konstatieren, dass dem Grossteil der schweizerischen Konsumenten die Betriebsform des Hard-Discounters und auch die konkrete Unternehmenspolitik von Aldi und Lidl bekannt sein dürften. Alleine der Einkaufstourismus der schweizerischen Konsumenten, dessen Volumen auf ca. CHF 2.1 Mia. geschätzt werde, stütze diese Annahme. Ein zusätzlicher Schub für den Bekanntheitsgrad dürfte die Berichterstattung in den Medien über die geplante Expansion der Discounter in der Schweiz erfahren haben.

- Zugang zu benötigten Ressourcen: Ein erfolgreicher Markteintritt hänge auch von der Verfügbarkeit geeigneter Mitarbeiter, geeigneten Standorten etc. ab. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass die kostspieligen Stellenanzeigen in Tageszeitungen als Indiz für eine begrenzte Verfügbarkeit qualifizierter Kräfte interpretiert werden könnte. Hingegen erwecke die Zahl von erteilten und hängigen Baugenehmigungen für Aldi-Filialen den Eindruck, dass bei den benötigten Flächen von ca. 1000m<sup>2</sup> und 50-100 Parkplätzen keine unüberwindbaren Markteintrittsbarrieren existieren würden.

- Endogene Markteintrittsbarrieren: Zu diesen gehörten Massnahmen der im Markt etablierten Unternehmungen. Bereits mit dem Bekanntwerden der Expansionspläne deutscher Discounter in den Schweizer Markt sei das Preisniveau im Lebensmitteldetailhandel unter Druck geraten. Zugleich seien von den etablierten Händlern Migros und Coop neue Billiglinien (M-Budget bzw. Prix Garantie) ins Sortiment aufgenommen worden. Diese Massnahmen würden zeigen, dass beide Unternehmen in der Lage seien, ihre Sortimente und Preise der neuen Herausforderung anzupassen. Angesichts der Finanzkraft von Aldi und Lidl sei allerdings zu bezweifeln, dass die genannten sortiments- und preispolitischen Massnahmen die Expansion beeinflussen könnten.

52. Die vierte Frage lautete, ob die Markteintrittsbarrieren in den Lebensmittel-Detailhandelsmarkt durch das Zusammenschlussvorhaben verändert werden.

53. Die Experten Müller-Hagedorn/Toporowski sind der Ansicht, dass durch den Zusammenschluss insgesamt Chancen für eine Verbesserung der Beschaffungskonditionen erkennbar seien. Betreffend der Markteintrittsbarriere Loyalität und Präferenzen der Kunden/Bekanntheitsgrad seien starke Auswirkungen auf die Höhe der Markteintrittsbarriere nicht ersichtlich. Ebenso wenig seien Rückwirkungen auf die erforderlichen Kommunikationsmassnahmen potenzieller Kandidaten für einen Markteintritt erkennbar. Ebenfalls vom Zusammenschlussvorhaben nicht negativ tangiert werde die Verfügbarkeit von geeigneten Mitarbeitern. Bezüglich der Frage, ob sich die Verfügbarkeit von Sortimenten nach dem Zusammenschluss verändern könne, sei nicht erkennbar, dass die Generalimporteure für Herstellermarken (Markenartikel) eine andere Politik als bisher betreiben würden. Einige Lieferanten von Migros/Denner würden sich

einer konzentrierten Nachfrage des fusionierten Unternehmens gegenübersehen. Das könnte sie davon abhalten, mit neu in den Markt eintretenden Unternehmungen Geschäftsbeziehungen aufzunehmen. Insofern sei eine Verknappung der Beschaffungsoptionen denkbar. Wie stark sie wirken könne, hänge von der Grösse und der Einschätzung der Erfolgsaussichten des in den Markt eintretenden Unternehmens ab.

54. Ferner sei nicht zu erwarten, dass von dem Zusammenschluss eine Wirkung auf die staatlichen Vorschriften ausgehen werde. Es sei hingegen denkbar, dass die Abhängigkeit einzelner Lieferanten, die gleichzeitig für die in den Markt eintretenden Unternehmungen wichtig seien, durch den Zusammenschluss zunehmen würde. Dies könnte von Migros/Denner dazu genutzt werden, das Verhalten der Lieferanten gegenüber diesen Unternehmungen zu beeinflussen. Ob ein solches Szenario realistisch sei, müsste allerdings näher untersucht werden.

*Peter Fuhrer und Martin Hotz (Fuhrer & Hotz AG, Excellence in Retailing)*

55. Peter Fuhrer und Martin Hotz bieten Beratungen im Bereich Marketing für Detailhändler an. Sie sind die Gründer des Schweizerischen Marketingforums. Peter Fuhrer und Martin Hotz kamen in ihrem Gutachten zu nachfolgend dargelegten Ergebnissen.

56. Bei der ersten Frage ging es um eine kritische Würdigung des Parteigutachtens Roeb über die Auswirkungen des Markteintritts von Aldi und Lidl auf den schweizerischen Markt.

57. Zunächst weisen die Experten Hotz und Fuhrer in ihrem Gutachten darauf hin, dass sie die Arbeit von Roeb seit vielen Jahren verfolgen und ihn auch regelmässig als Referenten zu ihren Veranstaltungen im Rahmen des Schweizerischen Marketing Forums einladen würden. Er geniesse europaweit als anerkannter Experte des Discount-Detailhandels ein hohes Ansehen und gelte als profunder Kenner der beiden Unternehmen Aldi und Lidl.

58. Aldi und Lidl würden pro Verteilzentrum in der Regel jeweils zwischen 60 und 80 Verkaufsstellen beliefern. Basierend darauf liesse sich in Kombination mit den hierzulande existierenden und geplanten Verteilzentren ableiten, dass Aldi und Lidl bei ihrer Planung von je 240 bis 300 Filialen ausgehen würden (total bis zu 600 Verkaufspunkten).

59. Gestützt auf die Schätzungen, dass Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten jedes Jahr Waren im Gegenwert von über CHF 2 Mia. im Ausland einkaufen würden, liesse sich ableiten, dass Discount-Formate im Allgemeinen sowie Aldi und Lidl im Speziellen von den Schweizerinnen und Schweizern nicht nur geschätzt, sondern auch frequentiert würden. Betrachte man darüber hinaus den im europäischen Vergleich ausgesprochen tiefen Marktanteil des Discounts in der Schweiz, so verdeutliche dies das grosse Wachstumspotential von Aldi und Lidl in der Schweiz und deute darauf hin, dass beide Unternehmen alles daran setzen würden, ihre Expansion schnell auf- bzw. auszubauen. Die Geschwindigkeit dieser Expansion liesse sich schwerlich abschätzen, dennoch erschienen die diesbezüglichen Szenarien von Roeb durchaus plausibel.

60. Des Weiteren teilten die Experten Fuhrer/Hotz die Einschätzung von Roeb, dass die Expansion von Aldi und Lidl ungeachtet vom Zusammenschluss Migros/Denner erfolgen werde. Trotz der bestehenden Verkaufsstelldichte im Schweizer Detailhandel seien gerade für Discount-Formate wie jene von Aldi und Lidl nach wie vor genügend attraktive Standorte vorhanden. Vor diesem Hintergrund wären Migros/Denner nicht in der Lage, Aldi und Lidl an der Sicherung bzw. Erschliessung von geeigneten Standorten zu hindern oder sogar von einem Eintritt in den Schweizer Markt abzuhalten. Ein weiteres Indiz für eine Fortführung oder sogar Beschleunigung der eingeleiteten Expansionspläne sei die von Aldi unlängst angekündigte Kapitalerhöhung auf über CHF 900 Mio.

61. Im Übrigen dürften Aldi und Lidl wegen der ungeeigneten Lage, der zu kleinen Fläche und der mangelnden Parkplätze von Denner-Filialen an einer Übernahme von Denner kaum interessiert gewesen sein.

62. Zudem stelle Denner aus Konsumentensicht bis und mit heute keine echte Alternative zu Migros oder Coop dar; dies zum einen aufgrund der unterschiedlichen Marktpenetration und zum anderen aufgrund der komplementären Sortimentsstruktur. Denner sei fokussiert auf die Warengruppen Alkohol und Tabak, mit denen er ca. [...] % seines Umsatzes erziele und die bei der Migros nicht geführt würden. Zudem fehle Denner weitestgehend die Frischekompetenz, welche bei der Migros ein wesentlicher Bestandteil des Unternehmenserfolges darstelle.

63. Schliesslich sei die Beschaffung im Detailhandel eine entscheidende Grösse zur Steigerung der Attraktivität und zur Verbesserung eines jeden Handelskanals. Gerade hier hätten sowohl Aldi als auch Lidl deutlich bessere Konditionen als Migros/Denner zusammen. All diese Umstände verdeutlichten, dass ein Zusammenschluss von Migros und Denner auf dem Absatzmarkt zu keinen nennenswerten Veränderungen führe.

64. Bei der zweiten Frage ging es darum, die Eintrittsbarrieren in den Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt unter Berücksichtigung des Schweizer Immobilienmarkts zu beurteilen.

65. Einleitend zu dieser Frage halten die Experten fest, dass ausschliesslich neu in einen Markt eintretende Unternehmen von Eintrittsbarrieren im eigentlichen Sinn tangiert werden könnten. Hindernisse und Anforderungen, die auch von existierenden Detailhändlern zu beachten seien, stellten somit keine Markteintrittsbarrieren dar, sondern vielmehr Rahmenbedingungen, unter denen der Wettbewerb stattfindet. Somit stelle etwa die Agrargesetzgebung keine Markteintrittsbarriere dar, weil sämtliche Detailhändler ihre Lebensmittel in Übereinstimmung mit der schweizerischen Agrargesetzgebung beschaffen müssten.

66. Folgedessen seien einzig der Zugang zu Standorten und zu Lieferanten erwähnenswerte Eintrittsbarrieren. Aldi und Lidl würden mit ihrer Expansion beweisen, dass sie genügend Standorte finden und erschliessen könnten. Allerdings sei zu beachten, dass Aldi und Lidl mit ihren verhältnismässig kleinen Flächen von 700 bis 1200m<sup>2</sup> nicht mit zonen-, bau- und umweltrechtlichen

Problemen konfrontiert würden wie dies bei der Erstellung von Hypermärkten (z.B. Carrefour) oder Einkaufszentren der Fall sei. Aldi und Lidl suchten typischerweise auch keine Standorte in der Innenstadt, da ihr Discount-Konzept mit diesen nicht richtig verwirklicht werden könne. Darüber hinaus seien diese Lagen für Harddiscount-Formate ohnehin zu teuer. Der Platzbedarf für eine Aldi- oder Lidl-Verkaufsstelle betrage zwischen 4'000 und 6'000m<sup>2</sup>. Zudem seien die Baukosten tiefer als im Detailhandel sonst üblich, da kein unterirdisches Parking gebaut werden müsse. Alle Verkaufspunkte würden in Rekordzeit realisiert. Damit seien die Markteintrittsbarrieren für Harddiscounter deutlich tiefer als für traditionelle Detailhändler, die auf grössere Flächen und/oder Standorte in der Innenstadt bzw. Frequenzlagen angewiesen seien.

67. In Anbetracht der existierenden Dominanz der beiden Grossverteiler und der damit verbundenen, von der Industrie verschiedentlich beklagten Abhängigkeit von Migros und Coop, hätten die Zulieferer ein grosses Interesse, ihre Distribution mit Aldi und/oder Lidl auszuweiten. Dies dürfte wiederum dafür sorgen, dass Aldi und Lidl – so weit sie dies benötigen würden – in der Schweiz problemlos beliefert würden. Dies sei durch die aktuellen Sortimente von Aldi belegt. Zudem äusserten sich Schweizer Lieferanten, die bereits mit Aldi zusammenarbeiten würden, bisher positiv über den korrekten Umgang und das partnerschaftliche Verhältnis. Diese Aussagen würden insbesondere für Lidl durch die Ergebnisse einer durch Fuhrer & Hotz durchgeführten Online-Befragung von Marktteilnehmern bestätigt.

68. Zusammenfassend würden sich die Experten Fuhrer/Hotz der Feststellung von Roeb anschliessen, wonach die Markteintrittsbarrieren für Aldi und Lidl nicht hoch seien und problemlos überwunden werden könnten.

69. Bei der dritten Frage ging es um die Beurteilung, ob die Markteintrittsbarrieren in den Lebensmittel-Detailhandelsmarkt durch das Zusammenschlussvorhaben verändert werden.

70. Für die Experten Fuhrer/Hotz ist nicht ersichtlich, wie ein Zusammenschluss von Migros/Denner die Markteintrittsbarrieren für Aldi und Lidl tangieren soll. Die Markteintrittsbarrieren würden nur dann verändert, wenn es ausländische Detailhändler geben würde, die ernsthaft am Kauf von Denner interessiert wären. Dies sei sehr unwahrscheinlich, zumal die Standorte von Denner für Discounter ungeeignet und die Flächen der Denner-Verkaufsstellen für einen klassischen Supermarkt tendenziell zu klein seien. Zudem dürfte keine ausländische Supermarktkette daran interessiert sein, just zu dem Zeitpunkt in der Schweiz Fuss fassen zu wollen, in dem die beiden grössten und aggressivsten europäischen Harddiscounter ihre Expansion mit grosser Kraft und hoher Geschwindigkeit auf- bzw. ausbauten.

71. Daher habe der Eintritt von Aldi und Lidl den Schweizer Markt nachhaltig beeinflusst und werde diesen noch weiter beeinflussen. So sei die Wettbewerbsintensität im Schweizer Markt heute so gross wie nie zuvor, was sich wiederum in den kontinuierlich sinkenden Preisen niederschläge. Aufgrund der Erfahrungen im Ausland sei von einer weiter zunehmenden Wettbewerbsintensität auszugehen, was sich mit den Erwartungen der Experten ihrer Online-Befragung decke.

72. Bei der vierten Frage sollte beurteilt werden, ob der Marktwert der Denner AG aus Sicht verschiedener potenzieller Käufer (Aldi, Carrefour, Coop, Lidl, Spar, Walmart etc.) unterschiedlich hoch ist.

73. Die Experten Hotz und Fuhrer schicken voraus, dass es für sie grundsätzlich nur einen Marktwert gebe, nämlich jenen, den ein potenzieller Käufer zu zahlen bereit sei. Sie sähen sich nicht im Stande, die Zahlungsbereitschaft anderer Detailhändler/Investoren zu ermitteln, da dafür eine Vielzahl unternehmerischer Überlegungen und Prioritäten ausschlaggebend seien. Die Zahlungsbereitschaft würde aber – neben zahlreichen anderen Faktoren – davon abhängen, was der potenzielle Käufer mit Denner nach dem Kauf machen wolle.

74. Die Zahlungsbereitschaft dürfte dann am höchsten sein, wenn der Käufer beabsichtige, Denner als eigenständigen Kanal in der bisherigen Form weiterzuführen. Falls Denner hingegen in das Format des Käufers umgewandelt werden solle, so dürfte die Zahlungsbereitschaft (aufgrund hoher Integrationskosten) tiefer sein und in erster Linie davon abhängen, wie nahe das Denner-Format beim Format des Käufers sei. Je unterschiedlicher die beiden Formate seien, desto tiefer dürfte aufgrund der höheren Umwandlungs- bzw. Transaktionskosten tendenziell die Zahlungsbereitschaft sein.

75. Abklärungen hätten ergeben, dass kein anderer Lebensmittelhändler ernsthaft an einer Denner-Übernahme interessiert gewesen sein dürfte.

*Prof. Richard Senti*

76. Prof. Richard Senti (em.) war bis April 2000 am Institut für Wirtschaftsforschung der ETH Zürich tätig und leitete die Forschungsgruppe Aussenwirtschaft und Agrarmarktfragen. Senti kam in seinem Gutachten betreffend die Beurteilung der Abhängigkeiten inländischer Milchprodukte-, Fleisch-, Obst- und Gemüselieferanten vom Detailhandel vor und nach dem Zusammenschluss – unter besonderer Berücksichtigung der KMU – zu folgenden Ergebnissen.

77. Senti weist darauf hin, dass die vom MGB in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens für gewisse Produktgruppen angegebenen Marktanteile etwas fragwürdig seien und offensichtlich von unterschiedlichen Referenzwerten ausgingen.

78. In seinem Gutachten führt Senti weiter aus, dass für alle Detailhändler der gleiche Agrarschutz an der Grenze gelte. Der Hinweis im Gutachten Roeb, mit einer Schwächung Denners und der Migros zu Gunsten von Aldi und Lidl würden die Schweizer Lieferanten geschwächt, weil Aldi bereits jetzt zwei Drittel des Sortimentes von etablierten Lieferanten aus Deutschland und der EU beziehen würde, sei deshalb zu relativieren. Denn Aldi und Lidl hätten ihre Agrarprodukte zu den gleichen Bedingungen zu importieren wie die schweizerischen Unternehmen, und umgekehrt hätten die schweizerischen Unternehmen in der EU den gleichen Marktzugang wie die EU-eigenen Unternehmen.

79. Senti kommentiert die von den Parteien gelieferten Marktanteile auf den einzelnen Beschaffungsmärkten wie folgt:

- In den Bereichen Brot/Backwaren und Snacks/Apéro erhöhe der Zusammenschluss Migros/Denner den Migros-Marktanteil um [0-10]% auf insgesamt [0-10]%. Ein Marktanteil von gut [0-10]% bei einer relativ breiten Streuung der restlichen [90-100]% (verteilt auf Coop, kleinere Detailhandelsketten wie Spar, Volg usw. sowie viele Bäckereien und Konditoreien) verschaffe der Migros weder eine marktbeherrschende Stellung noch eine Preisführerschaft.

- Nicht anders lägen die Verhältnisse bei Suppen, Tiernahrung, Cerealien, Süswaren, Traiteurzeugnissen, Milchprodukten und Eiern. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Denner lägen in diesen Bereichen etwas höher als bei Brot und Snacks, aber die fusionsbedingten Zuwachsraten seien bescheiden. Dazu komme, dass in den meisten Produktbereichen eine Produktdifferenzierung in Form von Migros-Eigenmarken und Markenartikeln bei Denner bestehe.

- Bei Fleisch, Wurstwaren, Fisch, Konserven, Saucen und Tiefkühlprodukten werde die Migros marktanteilmässig zu Coop aufschliessen. Aber auch hier seien die von Denner übernommenen Marktanteile bescheiden. Es sei zu vermuten, dass die Migros nach dem Zusammenschluss Denner mit Fleischprodukten beliefere.

- Relativ gross seien die Marktanteile der Migros mit über [20-30]% bei Obst, Früchten, Gemüse und Salat. Demgegenüber seien die Anteile von Denner gerade im Frischproduktebereich mit weniger als [0-10]% niedrig, so dass sich durch den Zusammenschluss praktisch keine Veränderung der Marktposition der Migros ergebe.

*Prof. Paul Dobson*

80. Prof. Paul Dobson ist seit 1998 ordentlicher Professor für Wettbewerbsökonomie an der Loughborough University Business School im Vereinigten Königreich. Er hat im Auftrag zahlreicher Wettbewerbs- und Regulatorbehörden, wie z.B. der Europäischen Kommission DG Comp, dem Office of Fair Trading, der Financial Services Authority, UNCTAD und OECD, Gutachten erstellt oder war für diese als Berater tätig. Derzeit ist er Mitglied des beratenden Gremiums des American Antitrust Institutes, in das er im Jahre 2004 als erster Nicht-Amerikaner aufgenommen wurde. In seinem Gutachten kam Dobson zu nachfolgend dargelegten Ergebnissen.

81. Bei der ersten Frage ging es darum, die vertikale Integration der Migros zu beurteilen bzw. die Frage zu beantworten, ob konzernerneigene Lieferanten zur Marktgegenseite der Detailhandelsunternehmen gehören und welches die damit verbundenen Konsequenzen für die Lieferanten hinsichtlich deren Abhängigkeit und für Migros hinsichtlich deren Nachfragemacht sind.

82. Gemäss Dobson kann davon ausgegangen werden, dass die Migros-Industriebetriebe auf den gleichen Märkten tätig sind wie nicht-integrierte Lieferanten von ähnlichen Gütern, d.h. Produkte, die von Konsumenten als nahe Substitute betrachtet werden. Der Grund hierfür bestehe darin, dass sich die beiden Gruppen von Lieferanten in dem Ausmass direkt (über den Wettbewerb um

den Regalplatz) oder indirekt (durch den Wettbewerb zwischen den Detailhändlern) disziplinieren könnten als sie sich gegenseitig in der Preisgestaltung beschränken würden.

83. Hinsichtlich der Abhängigkeit von Lieferanten bzw. der Nachfragemacht der Migros hält Dobson fest, dass der Lebensmittel-Detailhandel in der Schweiz stark konzentriert sei. Daneben deuteten auch andere Besonderheiten des Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkts darauf hin, dass sich die führenden Detailhändler in einer Position befänden, um Nachfragemacht auszuüben. Insbesondere die hohe Bedeutung von Eigenmarken eröffne führenden Detailhändlern eine glaubhafte Alternative zu Markenartikeln. Darüber hinaus führe die zunehmende Tendenz, national oder international zu beschaffen, zu einer Ausweitung potenzieller Lieferanten, was die Verhandlungsmacht der Detailhändler zusätzlich steigere.

84. Im Übrigen schein es wahrscheinlich, dass es für grosse Detailhändler relativ einfach und günstig sei, unabhängige Lieferanten auszutauschen, da die Umstellungskosten auf andere Lieferanten tief seien, solange alternative Lieferanten mit ausreichenden Kapazitäten vorhanden seien. Demgegenüber wäre es für einen Lieferanten, welcher seine vertragliche Beziehung zu einem grossen Detailhändler verliere, zumindest kurzfristig schwieriger, das verlorene Produktionsvolumen mit anderen Detailhändlern zu kompensieren. Somit seien die Umstellungskosten der Lieferanten eher als hoch einzustufen. Diese Asymmetrie betreffend die Verhandlungsmacht lege nahe, dass die führenden Detailhändler in der Lage seien, gegenüber den Lieferanten Nachfragemacht auszuüben. Einzige Ausnahmen würden die eher seltenen Fälle darstellen, in denen Detailhändler "unabhängbaren" Lieferanten (z.B. weil sie eine besondere Produktqualität anbieten) oder "Must-Stock"-Marken-Lieferanten gegenüberstünden. Diese Faktoren zusammen würden nahe legen, dass sich die führenden Detailhändler gegenüber ihren Lieferanten in einer starken Verhandlungsposition befänden.

85. Zusammenfassend könne davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben die Abhängigkeit der Lieferanten von den Detailhändlern und damit die Nachfragemacht der Migros erhöhen werde. Diese gesteigerte Nachfragemacht könnte gewisse Vorteile für die Konsumenten mit sich bringen, falls sie in Form eines tieferen Preisniveaus und/oder besserer Qualität, Auswahl und Innovation weitergegeben wird. Wenn der Effekt von solch erhöhter Nachfragemacht jedoch sei, Investitionen von Lieferanten sowie den Wettbewerb im Detailhandel zu reduzieren, ergäben sich nachteilige Auswirkungen für die Konsumenten.

86. Bei der zweiten Frage ging es darum zu beurteilen, ob der Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt auch den Fachhandel (z.B. Metzgereien, Bäckereien etc.) Convenience-Shops und/oder Warenhäuser umfasst.

87. Basierend auf Daten von AC Nielsen zum europäischen Einkaufsverhalten aus dem Jahr 2002 kommt Dobson zum Schluss, dass der Detailhandelsmarkt für Güter des täglichen Bedarfs – unter der Voraussetzung, dass sich die Einkaufsverhalten nicht substantiell verän-

dert haben – den Spezialhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.), Convenience-Shops, und/oder Warenhäuser nicht umfasst. Vielmehr schienen Fachgeschäfte keine genügend nahe Substitute darzustellen, um solche Einkaufsbedürfnisse zu befriedigen. Der Grund hierfür bestehe wohl darin, dass Fachgeschäfte nicht die Breite von Gütern bzw. Auswahl anbieten würden, welche ein Konsument für einen Grosseinkauf benötige.

88. Diese Erkenntnis stimme mit erst kürzlich im Vereinigten Königreich durchgeführten Untersuchungen im Detailhandel überein, welche primäre und sekundäre Einkaufsbedürfnisse identifizierten. Primäre Einkaufsbedürfnisse würden in der Regel wöchentlich in einem einzigen Geschäft, welches über eine grosse Auswahl an Lebensmittel verfüge, befriedigt. Sekundäre Einkaufsbedürfnisse, führten zu häufigeren, aber weniger umfangreichen Einkäufen, welche insbesondere verderbliche Waren wie Brot oder Milch umfassten.

89. Vor dem Hintergrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens könnten die Expansion von Aldi und der bevorstehende Markteintritt von Lidl im Prinzip einen disziplinierenden Einfluss ausüben. Es sei jedoch davon auszugehen, dass Denner, welcher als kleinformatiger "soft-discounter" bezeichnet werden könne, durch Aldi und Lidl in wettbewerblicher Hinsicht diszipliniert würde, nicht aber die Migros. Selbst wenn Aldi und Lidl es schaffen würden, sich zahlreich und in der Nähe von grossen Migros-Läden zu installieren, würden Konsumenten sie infolge der limitierten Breite und Tiefe ihrer Sortimente nicht für ihre primären Einkaufsbedürfnisse aufsuchen. Aldi und Lidl könnten wohl aber einen Einfluss auf die sekundären Einkaufsbedürfnisse und somit auf kleinere Migros-Geschäfte haben.

90. Schliesslich sei in geografischer Hinsicht für die primären Einkaufsbedürfnisse von Fahrzeiten von 10-15 Minuten, für sekundäre Einkaufsbedürfnisse von kürzeren Fahrzeiten auszugehen.

91. Bei der dritten Frage ging es darum, die Markteintrittsbarrieren (Baukosten, Handelsrestriktionen, Kundenpräferenzen, Marktkonzentration etc.) in den Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt im Allgemeinen und für die Schweiz im Besonderen unter besonderer Berücksichtigung des erfolgten Markteintritts von Aldi und dem angekündigten Markteintritt von Lidl zu beurteilen.

92. Dobson geht auf jede Markteintrittsbarriere separat ein. In bauplanungsrechtlicher Hinsicht sei es wahrscheinlich, dass im Markt etablierte Detailhändler einen sog. "first-mover"-Vorteil hätten. Potenzielle Markteintritter könnten demgegenüber mit höheren Kosten für die Erstellung von Verkaufsstellen und/oder einem kleineren Absatzpotenzial infolge ungünstigeren Standorten konfrontiert sein. Diese Nachteile könnten Neueinsteiger bei der Expansion behindern oder sie sogar vom Markteintritt abhalten. Daneben bestünden für im Markt etablierte Detailhändler verschiedene Verhaltensweisen, die den Markteintritt von Konkurrenten in lokale Märkte behindern könnten. Dazu gehöre namentlich das Kaufen und Halten von Land, welches ein potenzieller Konkurrent für die Entwicklung einer geeigneten Geschäftslokalität benötigen würde ("strategic land holdings").



93. Als Fazit hält Dobson fest, dass die Eintrittsbarrieren für viele potenzielle Markteintriter als beträchtlich schienen. Vor diesem Hintergrund sei nicht sicher, dass neue Markteintritte effizient und in einem Ausmass erfolgen würden, um die stark positionierten und etablierten Detailhändler herauszufordern.

94. Bei der vierten Frage ging es darum zu beurteilen, ob die Eintrittsbarrieren durch den Zusammenschluss verändert werden.

95. Zusammenfassend kommt Dobson zum Schluss, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine potenzielle Abwehraktion von Migros und Denner sein könne, die es ihnen erlaube, sich besser gegen neue Markteintriter (insbesondere internationale Hard-Discounter) resp. deren aggressive Expansion zu schützen. Während die resultierenden Effizienzen des Zusammenschlusses gewisse Vorteile für die Kunden zur Folge haben könnten, etwa in der Form eines verbesserten Angebotes, bestünden die Bedenken darin, dass die Schweizer Konsumenten bei einer erheblichen Erhöhung der Markteintritts-, Expansions- oder Mobilitätsbarrieren nicht vom neuen Wettbewerb im Markt profitieren könnten.

#### *Berücksichtigung der Expertengutachten*

96. Im Nachfolgenden wird auf die Erkenntnisse vorgenannter Experten eingegangen, soweit es sich nicht um allgemein bekannte Tatsachen handelt. Die Weko ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Würdigung eines Gutachtens grundsätzlich frei. Sie darf in Fachfragen allerdings nicht ohne triftige Gründe von den Folgerungen des Gutachters abweichen.<sup>4</sup> Diesbezüglich monierten die Parteien, dass die Weko gar keine Expertengutachten hätte erstellen lassen müssen, da sie über das nötige Fachwissen verfüge.

97. Dieses Vorbringen der Parteien stösst indes ins Leere. Es ist zwar richtig, dass die Weko über Fachwissen verfügt, doch stellten sich im vorliegenden Verfahren Fragen, für deren Beantwortung der Beizug von Experten unumgänglich war. Die von der Weko beauftragten Gutachter wurden im Hinblick auf die Gesamtbeurteilung des Zusammenschlussvorhabens ergänzend beigezogen. Diese Massnahme ist gemäss Art. 19 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission (SR 251.1) explizit vorgesehen und steht der Weko, den Kammern als auch dem Sekretariat in jedem kartellrechtlichen Verfahren zur Verfügung.

#### **A.4 Stellungnahme der Parteien zur vorläufigen Beurteilung**

##### *Rechtslage*

98. Einleitend äussern sich die Parteien zur Rechtslage und machen dabei im Wesentlichen geltend, dass im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens einzig zu beurteilen sei, welche direkten Folgen der Zusammenschluss auf den Wettbewerb habe. Dabei verweisen sie auf den kürzlich ergangenen Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts i.S. Swissgrid (BGE 2A.325/2006, Erw. 6.3 vom 13. Februar 2007). Demzufolge sei ein Zusammenschluss nur dann kritisch, wenn die kausale Folge des Zusammenschlusses die Beseitigung des Wettbewerbs sei.

99. In Bezug auf das Kriterium der Beseitigung des Wettbewerbs unterscheide sich das schweizerische Kartellgesetz im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wesentlich vom europäischen Recht. Das schweizerische Recht stelle deutlich höhere Eingriffsvoraussetzungen auf als jenes der EU und der meisten anderen europäischen Länder (insbesondere Deutschland). In der EU genüge es, dass durch den Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb erheblich behindert würde, wohingegen das schweizerische Recht eine Untersagung eines Zusammenschlusses nur dann erlaube, wenn durch den Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Bei diesem Unterschied handle es sich nicht um ein Versehen des Gesetzgebers, sondern um einen bewussten Entscheid. Der Bundesrat habe in der Botschaft explizit auf den Unterschied zum europäischen Recht hingewiesen und festgehalten, dass in der Schweiz nur in Ausnahmefällen interveniert werden könne (BBl 1995 I 584).

100. Die REKO/WEF und das Bundesgericht hätten in mehreren Entscheiden bestätigt, dass in der Schweiz besonders hohe Anforderungen gelten würden. Im Entscheid Berner Zeitung/20 Minuten habe die REKO/WEF festgehalten, dass schon eine taugliche Alternative für die Marktgegenseite ausreiche, damit der Wettbewerb nicht im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden könne. Damit würde nach Ansicht der Parteien bereits eine Alternative ausreichen, um für genügend Restwettbewerb zu sorgen. Das Bundesgericht habe den Entscheid der REKO/WEF vollumfänglich geschützt. Wegen der deutlich höheren Anforderungen des schweizerischen Kartellgesetzes könne daher die europäische Entscheidpraxis nicht auf die Schweiz übertragen werden.

101. Im Weiteren verlange Art. 10 Abs. 4 KG, dass die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt würden. In diesem Zusammenhang sei insbesondere der Umstand zu beachten, dass mit Aldi und Lidl zwei internationale Giganten mit enormen finanziellen Ressourcen in den schweizerischen Markt expandieren. Coop habe auf diese Herausforderung mit dem Anschluss an die internationale Beschaffungsorganisation Coopernic reagiert. [...] Durch den Zusammenschluss würden Migros und Denner Effizienzgewinne erzielen wollen, die es ihnen erlauben würden, im Wettbewerb mit internationalen Giganten mitzuhalten.

102. Für die Beseitigung des Wettbewerbs sei die Weko beweispflichtig und ein solcher Beweis könne nur mit harten und belegten Fakten geführt werden. Dieser Beweis werde in der vorläufigen Beurteilung nicht erbracht und könne vor dem Hintergrund des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auch nicht erbracht werden.

##### *Beweisthema*

103. Gegen den Nachweis der Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner

<sup>4</sup> BGE 101 IV 129, S. 130.

und Coop in der vorläufigen Beurteilung bringen die Parteien Folgendes vor: Damit der Zusammenschluss untersagt werden könnte, müsste die Weko beweisen, dass

- a) heute zwischen Coop und Migros kein Wettbewerb bestehe;
- b) heute im Detailhandel kaum Wettbewerb bestehe;
- c) der heute bestehende Wettbewerb allein von Denner und nicht auch von anderen Marktteilnehmern ausgehe;
- d) der Zusammenschluss kausal für die Beseitigung des Wettbewerbs sei und
- e) weder Aldi noch Lidl in der Lage seien, in absehbarer Zeit für Wettbewerb zu sorgen.

Dieser Beweis werde in der vorläufigen Beurteilung nicht erbracht.

#### *Hohe Wettbewerbsintensität*

104. Die Aussage, dass durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehen würde, stehe in einem Widerspruch zu allen Aussagen, welche die Weko in den vergangenen zwei Jahren zu den Wettbewerbsverhältnissen gemacht habe. Dabei verweisen die Parteien auf die Entscheide Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 135, Rz. 45) und CoopForte (RPW 2005/1, S. 152, Rz. 46, S. 154, Rz. 53 und S. 173, Rz. 25 f.).

105. Es sei nicht ersichtlich, warum diese Aussagen nun nicht mehr zutreffen sollten, denn sie würden heute mehr denn je gelten, treibe doch Aldi seine Expansion schnell voran und stehe der Markteintritt von Lidl unmittelbar bevor. Aber auch Spar mit acht neuen Standorten allein in diesem Jahr und Carrefour mit zwei weiteren grossen Hypermärkten würden expandieren. Das Gleiche gelte für Casino, Volg und PAM. Der Preiswettbewerb sei in der Schweiz noch nie so intensiv gewesen wie heute.

#### *Intensiver Wettbewerb zwischen Coop und Migros*

106. Die Parteien führen weiter ins Feld, dass sich Coop und Migros einen intensiven Preiskampf liefern würden. Die Folge des Preiskampfes seien kontinuierlich sinkende Preise. Coop habe im Jahr 2006 700 Artikel verbilligt und CHF 270 Mio. in tiefere Preise investiert. Per 15. Januar 2007 sei bei Coop ein Preisabschlag für weitere 200 Artikel erfolgt, und zwar um durchschnittlich 10%, in Einzelfällen sogar um bis zu 20%. Für das laufende Jahr gehe der CEO von Coop für das Coop-Sortiment von einer Preissenkung von weiteren 2% aus, in fünf Jahren halte er 10% tiefere Preise für realistisch. Soeben habe Coop die 20. "Preisabschlagsrunde" durchgeführt. Zudem habe die Migros im Jahr 2006 rund [...] Artikel verbilligt und plane für das Jahr 2007 Preissenkungen im Umfang von CHF [...].

107. Der intensive Wettbewerb zwischen Migros und Coop zeige sich auch darin, dass der Preiswettbewerb mit Prix Garantie bzw. der M-Budgetlinie, welche weiter ausgebaut würden, weiter angeheizt werde. Daneben lieferten sich Coop und Migros durch die Lancierung der Edellinien Fine Food und Séléction auch im teuren Segment einen intensiven Wettbewerb.

108. Lanciere einer der beiden Anbieter ein neues Produkt oder eine neue Dienstleistung (z.B. Kreditkarte, Mobil-Telefonie etc.), so werde die Innovation vom anderen sofort imitiert, um den Wettbewerbsrückstand wieder aufzuholen. Die Weko habe dieses Verhalten im Entscheid Coop/Waro zu Recht als Beweis für den besonders intensiven Wettbewerb zwischen Coop und Migros angeführt. Im Weiteren hätten praktisch alle von der Weko befragten Lieferanten und Konkurrenten bestätigt, dass das Verhältnis zwischen Coop und Migros sehr kompetitiv sei. Die hohe Wettbewerbsintensität zwischen Coop und Migros beweise, dass die Basis für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung fehle. Zum gleichen Schluss gelangten auch die von der Weko bestellten Experten Fuhrer/Hotz und Senti in ihren Gutachten. Damit sei die erste Voraussetzung für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung – eine geringe Wettbewerbsintensität – offensichtlich nicht erfüllt.

#### *Rolle von Denner für den Wettbewerb*

109. Laut den Parteien ist die in der vorläufigen Beurteilung vertretene Ansicht, dass Denner heute die "Dritte Kraft" und das entscheidende Element für den Wettbewerb darstelle, unzutreffend. Entscheidend für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens sei nicht, welche Rolle die Weko Denner in der Vergangenheit zugeacht hätte, sondern welche Rolle Denner im Wettbewerb tatsächlich spiele. Denner sei ein auf Alkohol und Tabak spezialisierter Nischenanbieter, was anhand weniger Kennzahlen belegt werden könne:

- Denner erziele [...] % seines Umsatzes mit Alkohol und Tabak;
- [70-90] % der Kunden würden Denner mit Produkten aus den Kategorien Alkohol und Tabak verlassen;
- daneben sei die Werbung von Denner klar auf Alkohol fokussiert (über [50-70] % der Printinserate bezögen sich auf Alkohol).

110. Würde der mit Alkohol und Tabak erzielte Umsatz abgezogen, hätte Denner (exkl. Satelliten) im Jahr 2005 einen Umsatz von CHF [...] erzielt und sei so betrachtet kleiner als Carrefour, Manor oder Volg. Denner sei somit nicht dritte, sondern bestenfalls die sechste Kraft. Die schwache Position von Denner werde weiter verdeutlicht, wenn man berücksichtige, dass Aldi schon dieses Jahr ca. CHF 500 Mio. Umsatz erzielen werde. Dass Denner nicht die Dritte Kraft sei, zeigten auch Preisvergleiche, die illustrierten, dass die Produkte von Denner nicht günstiger, sondern teurer seien als die Billiglinie von Migros (M-Budget) und etwa gleich teuer wie die Billiglinie von Coop (Prix Garantie).

111. Wenn Denner der Preisführer wäre, würde der MGB seine Produkte nicht zu tieferen Preisen verkaufen als Denner. Gegen die These der Dritten Kraft spreche weiter, dass Denner schon seit Jahrzehnten im schweizerischen Markt aktiv sei, ohne je in der Lage gewesen zu sein, den Preiswettbewerb zu intensivieren. Der Preiswettbewerb habe sich just mit der Ankündigung des Markteintritts von Aldi und Lidl intensiviert. Dies würden Studien der Grossbanken Credit Suisse (Credit Suisse Economic Research (25.07.2005) und UBS (Konjunktur-analyse Schweiz, 1. Quartal 2007) belegen.

112. Wenn Denner nicht die alleinige Ursache für den intensiven Wettbewerb sei, könne die Übernahme von Denner durch die Migros den Wettbewerb auch nicht beseitigen. Dies wäre jedoch die Voraussetzung, damit der Zusammenschluss untersagt oder nur mit Auflagen genehmigt werden könnte.

#### *Bedeutung von Aldi und Lidl für den Wettbewerb*

113. Vorab weisen die Parteien darauf hin, dass die Migros Denner nicht erwerbe, um dem Markteintritt von Aldi und Lidl zu begegnen, sondern um in der Lage zu sein, im Wettbewerb mit den beiden europäischen Giganten zu bestehen. Coop habe auf diese Herausforderung mit dem Anschluss an die internationale Beschaffungsorganisation Coopernic reagiert. [...].

114. Betreffend die Expansion und die Expansionsgeschwindigkeit von Aldi und Lidl stützen sich die Parteien auf das Parteigutachten Roeb (vgl. Rz. 9), worin [...] Aldi- und rund [...] Lidl-Verkaufsstellen prognostiziert werden. Gemäss den Parteien bestätigen die von Aldi und Lidl gegenüber der Weko nachträglich genannten Zahlen die Richtigkeit dieser Prognosen.

115. Ferner prognostiziere Roeb, dass Aldi und Lidl in drei Jahren [...] bzw. [...] Verkaufsstellen betreiben und damit einen gemeinsamen Umsatz von [...] erzielen würden. Den Parteien zufolge werde dies im Gutachten Fuhrer/Hotz bestätigt. Aldi verfüge heute über 37 Verkaufsstellen; das Marktforschungsinstitut IHA-GfK erwarte bis Ende Jahr 60 eröffnete Aldi-Verkaufsstellen. Aldi bestätige zudem in jeder Pressemitteilung, dass er zum gesamtschweizerischen Nahversorger werden würde. Die schnelle Expansion von Aldi werde durch unzählige Presseberichte belegt. Fast täglich würden Artikel erscheinen, die über den Bau und die Planung von Aldi- und Lidl-Verkaufsstellen berichten. Bereits heute sei Aldi in 14 von 26 Kantonen vertreten. Aldi habe die Expansion in die Westschweiz und ins Tessin bereits eingeleitet und baue dort Verkaufsstellen.

116. Mit den bereits eröffneten Verkaufsstellen decke Aldi bereits 60% der Bevölkerung ab. Mit den aktuell bekannten Verkaufsstellen werde Aldi in zwei bis drei Jahren 86% und Lidl 90% der Bevölkerung abdecken.

117. Ferner machen die Parteien geltend, dass es sich bei Aldi und Lidl um Giganten handeln würde. Sie seien die beiden grössten europäischen Discounter und verfügten über enorme finanzielle Mittel. Die Parteien berufen sich auf eigene Angaben von Aldi, denen zufolge Aldi in den Bau eines Verteilzentrums CHF 100 Mio. investiere. Zwei solcher Verteilzentren habe Aldi bereits in Betrieb (Embrach, Dagmersellen); ein Drittes befinde sich kurz vor der Fertigstellung (Domdidier), womit Aldi rund CHF 300 Mio. allein in die Verteilzentren investiert haben werde. Damit seien Investitionen getätigt, um 180 Verkaufsstellen zu beliefern, da pro Verteilzentrum ca. 60 Verkaufsstellen beliefert würden. Für zwei weitere Verteilzentren (Wigoltingen, Root) habe sich Aldi bereits die Standorte gesichert. Nach Ansicht der Parteien würde Aldi nicht derartige Investitionen tätigen, wenn er in Bezug auf seine Expansionspläne unsicher wäre.

118. Daneben habe die Aldi Suisse AG (nachfolgend: Aldi Suisse) soeben ihr Aktienkapital auf CHF 913 Mio. erhöht, was den Willen zur schnellen Expansion und die

fast unbeschränkten finanziellen Mittel von Aldi eindrücklich zeige.

119. Lidl habe in Weinfelden ein grosses Verwaltungsgebäude erstellt und baue dort ein grosses Verteilzentrum. Dieses solle in wenigen Monaten fertig gestellt sein. Für ein weiteres Verteilzentrum liege die Baubewilligung offenbar bereits vor (Sursee). Für ein drittes Verteilzentrum (Sévaz) sei das Baugesuch gestellt worden und für ein viertes (Näfels) sei die Umzonung des Baugeländes hängig. Damit habe auch Lidl bereits derart hohe Investitionen in die Expansion getätigt, dass ein Rückzug ausgeschlossen sei. Zur weiteren Untermauerung verweisen die Parteien diesbezüglich auf Aussagen der Experten Fuhrer/Hotz.

120. Schliesslich bringen die Parteien vor, dass die aktuelle Werbung keine Zweifel an den gesamtschweizerischen Ambitionen von Aldi lasse. Obwohl Aldi im Moment erst 37 Verkaufsstellen eröffnet habe, werbe er in gesamtschweizerischen Medien wie der Sonntagszeitung, der NZZ am Sonntag oder dem Sonntagsblick. Derart teuren Werberaum mit ganz- und sogar doppelseitigen Inseraten zu belegen, mache nur Sinn, wenn eine Expansion in der ganzen Schweiz angestrebt werde. Andernfalls würde die Werbung ausschliesslich in regionalen/lokalen Medien um die Verkaufsstellen geschaltet. Daneben habe die Weko Aldi und Lidl zu ihren Expansionsplänen schriftlich und mündlich befragt und weder Aldi noch Lidl hätten ihre Expansionspläne in Frage gestellt.

#### *Akzeptanz und Markterfolg*

121. Gemäss den Parteien bezweifelt heute niemand mehr, dass Aldi und Lidl in der Schweiz Erfolg haben werden. Sowohl der Verwaltungsratspräsident von Aldi Suisse als auch die jüngsten Entwicklungen würden dies bestätigen. Daneben beurteilten auch die Experten Fuhrer/Hotz die Akzeptanz von Aldi als sehr gut.

122. Darüber hinaus bestätige die kürzlich publizierte Analyse des Marktforschungsinstitutes IHA-GfK den Markterfolg von Aldi. Dieser Analyse zufolge habe schon heute jeder fünfte Schweizer Haushalt mindestens einmal bei Aldi eingekauft. Aldi erziele auch Wiederverkaufsraten von 60-70%, was die hohe Akzeptanz von Aldi unterstreiche.

123. Das Potenzial von Aldi und Lidl in der Schweiz zeige ein europäischer Vergleich der Marktanteile der Discounter. In vergleichbaren Märkten betrage deren Marktanteil zwischen 20-35% (Belgien 34%, Dänemark 29%, Portugal 22%, Niederlande 20%, Österreich 19%). Der aktuelle Marktanteil in der Schweiz liege demgegenüber weit unter 10%.

#### *Auswirkungen auf den Wettbewerb*

124. Die Parteien machen geltend, es sei heute unbestritten, dass die Ankündigung des Markteintritts von Aldi und Lidl den Preiswettbewerb intensiviert und zu deutlichen Preissenkungen geführt habe.

125. Ein Ende des Preiskampfes sei nicht in Sicht. Die Intensität des Preiswettbewerbs werde mit dem Markteintritt von Lidl, der für Anfang 2008 erwartet werde, weiter zunehmen, da sich die beiden grössten europäischen Discounter dann mit Tiefstpreisen an die Kon-

sumenten richteten. Beide würden um die Preisführerschaft in der Schweiz kämpfen, was einen aggressiven Preiskampf auslösen werde. Die Erfahrungen in Österreich zeigten zudem, dass der Sturm zu diesem Zeitpunkt erst richtig losgehen werde. Darin seien sich die Experten einig. Daneben habe die von Fuhrer/Hotz durchgeführte Online-Befragung unter Branchenkennern ebenfalls ergeben, dass man für den Markteintritt von Lidl mit sehr grossen Preisreaktionen rechne.

126. Den Parteien zufolge wächst der Gesamtmarkt kaum. Die Umsatzgewinne von Aldi und Lidl würden daher zu Lasten der existierenden Detailhändler gehen. Die stark ansteigenden Umsätze von Aldi seien bisher zu [30-40]% zu Lasten der Migros, zu [20-30]% zu Lasten von Coop und zu [10-20]% zu Lasten von Denner gegangen. Die neusten Zahlen der IHA-GfK würden sogar zeigen, dass die Umsatzgewinne von Aldi noch stärker zu Lasten von Migros und vor allem von Denner gingen, während Coop weniger verliere.

127. Durch die Expansion der beiden grössten europäischen Discounter werde jede angebliche kollektiv marktbeherrschende Stellung endgültig zerstört. Der Umstand, dass die stark steigenden Umsätze von Aldi schon heute zu [30-40]% zu Lasten der Migros, zu [20-30]% zu Lasten von Coop und zu [10-20]% zu Lasten von Denner gingen, beweiße, dass Aldi und bald auch Lidl Migros und Coop substantielle Marktanteile wegnehmen würden. Diese Tatsache widerlege die These, dass Migros und Coop eine kollektiv marktbeherrschende Stellung haben könnten.

128. Die Parteien machen geltend, dass Art. 10 Abs. 4 KG von der Weko verlange, dass sie eine zukunftsorientierte Betrachtung vornehme und die Marktentwicklung berücksichtige. Eine solche Betrachtung zeige im vorliegenden Fall, dass

- Aldi den Markteintritt vollzogen habe und schnell expandiere;
- Lidl demnächst in den Markt eintrete und ebenfalls schnell expandieren würde;
- schon bald die grössten europäischen Discounter in der Schweiz um die Preisführerschaft kämpfen würden;
- Aldi und Lidl schon heute Wettbewerbsdruck erzeugten, der mit fortschrittlicher Expansion noch zunehmen würde;
- die etablierten Anbieter Marktanteile an Aldi und bald auch an Lidl verlieren würden;
- Migros und Denner überproportional (mehr als ihr aktueller) Marktanteil verlieren würden und
- sich mit Migros und Denner genau jene Unternehmen zusammenschliessen, die durch die Expansion von Aldi und Lidl am meisten verlieren würden.

Eine solche zukunftsorientierte Betrachtung zeige erst recht, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen sei.

### Marktzutrittsschranken

129. Betreffend die Marktzutrittsschranken machen die Parteien geltend, dass es eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nur in unangreifbaren Märkten geben könne. Bei überwindbaren Marktzutrittsschranken seien die Märkte angreifbar, was eine kollektiv marktbeherrschende Stellung ausschliesse.

130. Die Parteien machen insbesondere geltend, dass die vorläufige Beurteilung zwar umfassende theoretische Ausführungen zu möglichen Marktzutrittsschranken enthalte, es mit Aldi und Lidl jedoch vor allem zwei Unternehmen gebe, die wirklich beurteilen könnten, ob und welche Marktzutrittsschranken in der Praxis bestünden. Diese beiden Unternehmen seien absolute Profis, die bereits eine Vielzahl von Märkten erfolgreich erschlossen hätten. Offensichtlich seien beide Unternehmen überzeugt, dass sie die Marktzutrittsschranken in den schweizerischen Markt problemlos überwinden könnten.

131. Angesichts dieser Entwicklung in der vorläufigen Beurteilung von hohen und kaum überwindbaren Marktzutrittsschranken zu sprechen, wirke reichlich theoretisch und widerspreche der wirtschaftlichen Realität. Realität sei hingegen, dass

- Carrefour den Markteintritt 2001 vollzogen habe und bald über 14 grosse Hypermärkte verfügen würde;
- Casino den Markteintritt im Frühling 2005 vollzogen und innerhalb von zwei Jahren 16 Verkaufsstellen, mehrheitlich grosse Hypermärkte, eröffnet habe;
- Aldi Ende 2005 den Markteintritt vollzogen und heute bereits 37 Verkaufsstellen eröffnet habe, für weitere rund 35 Verkaufsstellen bereits über die Baubewilligungen verfüge, für rund 65 Verkaufsstellen das Baubewilligungsverfahren hängig sei und in Kürze das dritte Verteilzentrum in Betrieb nehmen würde, womit 180 Verkaufsstellen beliefert werden könnten;
- Lidl zu Beginn 2008 den Markteintritt vollziehen werde, bereits über rund 55 bewilligte Verkaufsstellen verfüge, für rund 65 weitere Verkaufsstellen das Baubewilligungsverfahren hängig sei und das erste Verteilzentrum demnächst fertig stellen werde.

132. Entsprechendes hätten auch die Experten Fuhrer/Hotz in ihrem Gutachten festgehalten.

133. Weiter habe Aldi in der Befragung gegenüber der Weko im Zusammenhang mit möglichen Marktzutrittsschranken lediglich erwähnt, dass bei der Beschaffung von einzelnen Produkten zu Beginn gewisse Schwierigkeiten bestanden hätten. Aldi habe aber festgehalten, dass dies nie ein Problem gewesen sei und auch in Zukunft keines sein werde.

134. Dass die Marktzutrittsschranken in der Schweiz nicht hoch seien, habe im Übrigen auch Lidl gegenüber der Weko bestätigt.

135. Gemäss den Parteien beweisen diese Aussagen und die Entwicklungen der letzten Jahre, dass die Marktzutrittsschranken überwunden werden können. Damit fehle es aber an der zentralen Voraussetzung für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung.

136. Die Parteien machen weiter geltend, dass sich die Marktzutrittsschranken durch den Zusammenschluss nicht verändern würden. Sie stützen sich dabei auf Aussagen von Aldi und Lidl sowie das Expertengutachten Fuhrer/Hotz.

137. Der MGB macht in diesem Zusammenhang weiter geltend, dass der Zusammenschluss höchstens dann zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken führen könnte, wenn

- Aldi und Lidl auf Standorte von Denner angewiesen wären, um expandieren zu können und
- [...].

Beides sei nicht der Fall. Dass weder Aldi und Lidl für die Expansion auf die Standorte von Denner angewiesen seien, beweise die Tatsache, dass sich beide Anbieter innert kurzer Zeit über 100 Standorte sichern konnten. [...] Ein Blick auf die Webpages von Aldi und Lidl zeige, dass Aldi und Lidl Verkaufsstellen mit rund 1000m<sup>2</sup> und 50 bis 100 Parkplätzen suchten. Die durchschnittliche Verkaufsstelle von Denner habe [<1000]m<sup>2</sup> und keine oder ganz wenige Parkplätze.

138. Den Parteien zufolge könnte der Zusammenschluss von Migros und Denner nur dann zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen, wenn der Zusammenschluss die Expansion von Aldi und Lidl stoppen würde. Dies sei, wie Aldi und Lidl beide zu Protokoll gegeben hätten, nicht der Fall. Damit ent falle aber auch die Möglichkeit, dass der Zusammenschluss für das Entstehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung kausal sein könnte.

#### *Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit*

139. Die Parteien machen geltend, Art. 10 Abs. 4 KG würde von der Weko verlangen, dass die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt würden. Der Detailhandelsmarkt entwickle sich sehr dynamisch. Zu berücksichtigen sei zudem, dass mit Aldi und Lidl zwei internationale Giganten mit enormen finanziellen Ressourcen in den schweizerischen Markt expandieren würden. Die Internationalisierung des schweizerischen Detailhandels sei eine Tatsache, die auch durch Aussagen der Experten Fuhrer/Hotz belegt werde.

140. Coop habe auf diese Herausforderung mit dem Anschluss an die internationale Beschaffungsorganisation Coopernic reagiert, zu der neben Coop mehrere grosse europäische Detailhändler gehörten (REWE Group [Deutschland; Umsatz ca. CHF 70 Mia.], E. Leclerc [Frankreich; Umsatz ca. CHF 50 Mia.], CONAD [Italien; Umsatz ca. CHF 14 Mia.] und Colruyt [Belgien; Umsatz ca. CHF 8. Mia.]). [...].

141. Migros und Denner würden durch den Zusammenschluss Effizienzgewinne erzielen wollen, die ihnen erlaubten, auf den internationalen Beschaffungsmärkten zu

bestehen und mit den in der Schweiz aktiven internationalen Giganten mithalten. Dies sei bei der Entscheidung der Weko in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 4 KG zu berücksichtigen.

142. Ferner führen die Parteien ins Feld, dass der Zusammenschluss nur dann relevante Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnte, wenn Migros und Denner sich mit einem vergleichbaren Sortiment an die gleichen Kunden richten würden. Die Sortimente von Denner und Migros seien aber derart verschieden, dass der Zusammenschluss zu keinen spürbaren Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse führen könne. Die fehlende Kausalität des Zusammenschlusses für eine Veränderung des Wettbewerbs werde auch durch den von der Weko bestellten Experten Senti bestätigt.

143. Schliesslich verweisen die Parteien auf das Gutachten der Experten Fuhrer/Hotz, worin diese den Zusammenschluss als unproblematisch erachteten, weil die laufende Expansion von Aldi und die bevorstehende Expansion von Lidl den Wettbewerbsdruck massiv erhöhen würden.

#### *Marktabgrenzung Beschaffungsmarkt*

144. Die Parteien machen geltend, dass gemäss Weko jede Produktgruppe einen eigenen Markt bilde, da die Lieferanten in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen herstellten und es den Detailhändlern deshalb nicht möglich sei, das Gesamtsortiment vom gleichen Lieferanten zu beziehen. Viele Produkte würden heute international beschafft, womit für diese Produkte von internationalen Märkten auszugehen sei.

145. Die Parteien monieren, dass die Weko einen einheitlichen nationalen Beschaffungsmarkt analysiere und die vorläufige Beurteilung für keinen konkreten relevanten Markt verwertbare Daten zu den Marktanteilen oder zur Wettbewerbssituation enthalte. Schon alleine wegen der fehlenden Marktabgrenzung könne die Weko nicht den Beweis führen, dass der Zusammenschluss in einem relevanten Markt zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führe.

146. Weiter führen die Parteien ins Feld, dass ein grosser Teil der Detailhandelsprodukte an Unternehmen geliefert würden, die gemäss der vorgenommenen Marktabgrenzung nicht im relevanten Markt enthalten seien. Neben dem klassischen Detailhandel existierten für die Lieferanten zahlreiche alternative Absatzkanäle, wie z.B. die Gastronomie, der Fachhandel, Convenience-Shops, der Export etc. Die verschiedenen Absatzkanäle würden alle zum relevanten Markt gehören.

147. Vom relevanten Markt auszuschliessen seien die Migros-Industrien, denn im Bereich der konzerninternen Beschaffung trete die Migros auf dem Markt nicht als Nachfrager auf. Wenn man kein Nachfrager sei, könne man auch keine Nachfragemacht haben. Die entscheidende Frage sei, ob der Zusammenschluss der Migros auf dem Beschaffungsmarkt eine Stellung verschaffe, die es der Migros erlaube, diese Stellung gegenüber den Lieferanten zu missbrauchen. Es sei indes offensichtlich, dass die Migros ihre eigenen Industrien nicht missbrauchen könne. Der Einbezug konzerninterner Sachverhalte wäre daher nicht nur im schweizerischen Kartellrecht ein absolutes Novum. Die Fragwürdigkeit eines Einbezugs

der konzerninternen Beschaffung hätten auch die Experten Müller-Hagedorn und Toporowski in ihrem Gutachten festgehalten.

#### *Keine Wettbewerbsbeseitigung auf den Beschaffungsmärkten*

148. Die Parteien machen geltend, dass die Weko aufgrund der unzutreffenden Marktabgrenzung mit massiv überhöhten Marktanteilen operiere. Die unterschiedlichen Sortimente von Migros und Denner garantierten auch auf dem Beschaffungsmarkt, dass es durch den Zusammenschluss zu keinen wesentlichen Marktanteilsadditionen komme. Daher könne von einer Wettbewerbsbeseitigung auf den Beschaffungsmärkten keine Rede sein.

#### *Keine kollektive Marktbeherrschung auf den Beschaffungsmärkten*

149. Die Parteien führen weiter aus, dass Migros und Coop auf dem Beschaffungsmarkt unterschiedliche Strukturen aufwiesen. Die Migros beschaffe im Unterschied zu Coop in erster Linie konzernintern. Dieser Unterschied schliesse eine kollektive Marktbeherrschung aus. Ein kollusives Verhalten würde bei den unterschiedlichen Strukturen keinen Sinn ergeben.

#### *Keine negativen Auswirkungen auf Lieferanten*

150. Die Parteien machen geltend, dass der Zusammenschluss aus der Sicht der meisten Lieferanten unproblematisch sei. Durch den Zusammenschluss könne sich die Abhängigkeit nur bei jenen Lieferanten erhöhen, die heute Migros und Denner belieferten. Da Denner auch in Zukunft Denner bleibe, würden die Lieferanten keinen Absatzkanal verlieren. Dass gewisse Eigenmarken-Lieferanten von Denner in Zukunft allenfalls durch die Migros-Industrien ersetzt würden, wenn diese kostengünstiger liefern könnten, sei ein Ergebnis funktionierenden Wettbewerbs.

151. Den Parteien zufolge seien ohnehin nur die wenigsten Eigenmarken-Lieferanten von Denner auf diesen Absatzkanal angewiesen. In den Antworten in den Fragebögen hätte nur eine geringe Anzahl Eigenmarken-Lieferanten angegeben, dass sie mehr als 30% ihres Umsatzes mit Denner erzielen würden. Die Mehrheit hätte es verneint.

152. Bei der Zusammenschlusskontrolle komme es zudem nicht auf die individuelle Abhängigkeit einzelner Lieferanten an. Eine gegenteilige Auffassung würde der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Swissgrid und BZ/20 Minuten widersprechen. Daneben wäre es aus ordnungspolitischer Sicht bedenklich, wenn die Weko intervenieren würde, um einzelne Lieferanten und ineffiziente Strukturen zu schützen, da dies eine unzulässige Struktur- und Marktordnungspolitik wäre.

#### *Fehlende Berücksichtigung der Expertenmeinungen*

153. Abschliessend monieren die Parteien die fehlende Berücksichtigung der Expertenmeinungen. Sie machen diesbezüglich geltend, dass der Beizug von Experten dann gestattet sei, wenn die Behörde nicht über die notwendigen Sachverhaltskenntnisse verfüge (Art. 57 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess [BZP: SR 273]). Die Weko habe diese Voraussetzung bejaht und vier Gutachten in Auftrag gegeben, wobei eines dieser Gut-

achten nicht verwertbar wäre, da der Experte die gesetzlichen Anforderungen an einen Experten nicht erfüllen würde. Die anderen drei Gutachten unterlägen zwar grundsätzlich der freien Beweiswürdigung, doch bedeute dies aber nicht, dass die Weko in der Würdigung völlig frei sei. Die Weko sei verpflichtet, sich mit den Gutachten umfassend auseinanderzusetzen und dürfe ohne triftige Gründe nicht davon abweichen. Allfällige Abweichungen müssten detailliert begründet werden. Die Weko dürfe nicht einfach ihre eigene Meinung anstelle derjenigen der Experten setzen.

154. Die vorläufige Beurteilung habe diese Anforderungen nicht erfüllt. Die Expertengutachten würden praktisch vollständig ignoriert. Das Ergebnis der vorläufigen Beurteilung wäre eine andere gewesen, wenn eine Auseinandersetzung mit den Gutachten stattgefunden hätte. Denn alle drei Gutachten würden die Argumentation der Parteien vollumfänglich stützen.

155. Denner schliesst sich im Wesentlichen dem Inhalt der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung des MGB an. Darüber hinaus macht Denner folgende spezifische Bemerkungen geltend:

- Denner bleibe Denner und werde daher weiterhin auf Alkohol und Tabak setzen. Denner werde auch nicht M-Budget Produkte ins Sortiment aufnehmen.

- Denner werde innerhalb der Migros-Gruppe im bisherigen Format als eigenständiger Discounter fortgeführt.

- Für Denner solle durch diesen Zusammenschluss mittelfristig das Überleben des Unternehmens – und damit eines Wettbewerbers auf dem Markt – sichergestellt werden. Zudem sollten die entsprechenden Arbeitsplätze erhalten bleiben. Die Weko müsse entscheiden, ob dem Konsument mittelfristig neben neuen Mitbewerbern auch noch der Discount-Kanal Denner zur Verfügung stehe oder ob dieser vom Markt verschwinde.

- Die Denner-Satelliten könnten nicht Denner zugeordnet werden, und das Verhalten der Denner-Satelliten könne nicht durch Denner kontrolliert werden. Denner-Satelliten könnten ihren Vertrag mit Denner innerhalb von 12 Monaten auflösen. Wettbewerbsrechtlich bestünden demzufolge keinerlei Kontrollmöglichkeiten.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich**

156. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

157. Nach Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Mög-

lichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben.

## B.2 Unternehmenszusammenschluss

158. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass der MGB [...] der Aktien von Denner und der EG Dritte Kraft von der Rast erwirbt. Unmittelbar nach der Übertragung der Aktien von Rast an den MGB verkauft der MGB [...] der Denner-Aktien an die Gaydoul Holding AG. Im Ergebnis beteiligt sich der MGB zu [...] an Denner und zu [...] an der EG Dritte Kraft und erwirbt damit die alleinige Kontrolle über Denner.

159. Damit sind die Voraussetzung von Art. 1 VKU erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmens-

zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren.

## B.3 Meldepflicht

160. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 2 Mia und einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über CHF 500 Mio. (siehe Tabelle 1). Damit sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten. In der Schweiz erzielten die beiden beteiligten Unternehmen je einen Umsatz von über 100 Millionen CHF (siehe Tabelle 2). Somit ist auch der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2006 weltweit und in der Schweiz in CHF

Migros	20'635 Mio.
Denner-Gruppe	[...] Mio.
kumuliert weltweit / Schweiz	[...] Mio.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2006 weltweit und in der Schweiz in CHF

Migros	20'635 Mio.
Denner	[...] Mio.

## C BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

161. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind in einem ersten Schritt 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

#### C.1.1 Sachlich relevante Märkte

162. 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).

163. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen

- den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.<sup>5</sup>

Nachfolgend werden zuerst die Absatzmärkte und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

#### C.1.1.1 Absatzmärkte

164. Die Schweizer Konsumenten erwarten vom Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) ebenso wie die Konsumenten in anderen europäischen Ländern ein umfassendes Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs. Die Konsumenten können durch die Bündelung ihrer Einkäufe Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten, Zeitverluste) minimieren. Vor diesem Hintergrund wurde im Rahmen der Prüfung Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 559 ff.) festgehalten, dass der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment besteht (Sortimentskonzept), welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken (Konzept des "One-Stop-Shopping"). Dieses Sortiment besteht aus Food-, Near Food- und Non Food-Produkten, wobei der Schwerpunkt im Bereich der Food-Produkte (insbesondere Frischprodukte) liegt.<sup>6</sup> Dieses Konzept des One-Stop-Shopping entspricht auch der europäischen Praxis.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff. Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>6</sup> CoopForte, RPW 2005/1, S. 150, Rz. 28.

<sup>7</sup> Rewe/Meinl EU IV/M.1221, REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU COMP/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

165. Untereinander hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes vergleichbare Sortimente (Güterbündel) verschiedener Detailhändler sind für die Konsumenten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU austauschbar.<sup>8</sup> Detailhändler, die ein solches Vollsortiment anbieten, werden im Folgenden als (klassische) Detailhändler bezeichnet.

#### *Spezialhandel / Convenience-Shops*

166. Die Sortimente können weiter in Voll- und (spezialisierte) Teilsortimente unterteilt werden. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung der Weko gehören Anbieter von Teilsortimenten, die ihre Absatzstrategie auf Spezialitäten, Qualität, Beratungskompetenz und längeren Ladenöffnungszeiten aufbauen, nicht zum relevanten Markt. Damit gehören insbesondere der Spezial-/Fachhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.) sowie Convenience-Shops als Anbieter von Teilsortimenten nicht zum relevanten Absatzmarkt.<sup>9</sup> Diese Auffassung, welche der europäischen Rechtsprechung entspricht,<sup>10</sup> begründet sich wie folgt:

167. Das Angebot des Spezialhandels ist typischerweise auf ein bestimmtes Teilsortiment beschränkt und steht deshalb im Hinblick auf das Sortimentskonzept, die Verkaufsflächen und das durchschnittliche Preisniveau nicht in direktem Wettbewerb mit dem klassischen Detailhandel.

168. Auch Convenience-Shops verfügen nur über ein Teilsortiment. Zudem ist deren durchschnittliche Verkaufsfläche gering. Ferner können Convenience-Shops an Standorten mit restriktiven Ladenöffnungszeiten aufgrund mangelnder alternativer Einkaufsmöglichkeiten nach Ladenschluss höhere Preise fordern. Dementsprechend weicht Coop in seinen Coop Pronto-Shops von der sonst üblichen nationalen Preispolitik ab. Wegen der unterschiedlichen Beweggründe für den Einkauf in Convenience-Shops und den Vertriebsformaten des Detailhandels sind diese beiden Distributionskanäle für den Konsumenten nicht genügend substituierbar.

