

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

2013/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 727.000.13/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

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

2013/1

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 2013

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2013/1

A	Tätigkeitsberichte	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence	17
	3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza	33
	4. Annual Report 2012 of the Competition Commission	49
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Rotkreuz-Notrufsystem	65
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup	80
	2. Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine	83
	3. A4 Limited/B SA	85
	4. PubliGroupe/ImproveDigital	93
	5. Swatch Group AG/Harry Winston Holdings Inc.	101
	6. Verfügung in Sachen Schweizerische Post/La Poste	103
	7. BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.	106
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010	114
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	138
	Index (deutsch, français e italiano)	140

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission
------	--

Inhalt

1	Vorwort des Präsidenten	2	5	Spezialthema des Jahres 2012: Binnenmarkt Schweiz	13
2	Wichtigste Entscheide 2012	3			
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	4	5.1	Das Binnenmarktgesetz	13
3.1	Bau	4	5.2	Die Aufsichtsfunktion der WEKO	13
3.1.1	Der Dienst Bau stellt sich vor	4	5.3	Recht auf Marktzugang	14
3.1.2	Untersuchungen	4	5.4	Kantonales und kommunales Beschaffungswesen	15
3.1.3	Beschwerdeverfahren	4	5.5	Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private	16
3.1.4	Informelle Gespräche, Marktbeobachtungen und Beratungen	4			
3.1.5	Prävention und Information	5			
3.2	Dienstleistungen	5			
3.2.1	Finanzdienstleistungen	5			
3.2.2	Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen	5			
3.2.3	Gesundheitswesen	7			
3.3	Infrastruktur	7			
3.3.1	Telekommunikation	7			
3.3.2	Medien	8			
3.3.3	Energie	8			
3.3.4	Weitere Bereiche	9			
3.4	Produktmärkte	9			
3.4.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	9			
3.4.2	Uhrenindustrie	9			
3.4.3	Automobilsektor	10			
3.4.4	Landwirtschaft	10			
3.5	Binnenmarkt	10			
3.6	Ermittlungen	10			
3.7	Internationales	11			
4	Organisation und Statistik	11			
4.1	WEKO und Sekretariat	11			
4.2	Statistik	12			

1 Vorwort des Präsidenten

Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat haben auch im Jahr 2012 wichtige Verfahren und Entscheide im Rahmen ihrer zentralen Aufgaben durchgeführt und getroffen. Dies betrifft insbesondere die zwei Themen „freie Preisbildung“ und „Marktabschottungen“.

Die **freie Preisbildung** nach Angebot und Nachfrage ist ein zentraler Bestandteil einer freien Marktwirtschaft. Wenn Unternehmen die Preisbildung gemäss diesem Grundsatz bewusst und gewollt ausschalten und an deren Stelle die Preise gemeinsam festlegen bzw. manipulieren, spricht man von einer Preisabrede. Dies kann auf verschiedene Arten geschehen, wie uns das letzte Jahr zeigt. In der Untersuchung zum Strassen- und Tiefbau des Kantons Aargau (entschieden Dezember 2011; kommuniziert Januar 2012) hat die WEKO eine hohe Zahl von einzelnen Submissionsabreden aufgedeckt. Die beteiligten Unternehmen haben den ausschreibenden Stellen einen Bieterwettbewerb vorgespielt, obwohl sie unter sich den Preis und das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten sollte, vorgängig festgelegt haben. In der Untersuchung zu den empfohlenen Tarifen von Neuenburger Immobilientreuhändlern musste die WEKO feststellen, dass die Preisempfehlungen zu einem beträchtlichen Teil eingehalten worden sind und die Kunden somit nicht einen individuell, sondern gemeinsam festgelegten Preis zu bezahlen hatten. Und in der Untersuchung zu Bergsportprodukten konnte die WEKO nachweisen, dass ein Importeur die Preissetzungsfreiheit der von ihm belieferten Händler in unzulässiger Weise beschränkte, indem er diesen einen maximalen Rabatt vorgab.

Für die Schweiz als kleine Volkswirtschaft mit einem bereits hohen Preisniveau sind **Marktabschottungen** schädlich, weil sie den Wettbewerbsdruck aus dem Ausland auf die Preise mindern und zur „Hochpreisinsel“ Schweiz beitragen. Sofern solche Marktabschottungen auf Abreden zwischen Unternehmen beruhen, greift die WEKO konsequent ein. Weil der Automobilhersteller BMW Schweizer Kunden behinderte, Fahrzeuge der Marken BMW und MINI direkt in die Schweiz zu importieren, wurde er von der WEKO mit CHF 156 Millionen gebüsst. Ebenso wurde der Verband der schweizerischen Musikindustrie IFPI gebüsst, weil sich seine Mitglieder verpflichten mussten, keine Parallelimporte zu tätigen. Diese Beispiele zeigen, dass eine der Hauptfunktionen der Wettbewerbsbehörde ist, Märkte zu öffnen und sie offen zu halten. Konsumentinnen und Konsumenten sollen frei entscheiden können, wo sie die Produkte am günstigsten einkaufen wollen, sei dies in der Schweiz, im Ausland, in einem Fachgeschäft oder im Internet. Wenn hingegen Marktabschottungen auf gesetzlichen Vorschriften wie z.B. beim Fleisch oder anderen Lebensmitteln beruhen, kann die Wettbewerbsbehörde die Märkte nicht öffnen. Sie kann hingegen entsprechende Empfehlungen an die politischen Instanzen richten. Es ist dann an der Politik zu entscheiden, ob diese Marktabschottung auf einem höher zu gewichtenden öffentlichen Interesse beruht oder im Interesse an offenen Märkten aufgegeben werden kann.

Im Berichtsjahr sind weitere Verfahren mit entsprechenden Verdachtsmomenten eröffnet worden. In der Libor-Untersuchung geht es um Anhaltspunkte für die konzentrierte Manipulation des Libor-Zinssatzes; in der Untersuchung zum Strassen-, Tief- und Hochbau im Unterengadin um den Verdacht auf Submissionsabreden und in der Untersuchung gegen Steinway & Sons um Anhaltspunkte auf Behinderung von Parallelimporten und um Preisabreden zwischen den Schweizer Händlern von Flügeln und Pianos.

Die WEKO und ihr Sekretariat werden bei ihren Tätigkeiten weiterhin diese beiden schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen mit oberster Priorität verfolgen.

Prof. Vincent Martenet
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2012

Nachstehend sind in chronologischer Reihenfolge die wichtigsten Entscheide der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen aus dem Jahr 2012 zusammengefasst. Details zu den einzelnen Entscheiden sind unter 3.1-5 aufgeführt.

Die WEKO erliess am 27. Februar 2012 gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM) eine Empfehlung betreffend die **Marktzugangsrechte ortsfremder Taxidienste**. Die Kompetenz zur Regulierung des Taxigewerbes liegt bei den einzelnen Kantonen bzw. Gemeinden. Dies führt zu einer Vielfalt an unterschiedlichen Regulierungen und erschwert den interkommunalen Taxiverkehr. Die WEKO zeigte am Beispiel der Taxivorschriften der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur auf, welche Vorschriften die kantonalen und kommunalen Märkte gegenseitig abschotten und darum gegen das BGBM verstossen. Die Empfehlung der WEKO erklärt, welche Tätigkeiten ein Taxidienst ausserhalb seiner Standortgemeinde ausüben darf und unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde einem ortsfremden Taxidienst eine Betriebsbewilligung erteilen muss.

Mit Entscheid vom 7. Mai 2012 sanktionierte die WEKO die **BMW AG** wegen Abschottung des Schweizer Marktes für Automobile der Marken BMW und MINI mit CHF 156 Millionen. Die BMW AG hatte mittels einer Klausel in den Händlerverträgen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) Direkt- und Parallelimporte in die Schweiz behindert. Gemäss dieser Klausel war es den zugelassenen Händlern im EWR untersagt, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Kunden ausserhalb des EWR und damit auch in die Schweiz zu verkaufen. In der zweiten Jahreshälfte 2010 erhielt die WEKO zahlreiche Beschwerden von Endkunden aus der Schweiz, die erfolglos versucht hatten, einen Neuwagen der Marke BMW oder MINI im EWR zu erwerben. In dieser Zeitperiode wertete sich der Schweizer Franken gegenüber dem EURO beträchtlich auf, womit Käufe in der Eurozone attraktiver wurden. Aufgrund der Vertragsklausel konnten die Konsumenten in der Schweiz nicht von den beträchtlichen Wechselkursvorteilen profitieren. Wegen dem Wert der betroffenen Güter wären diese Vorteile für den einzelnen Konsumenten bedeutend gewesen. Die Abschottung des Schweizer Marktes führte auch zu einem geringeren Wettbewerbsdruck auf die Endverkaufspreise für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI in der Schweiz. BMW hat gegen den Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht.

Ein wichtiges Urteil fällte das Bundesgericht am 29. Juni 2012 im Verfahren gegen **Publigruppe**. Es bestätigte insbesondere die Rechtmässigkeit des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission, vor allem im Lichte der Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Es bestätigte den Entscheid der WEKO auch in materiell-rechtlicher Hinsicht und wies die Beschwerde von Publigruppe ab. Der Entscheid der WEKO, der auch eine Sanktion von CHF 2.5 Millionen gegen Publigruppe umfasste, ist damit rechtskräftig und wird für die verfahrensrechtlichen Rügen in den

noch hängigen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht massgebend sein.

Die WEKO hat in ihrem Entscheid vom 2. Juli 2012 festgestellt, dass die Anwendung von Tarifempfehlungen für Verwaltungskosten bei der Immobilienverwaltung in Neuenburg gegen das Kartellgesetz verstösst. Die Sektion Neuenburg des Immobilienhändlerverbands „**Union suisse des professionnels de l'immobilier**“ (USPI-Neuchâtel) hat sich bereit erklärt, ihre Tarifempfehlungen zurückzuziehen. Die WEKO hat diesem Umstand Rechnung getragen und eine reduzierte Sanktion ausgesprochen. In ihrer Entscheidung genehmigt die WEKO die einvernehmliche Regelung, unter Berücksichtigung, dass es sich beim Merkblatt um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Bereich der Immobilienverwaltung handelte. Tatsächlich folgten im Durchschnitt mehr als ein Drittel der Mitglieder des Verbands den Preisempfehlungen. Bei einzelnen Empfehlungen war der Befolungsgrad sogar höher als 50 Prozent. Der Entscheid der WEKO ist rechtskräftig.

Die WEKO verhängte am 16. Juli 2012 eine Busse von CHF 3,5 Millionen gegen **IFPI Schweiz**, den Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller (z.B. CDs) in der Schweiz, wegen Behinderung von Parallelimporten. Die **Phononet AG** wurde aus demselben Grund mit CHF 20'000 gebüsst. In einer einvernehmlichen Regelung verpflichteten sich die beiden Unternehmen, künftig keine Parallelimportverzichtserklärungen mehr unterzeichnen zu lassen und die Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern (z.B. CDs) nicht zu erschweren oder zu unterbinden. Die Untersuchung hatte gezeigt, dass die Mitglieder von IFPI Schweiz im Rahmen des Verbandes untereinander vereinbart hatten, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder in die Schweiz zu tätigen. Die Phononet AG, Bindeglied zwischen Handel, Medien und Industrie, hatte die Wirkung dieser Vereinbarung durch ihr Verhalten unterstützt. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO verhängte am 20. August 2012 eine Busse von CHF 470'000 gegen die Altimum SA wegen Preisbindung zweiter Hand im Bereich von Bergsportartikeln. Die Altimum SA (ehemals Roger Guenat SA) hatte ihren Wiederverkäufern für **Bergsportartikel** der Marke Petzl (Stirnlampen, Gurtzeug, Helme, Eispickel etc.) Mindestverkaufspreise vorgeschrieben und damit verhindert, dass die Wiederverkäufer in der Schweiz echten Preiswettbewerb betreiben konnten. Die Untersuchung hat ergeben, dass der Wettbewerb in der Schweiz mindestens von 2006 bis Ende 2010 erheblich beeinträchtigt war. Altimum hat beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht.

Die WEKO hat am 11. Dezember 2012 die **Spediteure** Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG/Schenker, Kühne + Nagel International AG sowie Panalpina Welttransport (Holding) AG mit insgesamt CHF 6.2 Millionen gebüsst. Die Deutsche Post AG/DHL, welche das Verfahren durch Selbstanzeige ausgelöst hatte, konnte von einem vollständigen Sanktionserlass profitieren. Gleichzeitig genehmigte die WEKO einvernehmliche Regelungen mit allen Unternehmen sowie mit dem Verband Spedlogswiss. Die Untersuchung hatte

ergeben, dass sich die Spediteure im Zeitraum 2003 bis 2007 bei bestimmten Gebühren und Zuschlägen im Bereich der internationalen Luftfrachtspektion abgesprochen und koordiniert haben. Anhand von Verhaltensweisen bezüglich der Einführung und Umsetzung von schweizspezifischen Gebühren und Zuschlägen sowie von internationalen Surcharges konnte die Wettbewerbsbehörde eine horizontale Preisabsprache zwischen den Spediteuren nachweisen. Der WEKO-Entscheid ist rechtskräftig.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Der Dienst Bau stellt sich vor

Per 1. September 2012 wurde ein neuer Dienst geschaffen. Der neue Dienst Bau – zuvor Teil des Dienstes Produktmärkte – beschäftigt sich mit Wettbewerbsbeschränkungen im Bau- und Beschaffungswesen sowie im Bereich Umwelt. Im Bauwesen stehen dabei die Bereiche Hochbau, Tiefbau, Strassenbau und Bauinstallationen im Vordergrund, aber auch das Ausbaugewerbe (z. B. Elektroinstallations- und Sanitärarbeiten) und Baumaterialien gehören dazu. Im Bauwesen geben vor allem horizontale Abreden zwischen Unternehmen Anlass zu kartellrechtlichen Verfahren. Der Dienst Bau befasst sich im Weiteren mit rechtlichen und ökonomischen Fragen des Beschaffungswesens, zu Submissionen und zur Umwelt. Er setzt sich dabei ebenfalls für wettbewerbsfreundliche rechtliche Rahmenbedingungen im Beschaffungsrecht (u. a. bei der schweizerische Anpassung des revidierten GPA) ein.

3.1.2 Untersuchungen

Die Untersuchung **Türprodukte** konnte wie geplant fortgesetzt werden. Zu Beginn des Jahres 2012 wurden Fragebogen an die Untersuchungsadressaten verschickt. Im Sommer 2012 führte dann das Sekretariat Einvernahmen durch. Die Auswertung der vom Sekretariat bei den Parteien einverlangten weiteren Unterlagen ist derzeit noch im Gange. Der Versand des Antrages ist für Frühling 2013 vorgesehen.

Die am 22. November 2011 eröffnete Untersuchung **Badezimmer** konnte ebenfalls wie vorgesehen geführt werden. Nach dem Versand von Fragebogen und der Sichtung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten physischen und elektronischen Daten fanden im Herbst 2012 zahlreiche Partei- und Zeugeneinvernahmen statt. Als nächstes stehen nun die Ausarbeitung des Antrags und dessen anschliessender Versand an die Parteien an.

Die im Juni 2009 eröffnete Untersuchung **Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich** wurde Ende Mai 2012 auf die Muttergesellschaften ausgedehnt. Die Ermittlungsmassnahmen wurden in der Folge abgeschlossen und der Antrag den Parteien Mitte November 2012 zugestellt. Die Anhörungen vor der WEKO sind für das Frühjahr 2013 vorgesehen.

Die gleichzeitig eröffnete Untersuchung betreffend Submissionsabreden im **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** wurde mit Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 abgeschlossen. Diese Verfügung wurde teilweise anonymisiert (keine Erkennbarkeit von konkre-

ten Projekten) und Anfang Mai auf der Homepage der WEKO öffentlich zugänglich gemacht. In der Folge kam es zu verschiedenen Anfragen von Bauherren um Zugang zu den sie betreffenden Projektinformationen. Die Abklärungen darüber, ob und wenn ja wie weit dieser Zugang gewährt werden kann, sind im Gange und werden voraussichtlich im Frühjahr 2013 mit einer Verfügung abgeschlossen.

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die **Untersuchung Bau Unterengadin** gegen verschiedene Unternehmen im Bereich Strassen-, Tief- und Hochbau und Belagsarbeiten sowie den vorgelagerten Märkten im Kanton Graubünden und hat in diesem Zusammenhang Hausdurchsuchungen durchgeführt. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden vor, wonach mehrere Unternehmen in diesen Bereichen im Unterengadin Absprachen getroffen haben, die dazu dienen sollten, die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen.

3.1.3 Beschwerdeverfahren

Die Untersuchung **Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren** wurde mit Entscheid vom 4. November 2010 abgeschlossen. Drei Unternehmen haben gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Im Juni 2012 fanden vor dem Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang Instruktionsverhandlungen statt, in deren Nachgang dem Sekretariat mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts verschiedene Fragen zur Beantwortung vorgelegt wurden. Diese wurden vom Sekretariat im Juli 2012 schriftlich beantwortet. Die Beschwerdeverfahren sind hängig.

Gegen die Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 betreffend Submissionsabreden im **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** haben vier Unternehmen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Die entsprechenden Verfahren sind hängig. Elf Unternehmen haben den Entscheid akzeptiert, womit er für diese rechtskräftig ist.

3.1.4 Informelle Gespräche, Marktbeobachtungen und Beratungen

Das revidierte CO₂-Gesetz sieht in Art. 27 vor, dass sich die nach dem Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (SR 641.61) steuerpflichtigen Personen zu Kompensationsgemeinschaften zusammenschliessen können. Das Sekretariat hat sich mit der **Erdölvereinigung** getroffen und über das Projekt informiert, welches vorsieht für grundsätzlich sämtliche Treibstoffimporteure eine einzige solche „Kompensationsgemeinschaft für Bescheinigungen“ aufzubauen. Das Sekretariat hat festgehalten, dass eine einzige Kompensationsgemeinschaft so auszugestaltet ist, dass eine gleichförmige Überwälzung der CO₂-Kompensationskosten – infolge Teilnahme aller Treibstoffimporteure – auf die Nachfrager verhindert wird.

Im Zusammenhang mit einem deutschen Schienenkartellfall, bei dem die beteiligten Unternehmen mit insgesamt 124,5 Mio. Euro sanktioniert wurden, führte das Sekretariat mit den **SBB** Ende Oktober 2012 ein informelles Gespräch. Es wurde eruiert, ob die Schweiz von ähnlichen Absprachen betroffen sein könnte, wofür sich

jedoch keine Anhaltspunkte ergaben. Das Sekretariat erklärte insbesondere, dass die Durchführung von Vergabeverfahren von den kartellrechtlichen Abklärungen der Wettbewerbsbehörden grundsätzlich unberührt bleiben kann.

Das Sekretariat führte zudem zwischen Mitte November und Mitte Dezember 2012 eine Marktbeobachtung zu einer Ausschreibung für die Bahntechnik (worin ein Fahrleitungssystem Deckenstromschienen vorgegeben war) im Rahmen des NEAT-Bahnprojektes **Ceneri-Basistunnel** durch. Es bestand der Verdacht, dass der Abschluss eines Exklusivvertrages – über ein für einen Teil des Vergabeloses unabdingbares Produkt – möglicherweise eine unzulässige Abrede oder Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellte. Das Sekretariat führte Recherchen und eine Reihe von Gesprächen durch, so mit der ausschreibenden AlpTransit Gotthard AG, Luzern, sowie mit am Exklusivvertrag beteiligten Unternehmen. Der Anfangsverdacht entkräftete sich dabei.

3.1.5 Prävention und Information

Die Bekämpfung von Submissionsabsprachen bildet seit dem Jahr 2008 einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Sekretariats. Dieser Schwerpunktbereich beruht auf folgenden drei Pfeilern: Prävention und Information, Aufdeckung und schliesslich Verfolgung von Submissionsabsprachen (vgl. Jahresbericht 2009, RPW 2010/1, S. 2).

Im Rahmen des Pfeilers „Prävention und Information“ hat das Sekretariat Veranstaltungen in den Kantonen Freiburg, Waadt und Genf durchgeführt. Diese dienen der Sensibilisierung, dem Fachaustausch sowie einem besseren Verständnis des Vorgehens und der Instrumente der Wettbewerbsbehörde im Bereich Verfolgung von Submissionsabsprachen. Die Veranstaltungen stiessen auf ein positives Echo bei den kantonalen und kommunalen Beschaffungsstellen. Sie bauen auf die Erfahrungen, welche in der Deutschschweiz in ähnlichen Veranstaltungen in den vorangegangenen Jahren gemacht wurden.

Im Rahmen des Pfeilers „Aufdeckung von Submissionsabsprachen“ hat das Sekretariat der betroffenen kantonalen Beschaffungsstelle die Ergebnisse seines Projekts „Aufdeckung von Submissionsabsprachen durch statistische Methoden“ vorgestellt. Dieses Pilotprojekt beinhaltet eine Datenauswertung von Offertöffnungsprotokollen. Anhand geeigneter statistischer Methoden wurden Auffälligkeiten bei den Submissionseingaben, welche auf eine Kollusion hindeuten könnten, untersucht. Dieses Pilotprojekt könnte künftig auf weitere Kantone ausgedehnt werden.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der Debitkarten hat das Sekretariat eine Vorabklärung mit dem Titel **Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen** abgeschlossen. Gegenstand der Vorabklärung bildete die Einführung von zwei neuen Gebühren durch MasterCard Europe SPRL: die Maestro Volume Fee (MVF) und der Maestro Development Fund (MDF). Bei der MVF handelt es sich um eine durch

MasterCard erhobene, vom Acquiring-Umsatz abhängige Lizenzgebühr für die Nutzung der Marke „Maestro“ und für die Bereitstellung und Verwaltung des Maestro-Systems („Brand Fee“). Das Sekretariat hielt fest, dass es auch für ein Unternehmen mit einer sehr starken Marktstellung wie MasterCard nicht unzulässig ist, von seinen Vertragspartnern Lizenzgebühren einzuziehen. Bezüglich der Höhe der MVF fand das Sekretariat keine Anhaltspunkte dafür, dass diese systematisch überhöht wäre, zumal die MVF im ganzen SEPA (Single Euro Payments Area)-Raum gleich hoch ist. Beim MDF handelt es sich um eine durch MasterCard erhobene, vom inländischen Acquiring-Umsatz abhängige Gebühr. Diese Gebühr soll von MasterCard vollständig reinvestiert werden, indem bei den Acquirern Innovationsprojekte finanziert werden. Das Sekretariat gelangte zum Ergebnis, dass aufgrund der verhältnismässig tiefen Gebühr und des Umstandes, dass die Einnahmen vollumfänglich bei den Acquirern reinvestiert werden sollen, die MDF kaum als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bezeichnet werden kann. Insbesondere sei die MDF Gebühr zu tief, um als Ersatz für eine kartellrechtlich problematische Interchange Fee für Maestro aufgefasst werden zu können.

In der Untersuchung bezüglich **Kreditkarten-Interchange Fees** hat das Sekretariat vom Urteil des Europäischen Gerichts in Sachen MasterCard, das die Praxis der EU-Kommission bezüglich Interchange Fees bestätigt, Kenntnis genommen. Das Sekretariat hat die Vertreter der Banken und des Handels zu diesen Entwicklungen angehört.

Im Fall **Libor** hat das Sekretariat die Untersuchung vorangetrieben und Daten gesichtet. Die Daten sind dabei sehr umfangreich und befinden sich zu einem namhaften Anteil im Ausland, was komplexe Fragen aufwirft, da die Daten oftmals durch ausländische Gesetze (z.B. im Bereich Datenschutz) vor einer Übermittlung in die Schweiz geschützt sind.

Schliesslich hat das Sekretariat im Bereich Finanzdienstleistungen verschiedene **Zusammenschlussvorhaben** beurteilt. Erwähnenswert sind dabei die Bankenfusionen Julius Bär/Merrill Lynch und Sarasin/Saфра.

3.2.2 Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen

Im Bereich der freien Berufe und der freiberuflichen Dienstleistungen konnten drei wichtige Untersuchungen abgeschlossen werden. Die erste Untersuchung war gegen die **Neuenburger Sektion des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft** eröffnet worden. Verfahrensinhalt war eine an die Mitglieder gerichtete Erinnerungshilfe des Verbands. In Form von Preisempfehlungen setzte die Erinnerungshilfe Tarifspannen für die Rechnungsstellung von Leistungen im Bereich der Immobilienverwaltung fest. Ebenso sah sie fixe Tarife für die Maklercourtage vor. Nach einer vertieften Analyse der Marktgegebenheiten kamen die Wettbewerbsbehörden zum Schluss, dass die Empfehlungen im Bereich der Immobilienverwaltung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten. Tatsächlich befolgten durchschnittlich mehr als ein Drittel der Mitglieder die Preisempfehlungen. Bezüglich den Empfehlungen über den Eigenmietwert überstieg der Befolgungsgrad sogar 50 Prozent.

Die WEKO billigte in der Folge die vom Sekretariat mit den Parteien geschlossene einvernehmliche Regelung und sanktionierte diejenigen Verbandsmitglieder, die sich an die Preisempfehlungen gehalten hatten, mit einer Sanktion von CHF 50'000.-. Hingegen wurde die Untersuchung im Bereich der Immobilienmakler wegen fehlender Erheblichkeit eingestellt.

Die zweite Untersuchung richtete sich gegen die **IFPI Schweiz** und die **Phononet AG**. Die IFPI Schweiz ist der Schweizer Branchenverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller (z.B. CD's). Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Mitglieder der IFPI Schweiz im Rahmen des Verbands vereinbarten, Parallelimporte von Ton- und Tonbildträgern zu verhindern. Die Phononet AG, ein Intermediär der Medienindustrie, unterstützte die Wirkungen dieser Abrede mittels seines eigenen Verhaltens gegenüber den Herstellern in der Schweiz. Diese Handlungen führten zu einer erheblichen Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs. Daher hat die WEKO die vom Sekretariat mit den Parteien vereinbarte einvernehmliche Regelung gebilligt und gleichwohl eine Sanktion in der Höhe von CHF 3.5 Mio. ausgesprochen. Die Parteien haben sich verpflichtet, künftig im Zusammenhang mit Parallelimporten von Ton- und Tonbildträgern weder Verzichtserklärungen zu vereinbaren noch solche zu erschweren bzw. zu unterbinden. Die Untersuchung betraf zunächst auch die Mitgliedschaftsvoraussetzungen des Verbandes IFPI Schweiz, des Weiteren die Organisation der „offiziellen Schweizer Hitparade“ und schliesslich auch die Vorwürfe, welche gegenüber der von Phononet AG geleiteten Music Promotion (MPN) gemacht wurden. In diesen Bereichen konnte allerdings keine Wettbewerbsverletzung festgestellt werden. Daher wurde die Untersuchung in diesen Punkten eingestellt. Dennoch hat die IFPI Schweiz ihre Praxis bezüglich der Hitparade angepasst, um bestmögliche Transparenz zu gewährleisten.

Am 11. Dezember 2012 wurde die dritte Untersuchung im Bereich der **Spedition** mit einer Sanktionsverfügung über insgesamt CHF 6.2 Mio. abgeschlossen. Die Verfügung gelangt zum Ergebnis, dass sich im Bereich der Luftfrachtpedition die grossen international tätigen Luftfrachtpediteure im Zeitraum 2003 bis 2007 bezüglich bestimmter Gebühren und Zuschläge koordiniert haben. Die Verfügung zeigt dies anhand mehrerer exemplarischer Gebühren auf, etwa der schweizspezifischen Gebühren Surcharge Collection Fee (SCF), Security Fee Agent (SFA), E-dec-Gebühr und Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr sowie von internationalen Surcharges - namentlich Air Automated Manifest System (AAMS), Peak Season Surcharge (PSS), Currency Adjustment Factor (CAF) und New Export System-Gebühr (NES-Gebühr). Für die Teilnahme an diesem Kartell wurden folgende Sanktionen ausgesprochen: Agility Logistics International BV: CHF 907'349.--, Deutsche Bahn AG/Schenker: CHF 1'021'751.--, Kühne + Nagel International AG: CHF 1'173'767.-- sowie Panalpina Welttransport (Holding) AG: CHF 3'117'286.--. Die Deutsche Post AG/DHL, welche ebenfalls Teil des Kartells war, hat das Verfahren durch Selbstanzeige ausgelöst. Deshalb konnte diese Gesellschaft von einem vollständigen Sanktionserlass profitieren. Weitere Selbstanzeigen wurden durch die Deutsche Bahn und Agility eingereicht,

die zu substanziellen Reduktionen der Sanktion bei diesen Unternehmen geführt haben. Gleichzeitig genehmigte die WEKO einvernehmliche Regelungen mit allen oben genannten Unternehmen sowie mit dem Verband Spedlogswiss.

Im Bereich des **Kinofilmverleihs** beurteilte das Sekretariat mehrere vorgebrachte Beschwerden gegen die Filmverleiher, welche sich unter dem Druck der Pathé Suisse SA geweigert hätten, gewissen Kinobetreibern in der Romandie bestimmte Filme zu verleihen. Als Kinobetreiber und auch Filmverleiher habe Pathé den eigenen Vertrieb genutzt, um die eigenen Kinosäle zum Nachteil der anderen Kinobetreiber privilegiert mit erfolgreichen Filmen zu beliefern. Ein ähnliches Verfahren war bereits im Jahre 2000 eröffnet worden (RPW 2000/4 571 *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*). Auch wenn eine gewisse Marktmacht der Pathé Suisse SA in der Region Genfersee vorlag, konnte das Sekretariat keine Hinweise für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dieses Unternehmens oder der Filmverleiher feststellen. Den Verleihern brachten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vor, die es rechtfertigten, die Kinosäle, in welchen man die jeweiligen Filme spielen wollte, von Fall zu Fall auszuwählen. Das Sekretariat hat daher die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt. Gleichwohl wird das Sekretariat, angesichts der technologischen Entwicklung (Umstellung von analog auf digital), die Wettbewerbssituation und die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt weiter beobachten.

Im **Bereich des Sports** beurteilte das Sekretariat die Beschwerden des Unternehmens Olympique des Alpes SA („FC Sion“) gegen den europäischen Fussballverband UEFA, den Schweizerischen Fussballverband SFV und gegen den Weltfussballverband FIFA wegen dem Ausschluss des Fussballclubs von europäischen Wettbewerben und der gegen ihn ausgesprochenen Sanktionen. Ein allfälliger Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung seitens der involvierten Sportverbände wurde im konkreten Fall verneint, weil das Interesse des anzeigenden Unternehmens im Wesentlichen privater Natur war. In der Folge hat das Sekretariat die Marktbeobachtung ohne Folgen eingestellt. Im Laufe des Verfahrens fand ein Treffen mit dem Sportschiedsgericht TAS statt, welches es erlaubte, die Situation zu klären, wie zu verfahren ist, wenn ein Fall parallel vor einer Verwaltungsbehörde und einem Zivilgericht anhängig ist.

Das Sekretariat war ebenfalls im Bereich **Tourismus** aktiv und beurteilte die Problematik der vertraglichen Vereinbarungen gewisser Unternehmen im Bereich der Hotelreservierungen im Internet. Objekt der Abklärungen waren namentlich Klauseln, die „Bestpreisgarantien“ wie auch Zimmerkontingente vorschrieben. Da Hinweise auf eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung gefunden werden konnten, wurde Ende 2012 eine Untersuchung gegen die Unternehmen booking.com, HRS und Expedia eröffnet.

Ausserdem hatte das Sekretariat erneut die Gelegenheit, verschiedene statutarische Bestimmungen von **Berufsverbänden** zu beurteilen, welche geeignet sind, den Wettbewerb zu behindern oder den Markteintritt zu erschweren. Gewisse Analysen wurden zudem durchgeführt im Bereich der Wartung und Reparatur technischer

Einrichtungen, für welche die wichtigsten Unternehmen auf dem Markt spezielle Normen festgelegt hatten. Solche statutarischen Regelungen wurden erlassen, um den Zugang zu den jeweiligen Märkten zu erschweren und müssen daher beurteilt und gegebenenfalls angepasst werden. Deswegen hat beispielsweise der Verband Schweizerischer Errichter von Sicherheitsanlagen seine technischen Richtlinien im Gasbereich angepasst.

3.2.3 Gesundheitswesen

Die Marktbeobachtung auf dem **Markt der Hörgeräte** wurde 2012 fortgesetzt um die vom Gesetzgeber gewollten Änderungen zu berücksichtigen. Eine erste Analyse der entsprechenden Daten der Zeit nach der Einführung des neuen Pauschalsystems der Kostenrückerstattung für Hörgeräte hat bereits interessante Erkenntnisse für die Weiterführung des Verfahrens im Jahr 2013 geliefert.

Die Wettbewerbsbehörden eröffneten im Dezember 2012 eine Untersuchung betreffend die **Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformation** für den Vertrieb, die Abgabe und die Abrechnung von Medikamenten in der Schweiz. Ziel der Untersuchung ist es, festzustellen, ob die Unternehmen der Galenica Gruppe eine marktbeherrschende Stellung inne haben und ob sie diese missbrauchen. Dieses Verfahren folgt in Teilen auf eine Sektoranalyse des Sekretariats auf dem Markt für **Medikamentenvertrieb** in der Schweiz, die seit 2011 durchgeführt wird.

Im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens und später einer Vorabklärung beurteilten die Wettbewerbsbehörden die unter der Federführung des eidgenössischen Departement des Inneren von santésuisse vorgeschlagene und von den Krankenversicherern unterzeichnete Vereinbarung bezüglich **Publizität und Akquisition von Versicherten**. Die Vorabklärung wurde verlängert um die notwendigen Informationen einzuholen, die ab 2013 verfügbar sein werden.

Die Vorabklärung bezüglich der Aktivitäten des schweizerischen Roten Kreuzes auf dem **Markt für Notrufsysteme für Senioren** hat keine kartellrechtswidrigen Praktiken aufgezeigt und wurde daher ohne Folgen eingestellt. Die Frage der finanziellen Beteiligung des Staates bei der Deckung der Kosten des Roten Kreuzes in diesem Bereich wird mit den zuständigen Behörden geklärt.

Zwei neue Vorabklärungen wurde gegen Ende des Jahres eröffnet: eine bezüglich der Preisunterschiede und Behinderungen des Parallelimports im Bereich der **Reagenzien**, die zur Forschung in Schweizer Labors gebraucht werden, eine andere bezüglich den Vertrieb der **Hilfsmittel** im Kanton Waadt.

Im Rahmen des **administrativen Sanktionsverfahrens** gegen das Unternehmen SWICA Holding AG kam die WEKO zum Schluss, dass SWICA gegen das Kartellgesetz versties, weil es die Kontrollübernahme am Unternehmen ProVag nicht gemeldet hatte. Eine Sanktion in der Höhe von CHF 35'000.- wurde ausgesprochen.

Auf den **regulierten Gesundheitsmärkten** haben sich die Wettbewerbsbehörden im Rahmen verschiedener Konsultationsverfahren bezüglich der Revision der rechtlichen Grundlagen im Gesundheitsbereich geäussert. Ebenfalls haben sie ihre Ansicht zu vielen parlamentari-

schen Interventionen wiedergegeben. Das Sekretariat stellt eine Tendenz zur fortschreitenden Reglementierung fest, welche die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen auf diesen Märkten beeinträchtigt. Das ist grundsätzlich nicht nur bei rechtlichen Vorschriften in Bezug auf die neue Spitalfinanzierung der Fall (SwissDRG), sondern auch bei neuen zwingenden Normen im Bereich der Tätigkeit von Krankenversicherungen, welche die Vorzüge des vom Gesetzgeber gewünschten Wettbewerbs in Frage stellen können.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Im Bereich **Glasfaser** nahm das Sekretariat die Beurteilung der Kooperationsverträge für die Stadt Genf und den Kanton Freiburg vor. Das Sekretariat stellte fest, dass auch diese Glasfaser-Kooperationsverträge Kartellabreden enthielten, die nicht im Voraus sanktionsbefreit werden konnten. Dabei handelte es sich insbesondere um Vertragsklauseln, die Abreden über Mengen und Preise darstellten und geeignet waren, den Wettbewerb stark zu beeinträchtigen. Zu einem ähnlichen Ergebnis war das Sekretariat bereits im September 2011 für die Glasfaser-Kooperationen zwischen Swisscom und den Elektrizitätswerken der Städte Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich gekommen. Gleichzeitig konnte das Sekretariat verschiedene kleinere Geschäfte im Bereich Glasfaser abschliessen. Erwähnenswert ist eine Beratung, die das Sekretariat zu einer Kooperation der Services industriels de Lausanne und der Swisscom (Schweiz) AG für den Bau eines **Glasfasernetzes** in der Stadt Lausanne vornahm. Im Rahmen dieser Beratung äusserte sich das Sekretariat erstmals zu einer Kooperation zwischen Swisscom und einem Kabelnetzbetreiber. Das Sekretariat konnte das Dossier Glasfaser mit den verschiedenen Kooperationsverträgen zwischen Swisscom und regionalen Energieversorgungsunternehmen im Berichtsjahr abschliessen. Damit werden die Glasfaserkooperationen nicht verboten und der Bau der Glasfasernetze nicht behindert, was sich in der weiteren Entwicklungen des flächendeckenden Glasfasernetzaufbaus zeigt. Mit der Überprüfung der Kooperationen hat das Sekretariat aber dafür gesorgt, dass Wettbewerb spielen kann und dieser die Rahmenbedingung für die Nutzung dieser Netzwerke der nächsten Generation bildet. Nun liegt es bei den Unternehmen, für einen wettbewerbskonformen Betrieb ihrer Glasfasernetze zu sorgen.