169. Die Parteien vertreten hingegen die Auffassung, dass Spezialgeschäfte und Convenience-Shops in den relevanten Markt einzubeziehen sind. Sie begründen ihre Ansicht betreffend des Einbezugs von Spezialgeschäften mit der Tatsache, dass die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten 61% ihrer Detailhandelseinkäufe in Spezialgeschäften tätigen. Dies widerlege die Behauptung der Weko, die Konsumenten würden beim Einkauf zwingend einen "One-Stop-Shop" verlangen. Die tatsächlichen Marktanteile von Spezialgeschäften in bestimmten Warengruppen (z.B. 35% des Brots, 55% des Käses) würden zeigen, dass der Schweizer Konsument für bestimmte Warengruppen bereit sei, gezielt Spezialgeschäfte zur Ergänzung seines präferierten Detailhändlers aufzusuchen. Zu diesen Warengruppen würden vor allem Brot, Obst, Gemüse, Fleisch, Charcuterie, Wurst, Geflügel, Fisch, aber auch Drogerieartikel gehören. Das Gesetz verlange, dass alle Anbieter von substituierbaren Waren in den relevanten Markt einbezogen würden. Daher müssten der Spezialhandel und die Convenience-Shops berücksichtigt werden. Jedes Brot, das in einer Bäckerei gekauft werde, werde nicht im Supermarkt gekauft. Sinke die Qualität des Brotes im Supermarkt oder steige dort der Preis, so würden noch mehr Kunden auf

die Bäckereien ausweichen. Eröffne neben einem Supermarkt eine Bäckerei, so sinke der Brotumsatz im Supermarkt. Dies beweise, dass der Supermarkt und die Bäckereien zum gleichen Markt gehörten. Dasselbe gelte für den Käseladen, den Gemüseladen, den Drogeriemarkt etc. Jedes dieser Fachgeschäfte sei für die Produkte in seinem Sortiment ein vollwertiges Substitut.

170. Zudem beziehe das deutsche Bundeskartellamt in konstanter Praxis die Spezialgeschäfte mit ein. Der deutsche Markt sei in Bezug auf die Bedeutung der Spezialgeschäfte mit dem schweizerischen Markt vergleichbar.

171. Ferner würden Convenience-Shops eine direkte Konkurrenz der klassischen Supermärkte darstellen, da sie sich mit einem zwar eingeschränkten, aber alle Kategorien (Food, Near-Food, Non-Food) umfassenden Sortiment an die besonders zahlungskräftige Kundschaft richten und dabei auch noch von den längeren Öffnungszeiten – auch an Wochenenden – profitieren würden. Damit würden die Convenience-Shops aus Sicht der Konsumenten zu einer vollwertigen Alternative zum Einkauf im kleinen Supermarkt. Das enorme Wachstum des Convenience-Segments gehe denn auch vollumfänglich zu Lasten des klassischen Detailhandelsmarkts, der seit Jahren kaum noch wachse. Allein im Jahr 2006 sei das Convenience-Segment um 10% gewachsen und Convenience-Shops erzielten einen Umsatz von CHF 1'650 Mio.<sup>11</sup> Dies beweise, dass die beiden zum gleichen Markt gehörten. Die Konkurrenz für die Supermärkte durch Spezialgeschäfte und Convenience-Shops nehme infolge der Expansion der Discounter noch zu. Während heute in der Schweiz noch viele Konsumenten ihren gesamten Einkauf im Supermarkt tätigen würden, habe sich in Ländern mit Discountern ein neues Einkaufsverhalten etabliert: die Kombination von Discounter und Spezialgeschäften. Diese Kombination sei für die Konsumenten attraktiv, da sie den grössten Teil ihrer Bedürfnisse sehr kostengünstig abdecken könnten, ohne bei den Frischprodukten auf höchste Qualität und Frische verzichten zu müssen. Im Übrigen würden Convenience-Shops in Deutschland bereits 14% des Umsatzes des gesamten Einzelhandels erzielen. Eine soeben von McKinsey veröffentlichte Studie zeige unter Berücksichtigung der Verhältnisse in der Schweiz, dass Convenience der entscheidende Faktor des Detailhandels der Zukunft sein werde. Es seien daher keine Gründe ersichtlich, weshalb Convenience-Shops in der Schweiz eine geringere Bedeutung haben sollten als in Deutschland.

172. Schliesslich stehe das angewendete Sortimentskonzept in einem Widerspruch zum Wortlaut des Kartellgesetzes und der VKU. Art. 11 Abs. 3 VKU spreche von der Substituierbarkeit von Waren. Der sachlich relevante Markt umfasse gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen würden. Sortimente oder Verkaufsstellen seien keine Waren. Daher dürfe der Markt

<sup>8</sup> Migros/Globus, RPW 1997/3, Rz. 11 f.

<sup>9</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 566, Rz. 35.

<sup>10</sup> Promodes/BRMC EU IV/M.242; Delhaize/PG EU IV/M.471; Promodes/Casino IV/M.991; Rewe/Meinl EU IV/M. 1221; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684.

<sup>11</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK, AG, Hergiswil.



nicht anhand eines fiktiven Sortiments- oder Verkaufsstellenkonzepts abgegrenzt werden. Entscheidend sei allein, ob aus Sicht der Marktgegenseite – dem Konsumenten – eine konkrete Ware durch eine andere Ware substituiert werden könne. Das Brot aus dem Supermarkt sei zweifellos durch das Brot aus einer Bäckerei substituierbar und umgekehrt. Die Konsumenten in der Schweiz würden denn auch rund 35% des Brots nicht im Supermarkt, sondern in Bäckereien und rund 55% des Käses in Käsefachgeschäften kaufen. Somit verlange Art. 11 Abs. 3 VKU, dass der relevante Markt für jede einzelne Ware bzw. Warengruppe getrennt bestimmt werde, womit auch die in Spezialgeschäften verkauften Waren einzubeziehen seien.

173. Die Experten Müller-Hagedorn/Toporowski zählen Spezialgeschäfte und Convenience-Shops ebenfalls zum relevanten Markt, allerdings mit anderen Begründungen: Zum einen lasse sich schon rein durch die Tatsache, dass die Konsumenten Lebensmittel in Spezialgeschäften und Convenience-Shops einkaufen, erkennen, dass diese zum relevanten Markt gehörten. Zum anderen hätten die Konsumenten, die Vollversorger bevorzugen, die Möglichkeit, ihre Einkäufe in Spezialgeschäften und Convenience-Shops zu tätigen.

174. Die Parteien heben in ihrer Stellungnahme die Schlussfolgerung der Experten Müller-Hagedorn und Toporowski betreffend die Zugehörigkeit der Spezialgeschäfte und Convenience-Shops zum relevanten Markt hervor. Es seien keine triftige Gründe erkennbar, die ein Abweichen von diesem Sachverständigengutachten erlauben würden. Zudem fehle eine Auseinandersetzung mit dem Gutachten.

175. Den Vorbringen der Parteien in Rz. 169 ist zunächst entgegenzuhalten, dass sich die genannten 61% auf ein Marktvolumen stützen, das die Umsätze aller Detailhandelsverkaufsstellen der Schweiz enthält. Dazu gehören namentlich Bekleidungsgeschäfte wie C&A, Schuhgeschäfte wie Bally, Wohnungseinrichtungsmärkte wie Ikea, Apotheken, Drogerien und Parfümerien, Optiker wie Fielmann, Elektronikgeschäfte wie Media Markt und viele andere mehr (Bucherer, Christ, mobilezone etc.). Gemäss Ansicht der Weko ist – gestützt auf Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU – beispielsweise der Einkauf in Ikea nicht mit einem Einkauf in einem Supermarkt substituierbar. Dasselbe gilt für Apotheken, Optikergeschäfte etc. Würden nebst dem Umsatz des klassischen Detailhandels lediglich die Umsätze der Spezialgeschäfte, die eine Lebensmittel-Produktgruppe (Bäckereien, Metzgereien etc.) anbieten, zusätzlich berücksichtigt, wäre der Anteil der nicht berücksichtigten Umsätze bedeutend kleiner als 61%.

176. Die Parteien stimmen dieser Argumentation insofern zu, als in den genannten 61% auch Fachgeschäfte enthalten seien, die nur geringe Überschneidungen mit einem klassischen Supermarkt hätten. Umgekehrt sei aber auch zu berücksichtigen, dass Migros und Coop grosse Kleider- und Haushaltsabteilungen hätten, die im Wettbewerb mit den Bekleidungsgeschäften, den Einrichtungshäusern und den Haushaltsgeschäften stehen würden. Wenn die Umsätze dieser Anbieter nicht relevant sein sollten, dann müssten die Textil- und Haushaltsumsätze der Migros ebenfalls unberücksichtigt bleiben,

denn Migros erziele fast [...] % des Umsatzes mit diesen Kategorien.

177. Würde diesem Vorbringen der Parteien gefolgt, müssten konsequenterweise auch die Umsätze, welche die Coop Supermärkte und das Warenhaus Coop City in den Kategorien Textil und Haushalt erzielen, vom relevanten Marktvolumen ausgeklammert werden. In Warenhäusern sind die Umsatzanteile der beiden Kategorien typischerweise höher als [...] %. Praxisgemäss wird vorliegend auf eine Ausklammerung der Umsätze mit Textil- und Haushaltsprodukten verzichtet, da die Schlussfolgerungen der Weko dadurch unberührt bleiben. In diesem Zusammenhang bleibt festzuhalten, dass auch das Marktforschungsinstitut IHA-GfK die gesamten Umsätze, die in Verkaufsstellen der Migros der Grössen M, MM und MMM erzielt werden, zum Lebensmittel-Detailhandel zählt.<sup>12</sup> Ferner ist das typische Non Food-Randsortiment auch gemäss Rechtsprechung ausländischer Wettbewerbsbehörden Bestandteil des Umsatzes der Lebensmitteldetailisten.<sup>13</sup>

178. Dem Vorbringen der Parteien hinsichtlich der angeblichen Substituierbarkeit eines Einkaufs in einem Supermarkt mit dem Einkauf in einem Spezialgeschäft oder einem Convenience-Shop ist Folgendes entgegenzuhalten: Bereits im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 566, Rz. 35) ergaben die Ermittlungen des Sekretariats, dass die Konsumenten den Spezialhandel sowie die Convenience-Shops (Tankstellenshops und Bahnhofshops) aus den in Rz. 167 f. genannten Gründen nicht als gute Substitute für Supermärkte betrachten. Zum selben Schluss kommen auch ausländische Wettbewerbsbehörden.<sup>14</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Einkauf in einem Spezialgeschäft bzw. Convenience-Shop den Einkauf in einem klassischen Detailhandelsgeschäft nie ersetzen kann. Zweifellos tätigen Schweizer Konsumenten ihre Einkäufe auch in Spezialgeschäften und Convenience-Shops. Wie die Parteien richtig festhalten, handelt es sich bei solchen Einkäufen aber vor allem um Ergänzungskäufe. Ein Ergänzungskauf stellt nach Ansicht der Weko kein vollwertiges Substitut zu einem Einkauf in einem klassischen Detailhandelsgeschäft dar. Es handelt sich hierbei sogar um ein zu wenig gutes Substitut, um es in den relevanten Markt miteinzubeziehen. Daran ändert auch das Vorbringen der Parteien nichts, dass mit der Expansion der Discounter die Kombination des Einkaufs beim Discounter und in einem Spezialgeschäft zu einem sehr guten Substitut zu einem Einkauf in einem klassischen Detailhandelsgeschäft wird; denn die Discounter verstehen sich als Vollsortimenter und werden von den Parteien auch als solche bezeichnet. Zudem sind Vollsortimenter bereits heute in der Schweiz vorhanden. Somit ist nicht ersichtlich, worin die Änderung mit der Expansion der Discounter bestehen soll, wenn diese inskünftig tatsächlich flächendeckend in der Schweiz operieren werden.

<sup>12</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil.

<sup>13</sup> Bundeskartellamt, Fusionsverfahren gemäss Edeka/Spar, B9-52111-Fa-27/05.

<sup>14</sup> Promodes/BRMC EU IV/M.242; Delhaize/PG EU IV/M.471; Promodes/Casino IV/M.991; Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684.

179. Des Weiteren ist festzuhalten, dass das Bundeskartellamt entgegen dem Vorbringen der Parteien für den Spezialhandel eigenständige Märkte abgrenzt: "Im Bereich des durch eine grössere Sortimentstiefe, höhere Qualitätsanforderungen und ein höheres Preisniveau geprägten Spezialhandels, wie dem Nahrungsmittelhandwerk, grenzt das Bundeskartellamt in ständiger Verwaltungspraxis produktbezogene eigenständige Märkte ab."<sup>15</sup>

180. Im Übrigen steht das angewendete Sortimentskonzept nach ständiger Praxis der Weko sowie jener ausländischer Wettbewerbsbehörden nicht im Widerspruch zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU (vgl. Rz. 164 f.). Die Parteien führen selbst an, dass heute viele Konsumenten ihren gesamten Einkauf im Supermarkt tätigen würden (act. 424, Rz. 31), was die Relevanz des One-Stop-Shopping nochmals verdeutlicht.

181. Den Folgerungen der Experten Müller-Hagedorn/Toporowski sind nebst den obigen Ausführungen folgende triftige Gründe entgegenzuhalten: Aus der Tatsache, dass Konsumenten tatsächlich Spezialgeschäfte frequentieren oder die Möglichkeit dazu haben, lässt sich nicht schliessen, dass diese zum relevanten Markt gehören. Die zentrale Frage lautet hingegen, in

welchem Ausmass Nachfrager von den Produkten der Zusammenschlussparteien zu austauschbaren Gütern abwandern würden, falls die Zusammenschlussparteien die Preise für ihre Produkte erhöhen würden. Im Kern geht es somit um die Frage, ob ein Bündel von Einkäufen in Spezialgeschäften und Convenience-Shops für die Schweizer Konsumenten ein gutes Substitut zu einem Einkauf in einem klassischen Supermarkt darstellt.

182. Die nachfolgende Tabelle 3 illustriert das Einkaufsverhalten der Europäer betreffend Güter des täglichen Bedarfs. Die Daten in Tabelle 3 legen nahe, dass der Schweizer Konsument den One-Stop-Einkauf favorisiert. Dies wird zum einen durch die – im Vergleich zu den übrigen Ländern – hohen durchschnittlichen Ausgaben pro Einkauf (32.33 Euro) und zum anderen durch die tiefste durchschnittliche Anzahl Einkäufe pro Jahr (125) illustriert. Zudem tätigen die Schweizer wertmässig 87% ihrer Lebensmitteleinkäufe in Supermärkten. Dies suggeriert, dass Supermärkte für die Haupteinkäufe, der Spezialhandel und Convenience-Geschäfte hingegen primär für Ergänzungskaufe genutzt werden und letztere somit kein gutes Substitut für Supermärkte darstellen.

Tabelle 3: Einkaufsverhalten der Europäer von Gütern des täglichen Bedarfs

	GB	E	I	F	D	CH
Durchschnittsausgaben pro Einkauf, EUR	22.96	13.20	16.92	37.56	14.35	32.33
Durchschnittliche Anzahl Einkäufe pro Jahr	142	130	247	130	229	125
%-Anteil der Ausgaben in Supermärkten	89	89	55	82	72	87

Quelle: ACNielsen, The Retail Pocket Book 2006, basiert auf ACNielsen Global Consumer Panels, 52 Wochen, Ende Dezember 2002.

183. Die Parteien kritisieren, die Tabelle 3 stütze sich auf eine veraltete Zahlenbasis. Das Einkaufsverhalten und die Struktur der Anbieter hätten sich in den letzten fünf Jahren massiv verändert (z.B. Wachstum des Convenience-Segments). Zudem gehe der MGB davon aus, dass die durchschnittliche Anzahl Einkäufe pro Jahr in der Schweiz nur deshalb so tief sei, weil die gleichzeitig mit dem Einkauf im Supermarkt getätigten Einkäufe in Spezialgeschäften nicht berücksichtigt seien. Es sei eine Besonderheit des schweizerischen Detailhandels, dass sich in unmittelbarer Nähe von Supermärkten regelmässig Fachgeschäfte befänden. Bei einer Befragung würden die Konsumenten daher nur einen einzigen Einkauf angeben, obwohl sie nach dem Einkauf im Supermarkt auch noch ein Brot in der daneben liegenden Bäckerei kauften.

184. Dem ist zu entgegnen, dass es sich bei den Tabelleneinträgen um das aktuellste zur Verfügung stehende Zahlenmaterial handelt. Die Tatsache, dass das Marktforschungsinstitut AC Nielsen seine Erhebungen im Jahr 2006 publizierte, zeigt, dass es die Zahlen noch als aussagekräftig beurteilt. Wie die Parteien richtig festhalten, finden Einkäufe in Spezialgeschäften keine Berücksichtigung. Für die Interpretation der Tabellenwerte spielt es aber lediglich eine untergeordnete Rolle, ob Spezialgeschäfte berücksichtigt wurden oder nicht. Faktum ist, dass es die Schweizer Konsumenten vorziehen, weniger häufige, aber dafür grössere Einkäufe zu tätigen.

<sup>15</sup> Bundeskartellamt, Fusionsverfahren gemäss Edeka/Spar, B9-52111-Fa-27/05.

185. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Spezialhandel und die Convenience-Shops nicht zum relevanten Markt gehören. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass Spezialgeschäfte und Convenience-Shops eine gewisse disziplinierende Wirkung auf klassische Detailhandelsgeschäfte auszuüben vermögen. Dieser Möglichkeit wird in Rz. 354 Rechnung getragen.

#### *Discounter*

186. Die Discountmärkte als Vollsortimenter gehören gemäss Praxis der Weko ebenfalls zum Detailhandelsmarkt.<sup>16</sup>

#### *Warenhäuser*

187. Im Entscheid Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 567, Rz. 35) wurde offen gelassen, ob Warenhäuser zum sachlich relevanten Markt gehören.<sup>17</sup> Später präzisierte die Weko im Entscheid CoopForte (2005/1, S. 150, Rz. 28), dass zum Lebensmitteldetailhandel all jene Geschäfte gehören, deren Angebot zu mindestens einem Drittel aus Lebensmitteln (Food) besteht.

188. Der nachfolgenden Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass im Jahr 2006 lediglich das Warenhaus Coop City mehr als ein Drittel des Umsatzes mit Lebensmitteln erzielte. Folglich gehört von den Warenhäusern nur Coop City zum sachlich relevanten Markt des Detailhandels.

Tabelle 4: Umsatzanteil Lebensmittel in den Warenhäusern

Warenhaus	Umsatzanteil Lebensmittel
Manor	[<33]%
Loeb	[<33]%
Coop City	[>33]%
Globus	[<33]%
Jelmoli	[<33]%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats, Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 191.

189. Da nicht auszuschliessen ist, dass von den Lebensmittelabteilungen der übrigen Warenhäuser Manor, Loeb, Globus und Jelmoli eine gewisse disziplinierende Wirkung auf den Detailhandelsmarkt ausgeübt wird, werden die Lebensmittelabteilungen dieser Warenhäuser in die nachfolgende wettbewerbsrechtliche Analyse miteinbezogen. Die Berücksichtigung dieser Lebensmittelabteilungen tangiert die Schlussfolgerungen der Weko nicht. Deshalb wird nicht abschliessend beurteilt, ob die Lebensmittelabteilungen der Warenhäuser, welche die 33%-Regel nicht erfüllen, Teil des relevanten Markts sind.

190. Gegen dieses Vorgehen haben die Parteien geltend gemacht, dass mit einer Beschränkung auf den Lebensmittelumsatz der Warenhäuser genau jener Umsatz ausgeschlossen werde, der bei Migros vollumfänglich berücksichtigt werde. Entweder müsse der gesamte Near Food- und Non Food-Umsatz der Warenhäuser berücksichtigt oder aber der Near Food- und Non Food-Umsatz der Migros abgezogen werden. Anderenfalls komme es zu willkürlichen Verzerrungen zu Lasten der Migros, denn Migros erziele über [...] % des Umsatzes in den Bereichen Near Food und Non Food.

191. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Umsatzanteil mit Near Food- und Non Food-Produkten in Supermärkten bedeutend tiefer ist als in Warenhäusern. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass von den Near Food- und Non Food-Abteilungen der Warenhäuser ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgeht. Diesem wird in Rz. 358 Rechnung getragen.

#### *Internethandel*

192. Der Vertrieb von Lebensmitteln über das Internet verzeichnete in den letzten Jahren enorme Wachstumsraten. So hat sich der Umsatz von LeShop zwischen 2004 und 2006 verdoppelt und jener von coop@home verdreifacht.<sup>18</sup> Die Frage, ob der Internethandel ebenfalls zum relevanten Markt gehört, kann vorliegend offen gelassen werden, da dies an den Schlussfolgerungen der Weko nichts ändert. Durch den Einbezug des Internethandels würde die Marktstellung der Migros – aufgrund der Marktführerschaft von LeShop in diesem Segment – zusätzlich gestärkt werden.

#### *Unterschiedliche Verkaufsstellenformate*

193. In Anlehnung an das Sortimentskonzept kann eine Segmentierung des Marktes nach der Grösse der jeweiligen Verkaufspunkte (Verkaufsfläche) und damit nach dem Umfang des angebotenen Gesamtsortiments in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 567, Rz. 36) offen gelassen, ob der Detailhandelsmarkt weiter zu unterteilen ist in

- Hypermärkte mit sehr grossen Verkaufsflächen (>3000m<sup>2</sup>), meist in der Nähe von Autobahnausfahrten,
- Supermärkte mit grossen Verkaufsflächen (700-3000m<sup>2</sup>) in Städten oder in Agglomerationen und

<sup>16</sup> Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 131 ff.

<sup>17</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 567, Rz. 35.

<sup>18</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil.

- kleine Supermärkte von mittlerer Grösse (<700m<sup>2</sup>) in Quartieren und Dörfern.

194. Grundsätzlich können die Konsumenten den Einkauf in einer kleineren Verkaufsstelle durch den Einkauf in einem grösseren Laden substituieren. Umgekehrt gilt dies nicht im selben Ausmass. Somit spricht die Sortimentsbreite für eine einseitige Substituierbarkeit zwischen den Marktsegmenten. Jedoch verfügen kleinere Verkaufsstellen über die Vorteile der besseren Erreichbarkeit (Zeit, Transportkosten). Dadurch werden kleinere Verkaufsflächen zu besseren Substituten. Zudem ist die Preispolitik in allen Verkaufsformaten von Coop, Migros, Spar und Casino einheitlich. Obwohl diese Ausführungen darauf hindeuten, dass der Markt nicht in Segmente zu unterteilen ist, kann die Frage letztlich offen gelassen werden, da sich auch bei einer Unterteilung keine zusätzlichen wettbewerbsrechtlichen Probleme stellen (vgl. Rz. 316).

195. Die vorgenommene Unterteilung in Segmente kritisierten die Parteien mit folgendem Argument: In den jüngeren Entscheiden Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 131 ff.) und Fenaco/Primo-Visavis (RPW 2005/1, S. 171 ff.) habe die Weko nicht mehr nach Verkaufsstellenformaten unterschieden. Warum diese Praxis nun wieder geändert werden solle, sei nicht ersichtlich.

196. Diesem Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten: Bei der Unterscheidung nach Verkaufsstellenformaten handelt es sich nicht um eine Praxisänderung. Bei den von den Parteien zitierten jüngeren Entscheiden wurde nicht wie bei Coop/Waro und wie im vorliegenden Fall eine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt. Im Rahmen der jeweiligen vorläufigen Prüfungen gemäss Art. 32 Abs. 1 KG bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung durch die Unterteilung in Segmente geändert worden wäre. Deshalb wurde aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips auf diese detailliertere Analyse verzichtet, ohne damit eine Praxisänderung vorzunehmen.

#### *Einkaufstourismus*

197. Gemäss der Einkaufstourismusstudie 2005 von Coop ist der Direktimportwert der im Ausland gekauften Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs von über CHF 1.4 Mrd. im Jahr 2001 auf über CHF 2.1 Mrd. im Jahr 2005 angestiegen. Dieser Anstieg sei das Resultat steigender Frequenzen nach Deutschland, zunehmender Fleischimporte, wachsender Fahrtenkilometer sowie deutlich überschätzter Ersparnispotenziale der Einkaufstouristen.

198. Laut den Parteien hat der Einkaufstourismus für das Preisniveau im Schweizer Detailhandel eine stark disziplinierende Wirkung. Deshalb sei der Einkaufstourismus für die Detailhändler ein mit Denner (inkl. Satelliten) vergleichbarer Konkurrent geworden. Daraus folge, dass zumindest der Umsatz, den grenznahe Konkurrenten mit Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz erzielen würden, zum relevanten Markt gehöre. Somit werde der Einkaufstourismus zu einem "Konkurrenten" der Schweizer Detailhändler.

199. Es ist nicht auszuschliessen, dass dem Einkaufstourismus in grenznahen Regionen eine gewisse Bedeutung zukommt.<sup>19</sup> Jedoch muss der Einfluss des Einkaufstou-

rismus aus folgenden Gründen relativiert werden: Erstens belaufen sich Gegenströme im Sinne von Einkäufen von Ausländern in der Schweiz gemäss Schätzungen der Coop-Studie auf CHF 400 Mio. jährlich. Zweitens dürfte der hohe Eurokurs dazu führen, dass die "Nettoeinkäufe" der Schweizer im Ausland inskünftig abnehmen, sei es, weil die Schweizer weniger im Ausland konsumieren oder weil die Ausländer vermehrt in der Schweiz einkaufen.<sup>20</sup> Drittens dürfte das Wachstum des Einkaufstourismus inskünftig auch dadurch begrenzt werden, dass Aldi Suisse (nachfolgend: Aldi) gemäss ACNielsen 10% seiner Umsätze auf Kosten des Einkaufstourismus erzielt.<sup>21</sup> Viertens ist gemäss der Coop Studie das Fleisch der zentrale Grund für den Einkauf im Ausland. Sollte die Liberalisierung des Fleischmarkts tatsächlich eintreten, wird der Einkaufstourismus geschwächt werden. Vor diesem Hintergrund bezweifelt die Weko eine spürbare disziplinierende Wirkung des Einkaufstourismus. Deshalb betrachtet sie diesen nicht als "Konkurrenten" der Schweizer Detailhändler und somit nicht als Teil des relevanten Markts.

200. Gegen dieses Vorgehen haben die Parteien Folgendes geltend gemacht:

- Der Ausschluss des Einkaufstourismus von weit über CHF 2 Mio. stehe in einem klaren Widerspruch zur eigenen Argumentation der Weko. Während die Weko bei der Definition des relevanten Markts nur jene Geschäfte einbeziehen wolle, die in Bezug auf ihr Sortiment aus der Sicht des Kunden vergleichbar seien, würden hier genau solche Geschäfte ausgeschlossen. Denn wie die Weko richtig festhalte, substituiere heute ein Teil der Schweizer Bevölkerung ihre Einkäufe in schweizerischen Supermärkten durch den Einkauf in Geschäften im grenznahen Raum. Damit seien diese beiden Einkaufsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite (Konsumenten) austauschbar. Dies werde – wie die Weko ebenfalls bestätige – auch dadurch belegt, dass Aldi einen Teil dieser Konsumenten in die Schweiz zurückhole. Der Einkauf bei Aldi sei offensichtlich ein Substitut zum Einkauf im grenznahen Ausland. Damit sei der Beweis erbracht, dass diese beiden Einkaufsmöglichkeiten aus der Sicht der Konsumenten austauschbar seien.

- Ferner könne die Tatsache, dass ein Teil des ins Ausland abfliessenden Umsatzes aus dem Ausland wieder in die Schweiz zurückflüsse, nicht als Grund dafür angeführt werden, dass die Schweizer Detailhändler sich nicht preislich um die fünfmal grösseren abfliessenden Umsätze bemühen müssten. Auch der Hinweis, dass Fleisch der Hauptgrund für den Einkaufstourismus wäre, sei kein Argument, das gegen den Einbezug spreche, da drei Viertel des Auslandumsatzes kein Fleischumsatz sei.

<sup>19</sup> Emmi AG/Aarauer Zentralmolkerei AG AZM, RPW 2006/2, S. 281, Rz. 134.

<sup>20</sup> Vgl. 20 Minuten, "Dank Teuro: Tiefer Franken lockt deutsche Shopper an", 10.05.2007.

<sup>21</sup> ACNielsen, Consumer Panel Services.

- Dass der Wechselkurs des Schweizer Franken im Vergleich zum Euro steigen könnte, sei zwar möglich. Diese Entwicklung sei aber derart spekulativ und selbst für den Fall ihres Eintretens instabil. Dass Marktveränderungen einen Einfluss auf die Wettbewerbsposition der grenznahen Anbieter in Zukunft haben könnten, sei zwar nicht auszuschliessen, ändere aber nichts an der Tatsache, dass sie heute ein mit Denner vergleichbarer Konkurrent seien.

201. Nebst den in Rz. 199 aufgeführten Erwägungen ist den Vorbringen der Parteien Folgendes entgegenzuhalten: Wäre der Einfluss des Einkaufstourismus tatsächlich so massgebend wie von den Parteien vorgebracht wird, müssten die Schweizer Detailhandelspreise bei einer nationalen Preispolitik auf dem Niveau der umliegenden Nachbarländer liegen oder aber die Preise wären an der Grenze tiefer als z.B. in der Zentralschweiz. Beides ist nachweislich nicht der Fall. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Einkaufstourismus auf den Detailhandel eine gewisse disziplinierende Wirkung auszuüben vermag. Dieser Möglichkeit wird in Rz. 355 Rechnung getragen.

#### *Unabhängige Lebensmitteldetaillisten*

202. In ihrer Stellungnahme kritisierten die Parteien, dass die Weko alle unabhängigen Lebensmitteldetaillisten mit ihren 700 bis 800 Verkaufsstellen unberücksichtigt lasse.

203. Dies trifft nicht vollumfänglich zu: Wie in Rz. 290 ff. erläutert, werden die unabhängigen Lebensmitteldetaillisten, die durch Spar, Valrhône oder Volg beliefert werden, berücksichtigt. Aus Sicht der Weko können die restlichen unabhängigen Lebensmitteldetaillisten in der Regel nicht als Vollsortimenter betrachtet werden. Nebst dem Sortiment können sie sich auch in Bezug auf die Öffnungszeiten und dem Preisniveau von klassischen Detailhandelsgeschäften unterscheiden. Es ist nicht auszuschliessen, dass auf einige dieser unabhängigen Detaillisten keine der genannten Unterschiede zutreffen und diese deshalb in den relevanten Markt miteinbezogen werden sollten. Vorliegend werden alle nicht von Spar, Valrhône oder Volg belieferten unabhängigen Lebensmitteldetaillisten aus dem relevanten Markt ausgeklammert. Bei einem gemeinsamen Umsatz aller Lebensmitteldetaillisten von lediglich geschätzten CHF 520 Mio. ändert dies nichts an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens.<sup>22</sup> Einer allfälligen disziplinierenden Wirkung der unabhängigen Lebensmitteldetaillisten wird aber in Rz. 359 Rechnung getragen.

#### *Fazit*

204. Der sachlich relevante Markt umfasst den (klassischen) Detailhandelsmarkt. Ob die Lebensmittelabteilungen in Warenhäusern, die weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, und der Internethandel zum relevanten Markt gehören, wird offen gelassen, da deren Einbezug die Schlussfolgerungen der Weko unbeeinflusst lässt. Spezialgeschäfte, Convenience-Shops und der Einkaufstourismus gehören nicht zum relevanten Markt.

### **C.1.1.2 Beschaffungsmärkte**

#### *Produktgruppen*

205. Auf der Beschaffungsseite sind die Hersteller und Lieferanten von Detailhandelsprodukten die Marktgegenseite. Bei der Markttabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten und deren Absatzalternativen massgeblich. Die Hersteller produzieren in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen (z.B. Molkereiprodukte, Backwaren) und sind nicht in der Lage, ihre Produktion ohne Weiteres auf andere Produkte umzustellen. Die Detailhändler fragen hingegen ein Gesamtsortiment nach, da ihre Kunden ebenfalls ein Gesamtsortiment nachfragen. Im Normalfall ist es aber für die Detailhändler nicht möglich, dieses Gesamtsortiment vom gleichen Lieferanten zu beziehen. Deshalb kann nicht von einem einzigen Beschaffungsmarkt für den Detailhandel ausgegangen werden. Stattdessen werden entsprechend der europäischen Rechtsprechung<sup>23</sup> verschiedene Beschaffungsmärkte nach Produktgruppen unterschieden. Es existieren folglich ebenso viele Märkte, wie es Produktgruppen gibt.

206. In ihrer bisherigen Praxis hat die Weko Produktgruppen unterschieden, ohne deren Definition abschliessend vorzunehmen.<sup>24</sup> Im Entscheid Coop/Waro wurde explizit darauf hingewiesen, dass die Produktgruppen weiter unterteilt und die Produktzuteilung zu den Gruppen anders vorgenommen werden können.<sup>25</sup>

207. Aufgrund der von den Parteien zur Verfügung gestellten Beschaffungsmarktdaten (vgl. Tabelle 21) wurde die bisherige Einteilung in Produktgruppen leicht angepasst: Erstens wurden gewisse Produktgruppen den Kategorien "Frischprodukte" bzw. "Kolonialwaren" zugeordnet. Zweitens wurde die Produktgruppe "Babybedarf" hinzugefügt und drittens die Produktgruppe "Fleisch" um die Produkte "Geflügel/Fisch" erweitert.

208. Die Produktgruppen im Bereich Food sind die folgenden:

- Frischprodukte: Milchprodukte/Eier, Brot/Backwaren, Fleisch/Geflügel/Fisch, Tiefkühlprodukte, Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt), Gemüse/Salate, Obst/Früchte;
- Kolonialwaren: Konserven/Saucen, Beilagen/Suppen/Kochzutaten, Grundnahrungsmittel/Backzutaten, Frühstück/Warmgetränke/Cerealien (Getreide), Süswaren/Biscuits, Snacks/Apéro;
- Tiernahrung/Tierbedarf;
- Babybedarf;
- Getränke: Alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke.

209. Die Produktgruppen im Bereich Near Food sind die folgenden:

<sup>22</sup> Schätzung gemäss Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG; Herzigswil, S. 42.

<sup>23</sup> Rewe/Meinl, EU IV/M.1221.

<sup>24</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; Denner/Pick Pay, RW 2006/1, S. 131 ff.

<sup>25</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 43.

- Wasch-/Reinigungsmittel;
- Körperpflege/Kosmetik;
- Papier-/Hygiene Produkte;
- Sonstige.

#### Absatzkanäle

210. Zu den nachfolgenden Erwägungen betreffend die Absatzkanäle haben die Parteien folgende Einwände geltend gemacht: 61% der Detailhandelsprodukte würden nicht an Unternehmen geliefert, welche der Weko-Definition entsprechen. Aus diesem Grund sei es unhaltbar, daran festzuhalten, dass der Lebensmittelhandel für alle Produktgruppen der einzige Absatzkanal sei. Die Argumentation der Weko stelle zudem einzig auf die Befragung von Lieferanten ab. Diese hätten jedoch in Eigeninteresse und aus strategischen Gründen geantwortet und deshalb die Austauschbarkeit der verschiedenen Absatzkanäle tendenziell eher verneint. Die Tabellen 5 und 6 seien demnach das Resultat strategischer Antworten. Weiter seien in diesen Tabellen die Angaben der Verbände nicht berücksichtigt worden, obwohl diese einen besseren Überblick über die jeweilige Branche hätten und die Folgerungen der Weko widerlegen würden. Auch seien in den Fragebögen an die Lieferanten die Convenience-Shops nicht als möglicher Absatzkanal aufgeführt worden. Schliesslich vertreten die Parteien die

Auffassung, dass Geschäftsbeziehungen und Verkaufsstrategien keine Elemente seien, welche grosse Investitionen bedingen würden, und die Absatzkanäle demnach austauschbar seien. Auf diese Anliegen wird im Folgenden eingegangen.

211. Der Detailhandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Detailhandelsprodukten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind z.B. der Spezialhandel, der Grosshandel, die Gastronomie, der Export, der Direktvertrieb und der Internethandel. Die Weko hat bisher offen gelassen, ob andere Absatzkanäle wie die Gastronomie, Spitäler, Spezialgeschäfte, Convenience-Shops und der Export ebenfalls Teile des relevanten Markts sind.<sup>26</sup>

212. Um die Bedeutung dieser verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten einschätzen zu können, erhob das Sekretariat bei Lieferanten und Branchenverbänden die geschätzten Anteile der verschiedenen Absatzkanäle (Detailhandel, Gastronomie, Export, Spezial-/Fachgeschäfte und andere Absatzkanäle) am gesamten Absatzvolumen der jeweiligen Produktgruppe. Diese Information wurde bei den Lieferanten sowohl bezogen auf den Gesamtmarkt als auch bezogen auf die einzelnen Lieferanten (individuell) erhoben. Tabelle 5 fasst die Antworten zusammen. Bei den Tabelleneinträgen der Antworten der Lieferanten handelt es sich um Durchschnittswerte.

Tabelle 5: Bedeutung des Detailhandelkanals

Produktgruppe	Antworten	Anzahl	Detailhandel	Gastronomie	Export	Fachhandel	Andere
Getränke	Lieferanten Gesamtmarkt	1	40%	30%	5%	20%	0%
	Verband	0	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
	Lieferanten individuell	8	67%	28%	1%	0%	4%
Tiefkühlprodukte	Lieferanten Gesamtmarkt	3	62%	35%	3%	0%	0%
	Verband	0	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
	Lieferanten individuell	5	54%	40%	1%	0%	5%
Süsswaren	Lieferant Gesamtmarkt	7	54%	3%	39%	3%	1%
	Biscosuisse	1	59%	0%	41%	0%	0%
	Lieferanten individuell	8	83%	1%	4%	11%	1%
Gemüse/ Salate/ Früchte	Lieferanten Gesamtmarkt	6	75%	16%	1%	5%	3%
	Swisscofel	1	55%	30%	0%	10%	5%
	Lieferanten individuell	8	61%	4%	5%	10%	21%
Near Food	Lieferanten Gesamtmarkt	2	77%	2%	1%	6%	14%
	Schweiz. Kosmetik- und Waschmittel- verband	0	91%	0%	0%	3%	6%
	Lieferanten individuell	3	100%	0%	0%	0%	0%

<sup>26</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571, Rz. 50.

Produktgruppe	Antworten	Anzahl	Detailhandel	Gastronomie	Export	Fachhandel	Andere
Grundnahrungsmittel/ Backzutaten	Lieferanten Gesamtmarkt	0	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
	Vereinigung Schweizerische Teigwarenindustrie	1	62%	27%	11%	0%	0%
	Lieferanten individuell	8	89%	5%	0%	0%	6%
Fleisch	Lieferanten Gesamtmarkt	5	58%	28%	1%	9%	4%
	Schweiz. Fleisch- Fachverband	1	50%	30%	1%	19%	0%
	Lieferanten individuell	3	59%	3%	0%	30%	8%
Konserven/ Saucen	Lieferanten Gesamtmarkt	3	75%	19%	5%	2%	17%
	Verband Schweiz. Hersteller von Sup- pen und Saucen	1	57%	23%	0%	19%	1%
	Lieferant individuell	4	68%	29%	1%	0%	2%
Milch- produkte/Eier	Lieferanten Gesamtmarkt	2	47%	11%	17%	2%	23%
	Schweizer Milch- produzenten	1	80%	0%	30%	20%	0%
	Lieferanten individuell	3	67%	13%	9%	5%	6%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

213. Die Tabelle 5 zeigt, dass der Detailhandel für alle Produktgruppen mit einem Umsatzanteil von (teilweise bedeutend) mehr als 50% mit Abstand der wichtigste Absatzkanal ist, obwohl sich die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle nach Produktgruppen unterscheidet.

214. Wie die Parteien in ihrer Stellungnahme richtig festhalten, wurde der Absatzkanal "Convenience-Shops" im Fragebogen an die Lieferanten und Verbände nicht explizit erwähnt, hätte von den befragten Marktteilnehmern jedoch unter "andere Absatzkanäle" aufgeführt werden können. Von dieser Möglichkeit wurde denn auch Gebrauch gemacht. Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass einzelne Lieferanten den Absatzkanal "Convenience-Shops" dem Detailhandel zugeordnet haben. Solche Ungenauigkeiten sind in Schätzungen stets enthalten und vermögen die Aussage der Tabelle 5 hinsichtlich der Bedeutung des Absatzkanals Detailhandel nicht zu widerlegen.

215. Es ist zu berücksichtigen, dass sich der Detailhandel als volumenmässig grösster Absatzkanal weniger gut durch kleinere substituieren lässt als umgekehrt. Darüber hinaus erschweren folgende Faktoren den Wechsel zwischen den verschiedenen Absatzkanälen: unterschiedliche Gebindegrössen, Aufmachung und Verpackung (für die teilweise spezielle Maschinen oder andere Produktionsmittel erforderlich sind), unterschiedliche Verkaufsstrategien (z.B. im Detailhandel und der Gastronomie), Erfordernis unterschiedlicher Kenntnisse und Kontakte für verschiedene Vertriebswege sowie unterschiedliche Logistikkonzepte. Weiter sind die Volumina der verschie-

denen Absatzkanäle infolge gesättigter Märkte weitgehend durch die Nachfrage der Endkonsumenten vorgegeben. Umsatzverluste in einem Absatzkanal können deshalb nicht ohne Weiteres in einem anderen Kanal kompensiert werden. Dies deutet darauf hin, dass – jedenfalls für bestimmte Produktgruppen – nur der Detailhandelskanal zum relevanten Markt gehört.<sup>27</sup>

216. Das Sekretariat fragte Verbände und Lieferanten aller Produktgruppen, ob sich die Gebindegrösse, die Präsentation der Produkte (Verpackung, Design etc.), die Herstellung bzw. der Produktionsprozess (Maschinen etc.), die Verkaufsstrategie (Aktionen, Werbung etc.), das spezifische Know-how, der Aufbau von Geschäftsbeziehungen und die Logistik je nach Absatzkanal derart unterscheiden würden, dass sich die Umstellung vom Detailhandelskanal auf einen anderen Absatzkanal wie die Gastronomie, den Export, den Spezialhandel/Fachhandel etc. als sehr schwierig gestalten. Die nachfolgende Tabelle 6 enthält die Antworten der Verbände und gibt den Prozentsatz der befragten Lieferanten der jeweiligen Produktgruppen an, welche die Frage bejaht haben. Die Antworten der Lieferanten sind nur dann in Tabelle 6 enthalten, wenn mindestens vier Antworten vorlagen. In Tabelle 6 sind jene Tabellenfelder grau markiert, die einen Wert von mindestens 50% oder die Antwort "ja" enthalten.

217. Bei der Interpretation der Tabellenwerte bleibt zu berücksichtigen, dass die Lieferanten die Frage mögli-

<sup>27</sup> Rewe/Meinl EU IV/M. 1221, 1999, S. 21.

cherweise strategisch beantworteten und die Austauschbarkeit tendenziell verneinten. Aus der Tatsache, dass sich die Antworten der Verbände teilweise von jenen der befragten Lieferanten unterscheiden, z.B. bei der Frage nach den Schwierigkeiten beim Aufbau von Geschäftsbeziehungen, darf jedoch nicht geschlossen werden, dass sich die Lieferanten bezüglich dieser Frage gezwungenermassen strategisch verhielten. Zum einen

repräsentieren die befragten Verbände nur einen Teil der Lieferanten der entsprechenden Produktgruppe. Zum anderen konnten die Fragen nur bejaht oder verneint und somit nicht nuanciert werden. Vor diesem Hintergrund sind die Tabelleneinträge denn auch nicht als exakte Werte, sondern vielmehr als Indikatoren zu lesen.

Tabelle 6: Faktoren der Umstellungskosten

	Milchprodukte	Getränke	Früchte/Gemüse		Grundnahrungsmittel		Fleisch		Süsswaren	Near Food
	Lieferanten	Lieferanten	Swisscofel	Lieferanten	Vereinigung Schweiz. Teigwarenindustrie	Lieferanten	Schweizer Fleisch-Fachverband	Lieferanten	Biscossuisse	Schweiz. Kosmetik- und Waschmittelverband
Gebindegrösse	50%	40%	NEIN	18%	NEIN	54%	NEIN	14%	NEIN	NEIN
Präsentation	25%	40%	NEIN	18%	NEIN	46%	NEIN	71%	NEIN	NEIN
Herstellung/ Produktionsprozess	25%	40%	NEIN	9%	NEIN	21%	NEIN	14%	NEIN	NEIN
Verkaufsstrategie	25%	60%	JA	36%	NEIN	71%	JA	71%	NEIN	NEIN
Spezifisches Know-How	25%	20%	NEIN	9%	NEIN	42%	JA	29%	NEIN	JA
Aufbau Geschäftsbeziehungen	50%	80%	NEIN	82%	NEIN	71%	JA	57%	NEIN	NEIN
Aufbau Logistik	25%	60%	JA	27%	JA	42%	JA	43%	NEIN	JA
Anzahl Antworten	4	5	1	11	1	24	1	7	1	1

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

218. Der Tabelle 6 ist zu entnehmen, dass der Aufbau von Geschäftsbeziehungen in mehreren Produktgruppen gewichtige Umstellungskosten nach sich zieht. Als weitere zentrale Faktoren stellen sich die Verkaufsstrategie und der Aufbau der Logistik heraus.

219. Die Parteien sind der Ansicht, dass bei der Analyse der Beschaffungsmärkte alle Absatzkanäle einbezogen werden müssten. Eine Beschränkung auf den Detailhandel sei vor allem dann nicht haltbar, wenn die Spezialgeschäfte, die für 61% des Detailhandelsumsatzes verantwortlich seien, ausgeschlossen würden. Andernfalls ignoriere man beispielsweise bei den alkoholfreien Getränken, dass Getränkemarkte, Convenience-Shops, Kioske und die Gastronomie einen substanziellen Teil des Getränkevolumens absetzten und damit für die Lieferanten bereits bestehende wichtige Absatzkanäle seien. Diese Absatzkanäle würden heute regelmässig von Grossisten beliefert, womit die Getränkehersteller nur ein paar wenige Abnehmer hätten, was mit dem Detailhandel vergleichbar sei. Auch bei den Frischeprodukten würden die

Absatzkanäle Spezialgeschäfte, Gastronomie und Grossküchen eine wichtige Rolle einnehmen und dürften daher nicht ausgeschlossen werden.

220. Hinsichtlich des von den Parteien angesprochenen Getränkemarkts bleibt anzumerken, dass der Detailhandelskanal gemäss Aussagen von Marktteilnehmern nicht durch den Gastrokanal ersetzt werden kann, weil die im Detailhandelskanal verlorenen Volumina nicht durch den Gastrokanal kompensiert werden können. Weiter würden die in der Gastronomie typischen langfristigen Verträge (fünf bis zehn Jahre) den Zugang zu diesem Absatzkanal erschweren. Deshalb sei es schwierig, im Gastrokanal Marktanteile zu gewinnen. Dies gelte insbesondere dann, wenn im Markt bereits wichtige Akteure wie Coca-Cola oder Feldschlösschen präsent seien. Auch gestalte sich der Export sehr schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, wenn ein Hersteller keine internationale Marke anbiete.

221. Ähnliche Überlegungen gelten auch für andere Beschaffungsmärkte: Hinsichtlich der Substituierbarkeit der Absatzkanäle wurden die kontaktierten Lieferanten ge-



fragt, welchen Prozentsatz ihres Umsatzes mit Migros und Denner sie bei einem Verlust von Migros oder Denner mit der Gastronomie, dem Exportgeschäft, dem Spezial-/Fachhandel oder mit anderen Vertriebskanälen kompensieren könnten (mehr als 50%, 10-50% oder weniger als 10%).

222. Über 90% der Lieferanten gaben an, dass sie weniger als 10% der Umsatzeinbussen mit anderen Absatzkanälen ausserhalb des Detailhandels kompensieren könnten. Diese Antworten legen nahe, dass der Detailhandelskanal mit anderen Kanälen – wenn überhaupt – nur in einem geringen Ausmass substituiert werden kann. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass die Antworten der Lieferanten teilweise strategischer Natur sind.

223. Zusammenfassend bildet der Absatzkanal Detailhandel den primären Absatzkanal für die meisten der in Rz. 206 genannten Produktgruppen. Ob die Absatzkanäle Gastronomie, Fach- und Spezialhandel, Convenience-Shops und Export Teil des relevanten Markts sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Diese werden im Rahmen der Analyse der Beschaffungsmärkte in die Beurteilung einbezogen, da sie eine disziplinierende Wirkung ausüben können. Im Übrigen hat dieser Ausschluss keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorliegenden Zusammenschlussprüfung, da die Frage nach einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Beschaffungsmärkten offen gelassen wird (vgl. Rz. 661).

#### *Berücksichtigung der Migros-Eigenindustrien*

224. Im Zusammenhang mit der Definition der Beschaffungsmärkte kam die Frage auf, ob konzerneigene Lieferanten der Migros zur Marktgegenseite der Detailhandelsunternehmen gehören bzw. ob das konzerninterne Beschaffungsvolumen auch zum Beschaffungsmarkt gehört.

225. Die Experten Toporowski/Müller-Hagedorn argumentieren, aus einer an der Unternehmenspolitik orientierten Sichtweise seien konzerneigene Herstellunternehmen als Teil des Beschaffungsmarkts zu sehen. Konzerneigene Herstellunternehmen stünden im (indirekten) Wettbewerb mit konzernunabhängigen Herstellern, denn es könne angenommen werden, dass die intern verrechneten Preise immer auch konzernintern mit externen Angeboten abgeglichen würden. Bei der Eigenherstellung durch die Migros handle es sich um eine unternehmerische Entscheidung, die auch geändert werden könne. Je intensiver der Wettbewerb auf der Absatzseite sei, umso genauer müsse eine Unternehmung auch die Beschaffung bzw. Eigenfertigung analysieren. So könne es sein, dass der Fremdbezug für die Migros in der Zukunft vorteilhafter werde. Ein mögliches Szenario dieser Art würde nahe legen, die jetzigen konzerneige-

nen Herstellbetriebe der Migros zum Beschaffungsmarkt zu zählen, entsprechend dem Nachfragevolumen der Migros. Bei einer konsequenten Umsetzung dieser Ansicht wäre aber ein auf dem Absatzmarkt mächtiges Unternehmen (z.B. 35%), das alle seine abgesetzten Produkte selbst herstelle, auch auf dem Beschaffungsmarkt ein starkes Unternehmen, obwohl es mit keinem einzigen externen Anbieter verhandle. Augenscheinlich könne nicht von einer Abhängigkeit der externen Hersteller von diesem marktmächtigen Unternehmen gesprochen werden. Diese Überlegungen würden nahe legen, das konzerninterne Beschaffungsvolumen aus der Betrachtung auszuklammern. Eine abschliessende Beurteilung der Frage enthält das Gutachten jedoch nicht.

226. Gemäss Praxis der Weko wird das konzerninterne Beschaffungsvolumen berücksichtigt.<sup>28</sup> Der Grund hierfür ist der Folgende: Die Detailhändler (die Marktgegenseite) betrachten die Produkte von integrierten und nicht integrierten Produzenten als Substitute. Folglich stehen integrierte Hersteller und (nicht integrierte) Drittlieferanten im Wettbewerb um den Regalplatz in den Detailhandelsgeschäften. Damit beschränken integrierte und nicht integrierte Hersteller den Preissetzungsspielraum des jeweiligen Konkurrenten: Erhöhen Drittlieferanten ihre Preise, riskieren sie, durch die Migros-Eigenindustrien ersetzt zu werden. Dasselbe gilt gemäss Aussagen von Migros auch umgekehrt, allerdings nicht im selben Ausmass: Grundsätzlich würden die Lieferanten mit dem besten Preis den Auftrag erhalten. Wenn ein Migros-Industriebetrieb nicht den besten Preis anbiete, könnten folglich auch andere Lieferanten zum Zug kommen. Bei vergleichbaren Angeboten werde aber der Migros-Industriebetrieb favorisiert. Allerdings könne man sich keine nicht-wettbewerbsfähige Industrie leisten. Deshalb würde im Zweifelsfall das Kerngeschäft, sprich das eigene Detailhandelsgeschäft, und nicht die Migros-Industrien Priorität geniessen. Schliesslich bestünden keine grossen Unterschiede zwischen Eigen- und Fremdbeschaffung. Teilweise würden Aufträge auch ausgeschrieben. Dies dürfe aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Migros-Industrien zu Migros gehörten und daher wenn immer möglich bei den Migros-Industrien bezogen werde.

227. Die nachfolgende Tabelle illustriert, dass die Migros-Industrien nicht nur den Migros-Kanal, sondern – wenn auch in weit geringerem Ausmass – auch Drittabnehmer in der Schweiz beliefern und exportieren. Dies zeigt, dass Drittlieferanten mit den Migros-Industrien nicht nur im Migros-Kanal, sondern auch hinsichtlich des Zugangs zu weiteren Absatzkanälen im Wettbewerb stehen.

<sup>28</sup> CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.

Tabelle 7: Anteil pro Absatzkanal der Migros-Industrien im Jahr 2005

	Migros Kanal Anteil %	Dritte CH Anteil %	Export Anteil %
Jowa AG	[...]	[...]	[...]
Micarna SA	[...]	[...]	[...]
Estavayer Lait SA	[...]	[...]	[...]
Bischofszell Nahrungsmittel AG	[...]	[...]	[...]
Chocolat Frey AG	[...]	[...]	[...]
Mifroma SA	[...]	[...]	[...]
Midor AG	[...]	[...]	[...]
Delica AG	[...]	[...]	[...]
Mibelle AG	[...]	[...]	[...]
Mifa AG	[...]	[...]	[...]
Seba Aproz SA	[...]	[...]	[...]
Riseria Taverne SA	[...]	[...]	[...]
Mérat & Cie AG	[...]	[...]	[...]
Total M-Industrie	[80-90]	[0-10]	[0-10]

Quelle: Angaben der Parteien.

228. Auch die mündlich befragten Lieferanten und Lieferantenverbände bekräftigten, dass sowohl Markenartikelhersteller als auch Eigenmarkenproduzenten in Konkurrenz zu den Migros-Industrien stehen würden, wobei die Migros-Industrien vom MGB doch bevorzugt behandelt würden. Alles in allem würden die Migros-Industrien im Markt als ebenbürtige, sehr ernst zu nehmende Konkurrenten wahrgenommen.

229. Ferner wurden die schriftlich befragten Lieferanten nach den wichtigsten Konkurrenten befragt. Von den 65 Lieferanten, die den Fragebogen beantworteten, zählten deren 30, also 46%, Migros-Industrien zu ihren wichtigsten Konkurrenten. Diese 30 Lieferanten decken alle Produktgruppen ab, in denen die Migros-Industrien tätig sind.

230. Folglich gehören die Migros-Industrien zur Marktgegenseite der Detailhandelsunternehmen. Somit ist das konzerninterne Beschaffungsvolumen der Migros bei der Bestimmung des Volumens des Gesamtmarkts zu berücksichtigen.

231. Gegen die Berücksichtigung der Migros-Eigenindustrien haben die Parteien Folgendes geltend gemacht: Im vorliegenden Fall sei zu beurteilen, ob der Zusammenschluss der Migros auf dem Beschaffungsmarkt eine Stellung verschaffe, die es ihr erlaube, diese gegenüber den Lieferanten zu missbrauchen. Es sei offensichtlich, dass die Migros sich gegenüber ihren eigenen Industrien nicht missbräuchlich verhalten könne.

Auch würden nach einhelliger Lehre und Praxis konzerninterne Vorgänge vom Kartellgesetz nicht erfasst. Der Einbezug konzerninterner Sachverhalte stelle ein absolutes Novum im Bereich des Kartellrechts dar. Ferner hielten die Experten Toporowski und Müller-Hagedorn in ihrem Gutachten die Unzulässigkeit des Einbezugs der konzerninternen Beschaffung fest. Des Weiteren begründe die Weko nicht, weshalb sie von diesem Gutachten abweiche. Schliesslich habe die Weko bereits in ihrem Entscheid CoopForte explizit darauf hingewiesen, dass die Migros wegen der weitgehenden konzerninternen Beschaffung für die Lieferanten kein alternativer Absatzkanal sei. Analoge Ausführungen fände man auch im Entscheid Coop/Waro. Wenn Migros kein alternativer Absatzkanal sei, könne sie auch nicht marktbeherrschend gegenüber Drittlieferanten auftreten.

232. Die Vorbringen der Parteien sind aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:

- Bei der Marktabgrenzung spielt es keine Rolle, ob die Migros gegenüber Lieferanten Missbrauchspotenzial hat oder nicht. Hingegen geht es um die Frage der Marktbeherrschung. Hierbei spielt insbesondere eine Rolle, ob konzerninterne und konzernexterne Lieferanten im Wettbewerb um den Regalplatz in den Migros-Filialen stehen. Dies wurde von Migros anlässlich einer mündlichen Befragung klar bejaht (vgl. Rz. 226) und von den befragten Lieferanten bestätigt (vgl. Rz. 228 f.). Diese Sichtweise wird auch von den Migros-Industrien

geteilt: "Wir sind heute zu fast 90 Prozent Lieferant der Migros-Gemeinschaft und stehen somit in lauffender Konkurrenz zu anderen Lieferanten."<sup>29</sup>

- Ferner wird vorliegend nicht vom Gutachten Toporowski/Müller-Hagedorn abgewichen, da dieses die Frage nach der Berücksichtigung der Eigenindustrien der Migros nicht abschliessend beurteilt. Die Gutachter fügen sowohl Gründe für die Berücksichtigung der Migros-Industrien als auch solche dagegen an (vgl. Rz. 225). Die Weko schliesst sich in casu den Argumenten der Gutachter für die Berücksichtigung der Migros-Industrien an.

- Des Weiteren wies die Weko in den von den Parteien zitierten Textstellen aus den Entscheiden CoopForte und Coop/Waro entgegen dem Vorbringen der Parteien nicht explizit darauf hin, dass die Migros wegen der weitgehend konzerninternen Beschaffung für die Lieferanten kein alternativer Absatzkanal darstelle. Die zitierten Textstellen betreffen den Zugang zum Migros-Kanal insbesondere aus Sicht der Markenartikelhersteller. Darin wird festgehalten, dass Markenartikelhersteller in einem beschränkten Umfang die Möglichkeit haben, ihre Marken bei der Migros zu vertreiben (CoopForte, RPW 2005/1, S. 165, Rz. 123) und dass sich der Zugang zu einem bedeutenden Teil des Schweizer Absatzmarkts für die Schweizer Verarbeitungsindustrie als Folge der vertikalen Integration der Migros als schwierig gestaltet (CoopForte, RPW 2005/1, S. 166, Rz. 142). Diese Aussagen – die im Übrigen durch die Beschreibung des Beschaffungsprozesses der Migros relativiert wurden – implizieren keineswegs, dass die Migros-Industrien nicht zur Marktgegenseite gehören. Die konzerninternen Lieferanten der Migros wurden in der bisherigen Praxis der Weko denn auch nicht vom relevanten Markt ausgeschlossen.

- Die Berücksichtigung der konzerninternen Lieferanten der Migros ist kein absolutes Novum im Bereich des Kartellrechts. Es würde im Gegenteil den kartellrechtlichen Grundsätzen widersprechen, konzerninterne Lieferanten nicht zu berücksichtigen, die gemäss eigenen Aussagen des MGB mit Drittlieferanten im Wettbewerb stehen.

### Fazit

233. Für die meisten Produktgruppen bildet der Absatzkanal Detailhandel den sachlich relevanten Markt. Zudem sind die konzerninternen Beschaffungsvolumina der Migros bei der Festlegung des Gesamtmarktolumens für jede Produktgruppe sowie bei der Bestimmung der jeweiligen Marktanteile mitzubetrachten.

234. Dies schliesst nicht aus, dass den Lieferanten von einzelnen Produktgruppen nebst dem Detailhandelskanal noch andere gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen können. Dies muss vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, da die Schlussfolgerungen der Weko dadurch nicht tangiert werden.

## C.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

### C.1.2.1 Absatzmärkte

236. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer<sup>30</sup> und europäischer Rechtsprechung<sup>31</sup> auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Detailhandelsmarkts in Betracht zu ziehen.

#### Lokale Märkte

237. Aus Sicht der Konsumenten ist der geografisch relevante Markt lokal, da beim Tätigen der Einkäufe Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten, Opportunitätskosten) anfallen und diese typischerweise von den Nachfragern minimiert werden. Folglich wird ein Nachfrager bei Gütern des täglichen Bedarfs einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung bevorzugen; oft fällt die Wahl sogar auf den nächstgelegenen. Aufgrund dieser Überlegung lässt sich um jede Verkaufsstelle ein Marktkreis ziehen, welcher dieser Verkaufsstelle die typischen Nachfrager zuordnet.

238. Im Entscheid Coop/EPA (RPW 2002/3, S. 505 ff.) definierte die Weko die lokalen Märkte als Marktkreise um die Verkaufsstellen mit einem Radius von 20 Autofahrminuten.<sup>32</sup> Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass sich diese Marktkreise je nach zur Verfügung stehenden Transportmitteln, Verkehrsinfrastruktur, Wettbewerbsintensität, Präferenzen der Nachfrager, Grösse des Verkaufspunktes etc. unterscheiden können.

239. Vorliegend wurde deshalb überprüft, ob sich die Marktkreise je nach Grösse des Verkaufspunktes und je nach Transportmittel unterscheiden. Zu diesem Zweck wurden die Detailhändler gebeten anzugeben, wie hoch der Anteil ihrer Kunden ist, die ihre Verkaufspunkte zu Fuss, mit öffentlichen Verkehrsmitteln und mit dem Auto erreichen und wie lange die Kunden durchschnittlich unterwegs sind, um den jeweiligen Verkaufspunkt zu erreichen. Die nachfolgende Tabelle 8 fasst die verwertbaren Antworten von Aldi, Carrefour, Casino, Migros, Volg und Valrhône zusammen. Die letzte Spalte gibt für alle Verkaufsstellenformate die mit den Kundenanteilen je Transportmittel (zu Fuss, öffentliche Verkehrsmittel, Auto) gewichteten Durchschnitte an.

<sup>29</sup> Rundgang durch die Industriebetriebe der Migros, S. 7, verfügbar unter [http://www.migros.ch/DE/Ueber\\_die\\_Migros/Das\\_Unternehmen/Migros\\_Gruppe/Industrieunternehmen/Documents/Broschuere%20D.pdf](http://www.migros.ch/DE/Ueber_die_Migros/Das_Unternehmen/Migros_Gruppe/Industrieunternehmen/Documents/Broschuere%20D.pdf) [23. August 2007].

<sup>30</sup> Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135.

<sup>31</sup> Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, Rewe/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>32</sup> Die EU-Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10-30 Autofahrminuten aus.

Tabelle 8: Marktradius

	Zu Fuss		Öffentliche Verkehrsmittel		Auto		Gewichteter Durchschnitt	
	Anteil in %	Min.	Anteil in %	Min.	Anteil in %	Min.	Mit Parteien	Ohne Parteien
Kleine Supermärkte	39	7	18	9	43	11	9	8
Supermärkte	30	12	15	15	55	22	18	16
Hypermärkte	10	15	13	18	77	25	23	20

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

240. Tabelle 8 zeigt, dass das Einzugsgebiet von kleinen Supermärkten einem Marktradius von rund 9 Minuten (gewichteter Durchschnitt), das Einzugsgebiet von Supermärkten einem Marktradius von 18 Minuten und jenes von Hypermärkten einem Marktradius von 23 Minuten entspricht. Berücksichtigt man die Angaben von Migros nicht, reduzieren sich die Marktkreise auf 8, 16 und 20 Minuten.<sup>33</sup>

241. Aufgrund dieser Analyse kann festgehalten werden, dass der Marktradius mit der Grösse der Verkaufsstelle variiert. Somit wird die bisherige Praxis der Weko wie folgt präzisiert: Die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen betragen 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.

242. Gegen die lokale Marktabgrenzung machen die Parteien insbesondere Folgendes geltend: Die Weko sei bisher bei der räumlichen Abgrenzung der lokalen Märkte konsequent von einem Marktkreis mit einem Radius von 20 Autofahrminuten ausgegangen. Nun werde im vorliegenden Fall von dieser langjährigen Praxis zum Nachteil der Zusammenschlussparteien abgewichen. Die Weko dürfe ihre Schlussfolgerung nicht auf diese Befragung und auch nicht auf die Tabelle 8 stützen, namentlich weil die Detailhändler selbst angegeben hätten, dass sie betreffend die Marktradien über keine verlässlichen Angaben verfügen würden. Ferner seien Landi und Manor nicht befragt worden. Tabelle 8 basiere demnach auf einer schmalen Zahlenbasis und auf groben Schätzungen. Weiter werde von der etablierten europäischen Praxis abgewichen. So sei gemäss dem Entscheid Rewe/Meinl eine lokale Marktabgrenzung nicht sachgerecht, wenn eine Vielzahl lokaler Märkte sich jeweils überschneide und nahtlos eine grössere Region oder gar das ganze Gebiet eines Landes abdecken würde. Diesem Entscheid folgend würde die Europäische Kommission in casu mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine regionale Abgrenzung verzichten.

243. Den Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Bei der Definition der Marktkreise wird nicht von der bisherigen Praxis abgewichen. Die bisherige Praxis wird damit lediglich präzisiert (vgl. Rz. 238 f.).

- Entgegen dem Vorbringen der Parteien wiesen von den Detailhändlern, welche die Frage nach den Marktradien beantworteten, lediglich Migros und Denner darauf hin, dass keine verlässlichen Angaben bestehen würden und deshalb lediglich grobe Schätzungen gemacht werden könnten.

- Die Angaben in Tabelle 8 basieren auf Antworten von sechs der neun Detailhändler, die in sämtlichen Marktsegmenten tätig sind. Somit stützt sich das Sekretariat nicht auf eine schmale Zahlenbasis.

- Im Weiteren geht die etablierte europäische Praxis nicht wie von den Parteien vorgebracht von einem einheitlichen Radius von ca. 20 Autofahrminuten aus, sondern etwa je nach Grösse der Verkaufsstelle von einem Radius von 10 bis 20 Autofahrminuten<sup>34</sup> bzw. 10 bis 30 Autofahrminuten<sup>35</sup>. Somit steht die vorliegende lokale Marktabgrenzung in Einklang mit der europäischen Rechtsprechung.

- Wie die Parteien richtig festhalten, wurde im Entscheid Rewe/Meinl<sup>36</sup> auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet. Allerdings kann die Argumentation, welche die EU-Kommission in diesem Fall betreffend die Vielzahl sich überschneidender lokaler Märkte anwendete, nicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen werden: Ein bedeutender Unterschied zwischen Österreich und der Schweiz besteht beispielsweise darin, dass die Dichte an Verbraucher- und Supermärkten in der Schweiz mit 196 Verkaufsstellen ab 400m<sup>2</sup> pro Million Einwohner deutlich unter jener in Österreich mit 347 liegt.<sup>37</sup>

- Bestehenden Substitutionsketten wird vorliegend Rechnung getragen (vgl. Rz. 244). Es ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass diese Substitutionsketten eine lokale Analyse redundant machen.

<sup>33</sup> In Neuseeland beträgt der Marktradius lediglich 5 km. Vgl. Commerce Commission, Progressive Enterprises Limited and Woolworths (NZ) Limited, Decision No. 448, December 2001.

<sup>34</sup> Promodes/BRMC EU IV/M.242; Delhaize/PG EU IV/M.471.

<sup>35</sup> Promodes/Casino IV/M.991; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684; Carrefour/Hyparlot EU COMP/M.4096.

<sup>36</sup> Rewe/Meinl EU IV/M. 1221.

<sup>37</sup> Insights Schweiz 2006/2007, The Nielsen Company Schweiz, S. 24.

Ob von diesem Grundsatz in casu abzuweichen ist, kann offen gelassen werden, da die Schlussfolgerungen der Weko dadurch nicht tangiert werden.

### Nationaler Markt

244. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, soll die wettbewerbsrechtliche Analyse im Detailhandel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt werden:

- Einerseits gibt es im besiedelten Gebiet für Güter des täglichen Bedarfs dichte und flächendeckende Vertriebsnetze. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt;
- Andererseits werden die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide der Detailhändler (Preis- und Aktionspolitik etc.) zentral gefasst und koordiniert. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

245. Die Parteien vertreten aus folgenden Gründen die Ansicht, dass die nationale Dimension eindeutig im Vordergrund steht: Die Detailhändler würden alle wichtigen Wettbewerbsparameter wie die Preise, Aktionen und Sortimente national festsetzen. Durch dieses Verhalten stehe die nationale Dimension eindeutig im Vordergrund. Des Weiteren komme es durch die flächenmässigen Überlappungen zu einer Substitutionskette, welche die lokalen Märkte miteinander verbinde und zu einem nationalen Markt mache. Gemäss der europäischen Praxis wäre der nationale Markt die einzig massgebende Dimension. Zudem erhalte der Absatzmarkt durch den Einkaufstourismus im benachbarten Ausland eine internationale Komponente. Schweizer Konsumenten kauften im Jahr 2005 für über CHF 2.1 Mia. im grenznahen Ausland ein. Da dieser Betrag dem Umsatz von Denner und den Denner-Satelliten gleichkomme, sei der Einkaufstourismus für die Detailhändler ein mit Denner vergleichbarer Konkurrent. Zudem senke der Einkaufstourismus indirekt die Preise aller Schweizer Detailhändler und habe demnach eine disziplinierende Wirkung, da die Detailhändler die Preise und Aktionen schweizweit festlegen würden und dabei die Preise im grenznahen Ausland berücksichtigen müssten. Deshalb müsse der Umsatz, den grenznahe Konkurrenten mit Schweizer Konsumenten erzielten, zum relevanten Marktvolumen hinzugezählt werden. Dies entspreche auch der Praxis der Weko im Fall Migros/Globus.

246. Gegen die Vorbringen der Parteien ist Folgendes einzuwenden:

- Die Tatsache, dass die Detailhändler die wichtigen Wettbewerbsparameter Preis, Aktionen und Sortiment national festsetzten, impliziert nicht, dass die nationale Dimension der Absatzmärkte – welche gemäss Praxis der Weko stets Berücksichtigung findet – in den Vordergrund rückt.
- Wie bereits festgehalten, definiert die EU-Kommission in ihrer ständigen Praxis ebenfalls lokale Märkte, die einem Marktkreis von 10 bis 30 Autofahrminuten entsprechen (vgl. Rz. 243). Lediglich in den genannten Spezialfällen wird auf eine

lokale Marktabgrenzung verzichtet. Ob in casu ein solcher Spezialfall vorliegt, kann letztendlich offen gelassen werden, da dies die Schlussfolgerungen der Weko nicht tangiert, weil sich die auf dem nationalen Absatzmarkt identifizierten Wettbewerbsverhältnisse auch auf den lokalen Absatzmärkten widerspiegeln (vgl. Rz. 380).

- Bei der von den Parteien zitierten Textstelle aus dem Entscheid Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 169, Rz. 27) handelt es sich um eine veraltete Rechtssprechung, die in den neueren Entscheiden der Weko nicht mehr berücksichtigt worden ist. Wie in Rz. 201 bereits festgehalten, wird dem allenfalls disziplinierenden Effekt des Einkaufstourismus in der wettbewerbsrechtlichen Analyse Rechnung getragen.

### Fazit

247. Die geografische Dimension der Absatzmärkte ist sowohl national als auch lokal. Die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen betragen schätzungsgemäss ca. 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.

#### C.1.2.2 Beschaffungsmärkte

248. Gemäss der bisherigen Praxis der Weko weist der relevante Markt beschaffungsseitig mindestens nationale Dimensionen auf, wobei der räumlich relevante Markt insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, grösser sein kann als die Schweiz.<sup>38</sup>

249. Die Parteien beurteilen die räumliche Dimension der Beschaffungsmärkte als international. Dies zeige auch das Beschaffungsverhalten von Aldi; gemäss Schätzungen würden rund zwei Drittel der in der Schweiz verkauften Produkte im Ausland beschafft.

250. Die Ermittlungen im vorliegenden Verfahren legen aus folgenden Gründen nationale Beschaffungsmärkte nahe: Die Schweizer Detailhändler wurden gebeten, für sämtliche Produktgruppen den Anteil des Beschaffungsvolumens zu schätzen, der über ausländische Lieferanten (Direktimport), über ausländische Lieferanten mit Niederlassung/Vertriebsgesellschaft in der Schweiz (indirekter Import) und über Schweizer Lieferanten bezogen wird. Mit Ausnahme von Aldi beschaffen Schweizer Detailhändler mehrheitlich über schweizerische Unternehmen, Importeure oder Schweizer Vertriebsgesellschaften von internationalen Konzernen. Die nachfolgende Tabelle 9 gibt die Antworten in aggregierter Form wieder. Bei den Tabelleneinträgen handelt es sich um die mit den Umsätzen gewichteten Durchschnittswerte der Antworten.

251. Laut den Parteien stellt Tabelle 9 lediglich auf Schätzungen ab und ist nicht beweiskräftig, da die befragten Unternehmen solche präzisen Angaben nicht liefern können. Dieser Vorwurf ist unzutreffend: Erstens wird klar dargelegt, wie die Tabelleninhalte zustande

<sup>38</sup> Denner/Pick Pay RPW 2006/1, S. 135, Rz. 38; Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, RPW 2006/2, S. 271, Rz. 77 f.

kommen. Zweitens sind diese Resultat einer Befragung sämtlicher Marktteilnehmer. Dass Schätzungen die Realität nicht Eins zu Eins wiedergeben, ist der Weko bekannt. Sie erachtet es bei ihrer Entscheidungsfindungen aber als sinnvoller, auf Schätzungen abzustellen als infolge

von unvermeidlichen Ungenauigkeiten gänzlich darauf zu verzichten. Die Tabellenwerte dienen sodann nicht als Beweis für nationale Beschaffungsmärkte, sondern lediglich als Indikatoren hierfür.

Tabelle 9: Bezugsquellen der einzelnen Produktgruppen

Produktgruppe	Direktimport	Indirekter Import	Schweiz
<b>Food</b>			
Frischprodukte			
Milchprodukte/Eier	3%	10%	87%
Brot/Backwaren	4%	9%	87%
Fleisch	4%	10%	85%
Tiefkühlprodukte	35%	20%	45%
Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)	3%	5%	93%
Gemüse/Salate	26%	22%	52%
Obst/Früchte	28%	25%	47%
Kolonialwaren			
Konserven/Saucen	42%	16%	42%
Beilagen/Suppen/Kochzutaten	11%	24%	64%
Grundnahrungsmittel/Backzutaten	6%	14%	80%
Frühstück/Warmgetränke/Cerealien	18%	22%	59%
Süsswaren/Biscuits	11%	12%	77%
Snacks/Apéro	26%	16%	58%
Tiernahrung/Tierbedarf	35%	43%	22%
Babybedarf	n.a	n.a	n.a
Getränke			
Alkoholische Getränke	11%	16%	73%
Erfrischungsgetränke	26%	8%	65%
<b>Near Food</b>			
Körperpflege/Kosmetik	30%	40%	30%
Wasch-/Reinigungsmittel	24%	39%	37%
Papier-/Hygieneprodukte	62%	18%	20%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

252. Tabelle 9 illustriert, dass die Schweizer Detailhändler – mit Ausnahme von Aldi (vgl. Rz. 574) – mehrheitlich über Schweizer Lieferanten, Importeure oder Schweizer Vertriebsgesellschaften von internationalen Konzernen beschaffen. Dies weist darauf hin, dass die meisten Beschaffungsmärkte national sind. Eine Ausnahme bildet die Produktgruppe Papier-/Hygieneprodukte. In den Produktgruppen Tiefkühlprodukte, Konserven/Saucen sowie Tiernahrung/Tierbedarf wird zudem immerhin über ein Drittel des Beschaffungsvolumens im Ausland beschafft. Diese Beschaffungsmärkte könnten eine internationale Dimension haben.

253. Die grundsätzlich nationale Dimension der Beschaffungsmärkte wird auch durch das Einkaufsverhalten von Spar illustriert: Spar Schweiz bezieht nur ca. 300-350 Artikel von rund 10'000 Artikeln über Spar International. Dabei handelt es sich gemäss Aussagen von Spar

hauptsächlich um Grundnahrungsmittel und Near Food-Produkte, die importiert werden können und länger haltbar sind. Auch Carrefour beschafft trotz ihrem internationalen Beschaffungsnetz die grosse Mehrheit der Produkte in der Schweiz.

254. Ferner führen Handelsbarrieren namentlich in Form von speziellen schweizerischen Produktdeklarationsvorschriften und Zöllen zu einer "Nationalisierung" der Beschaffungsmärkte.

255. Zudem variiert das Sortiment internationaler Konzerne je nach Land, weil sich die Präferenzen der Konsumenten unterscheiden. Aus diesem Grund sind multinationale Unternehmen wie z.B. Unilever in nationalen Gesellschaften organisiert.

256. Schliesslich gelingt es relativ kleinen schweizerischen Lieferanten wie Düring oder Rivella, in der

Schweiz höhere Marktanteile als multinationale Unternehmen zu erlangen.

#### Fazit

257. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der relevante Markt beschaffungsseitig mindestens nationale Dimensionen aufweist. Bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als die Schweiz.<sup>39</sup>

## C.2 Analyse der betroffenen Märkte

258. 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 sich der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen in der Schweiz auf 30% oder mehr beläuft (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

259. Wie den Tabellen 13 und 21 zu entnehmen ist, sind vorliegend sämtliche Absatz- und Beschaffungsmärkte betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Vor der Analyse der betroffenen Märkte, wird ein internationaler Vergleich der Detailhandelsmärkte vorgenommen.

### C.2.1 Internationaler Vergleich

260. Um sich ein Bild der Konzentration im Schweizer Detailhandel machen zu können, wird der Konzentrationsgrad in der Schweiz zunächst mit jenem in anderen europäischen Ländern verglichen. Die nachfolgende Tabelle 10 gibt den Konzentrationsgrad der zwei grössten Marktteilnehmer (K2) in verschiedenen europäischen Ländern für das Jahr 2006 wieder. Gemäss den Schätzungen des Sekretariats beträgt der K2 im Jahr 2006 in der Schweiz sogar [70-80%] (vgl. Tabelle 2 in Anhang A1). Basierend auf dieser Schätzung ist der Konzentrationsgrad in der Schweiz am höchsten.

261. Zur Tabelle 10 bringen die Parteien vor, die Weko müsse nachweisen, dass die Daten in sämtlichen Ländern nach der gleichen Methode erhoben worden seien. Es müsste insbesondere aufgezeigt werden, dass der Fachhandel, der Spezialhandel und die Convenience-Shops in allen Ländern ausgeschlossen worden seien. Ansonsten würden Äpfel mit Birnen verglichen. Dem ist zu entgegnen, dass Tabelle 10 von den Parteien selbst eingereicht und vervollständigt wurde. Die Weko überprüfte die Tabelle auf ihre Glaubwürdigkeit hin und fand keinen Grund, um davon abzuweichen. Die Gefahr, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden, ist schon dadurch minimiert, dass der Fachhandel, der Spezialhandel und die Convenience-Shops gemäss etablierter Rechtsprechung der europäischen Wettbewerbsbehörden nicht zum sachlich relevanten Detailhandelsmarkt gehören (vgl. Rz. 166).

Tabelle 10: K2 im europäischen Vergleich

Land	K2
Finnland	75.2
<i>Schweiz</i>	[60-70]
Schweden	61.5
Norwegen	60.0
Irland	52.1
Dänemark	49.9
Österreich	48.6
Niederlande	46.7
Belgien	41.3
Spanien	36.2
Deutschland	35.8
Frankreich	34.5
Portugal	34.0
Grossbritannien	33.4

Quelle: Europäische Länder: Planet Retail (Grocery Retail Banner Sales 2006); Schweiz: Angaben der Parteien.

<sup>39</sup> Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135, Rz. 38.

262. Zusammenschlussvorhaben in Märkten mit ähnlichen Strukturen wie in der Schweiz wurden in der Vergangenheit von ausländischen Wettbewerbsbehörden verboten oder nur unter Auflagen zugelassen:

263. Das Zusammenschlussvorhaben der beiden Lebensmittel-Detailhändler *Kesko/Tuko* (COMP/M.784) hielt die EU-Kommission für nicht kompatibel mit dem gemeinsamen Markt. Die beteiligten Parteien hätten nach dem Zusammenschluss im Bereich Lebensmittel-detailhandel (exklusive Spezialgeschäfte) über Marktanteile von mehr als 55% verfügt. Da der relevante Markt in Finnland zu einem der konzentriertesten in der EU zählte, die Markteintrittsbarrieren hoch waren und es an potenziellem Wettbewerb fehlte, wurde das Vorhaben untersagt.

264. Nur unter Auflagen zugelassen wurde auch der Zusammenschluss *Carrefour/Promodes* (COMP/M.1684). Die EU-Kommission stellte zwar keine durch das Vorhaben entstehende marktbeherrschende Stellung fest, konnte aber künftige negative Auswirkungen auf den Detailhandel in Frankreich bzw. Spanien aufgrund der Beteiligung von Carrefour an Cora nicht ausschliessen.

265. Das Zusammenschlussvorhaben *Rewe/Meinl* (COMP/M.1221) wurde von der EU-Kommission nur unter weitreichenden Auflagen genehmigt. Rewe war mit seinen diversen Verbrauchermarktketten bereits führender Anbieter im österreichischen Lebensmittel-detailhandel. Durch den Zusammenschluss mit Meinl hätte Rewe seine Marktanteile deutlich erhöhen und den Abstand zu seinen Wettbewerbern weiter vergrössern können. Dabei beliefen sich die Marktanteile in einzelnen Schlüsselregionen auf bis zu 50%. Aufgrund der hohen Marktkonzentration im Lebensmittel-detailhandel von Österreich (die führenden fünf Unternehmen hielten 80% der Marktanteile, die beiden stärksten Anbieter vereinigten 60%), des im Vergleich zu den Wettbewerbern besonders gut ausgebauten Netzes produktivitätsstarker Verkaufsflächen und der günstigen Standorte von Rewe in Ballungsgebieten schloss die EU-Kommission auf eine marktbeherrschende Stellung auf dem Absatzmarkt.

266. Die Übernahme von Spar Finnland, mit 7% Marktanteil die Nummer vier, durch die Detailhandelskette Sok, mit 35% Marktanteil die Nummer zwei, wurde von der finnischen Wettbewerbsbehörde im Jahr 2006 nur unter Auflagen zugelassen. Sok musste mehrere Filialen in lokalen Märkten verkaufen, auf welchen sie eine zu starke Marktstellung eingenommen hätte.<sup>40</sup>

267. Die Fair Trade Commission (FTC) hat den Zusammenschluss *Winn-Dixie Stores/Jitney-Jungle* (FTC File No. 011 0022)<sup>41</sup> nur unter weitreichenden Auflagen zugelassen. Das Vorhaben hätte in einigen regionalen Märkten im Südosten der USA zu einer zu starken Konzentration im Lebensmittel-detailhandel (Marktanteile auf den relevanten geografischen Märkten von 34% bis zu 100%) geführt.

268. Im Fall *Nestlé/Perrier* (COMP/M.190) hat die EU-Kommission auf eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund einer durch den Zusammenschluss entstehenden kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen Nestlé/Perrier und BSN im

französischen Markt für Mineralwasser in Flaschen geschlossen. Das Zusammenschlussvorhaben wurde nur unter der Auflage des Verkaufs von mehreren kleineren Mineralwassermarken bzw. regionalen Mineralwasserquellen zugelassen.

269. Die Parteien befinden den Vergleich mit der ausländischen Rechtsprechung als unangebracht, da die Weko aufgrund des schweizerischen Rechts entscheiden müsse, wie der Zusammenschluss zu beurteilen sei. Auch könnten die Erkenntnisse der zitierten ausländischen Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, da sie Unternehmen betreffen würden, die identische Konzepte verfolgten und damit auch identische Kundenbedürfnisse befriedigten. In casu würden sich die Konzepte und Sortimente der Zusammenschlussparteien jedoch fundamental unterscheiden und seien deshalb in hohem Masse komplementär.

270. Bei dieser Kritik verkennen die Parteien zum einen, dass die Rechtsprechung ausländischer Wettbewerbsbehörden lediglich zur Hintergrundinformation aufgeführt wird, ohne daraus eine Schlussfolgerung für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu ziehen. Zum anderen spielt es keine Rolle, welche Arten von Supermärkten Gegenstand einer Zusammenschlussprüfung sind und inwiefern sich die Konzepte der Zusammenschlussparteien unterscheiden, solange diese im gleichen relevanten Markt tätig sind.

271. Weitere Spezifika des Schweizer Detailhandels sind zum einen die im Vergleich zum Ausland beschränkte Sortimentsauswahl.<sup>42</sup> Zum anderen handelt es sich bei den Schweizer Detailhändlern im europäischen Vergleich umsatzmässig um kleine Anbieter. Dies wird durch die nachfolgende Tabelle 11 verdeutlicht, welche die Umsätze der grössten Lebensmittelhändler Europas zeigt. Es sei an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass aus der Höhe der euopaweiten Umsätze der Detailhändler keine Schlüsse betreffend deren Marktmacht in den einzelnen geografisch relevanten Märkten gezogen werden können.

<sup>40</sup> Vgl. <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=news-archive&sivu=news/n-2006-01-05> [27. Juli 2007].

<sup>41</sup> Vgl. <http://www.ftc.gov/os/2001/01/index.shtm> [27. Juli 2007].

<sup>42</sup> Vgl. Le Temps, Supermarchés: pourquoi l'offre alimentaire est plus pauvre en Suisse, 12.10.2002.



Tabelle 11: Europas grösste Lebensmittelhändler

Unternehmen	Umsätze in Mrd. Euro <sup>1</sup>
Carrefour	58.3
Tesco	38.5
REWE Group	35.2
Edeka	34.5
Schwarz-Gruppe (Lidl/Kaufland)	33.0
Metro Group	31.6
Aldi	26.6
Auchan	23.9
Ahold	22.8
Casino	22.7
Migros <sup>2</sup>	6.3
Coop <sup>2</sup>	5.5

<sup>1</sup> Brutto-Lebensmittelumsatz (Food) und Near Food

<sup>2</sup> Nettoumsätze Food umgerechnet in Euro

Quelle: Planet Retail und Berechnungen der NZZ.<sup>43</sup>

272. Die geringe Grösse im internationalen Vergleich wirkt sich laut den Parteien namentlich negativ auf deren Beschaffungskonditionen aus. Coop habe auf diese Herausforderung mit dem Anschluss an die internationale Beschaffungsorganisation Coopernic reagiert. [...] Diesem Vorbringen wird im vorliegenden Entscheid Rechnung getragen (vgl. Rz. 663).

## C.2.2 Absatzmärkte

### C.2.2.1 Marktteilnehmer

273. Der Schweizer Detailhandelsmarkt wird durch die beiden Genossenschaften Migros und Coop geprägt. Neben Denner sind die folgenden Anbieter auf dem Markt tätig: Aldi, Carrefour, Casino, Spar, Valrhône und Volg. Die Anbieter im Detailhandel sind mit ihren Verkaufsstellen in verschiedenen Marktsegmenten präsent, welche die Weko wie folgt definiert:

274. Zum Hypermarkt-Segment gehören Verkaufsstellen mit einer durchschnittlichen Fläche von über 3000m<sup>2</sup>. Folglich lassen sich Migros MMM-Märkte, Coop Megastores, Coop City, Carrefour und Hyper Casino diesem Segment zuordnen. Zum Supermarkt-Segment zählen Verkaufsstellen mit einer durchschnittlichen Fläche von 700 bis 3000m<sup>2</sup>. Dazu gehören Migros MM-Märkte, Coop Supermärkte B und C, Aldi, Super Casino sowie Eurospar sowie die Lebensmittelabteilungen von Loeb und Manor. Schliesslich sind Verkaufsstellen mit einer durchschnittlichen Fläche unter 700m<sup>2</sup> dem Segment kleine Supermärkte zuzuordnen. In dieses Segment fallen Migros M-Märkte sowie Globus Delicatessa, Denner (Filialen und Satelliten), Coop Supermärkte A, Petit Casino, Spar Supermarkt und maxi///, Valrhône (PAM, Proxi, Treffpunkt), Volg sowie die Lebensmittelabteilung von Jelmoli.

275. Laut den Parteien ist die vorgenommene Zuordnung in drei Segmente nicht nachvollziehbar. Soweit ersichtlich habe die Weko im Rahmen des Verfahrens von keinem Detailhändler verlangt, für sämtliche Verkaufsstellen die Verkaufsfläche anzugeben. Dies wäre aber die Voraussetzung, um die entsprechende Zuordnung überhaupt vornehmen zu können.

276. Das Sekretariat erhob im Rahmen der Ermittlungen aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht für jede der 3'858 Verkaufsstellen die Verkaufsfläche, sondern die durchschnittliche Verkaufsfläche für die verschiedenen Ladenformate (z.B. Hyper Casino). Basierend auf diesen Angaben wurden die Ladenformate den entsprechenden Kategorien zugeordnet. Da bei der Zuordnung auf Durchschnittswerte abgestellt wurde, ist nicht auszuschliessen, dass einzelne Verkaufsstellen in eine andere Kategorie gehören. Eine Zuordnung anhand von Durchschnittswerten genügt den wissenschaftlichen Ansprüchen vollumfänglich.

277. Tabelle 12 zeigt die Anzahl Standorte der Marktteilnehmer in den einzelnen Segmenten. Hiergegen wenden die Parteien ein, die Gesamtzahl der Verkaufsstellen aller Detailhändler in der Schweiz würde viel zu tief ausgewiesen. Die 3'858 Verkaufsstellen entsprächen nicht den in der Publikation Detailhandel Schweiz 2007 genannten 4'562 Verkaufsstellen.

278. Die kritisierte Differenz der Gesamtanzahl Verkaufsstellen ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass Tabelle 12 die unabhängigen Lebensmittel-Detailhandelsgeschäfte nur teilweise erfasst, da diese

<sup>43</sup> Vgl. NZZ, Verschärfter Wettbewerb im Lebensmittelhandel, 1./2. September 2007, Nr. 202, S. 23.

grundsätzlich aus dem relevanten Markt ausgeklammert wurden (vgl. Rz. 203). Deren Anzahl wird von IHA-GfK auf 720 geschätzt. Die allfällige disziplinierende Wirkung,

die von den unabhängigen Detaillisten ausgeht, wird in Rz. 359 berücksichtigt.

Tabelle 12: Anzahl Standorte pro Marktsegment

Unternehmer	Gesamtmark	Hypermärkte	Supermärkte	Kleine Supermärkte
Migros	541	38	205	298
Coop	844	14	288	542
Denner	733			733*
Aldi	33		33	
Carrefour	12	12		
Casino	16	8	5	3
Jelmoli	1			1
Loeb	1		1	
Manor	30		30	
Spar	333		9	324
Valrhône	529			529
Volg	786			786
Total	3'858	72	571	3'215

\*davon sind 293 Satelliten.

Quelle: Erhebungen des Sekretariats

279. Entgegen der Ansicht der Parteien werden die Denner-Satelliten Denner zugerechnet, da die Franchiseverträge zwischen Denner und den Satelliten insbesondere deren Preis- und Sortimentspolitik weitgehend bestimmen und im Ergebnis dazu führen, dass das Verhalten der Denner-Satelliten durch Denner kontrolliert werden kann. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Denner-Satelliten den Vertrag innerhalb von 12 Monaten auflösen können, da ein Wechsel des Franchisegebers mit beträchtlichen Umstellungskosten verbunden ist.

280. Gemäss den Parteien müsste Landi als ein weiterer Detailhändler berücksichtigt werden. Dies insbesondere deshalb, weil er im vergangenen Jahr die höchste Wachstumsrate aufgewiesen habe. Diesem Anliegen wird vorliegend nicht gefolgt, da Landi, die wie Volg zum Fenaco-Konzern gehört, weniger als ein Drittel des Umsatzes mit Lebensmitteln erzielt. Ferner wird Landi laut eigenen Angaben am stärksten durch Baumärkte und nicht durch andere Detailhändler konkurrenziert.

281. Den Parteien zufolge müssten Manor und Carrefour zudem als Einheit betrachtet werden, da die Maus Frères Holding AG sowohl Manor als auch Carrefour Schweiz kontrolliere. Aufgrund der personellen und finanziellen Verflechtungen (vgl. Rz. 284 und 289) werden Manor und Carrefour im Folgenden als ein Unternehmen betrachtet. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich Carrefour aus dem Schweizer Markt zurückziehen will und die Verkaufsstellen vorbehaltlich der Zustimmung der Weko von Coop übernommen werden sollen.

282. Nachfolgend werden die nebst Migros und Denner im Markt tätigen Detailhändler, deren Unternehmensstruktur sowie ihre wichtigsten Geschäftsaktivitäten kurz beschrieben.

#### Aldi

283. Aldi gehört zu 100% der Hofer KG und besitzt derzeit 33 Verkaufsstellen (Stand Juni 2007) im Bereich Supermärkte. Aldi sieht sich als Nahversorger in allen Regionen der Schweiz und wählt seine Standorte in Einzugsgebieten mit 15'000-25'000 Einwohnern. In seinem Konzept setzt Aldi auf ein stark limitiertes, preisgünstiges Sortiment, das vor allem aus Eigenmarken besteht. Er bietet ca. 800 Produkte auf Ladenflächen von durchschnittlich 850m<sup>2</sup> an.

#### Carrefour

284. Carrefour Schweiz (Distributis SA) gehört zu je 50% der Maus Frères Holding, der Eigentümerin von Manor, und Carrefour International (CNBV). Die Maus Frères Holding und CNBV nehmen über den Einsitz im Verwaltungsrat Einfluss auf Carrefour Schweiz. Zwei Verwaltungsratsmitglieder sind sowohl im Verwaltungsrat von Manor als auch in jenem von Carrefour Schweiz vertreten. Carrefour verfügt in der Schweiz über zwölf Verkaufsstellen, bei welchen es sich um grossflächige Hypermärkte handelt. Diese sowie zwei Projekte in St. Gallen und Chur plant Coop gemäss eigener Pressemitteilung vom 21. August 2007 vorbehaltlich der Zustimmung der Weko vom Joint-Venture der Maus Frères Holding AG und Carrefour zu übernehmen.

### Casino

285. Die Groupe Magro SA/Casino gehört zu [...]. Distribution Casino France SA hat gemäss eigenen Angaben kaum Einfluss auf die Groupe Magro. [...]. Casino ist ein Nahversorger, welcher vor allem in Städten oder Agglomerationen von Städten in der Westschweiz lokalisiert ist. Casino besitzt in der Schweiz insgesamt 16 Verkaufsstellen, wovon acht Standorte Hypermärkte, fünf Supermärkte und drei kleine Supermärkte sind.

### Coop

286. Als genossenschaftlich organisiertes Unternehmen ist Coop der zweitgrösste Detailhändler der Schweiz. In fünf Verkaufsregionen organisiert, verfügt Coop über ein schweizweit flächendeckendes Vertriebsnetz mit 844 Verkaufsstellen, wovon 14 Hypermärkte, 288 Supermärkte und 542 kleine Supermärkte sind. Neben seinem Kerngeschäft ist Coop auch in der Gastronomie (Coop-Restaurants) sowie im Trading (Warenhäuser, Bau+Hobby, Interdiscount, Toptip/Lumimart, Import Parfümerie) tätig. Zu den Tochtergesellschaften der Coop-Gruppe gehören namentlich die Coop Vitality AG, Mineralöl AG, die Bell-Gruppe, Hotels und die Christ-Schmuckkette.

### Jelmoli

287. Jelmoli ist ein Warenhaus, welches nur in Zürich über eine Lebensmittelabteilung im Segment kleine Supermärkte verfügt. Aus diesem Grund wird hier nur dieser Standort berücksichtigt.

### Loeb

288. Loeb ist ein Warenhaus, welches nur in Bern eine Lebensmittelabteilung im Supermarktsegment hat. Aus diesem Grund wird hier nur dieser Standort berücksichtigt.

### Manor

289. Eigentümerin von Manor ist zu 100% die Maus Frères Holding AG, welche auch 50% an Carrefour Schweiz hält. Die Maus Frères Holding nimmt laut eigenen Angaben nur Einfluss auf die Standortpolitik von Manor. Manor Supermärkte sind lediglich an gewissen Standorten in Warenhäuser integriert und befinden sich in grösseren Städten. Im Bereich Supermärkte ist Manor an 30 Standorten vertreten.

### Spar

290. Die Spar Gruppe Schweiz gehört zu 33% der Aspiag (Spar Österreich) und zu 67% der Leuthold&Co. AG. Spar Schweiz ist Lizenznehmerin von Spar International. Die Spar Gruppe Schweiz betreibt zwei verschiedene Ladenformate: Eurospar im Segment Supermärkte sowie Spar Supermärkte und maxi///-Detailisten im Segment kleine Supermärkte. Bei letzteren handelt es sich um selbständige Detailisten, die von Spar beliefert werden, auf welche Spar gemäss eigenen Angaben jedoch nur geringen Einfluss nehmen kann. In casu werden die Umsätze der unabhängigen Detailisten der Einfachheit halber stets zum Franchisegeber bzw. Belieferunternehmen gezählt, ohne diesbezüglich eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen, da die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Zusammenschlusses davon nicht tangiert wird. Spar ist vor allem in Wohngebieten von Städten

und Dörfern in der Deutschschweiz präsent. Von den insgesamt 333 Standorten entfallen 9 auf Spar Supermärkte und 324 auf kleine Supermärkte.

### Valrhône

291. Die Westschweizer Detaillistin Valrhône mit ihrer Muttergesellschaft La Valaisanne Holding beliefert schweizweit 529 Verkaufsstellen, bei welchen es sich um kleine Supermärkte handelt. Diese kleinen Supermärkte werden unter den Namen Pam, Proxi (Detailisten mit Franchise-Vereinbarung) und Treffpunkt (Detailisten mit Teilfranchisevereinbarung) geführt, welche in kleinen Städten und Dörfern lokalisiert sind. Pam ist überwiegend in der Westschweiz, Treffpunkt vor allem in der Deutschschweiz präsent. Neben den kleinen Supermärkten beliefert Valrhône unabhängige Detailisten. Aus oben genanntem Grund (vgl. Rz. 290) werden die unabhängigen Detailisten wiederum zu Valrhône gezählt.

### Volg

292. Volg gehört zu 5% Genossenschaftern und zu 95% dem Landwirtschaftskonzern Fenaco, welcher seinerseits eine grosse Anzahl an 100%-Beteiligungen hält (u.a. an Landi, Unidrink, Agrola, Carnavi-Gruppe, Anicom, Frigemo, Landor, UFA etc.). Ein Verwaltungsrat von Volg hat auch Einsitz im Verwaltungsrat der Landi. Volg betreibt ein weit verzweigtes Verkaufstellennetz mit 786 kleinen Supermärkten in kleinen Städten und Dörfern. Volg ist nur in der Deutschschweiz tätig und verfolgt das Konzept des Dorfladens. Das Verkaufstellennetz von Volg besteht aus 229 Filialen, 267 Verkaufsstellen, die von Genossenschaften geführt werden, 92 privaten Detailisten sowie 207 freien Detailisten (sog. Volg-Partnern), die durch Volg beliefert werden. Aus oben genanntem Grund (vgl. Rz. 290) werden die unabhängigen Detailisten wiederum zu Volg gezählt.

## C.2.2.2 Einzelmarktbeherrschung

### C.2.2.2.1 Aktueller Wettbewerb nationale Ebene

293. Im Folgenden werden zunächst die Marktanteile auf dem nationalen Absatzmarkt dargelegt und die Rolle der Marktteilnehmer analysiert. Nebst den Marktanteilen ist die Marktanteilsverteilung zu berücksichtigen, die vorliegend mit Konzentrationskennzahlen ausgewiesen wird. Der statischen Betrachtung der Marktanteile und Konzentrationsmasse folgt eine dynamische Betrachtungsweise derselben. Anschliessend wird analysiert, ob und allenfalls inwiefern das Zusammenschlussvorhaben den Preiswettbewerb dämpfen kann (unilaterale Effekte). Schliesslich wird untersucht, ob vom Einkaufstourismus, dem Internethandel, dem Spezial- und Fachhandel oder den Convenience-Shops allenfalls eine disziplinierende Wirkung infolge von Randsubstitution ausgeht.

### Marktanteile

294. Das Sekretariat hat die Umsätze der Schweizer Detailhändler im Jahr 2006 für den Gesamtmarkt und die Marktsegmente kleine Supermärkte, Supermärkte und Hypermärkte erhoben (vgl. Rz. 273). Die Umsätze der einzelnen Anbieter im Gesamtmarkt sind in Tabelle 1 in Anhang A1 dargestellt. Nachfolgende Tabelle 13 fasst die entsprechenden Marktanteile im Gesamtmarkt zusammen.

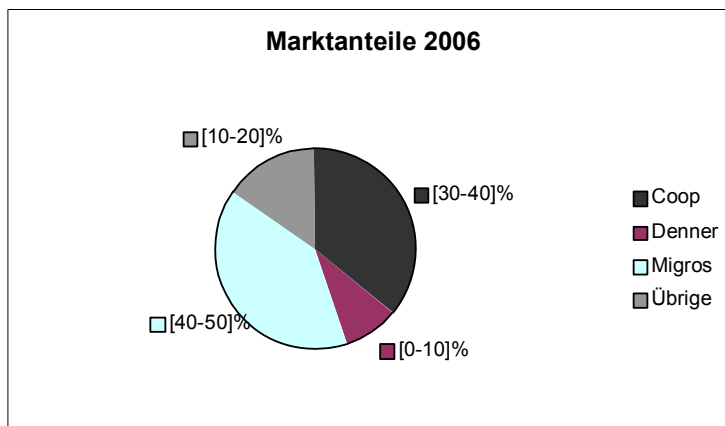
Tabelle 13: Marktanteile im Schweizer Detailhandelsmarkt

Unternehmen	Gesamtmarkt	Segment Hypermärkte	Segment Supermärkte	Segment kleine Supermärkte
Migros	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%	[20-30]%
Denner	[0-10]%			[20-30]%
Migros/Denner	[40-50]%	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%
Coop	[30-40]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%
Aldi	[0-10]%		[0-10]%	
Carrefour/Manor	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	
Casino	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Jelmoli	[0-10]%			[0-10]%
Loeb	[0-10]%		[0-10]%	
Spar	[0-10]%		[0-10]%	[0-10]%
Valrhône	[0-10]%			[0-10]%
Volg	[0-10]%			[0-10]%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

295. Abbildung 1 illustriert die Marktanteile der drei grössten Unternehmen sowie der übrigen Anbieter im Gesamtmarkt grafisch.

Abbildung 1: Marktanteile im Schweizer Detailhandelsmarkt



Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

296. Gegen die Marktanteilsberechnungen machen die Parteien Folgendes geltend:

- Die in Tabelle 13 berechneten Marktanteile seien falsch, da die Zuordnung der Verkaufsstellen zu den Segmenten Hypermärkte, Supermärkte und kleine Supermärkte fehlerhaft, unvollständig und nicht verwertbar sei.
- Das Sekretariat habe durch eine fehlerhafte Marktanteilsberechnung versucht, den Gesamtmarkt zu verkleinern und gleichzeitig die Umsätze von Migros, Denner und Coop möglichst nach o-

ben zu treiben. Die offensichtlichsten Fehler der Marktanteilsberechnung seien die Folgenden: (a) Ausschluss des gesamten Near- und Non Food-Umsatzes von Manor; (b) Ausschluss des Detailhändlers Landi; (c) Ausschluss des Einkaufstourismus; (d) Einbezug von Globus; (e) Teilweiser Ausschluss von Loeb; (f) Ausschluss der Convenience-Shops; (g) Ausschluss der Spezialgeschäfte. Würden die Fehler (a) bis (d) korrigiert, ergäben sich die in Tabelle 13 angegebenen Marktanteile. Damit würde sich der gemeinsame Marktanteil von Migros und Denner (inkl. Satelliten) im Jahr 2006

nicht auf [40-50]%, sondern lediglich auf [30-40]% belaufen. Würden zudem die Convenience-Shops ins Marktvolumen miteinbezogen, ergäbe sich ein gemeinsamer Marktanteil von Migros und Denner (inkl. Satelliten) von [30-40]%. Der Marktanteil von Coop beliefe sich auf [20-30]%. Würden darüber

hinaus auch noch der Lebensmittelfachhandel und die Drogerien berücksichtigt, würden die genannten Werte [30-40]% (Migros/Denner) und [20-30]% (Coop) betragen.

Tabelle 14: Umsätze und Marktanteile gemäss Parteien im Jahr 2006

	Umsatz (Mio. CHF)	Marktanteil
Gesamtmarkt	35'925	100%
Migros	[...]	[30-40]%
Denner	[...]	[0-10]%
Denner Satelliten	[...]	[0-10]%
Coop	[...]	[20-30]%
Carrefour/Manor	[...]	[10-20]%
Einkaufstourismus	[...]	[0-10]%
Volg/Landi	[...]	[0-10]%
Valrhône/PAM	[...]	[0-10]%
Spar/Maxi	[...]	[0-10]%
Aldi	[...]	[0-10]%
Casino	[...]	[0-10]%

Quelle: Angaben der Parteien.

- Im Weiteren gäbe es eine Inkonsistenz zwischen Tabelle 13 und den Marktanteilen, die im Entscheid Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 135, Rz. 44) ausgewiesen wurden. Im genannten Entscheid sei die Weko von Marktanteilen von 35% für Migros, 7.2% für Denner (inkl. Satelliten) und 32% für Coop ausgegangen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Marktanteile zwischenzeitlich dermassen erhöht hätten. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund, dass Migros zwischen 2005 und 2006 Marktanteile verloren habe.

- Die Marktanteile von Migros und Coop würden zu hoch ausgewiesen, da in deren Gesamtumsätzen auch die Umsätze der Kleider- und Haushaltsabteilungen enthalten seien. Das Subtrahieren des Non Food-Umsatzes bei Migros und Coop sei zwingend, wenn die Weko darauf bestehen sollte, bei Manor genau diese Umsätze nicht zu berücksichtigen.

297. Den Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Wie in Rz. 276 bereits festgehalten wurde, basiert die Zuordnung der Verkaufsstellen in Tabelle 12 auf Durchschnittswerten, die bei allen Marktteilnehmern erhoben wurden.

- Hinsichtlich der Kritik der Parteien an den Marktanteilsberechnungen wird auf die Ausführungen zur Marktabgrenzung und auf jene in Rz. 280 verwiesen. Festzuhalten bleibt zudem, dass Migros/Denner und Coop selbst bei einer Korrektur der vermeintlichen Fehler (a) bis (d) immer noch

rund [70-80]% des Markts abdecken würden. Bei einem zusätzlichen Miteinbezug der Convenience-Shops beliefe sich der gemeinsame Marktanteil von Migros/Denner und Coop nach dem Zusammenschluss auf [60-70]%. Somit ist die Konzentration im Detailhandel auch mit den Zahlen der Parteien als sehr hoch zu beurteilen.

- Die Unterschiede zwischen den in Tabelle 13 ausgewiesenen Marktanteilen und jenen im Entscheid Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 135, Rz. 44) sind dadurch zu erklären, dass im Entscheid Denner/Pick Pay auf Daten der IHA-GfK aus dem Jahr 2004 abgestellt wurde. Diese waren somit nicht Ergebnis von Erhebungen des Sekretariats.<sup>44</sup> Die IHA-GfK nimmt die Marktabgrenzung nicht nach Praxis der Weko vor. Als Indikatoren waren diese Zahlen in der vorläufigen Prüfung Denner/Pick Pay aus folgenden Gründen ausreichend: Erstens war der Absatzmarkt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Zweitens lag der Marktanteil von Denner weit hinter jenen der grössten Marktteilnehmer Migros und Coop. Drittens stärkte der Zusammenschluss die Position von Denner.

- Hinsichtlich der Berücksichtigung des Non Food-Umsatzes sei auf die Ausführungen zur Marktabgrenzung hingewiesen (vgl. Rz. 177 und 191).

<sup>44</sup> IHA-GfK Gesamtwarenkörperhebung per Dezember 2004.

### Rolle der Marktteilnehmer

298. Der Tabelle 13 ist zu entnehmen, dass der gemeinsame Marktanteil von Migros und Denner nach dem Zusammenschluss [40-50]% beträgt. Mit dem Zusammenschluss würde die Nummer drei vom Marktführer Migros übernommen und die Marktführerschaft von Migros gestärkt. Coop bleibt mit einem Marktanteil von [30-40]% die Nummer zwei im Markt. Die restlichen Marktteilnehmer vereinen gemeinsam einen Marktanteil von lediglich [10-20]% auf sich. Der Wettbewerbsdruck, der von diesen Unternehmen kommt, dürfte deshalb nicht genügend spürbar sein.

299. Aus diesen Gründen beurteilte die Weko Denner in ihren bisherigen Entscheiden als die so genannte Dritte Kraft im Markt und begrüsst eine Verstärkung ihrer Marktposition: In den Entscheiden Coop/Waro und Denner/Pick Pay wurde festgehalten, dass Denner durch den Verkauf von Waro an Coop bzw. die Übernahme von Pick Pay die Möglichkeit erhalte, sich auf dem Markt stärker zu positionieren. Eine Stärkung von Denner sei wünschenswert, um eine Disziplinierung von Coop und Migros zu ermöglichen.<sup>45</sup>

300. Die Parteien bestreiten, dass Denner im Wettbewerb tatsächlich die Rolle der Dritten Kraft übernehme, weil Manor und Carrefour gemeinsam einen höheren Marktanteil als Denner hätten. Tabelle 13 illustriert, dass dem nicht so ist: Der kumulierte Marktanteil von Manor und Carrefour beträgt [0-10]% und ist damit um einiges kleiner als jener von Denner mit [0-10]%. Ferner sei Denner kein vollwertiger Konkurrent von Migros und Coop, sondern ein Nischenanbieter von Alkohol und Tabak, da er [...] seines Umsatzes mit Alkohol und Tabak erziele, [70-90]% seiner Kunden Produkte aus den Kategorien Alkohol und Tabak kaufen würden und seine Werbung klar auf Alkohol fokussiert sei. Ziehe man den mit Alkohol und Tabak erzielten Umsatz vom Gesamtumsatz ab, so sei Denner ohne die Satelliten bestenfalls die sechste Kraft. Somit komme Denner als Dritte Kraft nicht in Frage.

301. Diesem Vorbringen kann die Weko aufgrund der vorgenommenen Marktabgrenzung und den in Rz. 279 dargelegten Gründen nicht folgen. Zudem betrachtet die Weko Denner entgegen dem Vorbringen der Parteien nicht als Nischenanbieter, sondern als einen vollwertigen Konkurrenten im Markt. Gemäss Angaben der Parteien erzielt Denner zwar [...] seines Umsatzes mit Alkohol und Tabak. Dieser Umsatz wird jedoch mit nur ca. 400 Artikeln generiert. Daneben listet Denner gut 1'000 weitere Artikel. Dies sind mehr als Aldi in seinem Sortiment führt, welchem von den Parteien eine grosse disziplinierende Wirkung zugestanden wird. Ob Denner ein vollwertiger Konkurrent von Migros und Coop ist, wird auch nicht dadurch beeinflusst, dass [70-90]% der Kunden Denner-Verkaufsstellen mit Produkten aus den Kategorien Alkohol und Tabak verlassen. Als One-Stop-Shopper kaufen sie in der Regel auch noch weitere Produkte. Ferner fokussiert die Werbung von Denner zwar Alkohol. Daneben wird aber auch Werbung beispielsweise für Frischprodukte geschaltet. Mit dem geplanten Ausbau des Frischesortiments dürften die Werbungen für diese Produkte vermutlich noch zunehmen.<sup>46</sup> Somit ergibt sich kein Grund, den mit Alkohol und Tabak erziel-

ten Umsatz vom Gesamtumsatz von Denner abzuziehen und Denner fälschlicherweise als sechste Kraft zu beurteilen.

302. Gegen die Rolle von Denner als Dritte Kraft führen die Parteien zudem eine Aussage von Coop ins Feld, gemäss welcher Coop seine Preise nicht an jenen von Denner ausrichte, sondern auf Preisvorstösse aller Mitbewerber reagiere. Entgegen dem Vorbringen der Parteien hat Coop nicht festgehalten, dass er seine Preise nicht nach Denner ausrichte, sondern lediglich, dass er sowohl eigene Preisvorstösse mache als auch auf Preisvorstösse der Mitbewerber reagieren würde. Dazu gehört auch Denner.

303. Schliesslich machen die Parteien geltend, dass wenn es Denner in der Vergangenheit nicht gelungen sei, zu einer echten Dritten Kraft zu werden, er dies mit der Präsenz von Aldi und Lidl erst recht nicht schaffen werde. Hierzu ist festzuhalten, dass die Relevanz dieses Vorbringens entscheidend von den Erfolgsaussichten und dem disziplinierenden Effekt von Aldi und Lidl abhängt, welcher zwar als vorhanden beurteilt wird, jedoch nicht überschätzt werden darf (vgl. Rz. 419 ff.).

304. Einige der befragten Konkurrenten teilen die Ansicht der Parteien, dass Denner keine Dritte Kraft darstellt. Jedoch haben Aldi, Carrefour, Spar und Pam angegeben, Denner sei der wichtigste Konkurrent nach Migros und Coop. Von Volg, Casino und Manor wurde Denner jedoch nicht zu den drei wichtigsten Wettbewerbern gezählt.

305. Unter der Annahme, dass die Dritte Kraft heute tatsächlich nicht existiert, wird ein Aufbau bzw. die Entwicklung einer Dritten Kraft über Denner mit der Übernahme endgültig verunmöglicht. [...]

306. Bestehende Konkurrenten können die Funktion der Dritten Kraft kaum übernehmen. Gemäss Coop trifft die Bezeichnung "Dritte Kraft" heute am ehesten auf Aldi und Lidl zu. Die Weko erachtet es jedoch als wenig wahrscheinlich, dass Aldi diese Funktion – zumindest in den nächsten fünf bis sieben Jahren – übernehmen kann. Gründe hierfür sind die wenigen Standorte, die tiefen Marktanteile, die Schwierigkeit, die Konsumenten davon zu überzeugen, in einem neuen Detailhandelskanal bisher unbekannte Produkte zu kaufen (Aldi führt nur ca. [...] Markenartikel) sowie die Tatsache, dass Aldi – gemäss Einschätzung des Experten Senti – lediglich ein Nischenanbieter ist (vgl. Rz. 419 ff.).

307. Für die Parteien ist unverständlich, weshalb Aldi und Lidl die Funktion einer Dritten Kraft abgesprochen und Aldi als Nischenanbieter bezeichnet werde. Dass das Sortiment auf 800 Artikel beschränkt sei, bedeute keineswegs, dass man gewisse Detailhandelsprodukte nicht finde; es seien von gewissen Artikeln anstatt fünf verschiedene Varianten vielleicht nur zwei vorhanden.

308. Selbst wenn Denner in der Wahrnehmung der

<sup>45</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 594, Rz. 140; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135, Rz. 44.

<sup>46</sup> 20 Minuten, Denner will künftig stärker auf Frischprodukte setzen, 5. Juli 2007, S. 12; Tagesanzeiger, Discounter Denner will frischer werden, 5. Juni 2007.

Marktteilnehmer heute tatsächlich keine Dritte Kraft darstellt, ist er immerhin der bedeutendste Wettbewerber nebst Migros und Coop. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben würde der drittgrösste Anbieter auf dem Markt in den Migros-Konzern integriert. Diese Integration findet auf einem Markt statt, in welchem die zwei grössten Marktteilnehmer einen kumulierten Marktanteil von ca. [70-80]% auf sich vereinen. Fusionsvorhaben in Märkten mit ähnlicher Konzentration wurden in der Vergangenheit von ausländischen Wettbewerbsbehörden verboten oder nur unter Auflagen zugelassen (vgl. Rz. 262 ff.).<sup>47</sup> Zudem hat sich Denner in der Vergangenheit den Ruf aufgebaut, mittels einer Tiefpreispolitik den Wettbewerb zu beleben und somit den "Maverick" der Branche darzustellen.

309. Gemäss den Parteien ist Denner im Wesentlichen aus folgenden Gründen nicht der Maverick der Branche: Zum einen würden Preisvergleiche zeigen, dass Denner nicht günstiger, sondern teurer sei als die Billiglinie von Migros (M-Budget) und etwa gleich teuer wie die Billiglinie von Coop (Prix Garantie). Zum anderen sei Denner schon seit Jahrzehnten im schweizerischen Markt aktiv, ohne in den vergangenen Jahren je in der Lage gewesen zu sein, den Preiswettbewerb zu intensivieren. Dieser habe sich aber just mit der Ankündigung des Markteintritts von Aldi und Lidl intensiviert.

310. Den genannten Preisvergleich lässt die Weko nicht gelten, da es auf den Preis des durchschnittlichen Warenkorb bei Migros, Coop und Denner ankommt. Bei Vergleichen durch den K-Tipp lag Denner vor dem Markteintritt von Aldi im Jahr 2005 – je nach gewähltem Warenkorb – regelmässig auf dem ersten oder auf dem zweiten Platz nach Carrefour. Nach dem Markteintritt von Aldi lag dieser zwar an erster Stelle, jedoch war Denner immer billiger als Migros.<sup>48</sup>

311. Des Weiteren ist der Weko bekannt, dass mit dem angekündigten Markteintritt von Aldi bei Coop die Billiglinie Prix Garantie eingeführt wurde und Migros die M-Budgetlinie erweiterte. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Denner vorher keinen Einfluss auf die Höhe der Detailhandelspreise hatte. Für die Maverick-These spricht, dass Denner gemäss eigenen Aussagen anstrebt, billiger zu sein als die anderen Detailhändler. Seit dem Markteintritt von Aldi sei Denner dazu aber nicht mehr in der Lage. Daraus ist zu schliessen, dass Denner zumindest vor dem Eintritt von Aldi einen Preisdruck ausüben konnte. Dies wird von Carrefour bestätigt. Carrefour richtet seine Preise laut eigenen Angaben am billigsten Konkurrenten, sprich Denner, aus.

312. Auch die Konsumentenschutzorganisationen sind der Ansicht, dass Denner bis anhin wesentlich zum Preiswettbewerb im Detailhandel beigetragen hat. Wenn die Migros auf die Preisstrategie von Denner Einfluss nehme, werde eine Reduktion des Preiswettbewerbs befürchtet. Dies gelte selbst angesichts der Präsenz von Aldi und des erwarteten Markteintritts von Lidl, da sich die Harddiscounter in der Schweiz erst noch etablieren müssten und betreffend Marktanteil, Bekanntheitsgrad, Image und Standorten noch nicht die Bedeutung von Denner einnehmen würden.

313. Laut Parteien dürfen die Aussagen von Konsumentenschutzorganisationen nicht als Beweis verwendet

werden, da diese ihre Aussagen nicht mit Studien belegen könnten. Dem ist entgegen zu halten, dass die Aussagen der Konsumentenschutzorganisationen – welche vorliegend immerhin die Marktgegenseite repräsentieren – nicht als Beweis, sondern lediglich als Indiz aufgeführt werden.

314. Gegen die obigen Ausführungen machen die Parteien geltend, die Weko würde die Beweispflicht dafür tragen, dass Denner für den Wettbewerb von zentralster Bedeutung sei und ohne einen unabhängigen Denner der Wettbewerb beseitigt werden könne. Einen solchen Beweis erbringe die Weko jedoch nicht und stütze sich lediglich auf Aussagen von Konkurrenten, die ihrerseits offensichtlich Eigeninteressen verfolgen würden.

315. Tatsache ist, dass Denner nebst Migros und Coop den bedeutendsten Wettbewerber darstellt. Ob und inwieweit Denner tatsächlich als Dritte Kraft sowie als Maverick der Branche zu qualifizieren ist, kann schliesslich offen gelassen werden, da der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb auf den Absatzmärkten lediglich erheblich beeinträchtigen, aufgrund der Präsenz von Coop jedoch nicht beseitigen kann (vgl. Rz. 454).

#### *Marktanteile nach Verkaufsstellenformaten*

316. Nebst den Gesamtmarktanteilen illustriert Tabelle 13 auch die Marktanteile in den einzelnen Marktsegmenten. Betrachtet man die Marktanteilsveränderungen in den einzelnen Segmenten, ist festzustellen, dass es einzig im Segment kleine Supermärkte zu einer Marktanteilsaddition kommt, die mit [20-30]% gewichtig ist. Die Migros wird durch die Übernahme mit einem kumulierten Marktanteil von [40-50]% zum grössten Anbieter in diesem Segment vor Coop mit einem Anteil von [30-40]%. Somit liegen im Segment kleine Supermärkte nach dem Zusammenschluss ähnliche Marktanteilsverhältnisse wie auf dem Gesamtmarkt vor. Deshalb stellen sich bei einer Segmentierung des Detailhandelsmarkts keine zusätzlichen wettbewerbsrechtlichen Probleme. Aus diesem Grund wird im Folgenden lediglich eine Analyse des Gesamtmarkts durchgeführt.

317. Gegen diese Ausführungen wenden die Parteien ein, die falsche Zuordnung von beinahe [...] der M-Verkaufsstellen und das Weglassen der 700 bis 800 unabhängigen Detaillisten führe dazu, dass der Marktanteil der Migros im Segment der kleinen Supermärkte massiv überhöht dargestellt werde. Bei einer korrekten Zuordnung würde sich nämlich zeigen, dass es auch bei einer derart segmentierten Betrachtung nur zu geringfügigen Marktanteilsadditionen komme.

318. Dem sind die Ausführungen zur Marktabgrenzung in Rz. 203 sowie jene zur Zuordnung zu den einzelnen Segmenten in Rz. 276 entgegenzuhalten. Im Übrigen wurde in Rz. 316 festgehalten, dass sich bei einer Segmentierung des Detailhandelsmarkts keine zusätzlichen wettbewerbsrechtlichen Probleme stellen.

<sup>47</sup> Lloyds TSB Group plc/Abbey National plc, 2001; T-Mobile Austria/Tele.ring, EU M.3916.

<sup>48</sup> K-Tipp 26.01.2005, S. 12 f.; 01.11.2006 S. 14 f.; 17.01.2007 S. 8 f.; 14.03.2007 S. 4 f.; 09.05.2007 S. 4 f.

### Konzentration

319. Nebst den Marktanteilen ist die Marktanteilsverteilung ein weiterer zu berücksichtigender Faktor. Zur Messung der Marktanteilsverteilung können verschiedene Konzentrationskennzahlen hinzugezogen werden, wie der oben genannte K2-Index (vgl. Rz. 260). Eine alterna-

tive Kennzahl ist der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI), der sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt berechnet.<sup>49</sup> Tabelle 15 gibt die vorliegend durchgeführten gerundeten Schätzungen des HHI auf dem nationalen Absatzmarkt sowie der durch die Übernahme induzierten Veränderung des HHI, den sog. Delta-Wert, wieder.

Tabelle 15: HHI und Delta-Wert auf dem nationalen Absatzmarkt

HHI vor Zusammenschluss	3'000
HHI nach Zusammenschluss	[3600-3700]
Delta-Wert	[600-700]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

320. Gemäss Praxis der EU-Kommission stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Derartige Märkte bedürfen in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen – wie beispielsweise die Übernahme eines potenziellen Konkurrenten oder Anhaltspunkte für Marktkoordinierung – gilt dasselbe für Zusammenschlussvorhaben, bei denen der HHI zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2'000 und der Delta-Wert unter 150 liegt.

321. Wie Tabelle 15 zu entnehmen ist, liegt der HHI auf dem nationalen Absatzmarkt nach dem Zusammenschluss im vorliegenden Fall mit [3'600-3'700] bedeutend über 2'000. Der Delta-Wert beträgt [600-700] und ist somit deutlich höher als 150. Der HHI nach dem Zusammenschluss und der Delta-Wert widerspiegeln die hohe Konzentration im Schweizer Detailhandelsmarkt und deren gewichtige Zunahme durch das Zusammenschlussvorhaben.

322. Aufgrund der genannten Marktkonzentration befürchten die befragten Konsumentenorganisationen insbesondere eine tiefere Sortimentsauswahl sowie eine Reduktion des Preiswettbewerbs.

323. Die befragten Konkurrenten beurteilen die zunehmende Konzentration mehrheitlich als kritisch. Insbesondere für kleine Konkurrenten im Markt werde es durch die zunehmende Konzentration schwieriger, im Wettbewerb bestehen zu können. Zudem wird befürchtet, dass der Zusammenschluss Auswirkungen auf den Markt für Immobilien hinsichtlich höherer Mietpreise haben würde, was die Wettbewerbsposition der weniger finanzkräftigen Konkurrenten weiter schwächen würde.

### Dynamische Betrachtung: Marktanteils- und Konzentrationsentwicklung

324. Anhang A1 illustriert die Umsatz- und Marktanteilsentwicklung der Schweizer Detailhändler zwischen 2000 und 2006.

325. Die nachfolgende Abbildung 2 illustriert die Marktanteilsentwicklung von 2000 bis 2006 grafisch:

Abbildung 2: Marktanteilsentwicklung 2000 bis 2006

[Abbildung]

326. Abbildung 2 zeigt, dass sich die Marktanteile von Migros und Coop in den vergangenen Jahren angenähert haben, was namentlich auf die Übernahmen von EPA und Waro durch Coop zurückgeführt werden kann. Denner hat in der betrachteten Periode namentlich auch durch die Übernahme von Pick Pay kontinuierlich Marktanteile gewonnen. Die Gruppe der übrigen Marktteilnehmer hat an Marktanteilen eingebüsst, was insbesondere auch wiederum auf die genannten Übernahmen zurückzuführen ist. Somit haben sich die Marktanteile vor allem infolge von Übernahmen verändert. Daneben sind in casu keine starken Marktanteilsschwankungen zu beobachten. Dies deutet auf stabile Marktstrukturen hin, die meist in gesättigten Märkten wie dem Detailhandel anzutreffen sind.

327. Das Sekretariat hat zudem die Umsätze und Marktanteile der Detailhandelsunternehmen für die Jahre 2009 und 2012 geschätzt. Im Folgenden wird die Herleitung der Prognosewerte erläutert. Anschliessend werden die Ergebnisse erklärt.

328. Der Umsatz der Migros im Jahre 2006 betrug CHF [...]. Gemäss Prognose des Marktforschungsinstituts IHA-GfK dürfte der Markt für Güter des täglichen Bedarfs bis ins Jahr 2010 nur um 0.2% pro Jahr wachsen.<sup>50</sup> Unterstellt man dieses Wachstum für den Umsatz der Migros, so ergeben sich (ohne Berücksichtigung des Markteintritts von Aldi und Lidl) erwartete Umsätze von CHF [...] (2009) bzw. CHF [...] (2012).

329. Die Schätzung der Umsätze von Aldi und Lidl basieren auf den Prognosen des Parteigutachten Roeb. Daraus ergeben sich für Aldi in den Jahren 2009 bzw. 2012 erwartete Umsätze von CHF [...] resp. CHF [...]. Für Lidl betragen die erwarteten Umsätze CHF [...] (2009) bzw. CHF [...] (2012).<sup>51</sup> Aus Sicht der Weko sind diese hohen Umsatzpotenziale als Höchstwerte anzusehen: Die IHA-GfK prognostiziert im Gegensatz zum Parteigutachten

<sup>49</sup> Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols).

<sup>50</sup> Detailhandel Schweiz 2006, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 79.

<sup>51</sup> Im Parteigutachten Roeb sind die entsprechenden Werte für 2010 und 2017 ausgewiesen. Die dazugehörigen Wachstumsraten betragen 11.4% (Aldi) und 14.3% (Lidl).



einen gemeinsamen Umsatz von Aldi und Lidl von rund CHF 2 Mia. im Jahre 2010.<sup>52</sup> Zudem erreichen Aldi und Lidl die Milliarden-Umsatz-Schwelle gemäss dem ehemaligen Lidl-Manager Andreas Kosanke (Immosuisse) im Jahr 2010 bzw. 2013.<sup>53</sup> Die Schätzungen von Roeb sind weit optimistischer.

330. Laut den Parteien ist es falsch, die vom Gutachter Roeb prognostizierten Umsätze als Höchstwerte zu bezeichnen. Roeb habe für seine Prognosen nämlich gerade nicht den Höchstwert, sondern den Mittelwert verwendet. Weiter hätten die Gutachter Fuhrer/Hotz nach einer Analyse des Gutachtens Roeb dieselben Schlussfolgerungen gezogen. Dem ist zu entgegnen, dass Prognosen stets mit Unsicherheiten behaftet sind. Da die Prognosen des Marktforschungsinstituts IHA-GfK und von Immosuisse bedeutend konservativer ausfallen als jene des Parteigutachtens, und die Gutachter die Prognosen von Roeb zwar als plausibel, jedoch schwierig abschätzbar beurteilen, betrachtet die Weko die Prognosen von Roeb trotz der Vorbringen der Parteien als Höchstwerte (vgl. hierzu auch Rz. 432 ff.).

331. Die IHA-GfK schätzt, dass [30-40]% des Umsatzes von Aldi auf Kosten der Migros gehen.<sup>54</sup> Unterstellt man den gleichen Umsatzgewinn durch Lidl auf Kosten der Migros, so ergeben sich für Migros (unter Berücksichtigung des Markteintritts von Aldi und Lidl) erwartete Umsätze von CHF [...] (2009) und CHF [...] (2012).

332. Die Schätzung des Umsatzes von Denner basiert ebenfalls auf den Prognosen des Parteigutachtens Roeb. Die erwarteten Umsätze betragen CHF [...] (2009) und CHF [...] (2012).<sup>55</sup> Aus Sicht der Weko ist der prognostizierte Umsatzrückgang wiederum als Maximalwert zu betrachten.

333. Der Umsatz von Coop im Jahre 2006 beträgt CHF [...]. Unterstellt man analog zur Migros eine Umsatzwachstumsrate von 0.2%, so ergeben sich (ohne Berücksichtigung des Markteintritts von Aldi und Lidl) erwartete Umsätze von CHF [...] (2009) bzw. CHF [...] (2012). Die IHA-GfK schätzt, dass 28% des Umsatzes von Aldi auf Kosten von Coop gehen.<sup>56</sup> Unterstellt man (analog zum Vorgehen für die Migros) den gleichen Umsatzgewinn durch Lidl auf Kosten von Coop, so ergeben sich (unter Berücksichtigung des Markteintritts von Aldi und Lidl) erwartete Umsätze von CHF [...] (2009) und CHF [...] (2012).

334. Die Umsätze der übrigen Marktteilnehmer ergeben sich wie folgt: Die erwarteten Umsätze von Carrefour (2009: CHF [1'000-2'000] Mio.; 2012: CHF [1'000-2'000] Mio.) und Casino (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: CHF [0-1'000] Mio.) wurden durch das Sekretariat erhoben. Die erwarteten Umsätze von Globus (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: CHF [0-1'000] Mio.) und Loeb (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: CHF [0-1'000] Mio.) basieren auf den Umsatzzahlen von 2006 und wurden analog zu Migros und Coop mit der von der IHA-GfK prognostizierten Marktwachstumsrate von 0.2% ermittelt. Die erwarteten Umsätze von Manor (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: CHF [0-1'000] Mio.) und Spar (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: CHF [0-1'000] Mio.) wurden durch das Sekretariat erhoben. Die erwarteten Umsätze von Volg (2009: CHF [1'000-2'000] Mio.; 2012: CHF [1'000-2'000] Mio.) basieren wiederum auf den Umsatzzahlen von

2006 und wurden analog zu Migros und Coop mit der von der IHA-GfK prognostizierten Marktwachstumsrate von 0.2% ermittelt. Die erwarteten Umsätze der Valrhône (2009: CHF [0-1'000] Mio.; 2012: [1'000-2'000] Mio. CHF) wurden durch das Sekretariat erhoben.

335. Tabelle 1 im Anhang A1 fasst die erwarteten Umsätze zusammen, während Tabelle 2 in Anhang A1 einen Überblick über die erwarteten Marktanteile für die Jahre 2009 und 2012 gibt.

336. Die nachfolgende Abbildung 3 fasst die Entwicklung grafisch zusammen.

Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung 2000 bis 2012

[Abbildung]

337. Tabelle 2 in Anhang A1 sowie der Abbildung 3 ist zu entnehmen, dass der erwartete gemeinsame Marktanteil von Aldi und Lidl im Jahr 2009 unter 10% liegen wird. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass diese Marktanteilsprognose aus Sicht der Weko als Höchstwert zu interpretieren ist (vgl. Rz. 329). Auch ohne Zusammenschluss wird Migros der grösste Anbieter bleiben. Allerdings wird ein Rückgang und eine zunehmende Angleichung der Marktanteile von Migros und Coop erwartet (vgl. Rz. 524).

338. Mit Hilfe der Zahlen in Anhang A1 wurden die Konzentrationsmasse K1, K2 und K3 berechnet. Diese geben den Marktanteil des grössten Unternehmens (K1) bzw. die Summe der Marktanteile der zwei und drei grössten Unternehmen (K2 bzw. K3) an. Abbildung 4 zeigt die Konzentrationsentwicklung grafisch.

Abbildung 4: Entwicklung K1, K2 und K3

[Abbildung]

339. Mit Hilfe der Zahlen in Anhang A1 berechnete das Sekretariat auch die HHI und die dazugehörigen Delta-Werte für die Jahre 2000 bis 2012. Abbildung 5 zeigt den Verlauf der Konzentration grafisch.

Abbildung 5: Entwicklung HHI und Delta-Wert

[Abbildung]

340. Den Abbildungen 4 und 5 ist zu entnehmen, dass die Konzentration im Schweizer Detailhandel in den Jahren 2000 bis 2006 kontinuierlich angestiegen ist. Ein Zusammenschluss würde diesen Trend signifikant verstärken. Trotz der (zu) optimistischen Wachstumsprognosen für Aldi und Lidl (vgl. Rz. 329) sinkt die Konzentration ohne Zusammenschluss nur moderat. Diese Abnahme der Konzentration wird durch die Übernahme von Denner jedoch verlangsamt: Der HHI im Jahr 2012 mit Zusammenschluss entspricht dem HHI im Jahr 2009 ohne Zusammenschluss. Dadurch wird der Effekt des Markteintritts von Aldi und des erwarteten Markteintritts von Lidl auf die Industriekonzentration um volle drei Jahre verzögert.

<sup>52</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 95.

<sup>53</sup> Lidl verstärkt den Aldi-Effekt, NZZ, 29. August 2007, Nr. 199, S. 19.