Im Januar 2012 ging die Meldung des Zusammenschlussvorhabens **Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.** ein. Die WEKO beurteilte diesen Zusammenschluss in einer vorläufigen Prüfung. Dabei zeigte sich, dass der Kauf von Orange durch die Investitionsgesellschaft Apax keine strukturelle Veränderung der bestehenden Marktverhältnisse bewirkt. Die WEKO kam zum Schluss, dass der Zusammenschluss wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist.

Im April 2012 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Wiedererwägung Tele 2 vs. Swisscom** im Bereich kundenspezifische Werbung von Swisscom. Mit der Untersuchung sollen die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des allfälligen Widerrufs der einvernehmlichen Regelung vom Mai 2002 zwischen der WEKO und

Swisscom geprüft werden. Die damals geschlossene einvernehmliche Regelung sieht vor, dass Swisscom auf die Beilage von Werbung in der monatlichen Rechnung von «Carrier-Preselection»-Kunden – dies sind Kunden mit automatischer Betreiberwahl – verzichtet.

Schliesslich ging im Oktober 2012 die Meldung **Swisscom/Telecom Liechtenstein (TLI)** ein. Swisscom plante, 75 % des Aktienkapitals von TLI zu erwerben. TLI erzielt in der Schweiz nur einen vernachlässigbar kleinen Umsatz. Aus diesem Grund kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen, welche geeignet sind die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz zu verändern. Der Zusammenschluss wurde als wettbewerbsrechtlich unbedenklich qualifiziert.

3.3.2 Medien

Nach der Abstimmung über das Bundesgesetz über die Buchpreisbindung im März 2012 nahm das Sekretariat die Untersuchung **Bücherpreise in der Romandie** wieder auf. Die Untersuchung war bis zur Publikation des definitiven Abstimmungsergebnisses im Bundesblatt sistiert worden. Das Sekretariat stellte den Verfahrensbeteiligten im August 2012 den Antrag zur Stellungnahme zu, im November und Dezember 2012 fanden Anhörungen vor der WEKO statt. Es ist ein wichtiges Anliegen der WEKO, dass auch in Verfahren mit vielen Parteien solche Anhörungen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs korrekt durchgeführt werden.

Im Februar 2012 eröffnete das Sekretariat gegen die Schweizerische Depeschagentur (SDA) die Untersuchung **Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA**. Die Untersuchung soll zeigen, ob die SDA ihre allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, indem sie Konkurrenten behindert und Kunden benachteiligt hat. Eine Vorabklärung ergab Anhaltspunkte, dass das Preissystem der SDA auf eine Verdrängung bestehender Konkurrenz und Verhinderung von Markteintritten ausgerichtet war.

Dann erstellte die WEKO zwei **Gutachten** für das BAKOM zur Frage einer marktbeherrschenden Stellung: beim ersten ging es um die Marktstellung der Südostschweiz Mediengruppe im Versorgungsgebiet 32 Südostschweiz und beim zweiten Gutachten um die Marktstellung der AZ Mediengruppe im Versorgungsgebiet 15 Aargau. Beide Gutachten gingen auf eine Konsultation durch das BAKOM im Rahmen der Neu beurteilung der Vergabe von Veranstaltungskonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernseh- und Regionalradio programmen zurück.

Im Mai 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen die **Cinetrade AG**, die Eigentümerin des Pay-TV-Programmanbieters Teleclub. Es soll geprüft werden, ob Cinetrade eine möglicherweise marktbeherrschende Stellung im Bereich Pay-TV missbraucht hat, indem die Verbreitung des Teleclub-Programmangebotes einzelnen TV-Plattformen verweigert wurde oder diese bezüglich der Übertragung exklusiver Sportereignisse diskriminiert wurden.

Schliesslich eröffnete das Sekretariat im August 2012 die Vorabklärung **Goldbach Group TV /Radiovermarktung** zur Frage des Missbrauchs einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Fern-

seh- und Radiovermarktung durch die Goldbach-Gruppe. Es geht insbesondere um die Preisfestsetzungspolitik, die Gewährung unterschiedlicher Rabatt-Typen und die Umsetzung einer eventuellen Verdrängungsstrategie.

Im Bereich Medien hatte die WEKO auch im Jahr 2012 mehrere **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen. Beim Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Langenthaler Tagblatt beabsichtigte die Tamedia AG, die alleinige Kontrolle über den Unternehmensteil Langenthaler Tagblatt zu übernehmen. Bei NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN meldeten die beteiligten Unternehmen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das die Netzwerkwerbung auf den Websites der Eigentümerinnen betreiben und vermarkten soll. Bei Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet wurde gemeldet, dass Tamedia von Gérard Paratte 20 % des Aktienkapitals des Online-Marktplatzes für Immobilien ImmoStreet.ch S.A. erwerben und zudem gemeinsame Kontrolle erhalten soll. Bei Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO war die gemeinsame Kontrolle über die 20 minuti Ticino SA und über die TicinOnline SA durch die Tamedia AG und Giacomo Salvioni vorgesehen. Im Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup beabsichtigten Tamedia und Ringier die gemeinsame Kontrolle über die jobs.ch holding ag und über die Jobup AG (beides Unternehmen mit Tätigkeit im Bereich Online-Marktplätze für Stellen) zu übernehmen. Bei Publigroupe S.A./ImproveDigital B.V. beabsichtigte Publigroupe S.A. eine Mehrheitsbeteiligung von 85 % des Aktienkapitals an der ImproveDigital B.V. zu erwerben. Diese stellt Medieninhabern Echtzeit Werbe-Technologien bereit: Über einen Marktplatz verbinden sich die Werbetreibenden und Medieninhaber, um Werbeinventar auf automatisierte Weise verhandeln zu können. Für alle sechs Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen einer vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

3.3.3 Energie

Die Vorabklärung gegen **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)** stellte das Sekretariat im Jahr 2012 ein. In Frage stand, ob durch die Regelung für die Berechnung des Netznutzungsentgelts die Drittkunden gegenüber den Aktionärinnen diskriminiert wurden. Es zeigte sich, dass die unterschiedliche Berechnungsweise der Netznutzungsentgelte für Aktionäre und Dritte auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung hindeuteten. Allerdings hob die EGZ die fragliche Verhaltensweise im Verlaufe der Vorabklärung rückwirkend auf. Deshalb konnte davon ausgegangen werden, dass die als kritisch eingestufteten Vertragsbestimmungen keine nennenswerten Auswirkungen zeitigten.

Zudem beurteilte die WEKO im Bereich Erdgas das Zusammenschlussvorhaben **GIM/Fluxys/Swissgas/Flux Swiss/Transitgas**. Als Ergebnis des gemeldeten Vorhabens sollen Global Infrastructure Management, LLC (GIM) und Fluxys G SA die gemeinsame Kontrolle über die FluxSwiss SA sowie, zusammen mit der Schweizerischen Aktiengesellschaft für Erdgas (Swissgas), die gemeinsame Kontrolle über die Transitgas AG erlangen. Anhand der vorläufigen Prüfung erklärte die WEKO den Zusammenschluss als unbedenklich.

Schliesslich wurde die WEKO im Bereich Energie im Rahmen von verschiedenen Vernehmlassungsverfahren zur Stellungnahme eingeladen. Zu nennen sind die Revision der Stromversorgungsverordnung und die Energiestrategie 2050.

3.3.4 Weitere Bereiche

Das Sekretariat führte die Vorabklärung gegen die Schweizerische Post in Sachen **neues Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen** weiter. Es bestehen insbesondere Hinweise darauf, dass das Rabattsystem im neuen Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen Konkurrenten im Wettbewerb behindern und marktverschliessende Wirkung haben könnte. Der Abschluss der Vorabklärung ist im ersten Quartal 2013 vorgesehen.

Im Juni 2012 meldeten die **Schweizerische Post und die französische La Poste** ein Zusammenschlussvorhaben zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens. Hauptsächlich war für das Gemeinschaftsunternehmen die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der grenzüberschreitenden adressierten physischen Briefpostsendungen bis zu einem Gewicht von zwei Kilogramm vorgesehen. Die WEKO liess den Zusammenschluss unter der Auflage zu, dass die Aktivitäten der Tochtergesellschaften der La Poste im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz an Dritte veräussert werden.

In der Untersuchung **Abreden im Bereich Luftfracht** sandte das Sekretariat im November 2012 den Verfahrensbeteiligten den Antrag zur Stellungnahme zu. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob verschiedene Luftfrachtunternehmen Abreden über Treibstoffzuschläge, Sicherheitszuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen getroffen haben. Zudem soll die Untersuchung verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen dem Kartellgesetz als nationalem Recht und dem bilateralen Luftverkehrsabkommen mit der EU als Völkerrecht klären.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Mit Entscheid vom 20. August 2012 hat die WEKO die Untersuchung gegen Roger Guénat SA (neu : Altimum SA) abgeschlossen. Die Untersuchung wurde 2010 mit einer Hausdurchsuchung eröffnet und hat ergeben, dass die Generalimporteurin Altimum SA ihren Wiederverkäufern für Bergsportartikel der Marke Petzl (Stirnlampen, Gurtzeug, Helme, Eispickel, etc.) Mindestverkaufspreise vorgeschrieben und damit verhindert hat, dass die Wiederverkäufer in der Schweiz echten Preiswettbewerb betreiben konnten. Deshalb verhängte die WEKO eine Busse von CHF 470'000.- gegen Altimum SA. Diese hat eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Neben dieser sind noch eine Reihe weiterer Beschwerden zu WEKO-Entscheiden im Zusammenhang mit Vertikalabreden beim Bundesverwaltungsgericht hängig (GABA/Elmex, Hors-Liste Medikamente, Nikon, BMW).

Die hängigen Verfahren im Zusammenhang mit der **Nichtweitergabe von Währungsvorteilen** wurden wei-

tergeführt. Die am 26. Oktober 2011 eröffnete Untersuchung gegen einen Schweizer Generalimporteur von Kosmetikprodukten wurde auf das amerikanische Herstellerunternehmen ausgeweitet. In der Untersuchung soll geprüft werden, ob Generalimporteur und Hersteller der besagten Produkte kartellrechtswidrige Preis- und Gebietsabsprachen getroffen und den Online-Handel behindert haben.

Das Sekretariat führte die Ermittlungen in einer weiteren hängigen Untersuchung betreffend Nichtweitergabe von Währungsvorteilen im Zusammenhang mit Haushalt- und Elektrogeräten der **Jura Elektroapparate AG** weiter. Mit ihrer Garantiepolitik hat die Unternehmung möglicherweise Parallelimporte von Haushalt- und Elektrogeräten behindert.

Die im Oktober 2011 eröffnete Vorabklärung gegen den Schweizer Hersteller von Elektrofahrrädern der Marke Flyer wurde ohne Folgen eingestellt. Die Hinweise, welche das Sekretariat zur Eröffnung des Verfahrens bewegen hatten, haben sich im Rahmen der geführten Ermittlungen nicht bestätigt. Es bestanden Anhaltspunkte, dass der Hersteller von Flyer-Fahrrädern, **Biketech AG**, seinen Wiederverkäufern die Verkaufspreise gegenüber dem Endkunden vorschreibe.

Ausserdem wurde im Frühling 2012 im Zusammenhang mit der **Frankenstärke-Problematik** eine Vorabklärung eröffnet. Die Eröffnung dieses Verfahrens folgte auf die Diskussion, auf welcher Stufe allenfalls die Wechselkursgewinne zurückbehalten werden. Ziel der Vorabklärung ist es herauszufinden, ob gewisse Markenartikellieferanten und Akteure des Detailhandels die Wechselkursgewinne nicht an die nächst untere Marktstufe bzw. an die Endkunden weitergeben, und ob dies allenfalls auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zurückzuführen ist.

Nach Medienberichten, wonach die Zigarettenpreise in der Schweiz generell um 10 Rappen teurer würden, eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, um herauszufinden, ob diese Preiserhöhung im Zusammenhang mit einer unzulässigen Abrede steht. Die Abklärungen haben keine Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten im Sinne ergeben. Die Vorabklärung wurde somit ohne Folgen eingestellt.

Im Mai 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung im Zusammenhang mit den Coop Pronto Shops. Es lagen Informationen vor, wonach die Betreiber der Coop Pronto Shops in ihrer Preissetzungsfreiheit eingeschränkt seien. Die Vorabklärung ist noch im Gang.

3.4.2 Uhrenindustrie

Am 7. Mai 2012 hat die WEKO beschlossen, die vorsorglichen Massnahmen im Rahmen der Untersuchung betreffend den geplanten Lieferstopp von mechanischen Uhrwerken und Uhrwerkskomponenten durch die **Swatch Group** um ein Jahr zu verlängern. Die im Juni 2011 durch die WEKO verfügten vorsorglichen Massnahmen hätten bis Ende 2012 dauern sollen. Ihre Verlängerung soll den in der Uhrenindustrie tätigen Unternehmen die Planung ihrer Produktion ermöglichen. Die vorsorglichen Massnahmen sehen unter anderem vor, dass die Swatch Group ihre Lieferungen von mechanischen Uhrwerken auf 85 % der 2010 gelieferten Mengen

und jene von Assortiments auf 95 % reduzieren kann. Diese Liefermengen gelten nun auch für das Jahr 2013. Die gegen Swatch Group eröffnete Untersuchung, in deren Rahmen die vorsorglichen Massnahmen getroffen wurden, ist noch im Gange. Sie soll aufzeigen, ob der geplante Lieferstopp mit dem KG vereinbar ist.

3.4.3 Automobilsektor

Mit Entscheid vom 7. Mai 2012 sanktionierte die WEKO die **BMW AG (München)** mit einer Busse von 156 Millionen Franken wegen Behinderung von Direkt- und Parallelimporten. Die WEKO stellte fest, dass die BMW AG mittels einer Klausel in den Verträgen mit den Konzessionären des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) die Direkt- und Parallelimporte in die Schweiz behindert hat. Diese Klausel verbietet es den Konzessionären im EWR, neue Fahrzeuge der Marken BMW und MINI an Kunden ausserhalb des EWR und damit auch in der Schweiz zu verkaufen. Aus der Untersuchung geht hervor, dass der Wettbewerb in der Schweiz mindestens seit Oktober 2010 erheblich behindert wurde. Im zweiten Halbjahr 2010 gingen bei der WEKO zahlreiche Meldungen von Schweizer Kunden ein, die erfolglos versucht hatten, ein Fahrzeug der Marken BMW oder MINI im EWR zu erwerben. In dieser Zeit hatte der Schweizer Franken gegenüber dem Euro massgeblich an Wert gewonnen, was Käufe in der Eurozone attraktiver machte. Wegen der Klausel kamen Schweizer Konsumenten nicht in den Genuss der Wechselkursgewinne, die angesichts des Warenwertes der in Frage stehenden Produkte bedeutend waren. Zudem hatte die Abschottung des Schweizer Marktes zur Folge, dass der Wettbewerbsdruck auf die Verkaufspreise von Neuwagen der Marken BMW und MINI kleiner wurde. BMW AG reichte beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diesen Entscheid ein.

Am 16. Juli 2012 hat die WEKO entschieden, die **Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung)** unverändert beizubehalten. Die WEKO stützte sich bei ihrem Entscheid auf die bei den interessierten Kreisen durchgeführte Vernehmlassung sowie auf die in der Schweiz herrschenden Wettbewerbsverhältnisse. Darüber hinaus erachtet sie es als angezeigt, aufgrund der laufenden KG-Revision und der Unsicherheit bezüglich allfälliger Änderungen von Art. 5 KG mit der Anpassung der KFZ-Bekanntmachung zuzuwarten. Angesichts der gemachten Feststellungen bezüglich der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Automobilmarkt sowie der Entwicklungen in der EU wird sie die KFZ-Bekanntmachung gegen Ende des ersten Halbjahres 2014 neu beurteilen. Die WEKO strebt mittelfristig an, in der Anwendung des Schweizerischen Kartellgesetzes in diesem Bereich kompatibel mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht zu sein. Die WEKO hatte eine Anpassung ihrer KFZ-Bekanntmachung geprüft, weil die EU den Verkauf von Neufahrzeugen ab Juni 2013 neu regulieren wird (insbesondere Änderungen beim Mehrmarkenvertrieb sowie bei den Händlerschutzklauseln).

Das Sekretariat hat die 2011 eröffnete Vorabklärung betreffend **Harley Davidson** weitergeführt. Dabei soll geprüft werden, ob Anhaltspunkte für eine Beteiligung

von Harley-Davidson Switzerland GmbH an Massnahmen zur Abschottung des Schweizer Marktes vorliegen. Es geht um die Frage, inwieweit Direktimporte aus den USA nicht mehr gestattet sind, insbesondere ob der Online-Handel behindert oder sogar unterbunden wurde. Ebenfalls im Rahmen dieser Vorabklärung wird die Frage der Erbringung von Garantieleistungen geprüft.

Im Laufe des Jahres 2011 wurde das Sekretariat mehrmals betreffend Revision des Bundesgesetzes über die Reduktion von CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz) konsultiert. Es sprach sich in verschiedener Vernehmlassungsverfahren gegen das neue CO₂-Gesetz sowie die Verordnung über die Reduktion von CO₂-Emissionen bei Personenwagen aus. Das Sekretariat ist der Ansicht, dass sich die neuen Bestimmungen für den Endkunden, der ein Fahrzeug direkt importiert, sowie für gewerbliche Parallelimporteure nachteilig auswirken könnte. Es besteht insofern eine gewisse Diskriminierung, als dass die grossen Importeure die CO₂-Emissionen auf die Gesamtmenge der importierten Fahrzeuge verteilen können, was weder dem Endkunden noch dem Parallelimporteur möglich ist. Dadurch kann sich eine indirekte Einschränkung von Parallel- und Direktimporten ergeben, was sich negativ auf den Wettbewerb im Neuwagenmarkt auswirkt. Zudem war vorgesehen, die Bestimmungen der Verordnung über die Reduktion der CO₂-Emissionen durch Personenwagen in die allgemeine CO₂-Verordnung zu integrieren. Das Sekretariat äusserte im Rahmen der Ämterkonsultation seine Bedenken dagegen und wies dabei auf die negativen Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb hin. Die politischen Diskussionen zum Thema sind noch im Gang.

3.4.4 Landwirtschaft

Im Frühling 2012 eröffnete das Sekretariat aufgrund von Anzeigen mehrerer Marktteilnehmer eine Vorabklärung in Sachen Branchenorganisation **Interprofession du Gruyère**. Dabei geht es um die Frage, ob allenfalls eine aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unzulässige Beschränkung der Produktionsmengen vorliege. Die Abklärungen sind noch im Gang.

Das Sekretariat äusserte sich in rund 50 **Ämterkonsultationen** zu Gesetzes- und Verordnungsänderungen sowie zu über 20 Vorstössen aus dem Parlament.

3.5 Binnenmarkt

Die Tätigkeit der WEKO und des Kompetenzzentrums Binnenmarkt im Bereich der Durchsetzung des Binnenmarktgesetzes (BGBM) ist Gegenstand des Spezialthemas des Jahres 2012 und wird unter 5. hinten ausgeführt.

3.6 Ermittlungen

Im Laufe des Jahres hat das Kompetenzzentrum Ermittlungen Hausdurchsuchungen im Rahmen dreier Untersuchungen vorbereitet. Anlässlich dieser wurden zum ersten Mal private Räumlichkeiten sowie eine Anwaltskanzlei durchsucht.

Die Mitglieder des Kompetenzzentrums Ermittlungen haben den Austausch mit Amtskollegen der Europäischen Union als Teil einer Arbeitsgruppe im Bereich elektronische Ermittlungen weitergeführt. In diesem spezifischen Bereich der Hausdurchsuchungen wurden

sowohl in der Schweiz als auch im Ausland Weiterbildungskurse besucht.

Schliesslich haben mehrere Mitarbeiter des Sekretariats eine von anderen Untersuchungsbehörden des Bundes durchgeführte technische Ausbildung absolviert

3.7 Internationales

OECD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats haben an den drei Mal jährlich stattfindenden Konferenzen des Wettbewerbskomitees der OECD in Paris teilgenommen. In Zusammenarbeit mit dem SECO haben die schweizerischen Wettbewerbsbehörden verschiedene schriftliche und mündliche Beiträge beigesteuert. Ein Grossteil der Arbeiten wurde 2012 dazu verwendet, die beiden im Jahr 2011 gewählten strategischen Themen zu vertiefen: Einerseits die Evaluation der Behördentätigkeit und andererseits die internationale Zusammenarbeit. Zudem fanden verschiedene „Hearings“ mit Experten zu den im Wettbewerbsrecht relativ neuen Themen „digitale Ökonomie“ und „Verhaltensökonomie“ statt. Schliesslich diskutierten die Teilnehmer im Rahmen der sogenannten *Roundtables* insbesondere über die wettbewerbswidrigen Wirkungen der einseitigen Bekanntgabe von Informationen gegenüber Konkurrenten und über den Wettbewerb im Spitalbereich.

ICN: Eine Vertreterin des Sekretariats nahm Ende Oktober 2012 am ersten ICN Advocacy Workshop teil. Neu führte die Arbeitsgruppe Cartel I mehrere Webinars durch (Audio Konferenzen mit gleichzeitigen Folienpräsentationen), Thema war die Kronzeugenregelung. Die Arbeitsgruppe Cartel II (Enforcement) führte 2012 ihre Arbeiten am Anti-Cartel Enforcement Manual weiter. Zudem nahm ein Vertreter des Sekretariats am Cartels Workshop teil. Einer der Schwerpunkte dieses Workshops war die Durchführung von Hausdurchsuchungen und die *digital evidence*. Schliesslich war die Wettbewerbsbehörde am der jährlichen ICN Konferenz in Rio in Brasilien vertreten.

UNCTAD: Vom 9. bis 11. Juli 2012 fand in Genf die 12. Konferenz der „Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)“ statt. Die Wettbewerbsbehörden waren durch den Präsidenten und zwei Mitarbeiter des Sekretariats vertreten. Thema des Treffens war u.a. das Zusammenspiel von Wettbewerbspolitik und öffentlichem Beschaffungswesen. Im Rahmen eines Programmes, welches die Bildung und Stärkung von Wettbewerbsbehörden zum Ziel hat, wurden drei PraktikantInnen aus Serbien, Ägypten und Nicaragua für je drei Monate im Sekretariat betreut.

EU: 2012 konnten die im März 2011 begonnenen Verhandlungen mit der EU über ein Kooperationsabkommen im Bereich des Wettbewerbsrechts abgeschlossen werden. Dank diesem Abkommens sollen die schweizerischen und EU- Wettbewerbsbehörden künftig enger

zusammenarbeiten können und die Möglichkeit erhalten, vertrauliche Informationen miteinander auszutauschen. Auf diese Weise werden die Behörden effizienter gegen unzulässige grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen können. Die Vertragsparteien werden das Abkommen nach Abschluss der vorgeschriebenen internen Konsultationen unterzeichnen.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO und Sekretariat

Im Jahr 2012 hielt die WEKO 14 ganztägige Plenarsitzungen ab. Die Anzahl der Entscheidungen in Untersuchungen, Zusammenschlussverfahren und in Anwendung des Binnenmarktgesetzes (BGBM) ergeben sich aus der Statistik in 4.2. Im letzten Jahr gab es keine Veränderung in der Zusammensetzung der Kommission.

Aufgrund von Ressourcenzuteilungen und der befristeten vier zusätzlichen Stellen im Zusammenhang mit der Task-Force „Frankenstärke“ sind die drei Dienste Dienstleistungen, Infrastruktur und Produktemärkte im Jahr 2012 erheblich grösser geworden. Insbesondere der Dienst Produktemärkte, der den Hauptteil der Arbeiten im Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen zu bewältigen hatte, wuchs auf über 20 Mitarbeitende an. Für die Leiter der Dienste wurde die „Kontrollspanne“ damit so gross, dass längerfristig eine effiziente und reibungslose Führung der Personen und Verfahren in Frage gestellt war.

Das Sekretariat, mit Zustimmung der WEKO und des EVD, entschied sich daher, auf den 1. September 2012 einen vierten Dienst und eine zusätzliche Vizedirektorenstelle zu schaffen. Thematisch wurden dem neuen Dienst „Bau“ sämtliche Dossiers im Zusammenhang mit Baumärkten (Bauhaupt- und Baunebengewerbe) sowie zum Schwerpunktthema „Submissionsabreden“ zugeteilt. Die Leitung des neuen Dienstes wurde Herrn Frank Stüssi, bisher Leiter Direktionsgeschäfte im Sekretariat, übertragen.

Ende des Jahres 2012 beschäftigte das Sekretariat 83 (Vorjahr 68) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 39 (Vorjahr 41) Prozent. Dies entspricht insgesamt 72.6 (Vorjahr 58.6) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 68 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 51.1 Vollzeitstellen; Vorjahr 40.3); 11 (Vorjahr 10) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 11 (Vorjahr 10) Vollzeitstellen entspricht; 15 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 10.5 (Vorjahr 8.3) Vollzeitstellen. Aufgrund des Auslaufens der befristeten Stellen der Task-Force „Frankenstärke“ wird die Zahl der Stellen im Sekretariat auf Ende 2013 um mindestens vier Vollzeitstellen abnehmen.

4.2 Statistik

Untersuchungen	2011	2012
Während des Jahres geführt	21	22
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	15
davon Eröffnungen	5	7
Endentscheide	6	5
davon einvernehmliche Regelungen	1	3
davon behördliche Anordnungen	4	0
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	5
Verfahrensleitende Verfügungen	3	4
Vorsorgliche Massnahmen	1	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	1
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	40	33
Übernahmen vom Vorjahr	12	18
Eröffnungen	28	15
Abschlüsse	27	17
davon mit Untersuchungseröffnung	1	4
davon mit Anpassung des Verhaltens	7	7
davon ohne Folgen	18	6
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	22	10
Erfolgte Beratungen	39	25
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	62	58
Meldungen zu Nichtweitergabe Währungsvorteile	371	96
Sonstige erledigte Anfragen	566	680
Zusammenschlüsse		
Meldungen	30	28
Kein Einwand nach Vorprüfung	29	28
Prüfungen	1	0
Entscheide der WEKO	1	1
nach Vorprüfung	0	1
nach Prüfung	1	0
Vorzeitiger Vollzug	1	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	11	13
Urteile Bundesverwaltungsgericht (BVGer)	1	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	1
davon teilweiser Erfolg	0	0
Urteile Bundesgericht (BGer)	1	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	0	1
davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	9	11
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	1	2
Nachkontrollen	3	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	219	250

Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	8	8
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	1	1
Erläuterungen (Sekretariat)	26	45
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	1	3

Die Anzahl der Untersuchungen und Entscheide aus diesen Verfahren sowie der Zusammenschlussmeldungen ist stabil geblieben. Abgenommen haben die Anzahl der Vorabklärungen und Meldungen aus Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Im vorangegangenen Jahr haben diese aufgrund der zahlreichen Meldungen im Zusammenhang mit dem Aufbau der Glasfaserinfrastruktur zugenommen und sind im 2012 wieder auf das Niveau der Vorjahre gesunken. Markant zurückgegangen sind die Meldungen zur Nichtweitergabe von Währungsvorteilen. Im Vergleich zum Vorjahr sind diese auf rund ein Viertel gesunken. Dies zeigt, dass das Thema noch eine gewisse Bedeutung hat, aber im Vergleich zu 2011 angesichts der Normalisierung der Situation viel weniger Meldungen ausgelöst hat. Die Zahl der sonstigen erledigten (kleinen) Anfragen ist hingegen weiter gestiegen, was auch mit einem zusätzlichen Aufwand in der Erledigung verbunden ist.

5 Spezialthema des Jahres 2012: Binnenmarkt Schweiz

5.1 Das Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) bezweckt den Abbau von Beschränkungen des freien Marktzugangs im öffentlichen Recht der Kantone und Gemeinden und ergänzt so das auf private Wettbewerbsbeschränkungen ausgerichtete Kartellgesetz. Gemäss der Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 BGBM gewährleistet das Binnenmarktgesetz, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang haben. Dies führt zu einer Erleichterung der beruflichen Mobilität und des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Schweiz, zu einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft und zu einer Festigung des wirtschaftlichen Zusammenhalts in der Schweiz.

Mit der Teilrevision von 2005 sollte die Durchschlagskraft des BGBM verstärkt werden. Zu diesem Zweck wurden insbesondere das Herkunftsprinzip auf die gewerbliche Niederlassung ausgedehnt und die institutionelle Aufsichtsfunktion der WEKO verstärkt. Das revidierte BGBM ist seit 1. Juli 2006 in Kraft und sieht folgende Marktzugangsgrundsätze vor:

- Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (**Herkunftsprinzip**, Art. 2 Abs. 1-5 BGBM), Anspruch auf beschränkungs-freien Marktzugang (**Beschränkungsverbot**, Art. 3 Abs. 1 BGBM) und Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang (**Diskriminierungsverbot**, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM).

- Anspruch auf **Anerkennung von Fähigkeitsausweisen** (Anerkennungsgrundsatz, Art. 4 BGBM).
- Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen **Beschaffungs-** (Art. 5 BGBM) und **Monopolmärkten** (Art. 2 Abs. 7 BGBM).
- Eng mit diesen Marktzugangsrechten verbunden sind das absolute Verbot der per se Marktzugangsverweigerung (Art. 3 Abs. 1 BGBM), das absolute Verbot des verdeckten Protektionismus (Art. 3 Abs. 3 BGBM) sowie der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

5.2 Die Aufsichtsfunktion der WEKO

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die WEKO die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone und Gemeinden. Im Sekretariat ist das Kompetenzzentrum Binnenmarkt mit dieser Aufgabe betraut. Anders als im Bereich des KG hat die WEKO im Bereich des BGBM keine Entscheidkompetenz. Stattdessen verfügt die WEKO über folgende Mittel und Instrumente:

- **Informelle Beratung und Erläuterungen des Sekretariats:** Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt beantwortet jedes Jahr zahlreiche Anfragen von Behörden und Unternehmen sowie selbstständig erwerbenden Personen zu binnenmarktrechtlichen Marktzugangsfragen.
- **Empfehlung:** Die WEKO kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben oder sie kann eine Untersuchung mit einer Empfehlung abschliessen (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM). Die Empfehlung äussert sich zur Anwendung des BGBM, ist aber für die Empfänger nicht verbindlich.
- **Gutachten:** Auf Anfrage der zuständigen Behörde oder eines Gerichts kann die WEKO in Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren ein Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).
- **Beschwerde:** Die WEKO verfügt über ein eigenständiges Beschwerderecht um die Frage, ob eine kantonale oder kommunale Verfügung den Marktzugang in binnenmarktrechtswidriger Weise beschränkt, der gerichtlichen Beurteilung zuzuführen (Art. 9 Abs. 2bis BGBM).
- **Publikationsauftrag:** Die WEKO kann kantonale und kommunale Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, in der RPW veröffentlichen (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

Damit die WEKO den gesetzlichen Publikationsauftrag sowie ihr Beschwerderecht in binnenmarktrechtlichen Angelegenheiten überhaupt wahrnehmen kann, führte der Gesetzgeber eine behördliche Mitteilungspflicht ein (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Demnach sind die Behörden und Gerichte verpflichtet, der WEKO alle Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, unaufgefordert zuzustellen. Diese Mitteilungspflicht haben die kantonalen Behörden und Gerichte bis anhin nur sehr spärlich wahrgenommen. Das KompZ Binnenmarkt richtete deshalb Ende 2012 ein Rundschreiben an die kantonalen Verwaltungen und Gerichte, mit der Aufforderung, die BGBM-relevanten Verfügungen und Urteile inskünftig der WEKO mitzuteilen bzw. formell zu eröffnen.

5.3 Recht auf Marktzugang

Während das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum BGBM von 1995 dem Föderalismusprinzip gegenüber dem Binnenmarktpinzip mehr Gewicht beigemessen hatte (z.B. BGE 125 I 276; Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 471), zeigt sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum revidierten BGBM deutlich die vom Gesetzgeber gewünschte verstärkte Durchschlagskraft der Marktzugangsrechte. Wegweisend waren die Urteile BGE 134 II 329 (Praktikantenausbildung als Teil der Anwaltsfreizügigkeit) und BGE 135 II 12 (Freizügigkeit für Psychotherapeuten). Nachdem diese erste Rechtsprechung zum revidierten BGBM im Jahresbericht 2008 (RPW 2009/1, 14 f.) dargestellt wurde, fokussiert die nachfolgende Übersicht auf die Entwicklungen der letzten vier Jahre in den relevanten Sektoren.

Gesundheitswesen: Während die Freizügigkeit für die universitären Gesundheitsberufe seit dem 1. September 2007 neu durch das Medizinalberufegesetz (MedBG; SR 811.11) gewährleistet wird, kommt für alle übrigen, durch die Kantone geregelten Berufe im Gesundheitswesen, nach wie vor das BGBM zum Tragen. In diesem Bereich standen insbesondere Anfragen von Privaten im Vordergrund, welche Probleme beim freien Marktzugang zur Tätigkeit als beispielsweise Psychotherapeut, Zahnprothetiker, Rettungssanitäter, Rettungsdienst und Naturarzt bekunden.

- Das Bundesgericht entschied im Urteil 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009, dass einer während gut 15 Jahren im Kanton Zug bewilligungsfrei tätigen Naturheilpraktikerin der Marktzugang im Kanton Tessin nicht mittels Auflagen beschränkt werden darf. Konkret war der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die am Herkunftsort erlangte Berufserfahrung gewährleistet (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM), weshalb das Erfordernis einer Berufszulassungsprüfung im Kanton Tessin als unverhältnismässige Marktzugangsbeschränkung zu qualifizieren war (vgl. RPW 2009/1, 15). Hingegen kann sich gemäss Bundesgerichtsurteil 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 ein im Kanton Appenzell A. Rh. zugelassener Heilpraktiker nicht auf die Rechte gemäss Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 BGBM berufen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er die Zulassungsvoraussetzungen am Herkunftsort

nicht erfüllt hat oder in der Zwischenzeit nicht mehr erfüllt.

- Die binnenmarktrechtskonforme Regulierung der kantonalen Rettungsdienste stellt verschiedene Kantone vor gewisse Herausforderungen. Nachdem der Rettungsdienst nach ständiger Praxis des Europäischen Gerichtshofs den Grundfreiheiten des EU-Binnenmarktes untersteht, fällt diese Tätigkeit aufgrund der parallelen Rechtslage zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem einschlägigen EU-Recht auch in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und folglich des schweizerischen Binnenmarktrechts. Private Anbieter von Rettungsdiensten haben daher grundsätzlich einen Anspruch auf Zulassung in anderen Kantonen. Für Kantone, die diese Tätigkeit monopolisiert haben, gilt bei der Übertragung der Konzession auf einen Privaten die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.
- Die WEKO führte Beschwerde gegen eine Verfügung des Kantons Zürich, wonach der Marktzugang einer im Kanton St. Gallen als Aktiengesellschaft begründeten Zahnarztpraxis nur unter gewissen Auflagen gewährt wurde. Nachdem das Verwaltungsgericht Zürich in einem anderen Fall entschied, dass gemäss zürcherischem Gesundheitsrecht ambulante ärztliche Institutionen als juristische Personen begründet werden dürfen, wurde die angefochtene Verfügung und damit auch die Beschwerde der WEKO gegenstandslos (Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztpraxis, RPW 2012/3, 526 ff.).
- Das KompZ Binnenmarkt begleitete einen im Kanton Luzern fachlich selbstständig tätigen Rettungssanitäter anlässlich der Marktzugangs- und Bewilligungsverfahren in anderen Kantonen. Eine Auswahl der kantonalen Verfügungen wurde in RPW 2012/3, 530 ff. publiziert und kommentiert. Die Übersicht zeigt, dass die Umsetzung des Herkunftsprinzips bei den kantonalen Behörden nach wie vor zu Problemen führt, beispielsweise wenn eine Tätigkeit im Bestimmungskanton gar nicht vorgesehen ist.
- Die WEKO erstattete am 16. Juli 2012 ein Gutachten zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich zur Frage des Marktzugangs einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh. (RPW 2012/3, 708 ff.). Frau A. ___ verfügte über ein brasilianisches Zahnarzt Diplom und war seit dem Jahr 2006 als Assistenz Zahnärztin im Kanton Appenzell A. Rh. zugelassen. Die WEKO kam in ihrem Gutachten zum Schluss, dass Frau A. ___ gestützt auf das BGBM auch im Kanton Zürich als Assistenz Zahnärztin tätig werden darf.