<sup>54</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 99.

<sup>55</sup> Im Parteigutachten Roeb sind die entsprechenden Werte für 2010 und 2017 ausgewiesen. Die dazugehörige Wachstumsrate beträgt - 4.5%.

<sup>56</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK, Hergiswil, S. 99.

341. Dieses Resultat wird von den Parteien anders interpretiert. Ihres Erachtens zeigt es, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Konzentration trotz falscher und massiv überhöhter Marktanteile von Migros und Denner gemäss Weko schon in drei Jahren durch die Expansion von Aldi und Lidl kompensiert würden.

#### Unilaterale Effekte

342. In der einschlägigen ökonomischen Literatur geht man davon aus, dass eine Fusion in einer oligopolistischen Industrie mit differenzierten Produkten zu höheren Preisen führt, da der Zusammenschluss den direkten Wettbewerb zwischen den Fusionsparteien eliminiert ("unilateraler Effekt").<sup>57</sup> Dieser Effekt ist sowohl in der theoretischen Literatur als auch in der wettbewerbspolitischen Praxis unumstritten.<sup>58</sup>

343. Intuitiv lässt sich dieser unilaterale Effekt des Zusammenschlussvorhabens wie folgt veranschaulichen: Die Verkaufsstandorte von Migros und Denner befinden sich typischerweise in unmittelbarer Nähe, oft sogar in der gleichen Liegenschaft. Aufgrund der Standortnähe können die Konsumenten die Preise bei den beiden Anbietern sehr genau vergleichen, weshalb die beiden Konkurrenten versuchen, mit tieferen Preisen die Nachfrage an sich zu ziehen. Als Folge dieses Verhaltens setzen beide Firmen einen Preis, der relativ zum Preis, welcher den gemeinsamen Gewinn maximiert, zu tief ist. Schliessen sich nun diese beiden Firmen zusammen, so werden sie den gemeinsamen Gewinn maximieren und deshalb die Preise anheben. Die anderen sich im gleichen Markt befindenden Firmen werden den Preis – auch bei Vorliegen intensiven Preiswettbewerbs – als Folge davon ebenfalls erhöhen.<sup>59</sup>

344. In der wettbewerbspolitischen Praxis wird der mutmassliche Preisanstieg durch einen Zusammenschluss mittels empirischer Methoden quantifiziert.<sup>60</sup> Für diese Analyse müsste jedoch umfangreiches Datenmaterial erhoben werden, welches Preise und Absatzmengen für jeden Marktteilnehmer und sämtliche Produkte umfasst.

345. Mangels Verfügbarkeit dieses umfangreichen Datenmaterials und der Tatsache, dass Migros, Denner und Coop eine nationale Preispolitik betreiben, soll in casu an Stelle des Preises die Sortimentsgestaltung in lokalen

Märkten als strategische Variable herangezogen werden. Die Sortimentsgestaltung einer beliebigen Migros-Verkaufsstelle wird mit der Anzahl der geführten M-Budget Artikel abgebildet. Die Anzahl M-Budget Artikel wird als "Proxy" für das Preisniveau in einer Verkaufsstelle interpretiert, da ein gegebener Warenkorb in einer Verkaufsstelle mit einer hohen Anzahl M-Budget Produkte ceteris paribus billiger eingekauft werden kann als in einer Verkaufsstelle, in der diese Anzahl tief ist. Bei dieser Analyse geht es um die Frage, ob in lokalen Märkten, in denen Denner und andere Konkurrenten aktiv sind, die Sortimentsgestaltung der Migros anders ausfällt als in lokalen Märkten, in der die Migros keiner oder schwächerer Konkurrenz durch Denner ausgesetzt ist.

346. Diese Analyse konnte vorliegend nicht umfassend vorgenommen werden, weil die Parteien die hierfür erforderlichen Daten nicht erhoben haben mit der Begründung, dass dies mit einem vertretbaren Aufwand nicht möglich sei. Aus diesem Grund hat das Sekretariat eine Auswahl von 21 Verkaufsstellen der Migros der Grösse M getroffen.<sup>61</sup> Die Auswahl erfolgte unter der Voraussetzung, dass im entsprechenden Postleitzahl-Gebiet neben Migros (und möglicherweise Aldi bzw. Denner) immer eine alternative Verkaufsstelle von Coop angesiedelt ist.

347. Basierend auf diesen Daten wurde untersucht, ob die Anzahl M-Budget Artikel in Postleitzahl-Gebieten, in denen Denner und Aldi aktiv sind, grösser ist als in Postleitzahl-Gebieten, in denen die Migros keiner Konkurrenz von Denner (bzw. Aldi und Denner) ausgesetzt ist.

348. Die Ergebnisse der Analyse sind in Tabelle 16 illustriert und lassen sich wie folgt zusammenfassen: In M-Filialen, in deren Postleitzahl-Gebiet sich lediglich eine Coop-Verkaufsstelle befindet, werden durchschnittlich [...] M-Budget Artikel verkauft. Diese mittlere Anzahl der verkauften M-Budget Artikel erhöht sich um [...] Artikel auf [...] Artikel, wenn nebst der Coop-Verkaufsstelle zusätzlich eine Denner-Verkaufsstelle im gleichen Postleitzahl-Gebiet liegt. Diese mittlere Anzahl verkaufter M-Budget Artikel erhöht sich um [...] Artikel auf [...] Artikel, wenn sich nebst der Coop-Verkaufsstelle sowohl eine Aldi- als auch eine Denner-Verkaufsstelle im gleichen Postleitzahl-Gebiet befinden.

Tabelle 16: Analyse der Sortimentsgestaltung

Konkurrenzumfeld	Durchschnittliche Anzahl M-Budget Artikel	Differenz zu Konkurrenzumfeld Coop
Coop	[...]	[...]
Denner, Coop	[...]	[...]
Aldi, Denner, Coop	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

<sup>57</sup> Vgl. DENECKERE, R. J. und C. DAVIDSON (1985): "Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition", Rand Journal of Economics 16, 473-486.

<sup>58</sup> Das ist der Grund, weshalb die 1992 DOJ und FTC Merger Guidelines ein grosses Gewicht auf die Untersuchung unilateraler Effekte legen. Eine Illustration der Praxis findet sich in WERDEN G. J. (1996): "A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products", Journal of Industrial Economics 44, 409-413.

<sup>59</sup> Dies aus dem Grund, weil Preise strategische Komplemente sind. Vgl. dazu BULOW, J., J. GEANAKOPOLOS und P. KLEMPERER (1985): "Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements", Journal of Political Economy 93(3), 488-511.

<sup>60</sup> Die klassische Referenz ist SHAPIRO, C. (1996): "Mergers with Differentiated Products", Antitrust Magazine, Spring, 23-30.

<sup>61</sup> Die durch das Sekretariat bestimmten M-Filialen befinden sich: [...].

349. Diese Resultate könnten dahingehend interpretiert werden, dass sich die Anzahl der im Sortiment geführten M-Budget Artikel infolge einer Intensivierung des Wettbewerbs erhöht, und dass die Migros durch die Integration von Denner die Anzahl M-Budget-Artikel in M-Filialen um [...] Artikel senkt. Dies wäre äquivalent zu einer Preissteigerung auf dem Gesamtsortiment.

350. Möglicherweise ist bei der vorliegenden Analyse aber weniger das Konkurrenzumfeld, sondern vielmehr die Grösse der Sortimente in den verschiedenen Verkaufsstellen der Grund für die Resultate in Tabelle 16: Obwohl die ausgewählten Verkaufsstellen allesamt die Grösse M aufweisen, variiert die Gesamtanzahl der geführten Artikel beträchtlich. Die kleinste Verkaufsstelle der Stichprobe verkauft insgesamt [...] Artikel und die grösste Verkaufsstelle [...].

351. Dementsprechend bestreiten die Parteien, dass die Anzahl M-Budget Artikel vom Konkurrenzumfeld abhängt. Auch das Parteigutachten Roeb geht davon aus, dass das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerbsdruck zwischen Migros und Denner aufgrund der Komplementarität der jeweiligen Sortimente unbeeinflusst lässt.

352. Bei diesem Vorbringen wird aber ignoriert, dass Denner die Migros mit [...] % des Sortiments direkt konkurrenziert. [...].

353. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass jedes Zusammenschlussvorhaben einen unilateralen Effekt zur Folge hat (vgl. Rz. 342). In casu war es allerdings nicht möglich, diese Preiseffekte empirisch zu quantifizieren.

#### *Wettbewerb durch Randsubstitution*

354. Der Verhaltensspielraum von marktmächtigen Unternehmen kann in beschränktem Umfang von Unternehmen diszipliniert werden, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denen des betroffenen Markts zwar nicht marktgleichwertig sind, sie jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen ersetzen können (Randsubstitution). Vorliegend stellt sich die Frage, ob vom Einkaufstourismus, dem Internethandel, dem Spezial- und Fachhandel, den Convenience-Shops, den Near Food- und Non Food-Abteilungen der Warenhäuser sowie der nicht berücksichtigten unabhängigen Lebensmitteldetaillisten allenfalls eine disziplinierende Wirkung infolge von Randsubstitution ausgeht.

355. Es ist anzunehmen, dass der Einkaufstourismus einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Schweizer Detailhändler ausübt. Dieser vermag die Schweizer Detailhändler infolge deren nationalen Preispolitik jedoch nur in geringem Umfang zu disziplinieren: Um wenige Kunden an der Grenze zurückzugewinnen, müssten die Preise des gesamten Sortiments auf nationaler Ebene gesenkt werden.

356. Der Restwettbewerb, der allenfalls vom Internethandel ausgeht, vermag aufgrund des – relativ zum gesamten Detailhandelsmarkt – geringen Umsatzes von rund CHF 110 Mio. im Jahr 2006 keine spürbar disziplinierende Wirkung auszuüben.<sup>62</sup> Im Übrigen gehören LeShop und coop@home den beiden Marktführern im Detailhandel, welche in ihren Onlineshops dieselbe Preispolitik verfolgen wie in anderen Verkaufsstellen.

Auch langfristig scheint sich dies nicht zu ändern: Gemäss dem E-Market Spezialist Michael Schrage (Direktor des Media Lab am Massachusetts Institute of Technology) werden in zehn Jahren nur zehn Prozent der Konsumenten die Artikel ihres täglichen Bedarfs zum grossen Teil über Onlineshops besorgen.<sup>63</sup> Somit ist damit zu rechnen, dass der Online-Einkauf weiterhin nur eine Ergänzung zum Einkauf in Verkaufsstellen des Detailhandels darstellt.

357. Es ist nicht auszuschliessen, dass Spezial- und Fachgeschäfte sowie Convenience-Shops einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben. Aufgrund deren tendenziell höheren Preisniveaus sowie der nationalen Preispolitik der Schweizer Detailhändler ist jedoch nicht davon auszugehen, dass sie die Schweizer Detailhändler spürbar disziplinieren können.

358. Ferner besteht die Möglichkeit, dass Warenhäuser, die weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, mit ihren Near Food und Non Food-Abteilungen einen Wettbewerbsdruck auf die Detailhändler ausüben können. Allerdings gehen die Konsumenten in erster Linie in ein Warenhaus mit der Absicht, Non Food-Artikel einzukaufen. Bei dieser Gelegenheit kaufen sie allenfalls gleichzeitig Lebensmittel. Bei Supermärkten verhält es sich gerade umgekehrt: Die Konsumenten suchen Supermärkte in der Regel auf, um Lebensmittel einzukaufen, wobei sie ihren Einkauf bei dieser Gelegenheit um Non Food-Artikel ergänzen. Aus diesem Grund ist nicht davon auszugehen, dass die Near Food- und Non Food-Abteilungen der Warenhäuser, die weniger als ein Drittel des Umsatzes mit Lebensmittel erzielen, den Wettbewerb im Detailhandelsmarkt spürbar disziplinieren können.

359. Die unabhängigen Lebensmitteldetaillisten erzielten im Jahr 2006 gemäss Schätzungen von IHA-GfK einen gemeinsamen Umsatz von CHF 520 Mio. Wird dieser Betrag zum Marktvolumen des Detailhandels gezählt, ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil von weniger als 2%. Dieser Marktanteil muss insofern relativiert werden, als die Umsätze der von Spar, Valrhône und Volg belieferten unabhängigen Detaillisten bereits im Marktvolumen enthalten sind (vgl. Rz. 290 ff.). Dabei handelt es sich um CHF [0-1'000] Mio.<sup>64</sup> Zudem stehen die unabhängigen Detaillisten zueinander in Konkurrenz und treten keineswegs unter einem gemeinsamen Logo auf. Es handelt sich mit anderen Worten um Marktteilnehmer mit einer unbedeutenden Grösse, die sich darüber hinaus noch gegenseitig konkurrieren. Somit ist unwahrscheinlich, dass die unabhängigen Detaillisten einen disziplinierenden Effekt auf den Detailhandelsmarkt ausüben können.

360. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vom Einkaufstourismus, dem Internethandel, dem Spezi-

<sup>62</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil.

<sup>63</sup> CASHdaily, Online-Einkauf bleibt nur eine Ergänzung, 14. Juni 2007, Nr. 112, S. 1 und 6.

<sup>64</sup> Der Betrag ergibt sich aus der Summe der Unterschiede zwischen den bei den Unternehmen erhobenen Zahlen für das Jahr 2006 durch das Sekretariat und den Zahlen von IHA-GfK (Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 42), in welchen die Umsätze der unabhängigen Lebensmitteldetaillisten bei Valrhône und Volg nicht enthalten sind.

al- und Fachhandel, den Convenience-Shops, den Near Food- und Non Food-Abteilungen der Warenhäuser sowie der nicht berücksichtigten unabhängigen Lebensmitteldetailisten ein gewisser Wettbewerbsdruck auf die Lebensmitteldetailhändler ausgeübt wird. Dieser Wettbewerbsdruck vermag die Schweizer Detailhändler insgesamt jedoch nur in geringem Umfang zu disziplinieren.

#### Fazit

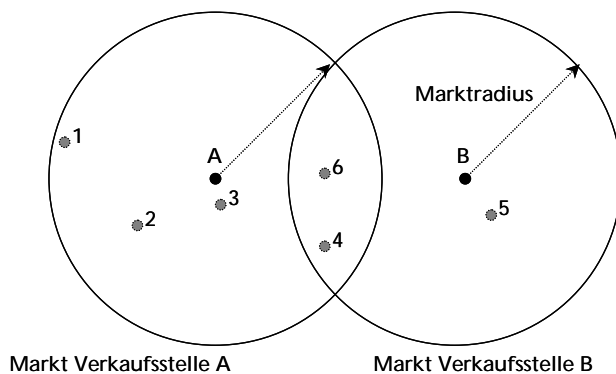
361. Die Analyse der Marktanteile, der Rolle der Marktteilnehmer, der Marktanteilsverteilung und der Konzentration zeigt, dass die aktuelle Konkurrenz auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt durch den Zusammenschluss substantiell geschwächt wird.

#### C.2.2.2.2 Aktueller Wettbewerb lokale Ebene

##### Lokale Märkte

362. Auf der lokalen Ebene könnten sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen verschiedenen lokalen Märkten deutlich unterscheiden. Zur Beurteilung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse ist gemäss bisheriger Praxis um jede Verkaufsstelle der Zusammenschlussparteien ein Marktkreis zu ziehen.<sup>65</sup> Wie in Rz. 239 ff. dargelegt, betragen die Marktradien ca. 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.

Abbildung 6: Überlappende Marktkreise



365. Wie Abbildung 6 für die Verkaufsstellen A und B veranschaulicht, lässt die Definition der Weko offen, welche der Konkurrenten 4 und 6 welchem lokalen Markt zuzuordnen sind. Als Folge davon können auf lokalen Märkten keine eindeutigen Marktanteile ausgewiesen werden. Dieses Problem lässt sich anhand des Beispiels – unter Annahme identischer Umsätze aller Firmen – in Tabelle 17 illustrieren.

363. Deshalb wurde geprüft, welche anderen Wettbewerber sich in den Marktkreisen um die Verkaufsstellen von Migros und Denner befinden. Dabei zeigte sich, dass in lokalen Märkten, in welchen durch den Zusammenschluss eine Marktanteilsaddition induziert würde, in den meisten Fällen eine Coop-Verkaufsstelle lokalisiert ist. Grund hierfür ist das dichte und flächendeckende Verkaufstellennetz von Coop mit insgesamt 844 Verkaufsstellen (vgl. Tabelle 12). Daraus folgt, dass auf den lokalen Märkten, in welchen der Zusammenschluss zu einer Veränderung führen würde, eine ähnliche Wettbewerbssituation vorherrscht wie auf dem nationalen Absatzmarkt.

364. Allerdings lassen sich die Marktanteile auf den lokalen Märkten aus folgendem Grund nicht eindeutig bestimmen: Die flächendeckenden und dichten Verkaufstellennetze von Migros und Denner führen dazu, dass sich viele Verkaufsstellen in mehreren, sich überlappenden lokalen Märkten befinden. Verkaufsstellen, die im überlappenden Bereich der Marktkreise liegen, lassen sich jedoch nicht eindeutig einem lokalen Markt zuordnen. Diese Problematik wird in nachfolgender Abbildung 6 illustriert.

<sup>65</sup> Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.

Tabelle 17: Marktanteile je nach Zuordnung der Konkurrenten 4 und 6

Lokaler Markt A	Lokaler Markt B	Marktanteil A	Marktanteil B
A,1,2,3,4,6	B,5	1/6	1/2
A,1,2,3	B,4,5,6	1/4	1/4
A,1,2,3,4	B,5,6	1/5	1/3

366. Je nach Zuordnung der Verkaufsstellen, im Beispiel die Verkaufsstellen 4 und 6, zu den lokalen Märkten A und B, ergeben sich Marktanteile der beiden Firmen, die deutlich voneinander abweichen.

367. Dieses Problem der fehlenden eindeutigen Zuordnung der Verkaufsstellen zu lokalen Märkten kann unter Zuhilfenahme der sogenannten MS-Regionen (MS: Mobilité Spatiale) gelöst werden. Die MS-Regionen gliedern die Schweiz flächendeckend in 106 Regionen und gehören heute zu den wichtigsten Analyseeinheiten der Schweiz auf mikroregionaler Ebene (vgl. Abbildung 1 in Anhang A2).<sup>66</sup>

368. Die Zuordnung der einzelnen Verkaufsstellen zu den MS-Regionen wird wie folgt vorgenommen: In einem ersten Schritt werden die Verkaufsstellen unter Verwendung des Postleitzahlenverzeichnisses der DCL Data Care<sup>67</sup> eindeutig so genannten Gemeinenummern zugeordnet. Diese Gemeinenummern, welche durch das Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellt werden, ermöglichen in einem zweiten Schritt wiederum eine eindeutige Zuordnung der Verkaufsstellen auf die entsprechende MS-Region. Eine Übersicht über die Anzahl Verkaufsstellen pro MS-Region befindet sich in Tabelle 1 in Anhang A2.

369. Für die Verwendung der MS-Regionen spricht einerseits, dass sie eine systematische Zuordnung der Verkaufsstellen auf die lokalen Märkte erlauben. Andererseits reflektieren sie das räumliche Mobilitätsverhalten und damit auch das Einkaufsverhalten. Insofern kann eine MS-Region als Approximation an die bisher zugrunde gelegten Marktkreise interpretiert werden.

370. Gegen die Verwendung der MS-Regionen machen die Parteien im Wesentlichen Folgendes geltend: Die MS-Regionen seien deutlich kleiner als der von der Weko definierte Umkreis von 20 Minuten. Durchschnittlich werde mit einer Autofahrt von 20 Minuten eine Distanz von 20 km zurückgelegt, was Luftlinie einer Distanz von ca. 15 km entspreche. Ein Kreis mit einem Radius von 15 km ergebe eine Fläche von ca. 706 km<sup>2</sup>. Die Schweiz habe eine produktive Fläche von 30'700 km<sup>2</sup>. Damit hätten in der Schweiz maximal 43 solche Regionen Platz und nicht deren 106. Das Abstellen auf 106 Regionen grenze somit Märkte ab, die im Durchschnitt nicht einmal halb so gross seien wie in der bisherigen Praxis der Weko. Ferner hätten die MS-Regionen keinerlei Bezug zum Detailhandel, sondern wären zur Analyse des Arbeitsmarkts erstellt worden. Die Anwendung dieses Konzepts auf den Detailhandel sei methodisch nicht haltbar. Weiter bestünden keinerlei Studien, die belegen würden, dass

sich das Einkaufsverhalten mit den MS-Regionen abbilden lasse. Schliesslich würden die MS-Regionen der bisherigen Weko-Praxis, jener der europäischen Wettbewerbsbehörden sowie der wirtschaftlichen Wirklichkeit widersprechen, weil das Konzept unterstellen würde, dass die 106 Miniregionen hermetisch abgeschlossene Märkte bilden würden, unter denen keinerlei Austausch bestehe.

371. Den Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Das Argument betreffend die Grösse der MS-Regionen stösst ins Leere, weil erstens fälschlicherweise davon ausgegangen wird, dass sich die lokalen Märkte nicht überlappen können. Dies ist nachweislich nicht der Fall. Aufgrund überlappender lokaler Märkte wurde das Konzept der MS-Regionen vorliegend überhaupt erst angewendet. Zweitens können die Marktkreise um die Verkaufsstellen je nach Verkaufsstellenformat auch kleiner als 15 km sein (vgl. Rz. 240).

- Ferner ist der Einwand der Parteien, die MS-Regionen seien zur Analyse des Arbeitsmarkts entwickelt worden, unzutreffend. Die MS-Regionen werden durch das Bundesamt für Statistik unter anderem in Arbeitsmarktgebiete aggregiert. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine mögliche Anwendung des Konzepts.<sup>68</sup>

- Die Verwendung der MS-Regionen führt zu keiner Praxisänderung der Weko. Es handelt sich lediglich um ein erstmalig angewandtes Konzept zur Analyse der Konzentration in lokalen Märkten (vgl. Rz. 369).

#### Marktanteile

372. Tabelle 2 in Anhang A2 gibt die vom Sekretariat geschätzten Marktanteile der Detailhändler in den MS-Regionen wieder. Bevor die Marktanteile interpretiert werden, soll deren Herleitung erläutert werden.

<sup>66</sup> SCHULER, MARTIN, PIERRE DESSEMONTET und DOMINIQUE JOYE (2005): Die Raumlagerungen der Schweiz, Eidgenössische Volkszählung 2000, Bundesamt für Statistik, Neuenburg. Diese funktionale Raumlagerung ist dokumentiert in: SCHULER MARTIN und ROLF NEF (1983): Räumliche Typologien des schweizerischen Zentren-Peripherien-Musters, Nationales Forschungsprogramm "Regionalprobleme in der Schweiz", NFP 5, Arbeitsbericht 35, Bern.

<sup>67</sup> DCL Data Care AG ist ein Unternehmen der Schweizerischen Post.

<sup>68</sup> Vgl. SCHULER ET AL., a.a.O., 13.

373. Zunächst wird die Zuordnung der Verkaufsstellen auf die MS-Regionen wie in Rz. 368 dargelegt vorgenommen. Danach wird für jede Verkaufsstelle ein durchschnittlicher Umsatz pro Vertriebskanal für das Jahr 2006 ermittelt, wobei nach den verschiedenen Verkaufsstellenformaten (z.B. M-, MM-, MMM-Verkaufsstellen) unterschieden wird.<sup>69</sup> Daraus ergibt sich unter Verwendung der Anzahl Standorte pro MS-Region der geschätzte Umsatz pro Detailhändler in jeder MS-Region. Schliesslich lassen sich mittels dieser Umsatzzahlen die (geschätzten) Marktanteile pro Detailhändler in jeder MS-Region angeben.

374. Gemäss Auffassung der Parteien ist das Abstellen auf Durchschnittsumsätze je Verkaufstellentyp unhaltbar, da aufgrund der grossen Unterschiede der Umsätze in den verschiedenen Verkaufstellentypen massive Verzerrungen resultierten. Die Umsätze der M-Verkaufsstellen könnten zwischen weniger als CHF [...] und mehr als CHF [...] variieren.

375. Gemäss Ansicht der Weko ist dieser Einwand insofern unbegründet, als die Verkaufsstellen in gut frequentierten lokalen Märkten in der Regel höhere Umsätze generieren als Verkaufsstellen mit einer tieferen Bevölkerungsdichte in ihrem Einzugsgebiet. Vom höheren Marktvolumen in gewissen lokalen Märkten profitieren alle darin gelegenen Verkaufsstellen,<sup>70</sup> ohne dass dies die Marktanteile der Anbieter in diesem Markt beeinflusst. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass der Umsatz von einzelnen Migros-Filialen in ländlichen Regionen etwas überschätzt wird, da Volg und Valrhône vor allem dort tätig sind, und diese infolge der fehlenden Verkaufsstellen in gut frequentierten lokalen Märkten tiefere Durchschnittsumsätze aufweisen. Diese Möglichkeit spielt vorliegend insofern eine untergeordnete Rolle, als die Schlussfolgerungen der Weko durch die vorgenommene Approximation nicht tangiert werden.

376. Der Tabelle 2 in Anhang A2 ist zu entnehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile von Migros und Denner in zahlreichen Regionen deutlich über [...] % betragen werden. Somit liegt in den lokalen Märkten eine vergleichbare oder sogar noch höhere Konzentration vor als auf dem nationalen Absatzmarkt. Die dortigen Aussagen lassen sich somit auf die lokale Ebene übertragen.

#### *Herfindahl-Hirschman Konzentrationsindizes*

377. Die Tabelle 2 in Anhang A2 enthält ebenfalls die HHI sowie den zugehörigen Delta-Wert pro MS-Region. Die Berechnung der HHI basiert auf den geschätzten Marktanteilen in jeder MS-Region.

378. Tabelle 2 in Anhang A2 zeigt, dass der HHI nach dem Zusammenschluss auf sämtlichen Märkten bedeutend höher ist als 2'000. Die Delta-Werte liegen abgesehen von 13 regionalen Märkten, auf denen Denner nicht präsent ist, deutlich über 150. Wie auch auf dem nationalen Absatzmarkt widerspiegeln die vorliegenden HHI- und Delta-Werte die hohe Konzentration im Schweizer Detailhandelsmarkt und deren Verstärkung durch das Zusammenschlussvorhaben.

379. Gegen die geschätzten Marktanteile und die Herfindahl-Hirschman Konzentrationsindizes wenden die Parteien im Wesentlichen ein, dass bei den Schätzungen ein Drittel der Verkaufsstellen (insbesondere jene der unab-

hängigen Lebensmitteldetaillisten), die Spezialgeschäfte und der Einkaufstourismus unberücksichtigt blieben und mit Durchschnittsumsätzen gerechnet würde, welche massive Verzerrungen zur Folge hätten. Auf diese Vorbringen wird an dieser Stelle nicht eingegangen, weil das nachfolgende Fazit unabhängig von diesen Resultaten Gültigkeit hat (vgl. Rz. 363).

#### *Fazit*

380. Die auf dem nationalen Absatzmarkt identifizierten Wettbewerbsverhältnisse widerspiegeln sich auf den lokalen Absatzmärkten. Zur abschliessenden Beurteilung der Wettbewerbssituation auf den lokalen Absatzmärkten muss die potenzielle Konkurrenz analysiert werden.

#### **C.2.2.2.3 Potenzieller Wettbewerb**

##### *Nationale Ebene*

381. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass auf dem nationalen Detailhandelsmarkt hohe Marktzutrittsschranken existieren. Diese Abklärungen bestätigen die Ergebnisse im Entscheid Coop/EPA (RPW 2002/3, S. 519, Rz. 57). Der Befund hoher Markteintrittsbarrieren in nationale Detailhandelsmärkte deckt sich mit der Rechtsprechung der europäischen Wettbewerbsbehörden.<sup>71</sup>

382. Im Entscheid Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 601, Rz. 162) wurde die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz – vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt stattfindenden Expansion von Carrefour – durch die Eröffnung neuer Verkaufsstellen bejaht. Die nachfolgende Begründung macht deutlich, dass die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz im Fall Coop/Waro heute nicht mehr zutrifft.

383. Im Folgenden wird zwischen drei Arten von Marktzutrittsschranken unterschieden.<sup>72</sup>

- Strukturelle Marktzutrittsschranken: Es handelt sich dabei namentlich um Kostenvorteile (z.B. in den Bereichen Logistik/Distribution, Einkauf und Werbung), die auf der Realisierung von Skalenerträgen und Verbundvorteilen beruhen, sowie um Sprachbarrieren. Strukturelle Barrieren werden in der Regel nicht absichtlich geschaffen, um einen Marktzutritt abzuwehren.

- Administrative Marktzutrittsschranken: Diese bestehen in Form von Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungspraktiken. Vorliegend ist insbesondere an Baubewilligungsverfahren zu denken, die kostspielig und zeitaufwändig sein können.

- Strategische Marktzutrittsschranken: Die etablierten Unternehmen können durch ihr Marktverhalten faktische Zutrittsschranken für potenzielle Konkurrenten errichten und ihnen dadurch den Marktein-

<sup>69</sup> Beispielsweise wird der Umsatz, der in Verkaufsstellen der Grösse M erzielt wird, durch die Anzahl Verkaufsstellen der Grösse M dividiert. Für die Datenquellen vgl. Anhang A2.

<sup>70</sup> Der Einfachheit halber wird vorliegend unterstellt, dass alle Verkaufsstellen in gleichem Ausmass von einem höheren Marktvolumen profitieren können.

<sup>71</sup> Vgl. Rewe/Meinl EU IV/M.1221.

<sup>72</sup> Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 518 f., Rz. 56.

tritt erschweren oder sogar verunmöglichen. Zu den strategischen Barrieren gehören Vorteile, über welche die etablierten Detailhandelsketten mit ihrer Positionierung an strategisch wichtigen Standorten verfügen, die Behinderung beim Zugang zu Beschaffungsmärkten sowie Investitionen in die Reputation, durch die eine grosse Produkt- und Markentreue der Kunden erreicht werden kann.

384. Diese Markteintrittsbarrieren werden nachfolgend, gestützt auf Aussagen der Konkurrenten, ausführlich dargelegt. Anschliessend folgen Ausführungen zu den Erfolgsaussichten und dem disziplinierenden Effekt von Aldi und Lidl.

#### *Strukturelle Marktzutrittschranken*

385. Die Schweiz verfügt über ein dichtes Verkaufsstellennetz. Es ist kostspielig und zeitaufwändig, parallel zu den bestehenden Netzen ein neues (flächendeckendes) Vertriebsnetz aufzubauen.

386. Nebst einem gewissen Bekanntheitsgrad muss ein Newcomer zudem eine kritische Grösse erreichen können, da Grössen- und Verbundvorteile im Detailhandel von zentraler Bedeutung sind.<sup>73</sup>

387. Zu den strukturellen Markteintrittsbarrieren gehören auch Sprachbarrieren, insbesondere die Mehrsprachigkeit. Beispielsweise müssten das Verteilzentrum von Aldi bei Avenches und dessen Filialen im Wallis zweisprachig geführt werden. Auch müssten die Verpackungen für die Schweiz u.a. wegen der Mehrsprachigkeit speziell gedruckt werden.

#### *Administrative Marktzutrittsbarrieren*

388. Gewichtige Eintrittskosten in den Detailhandelsmarkt entstehen durch strenge kantonale und kommunale raumplanerische Vorschriften, die Möglichkeit der Einsprache beim Bau von Filialen sowie durch die Bau- und Zonenordnung für grosse Lagerhallen.<sup>74</sup> Gemäss Aussagen von Aldi nimmt die Eröffnung von Verteilzentralen fünf bis zehn Jahre in Anspruch.

389 Die administrativen Hürden für den Bau von Verkaufsstellen variieren je nach Grösse. Eine strenge Umweltverträglichkeitsprüfung braucht es für Verkaufsflächen von mehr als 5000m<sup>2</sup> oder 300 Parkplätze, sprich für Hypermärkte. An die Umweltverträglichkeitsprüfung geknüpft ist gemäss Art. 55 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) die Möglichkeit der Verbandsbeschwerde, welche geplante Bauten weiter verzögern oder gar verunmöglichen kann.

390. Gemäss Internetseite sucht Aldi Verkaufsflächen ab 650m<sup>2</sup> mit einer optimalen Parkplatzanzahl von 130.<sup>75</sup> Lidl sucht Verkaufsflächen zwischen 500 und 1500m<sup>2</sup> mit einer ausreichenden Anzahl an Parkplätzen.<sup>76</sup> Laut Parteien umfasst die typische Aldi und Lidl-Verkaufsstelle 1000m<sup>2</sup> und hat 60 bis 100 Parkplätze. Somit sind die strengen umweltrechtlichen Auflagen und insbesondere das Verbandsbeschwerderecht auf die Verkaufsformate von Aldi und Lidl nicht anwendbar. Folglich sind die administrativen Hürden für den Bau von Verkaufsstellen für Hypermärkte namentlich im Vergleich zu den Verkaufsformaten, die Aldi und Lidl suchen, als bedeutend höher zu beurteilen. Laut Angaben von Aldi nimmt die Grundstückbeschaffung in der Schweiz vom Erstkontakt mit

dem Eigentümer bis zur Eröffnung der Filiale ca. 18 Monate in Anspruch. Hierbei werde davon ausgegangen, dass das Grundstück bereits eingezont sei und keine Einsprachen bearbeitet werden müssten. In anderen Fällen verlängere sich die Realisierungszeit um ein Vielfaches. Sie variere zudem je nach Kanton. Für die Standortsuche würde üblicherweise ein Monat benötigt, für die Verhandlungen mit den Eigentümern zwei Monate, für das Baubewilligungsverfahren neun Monate und für den Bau sechs Monate.

391. Nicht-tarifäre Handelshemmnisse – insbesondere in Form spezieller schweizerischer Normierungs- und Produktdeklarationsvorschriften – erschweren den Markteintritt zusätzlich, da ausländische Handelsketten die Produkte aus ihrem ausländischen Angebot zuerst den inländischen Vorschriften anpassen müssen. In diesem Sinn hat auch Aldi auf die Schwierigkeit hingewiesen, bei einem geringen Verkaufsvolumen die notwendigen Verpackungen beschaffen zu können. Es lohne sich bei den geringen Mengen für die Hersteller nicht, die Produktionsmaschinen umzustellen.

392. Zu den Normierungs- und Deklarationsvorschriften halten die Parteien erstens fest, dass die genau gleichen Vorschriften auch für die bestehenden Anbieter gelten würden. Somit handle es sich nicht um eine Schranke, die nur für die neuen Anbieter gelte. Zweitens seien im Bereich der Detailhandelsprodukte nur wenige spezielle Deklarationsvorschriften zu beachten; der Grossteil der Produkte könne direkt importiert werden. Drittens handle es sich bei Aldi und Lidl um europäische Giganten, die in einer Vielzahl von Ländern tätig und deshalb gewohnt seien, unterschiedliche Vorschriften zu beachten.

393. Diesen Vorbringen kann sich die Weko nicht anschliessen. Normierungs- und Deklarationsvorschriften gelten zwar für alle Detailhändler, allerdings sind die etablierten Marktteilnehmer davon weniger tangiert als Neueinsteiger, weil sie ihr Bezugsnetz in der Schweiz schon aufgebaut haben. Das Vorbringen der Parteien, dass Aldi und Lidl gewohnt seien, unterschiedliche Vorschriften zu beachten, ändert zudem nichts an der Tatsache, dass Normierungs- und Deklarationsvorschriften eine Markteintrittsbarriere darstellen.

394. Weiter können ausländische Handelsketten ihre Agrarprodukte infolge der Agrargesetzgebung grösstenteils nicht über ihre bisherigen Einkaufskanäle beziehen und in die Schweiz importieren, sondern müssen sie in der Schweiz beziehen, was mit zusätzlichen Problemen verbunden sein kann (vgl. auch Rz. 408).<sup>77</sup> Im Übrigen

<sup>73</sup> Vgl. MARIO A. LOPEZ (2007): The Locational Efficiencies that Drive Geographic Expansion, NERA, Antitrust Insights; THOMAS J. HOLMES (2006): The Diffusion of Wal-Mart and Economies of Density, Working Paper University of Minnesota.

<sup>74</sup> Siehe auch NZZ am Sonntag, Hindernisse für das Bauprojekt, 20. Mai 2007, S. 47.

<sup>75</sup> Vgl. [http://suisse.aldi.com/ch/html/3061\\_DEU\\_HTML.htm](http://suisse.aldi.com/ch/html/3061_DEU_HTML.htm) [1. September 2007].

<sup>76</sup> Vgl. <http://www.lidl.ch/ch/home.nsf/pages/c.p.ps.immobiliengesuch> [1. September 2007].

<sup>77</sup> Vgl. REINER EICHENBERGER (2005): Hochpreisinsel Schweiz: Ursachen, Folgen, wirkungsvolle Rezepte, Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie, 02/05, 41-54, hier: S. 42 f.

wurde der hohe Grenzschutz im Agrarbereich im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM (RPW 2006/2, S. 261 ff.) von der Weko als Markteintrittsbarriere qualifiziert.

395. Hiergegen bringen die Parteien vor, die im Bereich der Agrarprodukte zurzeit noch bestehenden Importrestriktionen würden für alle Detailhändler gleichermassen gelten. Dies werde durch die beiden Expertengutachten Senti und Fuhrer/Hotz ausdrücklich bestätigt. Es sei daher falsch, davon auszugehen, diese Restriktionen würden allein die neuen Wettbewerber treffen. Die aktuellen Inserate von Aldi in der Tagespresse würden denn auch beweisen, dass Aldi ohne Weiteres in der Lage sei, jene Produkte, für die zurzeit noch Importrestriktionen gelten würden, in der Schweiz zu beschaffen.

396. Wie die Parteien richtig festhalten, gelten die Importrestriktionen für alle Detailhändler. Wie auch bei den Normierungs- und Deklarationsvorschriften sind die etablierten Anbieter davon jedoch weniger tangiert als Neueinsteiger, weil sie ihr Bezugsnetz in der Schweiz bereits aufgebaut haben. Infolge der Restriktionen im Agrarbereich können ausländische Handelsketten ihre bisherigen Einkaufskanäle nicht nutzen, sondern müssen in der Schweiz neue aufbauen, was zeitintensiv und mit erheblichen Kosten verbunden ist. Aus diesem Grund erweist sich die Landwirtschaftspolitik gemäss Eichenberger "als eigentliches protektionistisches Schutzschild für die Schweizer Detailhandelsketten. Unter diesem Schutzschild ist der Wettbewerb weniger intensiv als bei freiem Markteintritt für ausländische Detailhandelsketten."<sup>78</sup> Im Übrigen konnte Aldi entgegen der Aussagen der Parteien gewisse Produkte nur mit Schwierigkeiten beschaffen, die allerdings überwunden werden konnten.

397. Infolge der genannten Marktzutrittsbarrieren (Importrestriktionen, Zollsystem, Produkthanforderungen und -deklarationen) gestaltet sich der Markteintritt gemäss Aussagen von Aldi in der Schweiz schwieriger als in anderen europäischen Ländern. Demgegenüber ist die Realisierung von Bauvorhaben gemäss Lidl nicht schwieriger oder leichter als in anderen europäischen Ländern. Allerdings sei damit zu rechnen, dass infolge der Zollproblematik nicht alle Produkte seines internationalen Standardsortiments in der Schweiz angeboten werden könnten. Eine Folge der administrativen Marktzutrittsbarrieren ist somit eine Reduktion an potenziellen Lieferanten (vgl. Rz. 408).

#### *Strategische Marktzutrittschranken*

##### *(i) Schwierigkeiten beim Aufbau eines flächendeckenden Vertriebsnetzes*

398. Strategisch wichtige Lagen von Verkaufsstellen sind oft bereits durch Migros und Coop, aber auch durch Denner besetzt. Verkaufslöcher an Top-Lagen in Grossstädten sind deshalb knapp. Gemäss dem "Immo-Monitoring"<sup>79</sup> der Immobilien-Beratungsfirma Wüest & Partner (W&P) sind internationale Ladenketten – die in die Schweiz expandieren – bereit, für die Übernahme von solchen Verkaufsflächen nebst hohen Mieten erhebliche Handgelder zu zahlen. In Einzelfällen könnten diese "Ablösesummen" über die Dauer des Mietvertrags verteilt bis zur Hälfte der bereits hohen Quadratmetermieten ausmachen.<sup>80</sup> Der Mangel an geeigneten Standorten

wird auch von den befragten Konkurrenten als Markteintrittsbarriere genannt. Dies gelte insbesondere in Zentrumsnähe und Gewerbegebieten. Shopping-Center seien zudem belegt oder durch Konkurrenzkláuseln unzugänglich. Weiter gestalte sich die Ansiedlung in einigen Gemeinden sehr schwierig, da Migros und Coop regional und national gut verankert seien.<sup>81</sup> Die Bedeutung der beschriebenen Markteintrittschranken wird durch die Tatsache verdeutlicht, dass die befragten Konkurrenten den Wettbewerbsparameter "Standort" nebst "Preis", "Aktionen" und "Qualität" als sehr wichtig qualifizieren.

399. Ferner treiben Migros und Coop gemäss Aussagen von Konkurrenten die bereits hohen Investitionskosten bei der Erschliessung neuer Standorte weiter in die Höhe, indem sie ihre Wettbewerber bei wichtigen Projekten bzw. Standorten überbieten. Weiter würden strategisch wichtige Standorte sofort besetzt. Für solche Standorte würden Migros und Coop jeden Preis bezahlen. Dies erschwere die Expansion der Schweizer Detailhändler.

400. Betreffend die Verfügbarkeit von strategisch wichtigen Lagen halten die Parteien fest, dass sich diese heute nicht in der Innenstadt, sondern ausserhalb an verkehrsgünstigen Lagen befänden. Solche Standorte seien ausreichend vorhanden. Dass in der Schweiz genügend geeignete Standorte zur Verfügung stehen würden, beweise nicht nur die Expansion von Aldi und Lidl, sondern auch jene von Spar. Spar habe im Jahr 2006 sechs neue Standorte eröffnet. Im Jahr 2007 würden es sogar acht sein.

401. Tatsache ist, dass Aldi z.B. in der Innenstadt von Basel eine Filiale eröffnet hat.<sup>82</sup> Weiter ist der Internetseite von Aldi zu entnehmen, dass Aldi – nebst den Standorten an gut frequentierten Strassen – auch an innerstädtischen Zentrumsanlagen sehr interessiert ist.<sup>83</sup> Folglich sind für Aldi auch solche Standorte von Interesse (vgl. hierzu auch Rz. 439). Zudem haben potenzielle Marktteilnehmer im Immobilienbereich gemäss Aussagen von Aldi mit grösseren Schwierigkeiten zu kämpfen, als dies zum Zeitpunkt des Markteintritts von Aldi noch der Fall war. Dennoch bleibt festzuhalten, dass der Aufbau eines flächendeckenden Vertriebsnetzes für die Ladenformate, die Aldi und Lidl suchen, bedeutend einfacher sein dürfte als für eine klassische Supermarktkette wie beispielsweise Tesco, die ein umfassenderes Sortiment auf einer grösseren Verkaufsfläche anbietet (vgl. Rz. 445).

402. Die Parteien machen ferner geltend, internationale Detailhändler im Bereich Non Food hätten schon längst bewiesen, dass die Schwierigkeiten beim Aufbau eines Vertriebsnetzes überwunden werden könnten. Im Bereich Textil hätten z.B. Ketten wie H&M, Zara etc. und im Bereich Elektronik namentlich Media Markt in wenigen Jahren ein grosses Vertriebsnetz aufgebaut. Dem ist zu

<sup>78</sup> REINER EICHENBERGER, a.a.O., 43.

<sup>79</sup> WÜEST & PARTNER AG, Immo-Monitoring 2007; Bände 3 und 4: Geschäftsfächenmarkt, Zürich.

<sup>80</sup> NZZ, Grosse Einkaufszentren boomen – Zunehmender Verdrängungswettbewerb im Detailhandel, 25. April 2007, Nr. 95, S. 27.

<sup>81</sup> Beispielsweise seien gewisse Gemeinden der Ansicht, dass je eine Verkaufsstelle von Coop und Migros auf ihrem Gebiet ausreiche.

<sup>82</sup> NZZ am Sonntag, Lidl kommt flächendeckend, 20. Mai 2007, S. 31.

<sup>83</sup> Vgl. <http://suisse.aldi.com/locations/index.html> [21. Juli 2007].



entgegen, dass Non Food-Anbieter im Vergleich zu Lebensmittel-Detailhändlern infolge anderer Kostenstrukturen mehr Freiheitsgrade beim Aufbau ihres Vertriebsnetzes haben. Beispielsweise können Non Food-Artikel im Vergleich zu Lebensmitteln, die rasch verderben, länger gelagert werden. Folglich können die Lieferungen sporadischer stattfinden. Solche Unterschiede in der Logistik relativieren die Notwendigkeit eines flächendeckenden Vertriebsnetzes.

*(ii) Strategischer Kauf von Denner zur Erhöhung der Markteintrittsbarrieren*

403. Der Detailhandelsmarkt ist weitgehend gesättigt (vgl. Rz. 497). In Folge dieser Situation ist ein signifikantes Marktanteilswachstum für kleinere oder neue Wettbewerber vorwiegend über Akquisitionen möglich. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass mit der geplanten Übernahme durch die Blockierung von Standorten endogene Markteintrittsbarrieren geschaffen würden. Somit würden die bereits bestehenden Eintrittshürden weiter erhöht.

404. Die Parteien bestreiten aus folgenden Gründen, dass der Zusammenschluss zu einer Blockierung von Standorten führe: Wegen der Kleinräumigkeit der Denner-Verkaufsstellen würden Aldi und Lidl ihr Konzept in den Denner-Verkaufsstellen gar nicht umsetzen können. Die Tatsache, dass Aldi und Lidl an den Standorten von Denner gar nicht interessiert seien, impliziere, dass die Expansion von Aldi und Lidl von der Übernahme nicht tangiert werde. Im Übrigen seien Aldi und Lidl, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, nie durch Zukäufe in einen Markt eingetreten. Ihr Desinteresse am Kauf von Denner hätten diese denn auch öffentlich sowie gegenüber der Weko bekundet.

405. Gemäss Aussagen von Aldi und Lidl können sie durch die Übernahme in zweierlei Hinsicht sehr wohl tangiert werden: Erstens befürchten Aldi und Lidl, dass Denner seine Strategie ändern und mit grösseren Flächen an gut erschlossene Standorte expandieren könnte. Dann wäre Migros/Denner ein direkter Konkurrent von Aldi bei der Suche nach Standorten, was die Expansion entgegen der Aussage der Parteien verlangsamen könnte. Eine solche Strategie hatte Denner in der Vergangenheit bereits begonnen und wegen fehlenden finanziellen Mitteln nicht weiter ausgebaut. Laut Denner würden Standorte auf der "grünen Wiese" die Innenstadt-Standorte gut ergänzen. Falls Migros hierzu die finanziellen Mittel bereitstellen könne, sei dies eine mögliche Expansionsstrategie.

406. Zweitens könnten sich negative Konsequenzen auf die Expansion von Aldi ergeben, wenn Denner nach der Übernahme nicht Denner bleiben würde, d.h. weniger auf Alkohol und Tabak setzte, sondern mehr M-Budget Produkte im Sortiment anbieten würde. In diesem Sinne könnte sich der Kauf von Denner negativ auf potenzielle Konkurrenten auswirken.

407. Mit den Auflagen 2b und 5 betreffend die eigenständige Sortimentspolitik von Denner und das Verbot der Eröffnung von M-Budget Geschäften (vgl. Dispositiv) können letztere Bedenken aus dem Weg geräumt werden.

*(iii) Behinderung beim Zugang zu Beschaffungsmärkten*

408. Es bestehen die folgenden Schwierigkeiten beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten:

- Gemäss Aussagen von Konkurrenten schränken Schwierigkeiten beim Import (Zollsystem, andere Gesetzgebung als in der EU) die Auswahl an Lieferanten in der Schweiz wesentlich stärker ein als in anderen europäischen Ländern.

- Gleichzeitig Sorge die Konzentration im Detailhandel für ein starkes Abhängigkeitsverhältnis der Schweizer Lieferanten von den wenigen Detailhändlern. Dies betreffe unter anderem Lieferanten von Agrarprodukten wie Milchprodukte, Fleisch, Obst und Gemüse. Dieses Abhängigkeitsverhältnis wird gemäss Aussagen von Marktteilnehmern durch formelle und informelle Exklusivitätsvereinbarungen (vgl. Rz. 557) zwischen Migros und Coop einerseits und den Lieferanten andererseits zementiert.<sup>84</sup> Dies wirkt sich für neue Marktteilnehmer negativ auf den Zugang zu den Beschaffungsmärkten aus. Ein Zusammenschluss würde die bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse weiter verstärken.

- Durch die Grösse ihrer Beschaffungsvolumina kaufen Migros und Coop in gewissen Märkten einen Grossteil der schweizerischen Produktion. Diese Unternehmen seien beispielsweise die grössten Einkäufer von Milch- und Fleischkontingenten.

- Aufgrund der geringen Beschaffungsvolumina sind neu eintretende Unternehmen vorerst keine attraktiven Geschäftspartner für viele Lieferanten. Daraus können Nachteile hinsichtlich der Konditionen oder ein gänzlicher Lieferverzicht resultieren.

409. Die Parteien können die Aussage, die Abhängigkeit der Lieferanten würde eine Eintrittshürde darstellen, nicht nachvollziehen. Abhängige Lieferanten hätten gerade ein besonderes Interesse daran, diese Abhängigkeit zu reduzieren, indem sie neu eintretende Detailhändler beliefern.

410. Gemäss eigenen Angaben hatte Aldi aber Schwierigkeiten bei der Beschaffung gewisser Produkte, die aber überwunden werden konnten. Die Schwierigkeiten seien erstens auf Importrestriktionen zurückzuführen gewesen (vgl. Rz. 388). Zweitens verfügten die etablierten Detailhändler in der Schweiz über historisch gewachsene, enge Lieferantenbeziehungen. Migros und Coop hätten gegenüber den Lieferanten eine starke Position. Die Belieferung von Konkurrenten werde eher ungerne gesehen. Für die Lieferanten stelle sich die Frage, ob sie das Risiko eingehen wollen, einen grossen Teil ihres Umsatzes zu verlieren. Dieselbe Frage stelle sich bei Logistik-Dienstleistern (Lagerflächen, Umschlag, Auslieferung). Auch bei diesen sei die Auswahl von Aldi eingeschränkt. Drittens könne die Belieferung zweier Konkurrenten in gewissen Situationen zu einem Interessenkonflikt führen.

<sup>84</sup> Vgl. z.B. La Liberté, Linda Bourget, Evian-Volvic: On ne peut pas se permettre de froisser Migros ou Coop, 20.06.07.

411. Vor diesem Hintergrund bezweckt Auflage 6, künstliche Markteintrittsbarrieren, die sich durch exklusive Vertriebsverträge zwischen Migros und Lieferanten ergeben können, zu eliminieren (vgl. Dispositiv).

*(iv) Kundenbindungen*

412. Heute tätigen [70-80]% der Privathaushalte jede Woche einen Einkauf von Gütern des täglichen Bedarfs in einer Migros-Verkaufsstelle. Bei Coop beträgt dieser Wert [50-60]%, bei Denner [10-20]%, bei Spar [0-10]%, bei Carrefour [0-10]%, bei Manor [0-10]% und bei Volg [0-10]%.<sup>85</sup> Die hohe Kundenbindung könnte namentlich dadurch zu erklären sein, dass Migros durch ihre Entstehungsgeschichte sowie ihrer Rechtsform mit ihren Kunden als Genossenschafter traditionell stark verankert ist. Werbeausgaben, Investitionen in Reputation (z.B. das Kulturprozent von Migros) sowie die Kundenkarten Cumulus und Supercard könnten dazu dienen, die bereits treue Kundschaft noch mehr an sich zu binden und dadurch Marktzutrittschranken aufzubauen.

413. Hinsichtlich der Werbeausgaben ist festzustellen, dass Migros und Coop eine umfassende Werbung betreiben, welche die ganze Schweiz mit fast allen Printmedien abdeckt und auch die TV-Sender umfasst. Dazu gehören auch die Wochenzeitungen von Migros und Coop, die allen Genossenschaffern gratis zugestellt werden, und die eine ideale Marketing-Plattform darstellen. Solche Werbeausgaben seien für Neueinsteiger allein durch die zugrunde liegenden Fixkosten nicht finanzierbar.

414. Zu den Kundenkarten ist Folgendes festzuhalten: Laut IHA-GfK laufen bei Migros bereits 75% und bei Coop 77% des jeweiligen Gesamtumsatzes über die Kundenkarten. Sowohl Migros als auch Coop sei es noch im Jahr 2006 gelungen, die Zahl der Karteninhaber zu erhöhen. Beide hätten inzwischen 2.4 Mio. Karten und mehr im Umlauf.<sup>86</sup>

415. Gemäss Konsumentenschutzorganisationen und konkurrierenden Detailhändlern gelingt es Migros und Coop, die Konsumenten mit den Treueprogrammen an sich zu binden. Mit Ausnahme von Spar und Volg gaben Carrefour, Casino, Valrhöhe und Aldi an, die Treueprogramme würden ihre Wettbewerbsposition tangieren. Insbesondere würden sich Aktionen, bei denen Migros und Coop die doppelte Anzahl Punkte gewähren, spürbar auf die Kundenfrequenz auswirken.

416. Weiter sei es Neueinsteigern nicht möglich, ähnlich attraktive Kundenbindungsprogramme anzubieten, weil Migros und Coop auf zahlreichen weiteren Märkten tätig seien und die Treueprogramme dort auch greifen würden (z.B. Cumulus-Punkte als Preisgeld für M-Budget Golfturniere<sup>87</sup>). Dadurch entstehe ein Wettbewerbsnachteil. Mit der Übernahme von Denner erhalte die Migros ein weiteres Geschäftsfeld für die Gewährung von Cumulus-Punkten und damit zur Kundenbindung.

417. Diese Ergebnisse werden von Schiller und Walker<sup>88</sup> bestätigt. Die Autoren nehmen eine vergleichende Analyse der Jahresabschlüsse von Migros und Coop mit internationalen Gegenspielern vor. Diese Analyse legt nahe, dass in der Schweiz starke Indizien vorhanden sind, dass Migros und Coop erfolgreich endogene Markt-

zutrittschranken in Form hoher Kundenbindungen aufgebaut haben.

418. Den wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Kundenbindungen trägt Auflage 2d Rechnung (vgl. Dispositiv).

*Erfolgsaussichten und disziplinierender Effekt von Aldi und Lidl*

419. Laut den Parteien zeigt die Präsenz von Aldi in der Schweiz und der erwartete Markteintritt von Lidl, dass die oben identifizierten Markteintrittsbarrieren überwindbar sind. Ferner haben sie wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich bei Aldi und Lidl um äusserst zahlungskräftige europäische Giganten handle, die je nahezu vier Mal grösser seien als die Migros und somit bessere Einkaufskonditionen erhielten, was wiederum für die Verkaufspreise zentral sei.

420. Die optimistischen Prognosen der Parteien betreffend die Erfolgsaussichten und den disziplinierenden Effekt von Aldi und Lidl sind aus Sicht der Weko aus unten aufgeführten Gründen stark zu relativieren.

*(i) Expansion von Aldi und Lidl*

421. Gemäss Tabelle 10 ist die Schweiz – gemessen am Konzentrationsindex K2 – im internationalen Vergleich das Land mit dem zweithöchsten Konzentrationsgrad.<sup>89</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Lidl in Finnland, dem einzigen Land mit noch höherer Konzentration als die Schweiz, offenbar ernsthafte Schwierigkeiten mit der Expansion hat. Zudem gab Lidl den Markteintritt im Baltikum auf. Auch in Grossbritannien konnten Aldi und Lidl mit einem Marktanteil in Höhe von 4% (kumuliert) keine nennenswerten Marktanteile gewinnen. Dasselbe könnte auch für die Schweiz zutreffen, da die nordischen Länder nebst der hohen Konzentration die folgenden Parallelen mit der Schweiz aufweisen: Zum einen sind die Lebensmittelpreise in den nordischen Ländern im Schnitt 16% bis 46% höher, und zum anderen ist das Sortiment schmäler als im europäischen Durchschnitt (vgl. Rz. 271).<sup>90</sup>

422. Ein Grund für die fehlenden Expansionsmöglichkeiten des Markteintritts der Harddiscounter in Grossbritannien wird in den defensiven Strategien der etablierten Detailhändler gesehen. Diese bestanden in der Einführung von Billiglinien, welche das Sortiment der Harddiscounter direkt konkurrenziierten, sowie dem Ausbau von

<sup>85</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil.

<sup>86</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 53.

<sup>87</sup> Tages-Anzeiger, Und der Sieger erhält ... Cumulus-Punkte, 4. Juli 2007, S. 34.

<sup>88</sup> ULF SCHILLER, BJÖRN WALKER (Juli 2006): Marktzutrittsbarrieren, Preistreibeerei oder Kostendruck? Vergleichende Analyse der Jahresabschlüsse Schweizer Detailhändler mit internationalen Gegenspielern, Universität Bern, verfügbar unter [http://www.iuc.unibe.ch/\\_lehre/forschung/paper/Preistreibeerei%20oder%20Kostendruck%20\(Neue%20Version%202007-06\).pdf](http://www.iuc.unibe.ch/_lehre/forschung/paper/Preistreibeerei%20oder%20Kostendruck%20(Neue%20Version%202007-06).pdf) [26. April 2007].

<sup>89</sup> Gemäss den Schätzungen des Sekretariats beträgt der K2 im Jahr 2006 in der Schweiz sogar 75.7% (vgl. Rz. 260). Basierend auf dieser Schätzung ist der Konzentrationsgrad in der Schweiz als einzigartig hoch zu qualifizieren.

<sup>90</sup> Danish Competition Authority et al., Nordic Food Markets – A Taste for Competition, November 2005, S. 7, verfügbar unter [http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Nordic\\_Food\\_Markets.pdf](http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Nordic_Food_Markets.pdf) [23. Juli 2007].

Edelproduktlinien und Markenartikeln, um die eigenen Verkaufsstellen durch Differenzierung attraktiver zu machen. Ähnliche Strategien sind auch bei Migros und Coop zu beobachten: Als Reaktion auf die (angekündigten) Markteintritte von Aldi und Lidl führte Coop die Billiglinie Prix Garantie ein und Migros baute die M-Budgetlinie aus. Auch ist bei Migros eine Erhöhung der Anzahl Markenartikel zu beobachten. Die Übernahme von Denner könnte ein zusätzliches Element in dieser Abwehrstrategie darstellen.

423. Laut einer schriftlichen Stellungnahme des Parteigutachters Roeb dürfen die Erfahrungen in Grossbritannien und Finnland nicht auf die Schweiz übertragen werden. Der entscheidende Unterschied zwischen der Schweiz und Grossbritannien bestehe darin, dass in Grossbritannien mit Tesco und in geringerem Masse auch Asda/Walmart zwei Unternehmen fähig seien, die zu den weltweit führenden Handelsunternehmen gehörten und international wettbewerbsfähig seien. Eine solche Wettbewerbsfähigkeit lasse sich Migros und Coop nicht attestieren. Der zweite wichtige Unterschied bestehe darin, dass Aldi und Lidl in der Schweiz bereits vor deren Markteintritt durch den Einkaufstourismus bekannt gewesen seien, während die Engländer Aldi und Lidl überhaupt nicht gekannt hätten. Dieser Nachteil sei in Grossbritannien noch durch einen strategischen Anfängerfehler von Aldi und Lidl verschärft worden. Dieser habe darin bestanden, dass sie sich mit ihrem preisaggressiven Konzept vorrangig an sozial schwächere Bevölkerungsgruppen gewandt hätten. Damit hätten sie sich für die breite Masse der Bevölkerung disqualifiziert. Die ärmeren Bevölkerungsgruppen seien nämlich besonders darauf bedacht, ihre soziale Schwäche zumindest beim Lebensmitteleinkauf durch gezielten Kauf eher höherwertiger Produkte zu kompensieren. Weiter sei der finnische Markt aufgrund seiner extremen geografischen Ausdehnung und der sich daraus ergebenden geringen Bevölkerungsdichte überhaupt nicht mit der Schweiz zu vergleichen. Die Verkaufsstellen der Discounter seien zudem keineswegs besonders billig. Die Parteien dementieren des Weiteren, dass das Baltikum mit der Schweiz vergleichbar sei. Die nationalen Märkte seien klein und würden nur ca. 1.5 bis 2 Mio. Einwohner umfassen, die gleichzeitig über sehr niedrige Einkommen verfügten. Damit werde die kritische Grenze des Mittelstandes nicht erreicht.

424. Zu den angeblichen Unterschieden ist zunächst festzuhalten, dass Aldi in der Schweiz mit einem um 36% höheren Preisniveau als in Deutschland wie in Finnland keineswegs besonders billig ist (vgl. Rz. 441). Auch unter Berücksichtigung der weiteren von den Parteien vorgebrachten Gründe ist nach Ansicht der Weko nicht auszuschliessen, dass Aldi und Lidl in der Schweiz keine bedeutenden Marktanteile gewinnen können.

425. Es ist denn in der Vergangenheit auch tatsächlich keinem der grossen europäischen Detailhandelsunternehmen gelungen, in der Schweiz nennenswerte Marktanteile zu gewinnen. Carrefour begründet seine Expansionschwierigkeiten insbesondere mit der fehlenden Verfügbarkeit von bezahlbaren Standorten. Die Preise von wichtigen Standorten würden von Migros und Coop in die Höhe getrieben (vgl. Rz. 399). Aus Rentabilitätsgründen und infolge mangelndem Wachstumspotenzial

will sich Carrefour nun sogar aus dem Schweizer Markt zurückziehen. Damit der potenzielle Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung haben kann, müssten Neuanbieter jedoch in der Lage sein, bedeutende Marktanteile zu erobern.

426. Laut den Parteien darf die Expansion von Aldi und Lidl jedoch nicht mit jener von Carrefour verglichen werden. Aldi und Lidl würden viel kleinere Flächen suchen als Carrefour und die finanziellen Mittel der beiden Unternehmen seien sehr hoch. Die beiden Discounter würden in der Schweiz durchaus Grundstücke finden, da sie viel dafür bezahlen könnten. Diesen Vorbringen ist insofern zuzustimmen, als sich die Suche nach Standorten für Hypermärkte bedeutend schwieriger gestaltet als für die Verkaufsformate von Aldi und Lidl (vgl. Rz. 390).

427. Zum heutigen Zeitpunkt verfügt Aldi über 33 Verkaufsstellen (Stand Juni 2007) während der Markteintritt von Lidl zwar wahrscheinlich, aber nicht definitiv gesichert ist.<sup>91</sup> Gemäss Angaben der Parteien wohnen heute [...]% der Bevölkerung im Einzugsgebiet einer Aldi-Verkaufsstelle. Diese Angabe basiert auf Daten zur Bevölkerungsdichte des Bundesamts für Statistik und einem zugrunde gelegten Einzugsgebiet mit einem Radius von 15 km. In einigen Jahren würde sich der Bevölkerungsanteil im Einzugsgebiet einer Aldi-Verkaufsstelle sogar auf [...]% erhöhen.

428. Aldi erwartet in fünf Jahren gemäss eigenen Aussagen einen Marktanteil von [...]% und Ende 2008 ungefähr 100 Verkaufspunkte. Langfristig möchte Aldi um die 300 Filialen betreiben. Es würden jedoch nur Filialen eröffnet, die sich auch rechnen. Die Expansionsgeschwindigkeit werde inskünftig abnehmen, da die einfacher zu realisierenden Standorte zuerst erschlossen würden.

429. Laut eigenen Angaben plant Lidl den Markteintritt frühestens für das Jahr [...]. Bei den Prognosen, die in der Presse zu lesen seien, handle es sich um Spekulationen und Vermutungen, die von Lidl nicht kommentiert worden seien. Lidl plane langfristig rund 150-250 Standorte. Die ersten 50 bis 100 Baubewilligungen seien einfacher zu erhalten als die darauffolgenden. Deshalb sei nicht auszuschliessen, dass es eine Phase geben werde, in der die Expansion stagniere. Einen Zeithorizont zum Aufbau eines flächendeckenden Vertriebsnetzes gäbe es nicht. Dies könne 20 bis 30 Jahre dauern. Bei der Suche nach Standorten stosse Lidl in der Westschweiz auf Schwierigkeiten, weil er aus politischen Gründen nicht willkommen sei. Deshalb würden die Gesetze in diesen Regionen noch restriktiver gehandhabt.

430. Nebst den zunehmenden Schwierigkeiten bei der Erschliessung von Standorten geben Aldi und Lidl an, dass ihre Expansion zusätzlich verlangsamt werden könnte, wenn Denner sein bereits begonnenes Konzept der Verkaufsflächen "auf der grünen Wiese" wieder aufnehmen und somit ähnliche Verkaufsstellenformate suchen würde wie Aldi und Lidl. In der Folge würde Denner mit Aldi und Lidl um dieselben Standorte konkurrieren. Wie bereits in Rz. 406 festgehalten, befürchtet Aldi zudem eine Verlangsamung der eigenen Expansion, wenn Denner nach der Übernahme nicht Denner bleiben würde.

<sup>91</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 95.

431. Demgegenüber gehen das Parteigutachten Roeb sowie das Sachverständigengutachten von Fuhrer/Hotz davon aus, dass das Zusammenschlussvorhaben die Markteintrittshürden und somit die Expansionsgeschwindigkeit der beiden Harddiscounter nicht tangiert. Die Experten Fuhrer/Hotz beurteilen die Akzeptanz von Aldi in der Schweiz zudem als sehr gut und sehen keine Hinweise darauf, dass Aldi die Expansion stoppen oder massiv verlangsamen oder dass sich Lidl aus der Schweiz zurückziehen könnte. Vor diesem Hintergrund rechnet der Parteigutachter Roeb im Jahr 2010 mit einem gemeinsamen Umsatz von ca. CHF [...] bis CHF [...]. Lidl werde in diesem Jahr schätzungsgemäss [...] Verkaufsstellen haben. Bei Aldi würden rund [...] Verkaufsstellen in Betrieb sein. Hinsichtlich dieser Prognosen halten die Experten Fuhrer/Hotz fest, dass die Geschwindigkeit der Expansion für sie nur schwierig abzuschätzen sei. Allerdings würden die diesbezüglichen Szenarien von Roeb plausibel erscheinen.

432. Gemäss Schätzungen des Marktforschungsinstituts IHA-GfK dürften Aldi und Lidl im Jahr 2010 zusammen

über 220 Filialen in der Schweiz verfügen und einen gemeinsamen Umsatz von rund CHF 2 Mia. erzielen.<sup>92</sup> Der ehemalige Lidl-Manager Andreas Kosanke (Immosuisse) prognostiziert für das Jahr 2010 75 Verkaufsstellen von Lidl und 120 von Aldi. Er erwartet, dass Aldi und Lidl die Milliarden-Umsatz-Schwelle im Jahr 2010 bzw. 2013 erreichen, was im Jahr 2013 einem gemeinsamen Anteil der beiden Discounter am Schweizer Lebensmittelhandel in Höhe von 6% entsprechen würde.<sup>93</sup>

433. Ein Vergleich dieser Prognosen mit jener des Parteigutachtens Roeb in Tabelle 18 zeigt, dass sich dessen Aussagen hinsichtlich der Anzahl Filialen in etwa mit jenen des Marktforschungsinstituts IHA-GfK decken. Die Prognose von Kosanke liegt diesbezüglich tiefer. Jedoch schätzt das Parteigutachten Roeb das Umsatzpotenzial von Aldi und Lidl deutlich höher ein als die IHA-GfK. Die Umsatzprognose der IHA-GfK ist wiederum deutlich optimistischer als jene von Kosanke: Das Umsatzvolumen, welches die IHA-GfK für das Jahr 2010 erwartet, prognostiziert Kosanke erst für das Jahr 2013.

Tabelle 18: Vergleich der prognostizierten Entwicklung von Aldi und Lidl

	Roeb/Fuhrer/Hotz	IHA-GfK	Kosanke (Immosuisse)
Anzahl Standorte 2010	[...]	220	195
Kumulierter Umsatz 2010 in Mia. CHF	[...]	2	<2

Quellen: Parteigutachten Roeb, IHA-GfK, Kosanke (Immosuisse).

434. Die Parteien bestreiten, dass es sich bei der Prognose vom Parteigutachter Roeb um optimistische Höchstwerte handle. Die Aussagen von Aldi in Rz. 428 hinsichtlich der 300 Verkaufspunkte würden sich voll und ganz mit den Prognosen von Roeb decken. Aus den Akten ergäbe sich ferner, dass Aldi gar mit dem Gedanken von 375 bis 380 Verkaufsstellen spiele. Denn Aldi berücksichtige in seiner Planung nicht nur Einwohnerzahlen, sondern auch die Übernachtungen von Gästen, die nicht in Hotels wohnen würden.

435. Dem ist entgegenzuhalten, dass Aldi langfristig zwar 300 Filialen anstrebt. "Langfristig" kann aber auf viele Jahre zutreffen. Für Lidl bedeutet dies 20 bis 30 Jahre. Wie bereits in Rz. 428 festgehalten, erwartet Aldi zudem eine Verlangsamung der Expansionsgeschwindigkeit. Im Übrigen weisen auch die Prognosen von IHA-GfK sowie von Immosuisse darauf hin, dass es sich bei jenen von Roeb um Höchstwerte handelt. Weiter bezeichnet Aldi die genannten 375 bis 380 Verkaufsstellen als theoretische rechnerische Grösse, die sich ergeben würde, wenn sich die verfügbaren Flächen an Standorten befinden würden, wo Aldi eine Filiale eröffnen möchte. Gemäss dieser Rechnung müssten in der Stadt Zürich 15 Filialen eröffnet werden. Allerdings seien die Flächen in den nächsten Jahren de facto nicht vorhanden. Deshalb werde von einer rechnerischen Grösse gesprochen. Somit handelt es sich bei den 375 bis 380 Verkaufsstellen nicht um eine realistische Prognose.

436. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die optimistischen Expansionsprognosen des Parteigutachters Roeb aus Sicht der Weko stark zu relativieren sind. Zudem ist nicht auszuschliessen, dass die Expansion von Aldi und Lidl durch den Zusammenschluss verlangsamt werden könnte (vgl. Rz. 430 f.).

*(ii) Disziplinierende Wirkung von Aldi und Lidl*

437. Der Weko ist nicht entgangen, dass der Markteintritt von Aldi u.a. zur Einführung der Billiglinie Prix Garantie bei Coop sowie zu einer Erweiterung der M-Budgetlinie bei Migros führte. Ferner investieren die hiesigen Marktführer seither werbewirksam in Preisabschläge. Diese Auswirkungen sind nicht zu vernachlässigen und werden in der nachfolgenden Würdigung auch berücksichtigt. Gleichzeitig wird dabei der Tasche Rechnung getragen, dass die genannten Auswirkungen zum heutigen Zeitpunkt zum grössten Teil bereits im Marktgeschehen integriert sind.

438. Aufgrund des gesättigten Markts erzielt Aldi seine Umsätze primär auf Kosten der etablierten Anbieter. Gemäss IHA-GfK gehen [30-40]% der Umsätze zu Lasten von Migros, [20-30]% zu Lasten von Coop, [10-20]%

<sup>92</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 95.

<sup>93</sup> Vgl. NZZ, Lidl verstärkt den Aldi-Effekt, 29. August 2007, Nr. 199, S. 19.

auf Kosten von Denner und [20-30]% auf Kosten des Resthandels.<sup>94</sup> Die entsprechenden Umsatzverluste bzw. Marktanteilsverluste von Migros, Coop, Denner und des Resthandels sind in nachfolgender Tabelle 19 abgebil-

det. Die Tabelle illustriert, dass Aldi bisher keinen spürbaren Effekt auf die Marktanteile der etablierten Anbieter hatte.

Tabelle 19: Effekt von Aldi auf etablierte Anbieter im Jahr 2006

Anbieter	Umsatzverlust in Mio. CHF	Marktanteilsverlust in %
Migros	[0-100]	[<5.0]
Coop	[0-100]	[<5.0]
Denner	[0-100]	[<5.0]
Resthandel	[0-100]	[<5.0]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

439. Weiter ist der Einfluss von Aldi aus folgenden Gründen zu relativieren: Erstens wären die vergangenen Preissenkungsrunden laut Aussagen von Coop ohne jeden Zweifel auch ohne die (erwartete) Präsenz von Aldi und Lidl durchgeführt worden. Man orientiere sich an Migros, nicht an Aldi und Lidl.<sup>95</sup> Gemäss Angaben der Parteien sind die Preissenkungen von Migros als Reaktion auf Aldi zu betrachten. Somit würde die Preispolitik von Coop zumindest indirekt durch Aldi beeinflusst. Diese Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen. Allerdings beschränkt sich dieser Preiseffekt lediglich auf ein beschränktes Sortiment. Es ist fraglich, ob Aldi und Lidl mit ihrem eingeschränkten Sortiment – in welchem sie allenfalls Preisführer sein werden – einen massgeblichen Einfluss auf das Preisniveau des um zahlreiche Artikel grösseren Sortiments der anderen Detailhändler haben können. Dies wird auch vom Experten Senti bestätigt, welcher Aldi und Lidl als Nischenanbieter qualifiziert. Laut den Parteien gelingt Aldi und Lidl die Einflussnahme auf das Preisniveau in Deutschland, Österreich und anderen Ländern seit Jahrzehnten trotz des eingeschränkten Sortiments.

440. Zweitens werden gewisse Kundengruppen (z.B. Bewohner in Stadtzentren) vom zusätzlichen Angebot durch Aldi keinen oder nur einen marginalen Gebrauch machen, da dessen Filialen mehrheitlich in gut erschlossenen Agglomerationen und nicht in den Stadtzentren stehen werden und die Konsumenten oft in der nächstgelegenen Verkaufsstelle einkaufen.

441. Drittens besteht für Aldi eine Schwierigkeit darin, die Konsumenten zu überzeugen, in einem neuen Detailhandelskanal bisher wenig bekannte Produkte zu kaufen (Aldi führt nur ca. [...] % Markenartikel). Laut Parteien lässt sich von den extrem hohen Durchschnittsumsätzen der Aldi-Verkaufsstellen jedoch ableiten, dass Aldi diese Schwierigkeit überwinden kann.

442. Viertens ist das Preisniveau bei Aldi Suisse 36% höher als in Deutschland.<sup>96</sup> Eine mögliche Erklärung hierfür könnte sein, dass Aldi seine Preise dem hiesigen Preisniveau anpasst. Dies erlaubt Aldi, mittels hoher Margen von den – gemäss dem Parteigutachter Roeb – nicht wettbewerbsfähigen Handelsstrukturen der Schweiz zu profitieren. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass dieses Preisniveau nach einem erfolgreichen

Markteintritt von Lidl ins Rutschen geraten wird. Die Parteien beurteilen den Vergleich der Preise von Aldi in der Schweiz mit jenen in Deutschland als irrelevant. Relevant sei einzig der Vergleich mit den Preisen anderer Schweizer Detailhändler. Dabei sei festzustellen, dass Aldi einen massiven Preisabstand zu Migros, Coop und Denner habe. [...] Zudem liege Aldi in der Schweiz erheblich tiefer unter dem Schweizer Preisniveau als in Deutschland unter dem deutschen Preisniveau.

443. Abschliessend soll die disziplinierende Wirkung von Aldi und Lidl grafisch illustriert und mit Blick auf die Zukunft dargelegt werden. Während Abbildung 1 in Anhang A3 die Verkaufsstellen von Aldi per Juni 2007 zeigt, illustrieren die Abbildungen 2 und 3 die prognostizierten Verkaufsstellen von Aldi und Lidl gemäss Angaben von Migros in den Jahren 2009 und 2012. Ein Vergleich der Abbildung 1 mit Abbildungen 2 bzw. 3 verdeutlicht die wachsende Präsenz von Aldi und Lidl. Hierzu ist allerdings festzuhalten, dass die zugrunde gelegten Expansionszenarien betreffend Aldi und Lidl als optimistisch zu beurteilen sind, da die Standortentwicklung auf heute noch ungesicherten Plänen basiert: Die Prognosen für das Jahr 2009 setzen voraus, dass alle heute baubewilligten Projekte realisiert sein werden. Bei den für das Jahr 2012 projektierten Standorten besteht die zusätzliche Unsicherheit darin, dass die Baubewilligungen zuerst noch gewährt werden müssen. Laut den Parteien beruht die Beurteilung der Expansionspläne von Aldi und Lidl durch die Weko auf unrealistischen Annahmen. Es sei nicht einzusehen, warum baubewilligte Projekte nicht realisiert werden, oder weshalb bis 2009 zu den bereits vorhandenen Baubewilligungen keine weiteren hinzukommen sollten.

444. Schliesslich ist nochmals festzuhalten, dass sich die prognostizierten Marktanteile von Aldi und Lidl – selbst bei der sehr optimistischen Einschätzung des Parteigutachters Roeb – in den nächsten zwei Jahren unter 10%

<sup>94</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 99.

<sup>95</sup> L'Hebdo, Hansueli Loosli, "Les discounters allemands profitent à Coop", 5 juillet 2007, p. 54.

<sup>96</sup> Vgl. NZZ Online, Keine deutschen Preise bei Aldi Suisse, 21. Juni 2006.

bewegen werden (vgl. Rz. 329 und 337). Gemäss dem ehemaligen Lidl-Manager Andreas Kosanke (Immosuisse) wird dieser Wert im Jahr 2013 gar lediglich 6% betragen.<sup>97</sup>

#### Weitere Markteintritte

445. Es stellt sich die Frage, ob nebst Lidl weitere Detailhändler einen Markteintritt in die Schweiz planen. Die befragten Konkurrenten rechnen im Lebensmittelhandel grundsätzlich nicht damit. Klassische Supermarktketten würden nicht in die Schweiz kommen wollen, weil es für diese nebst den bestehenden Marktteilnehmern keinen Platz habe. Dies sei einerseits mit der Grösse von Migros und Coop und andererseits mit der Kleinheit des Schweizer Markts zu begründen. Markteintritte seien allenfalls im Non Food-Bereich zu erwarten.

#### Fazit

446. Gegen die Erwägungen zum potenziellen Wettbewerb wenden die Parteien insbesondere ein, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Marktzutrittschranken seit dem Entscheid Coop/Waro zugenommen und der potenzielle Wettbewerb abgenommen haben solle. Tatsachen seien, dass die Märkte weiter liberalisiert worden seien, mit Casino und Aldi zwei weitere europäische Anbieter den Markteintritt vollzogen hätten und der Markteintritt von Lidl unmittelbar bevorstehe.

447. Wie in Rz. 382 erwähnt, wurde die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz im Fall Coop/Waro vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt stattfindenden Expansion von Carrefour bejaht. Jedoch gelang es Carrefour entgegen den damaligen Erwartungen nicht, in der Schweiz nennenswerte Marktanteile zu gewinnen. Heute plant Carrefour sogar, sich aus dem Schweizer Markt zurückzuziehen (vgl. Rz. 425). Wie die Parteien richtig festhalten, fand mit Casino ein weiterer Markteintritt statt. Casino ist mit seinen 16 Verkaufsstellen allerdings nur in der Romandie aktiv. Eine Expansion in die Deutschschweiz sei infolge von Markteintrittsbarrieren in Form eines mangelnden Bekanntheitsgrades der Marke Casino in der Deutschschweiz sowie der Produktbeschriftung in deutscher Sprache nicht geplant. Somit ist in den nächsten Jahren nicht mit einem flächendeckenden Markteintritt von Casino zu rechnen. Aufgrund der Konzentration im Markt und der Kleinheit des Schweizer Markts werden in der Branche nach Lidl auch keine neuen Markteintritte erwartet.

448. Allerdings muss bei der Beurteilung der Markteintrittsbarrieren und der potenziellen Konkurrenz je nach dem Konzept der Neueinsteiger unterschieden werden: Für klassische Supermarktketten wie beispielsweise Tesco sind die Markteintrittsbarrieren insbesondere wegen den Schwierigkeiten beim Aufbau eines flächendeckenden Vertriebsnetzes als hoch zu beurteilen. Dies wird durch den geplanten Rückzug von Carrefour aus der Schweiz eindrücklich verdeutlicht (vgl. Rz. 425). Für Discounter wie Aldi und Lidl, die kleinere Ladenformate an verkehrsgünstigen Lagen suchen, sind die Markteintrittsbarrieren bedeutend tiefer.

449. Basierend auf die dargelegten Erwägungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die potenzielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten wegen der hohen Markteintritts- und Expansionsbarrie-

ren als schwach zu beurteilen ist. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht.

#### Lokale Ebene

450. Im Prüfungsverfahren Coop/EPA wurde die potenzielle Konkurrenz auf der lokalen Ebene summarisch analysiert.<sup>98</sup> Dabei wurde festgestellt, dass die Zutrittschranken auf der lokalen Ebene im Vergleich zur nationalen Ebene deutlich tiefer liegen. Die hauptsächliche Schwierigkeit bestehe im Auffinden eines geeigneten Standortes sowie im Auf- bzw. Umbau der erforderlichen Infrastruktur. Damals wurde die erforderliche Zeit für die Neueröffnung einer Filiale auf einige Monate bis einige Jahre geschätzt. Insgesamt wurde auf der lokalen Ebene eine ausreichende potenzielle Konkurrenz konstatiert.

451. In Rahmen der Ermittlungen gaben sämtliche Schweizer Detailhändler denn auch an, Expansionspläne zu haben. Beispielsweise plant Spar, in der Deutschschweiz [...]. Der Zuwachs an Einzelhändlern sei allerdings schwierig zu prognostizieren, da es sich dabei um eigenständige Unternehmen handle. Carrefour plant Projekte in St. Gallen und Chur, welche – vorbehältlich der Zustimmung der Weko – nun von Coop übernommen werden sollen. Casino plant die Eröffnung von zwei Verkaufsstellen in Genf [...]. Volg rechnet mit 50 bis 60 weiteren Läden in den nächsten fünf Jahren. Allerdings habe Volg die Expansion nicht selber in der Hand. Diese hänge von der Bezugswahl der unabhängigen Detaillisten ab.

452. Das Fazit aus dem Entscheid Coop/Epa ist in casu dennoch aus nachfolgend dargelegten Gründen zu relativieren:

- Durch die zunehmende Dichte von Verkaufsstellen und das Verhalten von Migros und Coop (vgl. Rz. 399) ist die Standortsuche generell schwieriger und deren Akquisition teurer geworden (vgl. Rz. 428 f.).

- Weiter ist die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten in gewissen lokalen Märkten gering, da sich Volg, Casino und Spar wegen Sprachbarrieren und aus logistischen Gründen bei ihren Expansionsplänen auf die Regionen konzentrieren, in denen sie bereits tätig sind. Zudem konzentriert sich Volg gemäss eigenen Aussagen auf ländliche Gebiete, um Migros und Coop (die Kunden der Fenaco-Gesellschaften sind) nicht unnötig zu konkurrenzieren.

- Ferner variieren die Expansionsbarrieren je nach Detailhandelstyp. Beispielsweise gestaltet sich die Suche nach neuen Standorten für Hypermärkte (Carrefour) schwieriger als für kleinere Verkaufsflächen. Franchisegeber wie Valrhône, Volg und Spar können ihre Expansion nicht direkt steuern, weil die Franchisenehmer entscheiden, welches

<sup>97</sup> Vgl. NZZ, Lidl verstärkt den Aldi-Effekt, 29. August 2007, Nr. 199, S. 19.

<sup>98</sup> Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 519, Rz. 58 ff.

Ladenkonzept sie führen wollen. Da die verschiedenen Detailhandelstypen unterschiedliche räumliche Expansionsstrategien haben (städtische bzw. ländliche Gebiete, Agglomeration), variieren die Markteintrittsbarrieren je nach lokalem Markt.

#### C.2.2.2.4 Fazit

453. Die Analyse der Marktanteile, der Rolle der Marktteilnehmer, der Marktanteilsverteilung und der Konzentration zeigt, dass die aktuelle Konkurrenz auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt durch den Zusammenschluss substanziell geschwächt wird. Die potenzielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten ist wegen den hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht.

454. Vorliegend ergaben sich keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Aufgrund der starken Stellung von Coop wird eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop fokussiert.

#### C.2.2.3 Kollektive Marktbeherrschung

455. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Zu prüfen ist, ob erstens Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.<sup>99</sup>

##### C.2.2.3.1 Begriff

456. Vor der Untersuchung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop werden zunächst einige in der ökonomischen Literatur etablierte Erkenntnisse zu stillschweigender Kollusion und kollektiver Marktbeherrschung erläutert.

457. Als stillschweigend kollusives Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordination und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken.<sup>100</sup> In der einschlägigen ökonomischen Literatur<sup>101</sup> und der wettbewerbspolitischen Praxis<sup>102</sup> ist das Konzept des stillschweigend kollusiven Verhaltens ("Tacit Collusion") akzeptiert und breit abgestützt.

458. Wenn die Firmen in einer Folge von Perioden im Markt aktiv sind, erhält die Konkurrenzsituation eine zeitliche Dimension. Dadurch kommt es aus Sicht der Firmen zu einer dynamischen Betrachtungsweise des Wettbewerbsgeschehens. Daraus können sich Anreize ergeben, welche stillschweigend kollusive Verhaltensweisen stabilisieren. Beispielsweise können die Firmen in einem Duopol ihr Verhalten in jeder Periode davon abhängig machen, ob sich die andere Firma in den Vorperioden an das stillschweigende kollusive Verhalten gehalten hat oder nicht. Eine relativ einfache Verhaltensweise besteht darin, sich kollusiv zu verhalten, solange die andere Firma in der Vergangenheit nicht vom stillschwei-

gend kollusiven Verhalten abgewichen ist. Sobald aber eine der Firmen in einer bestimmten Periode vom kollusiven Verhalten abweicht, verhalten sich die beiden Duopolisten der Zukunft als Konkurrenten (Sanktionsmechanismus).<sup>103</sup>

459. Diese Verhaltensweise lässt sich in einem Duopol bei Preiswettbewerb wie folgt veranschaulichen: Nimmt man an, dass beide Firmen ein substituierbares Produkt zu den gleichen Kosten beschaffen und vertreiben, so entspricht der resultierende Marktpreis bei vollständiger Konkurrenz den Grenzkosten. Weil die Marge in diesem Fall Null ist, erzielen die beiden Firmen einen Gewinn von Null. Wenn sich nun die Firmen mittels stillschweigend abgestimmten Preissetzungsverhalten auf einen kollusiven Preis über den Grenzkosten koordinieren, so können sie positive Gewinne erzielen. Der kurzfristige Anreiz für eine Firma von diesem kollusiven Preis abzuweichen besteht darin, in einer Periode den Konkurrenten leicht zu unterbieten, um damit die Nachfrage an sich zu ziehen und den Industriegewinn zu erzielen. Aufgrund des Sanktionsmechanismus führt das zukünftig zu Konkurrenzverhalten und damit zu Nullgewinnen (vgl. Rz. 458), so dass dem kurzfristigen Abweichungsgewinn die langfristig entgangenen Gewinne aus dem Zusammenbruch der stillschweigenden Kollusion entgegenzuhalten sind. Beim Vorliegen gewisser Kollusion begünstigenden Faktoren<sup>104</sup> übersteigen letztere typischerweise

<sup>99</sup> Die Wettbewerbsbehörde habe im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahre mit zu berücksichtigen (vgl. Botschaft zum KG vom 23. November 1994, S. 117).

<sup>100</sup> Stillschweigend kollusive Marktergebnisse sind typischerweise charakterisiert durch überhöhte Preise und exzessive Unternehmensgewinne.

<sup>101</sup> Klassische Referenzen sind SHAPIRO, CARL (1989): "Theories of Oligopoly Behavior", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): Handbook of Industrial Organization, Vol. I, S. 329-414 (Amsterdam: Elsevier) und JACQUEMIN, ALEXIS und MARGARET E. SLADE (1989): "Cartels, Collusion, and Horizontal Merger", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): Handbook of Industrial Organization, Vol. I, S. 415-473 (Amsterdam: Elsevier). Eine aktuelle Darstellung der ökonomischen Literatur findet sich in MOTTA, MASSIMO (2004): Competition Policy (Cambridge UK: Cambridge University Press). Für die wettbewerbspolitische Praxis sei verwiesen auf IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT und J. TIROLE (2003): "The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse.

<sup>102</sup> Die wettbewerbspolitische Praxis der Schweiz ist ausführlich diskutiert in GANZ, ELIANE, E. (2004): Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 61-165 (Zürich: Schulthess). Eine aktuelle und umfassende Darstellung der wettbewerbspolitischen Praxis in der EU findet sich in MOSSO, CARLES E., STEPHEN A. RYAN, SVEND ALBAEK und MARIA L.T. CENTELLA (2007): "Article 82" in: Faull J. und A. Nikpay (Hrsg.) The EC Law of Competition (2. Aufl.), S. 338-344 (New York: Oxford University Press).

<sup>103</sup> In der ökonomischen Literatur werden solche Strategien als "Trigger-Strategien" bezeichnet, da eine einmalige Abweichung vom kollusiven Verhalten zum Zusammenbruch der Koordination führt. Vgl. SCHERER, FREDERIC M. und DAVID ROSS (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance (Boston: Houghton Mifflin Company, 3. Aufl.). Eine ausführliche Darstellung alternativer Strategien zur Stabilisierung von stillschweigend kollusiven Verhaltensregeln findet sich in MARTIN, STEPHEN (1993): Advanced Industrial Organization (Oxford: Oxford University Press).

<sup>104</sup> Rz. 470 listet die Faktoren auf, welche praxisgemäss zur Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Markt herangezogen werden, um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit eines stillschweigend kollusiven Verhaltens zu prüfen.

den kurzfristigen Abweichungsgewinn, so dass stillschweigende Kollusion stabil ist.

460. Im Zusammenhang mit kollusivem Preissetzungsverhalten ist auf einen zentralen Aspekt hinzuweisen: Um von stillschweigend kollusivem Preissetzungsverhalten sprechen zu können, bedarf es keiner Koordination auf den Monopolpreis. Vielmehr können sich die Firmen auf einen beliebigen Preis zwischen dem Kosten- und dem Monopolpreis koordinieren.<sup>105</sup> Unabhängig von der Wahl des Preises führt dieses Verhalten für die beteiligten Unternehmen zu exzessiven Unternehmensgewinnen im Vergleich zu einer Situation ohne stillschweigende Kollusion.

461. In einer oligopolistischen Industrie mit zwei bis drei grossen Anbietern und einer Gruppe kleinerer Anbieter (Randwettbewerber) kann stillschweigend kollusives Verhalten der grossen Anbieter zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Koordinieren sich die grossen Anbieter stillschweigend auf ein Verhalten, das den Wettbewerb in irgendeiner Form beschränkt, hängt es für die Frage, ob dieses Verhalten zu einer kollektiven Marktbeherrschung führt, davon ab, ob die Randwettbewerber willens und in der Lage sind, das kollusive Verhalten der grossen Firmen zu destabilisieren. Ist dies nicht der Fall, so resultiert das stillschweigend kollusive Verhalten der grossen Anbieter in einer kollektiven Marktbeherrschung.

462. Diese Erkenntnisse der einschlägigen ökonomischen Literatur haben auch Eingang in die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (BG) i.S. *Swissgrid*<sup>106</sup> und *BZ/20 Minuten*<sup>107</sup> gefunden. Gemäss diesen Entscheiden kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können.<sup>108</sup>

#### C.2.2.3.2 Eingriffskriterien

463. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Die Parteien wenden ein, eine Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG komme bei kollektiver Marktbeherrschung nie in Frage.

464. Das schweizerische Kartellgesetz anerkennt in Art. 4 Abs. 2 explizit, dass eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründet oder verstärkt werden kann (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Der Wortlaut des Kartellgesetzes und die Weko folgen in dieser Frage im Wesentlichen der Praxis der ausländischen Wettbewerbsbehörden. Bereits im Jahr 1998 hat die Weko i.S. *Revisuisse Price Waterhouse/STG Cooper & Lybrand* festgestellt, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anwendung des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung vorhanden ist (RPW 1998/2, S. 242 Rz. 130 f.). Das Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung wurde seither in einigen Fällen untersucht und in den Fällen *Bell AG/SEG Poulets AG* (RPW 1998/3, S. 392 ff.) sowie *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM* (RPW 2006/2, S. 261 ff.) bejaht. Dies bedeutet, dass die in Art. 10 KG vorausgesetzte marktbe-

herrschende Stellung auch eine kollektive sein kann (erste Eingriffsvoraussetzung).

465. Mit Verweis auf die Bundesgerichtsentscheide *BZ/20 Minuten*<sup>109</sup> und *Swissgrid*<sup>110</sup> bringen die Parteien ferner vor, dass bei einer kollektiven Marktbeherrschung stets ein Restwettbewerb (Innenwettbewerb) bestehen bleibe, bei dem wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt werden könne. Damit entfalle auch die zweite Eingriffsvoraussetzung. Die Parteien verkennen zunächst, dass in den von ihnen genannten höchstrichterlichen Fällen bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben kein wirksamer Wettbewerb bestand. Im vorliegenden Fall wird aber mit dem Zusammenschluss die kollektiv marktbeherrschende Stellung erst begründet. Schliesslich ist den Parteien entgegenzuhalten, dass es der kollektiven Marktbeherrschung immanent ist, dass die fraglichen Duopolisten gerade in die Lage versetzt werden, andere Unternehmen daran zu hindern, als wirksame Konkurrenten am Markt zu bestehen.

466. Steht fest, dass zwei Unternehmen kollektiv marktbeherrschend werden bzw. sind, liegt – wie im vorliegenden Fall – die Gefahr auf der Hand, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen können.

#### C.2.2.3.3 Rechtssprechung und Wettbewerbssituation

467. Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Coop/Waro* hat die Weko das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von *Coop* und *Migros* geprüft und insbesondere wegen der Existenz von *Denner* vorläufig verneint.<sup>111</sup> Die Weko hat aber an gleicher Stelle festgehalten, dass sich als Folge des Zusammenschlusses die Tendenz zum Vorliegen einer kollektiven Marktmacht auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt verstärkt.<sup>112</sup> Zu prüfen bleibt demnach, ob durch den Zusammenschluss von *Migros* und *Denner* ein signifikantes Potenzial für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung vorhanden ist.

468. Die Parteien bringen diesbezüglich vor, die Weko habe im *Entscheid Coop/Waro* eine kollektiv marktbeherrschende Stellung verneint. Zum gleichen Ergebnis sei sie ein Jahr später im Rahmen der Untersuchung auf dem Markt für Schlachtschweine (RPW 2004/3, S. 674 ff.) gelangt. Es sei nicht ersichtlich, weshalb diese Analysen zum heutigen Zeitpunkt überholt sein sollen. Dies erstaune umso mehr, als die Wettbewerbsintensität im Detailhandel gerade in den letzten zwei bis drei Jahren massiv zugenommen habe, was die sinkenden Preise deutlich zeigen würden. Diese Wettbewerbsdynamik

<sup>105</sup> Hierbei handelt es sich um eine Variante des so genannten Folk Theorems. Eine ausführliche Darstellung findet sich in FUDENBERG, DREW und JEAN TIROLE (1989): "Noncooperative Game Theory", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I, S. 259-327 (Amsterdam: Elsevier).

<sup>106</sup> BGE 2A.325/2006.

<sup>107</sup> BGE 2A.327/2006.

<sup>108</sup> BGE 2A.327/2006, Erwägung 6.4.

<sup>109</sup> BGE 2A.327/2006.

<sup>110</sup> BGE 2A.325/2006.

<sup>111</sup> *Coop/Waro*, RPW 2003/3, S. 587, Rz. 117.

<sup>112</sup> *Coop/Waro*, RPW 2003/3, S. 587, Rz. 114.



habe die Weko in ihren Entscheiden CoopForte (2005/1, S. 153 f., Rz. 49-51 und 53) sowie Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 135, Rz. 45) denn auch festgestellt. Auch die Gutachter Fuhrer/Hotz würden bestätigen, dass die Wettbewerbsintensität im Schweizer Markt heute so gross sei wie nie zuvor. Aufgrund der Erfahrungen im Ausland sei von einer weiter zunehmenden Wettbewerbsintensität auszugehen, was sich auch mit den Erwartungen der Experten ihrer Online-Befragung decke. Ferner würden zahlreiche der befragten Marktteilnehmer – Konkurrenten, Lieferanten, Branchenverbände und das Konsumentenforum kf – das Verhältnis von Coop und Migros als kompetitiv bis sehr kompetitiv beurteilen. Namentlich seien die hohen Ausgaben für Werbung von Migros und Coop (vgl. Rz. 413) ein Beweis für besonders intensiven Wettbewerb, weshalb die These der kollektiven Marktbeherrschung durch Migros und Coop widerlegt sei.

469. Den Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Im Zusammenschlussverfahren Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 587, Rz. 114) wurde festgehalten, dass die Kriterien für eine kollektive Marktbeherrschung zwar noch nicht erfüllt seien, sich die Verhältnisse durch den Zusammenschluss aber insoweit ändern würden, dass die Kriterien eher erfüllt werden können. Aufgrund der Untersuchungsmaxime ist die Weko verpflichtet, die betroffenen Märkte bei jedem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben von Neuem eingehend zu untersuchen. Diese Analyse umfasst insbesondere auch die Möglichkeit des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung. Dies gilt umso mehr, wenn der Marktführer plant, die Nummer drei im Markt zu übernehmen.

- Ferner wurde bei der von den Parteien genannten Untersuchung i.S. Schlachtschweine der Markt für die Beschaffung schlachtreifer Schweine und nicht wie in casu der Absatzmarkt des Detailhandels analysiert. Somit können die Ergebnisse in dieser Untersuchung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

- Wie die Parteien richtig festhalten, stellte die Weko in vergangenen Entscheiden auf dem Detailhandelsmarkt einen dynamischen Wettbewerb fest. Bei der nachfolgenden Analyse der kollektiven Marktbeherrschung wird unter anderem untersucht, ob diese Dynamik nach dem Kauf von Denner durch die Migros immer noch vorhanden wäre. Dies wird vorliegend verneint (vgl. Rz. 517 f.). Im Übrigen sind die Aussagen der Marktteilnehmer, welche das Wettbewerbsverhältnis zwischen Migros und Coop als kompetitiv beurteilen, aufgrund gegensätzlicher Aussagen anderer Marktteilnehmer, die eine solche Konkurrenz verneinen, zu relativieren.

- Der von den Parteien behauptete Zusammenhang zwischen Werbung und Wettbewerbsintensität (und damit dem Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung) ist zu relativieren, da Werbung den Unternehmen ermöglicht, ihre Produkte in Marktnischen zu positionieren. Die dadurch re-

sultierenden Gewinne dämpfen den Preiswettbewerb.<sup>113</sup>

#### C.2.2.3.4 Prüfkriterien

470. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Absatzmarkt. Folgende Kriterien sind praxismässig für die Beurteilung heranzuziehen.<sup>114</sup> Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien, das Marktwachstum, die Markttransparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz.

#### *Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration*

471. Im relevanten Markt gibt es wenige Wettbewerber (vgl. Tabelle 13 in Rz. 294), weshalb man von einer oligopolistischen Industriestruktur spricht.

472. Die Umsatzzahlen von Migros/Denner und Coop im Jahr 2006 betragen CHF [...] und CHF [...], was einem Marktanteil von rund [40-50]% bzw. [30-40]% entspricht. Mit dem Zusammenschluss wird der bedeutendste Randwettbewerber mit einem Marktanteil von [0-10]% übernommen (vgl. Rz. 461). Dieser vereint [30-40]% des Marktvolumens auf sich, welches nebst Migros und Coop für die übrigen im Markt aktiven Anbieter verbleibt. Nach dem Zusammenschluss verfügen die beiden grossen Anbieter über einen gemeinsamen Marktanteil (K2) von [...]%. Die prognostizierte Entwicklung des K2 für die Jahre 2009 und 2012 beträgt rund [...]% bzw. [...]% (vgl. Tabelle 2 in Anhang A1).

473. Nebst Migros, Denner und Coop gibt es zurzeit noch eine Reihe kleiner Anbieter mit individuellen Marktanteilen zwischen [0-10]% und [0-10]%.<sup>115</sup> Eine solche oligopolistische Industriestruktur wird in der ökonomischen Literatur mit dem Begriff "Oligopoly of Small and Large Firms" präzisiert.<sup>116</sup> Ein zentraler Aspekt einer solchen Industriestruktur ist, dass ein einzelner der kleinen Anbieter keinen disziplinierenden Effekt auf die "Large Firms" und demnach auch nicht auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung dieser "Large Firms" ausüben kann.

<sup>113</sup> Vgl. TIROLE, J. (1988): "The Theory of Industrial Organization" (Cambridge, MA: MIT Press), S. 290.

<sup>114</sup> Revisuisse Price Waterhouse/STGCoopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff.; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff. Bundeskartellamt (2000): Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, S. 41 ff.

<sup>115</sup> Der gemeinsame Marktanteil der beiden finanziell und personell verflochtenen Unternehmen Carrefour und Manor beträgt [0-10]% und ist somit kleiner als der Marktanteil von Denner mit [0-10]% (vgl. Tabelle 13).

<sup>116</sup> Vgl. PERRY, MARTIN, K. und ROBERT H. PORTER (1985): "Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger", American Economic Review 75(1), 219-227.

474. Im Lichte dieses Arguments ist das Vorbringen der Parteien, dass eine kollektive Marktbeherrschung nie wettbewerbsbeseitigend sein könne, da immer Aussenwettbewerb bestehe, nicht stichhaltig.

475. Damit von kollektiver Marktbeherrschung gesprochen werden kann, dürfte erforderlich sein, dass die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 50-60% oder mehr beträgt.<sup>117</sup> Auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt überschreiten Migros/Denner und Coop nach dem Zusammenschluss aufgrund der hohen Marktkonzentration (kumulierter Marktanteil [...]%) die Schwelle von 50-60%. Deshalb ist es naheliegend, die Prüfung des Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf Migros/Denner und Coop zu beschränken.<sup>118</sup>

476. In Übereinstimmung mit der einschlägigen ökonomischen Literatur lässt sich aufgrund der Tatsachen, dass nur zwei Unternehmen an der allfälligen kollektiven Marktbeherrschung beteiligt sind und dass der Markt darüber hinaus eine starke Konzentration aufweist, schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen stillschweigender Kollusion hoch ist und durch den Zusammenschluss signifikant erhöht wird.<sup>119</sup>

477. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass der hohe gemeinsame Marktanteil von Migros/Denner und Coop nicht nur auf dem nationalen Niveau die kritische Schwelle von 50-60% übersteigt, sondern in 103 der 106 MS-Regionen. Daraus lässt sich analog zu Rz. 476 schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen stillschweigender Kollusion in allen MS-Regionen hoch ist und durch den Zusammenschluss signifikant erhöht wird. Einen Überblick über die gemeinsamen Marktanteile in den MS-Regionen geben die Tabelle 2 in Anhang A2 und die grafische Darstellung in Abbildung 3 in Anhang A3.

478. Gegen diese Erwägungen machen die Parteien geltend, es sei unhaltbar, den Detailhandelsmarkt als Oligopol zu bezeichnen und zu argumentieren, dass Denner allein für den Wettbewerb verantwortlich sei. Zudem blieben wichtige Anbieter wie der Einkaufstourismus und Manor (in den Bereichen Near-Food und Non-Food) als weitere wichtige Anbieter unberücksichtigt. Ferner würden die Marktanteile auf einer falschen Markt-abgrenzung basieren.

479. Die Vorbringen der Parteien stossen aus Sicht der Weko aus folgenden Gründen ins Leere:

- Aufgrund der Marktstruktur (vgl. Tabelle 13) ist ersichtlich, dass eine beschränkte Anzahl von Anbietern miteinander konkurriert. Diese Anbieter berücksichtigen bei der Wahl ihrer Entscheidungen gemäss eigenen Aussagen auch die Entscheidungen ihrer Konkurrenten. Folglich lässt sich diese Marktstruktur in Übereinstimmung mit der ökonomischen Literatur als eine oligopolistische bezeichnen, da die beschränkte Firmenzahl und die strategische Interaktion der Marktteilnehmer die definierenden Charakteristika einer solchen sind.<sup>120</sup> Die Weko präzisiert diese oligopolistische Industriestruktur aufgrund der gegebenen Marktanteilsverhältnisse zudem weiter als "Oligopoly of Small and Large Firms" (vgl. Rz. 473).

- Die Weko hat an keiner Stelle argumentiert, dass Denner allein für den Wettbewerb verantwortlich war. Vielmehr hat sie die zentrale Rolle von Denner als grössten Anbieter unter den Randwettbewerbern hervorgehoben (vgl. Rz. 298 ff. und 473).

- Hinsichtlich der Kritik der Parteien zum Einkaufstourismus, der fehlenden Berücksichtigung von Manor und den ausgewiesenen Marktanteilen wird auf die Ausführungen zur Markt-abgrenzung und jenen zur Marktanteilsberechnung (vgl. Rz. 297) hingewiesen.

### Symmetrien

480. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angeschaut.<sup>121</sup> Das Kräftegleichgewicht von Migros/Denner und Coop bei ähnlichen Marktanteilen (vgl. Rz. 472) kann durch weitere Symmetrien bei der Sortimentsgestaltung und unternehmensstrukturellen Merkmalen (Kundentreueprogramme, Rechtsform, Absatzgebiete und Vertriebsstrukturen) sowie Interessensymmetrien verstärkt werden.

481. Laut den befragten Marktteilnehmern nehmen die Konsumenten die Warenkörbe von Migros und Coop bereits heute als homogen wahr. Ferner führt die jeweils schnelle Imitation der Produktinnovationen zu einer parallelen Entwicklung der Sortimente. Zu denken ist beispielsweise an die Edelproduktlinien Migros Sélection und Coop Fine Food oder an die Kinderlinien Lilibiggs von Migros und JaMaDu von Coop.

482. Da Migros und Denner heute teilweise komplementäre Sortimente anbieten, wird durch den Zusammenschluss das von Migros/Denner angebotene Vollsortiment (Alkohol, Frische, Markenartikel und Eigenmarken) in einem noch höheren Grad substituierbar mit dem Vollsortiment von Coop. Diese Homogenität der Sortimente macht den Markt zuträglich für kollektive Marktbeherrschung.<sup>122</sup>

483. Darüber hinaus will Coop gemäss eigenen Angaben mehr Eigenmarken ins Sortiment aufnehmen. Demgegenüber würde die Migros auf Konzernstufe nach dem

<sup>117</sup> Vgl. Markt für Schlachtschweine – Teil A, RPW 2004/3, S. 701, Rz. 71.

<sup>118</sup> Im Übrigen wurde in der bisherigen kartellrechtlichen Praxis nur selten eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch mehr als zwei Unternehmen festgestellt. Vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 355 ff.; Airtours/First Choice, EU IV/M.1524.

<sup>119</sup> Vgl. TIROLE, J. (1988): "The Theory of Industrial Organization" (Cambridge, MA: MIT Press).

<sup>120</sup> Vgl. SHAPIRO, CARL (1989): "Theories of Oligopoly Behavior", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): Handbook of Industrial Organization, Vol. I, S. 329-414 (Amsterdam: Elsevier).

<sup>121</sup> Vgl. IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT J. TIROLE (2003): "The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse. Für die wettbewerbsrechtliche Praxis sei anstelle vieler verwiesen auf den Entscheid der EU-Kommission vom 22.7.1992 in Sachen Nestlé/Perrier, Nr. IV/M.190, Rz. 123.

<sup>122</sup> Vgl. Bell AG/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, S. 405 ff. Eine theoretische Analyse findet sich in RAITH, MICHAEL (1996): "Product Differentiation, Uncertainty and the Stability of Collusion", London School of Economics-STICERD Discussion Paper Series EI 16. Vgl. dazu auch GANZ, ELIAN E. (2004), a.a.O., S. 97 ff.; IVALDI ET AL. (2003), a.a.O.

Zusammenschluss über die Denner-Tochter mehr Markenartikel im Sortiment führen, weshalb sich die Sortimente aus Sicht der Konsumenten weiter angleichen würden. Insofern findet durch den Zusammenschluss eine Annäherung betreffend der Sortimentsstrategien statt.

484. Die Parteien wenden ein, diese Ausführungen zur Sortimentshomogenität würden die Tatsache ignorieren, dass sich Migros und Coop in mehreren Punkten deutlich unterscheiden. Migros führe primär Eigenmarken und würde dies auch nach der Übernahme von Denner tun. Die Aussage, Migros würde mehr Markenartikel im Sortiment führen, sei deshalb falsch. Ebenfalls ausgeblendet würde die Tatsache, dass Migros einen grossen Teil der Produkte selbst herstelle, während Coop praktisch alle Produkte bei Dritten beziehe. Damit bestehe auf den Beschaffungsmärkten eine klare Asymmetrie.

485. Dieses Vorbringen basiert auf einer falschen Prämisse: Die Sortimentshomogenität ergibt sich aus der Sicht der Konsumenten und nicht aus Sicht der Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt. Weshalb das von Migros/Denner angebotene Vollsортiment nach dem Zusammenschluss mit dem Vollsортiment von Coop in einem noch höheren Grad substituierbar wird, wird in Rz. 481 f. ausführlich begründet. Für die Konsumenten sind die Sortimente von Migros/Denner und Coop hinsichtlich ihre Eigenschaften und Verwendungszweckes vergleichbare Güterbündel und damit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU austauschbar.

486. Die Parteien machen ferner geltend, es sei überraschend, dass die Einführung neuer Produktlinien als Indiz für das Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung qualifiziert werde. Im Entscheid Coop/Waro sei genau dieser Punkt als Beweis für den besonders intensiven Wettbewerb zwischen Coop und Migros und gegen eine marktbeherrschende Stellung angeführt worden. Dass Produktinnovationen in kurzer Zeit von den Konkurrenten übernommen würden, sei ein Zeichen intensiven Wettbewerbs.

487. Entgegen der Ansicht der Parteien qualifiziert die Weko die Einführung neuer Produktlinien nicht als Indizien für das Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung (vgl. Rz. 481). Das Argument lautet hingegen, dass die aufgeführten Symmetrien insgesamt die durch die hohe Konzentration wahrscheinliche Tendenz zu kollektiv marktbeherrschendem Verhalten zusätzlich in einem signifikanten Ausmass verstärken (vgl. Rz. 496). Diese Argumentation wird auch durch die ökonomische Literatur gestützt: "The received wisdom about tacit collusion is that it is more likely the fewer leading players there are in a market, and the more symmetric they are".<sup>123</sup>

488. Nebst den Symmetrien hinsichtlich der Sortimentsgestaltung bestehen in casu Symmetrien betreffend unternehmensstrukturellen Merkmalen. Diese ergeben sich erstens bei den Kundentreueprogrammen SUPERCARD (Coop) und M-CUMULUS (Migros), die praktisch identisch sind. Gemäss IHA-GfK laufen [70-80]% (Migros) bzw. [70-80]% (Coop) des Gesamtumsatzes über Kundenkarten. Weiter gelang es sowohl Migros als auch Coop, die Zahl der Karteninhaber im Jahre 2006 zu erhöhen. Beide haben inzwischen über 2.4 Millionen Kar-

ten im Umlauf.<sup>124</sup> Dies stellt eine wesentliche Symmetrie hinsichtlich der Kundenbindung dar.

489. Laut den Parteien sind Kundenbindungsprogramme kein Indiz für das Vorliegen kollektiver Marktbeherrschung, sondern Ausdruck intensiven Wettbewerbs. Zu diesem Vorbringen wird auf die Ausführungen in Rz. 485 verwiesen, die hier analog gelten.

490. Zweitens besteht eine unternehmensstrukturelle Symmetrie in der Rechtsform und somit im Bereich der Corporate Governance. Sowohl Migros als auch Coop sind Genossenschaften, die keiner zwingenden Verpflichtung zur Gewinnausschüttung unterliegen. Zudem verfügen ihre Eigentümer über weniger Mitbestimmungsrechte beispielsweise im Vergleich zu Aktionären.

491. Drittens besteht eine unternehmensstrukturelle Symmetrie betreffend die Absatzgebiete von Migros und Coop im Detailhandel, da beide Unternehmen praktisch ausschliesslich auf dem schweizerischen Markt tätig sind. Auch wenn die Migros im Gegensatz zu Coop fünf Standorte im grenznahen Ausland hat, sind diese gemessen am Umsatzbeitrag von CHF [...] (rund [0-10] % des Gesamtumsatzes) vernachlässigbar.<sup>125</sup> Weiter verfügen die beiden Anbieter im Detailhandelsmarkt in der Schweiz mit wenigen Ausnahmen über Verkaufsstellen in allen MS-Regionen (vgl. Tabelle 1 in Anhang A2).

492. Viertens ergibt sich durch das Zusammenschlussvorhaben eine Angleichung der Vertriebsstrukturen von Migros/Denner und Coop im Segment kleine Supermärkte. Ohne Berücksichtigung der Denner-Satelliten beträgt die Differenz der Anzahl Standorte vor dem Zusammenschluss [...] (vgl. Tabelle 12). Diese Asymmetrie von Migros und Coop bezüglich der Anzahl Verkaufsstellen würde durch die Fusion um [...] Standorte abnehmen, was einer Reduktion von rund [20-30]% entspricht.

493. Schliesslich sind die Interessensymmetrien ein weiterer Faktor für die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung. Eine solche besteht vorliegend in der Fernhaltung von Lidl bzw. der Verlangsamung der Expansion von Aldi. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der Aussage des Parteigutachters Roeb, der die Schweiz als besonders profitträchtiges Land mit international nicht wettbewerbsfähigen Handelsstrukturen charakterisiert.

494. Die Parteien machen geltend, dass die vom Gutachter Roeb attestierte mangelnde Wettbewerbsfähigkeit den schweizerischen Markt für ausländische Anbieter gerade besonders angreifbar mache. Schliesslich sei die Behauptung, Migros und Coop seien bestrebt, Aldi und Lidl fernzuhalten, unhaltbar und auch in keiner Art und Weise belegt.

495. Es wird von der Weko nicht bestritten, dass mangelnde Wettbewerbsfähigkeit einen Markt für ausländische Anbieter besonders angreifbar macht. In diesem

<sup>123</sup> DAVIES, STEPHEN, MATTHEW OLCZAK und HEATHER COLES: "Tacit Collusion, Firm Asymmetries and Numbers: Evidence from EC Merger Cases", Centre for Competition Policy Working Paper, 07-2007.

<sup>124</sup> Detailhandel Schweiz 2007, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 53.

<sup>125</sup> Migros Jahresbericht 2006, Finanzteil, S. 92.

Zusammenhang spielen Markteintrittsbarrieren eine zentrale Rolle. Nach Ansicht der Weko begründet diese mangelnde Wettbewerbsfähigkeit sowohl für Migros als auch für Coop einen gewichtigen ökonomischen Anreiz, die zusätzliche Konkurrenz vom Markt fernzuhalten. So dann wird der Erwerb von Denner seitens der Migros von der Presse "gerade mit Blick auf erfolgte oder bevorstehende Markteintritte [als] ein Abwehrkauf" eingeschätzt.<sup>126</sup>

496. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die aufgeführten Symmetrien die durch die hohe Konzentration wahrscheinliche Tendenz zu kollektiv marktbeherrschendem Verhalten zusätzlich in einem signifikanten Ausmass verstärken.

#### Marktwachstum

497. Der schweizerische Detailhandelsmarkt wird in Zukunft gemäss Prognose des Marktforschungsinstituts IHA-GfK bis ins Jahr 2010 um durchschnittlich 0.2% pro Jahr wachsen.<sup>127</sup> Folglich sind die Verhältnisse auf dem Gesamtmarkt als stabil zu betrachten.

498. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.<sup>128, 129</sup>

499. Gegen diese Erwägungen führen die Parteien an, aus dem geringen Wachstum des Detailhandelsmarkts könne nicht geschlossen werden, dass auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt stabile Marktanteilsverhältnisse bestünden. Zudem würde bezüglich des Marktwachstums lediglich ein oberflächlicher Blick in die Zukunft vorgenommen. Ferner habe die Weko im Entscheid CoopForte sogar explizit festgehalten, die beachtlichen Veränderungen bei den Marktanteilen würden auf einen intensiven Wettbewerb hindeuten.

500. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Die jährlichen Marktanteilsschwankungen von Migros und Coop in den letzten sieben Jahren liegen im tiefen einstelligen Prozentbereich (in der Regel sogar unter einem Prozentpunkt), weshalb die Weko der Ansicht ist, dass die Marktanteile dieser Unternehmen als stabil zu bezeichnen sind (vgl. Tabelle 3 in Anhang A1). Zudem hat die Weko ihre Einschätzung über das Marktwachstum ausführlich dargelegt und begründet (vgl. Rz. 324 ff.).

#### Markttransparenz

501. Ist der Markt hinreichend transparent in Bezug auf den Schlüsselparameter "Preis", erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop.<sup>130</sup>

502. Die Preise der Anbieter im schweizerischen Detailhandelsmarkt, vor allem diejenigen von Migros und Coop, sind transparent. Einerseits können die Preise im Internet unter LeShop.ch (Migros) bzw. coop@home.ch (Coop) verglichen werden. Andererseits publizieren Migros und Coop relevante Preisinformationen für die Konsumenten auch in ihren wöchentlichen Publikationen (Migros-Magazin bzw. Coopzeitung).

503. Die hohe Markttransparenz erleichtert kollusives Verhalten. Darüber hinaus verstärken häufige Interaktion auf den Produktmärkten und häufige Preis Anpassungen

das Potenzial für kollusives Verhalten.<sup>131</sup> Die beiden Faktoren häufige Interaktion (täglich) wie auch häufige Preis Anpassungen (je nach Produktgruppe täglich) sind im schweizerischen Detailhandelsmarkt als gegeben zu betrachten.

504. Aus Sicht der Parteien bedeute die hohe Markttransparenz keine Gefahr für den Wettbewerb, sondern würde diesen gerade sicherstellen. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine hohe Markttransparenz eine notwendige Voraussetzung ist, damit ein Abweichen vom allfällig stillschweigend vereinbarten kollusiven Preis überhaupt von den Unternehmen beobachtet und mittels Setzen des Konkurrenzpreises sanktioniert werden kann (vgl. Rz. 458). Dass eine hohe Markttransparenz per se eine Gefahr für den Wettbewerb darstellt, hat die Weko an keiner Stelle angeführt.

#### Multimarktbeziehungen

505. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass die Stabilität von kollusivem Verhalten erhöht wird, wenn die Firmen auf mehreren Märkten interagieren.<sup>132</sup> Die Verluste, welche durch den Zusammenbruch der impliziten Kollusion entstehen, sind beim Vorliegen von Multimarktbeziehungen grösser, als wenn man den Detailhandelsmarkt isoliert betrachtet.

506. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe umfasst namentlich den Detailhandel (wo diese zusätzlich über die Globus-Gruppe präsent ist), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (Jowa, Micarna, Estavayer Lait, Bischofszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey, Midor, Optigal, Mifa, Mibelle, Seba Aproz), den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol und die Hotelplan Reisegruppe (vgl. Rz. 2). Die Geschäftstätigkeit der Coop Gruppe umfasst namentlich den Detailhandel, den Elektronikfachhandel (Interdiscount), die Baumärkte (Bau+Hobby), die Produktionsbetriebe (Bell Holding AG, CWK, Chocolats Halba, Nutrex, Pasta Gala, Reismühle Brunnen, Steinfels Cleaning Systems, Swissmill, Sunray), die Gastronomie

<sup>126</sup> NZZ, Verschärfter Wettbewerb im Lebensmittelhandel, 1./2. September 2007, S. 23.

<sup>127</sup> Detailhandel Schweiz 2006, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 79.

<sup>128</sup> TIROLE, JEAN (1988): "The Theory of Industrial Organization" Cambridge, MA: MIT Press.

<sup>129</sup> Vgl. Pilkington-Techint/SIV EU IV/M.358. In UBS/SBV wurden die bescheidenen Wachstumsraten des Markts für Kredite an Firmenkunden als förderlich für wettbewerbswidriges Verhalten angesehen (RPW 1998/2, S. 311). In Bell AG/SEG-Poulets AG erachtete die Weko die Wahrscheinlichkeit von Kollusion (unter den gleichen Voraussetzungen) ebenfalls als erhöht (RPW, 1998/3, S. 405).

<sup>130</sup> Die klassische Referenz ist STIGLER, GEORGE J. (1964): "A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy 72, 44-61. Eine neuere Darstellung findet sich in GREEN, R. J. und R.H. PORTER (1984): "Noncooperative Collusion under Imperfect Information", Econometrica 52, 87-100.

<sup>131</sup> Vgl. SCHERER, M. (1980): "Industrial Market Structure and Economic Performance" (Chicago: Rand-McNally) und IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE (2003): "The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse.

<sup>132</sup> Die klassische Referenz ist BERNHEIM, D. und M. WHINSTON (1990): "Multimarket Contact and Collusive Behavior", Rand Journal of Economics 21, 1-26. Für empirische Evidenz sei stellvertretend verwiesen auf PARKER, P. H. und L. H. RÖLLER (1997): "Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger", American Economic Review 75, 219-227.

(Coop Restaurants) und den Betrieb von Tankstellen (Coop Mineraloel AG).

507. Bei Migros und Coop gibt es aufgrund der Geschäftstätigkeiten eine Vielzahl von Multimarktbeziehungen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier, nebst den Beziehungen im Detailhandelsmarkt, die Beziehungen in folgenden Märkten genannt: Im Fleischmarkt (Bell AG und Micarna), im Gastronomiemarkt (Coop Restaurants und M-Restaurants), im Grosshandel (TransGourmet und CCA), bei den Baumärkten (Coop Bau+Hobby und Migros DO IT+GARDEN), im Kreditkartenmarkt (SUPERCARDPlus und M-Budget Kreditkarte) und im Treibstoff- und Convenience-Markt (Coop Pronto Shop mit Tankstelle und Migrol Tankstellen mit avec-Läden).<sup>133</sup>

508. Diese Multimarktbeziehungen sind ein weiteres Indiz dafür, dass hinreichende Sanktionsmechanismen bestehen (durch die Möglichkeit von Retorsionsmassnahmen in anderen Märkten), um kollusives Verhalten auf dem Detailhandelsmarkt zu stabilisieren.

509. Die Parteien bestreiten zunächst, dass Migros und Coop auf mehreren Märkten interagieren würden. Es bestünden keine Multimarktbeziehungen. Die Tatsache, dass Migros und Coop auf den verschiedensten Märkten tätig seien (z.B. Bereich der Tankstellen, Reisen, Gastronomie), spreche gerade gegen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. Denn es sei ausgeschlossen, dass Migros und Coop sich auf all diesen Märkten wie ein Monopol verhalten könnten. Damit fehle aber auch die Möglichkeit, durch gleichförmiges Verhalten den Wettbewerb zu unterbinden.

510. Diese Vorbringen stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Migros und Coop interagieren unbestrittenermassen auf mehreren Märkten (z.B. Bereich der Tankstellen, Reisen, Gastronomie). Die Weko hat ferner an keiner Stelle angeführt, die beiden Unternehmen würden sich auf allen Märkten, auf denen sie gemeinsam tätig sind, wie ein Monopol verhalten. Zudem vertritt die Weko in Übereinstimmung mit der ökonomischen Literatur die Ansicht, dass das Potenzial für kollusives Verhalten auf dem Detailhandelsmarkt durch mögliche Sanktionen in anderen Märkten stabilisiert werden kann (vgl. Rz. 507 f.).<sup>134</sup>

#### *Stellung der Marktgegenseite*

511. Wenn Käufer über eine ausgleichende Marktmacht verfügen ("Countervailing Buyer Power"), ist kollektive Marktbeherrschung mit grosser Wahrscheinlichkeit kein Thema. Auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt haben aber die Konsumenten keine Marktmacht, weshalb eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop durch diese nicht destabilisiert werden könnte.

512. Gegen diese Ausführungen wenden die Parteien ein, dass aus der schwachen Stellung der einzelnen Konsumenten nicht der Schluss gezogen werden könne, Konsumenten würden als Ganzes über keine Marktmacht verfügen, da Konsumentenorganisationen, Sendungen wie der Kassensturz und Publikationen wie der K-Tipp die Konsumenteninteressen bündeln würden. Als Folge davon seien die Anbieter gezwungen, die Preise kontinuierlich zu senken und die Qualität laufend zu verbessern.

513. Interessenbündelung der Konsumenten durch Konsumentenorganisationen, Sendungen wie den Kassensturz und Publikationen wie den K-Tipp, welche zum Ziel haben, punktuell auf überhöhte Preise und/oder zu tiefe Produktqualität hinzuweisen, ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu begrüssen. Allerdings verfügen die Konsumenten auch dann nicht über eine ausgleichende Marktmacht, um eine allfällige kollektive Marktbeherrschung zu destabilisieren, wenn ihre Interessen durch gewisse Organisationen vertreten werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich bei den Konsumenten um eine grosse heterogene Gruppe handelt, die schwierig zu organisieren ist bzw. deren Interessen schwierig zu bündeln sind.<sup>135</sup>

#### *Potenzielle Konkurrenz*

514. Die Existenz von Marktzutrittsschranken stellt einen weiteren wichtigen Faktor für die Möglichkeit stillschweigender Koordination dar, da durch sie die beiden "Large Firms" Migros/Denner und Coop vor neu eintretenden Anbietern geschützt werden (und damit Wettbewerbsdruck durch potenzielle Wettbewerber fehlt).<sup>136</sup>

515. Die Erwägungen in Abschnitt C.2.2.2.3 ergaben, dass bei der Beurteilung der Markteintrittsbarrieren und der potenziellen Konkurrenz je nach dem Konzept der Neueinsteiger unterschieden werden muss: Für klassische Supermarktketten sind die Markteintrittsbarrieren insbesondere wegen den Schwierigkeiten beim Aufbau eines flächendeckenden Vertriebsnetzes als hoch zu beurteilen. Dies wird durch den geplanten Rückzug von Carrefour aus der Schweiz eindrücklich verdeutlicht (vgl. Rz. 425). Für Discounter wie Aldi und Lidl, die kleinere Ladenformate an verkehrsgünstigen Lagen suchen, sind die Markteintrittsbarrieren bedeutend tiefer.

516. Dementsprechend ist die potenzielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten wegen der hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht. Deshalb werden Aldi und Lidl ein kollusives Verhalten zwischen Migros und Coop einstweilen nicht destabilisieren können.

#### **C.2.2.3.5 Fazit**

517. Der Zusammenschluss verstärkt das bereits im Fall Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 687, Rz. 114) festgestellte Potenzial für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung signifikant, weil jeder der geprüften Faktoren (Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren

<sup>133</sup> Die Beziehungen von Coop (über die Bell AG) und Migros (Micarna) wurden von der Weko vertieft analysiert. Vgl. Bell AG/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, S. 392 ff.

<sup>134</sup> PARKER, PHILIP und LARS-HENDRIK RÖLLER (1997): "Collusive Conduct in Duopolies: Multimarket Contact and Cross-Ownership in the Mobile Telephone Industry", Rand Journal of Economics 14(2), 304-322.

<sup>135</sup> Vgl. OLSON, MANCUR (1965): "The Logic of Collective Action" (Cambridge).

<sup>136</sup> Vgl. IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT J. TIROLE (2003): "The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse.

Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, das Marktwachstum, die Markttransparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz) die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten erhöht.

518. Durch den Zusammenschluss des Marktführers Migros mit dem grössten Randwettbewerb Denner sind die Kriterien für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt als erfüllt zu betrachten, weil erstens die Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Somit wird durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros/Denner und Coop begründet, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden kann.

#### **C.2.2.4 Zwischenergebnis und Abhilfemassnahmen**

##### *Einzelmarktbeherrschung*

519. Die Analyse der Marktanteile, der Rolle der Marktteilnehmer, der Marktanteilsverteilung und der Konzentration zeigt, dass die aktuelle Konkurrenz auf den Absatzmärkten durch den Zusammenschluss substantiell geschwächt wird. Die potenzielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten ist wegen den hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht.

520. Allerdings ergaben sich keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Aufgrund der starken Stellung von Coop wird eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Migros und Coop fokussiert.

##### *Kollektive Marktbeherrschung*

521. Durch den Zusammenschluss des Marktführers Migros mit dem grössten Randwettbewerb Denner sind die Kriterien für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt als erfüllt zu betrachten, weil erstens die Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Somit wird durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros/Denner und Coop begründet, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden kann.

522. Deshalb kann der Zusammenschluss in der gemeldeten Form nicht zugelassen werden. Falls die Tatbestandsmerkmale von Art. 10 Abs. 2 KG erfüllt sind, kann die Weko den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen.

##### *Auflagen*

523. Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzips im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung (BV; SR 101) muss der Staat (hier: die Weko) immer die mildeste zur Verfügung stehende Massnahme treffen, um das zur Diskussion stehende öffentliche Interesse zu erreichen. Die Zusammenschlussparteien haben Anspruch darauf, dass ein Zusammenschlussvorhaben, das als solches zu untersagen wäre, nicht untersagt, sondern unter Bedingungen und Auflagen zugelassen wird.<sup>137</sup>

524. Wie in Rz. 516 festgehalten, vermögen Aldi und Lidl ein kollusives Verhalten zwischen Migros/Denner und Coop einstweilen nicht zu destabilisieren. Es ist aber damit zu rechnen, dass Aldi und Lidl nach einem erfolgreichen Markteintritt die heutige Rolle von Denner als bedeutendster Randwettbewerb übernehmen und somit ein kollektives Verhalten von Migros/Denner und Coop destabilisieren können. Dies ergibt sich namentlich vor dem Hintergrund eines Vergleichs der Abbildungen 3 und 4 in Anhang A3. Diese Abbildungen illustrieren die (prognostizierten) gemeinsamen Marktanteile von Migros/Denner und Coop im Jahr 2007 und 2012. Der Vergleich zeigt, dass das Duopol erwartungsgemäss Marktanteile verlieren wird.

525. Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die heutige Rolle von Denner durch andere Anbieter im Markt übernommen werden kann, verhindern die folgenden Auflagen im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips, dass der Zusammenschluss die Wettbewerbssituation auf dem Absatzmarkt substantiell verschlechtert: Gemäss Auflage 1 wird Migros verpflichtet, Denner juristisch, organisatorisch und operationell selbstständig zu belassen. Die operative Selbstständigkeit umfasst namentlich eine eigene Preis-, Sortiments- und Standortpolitik (Auflage 2). Auch darf Migros in der Schweiz keinen anderen Lebensmittelhandhändler erwerben und muss inskünftig sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG melden (Auflagen 3 und 4). Weiter sollen mit den Auflagen 5 und 6 betreffend das Verbot der Eröffnung von M-Budget Geschäften und dem Verzicht auf exklusive Vertriebsverträge künstliche Markteintrittsbarrieren eliminiert werden (vgl. Dispositiv).

526. Prognosen betreffend den Zeitpunkt, in welchem andere Anbieter die heutige Rolle von Denner übernehmen können, sind stets mit Unsicherheiten verbunden. In casu werden die Auflagen für eine Dauer von sieben Jahren erlassen. Laut optimistischeren Prognosen – etwa vom Parteigutachter Roeb – können namentlich Aldi und Lidl die Rolle von Denner bereits in den nächsten drei bis fünf Jahren übernehmen. Um dieser Möglichkeit Rechnung zu tragen, hat die Migros gemäss Auflage 12 das Recht, ab 1. Januar 2010 bei der Weko die Abänderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen, wenn sich die Verhältnisse im Schweizer Detailhandelsmarkt in wesentlichem Masse ändern sollten. Als Indiz für eine wesentliche Änderung der Verhältnisse gilt etwa der Nachweis, dass Aldi zusammen mit Lidl in der Schweiz insgesamt mindestens 250 Verkaufsstellen eröffnet hat und in allen Landesteilen vertreten

<sup>137</sup> ZÄCH, ROGER (2005): "Schweizerisches Kartellrecht", 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG Bern, Rz. 823.

ist bzw. sind. Die Weko ist in ihrem Entscheid in jedem Fall frei (vgl. Dispositiv).

527. Schliesslich bleibt anzumerken, dass eine Teilveräusserung der Denner-Filialen als Auflage nicht in Frage kam und auch von den Parteien ausgeschlossen wurde. [...].

### C.2.3 Beschaffungsmärkte

#### C.2.3.1 Vorbemerkungen

528. Die Entwicklung des Detailhandels zeichnet sich durch eine sehr starke Konzentration aus. Dies zeitigt Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen Lieferanten und Händlern, weshalb die Problematik der Nachfragemacht ein entscheidendes Kriterium in der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ist. Deshalb sollen einführend ausgewählte ökonomische Aspekte betreffend die Nachfragemacht (Buyer Power) dargelegt werden.

529. Der Begriff der Nachfragemacht wird in der einschlägigen ökonomischen Literatur in der Regel im Zusammenhang mit zwei Situationen verwendet:

- Erstens das "klassische" Monopson, in dem viele Anbieter eines Gutes oder einer Dienstleistung einem einzelnen Nachfrager gegenüberstehen, wobei sich am Markt für alle Anbieter der gleiche Preis einspielt. Das Monopson kann als die spiegelbildliche Situation des Monopols bezeichnet werden, in der es der Anbieter ist, welcher über Marktmacht verfügt.