Taxigewerbe: Die kantonale bzw. grösstenteils kommunale Regulierung des Taxigewerbes steht vielerorts nach wie vor nicht im Einklang mit dem BGBM. In einem Grundsatzentscheid urteilte das Bundesgericht im Mai 2011, dass Vermittlungszentralen aufgrund von Art. 2 BGBM nicht untersagt werden darf, Fahraufträge an ortsfremde Taxidienste zu vermitteln (Urteil

2C_940/2010 vom 17. Mai 2011). Die WEKO nahm dieses Urteil sowie die vielen Anfragen von Behörden und Taxiunternehmen zum Anlass, die Bedeutung des BGBM für die Regulierung der Taximärkte anhand einer Empfehlung umfassend zu erläutern (RPW 2012/2, 438 ff.). Diese Empfehlung dient den kantonalen und kommunalen Gesetzgebern als Leitlinie für eine binnenmarktrechtskonforme Ausgestaltung der Taxiregulierung. Beispielsweise hat die Stadt Zürich die WEKO-Empfehlungen in ihrer neuen, am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Taxiverordnung umgesetzt. Zudem führte die WEKO erfolgreich Beschwerde gegen Bewilligungsgebühren für ortsfremde Taxidienste des Kantons Genf, die mit dem Grundsatz des kostenlosen Marktzugangsverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM nicht vereinbar waren (Arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, RPW 2012/2, 449 ff.).

Sanitäre Gewerbe: Gemäss Bundesgerichtsurteil 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 hat ein in der Gemeinde A. zugelassener Sanitärinstallateur gestützt auf Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM einen Anspruch auf Marktzugang in der Stadt Schaffhausen, auch wenn er nicht über das in der Stadt Schaffhausen geforderte SVGW-Zertifikat verfügt. Ebenfalls im Bereich des Sanitärerwerbes wurde das KompZ Binnenmarkt auf kommunale Gebühren aufmerksam gemacht, die gewisse Gemeinden von ortsfremden Installateuren verlangen. Solche Gebühren verstossen gegen den Grundsatz des kostenlosen Marktzugangsverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM. Auf Intervention des KompZ Binnenmarkt hin wurden solche Bewilligungsgebühren auf kommunaler Ebene bereits abgeschafft.

Bildung: Die Lehrtätigkeit an einer öffentlichen Schule ist gemäss BGE 136 II 470 keine hoheitliche Tätigkeit und fällt in den Anwendungsbereich des BGBM (Art. 1 Abs. 3). Eine im Kanton Neuenburg zugelassene Lehrperson für die Sekundarstufen I und II hat gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM grundsätzlich das Recht auf Anerkennung des Fähigkeitsausweises in anderen Kantonen. Art. 4 Abs. 1 BGBM gilt selbst dann, wenn die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen im konkreten Fall keine Anerkennung vorsieht. Entsprechend gilt der Vorbehalt zugunsten der interkantonalen Vereinbarungen gemäss Art. 4 Abs. 4 BGBM nur sofern die interkantonalen Freizügigkeitsregeln das Anerkennungsrecht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM nicht beschränken. Das Bundesgericht wies den Fall zur Neuurteilung zurück an die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren EDK.

5.4 Kantonales und kommunales Beschaffungswesen

Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Beschaffung sind in Art. 5 BGBM geregelt und schreiben folgende Mindeststandards für die kantonale und kommunale Beschaffung vor:

- Das Beschaffungsverfahren muss diskriminierungsfrei sein (Art. 5 und 3 BGBM). Das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter (BGE 125 I 406 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.05.2000 E. 1c).

Art. 5 Abs. 1 BGBM gilt folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen.

- Umfangreiche Vorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren müssen publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM).
- Beschränkungen des Marktzuganges müssen in Form einer Verfügung erfolgen (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und das kantonale Recht muss wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

Die in Art. 5 BGBM verankerten Grundsätze des diskriminierungsfreien Zugangs zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten und der Transparenz werden durch das interkantonale, kantonale und gegebenenfalls kommunale Beschaffungsrecht konkretisiert und umgesetzt. Mit anderen Worten sind die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften betreffend Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien usw. Ausfluss der vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im Sinne von Art. 5 BGBM. Daraus folgt, dass Verstösse gegen die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, 150.950) und das kantonale oder kommunale Submissionsrecht sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 16 Abs. 1 Bst. b IVöB) gleichzeitig auch als Verstoss gegen Art. 5 BGBM zu qualifizieren sind.

Im Jahr 2012 hat die WEKO erstmals ihr Beschwerde-recht gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM im Rahmen einer kantonalen Beschaffung gegen den Ausschluss eines Anbieters eingesetzt und die Verletzung von Art. 5 BGBM gerügt. Die WEKO machte geltend, dass die Vergabestelle die von ihr definierten Eignungskriterien in einer Art und Weise anwendete, dass am Ende nur ein einziger Anbieter zum Submissionsverfahren zugelassen war und ein günstigerer Anbieter ausgeschlossen wurde. Das Verfahren ist zurzeit beim kantonalen Verwaltungsgericht hängig.

Das KompZ Binnenmarkt erarbeitete ein Ausbildungsmodul zum Thema „Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen“. Diese Ausbildung wird bereits seit einigen Jahren regelmässig für VertreterInnen kantonalen Beschaffungsstellen und der Bundesbeschaffungsstellen durchgeführt und ist Bestandteil des Schwerpunkts der Bekämpfung von Submissionsabsprachen.

Eine kontinuierliche Tätigkeit des KompZ Binnenmarkt besteht schliesslich in der Vertretung des Sekretariates in der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB. Die BKB ist das Strategieorgan der Bundesverwaltung für die Bereiche Güter- und Dienstleistungsbeschaffung. Zu ihren Aufgaben gehören insbesondere Verabschiedung von Leitbildern und Strategien für das öffentliche Beschaffungswesen, die Erarbeitung von Interpretationspapieren zu beschaffungsrechtlichen Fragen sowie die Verabschiedung von Aus- und Weiterbildungskonzepten.

5.5 Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private

Anlässlich der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes wurde mit Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Bestimmung eingefügt, wonach die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat. Zu dieser Bestimmung existiert bis heute relativ wenig Praxis.

Die WEKO erstatte zwei Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM mit Bezug auf die Erteilung von Konzessionen für die Erstellung, den Betrieb und Unterhalt elektrischer Verteilanlagen sowie von Konzessionen für das Recht zur Nutzung der Wasserkraft (Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Central-schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, 345; Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2, 353). In beiden Fällen erhalten Private eine Sondernutzungskonzession. Mit solchen Sondernutzungskonzessionen verleiht das Gemeinwesen dem Privaten das Recht, öffentlichen Grund und Boden exklusiv zu nutzen. Sondernutzungskonzessionen beruhen auf einem faktischen Monopol. Damit gemeint ist die Möglichkeit des Gemeinwesens, aufgrund seiner Hoheit über öffentliche Sachen Private von gewissen Tätigkeiten auszuschliessen. In grundsätzlicher Weise hält die WEKO fest, dass die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht nur für die Übertragung der Nutzung rechtlicher, d.h. gesetzlich verankerter Monopole, sondern auch für die Nutzungsübertragung faktischer Monopole auf Private gilt.

Vor dem Hintergrund der absehbaren Umsetzungsprobleme mit Bezug auf die Ausschreibung von Verteilnetzkonzessionen erliess die WEKO am 8. März 2010 eine Empfehlung zuhanden des Bundesrates. Darin empfahl sie diesem, im Rahmen der laufenden Revision des Stromversorgungsgesetzes (StromVG) einheitliche Bedingungen für die Ausschreibung von Konzessionen

betreffend die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteilanlagen festzulegen. Inzwischen hat der Bundesgesetzgeber spezialgesetzlich geregelt, dass sowohl die Verteilnetz- als auch die Wasserrechtskonzession zwar ohne Ausschreibungsverfahren, aber dafür transparent und diskriminierungsfrei vergeben werden können (Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG; Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG). Mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung hat der Gesetzgeber das bereits in Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene Kriterium wieder aufgenommen. Fraglich ist nun, wie eine Vergabe transparent und diskriminierungsfrei erfolgen kann, ohne dass eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird.

Die Kernfrage, ob gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM neben Monopol- auch Sondernutzungskonzessionen ausgeschrieben werden müssen, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. Das Bundesgericht hat die Frage in zwei Fällen offengelassen (BGE 135 II 49 [Plakatschlagstellen auf öffentlichem Grund] und Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 [Bau und Betrieb eines Parkhauses auf öffentlichem Grund]). In der Lehre ist die Frage umstritten, wobei sich die wohl herrschende Lehre inzwischen wie auch die WEKO für die öffentliche Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen ausspricht.

Die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM kommt nur zum Tragen, wenn der Staat die Nutzung eines Monopols an einen Privaten auslagert, nicht aber wenn die Nutzung durch das Gemeinwesen selbst erfolgt. In den beiden genannten Gutachten stellte sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Übertragung auf einen „Privaten“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM auszugehen ist. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass die Organisationsform der Konzessionsnehmerin für sich alleine ein ungenügendes Kriterium darstellt. Vielmehr ist in Anlehnung an die im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts entwickelte „In-House“ Praxis zu prüfen, ob der Staat auf die Konzessionsnehmerin eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle, und ob die Konzessionsnehmerin ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionerteilende Stelle verrichtet.

A 1.

2. Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence**Table des matières**

1	Préface du Président	18	5	Thème spécial de l'année 2012: Le marché intérieur suisse	29
2	Décisions les plus importantes 2012	19			
3	Activités dans les différents secteurs	20	5.1	La loi sur le marché intérieur	29
3.1	Construction	20	5.2	La fonction de surveillance de la COMCO	29
3.1.1	Présentation du service construction	20	5.3	Droit à l'accès au marché	30
3.1.2	Enquêtes	20	5.4	Marchés publics cantonaux et com- munaux	31
3.1.3	Procédures de recours	20	5.5	La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers	31
3.1.4	Rencontres informelles, observations marché et mandats de conseil	20			
3.1.5	Prévention et information	21			
3.2	Services	21			
3.2.1	Services financiers	21			
3.2.2	Professions libérales et services professionnels	21			
3.2.3	Marchés de la santé	22			
3.3	Infrastructure	23			
3.3.1	Télécommunication	23			
3.3.2	Médias	23			
3.3.3	Energie	24			
3.3.4	Autres domaines	24			
3.4	Industrie et production	25			
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	25			
3.4.2	Industrie horlogère	25			
3.4.3	Secteur automobile	25			
3.4.4	Agriculture	26			
3.5	Marché intérieur	26			
3.6	Investigations	26			
3.7	Relations internationales	26			
4	Organisation et statistiques	27			
4.1	COMCO et Secrétariat	27			
4.2	Statistiques	28			

1 Préface du Président

En 2012, la Commission de la concurrence et son Secrétariat ont mené de nombreuses procédures et rendu d'importantes décisions visant en particulier des ententes sur les prix et des accords cloisonnant le marché suisse.

La **libre détermination du prix** est une composante essentielle d'une économie de marché. Lorsque des entreprises en font délibérément abstraction et s'entendent pour fixer le prix ou le manipuler, on est en présence d'ententes sur les prix. Ce comportement peut se produire de diverses manières, comme nous avons pu le constater l'année dernière. Dans l'enquête relative à la construction de routes et du génie civil dans le canton d'Argovie, la COMCO a découvert un nombre important de cartels de soumission conclus entre entreprises concurrentes. Celles-ci avaient soumissionné aux appels d'offres, alors qu'elles s'étaient entendues préalablement pour déterminer leur prix par rapport à l'entreprise censée obtenir l'adjudication du marché en cause. Dans l'enquête sur les tarifs recommandés des professionnels de l'immobilier de Neuchâtel, la COMCO a constaté que les recommandations tarifaires étaient suivies dans une large mesure. Partant, les clients devaient payer un prix "entendu" qui n'avait pas été fixé par chacun d'eux. Finalement, suite à l'enquête sur les articles de sport de montagne, la COMCO est parvenue à prouver qu'un importateur restreignait de façon illicite la liberté de ses distributeurs de déterminer leurs prix de vente, en leur indiquant un rabais maximum.

Le **cloisonnement du marché** est préjudiciable à l'économie suisse, qui connaît déjà un niveau de prix élevé. Ce type de comportement diminue la pression de la concurrence étrangère sur les prix et contribue à faire de la Suisse un îlot de cherté. Lorsque de tels cloisonnements résultent d'accords passés entre entreprises, la COMCO intervient de manière conséquente. Elle a ainsi infligé au fabricant d'automobiles BMW une amende de 156 millions de francs suisses, car celui-ci empêchait les clients suisses d'importer directement en Suisse des véhicules de marque BMW et Mini. L'association de l'industrie suisse de la musique IFPI a aussi été condamnée à payer une amende parce que ses membres devaient s'engager à exclure toute importation parallèle. Ces exemples démontrent que l'une des principales fonctions de l'autorité de la concurrence est d'ouvrir les marchés et de les maintenir ouverts. Les consommatrices et consommateurs doivent pouvoir décider librement où ils veulent acheter leurs produits au meilleur prix, que cela soit en Suisse, à l'étranger, dans un magasin spécialisé ou sur internet. En revanche, lorsque les cloisonnements du marché sont fondés sur des réglementations légales, comme dans le domaine de la viande ou d'autres denrées alimentaires, l'autorité de la concurrence ne peut pas ouvrir les marchés. Elle peut toutefois transmettre des recommandations aux instances compétentes. Il revient alors au monde politique de décider, si un intérêt public jugé supérieur justifie un tel cloisonnement du marché ou s'il convient d'y mettre fin, afin de profiter de marchés ouverts.

En 2012, d'autres procédures pouvant révéler de tels comportements contraires au droit de la concurrence ont été ouvertes. L'enquête sur le Libor a été ouverte car des indices d'accords sur la fixation du taux d'intérêts Libor ont été découverts; l'enquête dans le domaine de la construction des routes, du génie civil et de la construction des bâtiments en Basse-Engadine porte sur l'existence éventuelle de cartels de soumission et l'enquête contre Steinway & Sons, a été ouverte sur la base d'indices d'entraves aux importations parallèles et d'accords entre les commerçants suisses de pianos à queue et pianos.

La COMCO et son Secrétariat vont continuer, dans le cadre de leurs activités, à suivre de façon hautement prioritaire ces deux formes de restrictions à la concurrence, qui sont les plus dommageables.

Prof. Vincent Martenet
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes 2012

Les décisions les plus importantes rendues en 2012 par la COMCO et les instances de recours sont résumées ci-après, dans un ordre chronologique. Elles seront abordées en détail dans les chapitres correspondants du rapport (voir 3.1 à 5).

En date du 27 février 2012, la COMCO a rendu une recommandation sur les droits d'accès au marché des services de taxis provenant d'autres localités, en se basant sur la loi sur le marché intérieur (LMI). La compétence de réglementer les activités des taxis revient à chaque canton ou commune. Cela conduit à un foisonnement de réglementations différentes, qui entrave la circulation des services de taxis entre les communes. La COMCO a démontré, à l'exemple des règlements de taxis des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne et des villes de Zurich et Winterthour, quelles dispositions cloisonnent les marchés cantonaux et communaux et sont ainsi contraires à la LMI. La recommandation de la COMCO explique quelles sont les activités qu'un service de taxis a le droit d'exercer en-dehors de sa commune d'origine et à quelles conditions une commune doit accorder une autorisation d'exploitation à un service de taxis qui provient d'une autre localité.

Par décision du 7 mai 2012, la COMCO a sanctionné BMW AG, en lui infligeant une amende de 156 millions de francs, en raison d'un cloisonnement du marché suisse des automobiles de marque BMW et Mini. BMW AG avait interdit les importations directes et parallèles en Suisse, en insérant une clause dans les contrats conclus avec les concessionnaires de l'espace économique européen (EEE). Selon cette clause, les concessionnaires de l'EEE avaient l'interdiction de vendre de nouvelles voitures de la marque BMW et Mini aux clients qui ne se trouvaient pas dans l'EEE et, partant, aux clients de Suisse. Dans la seconde moitié de l'année 2010, la COMCO a reçu plusieurs plaintes de clients finaux en Suisse, qui avaient essayé sans succès d'acquérir une nouvelle voiture de la marque BMW ou Mini dans l'EEE. Durant cette période, le franc suisse s'est grandement réévalué en comparaison de l'Euro et il est ainsi devenu plus intéressant d'acheter dans la zone Euro. Les consommateurs n'ont pas pu profiter en Suisse des importants avantages de change en raison de cette clause contractuelle. Etant donné la valeur des biens en cause, chaque consommateur aurait eu un intérêt à profiter de ces avantages. Le cloisonnement du marché suisse a également conduit à une diminution de la pression exercée par la concurrence sur les prix de vente finaux des nouvelles voitures de marque BMW et Mini. BMW a déposé un recours contre la décision de la COMCO auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal fédéral a rendu, en date du 29 juin 2012, un jugement important dans la procédure contre Publigroupe. Il a confirmé en particulier la légalité de la procédure menée devant la Commission de la concurrence, surtout au regard des garanties prévues par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il a aussi confirmé la décision de la COMCO du point de vue du droit matériel et a rejeté le recours de Publigroupe. La décision de la COMCO, qui prononce aussi contre

Publigroupe une sanction de 2,5 millions de francs, est ainsi entrée en force et sera déterminante pour les griefs soulevés dans différentes procédures de recours encore pendantes devant le Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a constaté, dans sa décision du 2 juillet 2012, que l'application des recommandations tarifaires pour les honoraires de gérance des biens immobiliers à Neuchâtel était contraire à la Loi sur les cartels. L'Union suisse des professionnels de l'immobilier, section Neuchâtel (USPI-Neuchâtel), s'est engagée à ne plus établir de recommandations tarifaires. La COMCO a tenu compte de cette circonstance et a prononcé une sanction réduite. Dans sa décision, la COMCO a approuvé l'accord amiable conclu entre les parties, tout en considérant que l'aide-mémoire constituait un accord illicite en matière de concurrence dans le domaine de la gérance des biens immobiliers. En réalité, plus d'un tiers des membres de l'association en moyenne ont suivi ces recommandations de prix. Certaines recommandations étaient même suivies par plus de 50 % des membres. La décision de la COMCO est entrée en force.

La COMCO a infligé une amende de 3,5 millions de francs, en date du 16 juillet 2012, à IFPI Suisse, l'association faîtière des producteurs de phono- et vidéogrammes (par exemple CD) en Suisse, pour entraves aux importations parallèles. Phononet AG a été condamnée pour la même raison au paiement d'une amende de 20'000 francs. Par accord amiable, les deux entreprises se sont engagées à ne plus faire signer à l'avenir de déclarations de renonciation aux importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes, ni à restreindre ou empêcher de telles importations. L'enquête avait démontré que les membres de l'IFPI Schweiz s'étaient entendus, dans le cadre de l'association, pour exclure entre eux les importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes en Suisse. Le comportement de Phononet AG, intermédiaire dans l'industrie des médias, a contribué à soutenir les effets de cette entente. La décision est entrée en force.

La COMCO a infligé, en date du 20 août 2012, une amende de 470'000 francs à Altimum SA, dans la mesure où celle-ci imposait des prix à ses distributeurs d'articles de sports de montagne. Altimum SA (anciennement Roger Guenat SA) avait dicté à ses revendeurs des prix de vente minimum pour les articles de sports de montagne de la marque Petzl (lampes frontales, harnais, casques, piolets, etc.) et ainsi empêché que les revendeurs puissent se faire véritablement concurrence au niveau des prix en Suisse. Il est ressorti de l'enquête que la concurrence a été affectée de manière notable en Suisse au moins depuis 2006 jusqu'à la fin 2010. Altimum a déposé un recours au Tribunal administratif fédéral. En date du 11 décembre 2012, la COMCO a condamné les transitaires Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG/Schenker, Kühne + Nagel International AG, ainsi que Panalpina Welttransport (Holding) AG, à une amende de 6,2 millions de francs au total. La Deutsche Post AG/DHL, qui avait déclenché la procédure par une auto-dénonciation, a pu bénéficier d'une immunité totale. La COMCO a approuvé en même temps les accords amiables conclus avec les entreprises concernées, ainsi qu'avec l'association Spedlogswiss.

L'enquête avait établi que les transitaires s'étaient mis d'accord et coordonnés entre 2003 et 2007 afin de fixer certains frais et surtaxes dans le domaine de l'expédition internationale de fret aérien. La COMCO est parvenue à prouver l'existence d'un accord horizontal sur les prix conclu entre les transitaires, en s'appuyant sur certains comportements relatifs à l'introduction et à la mise en œuvre de frais et de surtaxes spécifiques à la Suisse et de redevances internationales. La décision de la COMCO est entrée en force.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Présentation du service construction

Depuis le 1^{er} septembre 2012, un nouveau service a vu le jour au sein du Secrétariat. Le nouveau service "Construction" – domaine auparavant rattaché au service "Produits" – enquête sur les restrictions à la concurrence dans le domaine de la construction et des procédures de soumission ainsi que dans le domaine de la protection de l'environnement. Font en particulier partie de ce domaine, la construction de bâtiments, le génie civil, les routes, mais aussi les travaux d'installation et le second-œuvre (par ex. installations électriques et sanitaires) et les matériaux de construction. Dans le domaine de la construction, l'autorité intervient surtout dans le domaine des accords horizontaux entre entreprises. Le service "Construction" s'occupe aussi des questions liées aux conditions-cadre juridiques et économiques des achats de biens et services (par ex. modification de l'accord plurilatéral sur les marchés publics AMP) et des procédures de soumission.

3.1.2 Enquêtes

L'enquête relative aux **éléments de portes** a suivi son cours. Au début de l'année 2012, des questionnaires ont été envoyés aux parties concernées. Au cours de l'été 2012, le Secrétariat a effectué des auditions. L'analyse des documents supplémentaires demandés aux parties est encore en cours. L'envoi de la proposition du Secrétariat est prévu pour le printemps 2013.

L'enquête ouverte le 22 novembre 2011 relative aux **salles de bain** a pu être continuée dans les délais prévus. Après l'envoi de questionnaires et l'examen des données physiques et digitales saisies lors de la perquisition, de nombreuses auditions de parties et de témoins ont eu lieu en automne 2012. La prochaine étape sera la rédaction de la proposition du Secrétariat et l'envoi de celle-ci aux parties.

L'enquête ouverte en juin 2009 relative à la **construction des routes et au génie civil dans le canton de Zurich** a été étendue aux sociétés-mères. Les mesures d'investigation sont terminées et la proposition du Secrétariat a été envoyée aux parties à la mi-novembre 2012. Les auditions devant la COMCO sont prévues pour le printemps 2013.

L'enquête simultanément ouverte relative à la **construction des routes et au génie civil dans le canton d'Argovie** a été terminée par décision du 16 décembre 2011. Cette décision a été en partie anonymisée (pas d'identification des projets concrets) et a été mise en ligne début mai sur le site de la COMCO. Suite à la pu-

blication, plusieurs maîtres d'ouvrage ont demandé l'accès aux informations les concernant. L'examen est encore en cours de savoir si l'accès peut leur être donné et dans l'affirmative dans quelle mesure. Il devrait se terminer au printemps 2013 par l'adoption d'une décision de la COMCO.

Le 30 octobre 2012, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de différentes entreprises dans le **canton des Grisons** actives dans le domaine de la construction des routes, du génie civil et de la construction des bâtiments ainsi que les entreprises actives sur les marchés en amont. Des perquisitions ont été effectuées auprès des entreprises visées par l'enquête. La COMCO dispose d'indices selon lesquels plusieurs entreprises auraient participé à des ententes dans ces domaines, ayant pour objet de coordonner l'attribution des soumissions tout comme la répartition de projets de construction et des clients.

3.1.3 Procédures de recours

L'enquête relative aux ferments de fenêtres et portes-fenêtres a été close par décision du 4 novembre 2010. Trois entreprises ont interjeté un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Suite à des mesures d'instruction en juin 2012, le Secrétariat a répondu à diverses questions du Tribunal par écrit en juillet 2012. Les procédures sont encore pendantes.

Contre la décision du 16 décembre 2011 relative à des accords de soumission dans la construction des routes et le génie civil dans le canton d'Argovie, quatre entreprises ont déposé recours devant le Tribunal administratif fédéral. Les procédures sont encore pendantes. Onze entreprises ont accepté la décision de la COMCO qui est donc entrée en force à leur égard.

3.1.4 Rencontres informelles, observations de marché et mandats de conseil

La Loi révisée sur les émissions de CO₂ prévoit à son article 27 que les personnes assujetties à la Loi sur l'imposition des huiles minérales du 21 juin 1996 (RS 641.61) peuvent s'associer au sein de groupements de compensation. Le Secrétariat a rencontré **l'Union pétrolière** concernant le projet de mettre en place un unique groupement de compensation pour en principe l'ensemble des importateurs de carburants. Le Secrétariat a préconisé qu'un unique groupement de compensation doit être mis en place de telle sorte qu'une répercussion – en raison de la participation de tous les importateurs dans le groupement – sur les acheteurs des coûts de la compensation du CO₂ ne soit pas uniforme.

Suite à la condamnation à une amende de 124,5 millions d'€ d'un cartel allemand dans le domaine des voies ferrées, le Secrétariat a reçu de manière informelle les **CFF**. La discussion n'a pas fait apparaître que la Suisse ait été également touchée par des accords similaires. Le Secrétariat a en particulier expliqué que les procédures d'appel d'offres peuvent en principe être menées à leur terme même si une procédure parallèle de la COMCO concernant des soupçons d'accords illicites est en cours.

Le Secrétariat a mené entre novembre et décembre 2012 une observation de marché sur un appel d'offres (dans lequel un certain système pour la technique ferro-

viaire était imposé) relatif à des caténaïres rigides de courant électrique pour l'infrastructure ferroviaire du **tunnel de base du Ceneri** dans le cadre des NLFA. Il existait un soupçon que la conclusion d'un accord exclusif pour une partie d'un produit indispensable constitue un accord ou un comportement illicite d'une entreprise en position dominante. Le Secrétariat a mené des recherches et plusieurs discussions avec le pouvoir adjudicateur AlpTransit Gotthard AG, Lucerne et les entreprises impliquées dans le contrat exclusif. Les soupçons de départ se sont confirmés.

3.1.5 Prévention et information

La lutte contre les accords de soumission constitue depuis 2008 un thème prioritaire de l'activité du Secrétariat. Ce domaine d'intervention s'articule autour des trois piliers suivants: prévention et information, détection et enfin répression des accords de soumission (cf. rapport annuel 2009, DPC 2010/1, p. 18).

Dans le cadre du pilier "prévention et information", le Secrétariat a effectué des séances de sensibilisation dans les cantons de Fribourg, Genève et Vaud. Celles-ci avaient pour objectifs de sensibiliser, d'échanger des expériences ainsi que de mieux comprendre les procédures et instruments à la disposition de l'autorité de concurrence pour poursuivre et sanctionner les accords de soumission. Les séances ont été reçues positivement par les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux. Ces séances font suite aux séances similaires données les années précédentes en Suisse allemande.

Dans le cadre du pilier "détection des accords de soumission", le Secrétariat a présenté au pouvoir adjudicateur concerné les résultats de son projet "détection des accords de soumission à l'aide de méthodes statistiques". Ce projet pilote comprend une analyse de procès-verbaux d'appels d'offres. A l'aide de méthodes statistiques appropriées, des éléments suspects dans les offres, pouvant résulter d'une collusion entre les soumissionnaires, ont été analysés. Ce projet pilote pourrait être étendu à l'avenir à d'autres cantons.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des cartes de débit, le Secrétariat a clos une enquête préalable intitulée **redevances d'Acquiring sur les transactions Maestro**. L'objet de l'enquête préalable avait trait à deux redevances créées par MasterCard Europe SPRL (MasterCard): la Maestro Volume Fee (MVF) et la Maestro Development Fund (MDF). La MVF est une redevance prélevée par MasterCard. Elle est liée au chiffre d'affaires d'Acquiring pour l'exploitation de la marque "Maestro" ainsi que la mise à disposition et l'administration du système Maestro ("Brand Fee"). Le Secrétariat est arrivé à la conclusion que prélever des redevances auprès des partenaires contractuels n'est pas illicite, même pour une entreprise détenant une position aussi forte que MasterCard sur le marché. Le Secrétariat n'a pas trouvé d'indices selon lesquels la MVF serait systématiquement trop élevée, d'autant plus que le niveau de la MVF est identique dans l'ensemble de la zone SEPA (Single Euro Payments Area). La MDF est une redevance prélevée par MasterCard. Elle est liée au chiffre d'affaires

d'Acquiring propre à chaque pays. Cette redevance permet à MasterCard de réinvestir dans le financement de projets innovants des Acquirers. Etant donné que la redevance est relativement basse et que celle-ci est intégralement réinvestie auprès des Acquirers, le Secrétariat est arrivé à la conclusion que la MDF ne peut être considérée comme illicite au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart. En effet, la MDF est trop basse pour être comparée à une commission d'Interchange problématique selon le droit des cartels.

Dans le cadre de l'enquête sur les **commissions d'interchange (Interchange Fees) sur les cartes de crédit**, le Secrétariat a pris connaissance des développements européens, notamment de l'arrêt du Tribunal européen dans l'affaire MasterCard qui confirme la jurisprudence de la Commission européenne dans ce domaine. Le Secrétariat a entendu les représentants des banques et du commerce de détail par rapport à ces nouveaux développements.

Le Secrétariat a examiné une partie des documents recueillies dans le cas **Libor**. Le volume de données est considérable. Comme ces données se trouvent en grande partie à l'étranger, elles sont parfois protégées par les lois étrangères (p.ex. dans le domaine de la protection des données), ce qui complique leur transmission vers la Suisse.

Enfin, le Secrétariat a évalué différentes concentrations d'entreprises dans le domaine des services financiers, p.ex. les fusions des banques Julius Bär/Merill Lynch et Sarasin/Safra.

3.2.2 Professions libérales et services professionnels

Dans le domaine des professions libérales et services professionnels, trois importantes enquêtes ont été closes. La première est celle menée à l'encontre de **l'Union suisse des professionnels de l'immobilier, section Neuchâtel**. La procédure avait pour objet un aide-mémoire édicté par cette association à l'intention des entreprises qui en étaient membre. Cet aide-mémoire prenait la forme de recommandations de prix et fixait des fourchettes de taux pour la facturation de prestations liées à la gérance immobilière. Il prévoyait également des taux fixes pour le courtage immobilier. Après une analyse approfondie des données du marché, les autorités de la concurrence sont arrivées à la conclusion que les recommandations relatives à la gérance immobilière affectaient de façon notable la concurrence sur le marché. En effet, en moyenne plus d'un tiers des membres suivaient ces recommandations de prix. Pour une certaine tranche de valeur locative, le taux de suivi a dépassé les cinquante pourcent. La COMCO a dès lors approuvé l'accord amiable conclu avec les parties et sanctionné les entreprises membres de l'association qui suivaient les recommandations à hauteur de 50'000.- CHF. En revanche, l'enquête a été classée sans suite dans le domaine du courtage par manque d'affectation notable de la concurrence.

La seconde enquête est celle dirigée contre **IFPI Schweiz et Phononet AG**. IFPI Schweiz est l'association faitière des producteurs de phono- et vidéogrammes (p.ex. CD) en Suisse. L'enquête a démontré que les

membres d'IFPI Schweiz se sont entendus, dans le cadre de l'association, pour exclure entre eux les importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes. Phononet AG, intermédiaire dans l'industrie des médias, a soutenu les effets de cette entente par son comportement propre envers les producteurs en Suisse. Ces actes ont eu pour conséquence d'affecter la concurrence de façon notable. La COMCO a dès lors approuvé l'accord amiable conclu avec les parties, tout en leur imposant une amende globale de 3,5 mio CHF. Les parties se sont engagées à l'avenir à ne plus faire signer de déclaration de renonciation aux importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes, ni à restreindre ou empêcher indûment de telles importations. L'enquête portait également sur les conditions d'accès à l'association IFPI Schweiz, sur l'organisation du "offiziellen Schweizer Hitparade" ainsi que sur les reproches faits au Music Promotion Network (MPN), géré par Phononet AG. Toutefois, aucune violation du droit des cartels n'a été établie à ces égards. L'enquête a de ce fait été classée sans suite sur ces points. Concernant le Hitparade, IFPI Schweiz a néanmoins modifié sa pratique en vue d'une meilleure transparence.

Le 11 décembre 2012, la troisième enquête dans le domaine des entreprises de transport a été close par une décision infligeant une sanction totale de CHF 6,2 mio. La décision conclut que dans le domaine de l'expédition de fret aérien, les transitaires internationaux ont fixé et coordonné certains frais et surtaxes entre 2003 et 2007. La décision se fonde sur plusieurs frais et surtaxes spécifiques à la Suisse – comme la Surcharge Collection Fee (SCF), Security Fee Agent (SFA), frais E-dec et taxes d'importation – ainsi que sur des redevances internationales – Air Automated Manifest System (AAMS), Peak Season Surcharge (PSS), Currency Adjustment Factor (CAF) et New Export System (frais NES). La COMCO a décidé d'infliger une sanction de CHF 907'349.- à l'expéditeur Agility Logistics International BV, de CHF 1'021'751.- à Deutsche Bahn AG/Schenker, de CHF 1'173'767.- à Kühne + Nagel International AG ainsi que de CHF 3'117'286.- à Panalpina Welttransport (Holding) AG en raison de leur participation à un cartel de prix. Deutsche Post AG/DHL, ayant également pris part au cartel, a déclenché la procédure par une auto-dénonciation. Pour ce motif, cette entreprise a pu bénéficier d'une immunité totale d'amende. D'autres demandes de clémence déposées par Deutsche Bahn et Agility ont conduit à des réductions substantielles d'amendes pour ces deux entreprises. Dans sa décision, la COMCO a également approuvé l'accord amiable conclu avec les entreprises concernées ainsi qu'avec l'association Spedlogswiss.

Dans le domaine de la **distribution cinématographique**, le Secrétariat a examiné les plaintes alléguées à l'encontre de distributeurs de films, lesquels auraient refusé de livrer différentes œuvres à certaines salles de cinéma de Suisse romande suite à des pressions qu'aurait exercées l'entreprise Pathé Suisse SA, exploitante de salles de cinéma afin de privilégier la distribution de films à succès dans ses salles au détriment de salles concurrentes. Une procédure similaire avait déjà été menée en 2000 (DPC 2000/4, 571 Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt). L'analyse du Secrétariat a

permis d'établir une certaine puissance de Pathé Suisse SA sur le marché lémanique. Aucun indice d'abus de position dominante de cette entreprise ou de distributeurs de films n'a toutefois été détecté. Les distributeurs ont mis en évidence des motifs d'efficacité économique qui justifiaient de choisir, de cas en cas, dans quelles salles les œuvres qu'ils distribuent étaient projetées. Le Secrétariat a dès lors classé l'enquête préalable sans suite. Toutefois, compte tenu de l'évolution technologique (passage au système "numérique"), il continuera d'observer la situation concurrentielle et l'évolution du marché.

Dans le **domaine sportif**, le Secrétariat a examiné les plaintes de l'entreprise Olympique des Alpes SA ("FC Sion") contre l'Union européenne des associations de football (UEFA), l'Association suisse de football (ASF) et la Fédération internationale de football association (FIFA) pour la non-participation à des championnats européens et aux sanctions prononcées contre le club de football valaisan. L'existence d'un éventuel abus de position dominante de la part de ces instances sportives revêtant dans ce cas concret un intérêt essentiellement privé, le Secrétariat a classé l'observation de marché sans suite. Au cours de l'instruction, une rencontre avec le Tribunal arbitral du sport (TAS) a permis de clarifier la situation lorsqu'un litige est porté parallèlement devant une instance administrative et civile.

Le Secrétariat a également été actif dans le domaine du **tourisme**, en étudiant la problématique des conditions contractuelles de certaines entreprises de **réservation d'hôtel sur internet**. La clause dite de "meilleur prix garanti", de même que celle traitant du contingent de chambres d'hôtels, ont notamment été objets de l'analyse. Dans la mesure où des indices de restriction illicite à la concurrence ont pu être trouvés, une enquête relative à cette problématique a été ouverte à la fin 2012 contre les entreprises booking.com, HRS et Expedia.

Le Secrétariat a par ailleurs eu à nouveau l'occasion d'étudier différentes clauses statutaires **d'organisations professionnelles**, lesquelles pouvaient restreindre la concurrence sur le marché ou l'accès à celui-ci. Certaines analyses ont également porté sur les conditions d'entretien et réparation d'installations techniques, pour lesquelles des normes ont été établies par les principales entreprises actives sur le marché. De telles réglementations statutaires sont aptes à restreindre l'accès au marché et doivent dès lors être analysées et, le cas échéant, adaptées. C'est pourquoi l'Association Suisse des Constructeurs de Systèmes de Sécurité a modifié ses directives techniques dans le domaine du gaz.

3.2.3 Marchés de la santé

L'examen du marché des **appareils auditifs** s'est poursuivi en 2012 afin de tenir compte des changements voulus par le législateur. Une première analyse des données relatives à la période qui a suivi l'introduction du nouveau système forfaitaire de remboursement des dépenses pour ces appareils a déjà fourni des informations intéressantes pour la suite de la procédure en 2013.

Les autorités de la concurrence ont ouvert en décembre 2012 une enquête touchant à la **commercialisation**

d'informations médicales électroniques nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse. Cette enquête a pour but de déterminer si des entreprises du groupe Galenica AG sont en position dominante sur ce marché et si elles en abusent. Cette procédure fait en partie suite à une analyse sectorielle du marché de la **distribution de médicaments** en Suisse que le Secrétariat mène depuis 2011.