- Zweitens kann Nachfragemacht bestehen, wenn eine relativ geringe Anzahl von Unternehmen auf einem vor- und nachgelagerten Markt bilateral interagieren. In einem solchen Umfeld können sich substantielle Unterschiede in den durchschnittlichen Preisen ergeben, welche ein Nachfrager bezahlen muss. Nachfragemacht manifestiert sich in diesem Falle durch das Ausmass der individuell ausgehandelten Rabatte. Im Bereich des Kartellrechts ist insbesondere dieses Konzept der Nachfragemacht von Relevanz.<sup>138</sup>

530. Namentlich im Bereich des Detailhandels stellt sich die Frage des Vorliegens von Nachfragemacht. So führte z.B. die OECD bereits 1999 einen Roundtable mit dem Titel "Buying Power of Multiproduct Retailers" durch.<sup>139</sup> Auch die Generaldirektion Wettbewerb befasste sich mit diesem Thema und liess dazu eine detaillierte Studie erstellen.<sup>140</sup> Dass das Thema nicht nur von theoretischer Bedeutung ist, zeigen auch verschiedene Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandelsbereich, bei welchen die Frage der Nachfragemacht eine zentrale Rolle spielte.<sup>141</sup>

531. Vor allem im Zusammenhang mit dem zweiten Konzept stellt sich die Frage, welche Faktoren die Nachfragemacht bestimmen. Grundsätzlich kann in diesem Szenario Nachfragemacht mit Verhandlungsmacht gleichgesetzt werden, welche von den so genannten "Outside Options" abhängt oder, anders ausgedrückt, von den potenziellen Kosten einer nicht erfolgreichen Verhandlung für die beiden Parteien. So ist z.B. die Verhandlungsmacht für einen Detailhändler umso höher, je einfacher es ist, ein bestimmtes Produkt aus dem Sortiment zu streichen. Umgekehrt nimmt die Verhandlungsmacht

des Detailhändlers ab, je mehr Absatzkanäle dem Anbieter zur Verfügung stehen, je weniger der Anbieter folglich von einem bestimmten Detailhändler abhängig ist. Faktoren, welche die Verhandlungsmacht beeinflussen können, sind u.a. die absolute Grösse des Anbieters und des Detailhändlers, die Grösse des Anbieters im Verhältnis zum Detailhändler, der Anteil am Gesamtumsatz, der ein Anbieter mit einem bestimmten Detailhändler erwirtschaftet, das Vorhandensein von Eigenmarken etc.<sup>142</sup>

532. Die Wohlfahrtseffekte von bestehender Nachfragemacht sind nicht eindeutig und bedingen eine sorgfältige Analyse. Werden ausgehandelte Rabatte bei der Beschaffung den Endkonsumenten in Form von tieferen Preisen weitergegeben, wirkt sich dies in der Regel wohlfahrtssteigernd aus. Zwingt der Wettbewerb im Detailhandel auch andere Detailhändler, die Preise zu senken, kann dieser Wohlfahrtseffekt sogar noch gesteigert werden.

533. In der Literatur werden auch Effekte von Nachfragemacht identifiziert, welche sich anti-kompetitiv, also wohlfahrtsvermindernd, auswirken können. Ein Beispiel hierzu betrifft Investitionen und Innovationen:<sup>143</sup> Falls zu erwarten ist, dass in Folge bestehender Nachfragemacht die zukünftigen Gewinne der Anbieter vermindert werden, könnte dies dazu führen, dass weniger Investitionen in Prozess- und Produktentwicklung vorgenommen werden. Ein solcher Effekt ist sowohl im Monopson- als auch im Verhandlungsmacht-Szenario denkbar. Der negative Wohlfahrtseffekt besteht in diesem Fall in einer tieferen Innovationsrate und Produktqualität.

#### C.2.3.2 Marktstruktur

534. Die Beschaffungsmärkte sind auf der Nachfrageseite hoch konzentriert. Die Lieferanten haben im Detailhandel zwar mehrere Absatzkanäle, davon decken aber nur zwei (Migros und Coop) das gesamte Gebiet der Schweiz in sämtlichen Segmenten (Hypermärkte, Supermärkte, kleine Supermärkte) ab.

535. Ein Spezifikum des grössten Absatzkanals Migros ist dessen vertikale Integration. Tabelle 20 illustriert den Anteil, den die Migros in den verschiedenen Produktgruppen konzernintern beschafft. Die Kategorisierung der Produktgruppen in Tabelle 20 entspricht zwar nicht jener

<sup>138</sup> So wird z.B. Nachfragemacht im "Glossary of Terms used in Competition related matters" der Europäischen Kommission ([http://ec.europa.eu/comm/competition/general\\_info/glossary\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html)) dann auch nur in diesem Sinne definiert: "Ability of one or more buyers, based on their economic importance on the market in question, to obtain favourable purchasing terms from their suppliers".

<sup>139</sup> Vgl. <http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2379299.pdf>.

<sup>140</sup> DOBSON CONSULTING (1999): "Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union", European Commission DGIV (IV/98/ETD/078), erhältlich unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/bpifrs/>.

<sup>141</sup> So z.B. Rewe/Meinl EU IV/M. 1221; Kesko/Tuko EU IV/M. 784; Carrefour/Promodes EU IV/M. 1684.

<sup>142</sup> Vgl. zu den Determinanten von Nachfragemacht im Detailhandel z.B. auch DOYLE, CH. and R. INDERST (2007): "Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust", E.C.L.R., 210-219, 2007.

<sup>143</sup> Vgl. dazu insbesondere das UK Competition Commission „Working Paper on Buyer Power“, erhältlich unter [http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2006/grocery/emerging\\_thinking\\_working\\_papers.htm](http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2006/grocery/emerging_thinking_working_papers.htm) [27. Juli 2007].

der Weko (vgl. Rz. 207). Dennoch kann daraus abgeleitet werden, dass der Integrationsgrad der Migros in vielen Produktgruppen, die auch der Definition der Weko entsprechen, hoch ist. Als Beispiele sind Milchprodukte/Eier,<sup>144</sup> Brot/Brotbackwaren,<sup>145</sup> Erfrischungsgetränke,<sup>146</sup> sowie Traiteur/Convenience<sup>147</sup> zu nennen. Ein weiteres Charakteristikum der Migros besteht darin, dass

ihr Sortiment durch einen hohen Anteil an Eigenmarken ([...]) geprägt ist. Die restlichen [...]% des Sortiments bestehen aus Markenartikeln. Diese werden laut Angaben der Migros ins Sortiment aufgenommen, wenn die Attraktivität des Sortiments dadurch erhöht werden kann. Dabei handelt es sich typischerweise um Leadermarken.

Tabelle 20: Konzerninterne Beschaffung der Migros

Produktgruppe	Migros total Mio. CHF	M-Industrie Mio. CHF	Anteil in %
Total Food und Near Food	[...]	[...]	[40-60]
Nahrungsmittel und alkoholfreie Getränke	[...]	[...]	[40-60]
Brot, Konditorei- und Dauerbackwaren	[...]	[...]	[...]
Milch, Käse, Eier	[...]	[...]	[...]
Fleisch frisch oder tiefgekühlt	[...]	[...]	[...]
Fleisch/Wurstwaren	[...]	[...]	[...]
Fisch frisch oder tiefgekühlt	[...]	[...]	[...]
Früchte	[...]	[...]	[...]
Gemüse und Kartoffeln	[...]	[...]	[...]
Mehl	[...]	[...]	[...]
Reis	[...]	[...]	[...]
Teigwaren	[...]	[...]	[...]
Speisefette und Oele	[...]	[...]	[...]
Suppen, Gewürze, Saucen	[...]	[...]	[...]
Heimtiere und Heimtierartikel	[...]	[...]	[...]
Küchenfertige Nahrungsmittel	[...]	[...]	[...]
Zucker, Konfitüren, Honig, Schokolade, Süsswaren	[...]	[...]	[...]
Kaffee, Tee, Kakao und Nährgetränke	[...]	[...]	[...]
Andere Getreideprodukte	[...]	[...]	[...]
Alkoholfreie Getränke	[...]	[...]	[...]
Near Food	[...]	[...]	[20-40]
Wasch-, Reinigungsmittel und Putzmaterial	[...]	[...]	[...]
Toilettenartikel	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

536. Coop ist der zweitgrösste Absatzkanal im Schweizer Detailhandel. In den letzten Jahren hat Coop sein Sortiment in drei Kategorien aufgeteilt: Eigenmarken (Prix Garantie, JaMaDu, Fine Food etc.), Kompetenzmarken (Weight Watchers, Betty Bossy etc.) und Markenartikel, wobei das Sortiment zu [...]% aus Markenartikeln besteht. Coop ist für die Markenartikelhersteller infolge des flächendeckenden Vertriebsnetzes und der gesamtschweizerischen Werbeaktivitäten von besonderer Bedeutung. Insbesondere spielt der Absatzkanal Coop für die flächendeckende Einführung eines neuen Markenproduktes eine entscheidende Rolle.<sup>148</sup>

537. Neben diesen beiden gesamtschweizerisch tätigen Hauptabsatzkanälen bestehen noch weitere Vertriebskanäle, von denen allerdings lediglich Denner über ein Filialnetz verfügt, das sich über die gesamte Schweiz erstreckt. Die übrigen Händler unterscheiden sich von

Migros, Coop und Denner dahingehend, dass sie entweder nicht in der ganzen Schweiz vertreten sind, wie Casino, Spar und Volg, nicht alle Segmente abdecken, wie Valrhône (nur kleine Supermärkte), oder kein vergleichbares Sortiment anbieten, wie Aldi (nur ca. 800 Artikel), und somit grundsätzlich nicht dasselbe Absatzvolumen erzielen können.

<sup>144</sup> Dies entspricht der Produktgruppe "Milch, Käse, Eier" in Tabelle 20.

<sup>145</sup> Dies entspricht der Produktgruppe "Brot, Konditorei- und Dauerbackwaren" in Tabelle 20.

<sup>146</sup> Dies entspricht der Produktgruppe "Alkoholfreie Getränke" in Tabelle 20.

<sup>147</sup> Dies entspricht der Produktgruppe "Küchenfertige Nahrungsmittel" in Tabelle 20.

<sup>148</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 597, Rz. 148.



### C.2.3.3 Einzelmarktbeherrschung

538. Vorab soll auf ein grundsätzliches Vorbringen der Parteien zur Einzelmarktbeherrschung eingegangen werden. Die Parteien machen geltend, dass die Weko ihre Argumentation hauptsächlich auf Aussagen von Lieferanten stützen würde, die sich zum Zusammenschluss negativ äusserten. Positive Aussagen würden hingegen ignoriert. In der Tat begrüssen gewisse Lieferanten den Zusammenschluss. Jedoch sind die positiven Äusserungen aus folgenden Gründen zu relativieren:

- Bei den Lieferanten, die sich vorwiegend positiv zum Zusammenschluss geäussert haben, handelt es sich meistens um Lieferanten, die langjährige Geschäftsbeziehungen zu Migros pflegen. Sie sehen die Übernahme von Denner als Chance zur Erhöhung ihres Verkaufspotenzials.
- Andere Lieferanten bevorzugen die Übernahme durch Migros gegenüber einer Übernahme durch ein ausländisches Unternehmen. Der Grund hierfür besteht vor allem darin, dass die Lieferanten das Risiko einer Auslistung bei einer Übernahme durch Migros geringer einschätzen. Andere haben Angst vor eventuellen Retorsionen der Migros und ziehen es deshalb vor, nicht das zu sagen, was sie wirklich denken.
- Die positiven Äusserungen von einigen Lieferanten vermögen die negative Haltung einer Mehrheit von befragten Lieferanten nicht zu untergraben. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass einige Lieferanten strategisch auf die Fragebögen antworteten und ihre Situation schlechter darstellten, als diese tatsächlich ist. Dieser Möglichkeit wird in nachfolgenden Erwägungen Rechnung getragen.

#### C.2.3.3.1 Aktuelle Konkurrenz

539. Wie in Rz. 205 festgehalten, werden nach Produktgruppen verschiedene Beschaffungsmärkte unterschieden. Aufgrund der zahlreichen Produktgruppen wird nicht jeder Markt einzeln untersucht. Stattdessen werden die Beschaffungsmärkte gemeinsam analysiert. Weisen Märkte Eigenheiten auf, wird in der nachfolgenden Analyse darauf hingewiesen.

540. Laut den Parteien müsste jedoch jeder Beschaffungsmarkt einzeln analysiert werden. Ansonsten verstosse die Weko gegen die Untersuchungspflicht. Diesem Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten: Die gewählte Methode erlaubt, Märkte mit einer vergleichbaren Struktur gemeinsam zu prüfen, ohne deren Eigenheiten zu vernachlässigen, und gleichzeitig auch den Ressourcen des Sekretariats im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens Rechnung zu tragen.

541. Um die Stellung der Migros auf den Beschaffungsmärkten beurteilen zu können, wird zunächst die Bedeutung des Absatzkanals von Migros und Denner beim Produktvertrieb anhand deren Marktanteile und dem Einfluss der Integration der Migros auf den Zugang zum Absatzmarkt untersucht. Anschliessend wird die Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel analysiert.

### Marktanteile

542. Im Rahmen des Prüfungsverfahrens ist das Sekretariat der Frage nachgegangen, ob für die Festlegung der Marktanteile der Migros auf den Beschaffungsmärkten auch die Einkaufsvolumina der Migros-Unternehmen CC Angehrn, Cevanova AG, Globus, LeShop und Migrol-Tankstellenshops berücksichtigt werden müssen. Die Parteien sind der Ansicht, dass die Berücksichtigung dieser Einkaufsvolumina aufgrund des selbstständigen Einkaufs dieser Unternehmen nicht die wirtschaftliche Realität widerspiegelt. Die befragten Lieferanten bestätigten den selbstständigen Einkauf der Migros-Gesellschaften im Wesentlichen. Deshalb sind die Beschaffungsvolumina der genannten Migros-Unternehmen in den Marktanteilen in Tabelle 21 nicht enthalten.

543. Die nachfolgende Tabelle 21 illustriert die Marktanteile von Migros und Denner im Jahr 2006 auf den Beschaffungsmärkten. Die Marktanteile basieren auf Daten von IHA-GfK. Die darin verwendete Klassifizierung der Produktgruppen (BoSS-ID-Produktgruppen<sup>149</sup>) stimmt allerdings nicht mit derjenigen der Weko überein. Deshalb mussten die BoSS-ID-Produktgruppen den von der Weko definierten Produktgruppen (vgl. Rz. 207) zugeordnet werden. Wenn mehrere BoSS-ID-Produktgruppen unter eine Weko-Produktgruppe fallen, sind in Tabelle 21 Durchschnittswerte angegeben.

<sup>149</sup> BoSS = Bedarfsorientierte Sortimentsstruktur.

Tabelle 21: Marktanteile der Parteien auf den Beschaffungsmärkten

Produktgruppe	Migros	Denner	Migros/Denner
Food			
Frischprodukte			
Milchprodukte/Eier	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Brot/Backwaren <sup>150</sup>	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Fleisch/Geflügel/Fisch	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Tiefkühlprodukte	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%
Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt) <sup>151</sup>	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%
Gemüse/Salate	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%
Obst/Früchte	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%
Kolonialwaren			
Konserven/Saucen	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Beilagen/Suppen/Kochzutaten <sup>152</sup>	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Grundnahrungsmittel/Backzutaten <sup>153</sup>	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Frühstück/Warmgetränke/Cerealien (Getreide)	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Süsswaren/Biscuits	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Snacks/Apéro	[40-50]%	[10-20]%	[50-60]%
Tiernahrung/Tierbedarf	[40-50]%	[0-10]%	[50-60]%
Babybedarf	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%
Getränke			
Alkoholische Getränke	[0-10]%	[20-30]%^154	[20-30]%
Erfrischungsgetränke	[30-40]%	[10-20]%	[50-60]%
Near Food			
Körperpflege/Kosmetik	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%
Wasch-/Reinigungsmittel	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Papier-/Hygieneprodukte <sup>155</sup>	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%

Quelle: Angaben der Parteien.

544. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Parteien mit den ausgewiesenen Marktanteilen nicht einverstanden sind, da diese erstens auf einem Gesamtmarktolumen basierten, welches die Beschaffungsmarktolumina von Aldi, Casino und Valrhône nicht berücksichtigen würde. Zweitens würde den Vertriebskanälen ausserhalb des Detailhandels, wie beispielsweise dem Export und der Gastronomie, nicht Rechnung getragen. Drittens würden konzerninterne Lieferanten nicht zur Marktgegenseite gehören. Aus diesen Gründen seien die Marktanteile der Migros in Tabelle 21 um die Faktoren [...] zu hoch ausgewiesen. Dementsprechend gibt die Migros in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens Marktanteile für die jeweiligen Produktgruppen an, die – mit Ausnahme der Produktgruppen [...] und [...] – die 20%-Schwelle gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht überschreiten. Deshalb liegen aus Sicht der Parteien lediglich zwei betroffene Beschaffungsmärkte vor. Dieser Argumentation kann die Weko aufgrund der vorgenommenen Markttabgrenzung nicht folgen (vgl. Rz. 205 ff.).

545. Der Tabelle 21 ist zu entnehmen, dass die Migros auf den Beschaffungsmärkten über [...] Marktanteile verfügt. Jedoch sind die Marktanteile aus den von den Parteien vorgebrachten Gründen hinsichtlich der fehlenden

Berücksichtigung der Beschaffungsmarktolumina von Aldi, Casino und Valrhône sowie der für einzelne Produkte möglicherweise vorhandenen Absatzkanälen ausserhalb des Detailhandels stark zu relativieren. Demnach sind die angegebenen Marktanteile nicht absolut, sondern lediglich als Indikatoren für die Stellung der Migros auf den Beschaffungsmärkten zu betrachten.

546. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang geltend, die Weko dürfe aufgrund der Untersuchungsmaxime nicht auf Indikatoren abstellen, sondern müsse den relevanten Sachverhalt präzise erheben. Es ist unbestritten, dass die Weko die erforderlichen Daten für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens erheben muss. Jedoch kann sich die Weko nicht auf Daten stützen, welche der vorgenommenen Markttabgrenzung nicht entsprechen. Gemäss Angaben der Parteien wären lediglich die Produktgruppen [...] sowie [...] mit gemeinsamen Marktanteilen in Höhe von [20-30] % und [20-30] %

<sup>150</sup> [...]

<sup>151</sup> [...]

<sup>152</sup> [...]

<sup>153</sup> [...]

<sup>154</sup> [...]

<sup>155</sup> [...]

betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die Schwelle von 20% würde des Weiteren fast erreicht in den Produktgruppen [...] und [...] mit gemeinsamen Marktanteilen von [10-20]% bzw. [10-20]%. Die Unterschiede zu den Angaben in Tabelle 21 lassen sich dadurch erklären, dass die Parteien bei ihrer Schätzung im Gegensatz zur bisherigen Praxis der Weko zum einen auch die Ausgaben der Konsumenten in Spezialgeschäften, Convenience-Shops und der Gastronomie berücksichtigen. Zum anderen wurde das konzerninterne Beschaffungsvolumen der Migros von ihrem Beschaffungsvolumen und vom Volumen des Gesamtmarkts subtrahiert.

547. Tabelle 21 illustriert, dass die geplante Übernahme in praktisch allen Produktgruppen Marktanteilsadditionen generiert. Eine Ausnahme bildet die Produktgruppe alkoholische Getränke, in welcher die Migros nicht tätig ist. Zu geringen Marktanteilsadditionen kommt es in der Produktgruppen Obst/Früchte und Salat/Gemüse, in welchen Migros bereits vor dem Zusammenschluss hohe Marktanteile inne hat. Beachtliche Marktanteilsadditionen in Höhe von mehr als [10-20]% ergeben sich zudem in den Produktgruppen Wasch-/Reinigungsmittel sowie Erfrischungsgetränke. Dabei handelt es sich jedoch um Produktgruppen, in welchen der Marktanteil von Migros weniger hoch ist als in anderen. Diese Elemente bestätigen das Vorliegen einer gewissen beschaffungsseitigen Komplementarität von Migros und Denner in dem Sinne, als Denner die Position von Migros vor allem in den Produktgruppen stärken wird, in welchen Migros relativ tiefe Marktanteile hat.

548. Die beschaffungsseitige Komplementarität von Migros und Denner wird im Übrigen dadurch illustriert, dass Denner rund [...] seines Umsatzes mit Alkohol und Tabak erzielt. Für diese Produkte steht die Migros wegen des statutarischen Alkohol- und Tabakverbots nicht als Absatzkanal zur Verfügung. Umgekehrt sind die Frische-Produkte mit über [...] des Umsatzvolumens der wichtigste Geschäftsbereich der Migros. Denner erzielt in diesem Bereich lediglich [...] des Umsatzes.

#### *Einfluss der Integration der Migros auf den Zugang zum Absatzmarkt*

549. Wie bereits erwähnt, ist Migros in zahlreichen vorgelagerten Märkten tätig (vgl. Rz. 535). Damit stehen integrierte Hersteller der Migros und (nicht integrierte) Drittlieferanten im Wettbewerb um den Regalplatz in den Migros-Filialen. Laut der Migros verfügen die Eigenindustrien dabei über gewisse Vorteile gegenüber Drittlieferanten (vgl. Rz. 226).

550. Im Zusammenhang mit der geplanten Übernahme erschwert die vertikale Integration den Zugang zum Absatzkanal Migros aus folgenden Gründen:

- Das Absatzpotenzial über den Kanal Migros wird durch die Eigenindustrien geschmälert. Je höher der Integrationsgrad in einem Beschaffungsmarkt ist, desto schwieriger gestaltet sich für Drittlieferanten der Zugang zum Migros-Kanal.

- Die Markenartikelindustrie befürchtet, dass ihre Produkte inskünftig im Wettbewerb um den Regalplatz aus dem Denner-Sortiment gestrichen werden könnten, oder dass das Markenartikelsorti-

ment von Denner zumindest gestrafft werde, um die Kapazitäten der Migros-Industrien besser auslasten zu können.

- In aller Regel bestimmen die Detailhändler über den Standort und die Präsentation der Produkte in den Regalen. Gemäss Aussagen von Marktteilnehmern platziert Migros Eigenmarken bevorzugt. Somit haben die Eigenmarken in der Regel ein besseres Absatzpotenzial. Dies impliziert jedoch nicht, dass die Eigenmarken stets bessere Standorte in den Regalen erhalten, da Leadermarken die Attraktivität des Gesamtsortiments erhöhen können.

551. Vor diesem Hintergrund kann die geplante Übernahme einen Marktverschliessungseffekt ergeben, indem der Zugang zum Migros/Denner-Kanal für Lieferanten erschwert oder verhindert wird. Diese Problematik wird akzentuiert, wenn die Eigenprodukte von Denner nach der Übernahme vermehrt durch die Migros-Industriebetriebe produziert werden. Gemäss Angaben der Parteien sind die Kapazitäten in den Migros-Industrien für die Produktion der Eigenmarken von Denner vorhanden. Da die Parteien tiefere Herstellungskosten der Migros-Industrien dank höherer Auslastung als Effizienzsteigerung des Zusammenschlusses aufführen, ist davon auszugehen, dass Denner nach dem Zusammenschluss Produkte der Migros-Industriebetriebe listen wird.

552. Dadurch kann es insbesondere zu einer Verdrängung der bisherigen Eigenmarkenlieferanten von Denner kommen. Diese befürchten denn auch, infolge der Übernahme die mit Denner generierten Absatzvolumina an die Migros-Industrien zu verlieren.

553. Vom genannten Marktverschliessungseffekt sind möglicherweise auch Markenartikelhersteller betroffen. Zwar werden die Lieferanten von Markenartikeln keinen Absatzkanal verlieren, solange Denner nach dem Zusammenschluss tatsächlich auf dem Markt bleibt. Jedoch ist aus oben aufgeführten Gründen davon auszugehen, dass der Zugang zu diesem Kanal erschwert wird. Zudem ändert für diese Lieferanten der Verhandlungspartner, wenn die Verhandlungen nicht mehr mit Denner alleine, sondern gemeinsam mit der Migros geführt werden (vgl. Rz. 8). Gemeinsam werden Migros und Denner über eine spürbar stärkere Nachfragemacht verfügen.

554. Dies hat namentlich zur Folge, dass die Bedeutung des Vertriebskanals Coop für die Markenartikelindustrie zunehmen wird. Gegen die Ausführungen zum Einfluss der Integration der Migros auf den Zugang zum Absatzmarkt machen die Parteien im Wesentlichen geltend, dass die Migros auf den Beschaffungsmärkten nicht als Nachfrager auftrete und somit für die Lieferanten keinen Absatzkanal darstelle. Die Weko kann diesen Vorbringen aus den in Rz. 224 ff. dargelegten Gründen nicht folgen.

#### *Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel*

555. Wie oben dargelegt, ist nicht auszuschliessen, dass gewisse Lieferanten infolge des Zusammenschlusses einen Absatzkanal verlieren. Im Falle eines Abbruchs der Lieferbeziehung mit Migros/Denner könnte ein Lieferant

den Verlust des Verkaufsvolumens entweder durch die Erschliessung neuer Absatzkanäle oder durch die Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden ausgleichen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel.

556. Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass sowohl die internationalen als auch die Schweizer Lieferanten in der Regel bereits einen sehr hohen Distributionsgrad über alle Absatzkanäle erreicht haben und bei allen grossen Detailhändlern vertreten sind, sofern dies nicht durch Exklusivitätsvereinbarungen verhindert wird (vgl. Rz. 558). Somit gestaltet sich die Kompensation eines verlorenen Absatzkanals durch einen anderen grundsätzlich als schwierig. Auch ist eine Kompensation der Umsatzverluste durch eine Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden infolge gesättigter Märkte nicht zu erwarten.

557. Im Folgenden wird die Substituierbarkeit der Absatzkanäle Migros und Coop sowie jene zwischen den Absatzkanälen Migros bzw. Coop auf der einen Seite und jenen der übrigen Detailhändlern auf der anderen Seite genauer betrachtet.

558. Vor dem Hintergrund der Vertriebsstruktur und des Sortiments stellen die Absatzkanäle Migros und Coop grundsätzlich gute Substitute dar. Diese Substituierbarkeit wird laut Aussagen von Marktteilnehmern allerdings durch formelle und informelle exklusive Vertriebsvereinbarungen beeinträchtigt. Laut Migros gibt es grundsätzlich keine Exklusivitätsvereinbarungen. Zum Teil würden aber Produkte und Rezepturen im Sinne einer strategischen Partnerschaft mit den Lieferanten zusammen entwickelt, weshalb in diesen Fällen eine Exklusivität seitens der Migros erwünscht sei.

559. Gemäss Aussagen von Lieferanten können Migros oder Coop nur mit grössten Schwierigkeiten mit anderen Absatzkanälen im Detailhandel substituiert werden. Dies sei darauf zurückzuführen, dass sich die beiden wichtigsten Absatzkanäle im Schweizer Detailhandel von den anderen Vertriebskanälen aus folgenden Gründen deutlich unterscheiden würden:

- Erstens seien die Verkaufsvolumina der anderen Detailhändler nicht annähernd mit denjenigen von Migros und Coop vergleichbar.
- Zweitens seien die von Migros und Coop angebotenen Sortimente viel breiter als diejenigen der anderen Detailhändler, sodass ein bei Migros oder Coop ausgelisteter Lieferant nicht ohne Weiteres bei einem anderen Detailhändler aufgenommen werden könne.

560. Gemäss den Parteien ist die Sortimentsbreite für die Beurteilung der Substituierbarkeit der Absatzkanäle irrelevant, da jeder Lieferant nur ein paar wenige Artikel und nicht das ganze Sortiment eines Detailhändlers liefert. Dem ist Folgendes entgegen zu halten: Es ist zwar zutreffend, dass ein Lieferant nicht das gesamte Sortiment eines Detailhändlers anbieten kann, jedoch mindestens eine Auswahl an verschiedenen Produkten. Beispielweise umfasst die Kinder-Produktpalette von Ferrero namentlich die Kinder-Milchschnitte, die Kinder-Schokolade, Kinder-Bueno, Kinder-Schoko-Bons, Kinder-

Riegel sowie Kinder-Überraschung. Migros und Coop können im Gegensatz zu anderen Detailhändlern wie Volg oder Aldi eine ganze solche Produktpalette – möglicherweise mit unterschiedlichen Verpackungsgrössen – in ihr Sortiment aufnehmen, da sie über den hierfür notwendigen Regal- und Kühlplatz verfügen. Wenn nun Migros die Produktpalette von Ferrero nicht mehr abnehmen würde, könnte Ferrero diese nicht zwingend über andere Kanäle absetzen.

561. Aus diesen Ausführungen folgt, dass die Substituierbarkeit zwischen Migros und Coop in Abwesenheit von Exklusivitäten als gut, jene zwischen Migros bzw. Coop und den anderen Vertriebskanälen als schwach zu beurteilen ist.

#### *Fazit*

562. Nach dem Zusammenschluss werden Migros und Denner auf allen Beschaffungsmärkten über eine starke Stellung verfügen. Auf fast allen Märkten ergeben sich Marktanteilsadditionen. Ausnahmen hierzu bilden die Märkte alkoholische Getränke sowie Obst/Früchte und Salat/Gemüse.

563. Da die Migros in wichtigen vorgelagerten Märkten tätig ist (vertikale Integration), kann der Zusammenschluss einen Marktverschliessungseffekt ergeben, indem der Zugang zum Migros/Denner-Kanal für Lieferanten erschwert oder verhindert wird. Diese Problematik wird akzentuiert, wenn die Eigenprodukte von Denner nach dem Zusammenschluss vermehrt durch die Migros-Industriebetriebe produziert werden. Gemäss Angaben der Parteien sind die Kapazitäten in den Migros-Industriebetrieben vorhanden, um in Zukunft die Eigenmarken von Denner zu produzieren. Dadurch kann es insbesondere zu einer Verdrängung der bisherigen Eigenmarkenlieferanten von Denner kommen. Von diesem Marktverschliessungseffekt sind möglicherweise auch Markenartikelhersteller betroffen.

564. Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, wie die Absatzalternativen der Lieferanten innerhalb des Detailhandels zu beurteilen sind. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben, dass die Substituierbarkeit zwischen Coop und Migros in Abwesenheit von Exklusivitäten als gut, jene zwischen Migros bzw. Coop und den anderen Vertriebskanälen als schwach zu beurteilen ist.

565. Somit ist die aktuelle Konkurrenz unter den verschiedenen Vertriebskanälen des Detailhandels nach dem Zusammenschluss als ungenügend zu qualifizieren.

566. Im Rahmen des Verfahrens schlugen die Parteien Auflagen vor, welche die dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Weko substanziell reduzieren konnten (vgl. Dispositiv): So reduzieren die Auflagen 2b und 7 betreffend die eigenständige Sortimentspolitik und des grundsätzlich getrennten Einkaufs von Migros und Denner die Bedenken hinsichtlich der Marktanteilsadditionen auf den Beschaffungsmärkten. Die Auflage zur eigenständigen Sortimentspolitik (Aufgabe 2b) trägt dem möglichen Marktverschliessungseffekt Rechnung. Ferner darf Denner laut Auflage 9 Eigenmarkenlieferanten grundsätzlich nur dann durch Migros-Industrien ersetzen, wenn diese das Produkt in einer vergleichbaren Qualität zu günstigeren Preisen liefern. Die so erzielten Netto-

Einsparungen müssen an die Konsumentinnen und Konsumenten weitergegeben werden.

567. Um die Substituierbarkeit zwischen den Absatzkanälen und damit den Wettbewerb zwischen den Detailhändlern beschaffungsseitig zu erhöhen, verpflichtet sich Migros laut Auflage 6 dauerhaft, gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivität zu verzichten. [...].

### C.2.3.3.2 Potenzielle Konkurrenz

#### *Potenzielle Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels*

568. Die Parteien führen ins Feld, dass mit Aldi und Lidl neue Absatzkanäle entstünden, die – im Falle von Aldi – von zahlreichen Lieferanten auch schon genutzt würden. Es handle sich dabei nicht bloss um eine theoretische Möglichkeit, was allein schon die aktuellen Inserate belegten.

569. Vor diesem Hintergrund prüfte das Sekretariat, ob Aldi und/oder Lidl in der Lage wären, sich als flächendeckende Absatzkanäle zu etablieren. Hierzu wurden die Lieferanten danach gefragt, ob Aldi innerhalb von drei Jahren zu einem Absatzkanal werden könnte, welcher eine valable Alternative zu Migros und Coop darstelle. Die Lieferanten wurden aufgefordert, diese Frage mit einer Zahl zwischen 1 (valable Alternative) bis 5 (keine Alternative) zu beantworten. Es resultierte ein Wert in Höhe von 3.8. Folglich ist die Frage tendenziell zu verneinen.

570. Laut den Parteien ist irrelevant, ob Aldi und Lidl valable Alternativen zu Coop darstellen. Vielmehr müsse die Frage gestellt werden, ob den heutigen Lieferanten von Denner ein alternativer Absatzkanal zur Verfügung stehe und ob Aldi und Lidl valable Alternativen zu Denner seien. Nach Ansicht der Weko muss hingegen eruiert werden, ob Aldi eine Alternative zu Migros und Coop darstellen kann. Nach dem Zusammenschluss kann Denner nicht mehr als unabhängige Alternative angesehen werden. Es muss deshalb untersucht werden, ob nebst den bestehenden Anbietern im Markt noch weitere Absatzalternativen zur Verfügung stehen.

571. Im Übrigen wurde die Frage, ob Denner eine valable Alternative zu Aldi und Lidl darstellen könnte, anlässlich von mündlichen Befragungen von Lieferanten erörtert. Dies wurde aus folgenden Gründen verneint:

- Aldi führe im Vergleich zu Denner ein reduziertes Sortiment. Aus Sicht der Markenartikelindustrie wird insbesondere ins Feld geführt, Aldi liste im Gegensatz zu Denner weniger Markenartikel. Eine diesbezügliche Änderung werde nicht erwartet.

- Zudem sei das Absatzvolumen über Aldi momentan zu klein, um Migros oder Denner ersetzen zu können.

- Schliesslich sei der Markteintritt von Lidl bisher noch nicht erfolgt und werde in den nächsten zwei Jahren auch nicht erwartet. Sollte der Markteintritt trotz bestehender Eintrittsbarrieren (vgl. Abschnitt C.2.2.2.3) erfolgen, sei die Expansion langsam, weshalb Lidl in den nächsten Jahren den Denner-Kanal nicht ersetzen könne.

572. Tatsächlich entspricht das Aldi-Sortiment mit ca. 800 Artikeln – unter Ausklammerung des Bereichs Obst

und Gemüse – laut Angaben des Parteigutachters nur [0-10]% des Sortiments eines gleich grossen Migros-Markts.

573. Eine bessere Substituierbarkeit könnte im Bereich Obst und Gemüse vorliegen: Laut Angaben der Parteien führt Aldi mit ca. 50 Artikeln immerhin [30-40]% des Sortiments eines gleich grossen Migros-Markts. Zudem werbe Aldi mit Agrarprodukten schweizerischer Herkunft.

574. Schliesslich ist festzuhalten, dass Aldi und Lidl (nach dem erwarteten Markteintritt) ihre Nachfrage vorwiegend über ein konzerninternes Beschaffungswesen auf internationalen Beschaffungsmärkten befriedigen (werden). Bei Aldi sind lediglich [...]% der Lieferanten inländischer und [...]% ausländischer Herkunft. Somit sind diese Absatzkanäle – selbst wenn sich die beiden Discounter schneller als erwartet etablieren – für viele Schweizer Lieferanten schwer zugänglich. Im Übrigen bleibt zu erwähnen, dass Lidl seinen Markteintritt frühestens für das Jahr [...] plant.

575. Die Parteien bringen vor, die Weko stütze sich bei ihren Ausführungen, nach welchen Aldi kein alternativer Absatzkanal sein solle, zu sehr auf die Angaben der (anonymen) IG gegen übermässige Marktmacht. Dieser Vorwurf ist unbegründet, da sich die Aussagen des Verbandes mit jenen anderer Lieferanten decken. Zudem repräsentiert die IG gegen übermässige Marktmacht eine Gruppe von Lieferanten, die anonym bleiben möchte, weil sie sich vor den Repressionen der Migros fürchtet. Schon allein die Gründung der Interessensgesellschaft infolge der Ankündigung des Zusammenschlusses ist bisher einzigartig und reflektiert die Stimmung in der Branche.

576. Die Parteien machen ferner geltend, die Weko vertrete die Lieferantenmeinung, nach welcher Aldi und Lidl hauptsächlich auf ausländische Lieferanten zurückgreifen würden. Die Weko sollte in diesem Zusammenhang jedoch der Frage nachgehen, ob nicht die Unwilligkeit und Unfähigkeit der Lieferanten, Aldi zu international wettbewerbsfähigen Konditionen zu beliefern, die Ursache, und Aldis internationale Beschaffung nur die Wirkung sei.

577. Es ist nicht auszuschliessen, dass Aldi im Ausland beschafft, weil die ausländischen Lieferanten effizienter sind als die schweizerischen. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde der Absatzkanal Aldi für Schweizer Lieferanten nicht zugänglicher werden.

#### *Potenzielle Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels*

578. Die Parteien vertreten die Ansicht, dass den Lieferanten nebst den Vertriebskanälen des Detailhandels andere Absatzkanäle wie die Gastronomie, der Spezial- und Fachhandel sowie der Export zur Verfügung stünden (vgl. Rz. 219).

579. Dies mag für Lieferanten gewisser Produktgruppen zutreffend sein. Als Beispiel sei der Export für Lieferan-

ten von Süswaren genannt.<sup>156</sup> Für die meisten Lieferanten stellen aber die Absatzalternativen ausserhalb des Detailhandels kein gutes Substitut zu den Vertriebskanälen im Detailhandel dar, sondern können diese lediglich ergänzen. Dies trifft aus den in Rz. 220 aufgeführten

Gründen beispielsweise für den Absatzkanal Gastronomie im Getränkemarkt zu.

580. Grundsätzlich gilt jedoch, dass sich der Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels schwierig und kostenaufwendig gestaltet und zumindest kurzfristig in der Regel nicht möglich ist (vgl. Rz. 213 ff.). Namentlich ist ein Ausweichen auf den Export – wie von den Parteien als Alternative angeführt – kurzfristig nicht realisierbar. Um Exportmärkte aufzubauen, ist normalerweise eine Präsenz vor Ort und eine intensive, kostenaufwändige Marktbearbeitung notwendig.<sup>157</sup> Eine besondere Schwierigkeit stellt hier der Aufbau von Geschäftsbeziehungen dar, der laut den befragten Lieferanten in vielen Produktgruppen die gewichtigsten Umstellungskosten generiert (vgl. Tabelle 6). Auch Spezialgeschäfte vermögen die Umsatzverluste durch den Abbruch der Lieferbeziehung mit Migros/Denner nicht zu ersetzen, was insbesondere mit den unterschiedlichen Absatzvolumina zu tun hat.<sup>158</sup>

#### Fazit

581. Aus Sicht der Lieferanten ist wenig wahrscheinlich, dass Aldi und Lidl sich in den nächsten Jahren als flächendeckende Anbieter etablieren und somit valable Absatzalternativen zu Migros, Coop und Denner werden können. Dies entspricht dem Ergebnis der Analyse der potenziellen Konkurrenz in Abschnitt C.2.2.2.3, welches festhielt, dass die potenzielle Konkurrenz wegen der hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen ist (vgl. Rz. 441). Ferner befriedigen Aldi und Lidl (nach dem erwarteten Markteintritt) ihre Nachfrage vorwiegend über ein konzerninternes Beschaffungswesen auf internationalen Beschaffungsmärkten, wobei festzuhalten ist, dass Lidl seinen Markteintritt frühestens für das Jahr [...] plant.

582. Schliesslich ist für eine Mehrheit von Lieferanten ein Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels als schwierig und kostenaufwendig zu beurteilen und ist in der Regel zumindest kurzfristig nicht möglich. Daraus lässt sich schliessen, dass die potenzielle Konkurrenz die Schweizer Detailhändler auf den Beschaffungsmärkten zumindest während den nächsten Jahren nicht genügend zu disziplinieren vermag.

583. Aufgrund der von den Parteien vorgeschlagenen Auflage 6 betreffend den Verzicht auf exklusive Vertriebsverträge ist jedoch nicht auszuschliessen, dass durch solche Exklusivitäten heute gebundene Lieferanten inskünftig mit Aldi und zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls mit Lidl weitere Absatzkanäle finden könnten.

#### C.2.3.3.3 Stellung der Marktgegenseite

584. Bei der Analyse der Stellung der Marktgegenseite geht es um die Frage, ob und in welchem Ausmass die Marktgegenseite – vorliegend die Anbieter – in der Lage ist, die Verhaltensspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einzuschränken. Die Stellung der Marktgegenseite hängt von der Struktur der Angebotsseite, von der vertikalen Integration der Migros, der Verhandlungsmacht der Lieferanten sowie von den Abhängigkeitsverhältnissen zwischen Lieferant und Detailhändler ab. Diese Einflussfaktoren sollen im Folgenden analysiert werden.

#### Struktur der Angebotsseite

585. Wie in Rz. 534 erwähnt, weist die Struktur der Beschaffungsmärkte auf der Nachfrageseite eine hohe Konzentration auf. Nachstehend wird untersucht, ob die Angebotsseite genügend konzentriert ist, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu schaffen.

586. Die Struktur der Angebotsseite variiert je nach Produktgruppen:

##### (i) Oligopolistische Märkte mit grossen international tätigen Unternehmen

587. Grosse international tätige Unternehmen in oligopolistischen Märkten verfügen meistens über die notwendige Marktmacht, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu bilden. Dies im Wesentlichen aus folgenden zwei Gründen:

- Sie produzieren bzw. vertreiben international stark verankerte Markenprodukte (sog. Leadermarken) oder bieten ein Portfolio an, welches solche umfasst.
- Der Umstand, dass es pro Produktgruppe nur wenige solche Unternehmen gibt, führt dazu, dass ein Detailhändler, der ein Vollsortiment anbieten möchte, nur schwerlich auf einen solchen Lieferanten verzichten kann.

Somit sind die Detailhändler und die Hersteller gegenseitig aufeinander angewiesen.

588. Ein oligopolistischer Markt mit grossen international tätigen Firmen wurde namentlich auf den Märkten Körperpflege/Kosmetik (Procter&Gamble, Beiersdorf, Lever-Fabergé) und Tiernahrung (Masterfoods, Vitakraft) festgestellt. Die Angebotsseite scheint in diesen Märkten genügend konzentriert zu sein, um gegenüber den Detailhändlern ein Gegengewicht zu bilden.<sup>159</sup>

##### (ii) Atomistische Märkte

589. In atomistischen Märkten hat jeder Lieferant zahlreiche Konkurrenten. Die Produkte solcher Unternehmen sind homogen. Deshalb können Hersteller eines Produkts ohne Schwierigkeiten substituiert werden. Im Allgemeinen sind solche Lieferanten nicht in der Lage, eine tatsächliche Gegenmacht zum Detailhandel auszuüben. Diese Marktstruktur trifft insbesondere für die Beschaffungsmärkte Obst/Früchte sowie Gemüse/Salate zu.

##### (iii) Gemischte Märkte

590. In gemischten Märkten gibt es sowohl Grossunternehmen als auch kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Auf solchen Märkten können Grossunternehmen – wie in oligopolistischen Märkten – eine Gegenmacht zur Nachfragemacht des Detailhandels ausüben. KMU hingegen sind hierzu weniger in der Lage, sofern sie

<sup>156</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 590, Rz. 127.

<sup>157</sup> Rewe/Meinl EU IV M.1221.

<sup>158</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 593, Rz. 237.

<sup>159</sup> CoopForte, RPW 2005/1, S. 157, Rz. 80.

nicht auf einem Nischenmarkt tätig sind oder Leadermarken verkaufen. Diese Marktstruktur trifft auf die übrigen, oben nicht genannten Produktgruppen zu.

#### *Einfluss der vertikalen Integration der Migros auf die Verhandlungsposition der Lieferanten*

591. Die vertikale Integration der Migros wirkt sich aus folgenden Gründen positiv auf ihre Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten aus:

- Obwohl die Herstellungskosten nicht nur von der Art des hergestellten Produktes, sondern auch von der produzierten Menge, den eingesetzten Maschinen, Rohstoffen und von lokalen Kostenfaktoren abhängen, sollte die Migros die Herstellungskosten gewisser (Marken-)Produkte dank ihrer Industriebetriebe besser abschätzen können. Dies könnte allfällige Informationsasymmetrien in Verhandlungen reduzieren.

- Ohne in Frage zu stellen, dass Migros von vielen Lieferanten als fairer Partner angesehen wird, ist nicht auszuschliessen, dass die Migros dank ihrer Eigenindustrien Drittlieferanten glaubhaft mit der Auslistung ihrer Produkte drohen kann. Zur Verstärkung dieses Drohpotenzials ist auch ein möglicher Kapazitätsausbau der Eigenindustrien denkbar. Gemäss Aussagen von Marktteilnehmern wird diese Drohung in gewissen Fällen in Preisverhandlungen von der Migros ins Feld geführt. Viele Lieferanten fürchten sich daher, von Migros-Industriebetrieben verdrängt zu werden. Sollten die Migros-Industrien inskünftig auch Denner beliefern, dehnt sich diese Problematik auf diesen Absatzkanal aus. Aufgrund des hohen Anteils an Eigenmarken ([...])% kann die Migros insbesondere auch den Markenartikelherstellern glaubhaft drohen, ihre Produkte durch Eigenmarken zu ersetzen (vgl. Rz. 549).

- Gemäss Aussagen von Marktteilnehmern imitiert die Migros ausgewählte erfolgreiche Produkte und spart damit Produktentwicklungs- und Markteinführungskosten. Die Lancierung eines neuen Markenproduktes gestaltet sich aber namentlich infolge dieser Kosten als sehr teuer und risikoreich. In der Folge könne Migros ihre Nachahmerprodukte bedeutend unter dem Preis des Markenprodukts verkaufen. Dies erlaubt der Migros, die Akzeptanz ihrer Eigenmarken bei den Kunden zu stärken. Damit wird die Drohung einer allfälligen Auslistung glaubwürdiger. Wie in Rz. 533 erläutert, kann die fehlende Möglichkeit des Investitionsschutzes dazu führen, dass weniger Investitionen in Prozess- und Produktentwicklung vorgenommen werden. Daraus resultiert ein negativer Wohlfahrtseffekt in Form einer tieferen Innovationsrate und Produktqualität. Dieses Problem könnte sich nach der Übernahme auf den Denner-Kanal ausdehnen.

#### *Verhandlungsmacht der Lieferanten*

592. Zunächst wird die Verhandlungsmacht der Lieferanten mit derjenigen der Detailhändler verglichen. Anschliessend wird auf die Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller sowie jener der Eigenmarkenhersteller eingegangen.

#### *(i) Vergleich Verhandlungsmacht Lieferanten vs. Detailhändler*

593. Im Allgemeinen ist die Position der Lieferanten gegenüber den Detailhändlern aus folgenden Gründen schwächer als diejenige der Detailhändler gegenüber den Lieferanten:

- Der Umsatzanteil, den die Lieferanten mit Detailhändlern erzielen, ist beträchtlich höher als der Umsatzanteil, den die Detailhändler mit den Produkten der jeweiligen Lieferanten generieren. Demnach ist ein Lieferant für den Detailhändler einfacher zu ersetzen als umgekehrt.

- Die Umstellungskosten für einen Lieferanten, der den Absatzkanal wechseln muss, sind in der Regel höher als für einen Detailhändler, der den Lieferanten wechseln muss. Dies gilt namentlich dann, wenn den Detailhändlern eine Auswahl von alternativen Lieferanten mit genügend Kapazitäten zur Verfügung steht. Kündigt hingegen ein (grosser) Detailhändler den Vertrag mit einem Lieferanten, kann dieser das verlorene Absatzvolumen, zumindest kurzfristig, nur schwerlich durch andere Absatzkanäle ersetzen.

#### *(ii) Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller*

594. Die Position der Markenartikelhersteller gegenüber den Detailhändlern wird durch die Stärke der Marke determiniert. Die Stärke eines Markenartikels hängt davon ab, welche Auswirkungen eine fehlende Verfügbarkeit des Artikels für einen Detailhändler hat. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, wie die Endkunden auf die fehlende Verfügbarkeit dieses Produktes reagieren.

595. Gerade bei Lebensmitteleinkäufen ist der Zeitbedarf für die Kunden ein wesentlicher Faktor. Wie bereits in Rz. 164 erwähnt, erwarten die Konsumenten in den Detailhandelsverkaufsstellen ein umfassendes Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs (Konzept des "One-Stop-Shopping"). Sollte in einer Verkaufsstelle ein vom Konsumenten nachgefragter Markenartikel nicht vorrätig sein, lautet die Frage, ob der Kunde

- das Produkt in einer Verkaufsstelle eines anderen Detailhändlers kauft;
- ein anderes Marken- oder Eigenmarkenprodukt beim gleichen Detailhändler kauft;
- auf lange Sicht den Detailhändler wechselt;
- ganz vom Kauf des Produktes absieht.

Die Antwort auf diese Frage hängt von der Stärke der Marke ab.<sup>160</sup>

596. Im Rahmen der Ermittlungen hat das Sekretariat diese Frage rund 70 Lieferanten gestellt. Aufgrund der Antworten lassen sich Leadermarken, Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukte unterscheiden. Im Folgenden werden diese Produktkategorien beschrieben.

<sup>160</sup> Vgl. OECD, (1991): *Buying Power of Multiproduct Retailers*, S. 78 f. Verfügbar unter <http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2379299.pdf> [29. Juli 2007].

597. Leadermarken haben einen grossen Bekanntheitsgrad. Wird ein solches Produkt ausgelistet, werden viele Konsumenten eine Verkaufsstelle eines anderen Detailhändlers aufsuchen, anstatt auf ein Substitut auszuweichen. Dies generiert beim (ursprünglichen) Detailhändler einen Umsatzverlust, welcher durch die weniger markentreuen Konsumenten, die sich bei fehlender Verfügbarkeit des Markenprodukts für ein Substitut entscheiden, reduziert werden kann. Für den Hersteller der Leadermarke käme es durch den Kaufverzicht der weniger treuen Kunden ebenfalls zu einem Umsatzverlust. Ein Teil davon kann er aber mit den zusätzlichen Verkäufen in anderen Vertriebskanälen kompensieren. Vor diesem Hintergrund ist die Verhandlungsposition der Hersteller von Leadermarken gegenüber jener der Detailhändler in der meistens Fällen als ausgeglichen zu beurteilen.

598. Im Falle einer Auslistung von Nicht-Leadermarken werden die meisten Konsumenten ein anderes Markenprodukt oder eine Eigenmarke kaufen. Gerade Migros-Eigenmarken stellen infolge deren hohen Akzeptanz ein gutes Substitut dar. Aufgrund dieser Substitutionsvorgänge kann der Hersteller den verlorenen Umsatz nicht anderweitig kompensieren. In diesem Fall muss lediglich der Lieferant eine Umsatzeinbusse hinnehmen, wohingegen der Detailhändler den verlorenen Umsatz mit dem Verkauf von anderen Markenprodukten und Eigenmarken kompensieren kann. Laut Aussagen eines Marktteilnehmers sind viele solche Markenartikelhersteller notgedrungen zu Eigenmarkenherstellern geworden, weil sie mit ihren Markenartikeln ausgelistet oder mit einer Auslistung bedroht wurden, nicht die Nummer Eins oder Zwei im Markt waren und/oder keine Spitzenqualität produzieren konnten. Die Verhandlungsmacht von solchen Markenherstellern ist deshalb als schwach zu beurteilen.

599. Mitnahmeprodukte sind Markenartikel, die beim Einkauf der übrigen Güter des täglichen Bedarfs "impulsartig" in den Einkaufskorb gelangen. Im Falle einer Auslistung solcher Produkte sehen die Konsumenten vom Kauf gänzlich ab, wodurch sowohl der Detailhändler als auch der Hersteller eine Umsatzeinbusse hinnehmen müssen. Der Detailhändler wird diese Umsatzeinbusse aber weniger zu spüren bekommen, weil der Umsatzverlust gemessen am Verkaufsvolumen beim Detailhändler infolge seines Vollsortiments erheblich kleiner sein wird als beim Hersteller. Aus diesem Grund haben Hersteller von Mitnahmeprodukten nur eine schwache Verhandlungsmacht gegenüber den Detailhändlern.

600. Zusammenfassend wird die Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller von der Stärke der produzierten bzw. vertriebenen Markenprodukte beeinflusst. Während die Verhandlungsposition der Hersteller von Leadermarken gegenüber jener der Detailhändler in den meisten Fällen als ausgeglichen zu qualifizieren ist, wird die Verhandlungsmacht der Lieferanten von Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukten grundsätzlich als schwach beurteilt.

### *(iii) Verhandlungsposition der Eigenmarkenhersteller*

601. Eigenmarken werden entweder durch Eigenindustriebetriebe oder durch Drittlieferanten hergestellt. Sie dienen gemäss Aussagen von Migros und Coop in erster Linie dazu, sich von den Konkurrenten zu differenzieren.

602. Drittlieferanten, die Eigenmarken herstellen, müssen hierzu in der Regel erhebliche Investitionen – namentlich betreffend die Rezeptur, Produktionsanlagen und Verpackung – tätigen. Laut den Lieferanten sind diese Investitionen risikoreich, weil Hersteller von Eigenmarken einfach zu ersetzen seien. Die Konsumenten würden einen Ersatz von Eigenmarkenlieferanten denn auch gar nicht wahrnehmen, weil diese gegenüber den Konsumenten nicht sichtbar in Erscheinung treten würden. Wenn sich eine Eigenmarke einmal etabliert habe, würde diese mit dem Detailhändler assoziiert und nicht mit dem Hersteller.<sup>161</sup> Infolge von Exklusivitäten hätten Drittlieferanten zudem das Problem, dass sie meist nur den einen oder den anderen Kanal (Migros oder Coop) beliefern könnten. Dementsprechend würden sich solche Lieferanten in einer schwachen Position befinden.

603. Ferner wird die Position der Eigenmarkenhersteller dadurch geschwächt, dass die Migros bei Verhandlungen zur Durchsetzung der gewünschten Konditionen drohen könnte, die fraglichen Produkte durch die eigenen Industriebetriebe herzustellen (vgl. Rz. 591). Folglich befinden sich Eigenmarkenhersteller in einer schwachen Verhandlungsposition. Diese Schlussfolgerung gilt allerdings nicht für Lieferanten, die nebst der Produktion von Eigenmarken auch starke Markenprodukte führen, wie beispielsweise Hero, BIC, Kimberly-Clark oder Emmi.

### *Abhängigkeitsverhältnisse*

604. Im Rahmen der Ermittlungen wurde ebenfalls untersucht, ob Lieferanten durch den Zusammenschluss von der Migros individuell abhängig werden bzw. ob allfällig bestehende individuelle Abhängigkeiten verstärkt werden.

605. Dabei wurde auf die im Rahmen der Untersuchung CoopForte (RPW 2005/1, S. 146 ff.) entwickelten Kriterien zur Prüfung individueller Abhängigkeiten zurückgegriffen. Die erste Gruppe von Kriterien betrifft die Absatzalternativen und gilt insbesondere für Lieferanten von Markenartikeln. Die zweite Gruppe von Kriterien betrifft spezifische Investitionen und wurde insbesondere für Lieferanten von Eigenmarken erstellt.

606. In der Untersuchung CoopForte (RPW 2005/1, S. 161, Rz. 98) wurde nicht explizit festgehalten, ob die beiden Gruppen von Kriterien kumulativ oder alternativ zur Anwendung gelangen. Beim Zusammenschlussvorhaben Denner/Pick Pay (RPW 2006/1, S. 138, Rz. 57) wurde hingegen spezifiziert, dass die Kriterien alternativ zur Anwendung kommen.

607. Die beiden Gruppen von Kriterien A.1 und B.1 bis B.3 lauten wie folgt:<sup>162</sup>

#### *A: Kriterien insbesondere für Lieferanten von Markenprodukten*

A.1 Der Lieferant erzielt auf dem Detailhandelsmarkt mehr als 30% des Umsatzes mit Migros und Denner.

A.2 Die Verhandlungsmacht des Lieferanten gegenüber Migros/Denner ist nicht ausreichend, um zu verhindern, dass Migros/Denner die Bedingungen einseitig durchsetzen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

- der Lieferant kein wichtiger Akteur auf dem Markt ist;

<sup>161</sup> Siehe Rewe/Meinl EU IV/M.1221.

<sup>162</sup> Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 138, Rz. 57.



- der Lieferant die Produkte nicht exportieren kann;
- der Lieferant keine Leadermarken oder kein schwer ersetzbares Produktsortiment anbietet.

A.3 Der Lieferant hat nebst Migros und Denner keine alternativen Absatzkanäle innerhalb und ausserhalb des Detailhandels. Mit anderen Worten ist seine Existenz gefährdet, wenn er den Absatzkanal Migros/Denner innerhalb eines Jahres verlieren würde.

*B: Kriterien insbesondere für Lieferanten von Eigenmarken*

B.1 Der Lieferant hat für die Absatzkanäle Migros und/oder Denner spezifische Investitionen getätigt, beispielsweise im Zusammenhang mit den Eigenmarken der Detailhändler.

B.2 Der Lieferant hat mit Migros und/oder Denner keine exklusiven und/oder langfristigen Verträge abgeschlossen, die ihm erlauben, allfällige spezifische Investitionen zu amortisieren.

B.3 Die Umstellungskosten auf andere Märkte oder Absatzkanäle sind so hoch, dass eine Umstellung die wirtschaftliche Existenz des Lieferanten gefährden würde.

608. Damit ein Lieferant als individuell abhängig qualifiziert werden kann, muss er erstens entweder die Kriterien A.1 bis A.3 oder B.1 bis B.3 erfüllen. Zweitens darf die Abhängigkeit keine Konsequenz einer strategischen Entscheidung des Lieferanten sein, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erwies. Mit anderen Worten muss die Abhängigkeit ohne Selbstverschulden des Lieferanten aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden sein. Ergibt oder verstärkt sich die Abhängigkeit durch ein Zusammenschlussvorhaben, kann es sich allerdings nicht um eine strategische Fehlentscheidung des Lieferanten handeln.

609. Eine durch den Zusammenschluss induzierte individuelle Abhängigkeit kann sich für Lieferanten ergeben, die vor dem Zusammenschluss lediglich Denner oder sowohl Denner als auch Migros beliefern und die oben genannten Kriterien erfüllen.

610. Die Parteien bemängeln, dass Abhängigkeitsverhältnisse im Rahmen der Fusionskontrolle überhaupt analysiert werden. Zudem kritisieren sie die angewendete Methode und die Resultate. Diese Vorbringen werden zur Kenntnis genommen und in den folgenden Ausführungen berücksichtigt.

611. Im Rahmen der Ermittlungen hat das Sekretariat rund 70 Lieferanten zu individuellen Abhängigkeiten befragt (vgl. Rz. 19). Bei den befragten Lieferanten handelt

es sich um Grosslieferanten, kleinere Lieferanten sowie Eigenmarkenhersteller von Migros und Denner. Insgesamt haben 60 Lieferanten geantwortet, wovon zwei Antworten unbrauchbar waren. Aufgrund der kurzen Frist der Zusammenschlusskontrolle konnte das Sekretariat die fehlenden Antworten nicht einfordern. Aus diesen Gründen wurden die oben genannten Kriterien nur für 58 Lieferanten summarisch geprüft.

612. Laut den Parteien ist zwingend anzunehmen, dass sich die Lieferanten, welche die Fragebögen nicht beantworteten, nicht in einer individuellen Abhängigkeit befinden. Anderenfalls hätten sie die Gelegenheit nicht ausgelassen, die Weko darüber in Kenntnis zu setzen. Tabelle 22 sei dahingehend zu ergänzen.

613. Die Weko kann sich diesem Argument nicht anschliessen, da die Gründe der Auskunftsverweigerung unbekannt sind. Es ist nicht auszuschliessen, dass einige dieser Lieferanten die Kriterien nicht erfüllen und deshalb den Fragebogen unbeantwortet liessen. Möglicherweise befürchteten sie jedoch Retorsionen. Aus diesem Grund wünschten denn auch zahlreiche Lieferanten Anonymität im Verfahren. Einige Lieferanten gründeten deswegen die IG gegen übermässige Marktmacht.

614. In Tabelle 22 werden die Resultate der Befragung wiedergegeben. Diese Resultate müssen insofern mit Vorsicht interpretiert werden, als sie auf Angaben von Lieferanten basieren, die von der Weko innerhalb der kurzen Verfahrensfrist nicht verifiziert werden konnten. Es ist nicht auszuschliessen, dass einige Lieferanten auf die Fragen strategisch oder fehlerhaft antworteten. Aus diesen Gründen sind die Angaben in Tabelle 22 lediglich als Indikatoren für den Einfluss des Zusammenschlusses auf die Lieferanten zu lesen.

615. Der Tabelle 22 ist zu entnehmen, dass sich 18 der 58 Lieferanten bereits vor dem Zusammenschluss als von Migros und/oder Denner abhängig betrachten. Für 6 dieser 18 Lieferanten induziert der Zusammenschluss keine Veränderung. Bei den restlichen 12 Lieferanten wird die Abhängigkeit durch den Zusammenschluss verstärkt. Nebst diesen 12 Lieferanten kommen weitere 13 Lieferanten hinzu, die infolge des Zusammenschlusses in eine individuelle Abhängigkeit geraten. Somit begründet oder verstärkt der Zusammenschluss für 25 der 58 eine individuelle Abhängigkeit.

Tabelle 22: Auswertung individuelle Abhängigkeiten

	Anzahl abhängige Lieferanten	Anzahl unabhängige Lieferanten	Total
Vor Zusammenschluss	18	40	58
Änderung durch Zusammenschluss	12	13	25
Keine Änderung durch Zusammenschluss	6	27	33
Nach Zusammenschluss	31 (=18+13)	27 (=40-13)	58

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

616. Illustrativ sei das Beispiel eines Eigenmarkenlieferanten von Denner aufgeführt, der mehr als 70% seines Umsatzes mit Denner in einem Markt erzielt, in welchem Migros und Coop vertikal integriert sind. Dieses Unternehmen hat für die Belieferung des Absatzkanals Denner wichtige Investitionen getätigt, welche heute noch nicht amortisiert sind. Es besteht auch kein Vertrag zu deren Schutz. Laut Angaben des Lieferanten wäre er infolge eines Verlusts des Absatzkanals Denner gezwungen, seine Aktivitäten einzustellen.

617. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich basierend auf die Anzahl Antworten bereits heute 31% der Lieferanten in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Migros und/oder Denner befinden. Es ist nicht auszuschliessen, dass durch den Zusammenschluss weitere Lieferanten unverschuldet in eine solche Situation geraten oder dass sich die bestehenden Abhängigkeiten durch den Zusammenschluss verstärken. Individuell abhängige Lieferanten haben keine Verhandlungsmacht gegenüber den Detailhändlern, da Migros und Denner in der Lage sind, sich von ihnen in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

#### *Fazit*

618. Die Konzentration der Angebotsseite variiert je nach Beschaffungsmarkt. Je konzentrierter die Angebotsseite ist, desto eher können die Lieferanten ein Gegengewicht zur Nachfrageseite schaffen.

619. Ferner wirkt sich die vertikale Integration der Migros positiv auf ihre Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten aus, weil die Integration namentlich Informationsasymmetrien reduziert und die Möglichkeit eröffnet, Drittlieferanten glaubwürdig mit der Auslistung zu drohen.

620. Zudem kann sich die Stellung der Hersteller und Lieferanten in Abhängigkeit der produzierten bzw. vertriebenen Produkte unterscheiden. Während die Hersteller von Leaderprodukten am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel bilden können, trifft dies für Hersteller von weniger bekannten Marken und Mitnahmeprodukten sowie für Eigenmarkenhersteller in einem weit geringeren Ausmass zu. Keine Verhandlungsmacht haben individuell abhängige Lieferanten.

621. Weiter ergab die Analyse der Abhängigkeitsverhältnisse, dass sich bereits heute gewisse Lieferanten in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Migros und/oder Denner befinden und durch den Zusammenschluss möglicherweise weitere Lieferanten unverschuldet in eine solche Situation geraten. Im Übrigen könnten sich bestehende Abhängigkeiten durch den Zusammenschluss verstärken.

622. Insgesamt ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme von international tätigen Unternehmen und grossen schweizerischen Firmen, die stark verankerte Markenprodukte oder ein Portfolio anbieten, welches solche umfasst – als schwach zu beurteilen. Durch den Zusammenschluss wird die Marktgegenseite zusätzlich geschwächt, da für die Lieferanten ein unabhängiger Absatzkanal wegfällt.

623. Die obigen Erwägungen zeigen, dass sich die durch das Zusammenschlussvorhaben induzierten wettbewerbsrechtlichen Probleme nicht auf einzelne Märkte

beziehen, sondern auf allen Beschaffungsmärkten auftreten können. Aufgrund der Auflagen muss diese Frage nicht für jeden Beschaffungsmarkt abschliessend beantwortet werden.

624. Die folgenden von den Parteien vorgeschlagenen Auflagen vermögen den Bedenken der Weko Rechnung zu tragen:

- Migros und Denner werden verpflichtet, die Waren, die für den Wiederverkauf bestimmt sind, getrennt zu beschaffen (Auflage 7, Dispositiv).

- Lieferanten, die in den Jahren 2004-2006 im Durchschnitt mehr als 30% ihres Umsatzes mit Denner erzielt haben, können Denner im bisherigen Umfang (Toleranz: 10% der im Vorjahr abgenommenen Menge) weiterhin beliefern, sofern der Lieferant die Produkte in einer marktüblichen Qualität und zu einem konkurrenzfähigen Preis liefert (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten). Listet Denner ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der 30%-Lieferant bereit ist, das Produkt in marktüblicher Qualität und zu einem konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Denner/Migros, für den betroffenen 30%-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30%-Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde. Diese Auflage gilt für drei Jahre (Auflage 8, Dispositiv).

Diese Auflagen gelten nicht für multinationale Unternehmen, ihre Tochtergesellschaften und für grosse Schweizer Unternehmen, weil diese Unternehmen über eine genügende Verhandlungsmacht gegenüber der Migros verfügen.

#### **C.2.3.3.4 Auswirkungen des Zusammenschlusses auf Lieferanten**

625. Aufgrund der obigen Analyse lassen sich vier Gruppen von Lieferanten identifizieren, auf welche die geplante Übernahme unterschiedliche Auswirkungen zeitigt.

##### *Hersteller von Leadermarken*

626. Ein Grossteil der Lieferanten von Leadermarken beliefert bereits heute sowohl Migros als auch Denner. Falls Denner nach dem Zusammenschluss beschaffungsseitig tatsächlich Denner bleibt, sind keine erheblichen negativen Konsequenzen auf diese Lieferanten zu erwarten. Selbst wenn ein Lieferant von Leadermarken heute nur einen der beiden Kanäle beliefert, hat er infolge der hohen Akzeptanz seiner Marken auch nach dem Zusammenschluss die nötige Verhandlungsmacht zur Schaffung eines Gegengewichts zu Migros und Denner.

##### *Hersteller von Nicht-Leadermarken*

627. Markenhersteller, die keine Leaderprodukte führen, beliefern in der Regel Denner, nicht aber die Migros. Für diese Gruppe von Lieferanten könnte der Zusammenschluss einen Marktverschliessungseffekt zur Folge haben (vgl. Rz. 552). Sollte Denner beschaffungsseitig nicht Denner bleiben, droht ihnen, durch Eigenindustrien der Migros ersetzt zu werden (vgl. Rz. 597). Die von den Parteien vorgeschlagenen Auflagen, namentlich hinsichtlich der eigenständigen Sortimentspolitik von Denner

(Auflage 2b) und der getrennten Beschaffung (Auflage 7), vermögen diese möglichen negativen Konsequenzen in einem wesentlichen Umfang zu reduzieren (vgl. Dispositiv).

#### *Eigenmarkenhersteller von Denner*

628. Eigenmarkenherstellern von Denner droht die Gefahr, nach dem Zusammenschluss durch Migros-Industriebetriebe ersetzt zu werden. Gemäss Angaben der Parteien sind die Kapazitäten in den Migros-Industriebetrieben dafür vorhanden.

629. Laut den Parteien wird Denner seine Eigenmarken bei den Migros-Industrien beschaffen, wenn diese die Produkte günstiger liefern können als andere Hersteller. Wenn Denner seine Eigenmarken tatsächlich nur dann bei den Migros-Industrien beschafft, wenn diese die Produkte (ohne Quersubventionen) günstiger liefern können, stellen sich grundsätzlich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

630. Ausnahmen hierzu bilden die folgenden Konstellationen:

- Erstens besteht die Gefahr, dass die Migros-Industriebetriebe über einen gewissen Zeitraum ihre Produkte zu künstlich tiefen Preisen liefern, um nicht mehr erwünschte Drittlieferanten aus dem Migros/Denner-Kanal zu verdrängen. Im Anschluss daran könnten die Preise wieder angehoben werden, um die erlittenen Verluste wettzumachen. Dieses Problem stellt sich besonders in Märkten, in denen Anbieter und Nachfrager nicht oft aufeinandertreffen bzw. in welchen Lieferbeziehungen üblicherweise durch langfristige Verträge gesichert sind. Ansonsten dürften die Migros-Industrien keinen grossen Spielraum zur nachgängigen Preiserhöhung haben.

- Zweitens könnte es für die Migros letztlich profitabler sein, ihre Industriebetriebe mittel- bis langfristig so gut wie möglich auszulasten und Denner deshalb beim Einkauf die zusätzliche Restriktion einer möglichst guten Auslastung der Migros-Industrien aufzuerlegen.

- Drittens besteht infolge der auf dem Absatzmarkt festgestellten kollektiven Marktbeherrschung eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass Kosteneinsparungen auf der Beschaffungsseite nicht an die Endkonsumenten weitergegeben werden.

631. Um den aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegen zu treten, verpflichten sich die Parteien mit der Auflage 9, Eigenmarkenhersteller nur dann durch Migros-Industrien zu ersetzen, wenn diese das Produkt in einer vergleichbaren Qualität zu günstigeren Preisen liefern. Die so erzielten netto Einsparungen müssen an die Konsumenten weitergegeben werden (vgl. Dispositiv). Diese Auflage gilt nicht für multinationale Unternehmen, ihre Tochtergesellschaften und für grosse Schweizer Unternehmen, weil diese Unternehmen über eine genügende Verhandlungsmacht gegenüber der Migros verfügen.

#### **C.2.3.3.5 Fazit**

632. Infolge der starken Stellung von Migros und Denner auf allen Beschaffungsmärkten, der Behinderung des Zugangs zu den Absatzmärkten (Marktverschliessungseffekt) sowie der grundsätzlich schwachen Substituierbarkeit der Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels ist die aktuelle Konkurrenz unter den verschiedenen Vertriebskanälen des Detailhandels nach dem Zusammenschluss als ungenügend zu qualifizieren.

633. Aus Sicht der Lieferanten ist es zudem wenig wahrscheinlich, dass sich Aldi und Lidl in den nächsten Jahren als flächendeckende Anbieter etablieren können. Weiter ist für die meisten Lieferanten ein Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels als schwierig und kostenaufwändig zu beurteilen. Daraus lässt sich schliessen, dass die potenzielle Konkurrenz die Schweizer Detailhändler während den nächsten Jahren auf den Beschaffungsmärkten nicht genügend zu disziplinieren vermag.

634. Die Analyse der Einflussfaktoren auf die Stellung der Marktgegenseite zeigte, dass sich die Position der Hersteller und Lieferanten in Abhängigkeit der Konzentration auf den Beschaffungsmärkten sowie der produzierten bzw. vertriebenen Produkte unterscheiden kann. Hersteller von Leaderprodukten können am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel schaffen. Dies trifft für Hersteller von weniger bekannten Marken und Mitnahmeprodukten sowie für Eigenmarkenhersteller in einem weit geringeren Ausmass zu. Keine Verhandlungsmacht haben individuell abhängige Lieferanten. Insgesamt ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme von Unternehmen, die Leadermarken anbieten – als schwach zu beurteilen.

635. Es ist davon auszugehen, dass sich die durch das Zusammenschlussvorhaben induzierten wettbewerbsrechtlichen Probleme nicht auf einzelne Märkte beziehen, sondern auf mehreren Beschaffungsmärkten auftreten können.

636. Die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auf gewissen Beschaffungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet, kann infolge der Auflagen (vgl. Dispositiv) jedoch offen gelassen werden.

#### **C.2.3.4 Kollektive Marktbeherrschung**

637. Beschaffungsseitig gilt analog zum Vorgehen auf dem Absatzmarkt zu prüfen, ob die Integration von Denner durch die Migros ein Potenzial für kollusives Verhalten hat und dadurch eine kollektive Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG auf den Beschaffungsmärkten begründet.

638. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf jedem Beschaffungsmarkt. Dazu werden folgende Kriterien herangezogen: Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien,

das Marktwachstum, die Markttransparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz (vgl. Rz. 467).<sup>163</sup>

639. Diese Kriterien müssten im Folgenden für jeden Beschaffungsmarkt einzeln geprüft werden. Eine solch umfassende Analyse kann aufgrund der knappen Frist der Fusionskontrolle jedoch nicht durchgeführt werden. Deshalb werden die Beschaffungsmärkte nachfolgend gemeinsam auf das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop geprüft. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich umso mehr vor dem Hintergrund, als die Frage der Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf den Beschaffungsmärkten mangels genügenden Anhaltspunkten nicht abschliessend beantwortet werden kann.

#### *Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration*

640. Die Anzahl der an einer allfälligen, kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen ist auf jedem Beschaffungsmarkt klein (Migros/Denner und Coop) und die Marktstärke der nicht beteiligten Wettbewerber gering.

641. Damit von kollektiver Marktbeherrschung auf einem Beschaffungsmarkt gesprochen werden kann, dürfte erforderlich sein, dass der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen die Schwelle von 50-60% übersteigt (vgl. Rz. 475).

642. Die Weko hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Erhebung exakter Daten zur Berechnung der Marktanteile auf den Beschaffungsmärkten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, weshalb die Marktanteile der Detailhändler auf den einzelnen Beschaffungsmärkten als annähernd so gross wie jene auf dem entsprechenden Absatzmarkt anzunehmen sind, wobei der Absatzmarkt gemäss Weko-Definition den Spezialhandel, die Gastronomie, Convenience-Shops und den Export nicht umfasst.<sup>164</sup> Ein Vergleich des gemeinsamen Marktanteils von Migros und Denner auf dem Absatzmarkt von [40-50]% (vgl. Tabelle 13) mit den Marktanteilen auf den Beschaffungsmärkten in Tabelle 21 legt nahe, dass diese Annahme in casu gerechtfertigt ist, obwohl es sich bei den Angaben in Tabelle 21 um Höchstwerte handelt (vgl. Rz. 545).

643. Addiert man zu den in Tabelle 21 ausgewiesenen Marktanteilen der Zusammenschlussparteien auf den Beschaffungsmärkten die Marktanteile von Coop, welche pro Produktgruppe gemäss dem Marktanteil auf dem Absatzmarkt etwa [30-40]% (vgl. Tabelle 13) betragen dürften, so folgt, dass der gemeinsame Marktanteil von Migros/Denner und Coop auf allen Beschaffungsmärkten die Schwelle von 50-60% deutlich übersteigt. Dieses Ergebnis ergibt sich auch unter der Berücksichtigung der in Rz. 642 erwähnten Vorbehalte zu den Angaben in Tabelle 21.

644. Aufgrund der hohen Marktanteile von Migros und Coop sind die Vertriebskanäle des Detailhandels bereits vor dem Zusammenschluss stark konzentriert. Als Folge der Übernahme wird die bereits heute hohe Konzentration zunehmen.

#### *Symmetrien*

645. Beschaffungsseitig unterscheiden sich Migros und Coop grundsätzlich im Grad ihrer vertikalen Integration. Auf gewissen Märkten sind jedoch beide vertikal integriert oder nicht bzw. schwach integriert. Zu nennen ist beispielsweise der Fleischmarkt mit Micarna und Bell, in welchem sowohl Migros als auch Coop vertikal integriert sind. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass Migros im Gegensatz zu Coop primär Eigenmarken führt: Während der Eigenmarkenanteil im Sortiment von Migros [...] % der Produkte umfasst, sind es bei Coop [...] %. Allerdings wird Migros nach dem Zusammenschluss – für den Denner-Kanal – vermehrt Markenartikel beschaffen. Somit erhöht sich die Symmetrie durch den Zusammenschluss.

#### *Marktwachstum*

646. Es ist von stabilen Verhältnissen auf den Beschaffungsmärkten auszugehen; erstens infolge des gesättigten Absatzmarkts (vgl. Rz. 497 f.) und zweitens, weil Aldi und Lidl aus oben genannten Gründen in den nächsten Jahren keine valablen Absatzalternativen zu Migros, Coop und Denner darstellen können (vgl. Rz. 568 ff.).

#### *Markttransparenz*

647. Gemäss Angaben von Marktteilnehmern kennen die Detailhändler die Konditionen ihrer Konkurrenten bei den verschiedenen Lieferanten grundsätzlich nicht. Allerdings liesse sich der Einstandspreis basierend auf den Endverkaufspreis schätzen. Zudem würden Preissenkungsrunder auf der Beschaffungsseite über die Presse kommuniziert. Der heute bestehende Grad an Transparenz würde durch den Zusammenschluss erhöht, da nach der Transaktion ein Marktteilnehmer weniger beobachtet werden muss.

#### *Multimarktbeziehungen*

648. Wie in Rz. 119 dargelegt, wird die Stabilität von kollusivem Verhalten erhöht, wenn die Firmen auf mehreren Märkten agieren. Aufgrund des Zusammenschlusses ergeben sich zusätzliche Interaktionen auf den Beschaffungsmärkten, beispielsweise in den Produktgruppen alkoholische Getränke und Tabak. Somit erhöht sich die Anzahl der Multimarktbeziehungen von Migros/Denner und Coop durch den Zusammenschluss.

#### *Stellung der Marktgegenseite*

649. Wie oben ausführlich dargelegt wurde (vgl. Abschnitt C.2.3.3.3), ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme von Unternehmen, die Leadermarken anbieten – als schwach zu beurteilen. Durch den Zusammenschluss wird die Marktgegenseite zusätzlich geschwächt, da für die Lieferanten ein unabhängiger Absatzkanal wegfällt.

#### *Potenzielle Konkurrenz*

650. Wie oben ausführlich dargelegt wurde (vgl. Abschnitt C.2.3.3.2), ist die potenzielle Konkurrenz auf den

<sup>163</sup> Für die relevante ökonomische Literatur sei auf die entsprechenden Quellen in Kapitel C.2.2.3 verwiesen.

<sup>164</sup> Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 591, Rz. 128; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 136, Rz. 131.

nationalen Beschaffungsmärkten als schwach zu bezeichnen, da Aldi und Lidl (nach dem erwarteten Markteintritt) – ausser auf einzelnen Märkten wie Gemüse/Salate und Obst/Früchte – ihre Nachfrage vorwiegend über ein konzerninternes Beschaffungswesen auf internationalen Beschaffungsmärkten befriedigen (werden).

#### *Fazit*

651. Es ist nicht auszuschliessen, dass infolge des Zusammenschlusses auf gewissen Beschaffungsmärkten ein signifikantes Potential für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung begründet wird, weil jeder der geprüften Faktoren für sich alleine betrachtet kollusionsfördernd ist. Allerdings ergaben sich aufgrund der vorliegenden Informationen keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer allfällig kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf den Beschaffungsmärkten.

#### **C.2.3.5 Zwischenergebnis**

##### *Einzelmarktbeherrschung*

652. Infolge der starken Stellung von Migros und Denner auf allen Beschaffungsmärkten, der Behinderung des Zugangs zu den Absatzmärkten (Marktverschliessungseffekt) sowie der grundsätzlich schwachen Substituierbarkeit der Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels ist die aktuelle Konkurrenz unter den verschiedenen Vertriebskanälen des Detailhandels nach dem Zusammenschluss als ungenügend zu qualifizieren.

653. Aus Sicht der Lieferanten ist es zudem wenig wahrscheinlich, dass sich Aldi und Lidl in den nächsten Jahren als flächendeckende Anbieter etablieren können. Weiter ist für die meisten Lieferanten ein Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels als schwierig und kostenaufwändig zu beurteilen. Daraus lässt sich schliessen, dass die potenzielle Konkurrenz die Schweizer Detailhändler während den nächsten Jahren auf den Beschaffungsmärkten nicht genügend zu disziplinieren vermag.

654. Die Analyse der Einflussfaktoren auf die Stellung der Marktgegenseite zeigte, dass sich die Position der Hersteller und Lieferanten in Abhängigkeit der Konzentration auf den Beschaffungsmärkten sowie der produzierten bzw. vertriebenen Produkte unterscheiden kann. Hersteller von Leaderprodukten können am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel schaffen. Dies trifft für Hersteller von weniger bekannten Marken und Mitnahmeprodukten sowie für Eigenmarkenhersteller in einem weit geringeren Ausmass zu. Keine Verhandlungsmacht haben individuell abhängige Lieferanten. Insgesamt ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme von Unternehmen, die Leadermarken anbieten – als schwach zu beurteilen. Durch den Zusammenschluss wird die Marktgegenseite zusätzlich geschwächt, da für die Lieferanten ein unabhängiger Absatzkanal wegfällt.

655. Es ist davon auszugehen, dass sich die durch das Zusammenschlussvorhaben induzierten wettbewerbsrechtlichen Probleme nicht auf einzelne Märkte beziehen, sondern auf mehreren Beschaffungsmärkten auftreten können.

656. Die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auf gewissen Beschaffungsmärkten eine marktbeherrschende

de Stellung begründet, kann infolge der Auflagen (vgl. Dispositiv) jedoch offen gelassen werden.

##### *Kollektive Marktbeherrschung*

657. Es ist nicht auszuschliessen, dass infolge des Zusammenschlusses auf gewissen Beschaffungsmärkten ein signifikantes Potential für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung begründet wird, weil jeder der geprüften Faktoren für sich alleine betrachtet kollusionsfördernd ist. Allerdings ergaben sich aufgrund der vorliegenden Informationen keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer allfällig kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf den Beschaffungsmärkten.

#### **C.3 Ergebnis**

658. Die Analyse der Marktanteile, der Rolle der Marktteilnehmer, der Marktanteilsverteilung und der Konzentration zeigt, dass die aktuelle Konkurrenz auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt durch den Zusammenschluss substantiell geschwächt wird. Die potenzielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten ist wegen den hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht.

659. Allerdings ergaben sich keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussparteien, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Aufgrund der starken Stellung von Coop wurde eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop fokussiert.

660. Der Zusammenschluss begründet auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen Migros/Denner und Coop, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden kann. Deshalb kann der Zusammenschluss in der gemeldeten Form nicht zugelassen werden. Im Rahmen des Verfahrens haben die Parteien Auflagen vorgeschlagen, welche ein Verbot des Zusammenschlusses aus Gründen der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5. Abs. 2 BV nicht mehr rechtfertigen. Die im Dispositiv genannten Auflagen tragen den wettbewerbsrechtlichen Bedenken zur kollektiven Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop insofern Rechnung, als sie bis zum Zeitpunkt, in welchem die heutige Rolle von Denner durch andere Anbieter im Markt übernommen werden kann, eine substantielle Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem Absatzmarkt verhindern.

661. Die Analyse der Beschaffungsmärkte führte zum Ergebnis, dass sich die durch das Zusammenschlussvorhaben induzierten wettbewerbsrechtlichen Probleme nicht auf einzelne Märkte beziehen, sondern auf mehreren Beschaffungsmärkten auftreten können. Die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auf gewissen Beschaffungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien begründet, kann infolge der Auflagen offen gelassen werden.

662. Weiter ist nicht auszuschliessen, dass infolge des Zusammenschlusses auf gewissen Beschaffungsmärkten ein signifikantes Potential für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung begründet wird. Allerdings ergaben sich aufgrund der vorliegenden Informationen keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer allfällig kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop auf den Beschaffungsmärkten.

663. Namentlich unter Berücksichtigung der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb sowie der obigen Erwägungen wird das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter den im Dispositiv dargelegten Auflagen genehmigt.

#### D. KOSTEN

[...]

#### E DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Weko):

1. Das Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

1. Der Migros-Genossenschafts-Bund wird verpflichtet, Denner juristisch, organisatorisch und operationell selbständig zu belassen.

2. Diese Selbständigkeit umfasst in operationeller Hinsicht insbesondere folgende Elemente:

a) Denner betreibt eine eigenständige Preis- und Aktionspolitik.

b) Denner betreibt eine eigenständige Sortimentspolitik [...]:

- [...].

- [...].

- [...].

- [...].

- [...].

c) Denner bestimmt selbständig die Öffnung und Schliessung seiner Verkaufsstellen mit folgenden Eckpunkten:

- Denner-Verkaufsstellen werden nicht in Migros-Verkaufsstellen (oranges M, MM, MMM) umgewandelt.

- Denner wird die Verträge mit den Denner-Satelliten nicht ohne wichtigen Grund (bspw. Verletzung Partnerschaftsvertrag) kündigen und diese Verträge weiterhin erfüllen. (2)

d) [...]

e) Denner nimmt nicht am Kundenbindungsprogramm der Migros (Cumulus) und Migros

nicht an einem allfälligen Kundenbindungsprogramm von Denner teil.

f) Die Marke Denner bleibt im Markt erhalten und wird als solche selbständig beworben. Denner betreibt einen eigenen Internetauftritt.

g) Die Mehrheit des Verwaltungsrates, einschliesslich des Präsidenten von Denner, sind von Migros unabhängige Dritte. Als unabhängig gelten Personen, die weder in einem Anstellungsverhältnis zu einem Unternehmen der Migros-Gemeinschaft stehen, noch in einer solchen Gesellschaft eine Organfunktion inne haben.

3. Die Migros-Gemeinschaft ("Migros") darf in der Schweiz keinen anderen Lebensmitteldetailhändler erwerben. [...]:

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

- [...]

4. Migros wird verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden. Als relevanter Markt gilt der Lebensmitteldetailhandel (Absatzmarkt). (3)

5. Migros darf keine M-Budget Geschäfte eröffnen. (3)

6. Migros wird dauerhaft verpflichtet, gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivität zu verzichten. [...].

7. Migros und Denner werden verpflichtet, die Waren, die für den Wiederverkauf bestimmt sind, getrennt zu beschaffen.

8. Lieferanten, die in den Jahren 2004-2006 im Durchschnitt mehr als 30% ihres Umsatzes mit Denner erzielt haben ("30%-Lieferanten"), können Denner im bisherigen Umfang (Toleranz: 10% der im Vorjahr abgenommenen Menge) weiterhin beliefern, sofern der Lieferant die Produkte in einer marktüblichen Qualität und zu einem konkurrenzfähigen Preis liefert (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten). Listet Denner ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der 30%-Lieferant bereit ist, das Produkt in marktüblicher Qualität und zu konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Denner/Migros, für den betroffenen 30%-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30%-

Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde.

9. Denner darf Eigenmarkenlieferanten nur dann durch Migros-Industrien ersetzen, wenn diese das Produkt in einer vergleichbaren Qualität zu günstigeren Preisen liefern. Ziffer 8 geht vor. Die so erzielten netto Einsparungen werden an die Konsumentinnen und Konsumenten weitergeben.

10. Die Auflagen bleiben sieben Jahre in Kraft. Für gewisse Auflagen gelten abweichende Fristen. Diese sind in Klammern nach der jeweiligen Auflage festgelegt. Der Stichtag zur Bestimmung der Basis für numerisch formulierte Auflagen ist der 4. September 2007.

11. Die Denner-Satelliten werden von den Auflagen nicht erfasst. Vorbehalten bleiben Auflagen, die explizit die Denner-Satelliten miteinbeziehen. Die Auflagen 7, 8 und 9 gelten nicht für multinationale Unternehmen und ihre Tochtergesellschaften sowie für grosse Schweizer Unternehmen gemäss [...].

12. Sollten sich die Verhältnisse im Schweizer Detailhandelsmarkt in wesentlichem Masse ändern, hat Migros das Recht, ab 1. Januar 2010 bei der Weko die Abänderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen. Als Indiz für eine wesentliche Änderung der Verhältnisse gilt etwa der Nachweis, dass Aldi zusammen mit Lidl in der Schweiz insgesamt mindestens 250 Verkaufsstellen eröffnet haben und in allen Landesteilen vertreten ist bzw. sind. Die Weko ist in ihrem Entscheid in jedem Fall frei.

13. Eine durch die Weko zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Bei Vorliegen von wichtigen Gründen steht der Migros bei der Bezeichnung der Revisionsstelle ein Vetorecht zu. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der Weko unter Inkenntnissetzen der Migros jährlich. Die Kosten der Revisionsgesellschaft werden von Migros bezahlt.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.

3. [Kosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

## ANHÄNGE

### A1 Umsatz- und Marktanteilsentwicklung

Tabelle 1: Umsatzentwicklung in Mio. CHF

Tabelle 2: Marktanteilsentwicklung

Tabelle 3: Marktanteilsdynamik

### A2 Standorte, Marktanteile, Konzentration

Abbildung 1: 106 MS-Regionen der Schweiz

Tabelle 1: [...]

Tabelle 2: [...]

### A3 Karten

Abbildung 1: Expansion Aldi (Stand Juni 2007)

Abbildung 2: [...]

Abbildung 3: Marktanteile Migros/Denner und Coop (Stand Dezember 2006)

Abbildung 4: [...]

Umsatz- und Marktanteilsentwicklung





Expansion Verkaufsstellen Aldi: Stand per 30. Juni 2007

---

Kumulierte Marktanteile Migros/Denner und Coop (K2)

---

## E Diverses

### Divers

### Diversi

E 1	1. <b>Bericht über KMU-Bekanntmachung und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen: Überprüfung der Auswirkungen und allfälliger Anpassungsbedarf</b>
-----	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

#### A. Hintergrund

1. Bereits kurz nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 haben die Wettbewerbsbehörden die Umsetzung des neuen Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG an die Hand genommen, indem sie erste Gespräche mit den betroffenen Kreisen führten. In der Folge wurden Eckwerte definiert und mehrere Varianten diskutiert. Ende November 2004 ging ein erster Entwurf einer KMU-Bekanntmachung in die Vernehmlassung. Aufgrund der zahlreichen Rückmeldungen wurden der erste Entwurf überarbeitet und weitere Varianten diskutiert. Mitte Juli 2005 fand eine weitere Vernehmlassung bis Ende September 2005 statt. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2005 wurde die definitive Version der KMU-Bekanntmachung verabschiedet. Gemäss Ziffer 10 der KMU-Bekanntmachung hat die Weko die Auswirkungen der Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren zu überprüfen.

2. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2006 wandte sich der Schweizerische Gewerbeverband (SGV) an das Sekretariat der Weko mit der Bitte, die KMU-Bekanntmachung und die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen anhand von verschiedenen Änderungsvorschlägen zu überarbeiten. Aufgrund der damals laufenden Diskussionen über die Änderung der Bekanntmachung über vertikale Abreden konnte dem Wunsch des SGV im damaligen Zeitpunkt nicht entsprochen werden. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2007 wurde das Sekretariat der Weko durch den SGV erneut aufgefordert, die KMU-Bekanntmachung und die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen zu überprüfen bzw. anzupassen.

3. An ihrer Sitzung vom 17. Dezember 2007 beschloss die Weko auf Antrag des Sekretariates, bei den Vernehmlassungsadressaten bzw. denjenigen Organisationen und Institutionen, die sich bereits anlässlich der Entstehung der KMU-Bekanntmachung vernehmen liessen, eine (kleine) Umfrage bezüglich beider Bekanntmachungen durchzuführen. Auf die Ergebnisse wird nachfolgend unter dem Abschnitt E. eingegangen.

#### B. Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Umgang mit der KMU-Bekanntmachung

4. Gemäss Ziffer 10 der KMU-Bekanntmachung überprüft die Weko die Auswirkungen der Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren.

5. Die KMU-Bekanntmachung hatte zum Ziel, den KMU aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich problematisch sind und welche nicht. Die Wirkung der KMU-Bekanntmachung besteht insbesondere darin, dass

sie klargestellt hat, dass KMU – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend – in Bezug auf die harten Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) durch die Wettbewerbsbehörden nicht anders behandelt werden können als alle anderen Unternehmen. Dagegen sind andere Arten von Absprachen unter KMU bzw. Kleinstunternehmen gemäss KMU-Bekanntmachung unter bestimmten Voraussetzungen als unbedenklich einzustufen. Diesbezüglich hat die KMU-Bekanntmachung eine Wirkung erzielt und Rechtssicherheit geschaffen. Zudem wurde dadurch, dass anstelle einer umfassenden KMU-Definition Marktanteilsschwellen aufgestellt werden, dem Bedürfnis Rechnung getragen, eine Art allgemeine „de-minimis-Bekanntmachung“ zu erlassen, die nicht nur für KMU, sondern auch für alle anderen Unternehmen gilt. Schliesslich hat die Weko – entsprechend Ziffer 1 Abs. 3 der KMU-Bekanntmachung – von Amtes wegen grundsätzlich keine Fälle aufgegriffen, welche Abreden zum Gegenstand hatten, die im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen standen und nur eine beschränkte Marktwirkung aufwiesen oder an denen nur Kleinstunternehmen im Sinne von Ziffer 4 der KMU-Bekanntmachung beteiligt waren.

6. Im Weiteren wurde in der neuen Vertikal-Bekanntmachung das Verhältnis zur KMU-Bekanntmachung geregelt: Im Grundsatz geht die Vertikal-Bekanntmachung der KMU-Bekanntmachung vor, d.h. es gibt keine besonderen KMU-Regeln in der Vertikalbekanntmachung. Ausnahme bildet Ziffer 5 Bst. b der KMU-Bekanntmachung, die der Vertikal-Bekanntmachung vorgeht. Vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen (somit nicht alle KMU), die keine Elemente einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG enthalten, sind in der Regel unerheblich. Dies bedeutet, dass Abreden gemäss Ziffer 12 der Vertikal-Bekanntmachung, die bei anderen Unternehmen zu erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen gemäss Art. 5 Abs. 1 KG führen, für Kleinstunternehmen unproblematisch sind (Hauptanwendungsfall bilden die Wettbewerbsverbote). Bei anderen Abreden wird auf eine Einzelfallprüfung verzichtet, da davon auszugehen ist, dass diese ebenfalls unerheblich sind.

7. Die Erfahrungen der letzten Monate haben gezeigt, dass sich die KMU-Bekanntmachung seit ihrem Inkrafttreten bewährt hat: So erfolgten hinsichtlich der Auslegung der KMU-Bekanntmachung nur wenige Anfragen. Die meisten dieser Anfragen betrafen die Frage der Anwendung des KG auf harte Kartellabsprachen unter KMU, eine Frage, welche die KMU-Bekanntmachung eindeutig beantwortet. Zur besseren Verständlichkeit beigetragen haben dürfte in diesem Zusammenhang der

Umstand, dass Vertreter des Sekretariates der Weko bereits vor, aber auch nach dem Erlass der KMU-Bekanntmachung deren Umfang und Tragweite anlässlich verschiedener Veranstaltungen und Tagungen erläutert haben.

### **C. Erfahrungen mit der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen**

8. Die Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen hat sich über Jahre hinweg bewährt, zumal sie aufzeigt, unter welchen Voraussetzungen eine zulässige Kalkulationshilfe vorliegt, und diese von den unzulässigen Preisabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG abgrenzt. Zudem haben die Weko und das Sekretariat verschiedenen Gruppen von Angehörigen der freien Berufe und Verbänden Alternativen zu Preisempfehlungen aufgezeigt, die einerseits den Bedürfnissen dieser Berufsgruppe entsprechen dürften, andererseits als kartellrechtskonform einzustufen sind: Dies betrifft zum einen Leistungsbeschreibungen ohne jegliche Tarif- oder Grössenangaben (etwa eine Auflistung von Kostenfaktoren für Miete, Löhne, Mobiliar etc.), zum anderen die Veröffentlichung historischer, aggregierter Angaben, die durch unabhängige Dritte erhoben werden. Das Sekretariat hat im Verlaufe dieses Jahres mehrere positive Rückmeldungen von Angehörigen der freien Berufe zu diesen Alternativen erhalten.

9. Die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen lässt sich auch nur bedingt in Verbindung mit der KMU-Bekanntmachung bringen: Denn die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen knüpft materiell an den (Preis-) Abredebegriff an. Preisabreden sind aber von der KMU-Bekanntmachung ohnehin ausgenommen, so dass sich zwischen den beiden Bekanntmachungen keine Überschneidungen ergeben. Es erscheint daher nicht angezeigt, im Rahmen der Überprüfung der KMU-Bekanntmachung eine Anpassung der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen ins Auge zu fassen. Ein anderweitiger Grund zur Anpassung der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen erscheint auch nicht ersichtlich zu sein.

### **D. Zu den wichtigsten Änderungsvorschlägen, die im Rahmen der Wirkungsanalyse vorgebracht wurden**

#### **1. Generelle Änderungsvorschläge**

10. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Auswirkungen der KMU-Bekanntmachung wurde u.a. vorgebracht, dass Preisabreden mit beschränkter Marktwirkung zulässig sein müssten. Dieses Anliegen ist wie folgt zu beurteilen:

11. Insoweit sich eine Preisabrede in unerheblicher Weise auf den Markt auswirkt, ist sie zulässig. Spricht sich beispielsweise ein Bäcker aus dem Kanton Bern mit einem anderen Bäcker aus dem Kanton Luzern hinsichtlich der Brotpreise ab, stellt dies an sich eine harte Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Dieser Fall ist jedoch unproblematisch, da der räumlich relevante Markt für den Einkauf von Brot wohl nicht kantonsübergreifend, sondern viel enger, möglicherweise gar lokal abzugrenzen ist. Es dürfte daher keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Ähnliches gilt, wenn sich z.B. 2 oder 3 Bäcker in einer grösseren Stadt

hinsichtlich der Preise absprechen. Auch in diesem Fall liegt an sich eine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor. Dennoch ist auch diese Abrede unerheblich, wenn es genügend andere Bäcker und/oder andere Grossverteiler (Migros, Coop etc.) gibt, welche ebenfalls Backwaren verkaufen, also auf demselben sachlich relevanten Markt tätig sind (Aussenwettbewerb). An diesen Beispielen zeigt sich deutlich, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt sowie die Markt-abgrenzung eine entscheidende Rolle spielen. Da diese von Fall zu Fall zu beurteilen sind und unterschiedlich sein können, ist es nicht möglich, diesbezüglich einheitliche Kriterien für KMU aufzustellen.

12. Zudem wurde geltend gemacht, dass Preisempfehlungen unter gewissen Voraussetzungen generell als zulässig erachtet werden müssten:

13. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die Frage der Preisempfehlungen analog der Regelung in der Bekanntmachung über die vertikalen Abreden auch für die horizontalen Fälle zu regeln. Allerdings stellt sich auch hier die Frage nach dem Sinn und Zweck einer solchen Regelung, denn kann die Beurteilung – wie die Kriterien in Ziffer 11 Abs. 2 der Bekanntmachung über die vertikalen Abreden zeigen – letztlich nur bezogen auf den Einzelfall erfolgen. Von daher ist fraglich, ob die Beurteilung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen in generell-abstrakter Weise überhaupt vorgenommen werden kann.

14. Im Übrigen dürfen Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen einander nicht gleichgesetzt werden, denn Erstere fallen je nach Umständen unter den Begriff der Preisabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, währenddem Letztere vom Abredebegriff grundsätzlich nicht erfasst werden und damit an sich als unproblematisch zu betrachten sind.

15. Weiter wurde die Einführung einer „Mehrheitsregel“, wonach Preisempfehlungen kartellrechtlich nur dann problematisch sein sollen, wenn sie von einer Mehrheit eingehalten würden.

16. Es kann jedoch nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, dass Preisempfehlungen nur dann problematisch sind, wenn sie von einer Mehrheit der Beteiligten eingehalten wird. Vielmehr kann eine Wettbewerbsabrede unter gewissen Voraussetzungen bereits dann erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG sein, wenn sich eine Minderheit daran hält.

#### **2. Spezifische Änderungsvorschläge**

17. Neben den allgemeinen Anliegen wurden auch spezifische Änderungsvorschläge gemacht, insbesondere wurde die Frage aufgeworfen, ob Kalkulationshilfen und Preisempfehlungen, soweit diese von der Mehrheit der Beteiligten für die eigene Berechnung oder zu Schulungszwecken benutzt werden, zulässig sein müssten:

18. Beide Varianten entsprechen indessen nicht der Praxis der Wettbewerbsbehörden und sind mit Art. 5 KG nicht zu vereinbaren: Die Benutzung durch die Mehrheit der Beteiligten birgt das Risiko einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung in sich. Ähnliches gilt für Schulungszwecke. Zudem sollte vermieden werden, dass Lernenden der Eindruck vermittelt wird, es sei kartell-

rechtlich unbedenklich, auf einheitliche, vorgegebene Berechnungsgrundlagen abzustellen.

19. Darüber hinaus wurde zur Diskussion gestellt, dass Kalkulationshilfen und Preisempfehlungen für KMU zulässig sein müssten, sofern Bandbreiten von mindestens 15 % vorgesehen sind, bei absoluten Beträgen Rabatte, Zuschläge etc. möglich sind oder nur Teilleistungen betroffen sind:

20. Kartellrechtlich wäre auch diese Bestimmung problematisch: Bandbreiten können nicht allgemeingültig für zulässig erklärt werden, zumal sie in der Tendenz dazu führen können, dass sich der Preis bzw. das Preisniveau in einem bestimmten Bereich (eher am oberen Ende der Bandbreite) einpendelt. Zudem ist offen, worauf sich diese Bandbreite stützt (Kosten, Marge etc.). Der Vorschlag würde die Möglichkeit eröffnen, die Bandbreite irgendwo, quasi willkürlich festzulegen. Die Festlegung von Fixbeträgen erscheint vor diesem Hintergrund noch problematischer, da sie einen noch stärkeren Orientierungspunkt darstellen würden. Schliesslich ist auch die Festlegung von Tarifen für Teilleistungen als Preisbestandteil aufzufassen und damit ebenfalls vom Abredobegriff nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst. Zudem bestehen, wie oben erwähnt, zulässige Alternativen zu Preisempfehlungen.

21. Schliesslich wurde vorgebracht, dass gegenüber Kleinstunternehmen generell von einer Verfahrenseröffnung abzusehen sei. Soweit harte Kartellabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zur Diskussion stehen, wäre ein solcher Verzicht jedoch als gesetzeswidrig zu betrachten.

### **E. Resultate und Würdigung der Umfrageergebnisse**

22. Das Interesse an der Umfrage fiel – gemessen an den Antworten und deren Umfang – eher gering aus: Von den über den Schweizerischen Gewerbeverband angefragten Berufs- und Branchenverbänden reichten lediglich 7 eine Stellungnahme ein. Die KMU-Bekanntmachung scheint für die Betroffenen nicht allzu wichtig zu sein.

23. Der Hauptteil der Antworten, den das Gewerbe über den Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) eingereicht hat, enthält über weite Strecken bereits bekannte oder gleiche bzw. ähnliche Argumente, die z.T. schon im Vorfeld zum Erlass der KMU-Bekanntmachung vorgebracht wurden (fehlende Wirkung der KMU-Bekanntmachung, mangelnde Rechtssicherheit und Verständlichkeit, Bedürfnis nach Überarbeitung der KMU-Bekanntmachung und der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen, Forderung nach echten Ausnahmen vom Verbot harter Absprachen für Mikrounternehmen unter gewissen Voraussetzungen, Ergänzung der KMU-Bekanntmachung mit Erläuterungen und Beispielen). Diese Forderungen wurden von der Weko beim Erlass der KMU-Bekanntmachung bereits eingehend diskutiert und – soweit dies im gesetzlichen Rahmen möglich ist – berücksichtigt bzw. bewusst nicht berücksichtigt.

24. Die anderen Vernehmlassungsadressaten (Behörden, Gerichte etc.) äusserten sich – wenn überhaupt –

nur sehr zurückhaltend. Sie gehen in der Tendenz davon aus, dass die KMU-Bekanntmachung, wenn sie auch keinen allzu grossen Nutzen gebracht haben mag, auch nicht geschadet hat.

25. Die Beurteilung der einzelnen Ziffern der KMU-Bekanntmachung in den Antworten widerspiegelt die generelle Kritik indessen nicht oder nur ansatzweise. Der grosse Teil der Antwortenden, mitunter auch des Gewerbes, erachtet die einzelnen Artikel der KMU-Bekanntmachung als klar. Ein allfälliger Anpassungsbedarf scheint daher auch von Seiten des Gewerbes nicht eindeutig zu sein, zumal die Antworten des Gewerbes z.T. sehr unterschiedlich ausgefallen sind und die Kritik eher generell gehalten ist. Zudem blieb das Interesse an den weiterführenden Veranstaltungen zur KMU-Bekanntmachung insgesamt bescheiden. Der Widerspruch zwischen den Antworten zur Klarheit der einzelnen Artikel und der generellen Kritik an der Verständlichkeit der KMU-Bekanntmachung könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass die Anstrengungen der betroffenen Kreise, sich mit der Bekanntmachung auseinander zu setzen, eher gering waren.

26. Die Bemerkungen zu den Fragen zur Bekanntmachung über Kalkulationshilfen lassen darauf schliessen, dass eine Anpassung dieser Bekanntmachung nicht vorzuziehen ist.

27. Ein Revisionsbedarf für beide Bekanntmachungen scheint somit vor allem seitens des SGV zu bestehen, doch bleibt aufgrund der z.T. divergierenden Antworten der einzelnen Gewerbekreise und der übrigen Vernehmlassungsadressaten nicht restlos nachvollziehbar, wie genau die Bekanntmachungen anzupassen wären. Zudem scheinen die einzelnen Artikel der KMU-Bekanntmachung gemäss den eingereichten Antworten genügend klar zu sein. Eine Änderung der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen erscheint gestützt auf die eingegangenen Antworten ebenfalls nicht nötig zu sein.

28. Die Weko ist nach wie vor der Auffassung, dass sich eine Änderung der KMU-Bekanntmachung und/oder der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen nicht aufdrängt und – zumindest in der vorgeschlagenen Ausgestaltung mit echten Ausnahmen vom Verbot harter Absprachen für KMU – sich mit dem KG auch nicht vereinbaren liesse. Bis zu einem gewissen Grad liegt es zudem in der Natur der Sache, dass eine Bekanntmachung generell abstrakt formuliert sein muss, um auf eine Vielzahl von Fällen anwendbar zu sein. Der Erlass von Erläuterungen und/oder die Ergänzung der Bekanntmachungen mit Beispielen für jede Gewerbebranche erscheint daher kaum realisierbar, zumal die Verhältnisse in den einzelnen Branchen sehr unterschiedlich sind.

### **F. Schlussfolgerungen**

29. An ihrer Sitzung vom 3. März 2008 hat die Weko die Auswirkungen der KMU-Bekanntmachung gemäss Ziffer 10 derselben überprüft und beschlossen, auf eine Revision der KMU-Bekanntmachung zu verzichten. Auch eine Änderung der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen hat sie nicht als notwendig erachtet.

E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri
E 2	<b>1. Zusatzdienste für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung ("Supplementary Services for Preselection")</b>

*Gutachten vom 20. August 2007 in Sachen Zusatzdienste für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung ("Supplementary Services for Preselection")*

*Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)*

## INHALTSVERZEICHNIS

A	VERFAHREN	216
B	BEURTEILUNG	216
B.1	Marktbeherrschende Unternehmen	216
B.2	Relevanter Markt	217
B.2.1	Sachlich relevanter Markt	217
B2.1.1	Zusatzdienste	217
B.2.1.2	"Carrier Preselection" (CPS)	218
B.2.1.3	Anschlüsse	218
B2.1.4	Fazit	219
B.2.2	Räumlich relevante Märkte	219
B.3	Beurteilung der Marktstellung	219
B.3.1	Aktueller Wettbewerb	219
B.3.1.1	"Carrier Preselection" (CPS)	219
B.3.1.2	Anschlüsse	219
B.3.1.3	Fazit	220
B.3.2	Potenzieller Wettbewerb	220
B.3.3	Ergebnis	221
C	SCHLUSSFOLGERUNG	221

## A VERFAHREN

1. Am 6. Mai 2004 reichte TDC Switzerland AG (Sunrise) via Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein auf kostenorientierte Preise gerichtetes Interkonnectionsgesuch betreffend verschiedene bei der Swisscom Fixnet AG (Swisscom) bezogene Dienste ein.

2. Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2) reichte am 19. August 2004 bei der ComCom ein Gesuch auf Erlass einer Verfügung der Bedingungen der Interkonnection betreffend verschiedene bei Swisscom bezogene Dienstleitungen ein.

3. Sunrise und Tele2 ersuchten in den beiden erwähnten Gesuchen unter anderem um kostenorientierte Interkonnection betreffend die Zusatzdienste für die Wahl der

Dienstanbieterin durch Vorbestimmung ("Supplementary Services for Preselection").

4. Die Interkonnectionsgesuche von Sunrise und Tele2 stützen sich insbesondere auf Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10). Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in verschiedenen Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren.

5. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2006 beantragte Swisscom betreffend die "Supplementary Services for Preselection", dass die Gesuche abzuweisen seien, wobei diesbezüglich unter anderem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bestritten wurde. Ist im Rahmen von Interkonnectionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (Art. 11a Abs. 2 FMG).

6. Mit am 9. Juli 2007 eingegangenem Schreiben hat das BAKOM die Wettbewerbskommission (Weko) um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung bei den "Supplementary Services for Preselection" im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG ersucht.

7. Die Weko gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1). Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang des Schreibens des BAKOM vom 6. Juli 2007. Die Weko behandelte in der Folge das vorliegende Gutachten an der erstmöglichen Sitzung vom 20. August 2007.

8. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission oder deren Rechtsmittelinstanzen im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften der "Supplementary Services for Preselection" und die Ausführungen der Parteien des Interkonnectionsverfahrens wird nachstehend eingegangen.

## B BEURTEILUNG

### B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

9. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2005/3, S. 589).

10. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unter-

nehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

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

## B.2 Relevanter Markt

### B.2.1 Sachlich relevanter Markt

12. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

13. Gegenstand der Interkonnectionsgesuche sind Zusatzdienste für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung. Bevor auf die einzelnen Zusatzdienste eingegangen wird, ist vorweg die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung, die sog. "Carrier Preselection" (CPS), zu beschreiben. CPS wird teilweise auch als Betreibervorauswahl bezeichnet.

14. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) müssen die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherstellen, wobei die ComCom die Einzelheiten unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung und der internationalen Harmonisierung regelt (Art. 28 Abs. 4 FMG). Die Einzelheiten wurden in Art. 9 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz (ComComV; SR 784.101.112) und im Anhang 2 zur ComComV, Technische und administrative Vorschriften betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen festgelegt (SR 784.101.112/2).

15. Bei der freien Wahl der Dienstanbieterin handelt es sich um ein Schlüsselement der Liberalisierung der Fernmeldedienste. Ohne dieses Instrument wäre es alternativen Anbieterinnen von Telefondiensten praktisch nicht möglich, Dienste anzubieten, da sie nicht über den Anschluss zu den Kunden verfügen würden (PETER FISCHER/OLIVER SIDLER, in: Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Rolf H. Weber (Hrsg.), S. 218).

16. Als Ausfluss der erwähnten Bestimmungen bietet Swisscom anderen FDA ein Standardangebot für CPS an ("Standard offer for the connection of telecommunications installations and services", Version 6.31 vom 16. April 2007, sog. "CPS Manual"). Zusätzlich bietet Swisscom anderen FDA Zusatzdienstleistungen für CSP an, die im "Annex 2 to the CPS Manual", Version 6.3 vom 28. Februar 2007, beschrieben sind. Vorliegendes Gutachten soll dem Auftrag des BAKOM entsprechend die Frage der Marktbeherrschung bei diesen Zusatzdienstleistungen für CPS beurteilen.

#### B.2.1.1 Zusatzdienste

17. Bei den Zusatzdienstleistungen handelt es sich u.a. um die Dienste "Invoice Details for Activation and Relocation Fees", "Deactivation Notification", "Access Cancel-

lation Notification", "List of Activated Customers" und "Migration of Carrier Selection Codes". Diese Zusatzdienstleistungen stellen im Wesentlichen Informationsdienstleistungen an andere FDA über die Einzelheiten einer allfälligen CPS-Schaltung bei einem Endkunden dar.

18. Im Folgenden sind diese Dienste einzeln kurz zu beschreiben. Es wird anschliessend für jeden Dienst zu prüfen sein, ob diese Zusatzdienstleistungen einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen oder ob sie allenfalls Teil eines relevanten Marktes sind, der insbesondere auch die CPS umfasst. Überdies wird für die Zusatzdienstleistungen geprüft, ob diese durch andere Dienstleistungen substituiert werden können.

19. Mit dem Dienst "Invoice Details for Activation and Relocation Fees" bietet Swisscom anderen FDA Informationen über die in Rechnung gestellten Einzelheiten von Aktivierungen oder von Umplazierungen einer CPS an. Diese Informationen werden von anderen FDA nur nachgefragt, falls diese CPS nachfragen. Ihrem Inhalt entsprechend können die Informationen nur von derjenigen Netzbetreiberin angeboten werden, bei welcher die CPS geschaltet ist.

20. Der Dienst "Deactivation Notification" informiert die FDA über die Einzelheiten einer Abschaltung einer CPS, beispielsweise falls ein CPS-Endkunde zu einer anderen CPS-Anbieterin gewechselt hat. Dieser Dienst wird nur in Zusammenhang mit der Grunddienstleistung CPS nachgefragt. Da die Abschaltung einer CPS durch die Netzbetreiberin erfolgt, kann dieser Dienst nur durch Swisscom angeboten werden. Für eine FDA, welche CPS nachfragt, ist anhand der ihr zur Verfügung stehenden Daten nicht ersichtlich, ob ein Endkunde eine geschaltete CPS deaktivieren liess oder ob der Endkunde beispielsweise für einen Monat abwesend ist.

21. Mit dem Dienst "Access Cancellation Notification" informiert Swisscom die CPS-Anbieterin darüber, dass ein Endkunde den Hausanschluss von Swisscom gekündigt hat. Diese Dienstleistung ist nur für FDA von Interesse, die auch als CPS-Anbieterinnen tätig sind. Der Anschluss kann nicht bei der CPS-Anbieterin sondern nur bei der Netzbetreiberin, in der Regel Swisscom, gekündigt werden. Swisscom ist damit die einzige Anbieterin die über diese Informationen verfügt.

22. Die "List of Activated Customers" enthält die Einzelheiten aller bei einer FDA aktivierten CPS-Schaltungen. Eine Aufstellung aller aktivierten CPS-Schaltungen wird einzig von Anbieterinnen in Anspruch genommen, die CPS nachfragen. Über die Details der geschalteten CPS kann dabei einzig die Netzbetreiberin Auskunft geben.

23. Mit dem Dienst "Migration of Carrier Selection Codes" ändert Swisscom den "Carrier Selection Code" (CSC) von Endkunden in einen anderen CSC. Der CSC ist der Auswahlcode für eine Dienstanbieterin. Es handelt sich um die Ziffernfolge, welche vor der Rufnummer des Gesprächspartners oder des gewünschten Dienstes gewählt werden muss, um die Verbindung über die gewünschte Dienstanbieterin aufzubauen (Anhang 2 zur ComComV, S. 6). Das BAKOM teilt auf Antrag den FDA bis zu drei Auswahlcodes mit fünf Ziffern zur Identifikation der Anbieterin zu (Art. 10 Abs. 1 ComComV). Migrati-



onen von CSC erfolgen durch Swisscom, da solche Migrationen von den FDA vorliegend nur bei Swisscom nachgefragt werden können.

24. Von Seiten der FDA wurden zu den "Supplementary Services for Preselection" u.a. folgende Angaben gemacht: In ihrer Eingabe vom 30. November 2006 an das BAKOM führte Sunrise aus, dass ihr die Aufschaltung eines CPS-Kunden nur dann etwas nütze, wenn sie die notwendigen Informationen habe, um das Kundenverhältnis zu verwalten und die erbrachten Dienstleistungen zu verrechnen. Entsprechend wichtig seien diese "Supplementary Services" für einen sinnvollen Einsatz der "Carrier Selection" als Grundlage eines funktionierenden Wettbewerbs. Tele2 führte mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 an das BAKOM aus, dass die "Supplementary Services for Preselection" sehr eng mit dem CPS-Dienst zusammenhängen würden.

25. Insgesamt ergibt sich, dass die beschriebenen Zusatzdienste nur in Zusammenhang mit CPS nachgefragt werden können. Die von Swisscom angebotenen Zusatzdienstleistungen richten sich ihrem Inhalt entsprechend nur an FDA, welche bei Swisscom CPS in Anspruch nehmen. Eine Nachfrage einer Zusatzdienstleistung ohne gleichzeitige Inanspruchnahme von CPS ergäbe keinen Sinn. Die Nachfrage nach Zusatzdienstleistungen steht damit in einem derart nahen Sachzusammenhang zur Grunddienstleistung und kann deshalb im Rahmen der Marktabgrenzung nicht isoliert betrachtet werden, da die Nachfrage nach Zusatzdienstleistungen nur im Rahmen der Nachfrage nach CPS erfolgt.

26. In gewissen Fällen kann es sich rechtfertigen, die technische Unterstützung für eine bestimmtes Produkt nicht als eigenen sachlich relevanten Markt anzusehen, sondern die Marktabgrenzung hinsichtlich dieses bestimmten Produkts insgesamt vorzunehmen (Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge et al. 2004, S. 111 ff.). Die Weko ist in einem ähnlichen Fall wie dem hier zu beurteilenden Sachverhalt zum Schluss gekommen, dass die Portierung von Rufnummern keinen eigenen relevanten Markt darstellt, sondern zusammen mit der Nachfrage eines entsprechenden Anschlusses zu betrachten ist (RPW 2005/3, S. 589 ff.).

27. Die beschriebenen Zusatzdienstleistungen stellen aufgrund der vorstehenden Ausführungen keine eigenen sachlich relevanten Märkte dar, sondern sind Teil eines weiter zu fassenden sachlich relevanten Marktes, der insbesondere die den Zusatzdienstleistungen zu Grunde liegende Basisdienstleistung der CPS umfasst. Dieser sachlich relevante Markt ist nachfolgend zu definieren.

### **B.2.1.2 "Carrier Preselection" (CPS)**

28. Zurückkommend auf den Ausgangspunkt der sachlichen Marktabgrenzung ist zu fragen, welche Dienstleistungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU substituierbar mit Carrier Preselection sind. Dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU entsprechend erfolgt die Beurteilung der Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite, also der Anbieterinnen von Fernmeldediensten.

29. Die Grundlagen der CPS wurden vorne in Rz. 13 ff. beschrieben. CPS, auch als Betreibervorauswahl bezeichnet, ist die dauerhafte Voreinstellung einer alternati-

ven FDA für den Aufbau von Telefongesprächen. Eine FDA, die schweizweit Sprachtelefoniedienstleistungen anbieten will, ist auf CPS-Angebote angewiesen. Aus Sicht der FDA existieren grundsätzlich keine Substitute zu einer derartigen Dienstleistung der etablierten Anbieterin, in diesem Fall Swisscom. Der sachlich relevante Markt umfasst deshalb die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA (Stufe Wholesale), wobei dieser sachlich relevante Markt auch die "Supplementary Services for Preselection" beinhaltet.

### **B.2.1.3 Anschlüsse**

30. Im Rahmen der Marktabgrenzung ist die Nachfrage der Wettbewerber nach Zugang zum Teilnehmeranschluss (beispielsweise durch CPS) von der Nachfrage der Endkunden nach einem (Telefon-)Anschluss an das Netz zu unterscheiden (Mathias Elspass, *Marktabgrenzung in der Telekommunikation*, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Marktes im netzgebundenen Telekommunikationssektor, Heidelberg 2005, S. 175). Es ist deshalb vorliegend auch eine Abgrenzung des relevanten Marktes betreffend Anschlüssen vorzunehmen, welche zur Sprachtelefonie geeignet sind.

31. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine zur Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.

32. Es stellt sich die Frage, inwiefern drahtlose Anschlussstechnologien als Substitut zu einem drahtgebundenen Anschluss in Betracht kommen, was nach der Praxis der Weko zurzeit nicht der Fall ist. Es lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat (RPW 2005/3, S. 590). Von einer Substituierbarkeit durch die Mobiltelefonie ist zurzeit nicht auszugehen, was ebenfalls eine Studie veranschaulicht, wonach die Endkunden nicht bereit sind, auf einen Festnetz-Anschluss zu verzichten, da der alleinige Gebrauch des Mobiltelefons zu teuer wäre (Nutzung von Telekomdiensten auf dem Festnetz, M.I.S. Trend SA, realisiert für das Bundesamt für Kommunikation, Lausanne, 29. August 2005). Dabei kann auch eine unterschiedliche Qualität der Verbindungen gegen eine Austauschbarkeit sprechen. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz erheblich günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht.

33. Es ist deshalb aus Endkundensicht neben der CPS von einem weiteren sachlich relevanten Markt auszugehen, der drahtgebundene Anschlüsse umfasst, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind. Als solche Festnetzanschlüsse kommen im Wesentlichen die auf den folgenden Infrastrukturen beruhenden drahtgebundenen Anschlüsse in Frage: die in der Regel auf dem Kupferkabel beruhenden Anschlüsse von Swisscom, die Koaxialkabel von Kabelnetzunternehmen (z.B. Cablecom) und der direkte Anschluss mittels Glasfaserkabel.

Diese Abgrenzung des relevanten Marktes entspricht insbesondere derjenigen im Gutachten der Weko vom 13. Juni 2005 betreffend Portierung von Einzelnummern (RPW 2005/3, S. 589 ff., S. 591).

34. In ihrer Verfügung vom 3. Juli 2006 betreffend die Bedingungen der Nummernportabilität befand die ComCom die Marktgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die Weko als konsistent und im Ergebnis überzeugend. Die Verfügung vom 3. Juli 2006 der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 (2A.507/2006) gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der Weko bestätigt wurden (Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3).

#### **B.2.1.4 Fazit**

35. Als Fazit ergibt sich, dass zwei sachlich relevante Märkte abzugrenzen sind: Einerseits ein Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA (Stufe Wholesale), wobei dieser sachlich relevante Markt auch die "Supplementary Services for Preselection" beinhaltet. Andererseits besteht aus Endkundensicht ein Markt, der drahtgebundene Festnetzanschlüsse umfasst, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind.

#### **B.2.2 Räumlich relevante Märkte**

36. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Auszugehen ist damit vom Angebot und der Nachfrage von CPS und von drahtgebundenen Anschlüssen. CPS und drahtgebundene Anschlüsse werden in der ganzen Schweiz angeboten und gesamtschweizerisch zu ähnlichen, d.h. weitgehend homogenen Bedingungen nachgefragt. Dies gilt bezüglich der CPS auch mit Blick auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen in Art. 28 Abs. 4 FMG sowie den entsprechenden Ausführungsvorschriften. Der räumlich relevante Markt ist deshalb schweizweit abzugrenzen.

### **B.3 Beurteilung der Marktstellung**

37. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch genügend starke andere disziplinierende Einflüsse eingeschränkt werden.

### **B.3.1 Aktueller Wettbewerb**

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

#### **B.3.1.1 "Carrier Preselection" (CPS)**

39. Im Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA (Stufe Wholesale) kann aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes nur Swisscom alternativen FDA ein schweizweites Angebot unterbreiten. Swisscom ist mithin die einzige Anbieterin, welche auf diesem Markt tätig ist.

40. Sunrise vertrat in ihrer Eingabe vom 30. November 2006 an das BAKOM die Auffassung, dass es aus Sicht der Marktgegenseite heute und in absehbarer Zukunft keine Substitute zu den Carrier Preselection-Diensten von Swisscom gebe. Wolle die Marktgegenseite (d.h. die FDA) Swisscom Anschlusskunden Telefondienste anbieten, führe kein Weg an den CPS-Diensten vorbei.

41. An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass dank einer nach der Liberalisierung raschen Einführung der freien Wahl der Anbieterin auch in der Schweiz die verschiedenen Angebote am Markt genutzt werden konnten. 36% der Teilnehmerinnen und Teilnehmer wählten eine andere Anbieterin (Preselection oder Call-by-Call) für die Abwicklung ihrer Auslandsgespräche, während es in der EU durchschnittlich nur 32,2% waren. (Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 12. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Juli 2007, BAKOM, S. 4). Dies illustriert die hohe praktische Bedeutung von CPS-Dienstleistungen, welche von alternativen FDA bei Swisscom in Anspruch genommen werden.

42. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass es neben Swisscom keine anderen aktuellen Wettbewerber gibt, die derartige CPS-Dienste anbieten. Wenn aus dem Markt der drahtgebundenen Festnetzanschlüsse starker Wettbewerbsdruck bestünde, könnte dieser Wettbewerbsdruck allenfalls auch CPS-Dienste disziplinierend wirken. Nachfolgend ist deshalb auch die aktuelle Wettbewerbssituation auf diesem Markt abzuklären.

#### **B.3.1.2 Anschlüsse**

43. Innerhalb der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse kann, wie in nachfolgender Tabelle, einerseits auf die Anzahl möglicher drahtgebundener Zugänge abgestellt und andererseits auf die Anzahl Kunden, welche tatsächlich auch Sprachtelefoniedienstleistungen nachfragen, abgestellt werden. Die Angaben sind dabei als Grössenordnungen zu verstehen.

	<i>Drahtgebundene Anschlüsse</i>	<i>Drahtgebundene Anschlüsse: Telefoniekunden</i>	
	Anzahl	Anzahl	Prozent
<i>Swisscom</i>	5'000'000 <sup>1</sup>	3'700'000 <sup>2</sup>	92,5 %
<i>Kabelnetze</i>	2'800'000 <sup>3</sup>	280'000 <sup>3</sup>	7,0 %
<i>Andere</i>	20'000 <sup>4</sup>	20'000 <sup>4</sup>	0,5 %
<i>Total</i>	6'520'000	4'000'000	100 %

44. Hinsichtlich der drahtgebundenen Anschlüsse ist aus der Tabelle ersichtlich, dass Swisscom die mit Abstand stärkste Anbieterin ist. Insbesondere verfügt Swisscom über eine schweizweite Abdeckung. Bezüglich der Kabelnetzbetreiber ist festzuhalten, dass neben Cablecom mit rund 1'500'000 Anschlüssen mit mehreren hundert Kabelnetzbetreibern eine gewisse regionale Zersplitterung besteht. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass der von den Kabelnetzbetreibern und insbesondere von Cablecom ausgehende Wettbewerbsdruck dazu führt, dass sich Swisscom nicht unabhängig verhalten kann (vgl. u.a.: RPW 2006/2, S. 248 ff., S. 254 ff.; RPW 2005/3, S. 589 ff., S. 592 i.V. mit Urteil BGer vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3).

45. Bezüglich der Telefoniekunden der drahtgebundenen Anschlüsse ist aus der Tabelle ersichtlich, dass Swisscom eine überragende Rolle zukommt, was u.a. auf historische Gründe zurückzuführen sein könnte. Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, dass zurzeit rund 92,5% aller Telefoniekunden mit einem Drahtgebundene Anschluss direkt oder indirekt (z.B. via CPS) über das Anschlussnetz von Swisscom telefonieren.

46. Es ist deshalb davon auszugehen, dass vom Markt der drahtgebundenen Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, kein genügender Wettbewerbsdruck ausgeht, um den fehlenden Wettbewerb im CPS-Markt zu kompensieren, respektive Swisscom in diesem Markt zu disziplinieren.

### B.3.1.3 Fazit

47. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS Swisscom keinem aktuellen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Indirekt disziplinierende Einflüsse aus dem Markt zur Übertragung von Sprachtelefonie geeigneten drahtgebundene Anschlüsse sind nur schwach vorhanden und können ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG nicht ausschliessen.

### B.3.2 Potenzieller Wettbewerb

48. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Ana-

lyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird.

49. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann. Potenzielle Konkurrenz könnte sich vorliegend insbesondere durch die Aufrüstung oder den Ausbau von drahtgebundenen Anschlüssen ergeben.

50. Es erscheint unwahrscheinlich, dass im Markt für die Betreibervorauswahl neue Anbieter auf dem Markt auftreten.

51. Möglich wäre, dass in Zukunft die internetprotokollbasierte Telefonie (VoIP, Voice over Internet Protocol) zu einer Verringerung der Bedeutung der CPS führen könnte. Anbieter wie z.B. Skype, die u.a. das kostenlose Telefonieren via Internet von PC zu PC ermöglichen, verwenden teilweise nicht die herkömmlichen Rufnummern als Adressierungselement, was unter Umständen langfristig zu einer Verringerung der Bedeutung von CPS-Diensten führen könnte.

52. Ebenfalls teilweise verringern könnte sich die Bedeutung von CPS-Diensten durch den mit der Revision des FMG eingeführten entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG). Falls ein be-

<sup>1</sup> Swisscom, Medienmitteilung vom 8. August 2007.

<sup>2</sup> Swisscom, Unternehmensprofil, www.swisscom.com. Es wird davon ausgegangen, dass alle Festnetzanschlüsse auch für Sprachtelefonie benutzt werden. Da es sich hier um einen Markt für Anschlüsse handelt, werden alle Telefoniekunden, insbesondere auch CPS-Kunden anderer Anbieter, Swisscom zugerechnet.

<sup>3</sup> Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt 1, 31. Dezember 2006, www.swisscable.ch.

<sup>4</sup> Unter andere drahtgebundene Anschlüsse fallen insbesondere die direkten Anschlüsse von Gebäuden mittels Glasfaserkabel, wobei in diesen Fällen regelmässig auch Sprachtelefoniedienstleistungen erbracht werden (RPW 2006/2, S. 255).

stimmter Teilnehmeranschluss entbündelt wurde, erübrigt sich für die entbündelnde FDA die Nachfrage von CPS-Diensten für diesen Anschluss. Erfahrungen aus anderen Ländern zeigen jedoch, dass die Anzahl der entbündelten Zugänge wesentlich vom Verhalten der etablierten Anbieterin abhängt.

53. Denkbar wäre, dass im Markt der zur Übertragung von Sprachtelefonie geeigneten drahtgebundene Anschlüsse, neue Wettbewerber auftreten. Es könnten dies städtische oder kantonale Infrastrukturbetreiber (z.B. Elektrizitätswerke) sein, welche z.B. Glasfaserkabel zu Endkunden legen.

54. Auch die punktuelle direkte Erschliessung mittels Glasfaser wird teilweise weiter zunehmen. Da eine solche Erschliessung in der Regel am ehesten für Geschäftskunden in Frage kommt und mit hohen Anfangsinvestitionen (insbesondere zum Verlegen der Leitungen) verbunden ist, wird es sich eher um Lösungen im Einzelfall handeln.

55. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht genügend disziplinierend wirkt, insbesondere da das Ausmass der zu erwartenden Marktzutritte in den nächsten zwei Jahren nicht

genügend gross ist, um ein unabhängiges Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszuschliessen.

### **B.3.3 Ergebnis**

56. Als Fazit ergibt sich, dass aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs, Swisscom in der Lage ist, sich auf dem Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA, der auch die "Supplementary Services for Preselection" beinhaltet, von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist somit diesbezüglich als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

## **C SCHLUSSFOLGERUNG**

57. Swisscom ist betreffend die "Supplementary Services for Preselection", beinhaltend die Dienste "Invoice Details for Activation and Relocation Fees", "Deactivation Notification", "Access Cancellation Notification", "List of Activated Customers" und "Migration of Carrier Selection Codes", als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

E 2	<b>2. TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang</b>
-----	-----------------------------------------------------------------------------------------

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*

*Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)*

## **INHALTSVERZEICHNIS**

A	SACHVERHALT UND VERFAHREN	222
B	BEURTEILUNG	222
B.1	Marktbeherrschende Unternehmen	222
B.2	Relevanter Markt	223
B.2.1	Sachlich relevanter Markt	223
B.2.1.1	Drahtgebundene Anschlüsse	223
B.2.1.2	Drahtlose Anschlüsse	224
B.2.1.3	Wholesale-Markt	225
B.2.2	Räumlich relevanter Markt	225
B.3	Marktstellung	226
B.3.1	Aktueller Wettbewerb	226
B.3.2	Potenzieller Wettbewerb	228
B.3.3	Einfluss des nachgelagerten Marktes	228
B.3.3.1	Bisherige Rechtsprechung	228
B.3.3.2	Geschaltete Breitbandzugänge	229
B.3.3.3	Zwischenfazit	233
B.3.4	Ergebnis	233
C	SCHLUSSFOLGERUNG	233

### **A SACHVERHALT UND VERFAHREN**

1. Am 10. April 2007 reichte TDC Switzerland AG (Sunrise) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen für den schnellen Bitstromzugang (Gesuch) gegen Swisscom Fixnet AG (Swisscom) ein. Sunrise beantragte unter anderem, dass Swisscom zu verpflichten sei, Sunrise auf transparente und nicht diskriminierende Weise kostenorientierte Preise beim schnellen Bitstromzugang zu gewähren.

2. Das Interkonnektionsgesuch von Sunrise stützt sich insbesondere auf Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10). Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in verschiedenen Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Für den schnellen Bitstromzugang gilt dies laut Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG während vier Jahren. Diese Bestimmung des revidierten

FMG ist am 1. April 2007 in Kraft getreten. Das revidierte FMG sieht in Art. 11 Abs. 1 FMG verschiedene Zugangsformen vor, unter anderem auch den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.

3. Mit Stellungnahme vom 4. Mai 2007 an das BAKOM beantragte Swisscom, dass das Gesuch von Sunrise abzuweisen sei. Dabei machte Swisscom insbesondere geltend, dass sie im Bereich schneller Bitstromzugang über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Mit Verweis auf diese Argumentation bietet Swisscom den schnellen Bitstromzugang nicht an.

4. Ist im Rahmen von Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11a Abs. 2 FMG). Die Wettbewerbskommission (Weko) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1).

5. Mit Schreiben vom 11. Mai 2007 forderte das BAKOM das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) auf, einen Fragebogen zur Beurteilung der Marktstellung zu entwerfen. Am 31. Mai 2007 stellte das Sekretariat einen Entwurf eines Fragebogens dem BAKOM zu. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde führte anschliessend eine Befragung der Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) durch.

6. Mit Schreiben vom 20. Juli 2007 ersuchte das BAKOM die Weko um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG. Dem Schreiben beigelegt wurde ein Teil der aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten. Mit Schreiben vom 3. August 2007 und vom 15. August 2007 reichte das BAKOM weitere Antworten von befragten FDA nach. Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang der letzten Antworten, eingegangen am 16. August 2007, und läuft damit am 13. September 2007 ab (Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004/4, S. 1264).

7. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Weko und deren Rechtsmittelinstanzen im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften des Bitstromzugangs, die Ausführungen der Parteien des Interkonnektionsverfahrens und der befragten FDA wird nachstehend eingegangen.

### **B BEURTEILUNG**

#### **B.1 Marktbeherrschende Unternehmen**

8. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. RPW 2005/3, S. 589).

9. Gemäss 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 andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

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

## B.2 Relevanter Markt

### B.2.1 Sachlich relevanter Markt

11. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. A der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

12. Ausgegangen wird vom Gegenstand des Interkonnectionsgesuches von Sunrise, das heisst vom schnellen Bitstromzugang. Art. 3 Abs. 1 Bst. d<sup>ter</sup> FMG definiert den schnellen Bitstromzugang als die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten.

13. Mit einem schnellen Bitstromzugang können alternative FDA beruhend auf dem Anschlussnetz (Kupferkabel) von Swisscom Endkunden einen Breitbandanschluss anbieten. Im Gegensatz zu den gängigen, vorkonfigurierten xDSLWiederverkaufprodukten von Swisscom bietet der schnelle Bitstromzugang anderen FDA erweiterte Möglichkeiten (DSL steht für Digital Subscriber Line, x für eine Variable wie z.B. A für Asymmetric). Beim Bitstromzugang kann die Qualität des Zugangs durch die alternative FDA variiert werden, beispielsweise hinsichtlich Bandbreiten (upload/download) oder Serviceleistungen. Beruhend auf dem Bitstromzugang können unter anderem Dienstleistungen wie Internetzugang, Telefonie, Video-on-demand, Fernsehen, Geschäftsanwendungen und auch Spiele angeboten werden.