La convention proposée par santésuisse et signée par les assureurs-maladie, sous l'égide du Département fédéral de l'intérieur concernant la **publicité et l'acquisition d'assurés** a été examinée dans le cadre d'une procédure d'opposition et ensuite d'une enquête préalable. Cette dernière a été prolongée afin de récolter les informations nécessaires qui seront disponibles à partir de 2013.

L'enquête préalable relative aux pratiques de la Croix-Rouge Suisse sur le marché des **systèmes d'appel d'urgence** pour les personnes âgées n'a pas montré de comportements contraires à la LCart. Elle a donc été close sans suite. La question de la participation financière de l'Etat à la couverture des coûts de la Croix-Rouge dans ce domaine sera abordée avec l'office compétent.

Deux nouvelles enquêtes préalables ont été ouvertes à la fin de l'année: une première porte sur les différences de prix et les entraves à l'importation parallèle en Suisse **d'agents réactifs** nécessaires à la recherche dans les laboratoires suisses; la seconde touche à la distribution de **moyens auxiliaires** dans le Canton de Vaud.

Dans le cadre de la procédure de **sanction administrative** contre l'entreprise Swica Holding AG, la COMCO est arrivée à la conclusion que cette entreprise avait violé la Loi sur les cartels pour avoir oublié de notifier la prise de contrôle de l'entreprise ProVAG. Une sanction de CHF 35'000.- a été prononcée.

Quant aux **marchés réglementés de la santé**, les autorités de la concurrence se sont exprimées dans le cadre de plusieurs procédures de consultation relatives à la révision de dispositions légales liées au domaine de la santé. Elles ont aussi donné leur avis sur de nombreuses interventions parlementaires. Le Secrétariat constate une tendance vers une réglementation croissante qui limite la liberté économique des entreprises actives sur ces marchés. C'est en particulier le cas non seulement des dispositions légales touchant au nouveau système de financement hospitalier (SwissDRG), mais aussi des nouvelles normes contraignantes de contrôle de l'activité des assureurs-maladie qui pourraient réduire fortement les bienfaits de la concurrence souhaitée par le législateur.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Télécommunication

Dans le domaine de la fibre optique, le Secrétariat a procédé à l'évaluation des coopérations FTTH de la ville de Genève et du canton de Fribourg. Le Secrétariat a constaté que ces contrats de coopération contenaient également des accords cartellaires qui ne pouvaient être exonérés de sanction à l'avance. Il s'agissait particulièrement de clauses contractuelles qui constituaient des

accords sur les prix et les quantités ayant le potentiel de fortement affecter la concurrence. Le Secrétariat était parvenu à des conclusions similaires concernant les coopérations FTTH entre Swisscom et les entreprises électriques des villes de Bâle, Berne, Lucerne, St-Gall et Zurich. Simultanément, toujours dans le domaine de la **fibre optique**, le Secrétariat a pu clore diverses affaires de moindre envergure. Méritent d'être mentionnés à cet endroit l'avis du Secrétariat concernant la coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom portant sur la construction d'un réseau de fibre optique pour la ville de Lausanne. Le Secrétariat, dans le cadre de cet avis, s'est prononcé pour la première fois sur la coopération entre Swisscom et un câblo-opérateur. Le Secrétariat a pu clore le dossier fibre optique avec les différents contrats de coopération entre Swisscom et les entreprises régionales d'approvisionnement en électricité durant l'année sous revue. Ainsi, les coopérations FTTH ne sont pas interdites et la construction de réseaux de fibre optique n'est pas entravée ce que démontre l'extension de ces réseaux sur l'ensemble du territoire. En examinant les coopérations, le Secrétariat a assuré que la concurrence discipline ce domaine et qu'elle constitue l'une des conditions-cadres de l'utilisation de ces réseaux de prochaine génération. À présent il appartient aux entreprises de veiller à un comportement conforme à la Loi sur les cartels dans l'exploitation de leur réseau.

En janvier 2012, le projet de concentration **Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.** a été notifié à la COMCO. L'examen préalable a permis de démontrer que l'acquisition d'Orange par la société d'investissement Apax n'entraîne pas de modification de la structure actuelle du marché. La COMCO n'a soulevé aucune objection d'ordre concurrentiel à l'encontre du projet de concentration.

En avril 2012, la COMCO a ouvert l'enquête **Reconsidération Tele 2 vs. Swisscom** relative à la publicité spécifique adressée aux clients de Swisscom. L'enquête a pour but d'examiner les conséquences d'une éventuelle révocation de l'accord amiable signé entre Swisscom et la COMCO en 2002. Cet accord prévoit que Swisscom s'abstient de joindre sa publicité aux factures mensuelles des clients "Carrier-Preselection", soit les clients dont la sélection du fournisseur se fait de manière automatique.

Enfin, le projet de concentration **Swisscom/Telecom Liechtenstein (TLI)** a été notifié à la COMCO en octobre 2012. Swisscom projetait l'acquisition de 75 % du capital-actions de TLI. TLI ne génère qu'un chiffre d'affaires négligeable en Suisse. L'acquisition n'entraîne pas d'augmentation de la part de marché apte à modifier la situation concurrentielle sur le marché en Suisse. La concentration a été qualifiée de non problématique du point de vue du droit de la concurrence.

3.3.2 Médias

Après la votation populaire sur la Loi sur la réglementation du prix du livre en mars 2012, le Secrétariat a repris l'enquête sur **le marché du livre en Suisse romande**. L'enquête avait été suspendue jusqu'à publication du résultat définitif de la votation dans la Feuille fédérale. En août 2012, une proposition de décision a été soumise

aux parties. Ces dernières ont ensuite pu prendre position par écrit et été auditionnées par la COMCO au cours des mois de novembre et décembre. Une mise en œuvre correcte des auditions garantissant le droit d'être entendu des parties en cause, même lorsque ces dernières sont nombreuses, est une préoccupation majeure de la COMCO.

En février 2012, le Secrétariat a ouvert l'enquête **Politique des prix et autres comportements de l'Agence Télégraphique Suisse (ATS)**. L'enquête doit démontrer si l'ATS a abusé de son éventuelle position dominante en entravant l'exercice de ses concurrents et en désavantageant ses clients. L'enquête préalable a permis de conclure à l'existence d'indices que le système des prix de l'ATS avait pour objectif d'exclure la concurrence et d'entraver l'accès au marché.

La COMCO a rédigé deux avis de droit sur demande de l'OFCOM portant sur des questions de position dominante. Le premier portait sur la position détenue par la Südostschweiz Mediengruppe dans la zone de desserte 32 Suisse du Sud-Est et le second sur la position détenue par le groupe de médias AZ dans la zone de desserte 15 Argovie. Les deux avis ont été rendus lors d'une consultation par l'OFCOM s'inscrivant dans la ré-examen de l'octroi des concessions pour la diffusion de programmes télévisés et radiophoniques régionaux.

En mai 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **Cinetrade SA**, la propriétaire du fournisseur de programmes de télévision payante Teleclub. L'enquête porte sur l'éventuel abus de position dominante par Cinetrade par le refus de diffuser l'offre de programmes de Teleclub à certaines plateformes télévisées ou par la discrimination de ces dernières en matière de diffusion d'événements sportifs à contenu exclusif.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **Goldbach Group concernant la Commercialisation de publicité radio/TV** afin d'examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante lors de la commercialisation de publicité radio et télévisée par le groupe Goldbach. Il s'agit d'examiner en particulier la politique de fixation des prix, l'octroi de différents types de rabais et la mise en pratique d'une éventuelle stratégie d'éviction.

Plusieurs **concentrations d'entreprises** dans le domaine des médias ont fait l'objet d'examen par la COMCO en 2012. Dans le projet de concentration Tamedia SA/Langenthaler Tagblatt, Tamedia SA projetait d'acquérir le contrôle de la partie d'entreprise Langenthaler Tagblatt. Dans le cas NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN, les entreprises concernées ont notifié le projet de création d'une entreprise commune chargée de l'exploitation et de la commercialisation de publicité en ligne sur les sites internet des propriétaires. Dans le cas Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet, il a été notifié que Tamedia avait l'intention d'acquérir auprès de Gérard Paratte 20 % du capital-actions du portail immobilier en ligne ImmoStreet.ch SA et obtenir le contrôle conjoint de cette dernière. Dans le cas Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO, le contrôle conjoint de Tamedia SA et Giacomo Salvioni sur la 20 minuti Ticino SA et la TicinoOnline SA était prévu. Dans le projet de concentration

Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup, Tamedia et Ringier souhaitaient prendre le contrôle conjoint sur la jobs.ch holding ag et sur Jobup AG (les deux entreprises sont actives dans le domaine des portails d'emploi en ligne). Dans le cas Publigroupe S.A./ImproveDigital B.V., Publigroupe S.A. projetait d'acquérir une participation majoritaire de 85 % du capital-actions de ImproveDigital B.V. Cette dernière met à disposition des technologies publicitaires en temps réel aux propriétaires de médias. Les annonceurs et les propriétaires de médias se connectent sur un portail pour négocier de l'inventaire publicitaire de manière automatisée. Ces six projets de concentration ont été autorisés suite à un examen préalable par la COMCO.

3.3.3 Energie

En 2012 le Secrétariat a mis un terme à l'enquête préalable ouverte contre **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**. L'enquête devait permettre d'examiner si la réglementation pour le calcul de la rétribution pour l'utilisation du réseau discriminait les clients tiers par rapport aux actionnaires. Les différences dans la manière de calculer cette rétribution pour les actionnaires et les tiers indiquaient un abus de position dominante. Toutefois, la EGZ a cessé avec effet rétroactif le comportement en question au cours de l'enquête préalable, raison pour laquelle il a été considéré que les clauses contractuelles jugées critiques ne produisaient pas d'effet notable.

Toujours en matière de gaz naturel, la COMCO a examiné le projet de concentration **GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas**. Global Infrastructure Management, LLC (GIM) et Fluxys G SA projetaient d'acquérir le contrôle collectif de la FluxSwiss SA ainsi que le contrôle collectif avec la Société anonyme suisse pour le gaz naturel (Swissgas) de la Transitgas AG. Après examen préalable, la COMCO a autorisé le projet de concentration.

Enfin, la COMCO a été invitée à prendre position dans différentes procédures de consultation se rapportant au domaine de l'énergie. Elle s'est ainsi prononcée, entre autres, sur la révision de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité et la Stratégie énergétique 2050.

3.3.4 Autres domaines

Le Secrétariat a poursuivi son enquête préalable contre la Poste Suisse portant sur le **nouveau système de prix pour les envois par courrier des clients commerciaux**. Il existe en particulier des indices que le système des rabais applicable à cette nouvelle réglementation des prix entrave la concurrence et l'accès au marché. La clôture de l'enquête préalable est prévue pour le premier trimestre 2013.

En juin 2012, **la Poste suisse et la Poste française** ont notifié un projet de concentration visant la création d'une entreprise commune. Cette dernière devait fournir des services dans le domaine des envois de courrier transfrontaliers jusqu'à un poids de deux kilogrammes. La COMCO a autorisé la concentration moyennant la charge que les activités en relation avec l'expédition des courriers de la clientèle commerciale en Suisse de la société-fille de la Poste soient transférées à des tiers.

Dans l'enquête **Accords dans le domaine du fret aérien**, le Secrétariat a soumis sa proposition de décision aux parties en novembre 2012 qui ont eu la possibilité de prendre position. L'enquête a pour objectif de déterminer s'il existent des accords sur les surcharges carburant, redevances de sureté, surcharges liées aux risques de guerre, surcharges de dédouanement, taux de fret et commissionnement des surcharges entre les différentes entreprises actives dans le secteur du fret aérien. De plus, l'enquête doit permettre de clarifier diverses questions relatives à la relation entre la Loi sur les cartels qui fait partie du droit national et l'accord aérien bilatéral avec l'Union européenne qui fait partie du droit international.

3.4 Industrie et production

3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Par décision du 20 août 2012, la COMCO a terminé l'enquête dirigée contre Roger Guenat SA (nouvellement: **Altimum SA**). L'enquête avait été ouverte en 2010 par une perquisition. Les investigations ont démontré que l'importatrice générale, Altimum SA, a fixé des prix de revente minimaux aux consommateurs pour les articles de sport de montagne de la marque Petzl (lampes frontales, piolets, harnais, casques, etc.), empêchant ainsi les revendeurs en Suisse de se faire véritablement concurrence sur les prix. La COMCO a ainsi imposé une sanction de CHF 470'000.- à Altimum SA. Cette dernière a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral. A noter, que d'autres décisions de la COMCO relatives à des accords verticaux font l'objet d'un recours actuellement pendant devant le Tribunal administratif fédéral (GABA/Elmex, médicaments hors-liste, NIKON, BMW).

Les mesures d'investigations relatives aux procédures ouvertes dans le cadre de la **non-répercussion des gains de change** ont été poursuivies. L'enquête ouverte le 26 octobre 2011 contre une importatrice générale suisse de produits cosmétiques a été étendue à l'entreprise américaine productrice des produits. Cette enquête a pour but de vérifier si l'importatrice générale et la productrice des produits en question sont parties à des accords en matière de concurrence illicites sur la répartition des territoires, sur des prix de revente fixes ou minimaux et sur des entraves au commerce en ligne.

Le Secrétariat poursuit les mesures d'investigations concernant l'autre enquête ouverte en relation avec la question de la non-répercussion des gains de change, concernant les appareils électroménagers et les appareils électriques de **Jura Elektroapparate AG**. Par sa politique de garantie, l'entreprise concernée aurait éventuellement entravé les importations parallèles d'appareils électroménagers et appareils électriques.

L'enquête préalable ouverte au mois d'octobre 2011 contre le fabricant suisse des vélos électriques de la marque Flyer a pu être clôturée sans suite. Les indices qui avaient conduit le Secrétariat à ouvrir cette procédure n'ont pas été confirmés dans le cadre des investigations menées. Pour rappel, le producteur des vélos Flyer, **Biketech AG**, était soupçonné de pression exercée sur les revendeurs afin que ces derniers appliquent

les prix de vente aux clients finaux déterminés par leur fournisseur.

En outre, une enquête préalable, elle aussi en relation avec la **problématique du franc fort**, a été ouverte au printemps 2012. L'ouverture de cette procédure fait suite aux débats suscités par la question de savoir à quel niveau de la distribution sont retenues les économies réalisées grâce aux taux de change. L'objectif de cette enquête préalable est de déterminer si certains fournisseurs d'articles de marque et acteurs du commerce de détail ne répercutent pas les gains de change à l'échelon inférieur de la chaîne de distribution, respectivement aux consommateurs finaux et s'il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence.

Suite à la parution dans la presse d'un article selon lequel les **prix des cigarettes** en Suisse allaient augmenter de 10 centimes, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable afin de vérifier si cette augmentation pouvait être en lien avec un accord illicite. Les investigations menées par le Secrétariat ont montré qu'aucun comportement illicite au sens de la LCart ne pouvait être reproché aux acteurs de cette industrie en relation avec l'annonce faite dans la presse. L'enquête préalable a donc été clôturée sans suite.

Au mois de mai 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant les magasins **Coop Pronto** après avoir reçu des informations selon lesquelles les exploitants des magasins Coop Pronto disposeraient d'une liberté limitée concernant notamment leur politique de prix. Les investigations relatives à cette procédure se poursuivent.

3.4.2 Industrie horlogère

Le 7 mai 2012, la COMCO a décidé de prolonger d'une année les mesures provisionnelles dans le cadre de l'enquête concernant la livraison par le **Swatch Group** des mouvements mécaniques et des composants horlogers. Pour rappel, les mesures provisionnelles qui avaient été ordonnées par la COMCO en juin 2011 devaient durer jusqu'à la fin de l'année 2012. Leur prolongation doit permettre aux entreprises actives dans l'industrie horlogère d'effectuer la planification de leur production. Ces mesures provisionnelles prévoient, entre autre, que le Swatch Group peut réduire les livraisons des mouvements mécaniques à 85 % des quantités achetées en 2010 et à 95 % en ce qui concerne les assortiments. Ces quantités à livrer sont désormais valables pour l'année 2013 également. L'enquête ouverte contre le Swatch Group, dans laquelle s'inscrivent ces mesures provisionnelles, est quant à elle toujours en cours. Elle doit permettre de déterminer si l'abandon des livraisons de certains composants pour les mouvements mécaniques est illicite du point de vue de la LCart.

3.4.3 Secteur automobile

Par décision du 7 mai 2012, la COMCO a imposé une sanction de CHF 156 millions à **BMW AG (Munich)** pour entrave aux importations directes et parallèles. La COMCO a constaté que BMW AG a empêché les importations directes et parallèles grâce à une clause figurant dans les contrats des concessionnaires dans l'Espace économique européen (EEE). Selon cette clause, il est interdit aux concessionnaires dans l'EEE de vendre des

véhicules neufs des marques BMW et MINI à des clients en dehors de l'EEE et, partant, en Suisse. Il ressort de l'enquête que la concurrence en Suisse a été affectée de manière notable au moins depuis le mois d'octobre 2010. Au deuxième semestre de l'année 2010, la COMCO avait reçu de nombreuses plaintes de clients en Suisse qui avaient tenté, sans succès, d'acquérir un véhicule de la marque BMW ou MINI dans l'EEE. A cette période le franc suisse s'était considérablement apprécié face à l'euro ce qui rendait les achats dans les pays de la zone euro plus attractifs. En raison de la clause les consommateurs en Suisse n'ont pas pu profiter des gains de change considérables, au vu de la valeur des biens concernés par cette interdiction d'exportation. De plus, le cloisonnement du marché suisse a eu pour effet de diminuer la pression concurrentielle sur les prix de vente des véhicules neufs des marques BMW et MINI. BMW AG a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral et ce dernier n'a pas encore tranché.

Le 16 juillet 2012, la COMCO a décidé de garder inchangée pour l'instant sa **Communication sur l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Commauto)**. La COMCO fonde sa décision sur la consultation des cercles intéressés effectuée par le secrétariat, ainsi que sur les conditions de concurrence régnant en Suisse. En outre, elle estime opportun, au regard de la révision de la LCart en cours et des incertitudes concernant des éventuelles modifications de l'art. 5 LCart, d'attendre avant de procéder à une modification de la Communication. Sur la base du constat fait quant à l'évolution des conditions sur le marché automobile ainsi qu'aux développements dans l'UE, les principes fixés dans la Commauto feront l'objet d'un nouvel examen vers la fin du premier semestre 2014. La COMCO souhaite dans le domaine de la distribution automobile que l'application du droit de la concurrence suisse soit à moyen terme harmonisée avec celle de l'UE. La COMCO a notamment examiné si la Commauto devait être modifiée au regard des nouvelles règles relatives à la vente de véhicules neufs applicables dès juin 2013 dans l'UE (en particulier changements concernant le multimarquisme et les clauses contractuelles protégeant le concessionnaire).

Le Secrétariat a poursuivi son enquête préalable concernant **Harley Davidson** ouverte fin 2011. Cette procédure a pour but de vérifier l'existence d'indices selon lesquels Harley-Davidson Switzerland GmbH serait impliquée dans des mesures visant à cloisonner le marché suisse. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure les importations directes en Suisse de véhicules en provenance des USA ne sont plus permises, notamment si le commerce en ligne a été entravé voire exclu. La question de l'octroi des garanties est aussi examinée dans le cadre de cette procédure.

Durant l'année 2011, le Secrétariat a été consulté à plusieurs reprises dans le cadre de la révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ (Loi sur le CO₂). Il s'est prononcé en défaveur de la nouvelle loi sur le CO₂ ainsi que de l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO₂ des voitures de tourisme lors des différentes procédures de consultations relatives à l'adoption de ces textes. Le secrétariat estime que les

nouvelles dispositions peuvent s'avérer désavantageuses pour les clients finaux qui importent directement des véhicules et pour les petits importateurs. Il existe une certaine discrimination dans la mesure où les grands importateurs ont la possibilité de compenser les émissions de CO₂ entre l'ensemble des véhicules importés ce que ne peuvent pas faire les clients finaux ou les petits importateurs. Il peut donc en résulter une restriction indirecte aux importations parallèles et directes ayant un impact négatif sur la concurrence sur les marchés des voitures neuves. En outre, il a été prévu d'intégrer les dispositions de l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO₂ des voitures de tourisme dans l'ordonnance sur le CO₂ générale. Le Secrétariat a émis des réserves dans le cadre de la consultation des offices relative à cette intégration en mettant en avant les effets néfastes pour la concurrence efficace. Les discussions politiques sont actuellement encore en cours.

3.4.4 Agriculture

Au printemps 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable en l'affaire **Interprofession du Gruyère**, suite aux plaintes de plusieurs participants au marché. Il s'agit de vérifier s'il existe une limitation des quantités produites éventuellement illicite du point de vue du droit de la concurrence. Les investigations sont encore en cours.

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre d'environ 50 **consultations des offices** relatives à des modifications de lois ou d'ordonnances et s'est exprimé sur plus de 20 postulats parlementaires.

3.5 Marché intérieur

L'activité de la COMCO et de son Centre de compétence Marché intérieur dans le domaine de l'application de la Loi sur le marché intérieur (LMI) est l'objet du thème spécial de l'année 2012 et sera décrite dans le chapitre 5 ci-dessous.

3.6 Investigations

Au cours de l'année, le Centre de compétences investigations a dû préparer des perquisitions dans le cadre de trois enquêtes. A l'occasion de ces procédures, des domiciles privés ont été investigués pour la première fois, de même qu'une étude d'avocats.

Les membres du Centre de compétences investigations ont poursuivi leurs échanges avec leurs homologues des pays membres de l'Union européenne en participant à un groupe de travail actif dans le domaine de l'investigation électronique. Pour cette facette particulière du domaine des perquisitions, des cours de perfectionnement ont également été suivis en Suisse et à l'étranger.

Enfin, plusieurs collaborateurs du Secrétariat ont suivi une formation technique dispensée par d'autres autorités d'enquête de la Confédération.

3.7 Relations internationales

OCDE: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé aux réunions du comité de la concurrence de l'OCDE qui se tiennent trois fois par an à Paris. En coopération avec le SECO, l'autorité suisse a présenté diverses contributions écrites et orales. En 2012, une partie substantielle des réunions du comité et des

ressources des délégations ont été consacrées à approfondir les contours et les buts à atteindre pour les deux thèmes stratégiques choisis en 2011: d'une part l'évaluation de l'activité des autorités de concurrence et d'autre part la coopération internationale. De plus, plusieurs "hearings" avec des experts ont abordé des sujets relativement nouveaux en droit de la concurrence comme l'économie numérique ou l'économie comportementale appliquée à la politique de la concurrence. Enfin, sous le format des tables rondes ont été en particulier discutés les thèmes de l'échange unilatéral d'informations entre concurrents et de la concurrence dans le domaine des hôpitaux.

ICN: Une collaboratrice du Secrétariat a participé fin octobre 2012 au premier ICN Advocacy Workshop. Le groupe de travail Cartel I a effectué plusieurs séminaires en ligne (*Webinars* c'est-à-dire des audioconférences avec présentation simultanée de slides). Le thème de ces Webinars a été le programme de clémence. Le groupe de travail Cartel II (Enforcement) a poursuivi ses travaux relatifs au manuel sur la poursuite des cartels. Un collaborateur a également participé au Workshop de ce groupe de travail. Un des thèmes abordés a été les perquisitions et les preuves électroniques. Enfin l'autorité a été représentée à la conférence annuelle qui s'est tenue à Rio au Brésil.

CNUCED: du 9 au 11 juillet 2012 a eu lieu à Genève la 12^{ème} conférence de l'"Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)". L'autorité a été représentée par son Président et par deux collaborateurs du Secrétariat. Le thème de la conférence portait notamment sur les relations entre la politique de la concurrence et les marchés publics. Dans le cadre d'un programme visant à former et à aider des autorités de concurrence, trois stagiaires venant de Serbie, d'Egypte et du Nicaragua ont été accueillis au Secrétariat pour une durée de trois mois chacun.

EU: Les négociations avec l'UE en vue de la conclusion d'un accord de coopération en matière de concurrence, débutées en mars 2011, se sont achevées durant l'année 2012. Grâce à cet accord, les autorités de concurrence suisse et européenne pourront coopérer de façon plus étroite et auront la possibilité d'échanger des informations confidentielles. Cela permettra ainsi de lutter de manière plus efficace contre les restrictions à la concurrence transfrontalières. Les parties doivent encore procéder à des consultations internes avant la signature de l'accord.

4 Organisation et statistiques

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2012, la COMCO a tenu 14 séances plénières d'une journée. La statistique qui figure au point 4.2 indique le nombre de décisions prises dans les enquêtes, dans les procédures de concentration et en application de la Loi sur le marché intérieur (LMI). L'année dernière, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

En raison de la répartition des ressources et de la création de quatre postes supplémentaires limités dans le temps, dans le cadre de la Task-Force "Franc fort", les trois services "Services", "Infrastructures" et "Industrie et production" se sont agrandis de façon conséquente en

2012. En particulier, le service "Industrie et production", chargé de la majeure partie des tâches liées à la non-répercussion des gains de change, a vu ses effectifs s'accroître à plus de 20 collaborateurs. Les activités de surveillance des chefs de services sont devenues si importantes qu'une gestion efficace et sans heurt du personnel et des procédures n'était plus assurée sur le long terme.

Le Secrétariat, en accord avec la COMCO et le DFE, a donc décidé, au 1^{er} septembre 2012, de créer un quatrième service, ainsi qu'un poste supplémentaire de vice-directeur. Il a été attribué au nouveau service "Construction", de façon thématique, l'ensemble des dossiers ayant trait aux marchés de la construction (secteur du gros œuvre et du second œuvre), ainsi que l'importante problématique des "cartels de soumissions". La direction de ce nouveau service a été confiée à Monsieur Frank Stüssi, jusqu'ici Responsable Affaires de Direction, au Secrétariat. A la fin de l'année 2012, le Secrétariat occupait 83 (année précédente 68) collaboratrices et collaborateurs (à plein temps et temps partiel), dont 39 % de femmes (année précédente 41 %). Cela correspond au total à 72.6 (année précédente 58.6) emplois à plein temps. La composition du personnel était la suivante: 68 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (y compris la direction; ce qui correspond à 51.1 emplois à plein temps; année précédente 40.3); 11 (année précédente 10) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 11 (année précédente 10) postes à plein temps; 15 collaboratrices et collaborateurs au service ressources et logistique, ce qui correspond à 10.5 (année précédente 8.3) postes à plein temps. Etant donné que les postes de durée limitée de la Task-Force "Franc fort" arrivent à échéance, le nombre de postes au Secrétariat sera réduit d'au moins 4 postes à plein temps à la fin 2013.

4.2 Statistiques

Enquêtes	2011	2012
Menées durant l'année	21	22
reprises de l'année précédente	16	15
ouvertes durant l'année	5	7
Décision	6	5
dont accords amiables	1	3
dont décision de l'autorité	4	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	5
Décision de procédure	3	4
Mesures provisionnelles	1	0
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	1
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	40	33
Reprises de l'année précédente	12	18
Ouvertes durant l'année	28	15
Clôtures	27	17
dont ouverture d'enquête	1	4
dont adaptation du comportement	7	7
dont sans suite	18	6
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. A LCart	22	10
Conseils	39	25
Observations de marché	62	58
Dénonciations de non répercussion des gains de change	371	96
Autres demandes	566	680
Concentration		
Notifications	30	28
Pas d'intervention après examen préalable	29	28
Examens	1	0
Décisions de la COMCO	1	1
après examen préalable	0	1
après examen	1	0
Exécution provisoire	1	0
Recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	11	13
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	1	1
dont succès des autorités de concurrence	1	1
dont succès partiel	0	0
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	1
dont succès des autorités de concurrence	0	1
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	9	11
Avis, recommandations, prise de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	1	2
Suivi des affaires	3	1
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prise de position (art. 46 LCart)	219	250

Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	8	8
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	1
Expertises (art. 10 al. 1 LMI)	1	1
Conseils (Secrétariat)	26	45
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	1	3

Le nombre d'enquêtes menées et de décisions prises dans le cadre de ces diverses procédures, ainsi que de notifications de concentration, est resté stable. Le nombre d'enquêtes préalables et d'annonces au sens de l'art. 49a al. 3 let. a LCart a diminué. L'année précédente, ces dernières avaient augmenté en raison des nombreuses notifications intervenues dans le cadre de la construction du réseau de fibre optique, mais il est à nouveau retombé en 2012 au niveau des années précédentes. Les annonces de non-répercussion des gains de change ont diminué de façon importante. Par rapport à l'année précédente, elles ont été réduites à environ un quart. Cette question a donc encore une certaine importance, mais elle a provoqué beaucoup moins d'annonces qu'en 2011, dans la mesure où la situation s'est normalisée. En revanche, le nombre d'autres (petites) requêtes liquidées a continué à augmenter, ce qui a nécessité davantage de ressources.

5 Thème spécial de l'année 2012: Le marché intérieur suisse

5.1 La Loi sur le marché intérieur

La Loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) a pour but de supprimer les entraves de droit public au libre accès au marché dans les droits cantonaux et communaux et complète ainsi la Loi sur les cartels qui est orientée sur les restrictions privées à la concurrence. La Loi sur le marché intérieur garantit à toute personne ayant son siège en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (article 1 al. 1 LMI). Ce principe vise à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à rendre l'économie suisse plus concurrentielle et à consolider la cohésion économique de la Suisse.

Par la révision partielle de 2005, l'impact de la LMI devait être renforcé. Dans ce but, le principe du lieu de provenance a été étendu à l'établissement commercial et la fonction institutionnelle de surveillance de la COMCO a été renforcée. La LMI révisée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 et consacre les principes d'accès au marché suivants:

- Droit d'accès au marché selon les prescriptions du lieu d'origine (principe du lieu d'origine, art. 2 al. 1 à 5 LMI), droit d'accès sans entraves au marché (interdiction des entraves, art. 3 al. 1 LMI) et droit à un accès non-discriminatoire au marché (interdiction de la discrimination, art. 1 al. 1 en lien avec l'art. 3 al. 1 let. a LMI).
- Droit à la reconnaissance des certificats de capacité (principe de la reconnaissance, art. 4 LMI).

- Droit à l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et aux marchés monopolistiques (art. 2 al. 7 LMI).
- En lien avec ces droits d'accès au marché, les refus purs et simples d'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) et les mesures protectionnistes cachées (art. 3 al. 3 LMI) sont en tant que tels absolument interdits et un droit à une procédure d'accès au marché simple, rapide et gratuite est généralisé (art. 3 al. 4 LMI).

5.2 La fonction de surveillance de la COMCO

Conformément à l'article 8 al. 1 LMI, la COMCO veille au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes. Au sein du Secrétariat, le Centre de compétence Marché intérieur est chargé de cette tâche. Dans le domaine de la LMI, à l'inverse de celui de la LCart, la COMCO n'a aucune compétence décisionnelle. En revanche, la COMCO dispose des moyens et instruments suivants:

- **Conseil informel et explications du Secrétariat:** Le Centre de compétence Marché intérieur répond chaque année à de nombreuses questions des autorités et d'entreprises de même que d'indépendants relatives à l'accès au marché du point de vue du droit du marché intérieur.
- **Recommandations:** La COMCO peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants ou encore effectuer une enquête qu'elle clôture par l'émission d'une recommandation aux autorités concernées (art. 8 al. 2 et 3 LMI). La recommandation émet un avis sur l'application de la LMI mais n'est pas contraignante pour le destinataire.
- **Expertises:** Sur demande de l'autorité compétente ou d'un tribunal, la COMCO peut établir une expertise sur l'application de la LMI dans le cadre d'une procédure administrative ou de recours (art. 10 al. 1 LMI).
- **Recours:** La COMCO dispose d'un droit de recours indépendant pour faire trancher par un tribunal la question de savoir si une décision cantonale ou communale restreint indûment l'accès au marché (art. 9 al. 2^{bis} LMI).
- **Mandat de publication:** La COMCO peut publier dans la DPC les décisions cantonales et communales ainsi que les jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI).

Pour que la COMCO puisse remplir son mandat légal de publication de même que faire usage de son droit de recours dans les affaires relevant du droit du marché

intérieur, le législateur a introduit un devoir de communication à charge des autorités (art. 10a al. 2 LMI). Ainsi, les autorités et les tribunaux sont obligés de transmettre spontanément à la COMCO toutes les décisions et tous les jugements rendus en application de la LMI. Jusqu'à présent les autorités cantonales et communales n'ont que rarement donné suite à cette obligation. C'est pourquoi le Centre de compétence Marché intérieur a adressé fin 2012 une lettre circulaire aux autorités administratives cantonales et aux tribunaux cantonaux leur demandant de transmettre, respectivement de notifier formellement à l'avenir toutes les décisions et tous les jugements pertinents du point de vue de la LMI.

5.3 Droit à l'accès au marché

Alors que le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à la LMI dans sa version de 1995 accordait plus de poids au fédéralisme qu'au principe d'un marché intérieur (p. ex.: ATF 125 I 276; Message relatif à la révision de la Loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421), la volonté du législateur fédéral de renforcer l'impact des droits d'accès au marché s'est depuis clairement manifestée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI révisée. Avec les ATF 134 II 329 (formation du stagiaire en tant que partie de la libre circulation des avocats) et 135 II 12 (libre circulation des psychothérapeutes), notre Haute Cour a montré la voie. Puisque ces premières jurisprudences relatives à la LMI révisée ont été publiées dans le rapport annuel de 2008 (DPC 2009/1, p. 29 s.), l'aperçu qui suit se concentre sur les développements des quatre dernières années survenus dans les secteurs pertinents.

Santé publique: Alors que la libre circulation des personnes exerçant une profession médicale universitaire est garantie depuis le 1^{er} septembre 2007 par la Loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd; RS 811.11), pour toutes les autres professions médicales, la LMI continue de s'appliquer comme auparavant. Dans ce domaine, surgissent principalement des questions de particuliers qui rencontrent des problèmes de libre accès au marché d'activités tels que les psychothérapeutes, les prothésistes dentaires, les secouristes professionnels (ambulanciers), les services de secours et fournisseurs de soins de médecine naturelle.

- Le Tribunal fédéral a décidé dans son arrêt non publié 2C_844/2008 du 15 mai 2009 qu'une prestataire de soins de naturopathies qui avait 15 ans d'expérience dans le canton de Zoug, où elle n'avait besoin d'aucune autorisation, ne pouvait voir son accès au marché du canton du Tessin restreint au moyen de charges. Concrètement, une protection suffisante des intérêts publics prépondérants était garantie par son expérience au lieu de provenance (art. 3 al. 2 let. d LMI) et rendait l'exigence d'un examen d'admission par le canton du Tessin disproportionnée (cf. DPC 2009/1, p. 30). En revanche, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, un guérisseur ne pouvait se prévaloir des droits tirés de l'article 2 al. 4 et de l'article 4 LMI lorsqu'il n'est pas établi qu'il remplissait les conditions d'autorisation au lieu de provenance ou ne les remplissait plus.

- La régulation des services de sauvetage/secours d'une manière conforme au droit du marché intérieur a mis les cantons face à des défis. Dans la mesure où les services de sauvetage/secours bénéficient, d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de la liberté fondamentale d'accès au marché intérieur européen et en raison de la similarité des situations juridiques de l'Accord de libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) et du droit européen y relatif, cette activité tombe dans le champ d'application de l'ALCP et par conséquent dans celui du droit suisse sur le marché intérieur. Ainsi, des offreurs privés de services de sauvetage/secours ont le droit d'être admis à offrir leurs services dans d'autres cantons. Pour les cantons où cette activité relève d'un monopole, l'obligation d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI s'applique au transfert de la concession à un privé.
- La COMCO a déposé un recours contre une décision du canton de Zurich qui n'octroyait pas d'accès au marché zurichois à une clinique de soins médicaux dentaires organisée en société anonyme établie dans le canton de St-Gall que moyennant des charges déterminées. Après que, dans une autre affaire, le tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que le droit de la santé zurichois admettait la forme d'une personne morale pour les institutions médicales ambulatoires, le recours contre la décision attaquée est devenu sans objet (La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, DPC 2013/3, p. 526 ss).
- Le Centre de compétence Marché intérieur a accompagné un sauveteur professionnel actif en tant qu'indépendant dans le canton de Lucerne dans le cadre de son accès au marché d'autres cantons. Un échantillon des décisions cantonales a été publié et commenté dans la revue DPC 2013/3 aux pages 530 ss. Cet aperçu montre que la transposition du principe du lieu de provenance continue de poser des problèmes aux autorités cantonales, par exemple lorsque l'activité n'existe pas dans le canton de destination.
- Le 16 juillet 2012, la COMCO a établi une expertise à l'attention de la Direction de la santé publique du canton de Zurich au sujet de l'accès au marché d'une dentiste assistante du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (DPC 2013/3, p. 708 ss). Mme A. _____ dispose d'un diplôme brésilien de dentiste et a été admise à pratiquer dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures en tant que dentiste assistante depuis 2006. Dans son expertise, la COMCO est parvenue à la conclusion que, sur la base de la LMI, Mme A. _____ peut également exercer dans le canton de Zurich en tant que dentiste assistante.

Industrie des taxis: De grandes parties de la régulation cantonale, respectivement communale, relative à l'industrie des taxis ne sont toujours pas conformes à la LMI. Dans une décision de principe de mai 2011, le Tri-

bunal fédéral a jugé qu'en vertu de l'article 2 LMI il n'était pas possible d'interdire aux centrales d'appel de taxis d'attribuer des mandats à des services de taxis non locaux (arrêt 2C_940/2010 du 17 mai 2011). La COMCO a profité de l'occasion offerte par cet arrêt et par les nombreuses autres questions des autorités et entreprises de taxis pour émettre une recommandation au sujet des effets de la LMI sur la régulation du marché des services de taxi (DPC 2012/2, p. 438 ss.). Cette recommandation se veut être une ligne directrice pour les législateurs cantonaux et communaux en vue d'élaborer des réglementations conformes à la LMI. Par exemple, la ville de Zurich a transposé la Recommandation de la COMCO dans sa nouvelle ordonnance sur les services de taxi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Par ailleurs, la COMCO a déposé un recours contre la perception d'émoluments dans le cadre d'autorisations d'accès au marché du canton de Genève pour des services de taxis non locaux, dans la mesure où cette pratique n'était pas conforme à l'article 3 al. 4 LMI (arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, DPC 2012/2, p. 449 ss.).

Installateurs sanitaires: Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011, un installateur sanitaire autorisé dans la Commune A. a le droit, sur la base des alinéas 1 et 3 de l'article 2 LMI, d'accéder au marché de la ville de Schaffhouse alors même qu'il ne dispose pas du certificat de la SSIGE exigé par la ville de Schaffhouse. Dans ce même secteur d'activité, le Centre de compétence Marché intérieur a été rendu attentif au fait que certaines communes exigeaient le paiement d'émoluments de la part des installateurs sanitaires non locaux. La perception de tels émoluments va à l'encontre du principe de gratuité de l'accès au marché prévu par l'article 3 al. 4 LMI. Le Centre de compétence Marché intérieur est intervenu afin que ces émoluments soient abolis au niveau communal.

Formation: Selon l'ATF 136 II 470, l'enseignement dans les établissements scolaires publics n'est pas une activité régalienne et tombe dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). Une personne admise comme enseignante dans le canton de Neuchâtel pour les niveaux secondaires I et II a en principe le droit, sur la base de l'article 4 al. 1 LMI, à la reconnaissance de son certificat de capacité dans un autre canton. L'article 4 al. 1 LMI s'applique même lorsque l'accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'étude ne prévoit pas la reconnaissance dans le cas d'espèce. En conséquence, la réserve de l'article 4 al. 4 LMI au profit des accords intercantonaux ne vaut que dans la mesure où les règles de libre circulation des concordats ne restreignent pas le droit à la reconnaissance de l'article 4 al. 1 LMI. Le Tribunal fédéral a renvoyé le cas à la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) pour prendre une nouvelle décision.

5.4 Marchés publics cantonaux et communaux

Les prescriptions du droit sur le marché intérieur relatives aux marchés publics ont leur siège dans l'article 5 LMI qui prévoit les standards minimaux suivants pour les marchés publics cantonaux et communaux:

- La procédure de marché public doit être libre de toute discrimination (art. 5 et 3 LMI). L'interdiction de discrimination prévue par le droit du marché intérieur ne vaut pas uniquement pour les offreurs externes, mais également pour les locaux (ATF 125 I 406, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000, consid. 1c). L'article 5 al. 1 LMI impose ainsi aux adjudicateurs cantonaux et communaux une obligation générale d'égalité de traitement respectivement une interdiction de discriminer.
- Les projets importants de même que les critères de participation et d'attribution de marchés publics doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI).
- Les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI) et le droit cantonal doit au moins prévoir une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

Les principes d'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et de transparence ancrés dans l'article 5 LMI sont transposés dans le droit intercantonal, cantonal et, le cas échéant, communal des marchés publics. En d'autres termes, les prescriptions concrètes sur les marchés publics concernant le choix de la procédure en fonction de valeurs seuils, le contenu des appels d'offres, les exigences relatives aux spécifications techniques, les critères de participation et d'attribution, etc. sont tous des émanations des principes de la non-discrimination et de la transparence du droit des marchés publics au sens de l'article 5 LMI.

Il s'ensuit que toute violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001 (AIMP) et du droit cantonal et communal sur les marchés publics de même que toute constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (art. 16 al. 1 let. b AIMP) doivent également être qualifiées de violation de l'article 5 LMI.

En 2012, la COMCO a fait usage du droit de recours que lui confère l'article 9 al. 2^{bis} LMI pour la première fois dans le cadre d'un marché public cantonal contre l'exclusion d'un offreur en invoquant la violation de l'article 5 LMI. La COMCO fait valoir que l'autorité d'adjudication a appliqué les critères qu'elle avait elle-même choisis de telle sorte qu'il ne puisse subsister qu'un seul offreur possible et un offreur meilleur marché a été exclu. La procédure est actuellement pendante devant le Tribunal administratif cantonal.

Le Centre de compétence Marché intérieur a réalisé un module de formation intitulé "Assurer la concurrence dans les marchés publics". Cette formation est régulièrement donnée déjà depuis quelques années aux représentants des offices cantonaux et fédéraux compétents pour les marchés publics et constitue un élément essentiel de la lutte contre les cartels de soumission.

Finalement, une compétence permanente du Centre de compétence Marché intérieur est la représentation du Secrétariat à la Conférence des achats de la Confédération (CA). La CA est l'organe stratégique de l'administration fédérale dans le domaine de l'achat de marchandises et de services. Parmi ses tâches figurent en particulier l'adoption de Lignes directrices et de stratégies

pour les marchés publics, la réalisation de documents sur l'interprétation de questions de droit des marchés publics de même que l'élaboration de concepts de formation et de formation continue.

5.5 La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers

A l'occasion de la révision partielle de la Loi sur le marché intérieur, le législateur a introduit l'alinéa 7 de l'article 2 LMI, selon lequel la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à un privé doit faire l'objet d'un appel d'offres. A ce jour, il n'existe que relativement peu de pratique par rapport à cette disposition.

La COMCO a établi deux expertises sur la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI en lien avec l'octroi de concession pour la construction, l'exploitation et l'entretien d'infrastructure d'acheminement d'électricité de même que de concession du droit d'exploiter la force hydraulique (Expertise du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises sur l'utilisation du domaine public ainsi que l'approvisionnement en électricité, DPC 2011/2, p. 345; Expertise du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement des concessions de droits d'eau (Wasserrechtskonzessionen) au profit de Elektrizitätswerk Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2, p. 353). Dans les deux cas, des privés ont reçu une concession d'usage privatif. Avec de telles concessions d'usage privatif la communauté octroie au privé le droit d'utiliser le domaine public de manière exclusive. Les concessions d'usage privatif du domaine public reposent sur un monopole de fait. Cette notion signifie que la communauté a la possibilité, sur la base de sa souveraineté sur le domaine public, d'exclure les privés de certaines activités. D'un point de vue fondamental, la COMCO considère que le devoir d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI ne concerne pas uniquement la transmission de l'exploitation de monopoles de droit, c'est-à-dire ancrés dans la loi, mais également la transmission de monopoles de fait aux privés.

Face à la prévisibilité des problèmes de transposition en lien avec la mise au concours des concessions de réseau de distribution électrique, la COMCO a émis, le 8 mars 2010, une recommandation à l'attention du Con-

seil fédéral. Elle y recommande de fixer les conditions applicables aux appels d'offres de concession de construction, d'exploitation et d'entretien d'infrastructures d'acheminement d'électricité dans le cadre de la révision de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7). Entre temps, le législateur fédéral a réglé dans une loi spéciale que l'octroi de concessions d'approvisionnement en électricité et de droits d'eau pouvaient certes être attribués sans procédure d'appel d'offres mais devaient être transparent et non-discriminatoire (art. 60 al. 3^{bis} et art. 62 al. 2^{bis} LFH; art. 3a et 5 al. 1 LApEI). Par le principe de non-discrimination, le législateur a repris le critère de l'article 2 al. 7 LMI. La question reste toutefois ouverte de savoir comment octroyer une concession de manière transparente et non-discriminatoire sans procéder à un appel d'offres.

La question centrale qui n'a pas encore été tranchée par notre plus haute instance judiciaire, est de savoir si, selon l'article 2 al. 7 LMI, non seulement les concessions de monopole mais également les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte dans deux cas (ATF 135 II 49 [affichage sur le domaine public] et arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 [construction et exploitation d'un parking sur le domaine public]). Cette question est controversée dans la doctrine bien que la doctrine dominante, à l'instar de la COMCO, considère que les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'article 2 al. 7 LMI entre en ligne de compte lorsque l'Etat transfère l'exploitation d'un monopole à un privé, mais pas lorsque la communauté l'exploite elle-même. Dans les deux expertises susmentionnées, la question se pose de savoir dans quelles circonstances il faut parler de transfert à un "privé" au sens de l'article 2 al. 7 LMI. A ce sujet, la COMCO est parvenue à la conclusion que la forme de l'organisation du concessionnaire est un critère insuffisant. En référence à la pratique "in-house", il est bien plus pertinent de contrôler si l'Etat exerce un contrôle sur le concessionnaire similaire à celui qu'il aurait sur l'un de ses offices et si le concessionnaire exerce essentiellement ses activités pour le compte de l'autorité concédante.

A 1.	3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza
------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	34	5	Tema specifico del 2012: mercato interno svizzero	45
2	Principali decisioni del 2012	35	5.1	La legge sul mercato interno	45
3	Attività nei vari ambiti economici	36	5.2	La funzione di sorveglianza della COMCO	45
3.1	Costruzione	36	5.3	Diritto di accesso al mercato	46
3.1.1	Presentazione del nuovo servizio	36	5.4	Appalti pubblici cantonali e comunali	47
3.1.2	Inchieste	36	5.5	Trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli	47
3.1.3	Procedure di ricorso	36			
3.1.4	Colloqui informali, analisi di mercato e consulenze	36			
3.1.5	Prevenzione e informazione	37			
3.2	Servizi	37			
3.2.1	Servizi finanziari	37			
3.2.2	Professioni liberali e servizi professionali	37			
3.2.3	Mercati sanitari	38			
3.3	Infrastruttura	39			
3.3.1	Telecomunicazioni	39			
3.3.2	Media	39			
3.3.3	Energia	40			
3.3.4	Altri ambiti	40			
3.4	Produzione	41			
3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	41			
3.4.2	Industria orologiera	41			
3.4.3	Settore automobilistico	41			
3.4.4	Agricoltura	42			
3.5	Mercato interno	42			
3.6	Indagini	42			
3.7	Affari internazionali	42			
4	Organizzazione e statistica	43			
4.1	COMCO e Segreteria	43			
4.2	Statistica	44			

1 Prefazione del presidente

Anche nel corso del 2012 la Commissione della concorrenza e la sua Segreteria hanno condotto procedure importanti e preso decisioni di rilievo durante l'esecuzione dei loro compiti principali. Ciò riguarda in particolare i due temi "libera formazione dei prezzi" e "isolamenti del mercato".

La **libera formazione dei prezzi** attraverso l'incontro di domanda e offerta è l'elemento cardine di una libera economia di mercato. Nei casi in cui le aziende escludono deliberatamente questo principio e di comune accordo stabiliscono i prezzi e/o li manipolano, si parla di un accordo sui prezzi. Questo fenomeno può verificarsi in diversi modi, come dimostra la rassegna dello scorso anno. Nel corso dell'indagine nel settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia (la decisione risale al dicembre 2011, ma la comunicazione è avvenuta nel gennaio 2012) la COMCO ha scoperto numerosi accordi di appalto. Le imprese coinvolte hanno finto l'esistenza di una concorrenza nei confronti degli enti aggiudicatori, ma in realtà si erano già accordate tra loro, stabilendo in anticipo il prezzo e l'impresa che si sarebbe aggiudicata l'appalto. Nell'inchiesta sulle tariffe dei fiduciari immobiliari del Cantone di Neuchâtel la COMCO ha constatato che le raccomandazioni di prezzo sono state seguite nella maggior parte dei casi, per cui i clienti hanno dovuto pagare una tariffa fissata collettivamente anziché un prezzo individuale. Infine, nell'inchiesta sui prodotti per gli sport da montagna la COMCO è riuscita a dimostrare che un importatore limitava in modo illecito la libertà di fissare i prezzi da parte dei commercianti da lui riforniti prestabilendo uno sconto massimo.

Per un'economia piccola come quella svizzera e già caratterizzata da un elevato livello dei prezzi, gli **isolamenti del mercato** sono dannosi poiché riducono la pressione sui prezzi data dalla concorrenza estera e contribuiscono al problema del caro-prezzi nel nostro Paese. Nei casi in cui tali isolamenti del mercato si basano su accordi tra le aziende, la COMCO interviene sistematicamente. Ha inflitto, ad esempio, una multa di 156 milioni di franchi all'azienda tedesca BMW per aver impedito ai clienti svizzeri di importare direttamente gli autoveicoli dei marchi BMW e MINI. È stata sanzionata anche la IFPI Svizzera (il ramo elvetico della Federazione internazionale dell'industria fonografica) per aver vietato ai suoi membri l'importazione parallela di supporti musicali e video. Questi esempi dimostrano che una delle funzioni principali dell'autorità della concorrenza è quella di aprire i mercati e di mantenerli aperti. I consumatori devono poter scegliere liberamente dove acquistare i prodotti più convenienti, che sia in Svizzera, all'estero, in un negozio specializzato o su Internet. Se invece gli isolamenti del mercato si fondano su basi legali, come avviene nel caso della carne o di altri generi alimentari, l'autorità della concorrenza non ha la facoltà di aprire il mercato. In queste circostanze può soltanto rivolgere raccomandazioni alle istanze politiche. Spetta poi al mondo politico decidere se l'isolamento del mercato in questione è dettato da un interesse pubblico superiore oppure se vi si può rinunciare a favore di un'apertura del mercato.

Nell'anno in rassegna sono state avviate ulteriori procedure sulla base di indizi. Nell'inchiesta Libor si sospetta una manipolazione concertata del tasso d'interesse, nell'inchiesta relativa alle imprese del settore della costruzione stradale e del genio civile nella Bassa Engadina gli indizi lasciano presumere l'esistenza di accordi di appalto, mentre nell'inchiesta a carico di Steinway & Sons si suppongono l'esistenza di una limitazione delle importazioni parallele e accordi di prezzo tra i rivenditori svizzeri di pianoforti.

La COMCO e la sua Segreteria continueranno a perseguire con la massima priorità entrambe queste forme particolarmente dannose di limitazione della concorrenza.

Prof. Vincent Martenet
Presidente COMCO

2 Principali decisioni del 2012

Qui di seguito sono riportate in ordine cronologico le principali decisioni emanate dalla COMCO e dalle istanze di ricorso nel 2012. Per maggiori informazioni sulle singole decisioni si rinvia ai capitoli 3.1-5.

Il 27 febbraio 2012 la COMCO ha emanato, in base alla legge sul mercato interno (LMI), una raccomandazione concernente i **diritti di accesso al mercato per i servizi di taxi esterni**. Essendo di competenza dei singoli Cantoni o Comuni, la regolamentazione di questo settore risulta poco uniforme, il che rende difficile i servizi intercomunali. La COMCO ha citato come esempio le norme vigenti nei Cantoni di Berna, Basilea Città, Basilea Campagna e nelle città di Zurigo e Winterthur ed indicato quali disposizioni finiscono per isolare i mercati cantonali o comunali violando dunque la LMI. La raccomandazione della COMCO spiega quali attività possono essere svolte al di fuori del proprio Comune e a quali condizioni un Comune deve rilasciare l'autorizzazione d'esercizio a un servizio di taxi esterno.

Con la decisione del 7 maggio 2012 la COMCO ha inflitto all'azienda **BMW AG** una multa di 156 milioni di franchi per aver isolato il mercato svizzero delle automobili dei marchi BMW e MINI. La BMW AG aveva infatti vietato le importazioni dirette e parallele in Svizzera mediante un'apposita clausola nei contratti con i concessionari dello Spazio economico europeo (SEE). Tale clausola impediva loro di vendere autoveicoli nuovi di questi due marchi a clienti residenti al di fuori del SEE, e dunque anche a quelli in Svizzera. Nel secondo semestre del 2010 la COMCO aveva ricevuto numerosi reclami di clienti che avevano cercato invano di acquistare nel SEE nuove automobili dei marchi BMW o MINI. In quel periodo il franco svizzero subì un forte apprezzamento nei confronti dell'euro, rendendo particolarmente convenienti gli acquisti oltre confine. La clausola contrattuale summenzionata impediva però ai consumatori residenti in Svizzera di approfittare del notevole vantaggio sul cambio; considerato il valore di acquisto dei beni in questione, si trattava di cifre molto elevate. Questo isolamento del mercato svizzero ha causato anche una minore pressione concorrenziale sul prezzo finale dei nuovi autoveicoli di questi marchi nel nostro Paese. Il gruppo BMW ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

Il 29 giugno 2012 è stata emessa una sentenza importante in merito al caso **Publigruppe**. Il Tribunale federale ha confermato la legittimità della procedura della Commissione della concorrenza, soprattutto alla luce delle garanzie procedurali della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU). L'Alta Corte federale ha respinto il ricorso di Publigruppe confermando la decisione della COMCO anche sotto il profilo del diritto materiale. La decisione della COMCO, che prevedeva anche una sanzione di 2,5 milioni di franchi, è pertanto passata in giudicato e sarà determinante per le contestazioni di carattere procedurale nei ricorsi ancora in sospeso dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

Nella decisione del 2 luglio 2012 la COMCO ha stabilito che l'utilizzo di raccomandazioni tariffarie per le spese amministrative da parte dei fiduciari immobiliari del Cantone di Neuchâtel costituisce una violazione della legge

sui cartelli. La sezione neocastellana della **Union suisse des professionnels de l'immobilier, USPI-Neuchâtel**, si è prontamente dichiarata disposta a ritirare le raccomandazioni emesse. La COMCO ha tenuto conto di questa circostanza e ha inflitto una sanzione meno grave. Nella sua decisione essa ha approvato la conciliazione considerando il fatto che le raccomandazioni tariffarie in questione costituiscono un accordo illecito in materia di concorrenza da parte delle amministrazioni immobiliari. In media più di un terzo dei membri dell'associazione si è infatti attenuto alle raccomandazioni indicate nel promemoria da essa diffuso. Alcune di esse sono state addirittura seguite da oltre il 50 per cento dei membri. La decisione della COMCO è passata in giudicato.

Il 16 luglio 2012 la COMCO ha inflitto una multa di 3,5 milioni di franchi a **IFPI Svizzera**, il ramo elvetico della Federazione internazionale dell'industria fonografica, per aver ostacolato le importazioni parallele. Per la stessa ragione è stata sanzionata anche la **Phononet AG**; la multa ammonta in questo caso a 20 000 franchi. Nel quadro di una conciliazione entrambe le imprese si impegnano a non firmare più alcuna dichiarazione di rinuncia alle importazioni parallele e di non ostacolare né vietare in futuro le importazioni parallele di supporti musicali (ad es. i CD) e/o video. Dall'inchiesta era emerso che i membri di IFPI Svizzera avevano stabilito tra loro, a livello di associazione, di non effettuare importazioni parallele di supporti musicali e video tramite altri membri della IFPI. La Phononet AG, che rappresenta l'anello di congiunzione tra il mondo commerciale, quello dei media e l'industria, aveva dato manforte all'accordo con il suo comportamento. Anche questa decisione della COMCO è passata in giudicato.

Il 20 agosto 2012 la COMCO ha inflitto ad Altimum SA una multa di 470 000 franchi per l'imposizione dei prezzi di rivendita degli **articoli per gli sport da montagna**. La Altimum SA (ex Roger Guenat SA) aveva imposto prezzi minimi ai propri rivenditori degli articoli del marchio Petzl (lampade frontali, imbracature, caschi, piccozze da ghiaccio, ecc.) impedendo lo sviluppo di una vera concorrenza dei prezzi tra i rivenditori in Svizzera. L'inchiesta ha dimostrato che nel nostro Paese la concorrenza è risultata notevolmente compromessa, per lo meno nel periodo compreso tra il 2006 e la fine del 2010. Altimum ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

L'11 dicembre 2012 la COMCO ha inflitto sanzioni alle **imprese di spedizione** Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG/Schenker, Kühne + Nagel International AG e Panalpina Welttransport (Holding) AG per un importo complessivo di 6,2 milioni di franchi. La Deutsche Post AG/DHL, che ha dato il via all'inchiesta auto-denunciandosi, ha potuto beneficiare di un'esenzione totale dalla sanzione. Al tempo stesso la COMCO ha approvato le conciliazioni con tutte le imprese coinvolte e con l'associazione Spedlogswiss. Dall'inchiesta era emerso che nel periodo 2003 – 2007 le imprese di spedizione avevano pattuito e coordinato determinate tariffe e supplementi nel settore del trasporto aereo internazionale di merci. L'autorità della concorrenza è riuscita a dimostrare l'esistenza di un accordo orizzontale sui prezzi tra le varie imprese sulla base di alcune pratiche

relative all'introduzione e all'applicazione di tariffe o supplementi specifici per la Svizzera e di sovrattasse internazionali. La decisione della COMCO è passata in giudicato.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Presentazione del nuovo servizio

Il 1° settembre 2012 è stato creato il nuovo servizio "Costruzione", che finora faceva parte del servizio Produzione. Si occupa delle restrizioni alla concorrenza che toccano i settori della costruzione, degli appalti pubblici e dell'ambiente. Gli ambiti prevalenti sono l'ingegneria civile, la costruzione stradale e le installazioni edili, a cui si aggiungono anche il ramo relativo al completamento delle costruzioni (ad es. i lavori di installazione di impianti elettrici e sanitari) e i materiali edili. Nel settore della costruzione sono soprattutto gli accordi orizzontali tra imprese a originare le procedure previste dal diritto in materia di cartelli. Il servizio Costruzione tratta anche le questioni giuridiche ed economiche inerenti alle commesse e agli appalti pubblici e all'ambiente. Esso si impegna inoltre per la creazione di condizioni quadro giuridiche favorevoli alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici (tra cui anche per l'adeguamento svizzero del GPA rivisto dell'OMC).

3.1.2 Inchieste

L'inchiesta relativa alla **ferramenta per porte** è seguita come previsto. All'inizio dell'anno è stato inviato un questionario alle ditte coinvolte. Nel corso dell'estate la Segreteria ha effettuato le audizioni e ora sta analizzando la documentazione ulteriore richiesta alle parti. L'invio della proposta è previsto per la primavera del 2013.

L'inchiesta aperta il 22 novembre 2011 contro i **grossisti attivi nel campo dei sanitari e dei bagni** è seguita come previsto. Dopo l'invio dei questionari e l'esame dei dati fisici ed elettronici sequestrati durante le perquisizioni, nell'autunno del 2012 sono stati sentiti in più occasioni le parti coinvolte e i testimoni. Il progetto di decisione sarà elaborato prossimamente e inviato alle parti.

L'inchiesta avviata nel 2009 nel settore della **costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Zurigo** è stata estesa, nel maggio 2012, alle rispettive case madri. L'inchiesta si è poi conclusa e il progetto di decisione è stato inviato alle parti nel novembre 2012. Le audizioni davanti alla COMCO sono previste per la primavera del 2013.

L'inchiesta avviata nello stesso periodo sugli accordi di appalto nel settore della **costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia** si è conclusa il 16 dicembre 2011 con la decisione della COMCO. La decisione stessa è stata in parte anonimizzata (non si riconoscono i progetti specifici) e all'inizio di maggio è stata pubblicata sul sito Internet. Successivamente vari committenti di costruzioni hanno richiesto di accedere alle informazioni sui progetti che potevano riguardarli. Attualmente si sta ancora esaminando se, quando e in quale misura rendere accessibili tali dati. I lavori si concluderanno con una decisione che è prevista per la primavera del 2013.

Il 30 ottobre 2012 la Segreteria ha avviato nel Cantone dei Grigioni, **nella Bassa Engadina**, un'inchiesta a carico di diverse imprese attive nel settore dell'ingegneria civile, della costruzione e della pavimentazione stradale nonché nei mercati a monte e ha effettuato perquisizioni domiciliari. Vi sono indizi secondo i quali diverse imprese di questi settori nella Bassa Engadina avrebbero siglato tra loro degli accordi per coordinare l'attribuzione di gare d'appalto così come la ripartizione dei progetti di costruzione e dei clienti.

3.1.3 Procedure di ricorso

L'inchiesta sulla **ferramenta per finestre e portefinestre** si è conclusa con la decisione del 4 novembre 2010. Tre imprese hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale. A tale proposito, nel giugno 2012, hanno avuto luogo tre udienze istruttorie, in seguito alle quali sono state poste diverse domande alla Segreteria (con decisione del Tribunale amministrativo federale). La Segreteria ha risposto per iscritto nel mese di luglio. Le procedure di ricorso sono attualmente ancora pendenti.

Quattro imprese hanno presentato ricorso al Tribunale amministrativo federale contro la decisione della COMCO del 16 dicembre 2011 sugli accordi di appalto **nel settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia**. Queste procedure sono ancora pendenti. Per le undici imprese che non hanno fatto ricorso la decisione è invece passata in giudicato.

3.1.4 Colloqui informali, analisi di mercato e consulenze

La nuova Legge sul CO₂ prevede, all'articolo 27, che le persone assoggettate all'obbligo di pagare l'imposta secondo la Legge federale del 21 giugno 1996 sull'imposizione degli oli minerali (RS 641.61) possono costituirsi in raggruppamenti di compensazione. La Segreteria si è incontrata con **l'Unione Petrolifera** e l'ha informata in merito al progetto che prevede la costituzione di un unico "raggruppamento di compensazione" per tutti gli importatori di carburanti. La Segreteria ha stabilito che un unico raggruppamento di compensazione deve essere strutturato in modo tale da evitare che i costi di compensazione del CO₂ ricadano costantemente sui consumatori (per via del coinvolgimento di tutti gli importatori di carburanti).

In concomitanza con il caso tedesco di un cartello nel settore delle rotaie, per il quale le imprese coinvolte hanno dovuto pagare complessivamente un sanzione di 124,5 milioni di euro, la Segreteria ha condotto un colloquio informale con le **FFS** alla fine di ottobre 2012. L'obiettivo era quello di capire se anche in Svizzera potessero verificarsi accordi analoghi, ma non sono emersi indizi in tal senso. La Segreteria ha spiegato in particolare che gli accertamenti delle autorità in materia di concorrenza non pregiudicano in linea di massima lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione.

Inoltre, tra metà novembre e metà dicembre la Segreteria ha effettuato un'osservazione del mercato in merito a un bando per la tecnica ferroviaria (che prevedeva un sistema di trazione elettrico con filo di contatto aereo) nel quadro del progetto ferroviario NEAT della **galleria di base del Ceneri**. Si sospettava che la conclusione di

un contratto esclusivo per un prodotto indispensabile nel quadro dell'aggiudicazione potesse rappresentare un accordo in materia di concorrenza o una pratica potenzialmente illecita di un'impresa che domina il mercato. La Segreteria ha condotto ricerche e una serie di colloqui sia con la AlpTransit Gotthard AG di Lucerna che ha pubblicato il bando di gara, sia con le imprese coinvolte nel contratto esclusivo, ma non sono emersi indizi a conferma del sospetto iniziale.

3.1.5 Prevenzione e informazione

Contrastare gli accordi di appalto è uno degli ambiti prioritari dell'attività della Segreteria dal 2008. Tale ambito si basa su tre pilastri: Prevenzione e informazione, Individuazione e infine Perseguimento (cfr. rapporto annuale 2009, DPC 2010/1, pag. 34).

Nell'ambito del pilastro "Prevenzione e informazione" la Segreteria ha organizzato delle manifestazioni nei Cantoni di Friburgo, Vaud e Ginevra per sensibilizzare l'opinione pubblica, favorire lo scambio di conoscenze e far capire meglio le procedure e gli strumenti dell'autorità della concorrenza nel perseguimento degli accordi di appalto. Questi incontri, che si basano sulle esperienze fatte gli anni scorsi in occasioni analoghe nella Svizzera tedesca, hanno avuto un'eco positiva tra gli enti aggiudicatori cantonali e comunali.

Nell'ambito del pilastro "Individuazione degli accordi di appalto" la Segreteria ha presentato agli enti aggiudicatori cantonali i risultati del suo progetto "Individuazione degli accordi di appalto attraverso metodi statistici". Questo progetto pilota contiene una valutazione dei dati contenuti nei verbali di apertura delle offerte. Sulla base di metodi statistici sono state esaminate le anomalie emerse che lasciavano presagire un'eventuale collusione. In futuro questo progetto pilota potrebbe essere esteso ad altri Cantoni.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nell'ambito delle carte di debito, la Segreteria ha concluso un'inchiesta preliminare relativa alle **commissioni per l'acquiring sulle transazioni con le carte Maestro**. L'inchiesta preliminare è partita dall'introduzione di nuove tasse da parte di MasterCard Europe SPRL: la Maestro Volume Fee (MVF) e la Maestro Development Fund (MDF). La MVF è un diritto di licenza imposta da MasterCard per l'utilizzo del marchio "Maestro" e per l'intera gestione del sistema Maestro (brand fee); il suo ammontare è correlato al fatturato dell'attività di convenzionamento (acquiring). La Segreteria ha stabilito che anche per un'azienda con una fortissima posizione sul mercato come MasterCard non è illecito riscuotere diritti di licenza dai partner contrattuali. Per quanto riguarda l'importo della MVF, la Segreteria non ha rilevato elementi a conferma del fatto che fosse sistematicamente eccessiva, soprattutto perché il suo importo è uguale in tutta l'area SEPA (Area unica dei pagamenti in euro, Single Euro Payments Area). Nel caso della MDF si tratta invece di una tassa imposta da MasterCard in funzione del fatturato nazionale dell'attività di convenzionamento. MasterCard dovrebbe reinvestire completamente i proventi di questa tassa per finanziare progetti di innovazione degli acquirer. La Segreteria è giunta alla conclusione che,

considerando la tassa relativamente bassa e il fatto che i proventi devono essere reinvestiti interamente a favore degli acquirer, la MDF non può essere definita inadeguata secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettera c LCart. In particolare, ritiene che la tassa MDF sia troppo bassa per poter essere considerata un rimpiazzo della interchange fee per il circuito Maestro, che è problematica dal punto di vista del diritto sui cartelli.

Nell'inchiesta relativa alle **commissioni interbancarie (interchange fees) delle carte di credito**, la Segreteria ha preso atto della sentenza della Corte di giustizia dell'UE sul caso MasterCard, che conferma la prassi della Commissione europea in merito a tali commissioni. Ha inoltre ascoltato i rappresentanti delle banche e del mondo commerciale in merito a questi sviluppi.

Nel caso **Libor** la Segreteria ha proseguito la sua inchiesta ed esaminato i dati. Questi ultimi sono molto cospicui e si trovano in gran parte all'estero, il che solleva questioni complesse poiché spesso le leggi estere (soprattutto in materia di protezione dei dati) ne vietano la trasmissione in Svizzera.

Infine, nel settore dei servizi finanziari, la Segreteria ha valutato diversi **progetti di fusione**. Vanno menzionate a questo proposito le fusioni tra le banche Julius Bär/Merrill Lynch e Sarasin/Safra.

3.2.2 Professioni liberali e servizi professionali

In questo settore sono state concluse tre inchieste importanti. La prima è quella a carico della **sezione di Neuchâtel dell'Union suisse des professionnels de l'immobilier**. La procedura era incentrata su un promemoria realizzato per le imprese facenti parte dell'associazione. Questo documento presentava raccomandazioni di prezzo e fissava delle forbici dei tassi per la fatturazione dei servizi legati alla gestione immobiliare. Prevedeva inoltre tassi fissi per la mediazione immobiliare. Dopo un'analisi approfondita dei dati del mercato, le autorità della concorrenza sono giunte alla conclusione che le raccomandazioni relative alla gestione immobiliare compromettevano notevolmente la concorrenza sul mercato. Infatti, in media oltre un terzo dei membri si atteneva a tali raccomandazioni. Per una determinata fascia di valore locativo, l'adesione da parte dei membri ha superato il cinquanta per cento. La COMCO ha dunque approvato la conciliazione conclusa con le parti e sanzionato le imprese che avevano seguito le raccomandazioni dell'associazione per un importo complessivo di 50'000.- franchi. Per contro, l'inchiesta nel settore della mediazione è stata chiusa senza alcun seguito poiché non è emerso un "intralcio notevole alla concorrenza".

La seconda inchiesta è quella a carico di **IFPI Svizzera e Phononet AG**. IFPI Svizzera è l'associazione di categoria dei produttori di fonogrammi e videogrammi (ad es. i CD). L'inchiesta ha dimostrato che i membri di questa associazione si sono accordati per escludere tra loro le importazioni parallele di fonogrammi e/o videogrammi. Phononet AG, società intermediaria nell'industria dei media, ha sostenuto, con il suo comportamento nei confronti dei produttori in Svizzera, gli effetti di questo accordo. La conseguenza è stata un "intralcio notevole alla concorrenza". La COMCO ha pertanto approvato la con-

ciliazione conclusa con le parti, pur infliggendo loro una multa pari complessivamente a 3,5 milioni di franchi. Le parti si sono impegnate in futuro a non fare più firmare dichiarazioni di rinuncia alle importazioni parallele di fonogrammi e videogrammi, né a limitare o ostacolare in modo indebito tali importazioni. L'inchiesta concerneva anche le condizioni d'accesso all'associazione IFPI Svizzera, l'organizzazione della "hitparade svizzera ufficiale" e le critiche mosse al Music Promotion Network (MPN), gestito da Phononet AG. Tuttavia, in questi casi non sono emerse violazioni al diritto dei cartelli. Per quanto riguarda infine la hitparade, IFPI Svizzera ha comunque modificato la sua prassi per garantire una maggiore trasparenza.

L'11 dicembre 2012 si è conclusa la terza inchiesta nel settore della **spedizione** con una multa pari complessivamente a 6,2 milioni di franchi. Nella decisione si giunge alla conclusione che, nel periodo 2003-2007, i quattro grandi spedizionieri attivi nel settore del trasporto aereo internazionale di merci avevano concordato tra loro l'importo di alcune tasse e supplementi. La decisione dimostra tale circostanza attraverso diversi esempi di tasse specifiche per la Svizzera (Surcharge Collection Fee (SCF), Security Fee Agent (SFA), la tassa E-dec e la tassa d'importazione), nonché di sovrattasse internazionali quali Air Automated Manifest System (AAMS), Peak Season Surcharge (PSS), Currency Adjustment Factor (CAF) e la tassa New Export System (tassa NES). Per la partecipazione a questo cartello sono state inflitte le seguenti sanzioni: Agility Logistics International BV: 907'349.- franchi, Deutsche Bahn AG/Schenker: 1'021'751.- franchi, Kühne + Nagel International AG: 1'173'767.- franchi e Panalpina Welttransport (Holding) AG: 3'117'286.- franchi. La Deutsche Post AG/DHL, anch'essa parte del cartello, ha dato il via all'inchiesta autodenunciandosi, pertanto ha beneficiato di un'esenzione totale dalla sanzione. Anche Deutsche Bahn e Agility si sono autodenunciate, il che ha comportato riduzioni sostanziali delle sanzioni per le due società. Al contempo la COMCO ha approvato la conciliazione con tutte le aziende summenzionate e con l'associazione Spedlogswiss.

Nel settore della **distribuzione cinematografica** la Segreteria ha esaminato i reclami presentati contro i distributori di film che avrebbero negato la fornitura di varie opere ad alcune sale cinematografiche della Svizzera romanda in seguito a presunte pressioni da parte di Pathé Suisse SA, la società che gestisce le sale cinematografiche, per privilegiare la distribuzione di film di successo nelle proprie sale a scapito della concorrenza. Una procedura analoga era già stata condotta nel 2000 (DPC 2000/4 571 Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt). L'analisi della Segreteria ha permesso di stabilire che Pathé Suisse SA esercita un certo potere sul mercato della regione, tuttavia non sono stati rilevati indizi di abuso di posizione dominante da parte di questa società né dei distributori di film. Questi ultimi si sono giustificati adducendo motivi di efficienza economica in base ai quali scelgono, di caso in caso, in quali sale far proiettare le opere che essi distribuiscono. La Segreteria ha dunque chiuso l'inchiesta preliminare senza alcun seguito. Tuttavia, considerando l'evoluzione tecnologica (il passaggio al sistema "digitale"), continuerà ad osser-

vare la concorrenza nel settore e l'andamento del mercato.

In **ambito sportivo** la Segreteria ha esaminato i reclami presentati dalla società Olympique des Alpes SA ("FC Sion") contro l'Unione europea delle federazioni calcistiche (UEFA), l'Associazione svizzera di football (ASF) e la Federazione internazionale del calcio (FIFA) per la mancata partecipazione ai campionati europei e per le sanzioni inflitte al club vallesano. Dal momento che l'esistenza di un eventuale abuso di posizione dominante da parte di queste istanze sportive riveste nel caso specifico un interesse essenzialmente privato, la Segreteria ha chiuso l'osservazione del mercato senza seguito. Nel corso dell'istruzione, un incontro con il Tribunale arbitrale dello sport (TAS) ha permesso di chiarire la situazione nei casi in cui una controversia viene portata contemporaneamente dinanzi a un'istanza amministrativa e a un'istanza civile.

La Segreteria è intervenuta anche nel settore del **turismo**, analizzando la problematica delle condizioni contrattuali di alcune società di **prenotazione di hotel su Internet**. Sono state analizzate anche la cosiddetta clausola del "miglior prezzo garantito" e quella relativa al contingente delle camere di albergo. Essendo stati riscontrati degli indizi di limitazione illecita della concorrenza, alla fine del 2012 è stata avviata un'inchiesta contro le società booking.com, HRS e Expedia.

Inoltre, la Segreteria ha di nuovo avuto l'occasione di esaminare diverse clausole contenute negli statuti di **organizzazioni professionali** che potevano limitare la concorrenza sul mercato o l'accesso a quest'ultimo. Alcune analisi hanno riguardato anche le condizioni di manutenzione e riparazione di impianti tecnici, per le quali le principali aziende attive sul mercato hanno stabilito delle norme. Tali regolamentazioni contenute negli statuti sono in grado di restringere l'accesso al mercato e pertanto devono essere analizzate e, se necessario, adeguate. Questa è la ragione per cui l'Associazione svizzera dei costruttori di sistemi di sicurezza ha modificato le proprie direttive tecniche nel settore del gas.

3.2.3 Mercati sanitari

L'analisi del mercato degli **apparecchi acustici** è proseguita nel 2012 per tener conto dei cambiamenti voluti dal legislatore. Una prima analisi dei dati del periodo successivo all'introduzione del nuovo sistema forfettario di rimborso delle spese per questi apparecchi ha già fornito informazioni interessanti per il seguito della procedura nel 2013.

Nel dicembre 2012 le autorità della concorrenza hanno avviato un'inchiesta sulla **commercializzazione di informazioni mediche elettroniche** necessarie per la distribuzione, la vendita e la fatturazione dei medicinali in Svizzera. Questa inchiesta si prefigge di determinare se le imprese del gruppo Galenica AG detengono una posizione dominante su questo mercato e se ne abusano. La procedura in questione fa in parte seguito a un'analisi settoriale del mercato della **distribuzione di medicinali** in Svizzera che la Segreteria conduce dal 2011.

La convenzione proposta da santésuisse e firmata dagli assicuratori malattia sotto l'egida del Dipartimento fede-

rale dell'interno sulla pubblicità e sull'acquisizione di assicurati è stata esaminata nel quadro di una procedura di opposizione e in seguito a un'inchiesta preliminare. Quest'ultima è stata prolungata per raccogliere le informazioni necessarie che saranno disponibili a partire dal 2013.

L'inchiesta preliminare relativa alle pratiche della Croce Rossa Svizzera sul mercato dei **sistemi per chiamate d'emergenza** concepiti per le persone anziane non ha rilevato comportamenti contrari alla LCart, pertanto è stata chiusa senza seguito. La questione della partecipazione finanziaria dello Stato alla copertura dei costi della Croce Rossa in questo ambito sarà affrontata con l'ufficio competente.

Alla fine dell'anno in rassegna sono state aperte due nuove inchieste preliminari: una riguarda le differenze di prezzo e gli ostacoli all'importazione parallela in Svizzera di **agenti reattivi** necessari per la ricerca nei laboratori svizzeri; la seconda concerne invece la distribuzione dei **mezzi ausiliari** nel Canton Vaud.

Nell'ambito della procedura che ha portato alla **sanzione amministrativa** a carico della società Swica Holding AG, la COMCO è giunta alla conclusione che quest'azienda ha violato la legge sui cartelli dimenticando di notificare che avrebbe assunto il controllo dell'impresa ProVAG. La sanzione emessa è stata di 35 000 franchi.

Per quanto riguarda i **mercati sanitari regolamentati**, le autorità della concorrenza si sono espresse nel quadro di varie procedure di consultazione sulla revisione delle disposizioni legali relative al settore sanitario. Esse hanno anche espresso il proprio parere su numerosi interventi parlamentari. La Segreteria constata la tendenza a una regolamentazione crescente che limita la libertà economica delle imprese attive su questi mercati. Ciò vale soprattutto, non soltanto per le disposizioni legali sul nuovo sistema di finanziamento ospedaliero (SwissDRG), ma anche per le nuove norme vincolanti di controllo dell'attività degli assicuratori malattia che potrebbero ridurre fortemente i benefici della concorrenza auspicata dal legislatore.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazioni

Nel settore delle **fibres ottiche** la Segreteria ha effettuato la valutazione dei contratti di cooperazione per la Città di Ginevra e il Cantone di Friburgo. La Segreteria ha constatato che anche questi contratti contenevano accordi di cartello che non potevano essere esentati a priori da sanzioni. Si è trattato in particolare di clausole contrattuali che rappresentavano accordi sui quantitativi e sui prezzi ed erano in grado di limitare notevolmente la concorrenza. La Segreteria era giunta a una conclusione analoga già nel settembre 2011 in merito agli accordi di cooperazione tra Swisscom e le aziende elettriche delle città di Basilea, Berna, Lucerna, San Gallo e Zurigo. La Segreteria è riuscita a concludere al tempo stesso varie questioni di minore rilevanza in questo ambito. Va menzionata in tale contesto una consulenza che la Segreteria ha effettuato riguardo a una cooperazione tra i Services industriels di Losanna e Swisscom (Svizzera) SA per la costruzione di una rete a fibre ottiche nella città di

Losanna. Nell'ambito di questa consulenza la Segreteria si è espressa per la prima volta su una cooperazione tra Swisscom e un fornitore di rete via cavo. La Segreteria ha concluso nell'anno in rassegna il dossier relativo alle **fibres ottiche** con i diversi contratti di cooperazione tra Swisscom e le imprese regionali di fornitura elettrica. In tal modo le cooperazioni in questo settore non vengono vietate e la costruzione di reti a fibre ottiche non viene ostacolata, il che si riflette nell'estensione capillare di tali reti. Tuttavia, esaminando le cooperazioni la Segreteria ha contribuito al buon funzionamento della concorrenza, la quale costituisce la condizione base per l'utilizzo di queste reti di nuova generazione. Ora spetta alle imprese fare in modo che le proprie reti vengano gestite in modo conforme ai principi della concorrenza.

Nel mese di gennaio 2012 è stato notificato il progetto di fusione **Apax Partners LPP/Orange Communications S.A.**, che la COMCO ha esaminato nel quadro di un esame preliminare. Da quest'ultima è emerso che l'acquisizione di Orange da parte della società d'investimento Apax non determina cambiamenti strutturali delle condizioni di mercato esistenti. La COMCO è pertanto giunta alla conclusione che la fusione non pone problemi secondo il diritto della concorrenza.

Nell'aprile 2012 la COMCO ha avviato l'inchiesta concernente il **riesame** della questione **Tele 2 vs. Swisscom** per quanto riguarda la pubblicità di Swisscom specifica per la clientela. L'obiettivo dell'inchiesta era di esaminare gli effetti, in base al diritto della concorrenza, dell'eventuale revoca della conciliazione del maggio 2002 tra la COMCO e Swisscom. Il testo della conciliazione prevede da parte di Swisscom la rinuncia ad accludere pubblicità nelle fatture mensili dei clienti Carrier-Preselection, vale a dire quelli con la preselezione automatica dell'operatore.

Infine, nell'ottobre 2012 è stata notificata la fusione **Swisscom/Telecom Liechtenstein (TLI)**, con la quale Swisscom intendeva acquisire il 75 % del capitale azionario di TLI: questa azienda realizza in Svizzera un fatturato di lieve entità, pertanto non si verifica un incremento delle quote di mercato che potrebbe alterare le condizioni di concorrenza attuali. La fusione è stata quindi considerata innocua.

3.3.2 Media

Dopo la votazione relativa alla legge federale sul prezzo fisso dei libri nel marzo 2012 la Segreteria ha riavviato l'inchiesta sui **prezzi dei libri nella Svizzera romanda**. L'inchiesta era infatti stata sospesa fino alla pubblicazione del risultato definitivo della votazione nel Foglio federale. In agosto la Segreteria ha invitato le parti coinvolte a esprimersi al riguardo; le audizioni davanti alla COMCO sono avvenute nei mesi di novembre e dicembre 2012. Per la COMCO è molto importante che, anche nelle procedure che vedono coinvolte molte parti, tali incontri vengano organizzati correttamente a tutela del diritto di audizione.

Nel febbraio 2012 la Segreteria ha avviato un'inchiesta contro l'Agenzia telegrafica svizzera (ats) in merito alla **politica dei prezzi e ad altre sue pratiche**. L'inchiesta è volta a rilevare se l'ats abbia abusato della sua presunta posizione dominante sul mercato ostacolando la

concorrenza e penalizzando i clienti. Da un'inchiesta preliminare sono emersi indizi secondo cui il sistema di prezzi dell'ats mirava a eliminare la concorrenza esistente e ad ostacolare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori.

La COMCO ha redatto due **perizie** per l'UFCOM in merito a presunte posizioni dominanti sul mercato: l'una riguarda il Südostschweiz Mediengruppe nell'area 32 Svizzera sudoccidentale, l'altra invece il gruppo Mediengruppe AZ nell'area 15 Argovia. Entrambe le perizie risalgono ad una consultazione effettuata dall'UFCOM concernente la nuova valutazione del rilascio di concessioni per la diffusione di programmi radiotelevisivi regionali.

Nel maggio 2012 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare a carico di **Cinetrade AG**, proprietaria della società Teleclub che offre programmi in pay-tv. L'obiettivo era quello di esaminare se Cinetrade avesse abusato di un'eventuale posizione dominante sul mercato nel settore della pay-tv negando la trasmissione dei programmi di Teleclub ad altre piattaforme TV e discriminandole per quanto riguarda la diffusione di eventi sportivi esclusivi.

Infine, nel mese di agosto 2012 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare a carico di **Goldbach Group** relativa all'eventuale abuso di una presunta posizione dominante sul mercato di questo gruppo pubblicitario che si occupa di commercializzazione radiotelevisiva. In particolare, sono oggetto di indagine la politica di definizione di prezzi fissi, la concessione di vari sconti e l'attuazione di un'eventuale strategia di esclusione dal mercato.

Per quanto riguarda il settore dei media, la COMCO ha dovuto esaminare diversi **progetti di fusione tra imprese** anche nel 2012. Nel caso Tamedia/Langenthaler Tagblatt, Tamedia AG aveva intenzione di assumere il controllo esclusivo di Langenthaler Tagblatt. In merito alla fusione NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN le società coinvolte hanno notificato la costituzione di un'impresa comune che gestirà e commercializzerà la pubblicità sui siti delle titolari. Nel caso di Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet è stato notificato che Tamedia acquisirà da Gérard Paratte il 20% del capitale azionario del portale di annunci immobiliari ImmoStreet.ch S.A., ottenendo inoltre il controllo congiunto. Per quanto riguarda il progetto di fusione Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO era previsto il controllo congiunto di 20 minuti Ticino SA e di TicinOnline SA da parte di Tamedia AG e Giacomo Salvioni. Con il progetto di fusione Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup, Tamedia e Ringier intendevano assumere il controllo congiunto di jobs.ch holding ag e Jobup AG (entrambe le società sono attive nel settore degli annunci di lavoro online). Nel caso di Publigroupe S.A./ImproveDigital B.V., Publigroupe S.A. voleva conseguire una partecipazione di maggioranza (85 %) nel capitale azionario della ImproveDigital B.V. Quest'ultima mette a disposizione tecnologie pubblicitarie in tempo reale: una piazza di mercato virtuale mette in contatto inserzionisti e proprietari di media, che possono contrattare in modo automatico l'inventario pubblicitario. Dopo aver effettuato un

esame preliminare la COMCO ha approvato tutti i sei progetti di fusione.

3.3.3 Energia

Nel corso dell'anno in rassegna la Segreteria ha sospeso l'inchiesta preliminare a carico della società **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**, che era stata avviata per verificare se la regolamentazione sul calcolo del corrispettivo della rete discriminasse i clienti terzi rispetto alle società azioniste. Dagli indizi è emerso che la differenza di calcolo del corrispettivo della rete per gli azionisti e per i clienti terzi potrebbe costituire un abuso di posizione dominante sul mercato. Tuttavia, nel corso dell'inchiesta preliminare, la EGZ ha revocato retroattivamente la pratica in questione, pertanto si è ritenuto che le disposizioni contrattuali considerate critiche non abbiano determinato conseguenze significative.

Sempre nel settore del gas naturale, la COMCO ha valutato anche il progetto di fusione **GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas**. In questo caso Global Infrastructure Management, LLC (GIM) e Fluxys G SA dovrebbero acquisire il controllo congiunto di FluxSwiss SA e, insieme alla Società anonima svizzera per il gas naturale (Swissgas), anche di Transitgas AG. Sulla base dell'esame preliminare la COMCO ha considerato innocua la fusione prospettata.

Infine, nel settore dell'energia, la COMCO è stata invitata a esprimere un parere nel quadro di diverse procedure di consultazione, tra cui vanno citate la revisione dell'Ordinanza sull'approvvigionamento elettrico e la Strategia energetica 2050.

3.3.4 Altri ambiti

La Segreteria ha condotto un'inchiesta preliminare a carico della Posta Svizzera sul nuovo **sistema di prezzi per i clienti aziendali per la spedizione di lettere**. Alcuni elementi lasciano sospettare che gli sconti previsti nel nuovo sistema di prezzi per i clienti aziendali ostacolino la concorrenza e che possano produrre un effetto di chiusura del mercato. La conclusione dell'inchiesta preliminare è prevista per il primo trimestre del 2013.

Nel giugno 2012 la **Posta Svizzera** e **La Poste francese** hanno notificato un progetto di fusione finalizzato alla costituzione di un'impresa comune, che si occuperà principalmente della fornitura di servizi nell'ambito della spedizione transfrontaliera di lettere fino ai due chilometri di peso indirizzate a persone fisiche. La COMCO ha approvato la fusione, ma ha imposto come condizione che le attività in Svizzera delle società affiliate della Posta relative alla spedizione di lettere per i clienti aziendali siano affidate a terzi.

Per quanto riguarda l'inchiesta relativa agli **accordi nel settore del trasporto aereo**, nel novembre 2012 la Segreteria ha inviato la propria proposta alle parti coinvolte, che dovranno esprimersi in merito. Dall'inchiesta dovrà emergere se le varie imprese di questo settore abbiano concluso accordi sui supplementi per il carburante, la sicurezza, il rischio bellico, lo sdoganamento, i tassi di nolo e l'assegnazione dei sovraccarichi. L'inchiesta dovrà chiarire inoltre varie questioni relative al rapporto tra il diritto nazionale e quello internazionale,

vale a dire tra la legge federale sui cartelli e l'accordo bilaterale con l'UE sul trasporto aereo.

3.4 Produzione

3.4.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Con la decisione del 20 agosto 2012 la COMCO ha concluso l'inchiesta a carico di Roger Guenat SA (ora denominata **Altimum SA**) che era stata avviata nel 2010 con una perquisizione. Le indagini hanno dimostrato che l'importatrice generale, Altimum SA, ha fissato prezzi di rivendita minimi al consumatore per gli articoli sportivi da montagna della marca Petzl (lampade frontali, piccozze, harnais, caschi, ecc.), impedendo quindi ai rivenditori svizzeri di farsi una reale concorrenza sui prezzi. La COMCO ha dunque inflitto ad Altimum SA una sanzione di 470'000 franchi. Quest'ultima ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Va detto a questo proposito che altre decisioni della COMCO relative ad accordi verticali sono attualmente oggetto di ricorsi davanti al Tribunale amministrativo federale (GA-BA/Elmex, farmaci "fuori lista", NIKON, BMW).

Sono proseguiti inoltre gli accertamenti relativi alle procedure avviate per il **mancato trasferimento dei vantaggi valutari**. L'inchiesta aperta il 26 ottobre 2011 contro un'importatrice generale svizzera di prodotti cosmetici è stata estesa all'azienda produttrice americana. Tale inchiesta è volta a verificare se l'importatrice generale e la produttrice dei prodotti in questione abbiano concluso accordi illeciti in materia di concorrenza sulla ripartizione del mercato per zone, sui prezzi di rivendita fissi o minimi e sugli ostacoli al commercio online.

La Segreteria prosegue gli accertamenti nell'ambito dell'inchiesta sul mancato trasferimento dei vantaggi valutari nella vendita di elettrodomestici e di apparecchi elettrici della ditta **Jura AG**. Con la sua politica di garanzia tale impresa potrebbe aver ostacolato le importazioni parallele di elettrodomestici e di apparecchi elettrici.

L'inchiesta preliminare aperta nell'ottobre 2011 contro il fabbricante svizzero di biciclette elettriche della marca Flyer è stata conclusa senza seguito. Gli indizi che avevano indotto la Segreteria ad avviare l'inchiesta non sono stati confermati nel corso delle indagini. Ricordiamo che il produttore di biciclette Flyer, **Biketech AG**, era sospettato di aver esercitato pressione sui rivenditori affinché applicassero i prezzi di vendita fissati dal fornitore.

Inoltre, nella primavera del 2012 è stata aperta un'altra inchiesta preliminare, anch'essa relativa alla **problematica del franco forte**. L'avvio di questa procedura è riconducibile ai dibattiti che si sono generati sulla questione di sapere a quale livello della distribuzione siano trattenuti i risparmi legati al tasso di cambio. L'obiettivo di questa inchiesta preliminare è quello di determinare se alcuni fornitori di articoli di marca e operatori del commercio al dettaglio non trasmettono i vantaggi valutari al livello inferiore della catena di distribuzione, ovvero ai consumatori finali e se esistono indizi di restrizioni illecite della concorrenza.

In seguito all'apparizione nella stampa di un articolo secondo cui i **prezzi delle sigarette** in Svizzera sareb-

bero aumentati di 10 centesimi, la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare per verificare se questo aumento potesse derivare da un accordo illecito. Le indagini condotte non hanno rilevato alcun comportamento illecito ai sensi della LCart, pertanto l'inchiesta preliminare è stata conclusa senza seguito.

Nel mese di maggio del 2012, la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sui negozi **Coop Pronto** dopo essere stata informata che i gestori di questi punti vendita avrebbero un margine di manovra limitato nella propria politica dei prezzi. Le indagini a questo riguardo sono ancora in corso.

3.4.2 Industria orologiera

Il 7 maggio 2012 la COMCO ha deciso di prolungare di un anno le misure cautelari nel quadro dell'inchiesta sulla fornitura da parte del **Gruppo Swatch** dei movimenti meccanici e dei componenti per orologi. Ricordiamo a questo proposito che le misure cautelari disposte dalla COMCO nel giugno 2011 dovevano durare fino alla fine del 2012. La loro proroga permetterà alle imprese attive nell'industria orologiera di pianificare la propria produzione. Tali misure prevedono tra l'altro che il Gruppo possa ridurre le forniture di movimenti meccanici all'85 % dei quantitativi acquistati nel 2010 e al 95 % per quanto riguarda gli organi regolatori per orologi. I quantitativi da consegnare sono ormai validi anche per il 2013. L'inchiesta avviata contro il Gruppo Swatch, nell'ambito della quale sono state previste tali misure, è tuttora in corso. Essa permetterà di stabilire se la mancata fornitura di determinati componenti per i movimenti meccanici sia illecita secondo la LCart.

3.4.3 Settore automobilistico

Con la decisione del 7 maggio 2012, la COMCO ha inflitto una sanzione di 156 milioni di franchi a **BMW AG (Monaco)** per aver ostacolato le importazioni dirette e parallele. Le autorità della concorrenza hanno constatato infatti che BMW AG ha impedito le importazioni dirette e parallele attraverso una clausola che figura nei contratti con i concessionari dello Spazio economico europeo (SEE), che vieta loro di vendere veicoli nuovi dei marchi BMW e MINI a clienti al di fuori del SEE e, di conseguenza, anche a coloro che vivono in Svizzera. Dall'inchiesta è emerso che la concorrenza nel nostro Paese è stata notevolmente ostacolata, per lo meno dal mese di ottobre 2010. Nel secondo semestre del 2010 la COMCO aveva ricevuto numerosi reclami di clienti residenti in Svizzera che avevano tentato invano di acquistare un veicolo di questi marchi nell'area SEE. Era un periodo in cui il franco svizzero aveva subito un forte apprezzamento nei confronti dell'euro, il che rendeva particolarmente vantaggiosi gli acquisti oltre confine. Per via della clausola summenzionata, i consumatori residenti in Svizzera non hanno potuto approfittare del vantaggio valutario che, considerando il valore dei beni in questione, rappresentava una cifra ragguardevole. Inoltre, l'isolamento del mercato svizzero ha avuto come effetto quello di far diminuire la pressione concorrenziale sui prezzi di vendita dei veicoli nuovi di tali marchi. BMW AG ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, che non ha ancora deciso in merito.

Il 16 luglio 2012 la COMCO ha deciso di lasciare invariata la sua **Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (Comunicazione Automobili)**. Questa sua decisione si basa sulla consultazione degli ambienti interessati da parte della Segreteria e tiene anche conto delle condizioni di concorrenza esistenti in Svizzera. Ritiene inoltre opportuno, per quanto riguarda la revisione della LCart in corso e le incertezze su eventuali modifiche dell'articolo 5 LCart, di aspettare prima di apportare cambiamenti alla Comunicazione. Sulla base delle constatazioni fatte in merito all'evoluzione delle condizioni nel mercato automobilistico e degli sviluppi nell'UE, i principi fissati nella Comunicazione Automobili saranno riesaminati alla fine del primo semestre del 2014. La COMCO si auspica che nel settore della distribuzione degli autoveicoli l'applicazione del diritto della concorrenza svizzero venga armonizzata a medio termine con quella dell'UE. Nel caso specifico ha verificato in particolare se la Comunicazione Automobili dovesse essere modificata in merito alle nuove regole relative alla vendita di veicoli nuovi applicabili da giugno 2013 nell'UE (in particolare i cambiamenti concernenti il multimarchismo e le clausole contrattuali che proteggono i concessionari).

La Segreteria ha proseguito l'inchiesta preliminare a carico di **Harley Davidson** che era stata avviata alla fine del 2011. Questa procedura mira a verificare l'esistenza di indizi secondo cui Harley-Davidson Switzerland GmbH sarebbe coinvolta in misure volte a isolare il mercato svizzero. Si tratta di determinare in quale misura le importazioni dirette in Svizzera di veicoli provenienti dagli USA non sono più permesse, in particolare se il commercio online è stato ostacolato o addirittura escluso. Nel quadro della procedura si esamina anche la questione del rilascio delle garanzie.

Nel corso del 2011 la Segreteria è stata consultata a più riprese nell'ambito della revisione della legge federale sulla riduzione delle emissioni di CO₂ (legge sul CO₂). Essa si è dichiarata contraria alla nuova legge sul CO₂ e alla relativa ordinanza per quanto riguarda la riduzione delle emissioni di CO₂ per le automobili nelle varie procedure di consultazione sull'adozione di questi testi. La Segreteria ritiene che le nuove disposizioni possano risultare poco vantaggiose per i clienti finali che importano direttamente i veicoli e per i piccoli importatori. Esiste una certa discriminazione poiché i grandi importatori hanno la possibilità di compensare le emissioni di CO₂ attraverso la totalità dei veicoli importati, mentre i clienti finali o i piccoli importatori si vedono preclusa tale possibilità. Può derivarne quindi una limitazione indiretta delle importazioni parallele e di quelle dirette, con un conseguente impatto negativo sulla concorrenza sui mercati delle automobili nuove. Inoltre è stato previsto di inserire le disposizioni dell'ordinanza sulla riduzione delle emissioni di CO₂ delle automobili nell'ordinanza generale sul CO₂. La Segreteria ha espresso delle riserve nel quadro della consultazione degli uffici relativa a questa integrazione, evidenziando gli effetti nefasti per l'efficacia della concorrenza. I dibattiti politici sono attualmente ancora in corso.

3.4.4 Agricoltura

Nella primavera del 2012 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare relativa a **Interprofession du Gruyère** in seguito a reclami da parte di diversi operatori del mercato. In questo caso occorre verificare se esiste una limitazione dei quantitativi prodotti che può risultare illecita secondo il diritto della concorrenza. Le indagini sono tuttora in corso.

La Segreteria si è espressa nel quadro di circa **50 consultazioni degli uffici** concernenti modifiche di leggi o di ordinanze e si è espressa in merito a oltre 20 postulati parlamentari.

3.5 Mercato interno

L'attività della COMCO e del centro di competenza Mercato interno nell'ambito dell'attuazione della legge sul mercato interno (LMI) è oggetto del tema specifico dell'anno, al quale è dedicato il capitolo 5.

3.6 Indagini

Nel corso dell'anno il centro di competenza Indagini ha dovuto preparare le perquisizioni relative a tre inchieste. In tali occasioni sono state perquisite per la prima volta abitazioni di privati e uno studio legale.

I membri di questo centro di competenza hanno proseguito gli scambi con i colleghi dei Paesi membri dell'Unione europea partecipando a un gruppo di lavoro attivo nel settore delle indagini elettroniche. Per questo aspetto particolare del settore delle perquisizioni hanno inoltre seguito corsi di formazione continua in Svizzera e all'estero.

Infine, diversi collaboratori della Segreteria hanno seguito una formazione tecnica impartita da altre autorità d'inchiesta della Confederazione.

3.7 Affari internazionali

OCSE: Alcuni rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato alle riunioni del Comitato della concorrenza dell'OCSE, che hanno luogo tre volte all'anno a Parigi. In collaborazione con la SECO, l'autorità svizzera ha presentato diverse relazioni scritte e orali. Nel 2012 gran parte delle riunioni del Comitato e delle risorse delle delegazioni è stata dedicata all'approfondimento degli obiettivi da raggiungere per quanto riguarda i due temi strategici scelti nel 2011: da un lato la valutazione dell'attività delle autorità della concorrenza e dall'altro la cooperazione internazionale. Inoltre, in vari «hearings» con esperti sono stati affrontati dei temi relativamente nuovi nel diritto della concorrenza come l'economia digitale o l'economia comportamentale applicata alla politica della concorrenza. Infine, nell'ambito di varie tavole rotonde sono stati discussi lo scambio unilaterale di informazioni tra concorrenti e la concorrenza nel settore ospedaliero.

ICN: Alla fine di ottobre una rappresentante della Segreteria ha partecipato al primo International Competition Network (ICN) Workshop. Il gruppo di lavoro Cartel I ha realizzato per la prima volta diversi webinar (audioconferenze con presentazione di lucidi) che vertevano sul programma di clemenza. Il gruppo di lavoro Cartel II (Enforcement) ha portato avanti nel 2012 i lavori relativi all'Anti-Cartel Enforcement Manual. Inoltre, un rappre-

sentante della Segreteria ha partecipato al Cartel Workshop, incentrato tra l'altro sulla realizzazione delle perquisizioni domiciliari e sulle prove digitali. Infine, l'autorità della concorrenza era rappresentata alla conferenza annuale dell'ICN a Rio, in Brasile.

UNCTAD: dal 9 al 11 luglio si è tenuta a Ginevra la 12a Conferenza dell'Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE). Le autorità della concorrenza erano rappresentate dal presidente e da due collaboratori della Segreteria. L'incontro era dedicato tra l'altro all'interazione tra la politica della concorrenza e il settore degli appalti pubblici. Nel quadro di un programma finalizzato a sviluppare e rafforzare le autorità della concorrenza, tre stagisti provenienti da Serbia, Egitto e Nicaragua sono stati accolti, ognuno per tre mesi, nel team della Segreteria.

UE: I negoziati con l'UE per la conclusione di un accordo di cooperazione in materia di concorrenza, avviati nel marzo 2011, si sono conclusi nel corso dell'anno in rassegna. Grazie a questo accordo le autorità della concorrenza svizzere ed europee potranno cooperare in modo più stretto e avranno la possibilità di scambiarsi informazioni confidenziali. Ciò permetterà di lottare in maniera più efficace contro le limitazioni alla concorrenza a livello internazionale. Le parti devono ancora provvedere alle consultazioni interne prima di poter firmare l'accordo.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2012 la COMCO ha tenuto 14 riunioni plenarie di una giornata intera. Il numero delle decisioni prese in merito a inchieste, concentrazioni e in applicazione della legge sul mercato interno (LMI) è riportato nella statistica nel capitolo 4.2. Nell'anno in rassegna la composizione della Commissione è rimasta invariata.

A seguito di una ripartizione delle risorse e alla creazione, a tempo determinato, di quattro posti supplementari per la task force "franco forte", i tre servizi Servizi, Infrastruttura e Produzione sono diventati notevolmente più grandi. In particolare il servizio Produzione, che ha dovuto svolgere gran parte dei lavori legati al mancato trasferimento dei vantaggi valutari, è cresciuto molto e dispone ora di oltre 20 collaboratori. Per i responsabili del settore Servizi l'ambito da controllare è diventato così ampio che ci si è chiesti se nel lungo termine potrà essere garantita una gestione efficiente e ineccepibile del personale e delle procedure.

La Segreteria, con il consenso della COMCO e del DFE (ora DEFR), ha deciso di creare, a partire dal 1° settembre 2012, un quarto servizio e un altro posto da vicedirettore. A livello tematico, al nuovo servizio "Costruzione" sono stati affidati tutti i dossier relativi al settore delle costruzioni (edilizia e rami accessori) e a quello degli accordi di appalto. La direzione del nuovo servizio è stata affidata al Sig. Frank Stüssi, finora responsabile della sezione Affari della direzione all'interno della Segreteria.

A fine 2012 la Segreteria aveva alle proprie dipendenze 83 collaboratori (a tempo pieno e parziale), 39 % dei quali di sesso femminile, per un totale di 72,6 posti a tempo pieno (dati del 2011: rispettivamente 68,41 % e

58,6). Il personale è ripartito nel modo seguente: 68 collaboratori scientifici (inclusa la direzione), vale a dire 51,1 posti a tempo pieno (nel 2011: 40,3), 11 stagisti in ambito scientifico per un totale di 11 posti a tempo pieno (nel 2011: 10), 15 collaboratori nel servizio Risorse e logistica pari a 10,5 posti a tempo pieno (nel 2011: 8,3). Dal momento che i posti creati a tempo determinato per la task force "franco forte" stanno per giungere a scadenza, alla fine del 2013 il dato relativo al personale impiegato nella Segreteria diminuirà di almeno 4 posti a tempo pieno.

4.2 Statistica

Inchieste	2011	2012
Eseguite nel corso dell'anno	21	22
riprese dall'anno precedente	16	15
avviate ex-novo	5	7
Decisioni finali	6	5
di cui conciliazioni	1	3
di cui ordini delle autorità	4	0
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	2	5
Decisioni incidentali	3	4
Misure cautelari	1	0
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	1
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	40	33
Riprese dall'anno precedente	12	18
Avviate ex-novo	28	15
Chiusure	27	17
di cui con apertura di un'inchiesta	1	4
di cui con adeguamento del comportamento	7	7
di cui senza seguito	18	6
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	22	10
Consulenze	39	25
Osservazioni del mercato concluse	62	58
Segnalazioni di mancato trasferimento dei vantaggi valutari	371	96
Altre questioni	566	680
Concentrazioni		
Notifiche	30	28
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	29	28
Esami approfonditi	1	0
Decisioni della COMCO	1	1
dopo l'esame preliminare	0	1
dopo l'esame approfondito	1	0
Realizzazione anticipata	1	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanz al TAF e al TF	11	13
Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)	1	1
vinte dall'autorità della concorrenza	1	1
vinte solo in parte	0	0
Sentenze del Tribunale federale (TF)	1	1
vinte dall'autorità della concorrenza	0	1
vinte solo in parte	0	0
Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF o al TF)	9	11
Perizie, raccomandazioni, pareri, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	1	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart o 11 LTC)	1	2
Monitoraggio	3	1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	219	250

Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	8	8
LMI		
Raccomandazioni / indagini (art. 8 LMI)	0	1
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	1	1
Consulenze (Segreteria)	26	45
Ricorsi (art. 9 cpv. 2bis LMI)	1	3

Il numero delle inchieste, delle decisioni e delle notifiche di progetti di fusione è rimasto stabile. Si è invece ridotto il numero delle inchieste preliminari e degli annunci secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. L'anno precedente il numero era aumentato a seguito delle numerose notifiche relative all'ampliamento dell'infrastruttura a fibre ottiche, mentre nel 2012 è di nuovo sceso al livello degli anni scorsi. Sono invece diminuite notevolmente (di circa un quarto) le segnalazioni sul mancato trasferimento dei vantaggi valutari. Ciò dimostra che il tema riveste ancora una certa importanza ma, visto il normalizzarsi della situazione, i casi presentati sono nettamente inferiori rispetto al 2011. Le (piccole) segnalazioni di altro genere sono invece aumentate ulteriormente, il che ha comportato un onere supplementare.

5 Tema specifico del 2012: mercato interno svizzero

5.1 La legge sul mercato interno

La legge sul mercato interno (LMI; RS 943.02) è stata concepita per eliminare le limitazioni al libero accesso al mercato nel diritto pubblico dei Cantoni e dei Comuni, completando così la legge sui cartelli che è orientata alle limitazioni della concorrenza in ambito privato. Secondo quando recita l'articolo 1 capoverso 1 della LMI (oggetto e scopo), questa legge garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa. In tal modo si agevola la mobilità professionale e degli scambi commerciali all'interno della Svizzera, si incrementa la competitività dell'economia nazionale e si rafforza la coesione economica del Paese.

La revisione parziale del 2005 dovrebbe rafforzare l'efficacia generale della LMI. A tal fine il principio del luogo d'origine è stato esteso alla sede commerciale e la funzione istituzionale di sorveglianza della COMCO è stata rafforzata. La revisione della LMI è entrata in vigore il 1° luglio 2006 e prevede i seguenti principi riguardo all'accesso al mercato:

- Diritto all'accesso al mercato secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio (**principio del luogo d'origine**, art. 2 cpv. 1-5 LMI), diritto al libero accesso al mercato (**divieto di restrizioni**, art. 3 cpv. 1 LMI) e diritto all'accesso al mercato senza discriminazioni (**divieto di discriminazione**, art. 1 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 lett. a LMI);
- diritto al **riconoscimento di certificati di capacità** (principio del riconoscimento, art. 4 LMI);
- diritto all'accesso indiscriminato agli **appalti pubblici** (art. 5 LMI) e a concorsi per attività rientranti

in monopoli cantonali e comunali (art. 2 cpv. 7 LMI);

- sono strettamente connessi con questi diritti di accesso al mercato il divieto assoluto di negare il libero accesso al mercato (art. 3 cpv. 1 LMI), il divieto assoluto di dissimulare barriere protezionistiche (art. 3 cpv. 3 LMI) e il diritto a una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI) per le decisioni concernenti le restrizioni.

5.2 La funzione di sorveglianza della COMCO

Conformemente all'articolo 8 capoverso 1 LMI, la COMCO sorveglia il rispetto di questa legge da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni. Nella Segreteria è il centro di competenza Mercato interno ad occuparsi di questo compito. Diversamente da quanto accade con la LCart, la COMCO non ha competenza decisionale nel settore della LMI. I mezzi e gli strumenti a sua disposizione sono i seguenti.

- **Consulenze della Segreteria:** il centro di competenza Mercato interno risponde ogni anno a numerose richieste di informazioni da parte di autorità, di imprese e di lavoratori indipendenti su questioni giuridiche di accesso al mercato interno.
- **Raccomandazioni:** la COMCO può sottoporre alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti o concludere un'inchiesta con una raccomandazione (art. 8 cpv. 2 e 3 LMI). Nella raccomandazione si esprime sull'applicazione della LMI, ma il suo parere non è vincolante per i destinatari.
- **Perizie:** su richiesta dell'autorità competente o di un tribunale la COMCO può presentare una perizia sull'applicazione della LMI nell'ambito di procedure amministrative e di ricorso (art. 10 cpv. 1 LMI).
- **Ricorso: la COMCO** ha diritto di interporre ricorso per far accertare se una decisione cantonale o comunale limita l'accesso al mercato contravvenendo alla LMI e di chiedere la decisione di un tribunale (art. 9 cpv. 2bis LMI).
- **Mandato di pubblicazione:** la COMCO può pubblicare nel DPC le decisioni cantonali o comunali e le sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

Per permettere alla COMCO di adempiere al mandato di pubblicazione previsto dalla legge e al suo diritto di ricorso nelle questioni inerenti al mercato interno, il legislatore ha introdotto per le autorità amministrative e giudiziarie un obbligo di comunicazione (art. 10a cpv. 2 LMI). Esse sono quindi tenute a trasmettere spontanea-

mente alla COMCO tutte le decisioni e le sentenze emesse in applicazione della LMI. Finora le autorità cantonali e i tribunali hanno adempiuto a questo obbligo solo in maniera molto sporadica. Alla fine del 2012 il centro di competenza Mercato interno ha pertanto inviato una circolare alle amministrazioni e ai tribunali cantonali con l'esortazione a comunicare in futuro alla COMCO le decisioni e le sentenze rilevanti in materia di LMI.

5.3 Diritto di accesso al mercato

Mentre il Tribunale federale nella sua giurisprudenza sulla LMI del 1995 aveva dato maggior peso al principio del federalismo rispetto a quello del mercato interno (p. es. DTF 125 I 276; Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, FF 2005 pag. 409 segg., 415), nella giurisprudenza del Tribunale federale sulla LMI riveduta appare chiaramente la maggiore rilevanza dei diritti di accesso al mercato voluta dal legislatore. Indicative a tale riguardo sono state le sentenze DTF 134 II 329 (formazione dei praticanti avvocati come parte della libera circolazione dell'avvocato) e DTF 135 II 12 (libera circolazione per gli psicoterapeuti). Dopo l'illustrazione di questa prima giurisprudenza a seguito della revisione della LMI nel rapporto annuale del 2008 (DPC 2009/1, 43 segg.), la sintesi seguente si concentra sugli sviluppi degli ultimi quattro anni nei settori corrispondenti.

Settore sanitario: mentre la libera circolazione per le professioni sanitarie universitarie è garantita dal 1° settembre 2007 dalla legge sulle professioni mediche (LPMed, RS 811.11), per tutte le altre professioni del settore sanitario regolamentate a livello cantonale si applica tuttora la LMI. In questo ambito sono risultate in primo piano soprattutto le richieste di privati che hanno segnalato dei problemi di libero accesso al mercato, ad esempio nel caso di psicoterapeuti, odontotecnici, soccorritori sanitari, membri di servizi di salvataggio e naturopati.

- Nella sentenza 2C_844/2008 del 15 maggio 2009 il Tribunale federale ha deciso che a una naturopata che ha esercitato per ben 15 anni la sua attività nel Cantone di Zugo senza obbligo di autorizzazione non può essere limitato l'accesso al mercato nel Canton Ticino con oneri da rispettare. Nella fattispecie l'esperienza professionale maturata dall'offerente nel luogo d'origine consentiva di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI), pertanto la richiesta di un'autorizzazione all'esercizio della professione in Ticino rappresentava una limitazione eccessiva all'accesso al mercato (cfr. DPC 2009/1, 44). Invece, secondo la sentenza 2C_57/2010 del 4 dicembre 2010 del Tribunale federale, A. Rh., un naturopata autorizzato all'esercizio della professione nel Cantone di Appenzello non può far valere i diritti di cui all'articolo 2 capoverso 4 LMI se esistono indizi concreti a conferma del fatto che i requisiti per l'autorizzazione nel luogo d'origine non erano adempiuti o che nel frattempo non lo sono più.
- La regolamentazione dei servizi di salvataggio conforme al diritto in materia pone determinate difficoltà a diversi Cantoni. Dopo che il servizio di

salvataggio è stato sottoposto, secondo la prassi costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, alle libertà fondamentali del mercato interno comunitario – e considerato il parallelismo giuridico tra l'accordo sulla libera circolazione delle persone e il diritto comunitario pertinente - anche questa attività rientra nel campo d'applicazione dell'accordo sulla libera circolazione delle persone e, di conseguenza, del diritto svizzero sul mercato interno. Gli offerenti privati di servizi di salvataggio possono pertanto, in linea di massima, essere autorizzati in altri Cantoni. Per i Cantoni che hanno monopolizzato quest'attività, in caso di trasferimento a privati della concessione, vige l'obbligo di organizzare un concorso conformemente all'articolo 2 capoverso 7 LMI.

- La COMCO ha interposto ricorso contro una decisione del Cantone di Zurigo, in base alla quale l'accesso al mercato di una clinica dentistica fondata nel Cantone di San Gallo come società anonima era stato concesso solo a determinate condizioni. Dopo che il Tribunale amministrativo di Zurigo ha deciso, in un altro caso, che secondo il diritto cantonale in ambito sanitario le istituzioni mediche ambulatoriali possono avere personalità giuridica, la decisione impugnata e pertanto anche il ricorso della COMCO sono divenute prive di oggetto (DPC 2012/3, 526 segg., Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik).
- Il centro di competenza Mercato interno ha seguito un soccorritore diplomato indipendente attivo nel Cantone di Lucerna nelle procedure di autorizzazione e di accesso al mercato in altri Cantoni. Alcune delle decisioni cantonali sono state pubblicate e commentate in DPC 2012/3 530 segg. La sintesi mostra che l'attuazione del principio del luogo d'origine continua a causare difficoltà alle autorità cantonali, ad esempio quando un'attività non è affatto prevista nel Cantone di destinazione.
- La COMCO ha redatto, in data 16 luglio 2012, una perizia destinata alla Direzione della sanità del Cantone di Zurigo sulla questione dell'accesso al mercato di un'assistente dentista, A. Rh. proveniente dal Cantone di Appenzello (DPC 2012/3, 708 segg.). La signora A. ___ era titolare di un diploma brasiliano di dentista e dal 2006 era autorizzata a lavorare come assistente dentista nel Cantone di Appenzello. Nella sua perizia la COMCO è giunta alla conclusione che, sulla base della LMI, la signora A. può lavorare come assistente dentista anche nel Cantone di Zurigo.

Taxi: la regolamentazione cantonale e gran parte di quella comunale non sono tuttora conformi alla LMI. In una decisione di principio risalente al mese di maggio 2011 il Tribunale federale ha stabilito che, sulla base dell'articolo 2 LMI, ai centralini non può essere vietato di trasmettere le richieste a servizi di taxi esterni (sentenza 2C_940/2010 del 17 maggio 2011). Da questa sentenza e viste le numerose richieste delle autorità e dei servizi di taxi, la COMCO ha colto l'occasione per illustrare in dettaglio, nel quadro di una raccomandazione, il signifi-

cato della LMI per la regolamentazione del mercato in questo settore (DPC 2012/2, 438 segg.) Questa raccomandazione serve ai legislatori cantonali e comunali come riferimento per regolamentare il settore in maniera conforme al diritto sul mercato interno. La Città di Zurigo, ad esempio, ha attuato le raccomandazioni della COMCO nella nuova ordinanza sui taxi entrata in vigore il 1° gennaio 2013. Inoltre, la COMCO ha presentato ricorso contro le tasse richieste dal Cantone di Ginevra per l'autorizzazione dei servizi di taxi esterni, non essendo conciliabili con il principio dell'accesso gratuito al mercato secondo l'articolo 3 capoverso 4 LMI (sentenza del 27 marzo 2012 della Camera amministrativa della Corte di giustizia della Repubblica e Cantone di Ginevra, DPC 2012/2, 449 segg.).

Settore sanitario: secondo la sentenza 2C_57/2011 del Tribunale federale del 3 maggio 2011, in base all'articolo 2 capoversi 1 e 3 LMI, un installatore di impianti sanitari autorizzato nel Comune A. ha diritto all'accesso al mercato nella città di Sciaffusa, anche se non possiede il certificato SSIGA da essa richiesto. Anche in questo settore è stata richiamata l'attenzione del centro di competenza Mercato interno sulle tasse comunali che certi Comuni richiedono agli installatori esterni. Tali tasse violano il principio di gratuità della procedura di accesso al mercato sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI. Dopo l'intervento del centro di competenza Mercato interno tali tasse di autorizzazione a livello comunale sono già state abolite.

Settore della formazione: secondo la DTF 136 II 470, l'insegnamento scolastico in una scuola pubblica non rappresenta un'attività statale e rientra nel campo d'applicazione della LMI (art. 1 cpv. 3). In base all'articolo 4 capoverso 1 LMI, un docente autorizzato nel Cantone di Neuchâtel per il livello secondario I e II ha in linea di principio il diritto al riconoscimento del certificato di capacità in altri Cantoni. Tale articolo si applica anche quando l'accordo intercantonale sul riconoscimento dei titoli di studio non prevede nel caso specifico alcun riconoscimento. Di conseguenza la priorità data all'accordo intercantonale secondo l'articolo 4 capoverso 4 LMI vale soltanto qualora le disposizioni intercantionali sulla libera circolazione non limitino il diritto di riconoscimento ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI. Il Tribunale federale ha trasmesso il caso, ai fini di una rivalutazione, alla Conferenza svizzera dei direttori cantonali della pubblica educazione (CDPE).

5.4 Appalti pubblici cantonali e comunali

Le prescrizioni del diritto sul mercato interno relative agli appalti pubblici sono disciplinate nell'articolo 5 LMI e prevedono i seguenti standard minimi a livello cantonale e comunale:

- Le procedure relative agli appalti pubblici devono essere prive di discriminazioni (art. 5 e 3 LMI). Il divieto di discriminazione secondo il diritto sul mercato interno non intende favorire soltanto gli offerenti esterni, ma anche quelli locali (DTF 125 I 406 E. 2; sentenza TF 2P.151/1999 del 30 maggio 2000 E. 1c). L'articolo 5 capoverso 1 LMI vale di conseguenza come obbligo generale di parità di trattamento o come divieto di discriminazione per

il settore degli appalti pubblici cantonali e comunali.

- I progetti di considerevole importanza e i criteri di partecipazione e di aggiudicazione devono essere pubblicati ufficialmente (art. 5 cpv. 2 LMI).
- Le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni (art. 9 cpv. 1 LMI) e il diritto cantonale deve prevedere almeno un rimedio giuridico presso un'autorità cantonale indipendente dall'amministrazione (art. 9 cpv. 2 LMI).

Il principio di accesso non discriminatorio ai mercati pubblici cantonali e comunali e quello della trasparenza sanciti all'articolo 5 LMI vengono specificati e attuati dal diritto intercantonale, cantonale ed eventualmente comunale in materia di appalti pubblici. In altre parole le prescrizioni specifiche del diritto sugli appalti pubblici relative ai valori soglia, alle procedure di aggiudicazione, al contenuto dei documenti del bando, ai requisiti per le specifiche tecniche, ai criteri di ammissione e di aggiudicazione ecc. sono frutto dei principi di non discriminazione e di trasparenza ai sensi dell'articolo 5 LMI. Ne consegue che le violazioni del Concordato intercantonale del 15 marzo 2001 sugli appalti pubblici (CIAP, 150.950), del diritto cantonale o comunale in materia di appalti e l'accertamento errato o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 16 cpv. 1 lett. b CIAP) sono al contempo anche una violazione dell'articolo 5 LMI.

Nel 2012 la COMCO ha fatto uso per la prima volta, nel quadro di un appalto cantonale, del diritto di interporre ricorso conferitole dall'articolo 9 capoverso 2bis LMI in merito all'esclusione di un offerente e ha criticato la violazione dell'articolo 5 LMI. La COMCO ha sottolineato il fatto che l'ente aggiudicatore applicava i criteri di ammissione in modo tale che alla fine un unico offerente veniva ammesso alla procedura di aggiudicazione e un concorrente più conveniente era stato escluso. La procedura è attualmente pendente dinanzi al Tribunale amministrativo cantonale.

Il centro di competenza Mercato interno ha elaborato un modulo di formazione dedicato al tema "garantire la concorrenza negli appalti pubblici". Questa formazione viene offerta regolarmente da alcuni anni per i rappresentanti degli enti aggiudicatori cantonali e federali e costituisce parte integrante della lotta contro gli accordi di appalto.

Un'attività costante del centro di competenza Mercato interno consiste infine nel rappresentare la Segreteria nella Conferenza degli acquisti della Confederazione (CA). La CA è l'organo strategico dell'Amministrazione federale per l'acquisto di beni e di prestazioni di servizi. Tra i suoi compiti rientrano in particolare l'approvazione di direttive e strategie per il sistema degli appalti pubblici, l'elaborazione di documenti interpretativi su questioni inerenti al diritto in materia di appalti pubblici e l'approvazione di piani di formazione e di formazione continua.

5.5 Trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli

In occasione della revisione parziale della legge sul mercato interno, all'articolo 2 capoverso 7 LMI è stata

introdotta una disposizione in base alla quale il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali deve svolgersi su concorso. Finora questa disposizione non ha generato una vera e propria prassi.

La COMCO ha redatto due perizie sulla questione dell'applicabilità dell'articolo 2 capoverso 7 LMI in riferimento al rilascio di concessioni per la realizzazione, l'esercizio e la manutenzione di impianti di distribuzione elettrici e di concessioni per il diritto di utilizzo di energia idroelettrica (perizia del 22 febbraio 2010 concernente il rinnovo dei contratti di concessioni tra le società Centralschweizerische Kraftwerke AG e i Comuni di Lucerna sull'utilizzo del suolo pubblico e l'approvvigionamento di energia elettrica, DPC 2011/2, 345; perizia del 28 giugno 2010 per il Consiglio distrettuale di Svitto in merito al rinnovo delle concessioni del diritto di utenza a favore dell'azienda elettrica del distretto di Svitto (Elektrizitätswerk Bezirk Schwyz AG), DPC 2011/2, 353). In entrambi i casi dei privati ricevono una concessione di utilizzo particolare. Attraverso questo strumento l'ente pubblico conferisce a privati il diritto di utilizzare in maniera esclusiva il suolo pubblico. Le concessioni di utilizzo particolare si basano su un monopolio di fatto. Ciò significa che l'ente pubblico, potendo disporre di beni pubblici, ha la possibilità di escludere i privati da determinate attività. In linea di principio la COMCO dichiara che l'obbligo di effettuare concorsi secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI non vale soltanto per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli sanciti dalla legge, ma anche per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli di fatto.

Considerate le prevedibili difficoltà di attuazione per quanto riguarda la messa a concorso di concessioni per la rete di distribuzione, in data 8 marzo 2010 la COMCO ha emanato una raccomandazione all'attenzione del Consiglio federale nella quale consiglia, nel quadro della revisione in corso della Legge sull'approvvigionamento elettrico, di stabilire condizioni uniformi per la messa a concorso di concessioni sulla realizzazione, l'esercizio e la manutenzione di impianti di distribuzione elettrici. Nel

frattempo il legislatore ha stabilito, mediante disposizioni specifiche, che sia la concessione per la rete di distribuzione sia quella del diritto di utenza di acqua possono essere rilasciate senza indire bandi di concorso, ma la procedura deve essere trasparente e non discriminatoria (art. 60 cpv. 3bis e art. 62 cpv. 2bis LUF, art. 3a e art. 5 cpv. 1 LAEI). Con il principio della non discriminazione il legislatore ha ripreso il criterio già previsto all'articolo 2 capoverso 7 LMI. Resta ora da capire in che modo un'aggiudicazione può essere svolta in modo trasparente e non discriminatorio senza indire un bando pubblico di gara.

La questione centrale, vale a dire se secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI oltre alle attività rientranti in monopolio devono svolgersi su concorso anche le concessioni di utilizzo particolare, non è stata ancora chiarita dal Tribunale federale. Quest'ultimo ha lasciato in sospeso la questione già in due casi (DTF 135 II 49 [albi di affissione sul suolo pubblico] e sentenza 2C_198/2012 del 16 ottobre 2012 [costruzione e gestione di un autosilo sul suolo pubblico]). Nella dottrina giuridica la questione è controversa, ma il filone predominante e anche la COMCO sono favorevoli a far svolgere su concorso il rilascio delle concessioni di utilizzo particolare.

L'obbligo di concorso pubblico previsto dall'articolo 2 capoverso LMI ha effetto soltanto se lo Stato trasferisce a un privato l'utilizzo di un monopolio, ma non se l'utilizzo avviene ad opera dell'ente pubblico stesso. In entrambe le perizie menzionate ci si è pertanto chiesti a quali condizioni si parla di un trasferimento a "privati" ai sensi dell'articolo 2 capoverso 7 LMI. La COMCO è giunta alla conclusione che la forma organizzativa della società a cui viene rilasciata la concessione non rappresenta di per sé un criterio sufficiente. Occorre piuttosto verificare se, seguendo la prassi in-house sviluppatasi nel diritto in materia di appalti pubblici, lo Stato ha sulla società titolare della concessione un controllo analogo a quello che esso esercita su un proprio servizio e se la società svolge essenzialmente la sua attività per l'ente che le ha rilasciato la concessione.

A 1.

4. Annual Report 2012 of the Competition Commission**Table of Contents**

1	Foreword from the President	50	5	Special Topic for 2012: The Internal Market in Switzerland	61
2	Most Important Decisions of 2012	51	5.1	The Internal Market Act	61
3	Activities in Individual Fields	52	5.2	The Competition Commission's Supervisory Function	61
3.1	Construction	52	5.3	Right of Access to the Market	62
3.1.1	The Construction Division opens for business	52	5.4	Cantonal and Communal Procurement	63
3.1.2	Investigations	52	5.5	Transferring the Right to exploit Monopolies to Private Entities	63
3.1.3	Appeal proceedings	52			
3.1.4	Informal meetings, market monitoring procedures and advisory activities	52			
3.1.5	Prevention and information	53			
3.2	Services	53			
3.2.1	Financial services	53			
3.2.2	Liberal professions and professional services	53			
3.2.3	Healthcare markets	54			
3.3	Infrastructure	55			
3.3.1	Telecommunications	55			
3.3.2	Media	55			
3.3.3	Energy	56			
3.3.4	Other sectors	56			
3.4	Product Markets	56			
3.4.1	Consumer goods and retail markets	56			
3.4.2	Watch industry	57			
3.4.3	Automobile sector	57			
3.4.4	Agriculture	58			
3.5	Internal Market	58			
3.6	Investigations	58			
3.7	International	58			
4	Organisation and Statistics	59			
4.1	Competition Commission and Secretariat	59			
4.2	Statistics	60			

1 Foreword from the President

Once again in 2012, the Competition Commission and its Secretariat conducted important proceedings and made significant decisions in the course of their main duties. These related in particular to two themes: freedom to set prices and market foreclosure.

The **freedom to set prices** according to supply and demand is a key feature of a free market economy. If businesses consciously and intentionally choose not to set their prices according to this principle and instead set or manipulate prices in concert, we talk of price-fixing agreements. Such agreements can take a variety of forms, as we discovered last year. In the investigation into road construction and civil engineering in the Canton of Aargau (decided in December 2011, announced in January 2012), the Competition Commission detected a large number of separate cases of bid rigging. The companies involved gave the impression to the agencies inviting bids that there was competition among bidders, although the bidders had already agreed with each other on the price and the company that would be awarded the contract. In the investigation into the tariffs recommended by Neuchatel real estate agents, the Competition Commission found that the recommended prices were followed to a considerable extent and that customers accordingly did not pay prices based on their individual cases, but had to pay a flat-rate price. And in the investigation into alpine sports products, the Competition Commission successfully proved that an importer unlawfully limited the freedom of the retailers it supplied to set their own prices by dictating the maximum discount that they could offer.

For Switzerland, a small economy that already has high price levels, **market foreclosures** are harmful because they reduce the competitive pressure from abroad on prices, thus helping to ensure that Switzerland remains a "high price island". Where these market foreclosures relate to agreements between undertakings, the Competition Commission consistently intervenes. Because the car manufacturer BMW prevented Swiss customers from importing BMW and MINI vehicles directly into Switzerland, the Competition Commission fined it CHF 156 million. Likewise the association for the Swiss music industry, the IFPI, was fined because it required its members not to make parallel imports. These examples show that one of the main functions of the competition authority is to open up markets and keep them open. Consumers should be free to make their own decisions as to where they want to buy products at the cheapest prices, whether this is in Switzerland, abroad, in a specialist shop or on the Internet. If on the other hand market foreclosures are based on statutory regulations, such as those relating to meat or other foodstuffs, the competition authority cannot open up the markets. It can however make related recommendations to government bodies. It is then for Parliament to decide whether a case of market foreclosure is based on an overriding public interest or can be eliminated in the interest of having open markets.

In the report year, further cases were opened in response to allegations of suspicious activities. The Libor

investigation related to allegations of the concerted manipulation of the Libor interest rate; in the investigation into roads, civil engineering and construction in the Lower Engadin, there are suspicions of bid rigging, and in the investigation against Steinway & Sons there are indications that parallel imports are being prevented and that there are price-fixing agreements between Switzerland's retailers of grand pianos and other pianos.

The Competition Commission and its Secretariat will continue to pursue these two most harmful forms of restraints of competition as a top priority.

Prof. Vincent Martenet
President of the Competition Commission

2 Most Important Decisions of 2012

The most important decisions taken by the Competition Commission and the appeal courts in 2012 are summarised below in chronological order. Details of the individual decisions are provided in Sections 3.1-5.

On 27 February 2012, the Competition Commission issued a recommendation based on the Internal Market Act (IMA) relating to the **market access rights of non-local taxi companies**. The power to regulate the taxi trade lies in the hands of individual cantons and communes. This leads to a wide range of different regulations and complicates taxi transport between different communes. The Competition Commission highlighted the example of the taxi regulations in the cantons of Bern, Basel-Stadt, and Basel-Landschaft and in the cities of Zurich and Winterthur to show which regulations prevented reciprocal access to cantonal and communal markets and thus violated the IMA. The recommendation issued by the Competition Commission indicated what a taxi company should be able to do outside its local commune and the requirements under which a commune must issue an operating licence to a non-local taxi company.

In a decision dated 7 May 2012, the Competition Commission imposed a sanction of CHF 156 million on BMW AG due to foreclosure of the Swiss market for BMW and MINI automobiles. **BMW AG** had inserted a clause in contracts with dealers in the European Economic Area (EEA) to prevent direct and parallel imports into Switzerland. Under this clause, authorised dealers in the EEA were prohibited from selling new BMW and MINI vehicles to customers outside the EEA and thus in Switzerland as well. In the second half of 2010, the Competition Commission received numerous complaints from end customers in Switzerland who had tried unsuccessfully to buy a new BMW or MINI in the EEA. Over this period, the value of the Swiss franc rose considerably against the euro, thus making purchases in the Eurozone more attractive. As a result of the contractual clause, customers in Switzerland were unable to benefit from substantial exchange rate benefits. Due to the value of the goods concerned, these advantages for individual consumers would have been considerable. The foreclosure of the Swiss market also led to reduced competitive pressure on retail prices for new BMW and MINI vehicles in Switzerland. BMW has filed an appeal against the decision in the Federal Administrative Court.

The Federal Supreme Court handed down an important judgment on 29 June 2012 in the case against **Publigroupe**. Specifically, it confirmed the legality of the procedure before the Competition Commission, above all in the light of procedural guarantees under the European Convention on Human Rights (ECHR). It also upheld the decision of the Competition Commission in substantive legal respects and dismissed the Publigroupe appeal. The Competition Commission's decision, which also involved a sanction of CHF 2.5 million being imposed on Publigroupe, thus becomes legally binding and will be authoritative in relation to procedural objections in pending appeal proceedings before the Federal Administrative Court.

In its decision of 2 July 2012, the Competition Commission held that the application of tariff recommendations on administrative costs for real estate management in Neuchatel violated the Cartel Act. The **Union Suisse des professionnels de l'immobilier (USPI-Neuchâtel)** (Neuchatel Section of the Association of Real Estate Agents) stated its readiness to withdraw their tariff recommendations. The Competition Commission took account of this and imposed a reduced sanction. In its decision, the Competition Commission approved the amicable settlement, while holding that the tariff recommendations constituted an unlawful agreement affecting competition in real estate management sector. On average more than one third of the members of the Association actually followed the recommended prices. In relation to certain recommendations, the level of compliance was even higher than 50 per cent. The decision of the Competition Commission has become legally binding.

On 16 July 2012, the Competition Commission imposed a fine of CHF 3.5 million on **IFPI Switzerland**, the umbrella organisation for manufacturers of sound and audiovisual recording media (e.g. CDs) in Switzerland, due their obstruction of parallel imports. Phononet AG was fined CHF 20,000 for the same reason. In an amicable settlement, the two companies have undertaken not to demand the signing of waivers of the right to make parallel imports and not to obstruct or prevent parallel imports of physical sound and/or audiovisual recording media (e.g. CDs). The investigation revealed that in the course of association activities, members of IFPI Switzerland had agreed not to make any parallel imports into Switzerland of sound and/or audiovisual recording media manufactured by other IFPI members. Through its conduct, Phononet AG, which forms a link between retailers, the media and industry, supported the effect of this agreement. The decision has now become legally binding.

On 20 August 2012, the Competition Commission fined Altimum SA CHF 470,000 for retail price fixing in relation to **alpine sports equipment**. Altimum SA (at the time Roger Guenat SA) had dictated minimum sale prices to retailers for alpine sports equipment (headlamps, harnesses, helmets, ice axes, etc.) of the Petzl brand, thus preventing any genuine price competition among retailers in Switzerland. The investigation revealed that competition in Switzerland had been seriously affected at least from 2006 until the end of 2010. Altimum has filed an appeal with the Federal Administrative Court.

On 11 December 2012, the Competition Commission imposed a total of CHF 6.2 million in fines on the **transport companies** Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG/Schenker, Kühne + Nagel International AG and Panalpina Welttransport (Holding) AG. Deutsche Post AG/DHL, which had initiated the proceedings by making a voluntary report, benefited from complete immunity from sanctions. At the same time, the Competition Commission approved amicable settlements with all the companies and with the Spedlogswiss association. The investigation revealed that from 2003 to 2007, the transport companies had agreed and coordinated certain fees and surcharges for international air freight transport. Using the practices relating to the intro-

duction and implementation of fees and surcharges specifically for Switzerland and those relating to international surcharges as evidence, the competition authority was able to prove the existence of a horizontal price-fixing agreement between the transport companies. The Competition Commission decision has taken full legal effect.

3 Activities in Individual Fields

3.1 Construction

3.1.1 The Construction Division opens for business

On 1 September 2012, a new division was created. The Construction Division – previously part of the Product Markets Division – deals with restraints of competition in the construction and procurement industries as well as in environment-related matters. In the construction industry, building construction, civil engineering, road construction and building installations are the main focus, but the finishing trades (for example electrical and plumbing work) and construction materials are also included. Competition law proceedings relating to the construction industry primarily concern horizontal agreements between companies. The Construction Division also deals with legal and economic issues relating to procurement, contract bidding and the environment. It will also be campaigning to secure competition-friendly legal provisions in the law on public procurement (for example in relation to Swiss adaptation to the revised GPA).

3.1.2 Investigations

The investigation into **door products** was continued as planned. At the beginning of 2012, questionnaires were sent to the subjects of the investigation. In the summer of 2012, the Secretariat held hearings to take evidence. Currently the Secretariat is examining additional documents requested from the parties. The motion to the Commission is planned for spring 2013.

The investigation into **bathrooms** begun on 22 November 2011 also proceeded as planned. After questionnaires had been sent out and physical and electronic data obtained during searches of premises was examined, in autumn 2012 several interviews were held with parties and witnesses. The next step is to draft the motion to the Commission and then serve it on the parties.

The investigation into **road and civil engineering in the Canton of Zurich**, opened in June 2009, was extended at the end of May 2012 to include the parent companies. The investigations were subsequently concluded and the motion served on the parties in mid-November 2012. The hearings before the Competition Commission are planned for spring 2013.

The investigation opened at the same time relating to bid rigging in **road and civil engineering in the Canton of Aargau** was concluded with a ruling issued by the Competition Commission dated 16 December 2011. Certain details in the ruling were anonymised (it is not possible to identify specific projects) and it was published in early May on the Competition Commission website. Subsequently, various project clients requested access to information on the projects concerned. Consideration is still being given as to whether and if so to what extent

such access can be granted and a ruling on this will probably be issued in spring 2013.

On 30 October 2012, the Secretariat opened the **Lower Engadin construction investigation** into various companies operating in the sector for road, civil engineering and building construction and surfacing work as well as the upstream markets in the Canton of Graubünden and in this connection conducted searches of premises. The Secretariat has obtained evidence of agreements affecting competition in which several companies in these sectors in the Lower Engadin made arrangements intended to coordinate the award of contracts and to allocate construction projects and customers.

3.1.3 Appeal proceedings

The investigation into **builders' supplies for windows and French doors** was concluded with a decision dated 4 November 2010. Three companies appealed against the decision to the Federal Administrative Court. In June 2012, instruction hearings were held in the Federal Administrative Court in this connection, after which the Secretariat was formally requested by the Federal Administrative Court to answer various questions. The Secretariat filed written answers to the questions in July 2012. The appeal proceedings are continuing.

Four companies have filed appeals in the Federal Administrative Court against the Competition Commission's ruling of 16 December 2011 concerning bid rigging relating to **road and civil engineering in the Canton of Aargau**. The appeal proceedings are still pending. Eleven companies have accepted the decision, which is now legally binding on them.

3.1.4 Informal meetings, market monitoring procedures and advisory activities

The revised CO₂ Act provides in its Article 27 that persons liable to pay tax under the Mineral Oil Tax Act of 21 June 1996 (SR 641.61) may join to form compensation groups. The Secretariat has met with the **Swiss Oil Association** to obtain information on plans to set up a single "compensation group for certificates" that will in principle be for all fuel importers. The Secretariat has stipulated that a single compensation group must be organised so that the uniform passing on of CO₂ compensation costs to the consumers – as a result of the participation of all fuel importers – is prevented.

In connection with a German rail cartel case in which the companies concerned were ordered to pay sanctions totalling € 124.5 million, the Secretariat held an informal meeting with the **SBB** at the end of October 2012. Discussions focused on whether Switzerland could be affected by similar arrangements, but there were no indications that this was the case. The Secretariat stated in particular that the conduct of bidding procedures can basically remain unaffected by the competition law investigations of the competition authorities.

In addition, between mid-November and mid-December 2012, the Secretariat monitored the market during the bidding process for a contract for overhead conductor rails as part of the NRLA **Ceneri Base Tunnel** railway project. It was suspected that the conclusion of an exclusive agreement – for a product that is an essential

element in the bidding process – could amount to an unlawful agreement or practice by a dominant company. The Secretariat made enquiries and conducted a series of meetings with the company inviting bids, AlpTransit Gotthard AG, Lucerne, as well as with companies which are party to the exclusive agreement. The meetings served to assuage the initial suspicions.

3.1.5 Prevention and information

Combating bid rigging has since 2008 been one of the Secretariat's priority activities. This focus area is based on the following three pillars: prevention and information, exposing malpractice, and ultimately the prosecution of bid rigging agreements (cf. Annual Report 2009, RPW 2010/1, p. 2).

In the area of "prevention and information", the Secretariat held events in the cantons of Fribourg, Vaud and Geneva. These serve to raise awareness, allow professionals to exchange views and bring about a better understanding of the procedures and instruments used by the competition authority in combating bid rigging. The events met with a positive response among cantonal and communal procurement agencies. They built on the experience gained from staging similar events in German-speaking Switzerland in previous years.

In relation to the "exposure of bid rigging", the Secretariat presented the results of its project on "exposure of bid rigging using statistical methods" to the cantonal procurement agency concerned. This pilot project involves the evaluation of data from the minutes of bid opening procedures. Based on suitable statistical methods, abnormalities in bids that could suggest collusion were investigated. This pilot project could be extended in future to include further cantons.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the debit card sector, the Secretariat concluded a preliminary investigation entitled **Acquiring fees for Maestro transactions**. The subject of the preliminary investigation was the introduction of two new fees by MasterCard Europe SPRL: the Maestro Volume Fee (MVF) and the Maestro Development Fund (MDF). The MVF is a licence fee for the use of the "Maestro" brand name and for the provision and administration of the Maestro system (a "brand fee") charged by MasterCard and based on the acquiring turnover. The Secretariat held that it is not unlawful, even for a company with a very strong position in the market like MasterCard, to charge contractual partners licence fees. As far as the level of the MVF was concerned, the Secretariat found no indications that this would be systematically inflated, especially as the MVF is set at the same level for the entire SEPA (Single Euro Payments Area). The MDF is a fee charged by MasterCard that is based on domestic acquiring turnover. MasterCard is supposed to reinvest the entire fee in order to fund innovation projects by the acquirers. The Secretariat came to the conclusion that due to the comparatively low level of the fee and the fact that the revenue was supposed to be reinvested in its entirety with the acquirers, the MDF can hardly be regarded as unfair under Article 7 paragraph 2 letter c of the Cartel Act. In particular, the MDF fee was considered

too low to be regarded as a replacement for the Maestro Interchange Fee, which was problematic under competition law.

In the investigation into **credit card interchange fees**, the Secretariat took note of the related judgment of the European court in the case of MasterCard, which upheld the practice of the EU Commission in relation to interchange fees. The Secretariat consulted representatives of the banks and the trade in relation to these developments.

In the **Libor** case, the Secretariat pressed ahead with its investigation and examined data. The data is very extensive and is to a large extent located abroad, which raises complex issues, as the data is often protected by foreign legislation (e.g. in the field of data protection) from transmission to Switzerland.

Lastly, the Secretariat assessed various **merger plans** in the financial services sector. Worthy of mention here are the bank mergers between Julius Bär and Merrill Lynch and between Sarasin and Safra.

3.2.2 Liberal professions and professional services

In the field of liberal professions and professional services, three important investigations have been concluded. The first is that conducted against the Neuchâtel Section of the Association of Real Estate Agents (**Union Suisse des professionnels de l'immobilier**). The procedure concerned a checklist issued by the association to its member companies. This checklist took the form of recommendations on prices and fixed the rate bands for billing real estate management services. It also provided for fixed rates for real estate brokerage. After making a detailed analysis of the market data, the competition authorities came to the conclusion that the recommendations relating to real estate management significantly affected competition in the market. On average more than one third of the members of the Union followed the price recommendations. For a certain band of rental value, the recommended tariff exceeded fifty per cent. The Competition Commission accordingly approved the amicable settlement concluded with the parties and imposed a sanction of CHF 50,000.- on the member companies who followed the recommendations. By contrast, the investigation has been closed with no further action taken in relation to the aspect of brokerage, as it was judged that there was no significant effect on competition.

The second investigation is that against **IFPI Switzerland and Phononet AG**. IFPI Switzerland is the umbrella organisation for the producers of sound and audiovisual recording media (for example CDs) in Switzerland. The investigation showed that the members of IFPI Switzerland agreed, within the association, that they would together exclude parallel imports of sound and/or audiovisual recording media. Phononet AG, an intermediary in the media industry, supported the effects of this agreement through its own conduct towards Swiss producers. These actions have significantly affected competition. The Competition Commission accordingly approved an amicable settlement concluded with the parties, while imposing a global fine of CHF 3.5 million. The

parties have made a commitment in future not to sign agreements outlawing parallel imports of sound and/or audiovisual recording media, nor to limit or unduly prevent such imports. The investigation also looked into the conditions for joining IFPI Switzerland, the organisation of the "official Swiss hit parade", and criticism of the Music Promotion Network (MPN), managed by Phononet AG. However, no violation of competition law was established in relation to any of these aspects. The investigation was therefore closed with no further action taken on these points. As far as the hit parade is concerned, IFPI Switzerland has nevertheless changed its practices with a view to achieving greater transparency.

On 11 December 2012, the third investigation into the **freight forwarding** sector was concluded with a ruling on sanctions totalling CHF 6.2 million. The ruling held that in the air freight transport sector, major international air freight forwarders coordinated their activities between 2003 and 2007 in relation to certain fees and surcharges. The ruling substantiates this on the basis of several sample fees, including fees specific to Switzerland such as the Surcharge Collection Fee (SCF), Security Fee Agent (SFA), E-dec Fee and import duty clearance fee, together with international surcharges - in particular the Air Automated Manifest System (AAMS), Peak Season Surcharge (PSS), Currency Adjustment Factor (CAF) and the New Export System Fee (NES Fee). The following sanctions were imposed for participation in this cartel: Agility Logistics International BV: CHF 907,349.--, Deutsche Bahn AG/Schenker: CHF 1,021,751.--, Kühn + Nagel International AG: CHF 1,173,767.-- and Panalpina Welttransport (Holding) AG: CHF 3,117,286.--. Deutsche Post AG/DHL, which was also part of the cartel, initiated the proceedings by making a voluntary report. As a result this company benefited from a complete exemption from sanctions. Further voluntary reports were filed by Deutsche Bahn and Agility, which led to substantial reductions in the sanctions imposed on these companies. At the same time the Competition Commission approved amicable settlements with all the above-named companies and with the Spedlogswiss association.

In relation to the **distribution of cinematographic works**, the Secretariat examined complaints made against distributors of films, who were alleged to have refused to supply various works to certain cinemas in French-speaking Switzerland due to pressure exerted by the cinema operator Pathé Swiss SA in order to favour the distribution of successful films in its cinemas to the detriment of rival cinemas. A similar case had already been brought in 2000 (DPC 2000/4 571 Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt). The Secretariat's analysis established that Pathé Swiss SA had a degree of influence in the market in the Lake Geneva region. No indication of abuse of the dominant position held by the company or the film distributors was detected, however. The distributors substantiated their conduct on the grounds of economic efficiency, justifying their choice, on a case to case basis, of the cinemas showing the films they distributed. The Secretariat therefore closed the preliminary investigation without taking further action. However, given technical advances (changeover to the digital system), it will continue to monitor the competition situation and market developments.

In the **field of sport**, the Secretariat examined the complaints brought by the company Olympique des Alpes SA ("FC Sion") against the Union of European Football Associations (UEFA), the Swiss Football Association (ASF) and the International Federation of Association Football (FIFA) in relation to the exclusion of FC Sion from the Europa League and sanctions imposed against the Valais football club. As any possibility that these sports associations had abused a dominant position related in this specific case to what was essentially a private matter, the Secretariat concluded its monitoring of the market without taking further action. In the course of the investigation, a meeting with the Court of Arbitration for Sport (TAS) allowed clarification to be made of the situation in which a dispute is brought before administrative and civil courts at the same time.

The Secretariat was also active in the **tourism sector**, studying the issue of the contractual conditions imposed by certain **online hotel reservation** companies. The co-called "best price guaranteed" clause, together with the clause relating to the number of hotel rooms available, were subjected to special analysis. As indications were found of an unlawful restraint on competition, an investigation relating to this issue was opened at the end of 2012 against the companies booking.com, HRS and Expedia.

The Secretariat also had reason to consider various clauses in the articles of **professional organisations** which could limit competition in the market or access to the same. Certain analyses have also focused on the conditions for the maintenance and repair of technical installations, for which standards have been laid down by the main companies active in the market. Such regulations are likely to restrict access to the market and must accordingly be analysed and, if need be, adapted. This is why the Swiss Association of Security Systems Manufacturers has changed its technical guidelines in the gas sector.

3.2.3 Healthcare markets

The examination of the market for **hearing aids** was continued in 2012 in response to changes wanted by Parliament. An initial analysis of the data relating to the period following the introduction of the new flat-rate system for reimbursing the cost of hearing aids has already provided interesting information for the next phase of the proceedings in 2013.

In December 2012, the competition authorities opened an investigation into the **commercialisation of electronic medical information** required for the distribution, supply and billing of medicines in Switzerland. This investigation aims to establish whether companies in the Galenica AG group hold a dominant position in this market and if so whether they are abusing that position. This case is in part a follow-up to a sectoral analysis of the market for the **distribution of medicines** in Switzerland that the Secretariat has been carrying out since 2011.

The agreement proposed by santésuisse and signed by the health insurance companies, under the auspices of the Federal Department of Home Affairs relating to **advertising for and the acquisition of insurance customers** was examined in the context of opposition pro-

ceedings and following a preliminary investigation, which has been extended in order to gather the required information, which will be available from 2013.

The preliminary investigation into the practices of the Swiss Red Cross in the market for **emergency call systems** for elderly people did not reveal conduct in breach of the Cartel Act. It was therefore closed without further action being taken. The question of the financial contribution made by the state to cover the Red Cross's costs in this connection will be considered with the office responsible.

Two new preliminary investigations were opened at the end of the year: the first is considering price differences and the obstacles to parallel imports in Switzerland of **reagents** required for research in the Swiss laboratories; the second relates to the distribution of **medical aids and appliances** in the Canton of Vaud.

As part of the **administrative sanction** proceedings against Swica Holding AG, the Competition Commission concluded that the company had violated the Cartels Act by omitting to give notice of its acquisition of the company ProVAG. A sanction of CHF 35,000 was imposed.

With regard to the **regulated health markets**, the competition authorities expressed their views in the context of several consultation procedures relating to the revision of legal provisions on the health sector. They also gave their opinion on numerous parliamentary questions. The Secretariat has confirmed a growing trend towards regulations limiting the economic freedom of companies active in these markets. This especially concerns not only legal provisions relating to the new system of hospital financing (SwissDRG), but also the new mandatory requirements controlling the activities of health insurance companies, which could substantially reduce the benefits of competition desired by Parliament.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

In the field of **optical fibres**, the Secretariat made an assessment of cooperation agreements for the City of Geneva and the Canton of Fribourg. The Secretariat found that these optical fibre cooperation agreements also contained cartel agreements that were ineligible for an advance exemption from sanctions. In particular, there were contract clauses that constituted agreements on quantities and prices and were liable to seriously harm competition. The Secretariat had already come to a similar conclusion in September 2011 on the **optical fibre** cooperation between Swisscom and the electricity works in the cities of Basel, Bern, Lucerne, St. Gallen and Zurich. At the same time, the Secretariat was able to conclude various smaller cases relating to optical fibres. Worthy of mention is the advice given by the Secretariat on cooperation between Lausanne Industrial Services and Swisscom (Switzerland) AG relating to the construction of an optical fibre network in the City of Lausanne. In its advisory report, the Secretariat commented for the first time on cooperation between Swisscom and a cable network operator. The Secretariat was able to close the optical fibre dossier with the various cooperation agreements between Swisscom and regional energy supply companies in the report year. This meant that the optical

fibre cooperation projects are not prohibited and the construction of optical fibre networks not obstructed, as can be seen in the continuing and comprehensive expansion of the optical fibre network. By reviewing the cooperation projects, the Secretariat however ensured that there is still competition that sets the general conditions for the use of these networks for the next generation. It is now up to the companies concerned to ensure that their optical fibre networks are operated in accordance with competition law.

In January 2012, the report of the merger plan for **Apax partner LLP/Orange Communications S.A.** was received. The Competition Commission assessed this merger in a provisional examination. This revealed that the purchase of Orange by the investment company Apax does not lead to any structural change in the existing market conditions. The Competition Commission concluded that the merger is unobjectionable under competition law.

In April 2012, the Competition Commission opened an investigation entitled **Review of Tele 2 v. Swisscom** relating to customer-specific advertising by Swisscom. The investigation aims to look into the competitive effects of any cancellation of the amicable settlement reached in May 2002 between the Competition Commission and Swisscom. The amicable settlement concluded at the time requires Swisscom not to enclose advertising in the monthly invoices sent to "carrier pre-selection" customers – these are customers with automatic carrier selection.

Lastly the **Swisscom/Telecom Liechtenstein (TLI)** report was received in October 2012. Swisscom planned to acquire 75 % of the share capital of TLI. TLI's turnover in Switzerland is negligible. For this reason, there is no increase in market share that could change competitive relations in Switzerland. The merger was regarded as unobjectionable in competition law terms.

3.3.2 Media

Following the popular vote on the Federal Act on Book Price Maintenance in March 2012, the Secretariat resumed the investigation into **book prices in French-speaking Switzerland**. The investigation had been suspended pending publication of the final result of the vote in the Official Federal Gazette. The Secretariat sent its motion to the parties to the proceedings in August 2012 for their comments, and in November and December 2012 hearings were held before the Competition Commission. For the Competition Commission, it is important to ensure that such hearings are held, even in proceedings involving many parties, in order to safeguard of the right to a fair hearing.

In February 2012 the Secretariat opened an investigation into the **pricing policy and other practices of the Schweizerische Depeschagentur SDA** (Swiss Press Agency). The investigation is intended to show whether the SDA has abused its potentially dominant position by obstructing competitors or discriminating against customers. A preliminary investigation gave indications that the SDA's pricing system was aimed at squeezing out existing competition and preventing market entries.

The Competition Commission then issued two **expert opinions** for OFCOM on the issue of dominant positions: the first related to the market position of the South-Eastern Switzerland Media Group in coverage area 32 (south-eastern Switzerland) and the second expert opinion dealt with the market position of the AZ Media Group in coverage area 15 (Aargau). Both expert opinions originated from an OFCOM consultation as part of the reassessment of the award of broadcasting licences for the transmission of regional television and radio programming.

In May 2012 the Secretariat began a preliminary investigation into **Cinetrade AG**, the owner of the Pay TV programme provider Teleclub. The aim is to examine whether Cinetrade has abused a potentially dominant position in relation to Pay TV by refusing to allow the transmission of Teleclub programming on specific TV platforms or by discriminating against such platforms in relation to the transmission of exclusive sports events.

Lastly in August 2012 the Secretariat began a preliminary investigation into the **Goldbach Group TV/radio marketing** on the issue of the abuse of a potentially dominant position due to the television and radio marketing carried out by the Goldbach Group. The investigation relates primarily to the pricing policy, the granting of various forms of discount and the pursuit of what may be a strategy to squeeze out competitors.

In the media sector in 2012 the Competition Commission was again called on to assess several **company mergers**. In the merger planned between Tamedia and the Langenthaler Tagblatt newspaper, Tamedia AG intended to take sole control of the Langenthaler Tagblatt business. In the case of NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN, the companies involved announced that they were setting up a joint venture that would run network advertising on the owners' websites. In Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet, notice was given that Tamedia intended to acquire a 20 % stake from Gérard Paratte in the share capital of ImmoStreet.ch S.A., an online real estate marketplace, and would also gain joint control. In the case of Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO, it was planned that Tamedia AG and Giacomo Salvioni would take joint control of 20 minuti Ticino SA and TicinOnline SA. In the planned merger of Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup, Tamedia and Ringier intended to acquire joint control of jobs.ch holding ag and Jobup AG (both companies providing online marketplaces for jobs). In the case of Publigroupe S.A./ImproveDigital B.V., Publigroupe S.A. planned to acquire a majority 85 % stake in the share capital of ImproveDigital B.V. This company provides media owners with real time advertising technologies: advertisers and media owners link up via a marketplace in order to be able to negotiate advertising inventory by automated means. In all six mergers, the Competition Commission approved the plans following the provisional examination.

3.3.3 Energy

In 2012, the Secretariat discontinued the preliminary investigation into **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)** (Central Switzerland Natural Gas). The issue related to whether third-party customers were discriminated against in comparison with shareholders as a result of

the regulations for calculating the network use charge. It transpired that the different methods of calculating the network use charges for shareholders and third parties indicated an abuse of a dominant position. However, EGZ stopped this questionable practice with retrospective effect in the course of the preliminary investigation. It could therefore be assumed that the contractual provisions regarded as critical had no discernible effects.

Also in relation to natural gas, the Competition Commission assessed the planned merger between **GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas**. In terms of the plan reported, Global Infrastructure Management, LLC (GIM) and Fluxys G SA are to acquire joint control of FluxSwiss SA and also, together with the Schweizerische Aktiengesellschaft f r Erdgas (Swissgas), joint control over Transitgas AG. Based on the provisional examination, the Competition Commission declared the merger unobjectionable.

Lastly in relation to energy, the Competition Commission was invited to provide an opinion in the course of various consultation procedures. Worth mentioning are the revision of the Electricity Supply Ordinance and the Energy Strategy 2050.

3.3.4 Other sectors

The Secretariat continued its preliminary investigation into Swiss Post in connection with the **new business customer pricing system for letter post services**. The focus here is on indications that the system of discounts in the new business customer pricing system for letter post services could prevent rival companies from competing and could foreclose the market. It is expected that the preliminary investigation will be completed in the first quarter of 2013.

In June 2012, **Swiss Post and France's La Poste** notified the competition authorities of a plan to set up a joint venture. The main object of the joint venture was to provide cross-border physical letter post services for mail up to a weight of two kilograms. The Competition Commission approved the venture subject to the condition that the activities of the subsidiaries of La Poste in relation to outgoing letter post for business customers in Switzerland is sold off to third parties.

In the investigation into **air freight agreements**, the Secretariat sent its motion to the parties to the proceedings for their comments in November 2012. The investigation aims to reveal whether various air freight companies have entered into agreements on fuel surcharges, security surcharges, war risk surcharges, customs clearance surcharges, freight rates and the commission on surcharges. In addition, the investigation should clarify various issues connected with the relationship between the Cartel Act as national law and the bilateral air traffic agreement with the EU as international law.

3.4 Product Markets

3.4.1 Consumer goods and retail markets

By issuing its decision of 20 August 2012, the Competition Commission completed the investigation into Roger Guenat SA (now **Altimum SA**). The investigation began in 2010 with a search of business premises. The investigations have shown that the general importer, Altimum

SA, fixed the minimum retail prices to consumers for Petzl-brand alpine sports equipment (headlamps, ice axes, harnesses, helmets, etc.), thus preventing retailers in Switzerland from truly competing on prices. The Competition Commission therefore imposed a sanction of CHF 470,000 on Altimum SA, which subsequently filed an appeal with the Federal Administrative Court. It should be noted that other Competition Commission decisions relating to vertical agreements are the subject of appeals currently pending before the Federal Administrative Court (GABA/Elmex, off-list medicines, NIKON, BMW).

The investigations forming part of proceedings opened in response to an alleged **failure to pass on foreign exchange benefits** have been continued. The investigation opened on 26 October 2011 into a Swiss general importer of cosmetic products was extended to include the American manufacturer of the products. This investigation aims to verify whether the general importer and the manufacturer of the products in question are parties to unlawful agreements in restraint of competition relating to the allocation of territories, to fixed or minimum retail prices or to barriers to online trading.

The Secretariat continued its investigations in the other case opened in connection with the alleged failure to pass on foreign exchange benefits, which concerns household electrical equipment and electrical appliances manufactured by **Jura Elektroapparate AG**. Through its guarantee policy, the company may have prevented parallel imports of household electrical equipment and electrical appliances.

The preliminary investigation opened in October 2011 into the Swiss manufacturer of "Flyer" electric bicycles was closed without further action being taken. The indications that had led the Secretariat to open these proceedings were not confirmed by the investigations. The manufacturer of the Flyer bicycles, **Biketech AG**, was suspected of exerting pressure on retailers so that they would apply the retail prices fixed by their supplier.

In addition, another preliminary investigation concerning the **issue of the strong franc** was opened in spring 2012. The proceedings were a response to the debate on the question of which stage in the distribution process actually benefits from the savings made thanks to exchange rate differences. The objective of this preliminary investigation is to determine whether certain suppliers of branded goods and retailers fail to pass on the foreign exchange gains to the lower level of the distribution chain, and most particularly to end consumers, and whether there are any indications of unlawful restraints of competition.

Following the publication in the press of an article claiming that the **price of cigarettes** in Switzerland was going to rise by 10 centimes, the Secretariat opened a preliminary investigation in order to verify if this increase could be connected with an unlawful agreement. The investigations carried out by the Secretariat concluded that companies in the industry could not be accused of illegal conduct under the Cartel Act in connection with the announcement made in the press. The preliminary investigation was therefore closed without further action being taken.

In May 2012, the Secretariat opened a preliminary investigation into the **Coop Pronto** chain, having received information that the operators of the Coop Pronto shops had limited freedom in their pricing policy. The investigations in this case are continuing.

3.4.2 Watch industry

On 7 May 2012, the Competition Commission decided to extend by a further year the precautionary measures ordered in the investigation into the supply by the **Swatch Group** of mechanical movements and components for watches. The precautionary measures ordered by the Competition Commission in June 2011 were planned to apply until the end of 2012. Extending the deadline should help companies operating in the watch industry to plan their production. These precautionary measures require inter alia that the Swatch Group may reduce the numbers of mechanical watch movements and assortments supplied to 85 % and 95 % respectively of the volumes supplied in 2010. These supply volumes now apply in 2013 as well. The investigation opened against the Swatch Group that gave rise to these precautionary measures is still ongoing. It should determine whether stopping supplies of certain components for mechanical movements is illegal under the Cartel Act.

3.4.3 Automobile sector

In a decision dated 7 May 2012, the Competition Commission imposed a sanction of CHF 156 million on **BMW AG (Munich)** for preventing direct and parallel imports. The Competition Commission noted that BMW AG obstructed direct and parallel imports thanks to a clause in the contracts of dealers in the European Economic Area (EEA). Under this clause, dealers in the EEA are prohibited from selling new BMW and MINI vehicles to customers outside the EEA and, hence, in Switzerland. It emerged from the investigation that competition in Switzerland has been significantly affected at least since October 2010. In the second half of 2010, the Competition Commission received numerous complaints from customers in Switzerland who had attempted, without success, to purchase a BMW or MINI vehicle in the EEA. Over this period the Swiss franc rose considerably in value against the Euro, making purchases in Eurozone countries more attractive. Due to the clause, customers in Switzerland have been unable to benefit from the substantial foreign exchange gains, given the value of the goods affected by this export ban. In addition, the foreclosure of the Swiss market reduced competitive pressure on the sale price of new BMW and MINI vehicles. BMW AG has filed an appeal with the Federal Administrative Court, which has yet to issue its judgment.

On 16 July 2012, the Competition Commission decided for the time being not to modify its **Notice on the treatment of vertical agreements in the automobile trade (Commauto)**. The Competition Commission bases its decision on a consultation of interested groups carried out by the Secretariat, and on the competitive conditions that prevail in Switzerland. In addition, it deems it appropriate, given the revision of the Cartel Act which is ongoing and the uncertainty relating to possible modifications to Article 5 of the Cartel Act, to wait before making any changes to the Notice. Based on the report made on

trends in conditions in the automobile market as well as developments in the EU, the principles laid down in Commauto will be reviewed towards the end of the first half of 2014. In the medium term in the automobile trade, the Competition Commission would welcome harmonisation with the EU on the way in which Swiss competition law is applied. The Competition Commission has in particular examined whether Commauto should be modified with regard to the new rules on the sale of new vehicles applicable from June 2013 in the EU (in particular changes relating to multi-branding and contractual clauses protecting the dealer).

The Secretariat continued its preliminary investigation into **Harley Davidson**, which was opened at the end 2011. This case is intended to verify the existence of indications that Harley-Davidson Switzerland GmbH has been involved in measures intended to foreclose the Swiss market. The aim is to determine the extent to which the direct imports into Switzerland of vehicles from the USA are no longer permitted, and in particular if online commerce has been obstructed or even excluded. The issue of granting guarantees is also being examined as part of the proceedings.

During 2011, the Secretariat was consulted on several occasions as part of the revision of the Federal Act on the Reduction of CO₂ emissions (the CO₂ Act). It spoke out against the new CO₂ Act and the Ordinance on the Reduction of CO₂ emissions in relation to passenger cars at various consultation proceedings relating to the approval of these texts. The Secretariat is of the view that the new provisions may prove disadvantageous to end customers who import their vehicles directly and to small-scale importers. There is a certain degree of discrimination in that major importers can compensate for CO₂ emissions on the basis of all their imported vehicles, while this is not possible for end customers or small-scale importers. This may therefore result in an indirect restriction on parallel and direct imports that will have a negative impact on competition in the markets for new vehicles. In addition, it was intended to integrate the provisions of the Ordinance on the Reduction of CO₂ emissions on passenger cars into the general CO₂ Ordinance. The Secretariat expressed its reservations during the consultation of offices on this integration of provisions by stressing the harmful effects on effective competition. The debate in Parliament is still ongoing.

3.4.4 Agriculture

In spring 2012, the Secretariat opened a preliminary investigation in the **Interprofession du Gruyère case**, in response to complaints received from several participants in the market. The aim is to confirm whether quantity limits exist that could be illegal under competition law. The investigations are still ongoing.

The Secretariat expressed its views in the course of around 50 consultations of offices relating to amendments to acts or ordinances and responded to more than 20 parliamentary questions.

3.5 Internal Market

The activities of the Competition Commission and of the Competence Centre for the Internal Market in relation to the enforcement of the Internal Market Act (IMA) are the

special topic for 2012 and will be considered in Section 5 below.

3.6 Investigations

In the course of the year, the Competence Centre for Investigations had to organise searches as part of three investigations. During these procedures, private homes were investigated for the first time, as well as a lawyers' office.

The members of the Competence Centre for Investigations have continued exchanges with their counterparts in the member states of the European Union by participating in a working group on online investigations. Continuing professional training courses have been held in Switzerland and abroad on this special aspect of research.

Finally, several members of the Secretariat's staff have attended technical courses offered by other federal investigating authorities.

3.7 International

OECD: Representatives of the Competition Commission and of the Secretariat participated in meetings of the OECD Competition Committee which are held three times a year in Paris. Jointly with SECO, the Swiss authority presented a variety of written and oral contributions. In 2012, a substantial portion of the meetings of the Committee and of the resources of the delegations was devoted to expanding the limits and the goals to be attained for the two strategic themes chosen in 2011: firstly, evaluating the activities of the competition authorities and secondly, international competition. In addition, several hearings with experts have tackled relatively new topics in competition law, such as the digital economy or the application of behavioural economics to competition policy. Finally, round tables were held to discuss the unilateral exchange of information between competitors and competition in the hospitals sector.

ICN: At the end of October 2012, a delegate from the Secretariat took part in the first ICN Advocacy Workshop. In a new move, the Cartel I Working Group held several "webinars" (audio conferences with simultaneous slide presentations) on the topic of rules on principal witnesses. The Cartel II (Enforcement) Working Group continued its work in 2012 on the Anti-Cartel Enforcement Manual. In addition, a representative of the Secretariat attended the Cartels Workshop. One of the focus elements of this workshop was conducting searches of premises and digital evidence. Lastly, the competition authority was represented at the annual ICN conference in Rio in Brazil.

UNCTAD: From 9 to 11 July 2012, the 12th Conference of the "Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)" took place in Geneva. The competition authorities were represented by the President and two members of the Secretariat staff. The main topic of the conference was the interaction between competition policy and public procurement. As part of a programme that aimed to train and strengthen competition authorities, three female trainees from Serbia, Egypt and Nicaragua served three-month internships in the Secretariat.

EU: The negotiations with the EU with the aim of concluding a cooperation agreement on competition, begun in March 2011, were completed during 2012. Thanks to this agreement, the Swiss and European competition authorities will be able to cooperate more closely and will have the opportunity to exchange confidential information. This will allow transboundary restraints of competition to be combated more effectively. The parties must still carry out internal consultations before the signature of the agreement.

4 Organisation and Statistics

4.1 Competition Commission and Secretariat

In 2012, the Competition Commission held 14 full-day plenary sessions. The number of decisions in investigations, merger procedures and in application of the Internal Market Act (IMA) can be seen in the statistics in Section 4.2. In the past year, there was no change in the composition of the Commission.

Due to allocations of resources and the additional four temporary positions connected with the Strong Franc Task Force, three divisions, namely those dealing with services, infrastructure and product markets, became considerably larger in 2012. In particular the Product Markets Division, which had to deal with most of the work relating to the failure to pass on foreign exchange benefits, grew to over 20 employees. For the heads of these divisions, the "span of control" thus became so great that in the longer term the efficient and smooth management of persons and cases was called into question.

As a result, the Secretariat, with the agreement of the Competition Commission and the FDEA, decided to create a fourth division and an additional vice-director position as of 1 September 2012. The new Construction Division became responsible for all dossiers connected with the construction markets sector (the main construction and secondary construction industries) as well as the priority topic of bid rigging. Frank Stüssi, previously Head of Management Affairs in the Secretariat was appointed head of the new division.

At the end of 2012, the Secretariat employed 83 (previous year 68) members of staff (full-time and part-time), 39 per cent of whom were women (previous year 41%). This corresponds to a total of 72.6 (previous year 58.6) full-time positions. The staff was made up as follows: 68 specialist officers (including the management board; this corresponds to 51.1 full-time positions; previous year 40.3); 11 specialist trainees (previous year 10), which corresponds to 11 full-time positions (previous year 10); 15 members of staff in the Resources and Logistics Division, which corresponds to 10.5 full-time positions (previous year 8.3). As the contracts for the temporary position in the Strong Franc Task Force have expired, the number of jobs in the Secretariat will fall at the end of 2013 by at least four full-time positions.

4.2 Statistics

Investigations	2011	2012
Carried out during the year	21	22
Carried over from previous year	16	15
Opened	5	7
Final decisions	6	5
Amicable settlements	1	3
Administrative rulings	4	0
Sanctions under Art. 49a para. 1 CartA	2	5
Procedural rulings	3	4
Precautionary measures	1	0
Sanctions proceedings under Art. 50 et seq. CartA	0	1
Preliminary investigations		
Carried out during the year	40	33
Carried forward from previous year	12	18
Opened	28	15
Concluded	27	17
Investigations opened	1	4
Modification of conduct	7	7
No consequences	18	6
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a CartA	22	10
Advice	39	25
Market monitoring	62	58
Reports of failure to pass on foreign exchange benefits	371	96
Other enquiries	566	680
Mergers		
Notifications	30	28
No objection after preliminary examination	29	28
Investigations	1	0
Decisions of the Competition Commission	1	1
After preliminary examination	0	1
After investigation	1	0
Early implementation	1	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	11	13
Judgments of the Federal Administrative Court	1	1
Success for the competition authority	1	1
Partial success	0	0
Judgments of the Federal Supreme Court	1	1
Success for the competition authority	0	1
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	9	11
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 CartA)	1	1
Recommendations (Art. 45 CartA)	0	0
Expert opinions (Art. 47 CartA or 11 TCA)	1	2
Follow-up checks	3	1

Notices (Art. 6 CartA)	0	1
Opinions (Art. 46 para. 1 CartA)	219	250
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 CartA)	8	8
IMA		
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	0	1
Expert opinion (Art. 10 I IMA)	1	1
Explanatory reports (Secretariat)	26	45
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	1	3

The number of investigations and decisions in these cases together with merger notifications has remained stable. The number of preliminary investigations and reports under Article 49a paragraph 3 letter a of the Cartel Act has fallen. In the previous year these increased due to the numerous reports in connection with the expansion of the optical fibre infrastructure, but in 2012 they fell again to the level of previous years. There was a marked decline in the number of reports of failure to pass on foreign exchange benefits. In comparison with the previous year, these have fallen by around a quarter. This suggests that although the issue is still regarded as important, it has given rise to far fewer reports in comparison with 2011 due to a normalisation in the situation. The number of other (minor) enquiries dealt with has however increased, which has also led to the expenditure of additional resources.

5 Special Topic for 2012: The Internal Market in Switzerland

5.1 The Internal Market Act

The Internal Market Act (IMA; SR 943.02) has the aim of reducing restrictions on free access to the market under cantonal and communal public law and thus supplements the Cartel Act, which deals with private law restraints of competition. In its purpose provision, Article 1 paragraph 1, the Internal Market Act guarantees that persons and entities permanently resident or established in Switzerland have free and equal access throughout the entire territory of Switzerland in order to exercise their gainful economic activity. This makes professional mobility and commercial activities easier within Switzerland, increases the competitiveness of the Swiss national economy and consolidates economic cohesion in Switzerland.

The partial revision of 2005 was intended to increase the effectiveness of the IMA. To this end in particular, the origin principle was extended to cover commercial permanent establishment and the institutional supervisory function of the Competition Commission was reinforced. The revised IMA has been in force since 1 July 2006 and provides for the following market access principles:

- the right to market access in accordance with rules on origin (origin principle, Art. 2 para. 1-5 IMA), the right to unrestricted market access (prohibition of restrictions, Art. 3 para. 1 IMA) and the right to non-discriminatory market access (ban on discrimination, Art. 1 para. 1 in conjunction with Art. 3 para. 1 let. a IMA).
- the right to the recognition of professional qualifications (recognition principle, Art. 4 IMA).

- the right to non-discriminatory access to cantonal and communal procurement (Art. 5 IMA) and monopoly markets (Art. 2 para. 7 IMA).
- closely associated with these market access rights are the absolute prohibition of per se refusal of access to markets (Art. 3 para. 1 IMA), the absolute prohibition of covert protectionism (Art. 3 para. 3 IMA) and the right to a simple, rapid and cost free market access procedure (Art. 3 para. 4 IMA).

5.2 The Competition Commission's Supervisory Function

Under Article 8 paragraph 1 IMA, the Competition Commission monitors compliance with the IMA by the Confederation, cantons and communes. Within the Secretariat, the Competence Centre for the Internal Market is delegated this task. In contrast to the position with the Cartel Act, the Competition Commission has no decision-making powers in relation to the IMA. Instead, the Competition Commission has the following means and instruments:

- **Provision of informal advice and explanatory reports by the Secretariat:** Every year, the Competence Centre for the Internal Market answers numerous enquiries from authorities, businesses and self-employed people on internal market access issues.
- **Issuing recommendations:** The Competition Commission may make recommendations to the Confederation, cantons and communes on planned or existing legislation or it may conclude an investigation with a recommendation (Art. 8 para. 2 and 3 IMA). The recommendation delivers an opinion on the application of the IMA, but is not binding on the recipient.
- **Providing an expert opinion:** At the request of the competent authority or of a court, the Competition Commission may issue an expert opinion on the application of the IMA in administrative and appeal proceedings (Art. 10 para. 1 IMA).
- **Filing an appeal:** The Competition Commission has an independent right of appeal in order to obtain a court judgment on the issue of whether a cantonal or communal ruling limits access to the market in a manner contrary to internal market law (Art. 9 para. 2bis IMA).
- **Duty to publish:** The Competition Commission may publish cantonal and communal rulings and judgments issued in application of the IMA in the RPW (Art. 10a para. 2 IMA).

In order that the Competition Commission can fulfil its statutory duty to publish and exercise its right of appeal in internal market matters, Parliament has introduced an official duty to notify (Art. 10a para. 2 IMA). This means that authorities and courts are obliged to send any rulings and judgments issued in application of the IMA to the Competition Commission, without having to be requested to do so. So far the cantonal authorities and courts have rarely complied with this duty to notify. As a result, at the end of 2012, the Competence Centre for the Internal Market sent a circular to the cantonal administrations and courts, requesting that IMA-relevant rulings and judgments be communicated to or formally served on the Competition Commission in future.

5.3 Right of Access to the Market

Although the Federal Supreme Court in its case law on the IMA in 1995 accorded more weight to the principle of federalism than the internal market principle (e.g. BGE 125 I 276; Dispatch on the Amendment of the Internal Market Act of 24 November 2004, BBI 2005 465 et seq., 471), the increased effectiveness of market access rights desired by Parliament is clearly reflected in the case law of the Federal Supreme Court in relation to the revised IMA. Groundbreaking judgments were handed down in BGE 134 II 329 (traineeships as an element of the free movement of lawyers) and BGE 135 II 12 (free movement of psychotherapists). As these first judgments on the revised IMA were discussed in the 2008 Annual Report (RPW 2009/1, 14 f.), the following remarks focus on the developments of the past four years in the relevant sectors.

Health care: While the Medical Professions Act (Med-PA; SR 811.11) has guaranteed free movement for university-qualified medical practitioners since 1 September 2007, the IMA still governs free movement for all other health care professions regulated by the cantons. In this area, the focus is on enquiries from private individuals who have problems gaining access to the market, for example to work as psychotherapists, dental technologists, emergency paramedics, rescue service officers or naturopathic doctors.

- In Case 2C_844/2008 of 15 May 2009, the Federal Supreme Court held that a naturopathic doctor who had worked for a good 15 years in Canton Zug without requiring a licence could not be denied the access to the market in the Canton of Ticino by being made to fulfil certain conditions. In the case in question, adequate protection of overriding public interests was guaranteed by the professional experience the doctor had gained at her place of origin (Art. 3 para. 2 let. d IMA), which was why the requirement of a professional accreditation examination in the Canton of Ticino had to be regarded as an unreasonable restriction of market access (cf. RPW 2009/1, 15). By contrast, according to Federal Supreme Court judgment 2C_57/2010 of 4 December 2010, an alternative medicine practitioner licensed to practise in the Canton of Appenzell Ausserrhoden cannot invoke the rights under Article 2 paragraph 4 and Article 4 IMA if there is specific evidence that he does not

meet or subsequently no longer meets the licensing requirements at his place of origin.

- Regulating cantonal emergency services in accordance with internal market law provides various cantons with certain challenges. According to the established case law of the European Court of Justice, rescue services are governed by the fundamental freedoms of the EU single market. This means that due to the parallel legal position between the agreement on the free movement of workers and the relevant EU law, rescue activities also fall within the scope of the agreement on the free movement of workers and consequently within the scope of Swiss internal market law. Private providers of rescue services therefore have a right in principle to be licensed to operate in other cantons. For cantons that have monopolised these activities, if they transfer the licence to a private entity, the obligation to invite competitive bids under Article 2 paragraph 7 IMA applies.
- The Competition Commission appealed against a ruling by the Canton of Zurich under which a dental clinic established as a company limited by shares was allowed access to the market in the Canton of St. Gallen only if it met certain requirements. After the Zurich Administrative Court decided in another case that under Zurich healthcare law outpatient medical institutions could be established as legal entities, the contested ruling and thus the appeal by the Competition Commission served no further purpose (The freedom to establish a business for legal entities using the example of a dental clinic, RPW 2012/3, 526 et seq.).
- The Competence Centre for the Internal Market supported a professionally self-employed emergency paramedic in the Canton of Lucerne in the course of proceedings for access to the market and licensing in other cantons. A selection of the cantonal rulings were published and commented on in RPW 2012/3, 530 et seq. The overview shows that implementing the place of origin principle still brings problems for cantonal authorities, for example if an activity has simply not been contemplated in the canton of destination.
- On 16 July 2012, the Competition Commission issued an expert opinion to the Public Health Directorate Zurich on the issue of access to the market for an assistant dentist from the Canton of Appenzell Ausserrhoden (RPW 2012/3, 708 et seq.). Ms A. ___ held a Brazilian dentist's degree and had since 2006 been licensed to practise as an assistant dentist in the Canton of Appenzell Ausserrhoden. The Competition Commission in its expert opinion came to the conclusion that under the IMA, Ms A. ___ should also be permitted to practise as an assistant dentist in the Canton of Zurich.

Taxi trade: The cantonal or more often communal regulation of the taxi trade still does not comply with the IMA in many places. In a leading decision, the Federal Supreme Court in May 2011 held that, in terms of Art. 2 IMA, switchboard centres could not be prohibited from

offering driving jobs to non-local taxi companies (Case 2C_940/2010 of 17 May 2011). The Competition Commission made use of this judgment along with the many enquiries from authorities and taxi firms as an opportunity to provide a comprehensive explanation of the importance of the IMA to the regulation of taxi markets by issuing a recommendation (RPW 2012/2, 438 et seq.). This recommendation serves cantonal and communal legislators as a set of guidelines for regulating the taxi industry in accordance with internal market law. For example, the City of Zurich has implemented the Competition Commission recommendations in its new Taxi Ordinance, which came into force on 1 January 2013. In addition the Competition Commission appealed successfully against licensing charges for non-local taxi companies in the Canton of Geneva that were not compatible with the rule in Article 3 paragraph 4 IMA that the market access procedure must be free of charge (Judgement of 27 March 2012 of the Administrative Chamber of the Court of Justice of the Republic and Canton of Geneva, RPW 2012/2, 449 et seq.).

Sanitation trades: In accordance with Federal Supreme Court judgment 2C_57/2011 of 3 May 2011, a plumber licensed in commune A has a right of access to the market in Schaffhausen based on Article 2 paragraphs 1 and 3 IMA, even if he does not hold the SVGW (Swiss Gas and Water Industry Association) certificate required by the Schaffhausen regulations. Also in relation to the sanitation trade, the attention of the Competence Centre for the Internal Market was drawn to charges that certain communes impose on non-local plumbers. These fees contravene the rule in Article 3 paragraph 4 IMA that the market access procedure must be free of charge. Following intervention by the Competence Centre for the Internal Market, these licensing charges at communal level have already been abolished.

Education: According to BGE 136 II 470, the teaching activities of a local authority school are not state activities and thus fall within the scope of the IMA (Art. 1 para. 3). A teacher in the Canton of Neuchâtel licensed to teach at secondary levels I and II in principle has the right based on Article 4 paragraph 1 IMA to have his or her teaching qualifications recognised in other cantons. Article 4 paragraph 1 IMA applies even if the intercantonal agreement on the acknowledgement of educational qualifications does not provide for recognition in the specific case. This means that the reservation in favour of inter-cantonal agreements contained in Article 4 paragraph 4 IMA only applies if the inter-cantonal rules on free movement do not restrict the right to recognition in Article 4 paragraph 1 IMA. The Federal Supreme Court has referred the case back to the Swiss Conference of Cantonal Ministers of Education for a reassessment.

5.4 Cantonal and Communal Procurement

The internal market regulations on public procurement are regulated in Article 5 IMA and specify the following minimum standards for cantonal and communal procurement:

- The procurement procedure must be non-discriminatory (Art. 5 and 3 IMA). The ban on discrimination under internal market law not only benefits non-local, but also local suppliers (BGE

125 I 406 E. 2; Federal Supreme Court judgment 2P.151/1999 from 30.05.2000 E. 1c). Article 5 paragraph 1 IMA thus amounts to a general requirement of equal treatment and ban on discrimination for cantonal and communal procurement.

- Complex projects and the criteria for participating and securing contracts in the bidding procedure must be made public (Art. 5 para. 2 IMA).
- Restrictions on market access must be issued in the form of a ruling (Art. 9 para. 1 IMA) and cantonal law must provide for at least one avenue of appeal before a cantonal appellate authority independent of the administration (Art. 9 para. 2 IMA).

The principles of non-discriminatory access to cantonal and communal procurement markets and of transparency set out in Article 5 IMA are put into specific terms and implemented by the intercantonal, cantonal and, where applicable, communal law on public procurement. In other words, the specific procurement regulations relating to thresholds and bidding procedures, the content of documents inviting bids, requirements for technical specifications, eligibility criteria and criteria for awarding a contract, etc. result from the principles of non-discrimination and the transparency in Article 5 IMA. This means that violations of the Intercantonal Agreement on Public Procurement of 15 March 2001 (IAPP, 150.950) and the cantonal or communal bidding regulations, together with incorrect or incomplete appraisals of the legally relevant circumstances (Art. 16 para. 1 let. b IAPP) also constitute violations of Article 5 IMA.

In 2012, the Competition Commission for the first time exercised its right of appeal under Article 9 paragraph 2bis IMA against the exclusion of a supplier in relation to cantonal procurement proceedings, a violation of Article 5 IMA. The Competition