14. Im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes ist vorliegend insbesondere abzuklären, welche Substitute zum schnellen Bitstromzugang in Frage kommen. Marktgegenseite sind in vorliegendem Fall die Nachfrager des schnellen Bitstromzugangs, also die FDA.

15. Mit ähnlichen Fragestellungen bei der Marktabgrenzung setzte sich die Weko insbesondere bereits in Sachen Swisscom ADSL (RPW 2004/2, S. 407; Entscheid aufgehoben durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF], wobei die Marktabgrenzung bestätigt wurde, RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2), der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom-Cybernet sowie in den Gutachten nach Art. 11 FMG vom 27. September 2004 in Sachen Bitstream Access (RPW 2004/4, S. 1263) und vom 13. Juni 2005 betreffend Portierung von Einzelnummern (RPW 2005/3, S. 589; Gutachten gestützt durch Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006) auseinander. Die folgende

Abgrenzung des relevanten Marktes orientiert sich an dieser Rechtsprechung.

16. Nachstehend werden zuerst die drahtgebundenen und anschliessend die drahtlosen Technologien auf eine Substituierbarkeit überprüft. Ausgangspunkt für eine Definition der sachlich relevanten Märkte ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte, unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten. Vorliegend ist nach der Abgrenzung des Endkundenmarktes ein entsprechender Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) abzugrenzen.

### B.2.1.1 Drahtgebundene Anschlüsse

17. Es ist aus Endkundensicht zu prüfen, welche Produkte als Substitute für auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen. Ähnliche Eigenschaften weisen beispielsweise xDSL-Angebote auf, welche auf dem Broadband Connectivity Service (BBCS) Produkt beruhen. Diese xDSL-Angebote verfügen bei hohen Bandbreiten über eine dauernde und zeitunabhängige Nutzbarkeit (Breitband). Alternative FDA können mittels Vorleistungsprodukt BBCS (Wholesale) ihren Endkunden einen Breitbandinternetzugang via xDSL anbieten. In der Schweiz ist xDSL heute die am weitesten verbreitete Breitbandübertragungstechnologie. BBCS ist allerdings ein reines Wiederverkaufsangebot, womit Einflussmöglichkeiten der FDA auf die konkrete Ausgestaltung des Endkundenangebotes wie beispielsweise beim Bitstromzugang (vgl. Rz. 13) nicht möglich sind.

18. Bezüglich der Eigenschaften "Übertragungskapazität" und "Verfügbarkeit" weisen aus Endkundensicht die Breitbandzugänge der Kabelnetzbetreiber ähnliche Charakteristika auf wie die auf schnellem Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen. Kabelnetzbetreiber bieten jedoch in der Regel anderen Anbietern keine Wiederverkaufsangebote von breitbandfähigen Anschlüssen an. Die von den Kabelnetzbetreibern angebotenen Internetzugänge basieren im Wesentlichen auf den Koaxialkabeln der Kabelfernsehnetze (CATV), welche ursprünglich zur Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen verlegt wurden. Diese Netze wurden mehrheitlich technisch ausgerüstet, wobei insbesondere Rückkanalfähigkeit erstellt wurde. Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann dabei im Gegensatz zur sternförmig konzipierten Infrastruktur des Anschlussnetzes von Swisscom bezüglich Kontrollierbarkeit der Signale sowie in gewissen Fällen bezüglich Belastung des Netzes gewisse Nachteile aufweisen, unter anderem, da die Kapazität zwischen den Nutzern geteilt werden muss. Möglicher entstehender Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber wird bei der Beurteilung der Marktstellung (unter Kapitel B.3.3) zu berücksichtigen sein (vgl. RPW 2004/2, S. 439, Rz. 130 ff.; RPW 2005/3, S. 521 ff.).

19. Als mögliche breitbandfähige Zugangstechnologie kommt der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaser in Frage, wobei Glasfaserkabel im Gegensatz zum Anschlussnetz von Swisscom oder den CATV-Zugängen der Kabelnetzbetreiber neu verlegt werden müssen. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten, wobei die Datenübertragung meist auf dem SDH (Synchronous Digital Hierarchy)-Standard beruht. Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von

Glasfaserkabeln kommt aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten eher für grössere Geschäftskunden in Frage. Auf die praktische Bedeutung von Glasfasern ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung zurückzukommen.

20. Als weitere mögliche Zugangstechnologie für die breitbandige Übertragung von Daten kommt potenziell auch die sogenannte Powerline Communications (PLC) Technologie in Frage. Die PLC Technologie basiert auf der Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken und weist bezüglich Übertragungsgeschwindigkeiten und Zugang ähnliche Eigenschaften wie die vorstehend erwähnten Technologien auf, wobei PLC anfällig auf technische Probleme ist (z.B. aufgrund von Abstrahlung). Auf die eher geringe Bedeutung dieser Technologie aufgrund der beschränkten Verfügbarkeit ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zurückzukommen. Es stellt sich die Frage, ob PLC wegen der sehr begrenzten praktischen Bedeutung und der durch Frequenzabstrahlung verursachten Störungen als Substitut zu betrachten ist. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens wird zu Gunsten von Swisscom PLC dennoch als Substitut angesehen.

21. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute für Dienstleistungen basierend auf dem schnellen Bitstromzugang anzusehen sind.

22. An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass, abhängig von den Bedürfnissen der Endkunden, unter Umständen engere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten. So kann beispielsweise bezüglich der Nachfrage von Geschäftskunden festgestellt werden, dass diese hinsichtlich Übertragungsraten und Qualität (insbesondere sog. garantierter Qualität) höhere Anforderungen an die nachgefragten Dienstleistungen stellen.

### **B.2.1.2 Drahtlose Anschlüsse**

23. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der sog. dritten Generation (3G), das hohe Übertragungsraten erlaubt. Daten lassen sich in der Praxis mit rund 384 KBit/s übertragen. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte einen Breitbandzugriff zu ermöglichen. Insgesamt wurden in der Schweiz vier UMTS-Konzessionen unter Durchführung eines Auktionsverfahrens an Orange, Sunrise, Swisscom und 3G Mobile vergeben. Die von 3G Mobile erworbene Konzession wurde 3G Mobile mangels Aufbau einer Infrastruktur mit Verfügung der ComCom vom 12. April 2006 entzogen (bestätigt durch BGE 132 II 485).

24. Orange, Sunrise und Swisscom verfügen über UMTS-Angebote, wobei die Netzabdeckung im Wesentlichen die Ballungsgebiete in der Schweiz umfasst. Die drei Mobilfunkanbieter haben zudem begonnen, ihre Netze auf den Mobilfunkstandard High Speed Downlink Packet Access (HSDPA) umzurüsten. Mit HSDPA können Übertragungsgeschwindigkeiten von praktisch 1.5 bis 2 Mbit/s erreicht werden. Bei HSDPA handelt es sich um eine Weiterentwicklung von UMTS. Für die Nutzung von UMTS und HSDPA sind speziell ausgerüstete End-

geräte erforderlich (z.B. Mobiltelefone, Personal Digital Assistants, Notebooks mit Spezialkarten).

25. Die konzeptionelle Ausrichtung der UMTS- und HSDPA-Zugänge ist weitgehend auf mobile Teilnehmer ausgerichtet, was sich auch hinsichtlich Anwendungen und Geräte zeigt. Die Mobilfunkanbieter haben deshalb ihre entsprechenden Netze hauptsächlich in Ballungsgebieten und entlang von Verkehrsachsen erstellt. Die Abdeckung und die Qualität der Datenübertragung ist nur teilweise vergleichbar mit drahtgebundenen Anschlüssen. Dass in der Regel trotz einem drahtgebundenen Anschluss auch noch Nachfrage nach einer drahtlosen Zugangsmöglichkeit besteht, deutet auf die Komplementarität von UMTS beziehungsweise HSDPA und drahtgebundenen Technologien hin. UMTS und HSDPA gewähren in der Regel jedoch keine dauernde Verfügbarkeit zu einem Festpreis (engl. Flatrate). Aus diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass UMTS- und HSDPA im jetzigen Zeitpunkt aus Endkundensicht als Substitut im Sinne von 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu den auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Produkte anzusehen sind.

26. Es stellt sich die Frage, ob sogenannte Wireless Local Area Networks (WLAN) als Substitute in Frage kommen. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist typischerweise an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sogenannte Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt und nur punktuell verfügbar. Die Qualität der Datenübertragung ist dabei von verschiedenen Faktoren abhängig. Solche Faktoren sind die Umgebung (Sichtverbindung, Distanz), die Interferenzsituation oder die Anzahl der aktiven Teilnehmer. WLAN ist beispielsweise nur bedingt geeignet, benachbarte Gebäude miteinander zu vernetzen (BAKOM, Wireless Local Area Network (WLAN), Frequently Asked Questions, V3.2, S. 5). In vielen Fällen beruht zudem der Anschluss der Sendeeinrichtung auf einer drahtgebundenen Technologie (z.B. xDSL, Glasfaser oder CATV-Anschluss). Auch ist die Erschliessung von Stadtteilen (z.B. Stadt Luzern) mittels WLAN nur für gewisse Anwendungen geeignet, da die Access-Points nur für den drahtlosen Internetzugang im Freien angelegt sind (NZZ vom 8. Mai 2007, B8). Aufgrund dieser Eigenschaften ist WLAN hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut im Sinne von 11 Abs. 3 Bst. a VKU zum schnellen Bitstromzugang anzusehen.

27. Zu prüfen ist auch, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit dem Bitstromzugang vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Basisstation Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom vergab ursprünglich drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen. WLL erlangte jedoch in der Schweiz keinerlei Marktrelevanz. Allein im Jahr 2006 kam es bei den WLL-Konzessionen zu zwei Konzessionsübertragungen und einer Rückgabe einer Konzession (Tätigkeitsbericht der ComCom 2006, S. 19). WLL bedingt regelmässig eine direkte Sichtverbindung zwischen Basisstation und Empfänger, was dessen Anwendungsbereich erheblich einschränkt (Faktenblatt WLL, BAKOM, Version 2.9a / 11. November 2006, S. 4). Die WLL-

Konzessionsinhaber beschränken sich oft auf Testbetriebe, damit die konzessionsrechtlichen Anforderungen an eine minimale Betriebspflicht erfüllt sind. WLL ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zum schnellen Bitstrom Zugang anzusehen.

28. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Broadband Wireless Access (BWA) als Substitut zum schnellen Bitstromzugang in Frage kommt. Die ComCom schrieb am 29. November 2005 drei BWA-Konzessionen zur Vergabe aus. Am 7. Juni 2006 vergab die ComCom lediglich an Swisscom Mobile eine BWA-Konzession, da Swisscom Mobile als einziges Unternehmen ein Gebot einreichte. Eine weitere BWA-Konzession wurde von der ComCom am 7. Mai 2007 an die Firma Inquam vergeben. Die Konzessionsinhaber sind zu Minimalauflagen betreffend den Netzaufbau verpflichtet, unter anderem müssen bis September 2010 120 Sendeeinheiten in Betrieb stehen. Aufgrund des ungewissen Entwicklungspotenzials sowie teilweise der selben Bedenken wie der bezüglich WLAN und WLL erwähnten (Verfügbarkeit, Qualität, unsichere Marktrelevanz) ist BWA nicht als Substitut zum schnellen Bitstrom Zugang einzustufen.

29. Überdies kann geprüft werden, ob ein Breitbandzugang via Satellit als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang in Frage kommt. In der Schweiz können solche Angebote von verschiedenen Betreibern bezogen werden. Die Verbindungsqualität ist dabei witterungs- und umgebungsabhängig. Installations- und Abonnementskosten sind im Gegensatz zu drahtgebundenen Breitbandzugängen zum Teil signifikant höher, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Die Mehrheit der Angebote erfordert zudem als Rückkanal (upstream) eine Telefonanschlussleitung, womit ein Teil des Datenverkehrs wiederum von einem leitungsgebundenen Zugang abhängt. Erhältlich sind auch zweiseitige Systeme, welche nicht auf eine Rückleitung angewiesen sind. Solche Systeme sind jedoch ebenfalls teuer und kommen daher typischerweise nur für gewisse mobile Geschäftsanwendungen zum Einsatz. Die mit der Satelliten-Technologie verbundenen Kosten sind jedoch sowohl für die Satellitenbetreiber und Fernmeldedienstleister wie auch für die Kunden relativ hoch (Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standort - Bestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, BAKOM, März 2005, S. 3). Ein Breitbandzugang via Satellit ist deshalb nicht als Substitut zum schnellen Bitstromzugang anzusehen.

30. Bezüglich der drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satellitenzugang ist daher allgemein festzustellen, dass diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten bei teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen beispielsweise durch die Umgebung oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Drahtlose Technologien kommen deshalb im jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut im Sinne von 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage.

### B.2.1.3 Wholesale-Markt

31. Aus Endkundensicht hat sich ergeben, dass die drahtgebundenen Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute zum schnellen Bitstromzugang anzusehen sind. Dies entspricht dem (Retail-)Markt für Breitbanddienste, der die drahtgebundenen Zugänge umfasst.

32. Nach der Definition des Endkundenmarktes ist vorliegend der relevante Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) festzulegen. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer (Retail- oder Endkundenmärkte) und Märkte für Vorleistungen, die Betreiber benötigen, die Endnutzern Dienste und Produkte (Wholesale- oder Grosskundenmarkt) bereitstellen (Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors [...], ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.). Zwischen Retail- und Wholesale- Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (RPW 2004/2, S. 428). Diese Unterscheidung ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, wonach für die Abgrenzung des relevanten Marktes die Sichtweise der Marktgegenseite, in diesem Fall die ein Vorleistungsprodukt nachfragenden FDA, einzunehmen ist. Der schnelle Bitstromzugang ist ein Vorleistungsprodukt, welches ausschliesslich von den FDA nachgefragt würde, die dann ihrerseits basierend auf dem schnellen Bitstromzugang den Endkunden Dienstleistungen anbieten würden. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden, welche Breitbanddienste nachfragen. Es rechtfertigt sich deshalb vorliegend eine Unterscheidung zwischen Wholesale- und Retail-Markt.

33. Auf der Wholesale-Ebene fragen die FDA beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte nach, welche es diesen FDA erlauben, den Endkunden einen Breitbandzugang zur Datenübertragung anzubieten. Es rechtfertigt sich deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung der Weko und der REKO/WEF (RPW 2004/2, S. 407; RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2) den sachlich relevanten Markt als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dieser Markt umfasst die zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge.

### B.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

35. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den FDA, welche in Funktion der Nachfrage der Endkunden, Zugang zu Breitbanddiensten nachfragen. Die FDA fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Dies gilt insbesondere auch für das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom. Es ist des-



halb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

### B.3 Marktstellung

36. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden.

#### B.3.1 Aktueller Wettbewerb

37. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

38. Unter dem Gesichtspunkt der Marktstruktur werden auch die tatsächlichen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen können Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes sowie die Entwicklungsmöglichkeiten von Unternehmen untersucht werden. Die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten, bedeutet aus Sicht der betroffenen Marktteilnehmer, dass diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S. 285 und 291). In der Lehre wird auch der Begriff vertikaler wirtschaftlicher Abhängigkeiten verwendet, falls ein Anbieter auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auf die Dienstleistung eines in diesem Fall möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist (EVELYNE CLERC, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet* (Hrsg.), Basel 2002, Rz.134 zu Art. 4 Abs. 2).

39. Bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, kommen als Kriterium in der Praxis die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen in Frage. Grosse Finanzkraft bietet einem Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität (HOFFET, in: *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch* (Hrsg.), Basel 2005, S. 392).

40. Spezifisch für den Telekommunikationssektor von Interesse sind die auf wettbewerbsrechtlichen Prinzipien beruhenden Leitlinien zur Marktanalyse der Europäischen Union (EU) des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation (Leitlinien der Kommission und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03, S. 16, Rz. 78). Es können unter anderem folgende Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, sich in erheblichen Masse unabhängig von seinen Konkurrenten, Kunden und Verbrauchern zu verhalten: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile oder

Überlegenheit, Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfrage, leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen), Grössenvorteile, Verbundvorteile, vertikale Integration oder ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz.

41. Ausgehend von der aktuellen Wettbewerbssituation ist festzuhalten, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste nur Swisscom in der Lage ist, anderen FDA Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und damit einen Vertrieb in der ganzen Schweiz ermöglicht. Im jetzigen Zeitpunkt bietet Swisscom anderen FDA insbesondere das Vorleistungsprodukt BBBS (Rz. 17), womit diese FDA Endkunden einen Breitbandinternetzugang via xDSL anbieten können. Swisscom ist damit auf diesem Markt konkurrenzlos die alleinige Anbieterin. Alternative FDA sind damit auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten.

42. Die Möglichkeit eines schweizweiten Tätigwerdens ist dabei für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 von entscheidender Bedeutung. Gerade im Falle eines flächendeckenden Angebots ist es möglich, als ganzheitlicher Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen aufzutreten und von Verbundvorteilen und Skaleneffekten zu profitieren.

43. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom verglichen mit den anderen FDA das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz mit einem Jahresumsatz von 9'653 Mio. Franken und einem Betriebsgewinn von 3'787 Mio. Franken im Jahr 2006 bei einem durchschnittlichen Personalbestand von 16'734 Vollzeitstellen. Diese Kennzahlen illustrieren die starke Stellung von Swisscom in der Schweiz. Die letzten Entwicklungen zeigen, dass Swisscom ihre Stellung als Nummer eins im Telecommarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt hat (Handelszeitung vom 22.-28. August 2007, S. 5).

44. Mehrheitsaktionär von Swisscom ist die Eidgenossenschaft. Gemäss Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG; SR 784.11) ist die Eidgenossenschaft Aktionär von Swisscom und muss die kapital- und stimmenmässige Mehrheit halten. Im Januar 2007 besass der Bund 54,8 Prozent des Aktienkapitals (Quelle: Eidgenössisches Finanzdepartement). Aufgrund dieser staatlichen Mehrheitsbeteiligung verfügt Swisscom gegenüber ihrer Konkurrenz Vorteile, unter anderem führt die Mehrheitsbeteiligung zu einem Schutz vor Übernahmen.

45. Zur Beurteilung möglicher disziplinierender Einflüsse wird auch die aktuelle Verfügbarkeit breitbandfähiger Infrastruktur betrachtet, welche Voraussetzung ist für das Erbringen von Wholesale-Angeboten an FDA.

46. Hinsichtlich der Infrastruktur verfügt das Anschlussnetz von Swisscom über rund 5 Mio. Anschlüsse, wobei es sich vorwiegend um auf einem zweiadrigen Kupfer-

draht beruhende Anschlüsse handelt (Swisscom, Medienmitteilung vom 8. August 2007). Diese sind praktisch vollständig breitbandfähig (xDSL). Damit verfügt Swisscom über ein flächendeckendes Anschlussnetz.

47. Die bedeutendsten anderen Betreiber von drahtgebundenen Breitbandzugängen sind die Kabelnetzbetreiber und unter diesen insbesondere Cablecom. Die ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen konzipierten CATV-Netze (Koaxialkabel) sind mittlerweile mehrheitlich zweiweg- und zur Übertragung von Breitbanddiensten ausgerüstet. In der Schweiz bestehen rund 2.9 Mio. Kabelnetzanschlüsse. Eine genaue Angabe, wie viele dieser Anschlüsse rückkanalfähig und als Breitbandanschluss verfügbar sind, besteht nicht, da die Rückkanalfähigkeit auch von einzelnen Hausverteilanlagen abhängig ist. Bekannt ist, dass bei 165'957 Kunden von Kabelnetzbetreibern, welche Mitglied bei Swisscable sind, kein Kabelinternet verfügbar ist. Bezogen auf die Gesamtheit der Kabelnetzbetreiber dürfte diese Zahl noch höher liegen (Antwort Swisscable). Ohne die Anschlüsse von Cablecom ist damit auf rund 1.3 Mio. Anschlüssen von Kabelnetzbetreibern Breitbandinternet verfügbar (RPW 2006/2, S. 255).

48. Das bei weitem stärkste Unternehmen unter den Kabelnetzbetreibern ist Cablecom, welche vor allem in Ballungszentren präsent ist. Cablecom verfügt zur Zeit

über XXXX CATV-Anschlüsse, wobei nach Auskunft von Cablecom in der durchgeführten Marktbefragung XXXX dieser Anschlüsse zweiwegtauglich und damit breitbandfähig verfügbar sind [*Geschäftsgeheimnis*].

49. Die Kabelnetzbetreiber waren regelmässig in ihren jeweiligen Gebieten die einzigen, welche Rundfunksignale via Kabel übertrugen. Bezüglich der flächenmässigen Abdeckung besteht in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil Kleinst-Kabelnetzunternehmen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radiound Fernsehsignalen in ihrem Versorgungsgebiet regelmässig als einzige Anbieterin tätig sind. Gegenwärtig existieren in der Schweiz mehr als 400 Kabelnetzbetreiber. Abgesehen von Cablecom handelt es sich bei den meisten Kabelnetzbetreiber um kleinere, regional zersplitterte Netzbetreiber (Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II; sowie Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze). Von Belang ist vorliegend auch, dass Kabelnetzbetreiber für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb Kabelnetzbetreiber typischerweise Privathaushalte erschliessen. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von Kabelnetzbetreibern nur teilweise vorhanden.

50. Tabellarisch kann die Grössenordnung der verfügbaren drahtgebundenen Breitbandzugänge wie folgt zusammengefasst werden:

**Tabelle 1: Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse**

Anbieter	Verfügbare Anschlüsse
Swisscom	5'000'000
Cablecom	[Geschäftsgeheimnis]
Weitere Kabelnetzbetreiber	1'300'000
Andere Anbieter (Glasfaser)	< 20'000

51. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass Swisscom nicht nur flächendeckend sondern auch in absoluten Zahlen die höchste Anzahl Anschlüsse und damit über die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge verfügt. Hinsichtlich der Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber faktisch die einzigen Konkurrenten von Swisscom. Swisscom verfügt schweizweit über Festnetzanschlüsse, wobei in gewissen Gebieten (Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze) zusätzlich der Kabelnetzanschluss eines lokalen Anbieters vorhanden ist. Dies führt lediglich in diesen Gebieten zu einer Situation mit zwei Netzbetreibern. Bezüglich der verfügbaren Anschlüsse kommt damit entweder der Anschluss von Swisscom oder – falls vorhanden – der Anschluss eines lokalen Kabelnetzbetreibers für Breitbandinternetzugänge in Frage. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass die Kabelnetzbetreiber insgesamt über weniger als die Hälfte der verfügbaren Breitbandanschlüsse als Swisscom verfügen.

52. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Internet über ADSL und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien beruhen. Aus Sicht der FDA wäre im Falle eines theoretisch möglichen Wechsels, unter anderem wegen der unterschiedlichen Hardware, mit erheblichen Umstellungskosten zu rechnen. Ein Wechsel der Infra-

struktur hätte auch Auswirkungen auf die Endkunden, weil die FDA ihnen auch andere Modems zur Verfügung stellen müssten.

53. Ebenfalls über drahtgebundene Breitbandzugänge verfügen Anbieter, welche Endkunden direkt mit Glasfaserkabel angeschlossen haben. Die Anzahl dieser Anschlüsse ist jedoch gering. FDA wie Colt, MCI, Sunrise, Swisscom sowie städtische Infrastrukturbetreiber errichteten Glasfaseranschlüsse vor allem in Ballungszentren für gewisse Geschäftskunden. Die vom BAKOM durchgeführte Marktumfrage ergab bei den befragten Unternehmen XXXX Glasfaseranschlüsse, wobei diejenigen von Swisscom nicht mitberücksichtigt wurden. Aus der aktuellsten amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2005 in der Schweiz 3630 Glasfaserkabelanschlüsse (fiber to the home, fiber to the building) bestanden (Amtliche Fernmeldestatistik 2005, BAKOM, Biel, 5. Februar 2007, S. 20). Ohne über exakte Zahlen für die ganze Schweiz zu verfügen, kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl mittels Glasfaserkabel angeschlossenen Endkunden (ohne diejenigen von Swisscom) unter 20'000 liegen (RPW 2006/2, S. 255).

54. Die Analyse der verfügbaren breitbandfähigen Infrastruktur stimmt im Übrigen mit einer vom BAKOM erstellte Studie überein, wonach neben ADSL und Kabelnetz die anderen Breitbandtechnologien mit weniger als 2% praktisch inexistent sind und hauptsächlich Firmenkunden betreffen. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (u.a. Glasfaser, PLC) kann damit als vernachlässigbarer Teil des gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden (Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 17).

55. Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation im Wholesale-Markt für Breitbanddienste, dass Swisscom aufgrund der fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten für alternative FDA und aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit einer schweizweiten alternativen Infrastruktur in diesem Bereich keinen disziplinierenden Einflüssen ausgesetzt ist.

### B.3.2 Potenzieller Wettbewerb

56. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

57. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

58. Im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist insbesondere zu fragen, inwiefern in den nächsten zwei Jahren Unternehmen auf drahtgebundenen Anschlüssen beruhende Breitbandzugänge anbieten werden. Als mögliche Anbieter von solchen Wholesale-Angeboten kämen insbesondere Kabelnetzbetreiber (z.B. Cablecom) oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel (z.B. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) in Frage.

59. Kabelnetzbetreiber bieten in Ergänzung zu ihren herkömmlichen Radio- und Fernsehangeboten oft auch Breitbandinternet via ihre Kabelnetze an, wobei aufgrund der Versorgungsgebiete der Kabelnetzbetreiber ein schweizweites Angebot nicht möglich ist. Allerdings bieten diese Kabelnetzbetreiber den Internetzugang nur direkt ihren eigenen Endkunden an, Wiederverkaufsangebote an andere FDA bestehen abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen nicht. Cablecom als der bei weitem grösste Kabelnetzbetreiber wird auch in naher Zukunft kein Wiederverkaufsangebot für Breitbandinternet an andere FDA unterbreiten. Dabei ist zu beachten, dass von Kabelnetzbetreibern aufgrund ihrer regionalen Zersplitterung mit über 400 Kabelnetzbetreibern (Swisscable, Jahresbericht 2005, S. 10) nur begrenzt und lokal

Wettbewerbsdruck auf die schweizweiten Angebote von Swisscom ausgehen könnte.

60. Potenzielle Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste könnte auch durch städtische Infrastrukturbetreiber in den Bereichen Elektrizität, Gas oder Wasser entstehen, welche beginnen, Glasfaserkabel zu Endkunden zu ziehen. So haben beispielsweise die Stimmberechtigten der Stadt Zürich am 11. März 2007 einen Rahmenkredit von 200 Mio. Franken für den Bau und den Betrieb eines Breitbandnetzes durch das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) bewilligt. Das im Aufbau befindliche Datentransportnetz wird dabei allen FDA diskriminierungsfrei offen stehen. Das EWZ, welches im Rahmen der vom BAKOM durchgeführten Befragung der Marktteilnehmer befragt wurde, gab an, dass es in ein bis zwei Jahren über rund XXXX Glasfaseranschlüsse [*Geschäftsgeheimnis*] zu Endkunden verfügen werde. [*Geschäftsgeheimnis*].

61. Potenzielle Konkurrenz durch neue Zugangsmöglichkeiten für andere FDA beginnt lokal und insbesondere in Ballungszentren zu entstehen, wie das Beispiel des EWZ zeigt. Auch sind die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot von Swisscom zu treten und anderen FDA zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu bieten. Die durch solche Angebote erwachsene Konkurrenz zum Anschlussnetz von Swisscom ist aufgrund der bestehenden Informationen in den nächsten zwei Jahren als niedrig einzustufen. Aufgrund des geringen Ausmasses der punktuell zu erwartenden Marktzutritte in den nächsten zwei Jahren ist jedoch ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG nicht auszuschliessen.

### B.3.3 Einfluss des nachgelagerten Marktes

62. Unter dem Einfluss des nachgelagerten Marktes ist zu prüfen, inwiefern aus dem nachgelagerten Markt, d.h. dem Retail-Markt für Breitbanddienste, genügend starker Wettbewerbsdruck besteht, so dass die Verhaltensspielräume von Swisscom auf der Wholesale-Ebene diszipliniert werden könnten (RPW 2006/4, S. 784).

63. Zur Beurteilung möglicher disziplinierender Einflüsse wird vorab auf die bisherige Rechtsprechung eingegangen und danach abstellend auf die geschalteten Breitbandanschlüsse das Kräfteverhältnis zwischen den verschiedenen Wettbewerbern auf dem Retail-Markt analysiert.

#### B.3.3.1 Bisherige Rechtsprechung

64. Mit Verweis auf die Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL (RPW 2005/3, S. 505) machte Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2007 an das BAKOM geltend, dass die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt effektiv untersucht werden müssten, um deren Einfluss auf den Wholesale-Markt einschätzen und begründen zu können. Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Praxis der REKO/WEF teilweise unterschiedlichen Analysen vorgenommen wurden, wobei sich im Gegensatz zur damaligen Situation der Einfluss der Kabelnetzbetreiber (insb. Von Cablecom) schwächer geworden ist (vgl. Rz. 78).

65. In einem das Preisüberwachungsrecht betreffenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der sich nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien zu beurteilenden Frage der Substituierbarkeit des Empfangs von Kabelfernsehen mit Satellitenempfang auseinanderzusetzen, wobei der Empfang via Satellit der Auffassung der Vorinstanzen folgend nicht als Substitut angesehen wurde. Bezogen auf die dort vorgenommene Argumentation bezüglich der Substituierbarkeit erscheint vorliegend im Übrigen auch der Ausschluss von drahtlosen Anschlussstechnologien als gerechtfertigt. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag. Jedoch könne dies nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne des Preisüberwachungsrechts betrachtet werden, da der Monopolanbieter eine Monopolrente erzielen könne, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte (BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5). Gemäss diesem Entscheid sind nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es ist primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gibt es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten grundsätzlich nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen. Dies muss auch für Konstellationen wie die vorliegende gelten.

66. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking hinzuweisen, welche in eine ähnliche Richtung geht. Mit Abweisung der Verwaltungsbeschwerde von Unique bestätigte die REKO/WEF mit Entscheid vom 14. Juni 2004 die von der Weko erlassenen vorsorglichen Massnahmen (RPW 2004/3, S. 859). In der Sache ging es um die Bereitstellung von Parkingdienstleistungen am Flughafen Zürich durch die Sprenger Parking AG und die Alternative Parking AG. Der sachlich relevante Markt umfasste die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das off airport- Parking, was im Ergebnis der Wholesale-Ebene entspricht. Eine zusätzliche Marktabgrenzung aus Sicht der Flughafenbenützer (der Retail-Ebene) war deshalb nicht erforderlich, wobei im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite (die Retail-Ebene) nicht miteinbezogen wurde (RPW 2004/3, S. 881 ff. sowie RPW 2006/4, S. 625, S. 637 ff.).

67. Insgesamt ergibt sich, dass die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF den Schluss zulassen, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen sind und nicht überzubewerten sind. Im Übrigen wurde jedoch vorliegend der Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL Rechnung tragend, der als beschränkt eingestufte Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von Cablecom hinreichend geprüft. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber und auch von Cablecom schwächer geworden ist (vgl. Rz. 78).

68. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich seit der Rechtsprechung der Weko und der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL der Breitbandmarkt relativ stark

entwickelt hat. Im nachgelagerten Endkundenmarkt ist insbesondere festzustellen, dass sich ADSL gegenüber dem Kabel viel stärker entwickelte und dass Swisscom auch im Endkundenmarkt markant stärker geworden ist. Die Marktentwicklung hat sich damit im Vergleich zur damals zu beurteilenden Situation geändert.

69. Die von der REKO/WEF angeführte Analyse des nachgelagerten Marktes wurde in vorliegendem Gutachten berücksichtigt, soweit dies als sinnvoll erschien. Die REKO/WEF führte allerdings zum Beispiel aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, inwiefern der Wettbewerb auf dem Retail-Markt wegen der unterschiedlichen Anzahl von Telefonanschlüssen und internetfähigen Kabelnetzanschlüssen nicht spielen sollte, solange die mögliche Kundenzahl in beiden Netzen nicht annähernd erreicht sei (RPW 2005/3, S. 522). Dass jedoch gerade die Abdeckung und die Anzahl der verfügbaren Anschlüsse für die Einschätzung der Wettbewerbssituation von entscheidender Bedeutung sind, haben auch Marktstudien bestätigt (vgl. Rz. 81), weshalb diesen Ausführungen der REKO/WEF in der vorliegenden Analyse nicht zu folgen ist.

70. Überdies ist zu beachten, dass eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Marktanalyse in einem Gutachten der Weko zwischenzeitlich auch vom Bundesgericht am 15. Januar 2007 gestützt wurde. Im Gutachten der Weko vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern umfasste der relevante Markt drahtgebundene Anschlüsse, wobei die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, nur in Zusammenhang mit der Nachfrage nach einem Anschluss erfolgt. Ein gewisser, bezüglich der Festnetzanschlüsse bestehender Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom, führte nach Auffassung der Weko nicht dazu, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann (RPW 2005/3, S. 589 ff., S. 591 und 593).

71. In ihrer diesbezüglichen Verfügung vom 3. Juli 2006 in der Hauptsache führte die ComCom aus, dass die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die Weko auf die vorliegende Situation konsistent und im Ergebnis überzeugend erscheinen. Dagegen wurden die einzelnen Kritikpunkte von Swisscom durch die ComCom als wenig überzeugend oder gar als irrelevant angesehen (Verfügung der Bedingungen der Nummernportabilität vom 3. Juli 2006, S. 13). Diese Verfügung der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 (2A.507/2006) gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der Weko bestätigt wurden (Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3). Für sprachtelefoniefähige drahtgebundene Anschlüsse wurde aus Endkundensicht der teilweise bestehende, gewisse Wettbewerbsdruck von Kabelnetzbetreibern und insbesondere Cablecom als unzureichend angesehen, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszu-schliessen. Damit besteht zur Frage des Einflusses der Kabelnetzbetreiber bereits eine rechtskräftige Rechtsprechung, wonach dieser Einfluss nicht zureichend disziplinierend auf Swisscom wirkt.

### **B.3.3.2 Geschaltete Breitbandzugänge**

72. Einleitend ist an dieser Stelle darauf zurückzukommen, dass unter dem Einfluss des nachgelagerten Mark-

tes geprüft wird, inwiefern aus dem Retail-Markt für Breitbanddienste derart starke disziplinierende Einflüsse auf den Wholesale-Markt für Breitbanddienste besteht, dass Swisscom auf letzterem nicht nachhaltig diszipliniert wird. In diesem Zusammenhang ist vorweg Tabelle 2 mit den Marktanteilen im Endkundenmarkt zu betrachten.

73. In Tabelle 2 ist festzustellen, dass [Geschäftsgeheimnis] aller geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie von Swisscom beruhen, wobei innerhalb der xDSL-Technologie Swisscom mit einem Markt-

anteil von [Geschäftsgeheimnis] aller geschalteten Breitbandanschlüsse der stärkste Anbieter ist. Dies deckt sich mit den Resultaten aus der durchgeführten Marktbefragung, wonach alle antwortenden Unternehmen Swisscom als stärksten Konkurrenten angegeben haben. Die starke Stellung von Swisscom auch im Endkundenmarkt spricht gegen eine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt.

**Tabelle 2: Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Mai 2007**

Anbieter	Anzahl Anschlüsse	Marktanteil in Prozent
ADSL insgesamt		

[ganze Tabelle: Geschäftsgeheimnis]

74. Ebenfalls kein Wettbewerbsdruck auf die Wholesale-Ebene kann von anderen Internet Service Providern (ISP) wie Green, Sunrise oder Tele2 erfolgen. Diese Anbieter verfügen über zu geringe Marktanteile im Retail-Markt und sind nur Wiederverkäufer des Vorleistungsangebotes BBCS von Swisscom. Die alternativen ISP haben keine Einflussmöglichkeiten auf das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom (hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Angebotes wie z.B. der Bandbreiten). Eine disziplinierende Wirkung auf den Wholesale-Markt kann deshalb von den das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufenden Anbietern nicht ausgehen. Swisscom machte auch geltend, dass die mit der Revision des FMG am 1. April 2007 bestehenden Möglichkeiten eines vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG) zu Wettbewerb aus dem nachgelagerten Markt führen würde. Die Möglichkeiten von alternativen FDA mit Angeboten, welche auf entbündelten Teilnehmeranschlüssen oder auf dem schnellen Bitstromzugang beruhen, bestehen jedoch nur aufgrund der Regulierung in Art. 11 FMG. Es handelt sich mithin um gesetzgeberisch eingeführte Möglichkeiten, welche keinen Einfluss auf die vorgelagerte Infrastruktur haben. Deshalb kann diesbezüglich auch kein Wettbewerbsdruck entstehen. Im Übrigen haben die Erfahrungen in der EU gezeigt, dass auch mit der in der EU bereits bestehenden Möglichkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen weiterhin hohe Markteintrittsbarrieren bestehen, welche das Entstehen wirksamen Wettbewerbs verhindern (Brussels, Communication from the Commission [...] on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, 28 Juni 2006, COM(2006) 334 final S. 29).

75. Es bleiben die XXXX bei Kabelnetzbetreibern nachgefragte Breitbandanschlüsse. Über die stärkste Stellung bei den Kabelnetzbetreibern verfügt Cablecom, wobei die restlichen Kabelnetzbetreiber regional zersplittert sind, was gegen eine Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt spricht. Auch Cablecom, welche wie andere Kabelnetzbetreiber nur in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten lokal aktiv ist, kann mit einem Marktanteil von [Geschäftsgeheimnis] nur begrenzt Wettbewerbsdruck entwickeln.

76. Ausserdem wurde in einer Studie festgestellt, dass nur sehr wenige Nutzer die Breitbandanbieterin wechseln, und dass das Nutzerverhalten sehr statisch zu sein scheint (Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8). Dies könnte gemäss der Studie unter anderem damit zusammenhängen, dass es beim Wechsel zu einer anderen Technologie zu Betriebsunterbrüchen kommen könnte, zum Beispiel aufgrund eines Modemwechsels. Im Weiteren seien Breitbandangebote einer überwiegenden Mehrheit der Anbieterinnen an den Abschluss eines Preselection-Vertrags für die Festnetztelefonie gekoppelt, so dass es für bestimmte Nutzer weniger interessant ist, eine andere Breitbandanbieterin zu wählen. In ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2007 (Rz. 44) gab Swisscom an, dass sich im Jahr 2006 auch XXXX ADSL-Kunden entschieden hätten, neu einen Kabelinternetanschluss bei Cablecom zu beziehen. Bezogen auf das Total der ADSL-Kunden Ende 2006 entspricht das einer ausgesprochen geringen Wechselquote [Geschäftsgeheimnis]. Die Trägheit zum Wechsel der Anbieterin spricht gegen das Vorliegen von disziplinierenden Einflüssen.

77. Aussagekräftig bezüglich der Einschätzung des Wettbewerbsdrucks von Cablecom ist auch ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Swisscom und Cablecom im Retail-Markt für Breitbanddienste (siehe Abbildung 1). Obwohl Cablecom vor Swisscom in den Markt eingetreten ist und im Dezember 2001 über einen Marktanteil von [Geschäftsgeheimnis] verfügte, verringerte sich der Marktanteil von Cablecom bis auf heute unter [Geschäftsgeheimnis]. Demgegenüber konnte Swisscom ihren Marktanteil kontinuierlich auf bis fast [Geschäftsgeheimnis] steigern. Dies illustriert, dass Cablecom trotz erheblichen Marketinganstrengungen nicht in der Lage ist, auf Swisscom disziplinierenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Interessant ist ebenfalls, dass Swisscom nicht nur auf Kosten der Kabelnetzbetreiber, sondern auch auf Kosten der alternativen ADSL-Anbieter XXXX Marktanteile gewinnen kann.

78. Im Gegensatz zum landesweiten Auftreten von Swisscom können Kabelnetzbetreiber keine schweizwei-

ten Angebote lancieren. Dies bedeutet, dass Swisscom, bezogen auf einen beliebigen Endkunden als Breitbandanbieter, höchstens einen Konkurrenten hat, nämlich – falls vorhanden – den lokalen Kabelnetzbetreiber im betreffenden Gebiet. Zudem ist bei der Interpretation der Marktanteile zu berücksichtigen, dass Swisscom erstens aufgrund der im Vergleich zu ihrem Anschlussnetz deutlich niedrigeren Anzahl Anschlüsse (vgl. Rz. 50) und zweitens der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht erheblichem Wettbewerbsdruck durch letztere ausgesetzt ist. Absolut gesehen wächst zwar Cablecom auch. Anteilsmässig auf den gesamten Retail-Breitbandmarkt stagnieren jedoch deren Marktanteile. Weitere Marktanteile gewinnt die ADSL-Technologie, wobei dieses Wachstum insbesondere auf die starke Position von Swisscom in Endkundenmarkt zurückzuführen sind.

### Abbildung 1: Marktanteilsentwicklung vom Dezember 2001 bis März 2007

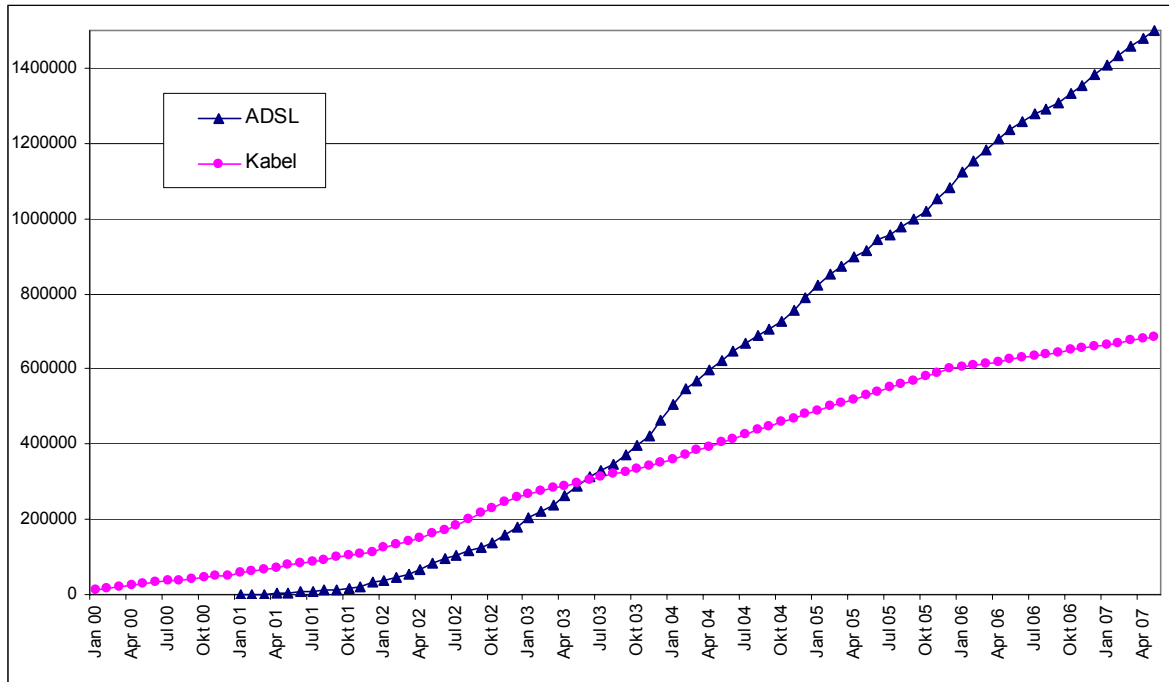
[ganze Abbildung: Geschäftsgeheimnis]

79. Wie die nachstehenden Abbildungen 2 und 3 veranschaulichen, verstärken sich die vorgenommenen Einschätzungen, wenn eine dynamische Betrachtungsweise vorgenommen wird.

80. Aus Abbildung 2 ist ersichtlich, dass Kabelnetzbetreiber vor Swisscom als Anbieter auf dem Breitbandmarkt tätig waren und diesbezüglich über einen First-mover Advantage verfügten. Bereits im August 2003 hatte die ADSL-Technologie jedoch mehr Breitbandinternetendkunden als die Kabelnetze Breitbandkunden. In der Folge lässt sich ein steiler Anstieg von ADSL beobachten. ADSL wächst insbesondere bedeutend stärker als Kabel, wobei diese Tendenz im jetzigen Zeitpunkt weiter anhält und sich fortzusetzen scheint.

81. Gemäss einer Studie des BAKOM ist diese Entwicklung nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den meis-

ten EU-Ländern zu beobachten (Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich, Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 12. Implementierungsbericht der Europäischen Union, BAKOM, Juli 2007, S. 8). Als Grund dafür wird von der Studie angesehen, dass die DSL-Technologie meistens auf dem Festnetz der historischen Betreiberin aufbaut, während alternative Technologien von zahlreichen Betreiberinnen entwickelt werden müssen, die im Allgemeinen über weniger ausgedehnte Netze verfügen. Die historische Betreiberin verfügt gemäss der Studie dank der Bereitstellung der Telefonanschlüsse über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis, wodurch sie eindeutig einen Vorteil hat in Bezug auf die Flächenabdeckung und die Rentabilisierung des Marketingaufwands.

**Abbildung 2: Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse Kabel versus ADSL vom Januar 2000 bis Juli 2007**

82. In Abbildung 3 werden u.a. die beiden stärksten Anbieter der jeweiligen Anschlussstechnologien, nämlich Swisscom und Cablecom betrachtet. Dabei ergibt sich ein ähnliches Bild wie im Vergleich zwischen ADSL und Kabelnetzbetreibern aus Abbildung 2. Cablecom ist zwar vorher in den Markt getreten, wurde aber bereits im April 2003 von Swisscom überholt. Das Wachstum von Cablecom verlief flacher als dasjenige von Swisscom. Swisscom ist im Verhältnis zu allen anderen Anbietern überproportional gewachsen. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu anderen xDSL-Anbietern, welche nur schwach oder gar nicht wachsen XXXX.

83. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz über hohe Penetrationsraten im Breitbandbereich, wobei die

Preise relativ hoch und Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern relativ gering sind (Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18). Bezüglich der Preise im Retail-Markt lässt sich im Übrigen feststellen, dass diese seit 2004 gleich geblieben sind. Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet scheinen sich über die Bandbreiten abzugrenzen statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirkt (Kosten der Breitbanddienste [ADSL und Kabelmodem]: Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8). Auch ein Blick auf die Preise deutet damit nicht daraufhin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSLANbieter diszipliniert wird.

**Abbildung 3: Anzahl Breitbandanschlüsse verschiedener Anbieter im Januar 2001 bis Juli 2007**

84. Diese Einschätzung fehlenden Preiswettbewerbs wird im Übrigen durch die Ergebnisse der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung bestätigt. Auf die Frage, welche Kräfte in der Lage seien, eine Preissetzung von Swisscom beim Angebot eines schnellen Bitstrom-Zugangs zu disziplinieren, antworteten die befragten Marktteilnehmer mehrheitlich in etwa Folgendes: Aufgrund einer fehlenden, schweizweiten alternativen Infrastruktur existierten keine Marktkräfte, welche in der Lage seien, Swisscom zu disziplinieren. Eine Disziplinierung wäre einzig aufgrund von behördlichen Eingriffen wie beispielsweise durch die ComCom, die Weko oder den Preisüberwacher möglich.

85. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind auch die Marktanalysen der EU, welche nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien unter dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation durchgeführt werden. Einer der zu analysierenden Märkte ist der Breitbandzugang für Grosskunden (Wholesale Broadband Access), wobei dieser Markt den Bitstromzugang umfasst (Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, Anhang, Markt 12). Im relevanten Markt Breitbandzugang für Grosskunden haben von 23 Ländern, welche die Analyse durchgeführt haben, 22 Länder festgestellt, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht und das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der historischen Anbieterin bejaht (EU Kommission, Competition/Regulation Overview table, 23. August 2007). Die historischen Anbieterinnen wurden damit trotz teilweisen Vorliegens von Kabelnetzen wie zum Beispiel Dänemark, Österreich oder England als marktbeherrschend qualifiziert.

86. Die in der Schweiz verfügbaren Glasfaseranschlüsse bestehen im Wesentlichen in Ballungsgebieten meist nur für Grosskunden (Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standort - Bestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, BAKOM, März 2005, S. 3). Von den unter 20'000 geschätzten verfügbaren Glasfaseranschlüssen (vgl. Rz. 53) werden nicht alle zur Datenübertragung benutzt, sondern sind teilweise nur verlegt, jedoch inaktiv (sog. dark fiber). Auch bezüglich der Glasfaseranschlüsse erfolgt angesichts der nur punktuellen Verfügbarkeit sowie der primären Ausrichtung auf Geschäftskunden keine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

87. Die Datenübertragung über das Stromnetz (PLC) bleibt in der Schweiz ein Nischenprodukt und wird insbe-

sondere in einigen Gemeinden des Kantons Freiburg von Groupe-E angeboten. Die Groupe-E verfügt zur Zeit über XXXX Internetkunden. Aus der aktuellsten amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass in der Schweiz 3805 PLC-Anschlüsse bestanden (Amtliche Fernmeldestatistik 2005, BAKOM, Biel, 5. Februar 2007, S. 20). Angesichts der im Vergleich zum Total der Breitbandanschlüsse von rund 2.18 Mio. (vgl. Tabelle 2) geringen Anzahl PLC-Anschlüsse, die lokal sehr beschränkt sind sowie teilweise bestehender technischer Probleme führt PLC nicht zu einer Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

### B.3.3.3 Zwischenfazit

88. Zusammenfassend ist bezüglich des Einflusses des nachgelagerten Marktes festzuhalten, dass zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht. Dieser gewisse Wettbewerbsdruck ist jedoch mit Blick auf das vorstehend Geschriebene nur begrenzt zu berücksichtigen und insbesondere nur beschränkt vorhanden. Deshalb kann sich Swisscom auch unter Berücksichtigung des Einflusses des nachgelagerten Marktes unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten.

### B.3.4 Ergebnis

89. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist daher im Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

90. Unter der Annahme einer tendenziellen Zunahme der verfügbaren Breitbandanschlüsse und der fortschreitenden technologischen Entwicklungen wird mittelfristig zu überprüfen sein, ob sich Swisscom im Bereich der drahtgebundenen Anschlüsse weiterhin unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann.

## C SCHLUSSFOLGERUNG

91. Swisscom ist betreffend den schnellen Bitstromzugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

Anhang: Netzabdeckungskarte Kabelnetze [*Geschäftsgeheimniss*]



E 2

### 3. Transitdienste im Bereich "Transit to (...) Access Services"

*Gutachten vom 20. August 2007 in Sachen Transitdienste im Bereich "Transit to (...) Access Services"*

*Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)*

#### A. VERFAHREN

1. Am 19. Mai 2004 reichte u.a. Tele2 Telecommunications Services AG (Tele2) via Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein auf kostenorientierte Preise gerichtetes Gutachten betreffend den Transit to (...) Access Services ein. Die Marktbeherrschung wurde von der Swisscom Fixnet AG (Swisscom) diesbezüglich bestritten.

2. Mit Schreiben vom 20. April 2007 beauftragte das BAKOM das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), einen Fragebogen zur Beurteilung der Marktstellung zu entwerfen. Dieses stellte am 9. Mai 2007 einen Entwurf eines Fragebogens dem BAKOM zu. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde führte anschliessend eine Befragung von Fernmeldediensteanbietern (FDA) durch.

3. Mit am 9. Juli 2007 eingegangenen Schreiben ersuchte das BAKOM die Wettbewerbskommission um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG. Dem Schreiben wurden die aus der Befragung der Fernmeldediensteanbieter (FDA) resultierenden Antworten beigelegt. Ist im Rahmen von Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (Art. 11a Abs. 2 FMG).

4. Die Weko gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1). Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang des Schreibens des BAKOM vom 6. Juli 2007. Die Weko behandelte in der Folge das

vorliegende Gutachten an der erstmöglichen Sitzung vom 20. August 2007.

5. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften von Transitdiensten, die Ausführungen der Parteien und der befragten FDA wird nachstehend eingegangen.

#### B. BEURTEILUNG

##### B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

6. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2005/3, S. 589).

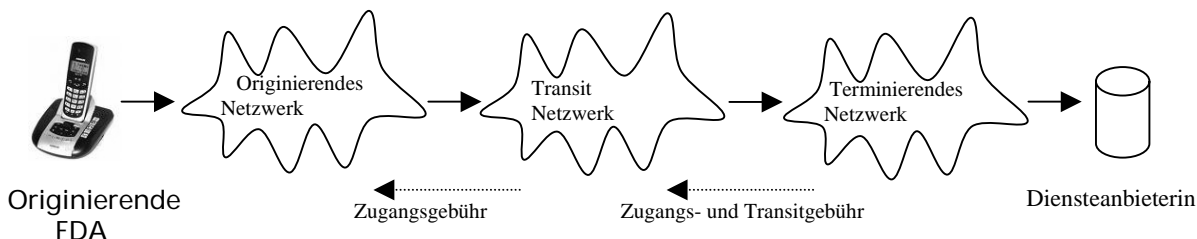
7. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

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

##### B.2 Relevanter Markt

9. Ausgehend vom Gegenstand des Interkonnektionsgesuchs ist hinsichtlich des Transit to (...) Access Services (TAS) die Abgrenzung des relevanten Marktes vorzunehmen. Als Grundlage der nachfolgenden Erläuterungen soll zuerst der Dienst definiert und illustriert werden.

#### Transit to (..) Access Service



10. Aus Gründen der Einfachheit werden in der obigen Illustration nur Zahlungsflüsse zwischen den FDA berücksichtigt. Von den Geldern, die vom Anrufenden zu den FDA fließen, wird abgesehen. Ein Kunde der originierenden FDA nimmt eine Dienstleistung der

Diensteanbieterin (terminierende FDA) in Anspruch, indem er deren Nummer wählt (durchgezogene Pfeile). Da die Diensteanbieterin ein Interesse daran hat, dass ihre Dienste nachgefragt werden, hat diese der transit-anbietenden FDA sowohl Transit- als auch Zugangsge-

büher zu bezahlen, wobei diese die Zugangsgebühr an die originierende FDA weitergibt (gestrichelte Pfeile).

11. Zu berücksichtigen ist beim TAS, dass die originierende FDA die Transitanbieterin auswählt, diese jedoch letztendlich von der Diensteanbieterin bezahlt wird. Dies kann die disziplinierende Funktion des Preises abschwächen.

12. Illustration der Funktionsweise eines TAS:

I. Ein Anrufer wählt beispielsweise eine 0800er Nummer der Diensteanbieterin.

II. Der Anruf gelangt zuerst auf den Verteiler (Switch) der originierenden FDA. Anschliessend wird die Nummer analysiert und entsprechend weitergeleitet. Auf diese Weiterleitung des Anrufes zur TAS Anbieterin hat die Diensteanbieterin keinen Einfluss. Sie kann einen tiefen Preis offerieren und hoffen, dass die originierende FDA ihre Offerte berücksichtigen wird.

III. Falls die originierende FDA nicht direkt zur Diensteanbieterin weiterleiten kann (weil keine direkte Interkonnektion besteht), so hat die Diensteanbieterin zusätzlich den TAS zu bezahlen.

7. Die Besonderheit dieses Dienstes besteht somit darin, dass die TAS bezahlende FDA

(Diensteanbieterin) nicht dieselbe ist wie jene FDA, die die TAS Anbieterin auswählt.

### B.2.1 Sachlich relevanter Markt

14. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

15. Grundsätzlich wird unterschieden zwischen direkter Erschliessung von Endkunden (Originierung und Terminierung) und Diensten zur Verbindung nicht direkt zusammengeschalteter FDA (Originierung, Transit und Terminierung). Dabei werden Transitdienste dann angeboten und nachgefragt, falls zwischen zwei FDA keine direkte Interkonnektion besteht. Sobald ein Dienst Elemente der Originierung oder der Terminierung beinhaltet, wird dieser nicht mehr als Transit qualifiziert.

16. Für FDA mit wenigen direkten Interkonnektionen ist eine Zusammenschaltung mit einer anderen FDA umso interessanter, je mehr direkte Interkonnektionen diese zu anderen FDA besitzt. Deshalb ist eine Interkonnektion mit Swisscom, die gemäss den uns vorliegenden Fakten eine hohe Anzahl direkter Interkonnektionen aufweist (siehe Tabelle 1), vorteilhaft.

Unternehmen	Anzahl direkter Interkonnektionen
Swisscom AG	40
Colt Telecom AG	25
Verizon Switzerland AG	15

**Tabelle 1:** Die drei FDA mit den meisten direkten Interkonnektionen (ungefähre Anzahl Verträge).

Quelle: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)

17. Transitdienste werde nicht primär – wie der Name assoziieren könnte – zur Überwindung grosser Distanzen gebraucht. FDA werden deshalb Transitdienste nur dann nachfragen, wenn sie für die Verbindung zweier Netze notwendig sind. Die Kosten für den Transit sind verglichen mit jenen für Originierung und Terminierung eher klein.

18. Der Praxis der Wettbewerbskommission folgend, können die Originierung, der Transit und die Terminierung als eigenständige sachlich relevante Märkte angesehen werden (RPW 2006/4, S. 739 ff.). Jede dieser drei Dienste einer Zusammenschaltung erfüllt unterschiedliche Leistungsmerkmale und wird deshalb von der relevanten Marktgegenseite nicht als substituierbar betrachtet. Es ist nicht auszuschliessen, dass Transit zwischen FDA zukünftig an Bedeutung verlieren wird, da sich mehr und mehr FDA direkt zusammenschalten (RPW 2001/2, S. 360 ff.).

19. Es stellt sich bei der Abgrenzung des Marktes die Frage, ob für den TAS ein eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Rein technisch werden bei allen Transidiensten Signale übertragen, wobei diesbezüglich bei den Diensten keine Unterschiede bestehen. Als Ab-

grenzungskriterium kommt somit insbesondere in Frage, woher die Signale kommen und wer sie empfängt. Beim TAS wird von einem Anrufer eine Dienstleistung angefordert. Diese kann maschinell (bspw. via Computer) oder wie bei einem konventionellen Anruf von einer Person erbracht werden. Speziell ist weiter, dass die Zahlungsströme bei den TAS zwischen den FDA so gelagert sind, dass nicht jene FDA den Transitanbieter wählt, die ihn auch bezahlt. Diese Unterschiede rechtfertigen jedoch keine Abgrenzung eines eigenen sachlichen Marktes.

20. Eine FDA, die über mindestens zwei direkte Interkonnektionen zu anderen FDA verfügt, kommt als TAS Anbieterin in Frage. Eine Transitleitung zwischen den beiden FDA A und B ist nicht durch eine Leitung zwischen den FDA C und D substituierbar.

21. Der sachlich relevante Markt umfasst somit alle Transitdienste, insbesondere die TAS beinhaltend.

### B.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

23. Theoretisch könnte jedes Transitnetz zwischen zwei FDA als eigenständiger räumlicher Markt betrachtet werden. Diese Abgrenzung entspricht jedoch nicht der Realität, da FDA Transitdienste in der ganzen Schweiz nachfragen (RPW 2001/2, S. 360 ff.).

24. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, der das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.

### B.3 Beurteilung der Marktstellung

25. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es ausreichend starker, aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht.

#### B.3.1 Aktueller Wettbewerb

26. Sobald eine FDA A mit einer FDA B und einer FDA C zusammengeschaltet ist, kann sie der FDA B zur FDA C und umgekehrt Transit anbieten. Zudem ist es heute gemäss Fernmeldegesetz (FMG) für jede FDA möglich, eigene Infrastruktur aufzubauen. Bereits heute sind viele FDA im Besitz von Netzinfrastruktur. Da Swisscom die meisten direkten Interkonnektionen zu anderen FDA aufgebaut hat (siehe Tabelle 1), steigt der Anreiz sich mit Swisscom zusammenzuschalten bzw. Transit über Swisscom abzuwickeln. Kleinere FDA sind evtl. auf Swisscom angewiesen, um ihre Netze zu verknüpfen.

27. Bei den TAS bestimmt die originierende FDA, welcher FDA sie den Transit zuteilen will. Die terminierende bzw. dienst anbietende FDA, die die TAS zu bezahlen hat, wird somit wenig Anreiz haben, selber solche TAS anzubieten, da sie letztendlich keine Garantie haben wird, dass ihr eigener Verkehr über ihre angebotenen TAS abgewickelt wird. Die Disziplinierung der TAS Anbieterin wird abgeschwächt, da nicht jene FDA diesen auswählt, die ihn am Schluss auch bezahlt.

28. Eine direkte Interkonnektion zwischen zwei FDA wird erstellt, falls die zukünftigen Einsparungen der Transitzkosten die Kosten der Errichtung und des Unterhalts der Interkonnektionsschnittstellen überwiegen. Da der Datenverkehr zukünftig eher zunehmen wird, ergibt sich für FDA je länger je mehr ein finanzieller Anreiz sich untereinander direkt zusammenzuschalten (RPW 2001/2, S. 360 ff.).

29. Die grosse Nachfrage nach TAS von Swisscom hängt nicht zuletzt mit deren Grösse von Swisscom und der damit einhergehenden hohen Anzahl direkter Interkonnektionen und der grossen Netzdichte zusammen. Falls es Verhandlungen über den Preis gibt, so wird sich Swisscom in diesen wegen obengenannter Gründe in einer starken Position befinden. Aus Kostengründen ist es möglich, dass FDA alle Dienste aus einer Hand beziehen wollen und sich daher Swisscom aufdrängt.

30. Inzwischen besteht zwar, insbesondere zwischen den grösseren Städten der Schweiz, ein umfangreiches Fernnetz, und Transit könnte theoretisch über mehrere Anbieter abgewickelt werden. Auch bei den TAS existieren weitere Anbieter, jedoch wird ihnen ein Mitkonkurrieren mit Swisscom wegen den oben erwähnten Gründen erschwert.

31. Aus diesen Gründen ist Swisscom keiner genügenden aktuellen Konkurrenz ausgesetzt, die ihr Verhalten zu disziplinieren vermag.

#### B.3.2 Potenzieller Wettbewerb

32. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergibt, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird.

33. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann. Potenzielle Konkurrenz könnte sich vorliegend, insbesondere durch die Aufrüstung oder den Ausbau von drahtgebundenen Anschlüssen ergeben.

34. Um als Konkurrenten eines TAS in Frage zu kommen, muss eine FDA als unabdingbare Notwendigkeit über zwei direkte Interkonnektionen zu anderen FDA verfügen. Wegen den oben beschriebenen Gründen werden viele FDA von einem Angebot von TAS absehen.

35. Ein Konkurrerieren der potenziellen TAS Anbieterin im Markt wird erschwert, da der Preismechanismus – wegen der speziellen Verläufe der Zahlungsflüsse – nicht mehr die gleiche Bedeutung wie in konventionellen Märkten hat. Zudem kann sie auch bei Anrufen zu den von ihr angebotenen Diensten nicht steuern, dass ihr eigener TAS berücksichtigt wird. In vielen Fällen wird Swisscom den TAS abwickeln, da diese die höchste Anzahl direkter Interkonnektionen und die grösste Netzdichte hat und somit am besten positioniert ist.

36. Die Annahme des Interkonnektionsgutachtens aus dem Jahre 2001 (RPW 2001/2, S. 360 ff.), dass genügend potenzielle Konkurrenz infolge geringer Eintrittsbarrieren vorhanden sei, hat sich damit rückwirkend und angesichts der seitherigen Marktentwicklung nicht bestätigt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Kosten einer direkten Interkonnektion nicht marginal und somit viele FDA auf Transitdienste angewiesen sind. Zusätzlich sind es die oben genannten Gründe, die die FDA von einem allfälligen Markteintritt abhalten.

#### B.3.3 Ergebnis

37. Trotz der Tatsache, dass es für FDA, die über direkte Interkonnektionen verfügen, relativ einfach möglich ist, selber TAS anzubieten, verfügt Swisscom mit der höchsten Anzahl direkter Interkonnektionen und der grössten Netzdichte über eine marktbeherrschende Stellung.

38. Als Fazit ergibt sich unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Informationen, dass unzureichender aktueller und potenzieller Wettbewerb Swisscom in die Lage versetzt, sich auf dem Markt für Transit to (...)

---

Access Services von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist somit diesbezüglich als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

## **B. BEURTEILUNG**

39. Swisscom ist betreffend die Transit to (...) Access Services als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

**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

GedrV

GRUR

GU

**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  
 LCsl 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  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade  
 Verordnung über  
 Gebrauchsgegenstände  
 Gewerblicher Rechtsschutz  
 und Urheberrecht  
 Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	<b>T</b>	
OFAP	Office fédéral des assurances privées	TA	Tribunal administratif
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TApp	Tribunale d'Appello
OGer	Obergericht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMC	Organisation mondiale du commerce	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
OR	Obligationenrecht		
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée		
<b>P</b>		<b>U</b>	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	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.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	<b>V</b>	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
<b>Q</b>		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
<b>R</b>		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)	<b>W</b>	
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)	<b>X</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>Y</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>Z</b>	
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
<b>S</b>			
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)		
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch		
StR	Ständerat		
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 95
  - Abrede 2, 5, 7 f., 10 ff., 50, 85 f., 88, 91 ff., 104, 108 ff., 213 ff.
  - Acquiring -
  - Anhörung 9, 12, 132
  - Apotheker/innen 5
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 2 ff., 117, 126, 128, 139
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste 223 ff., 228, 230 ff.
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 3
  - Domestic Interchange Fee 3, 16, 28, 40
- E**
- Effizienzgründe 5
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 12
  - Erheblichkeit -
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte 223, 225
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 88
  - Interchange Fee 3, 16, 28, 40
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 129, 143, 184 ff., 204, 206
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 109, 125, 143, 217, 223, 235
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer -
  - Kreditkarten 1, 3, 117, 186 f., 190
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 186 f.
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
  - marktbeherrschende Stellung 5 ff., 107, 117, 119, 126, 128, 136, 139, 141 f., 144, 161, 184 f., 187 f., 190 f., 204, 206, 220, 222, 226, 228, 236
  - Marktgegenseite 95, 108 ff., 127, 129, 132, 136, 138, 144 ff., 149 f., 154 ff., 168, 186, 190 f., 195, 199, 203 ff., 217 ff., 223, 225, 235
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 86, 128 f., 169, 187, 192, 199 f., 226
  - Marktzutrittsschranken 141 f., 175 ff., 179, 183, 190
  - Meldepflicht 117, 126, 129, 144
  - Missbrauch 5 ff., 11, 85 f., 104 f., 108, 142, 155
- N**
- Netzwerk 125, 224
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb 111, 129, 175, 216, 220, 222, 228, 236
  - Preisabrede 5, 10, 96 f., 104, 109, 112, 214
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 95, 105 ff., 192, 215
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 1 f., 6, 12, 90, 93, 95, 104, 109, 111 f., 190, 208
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 10, 94, 96, 98, 110
  - Submissionskartell 1, 12, 96
- T**
- Tarife 57, 108, 215
  - Tarifvertrag -
  - Tierärzte/innen -
  - Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 2 ff., 85 ff., 91 f., 96, 100 f., 104, 107 ff., 111,  
137, 169, 171, 184 ff., 194, 195, 201

unzulässige Wettbewerbsabrede 85, 92, 95

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 5, 214

Verschulden 202

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 94, 126

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X****Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -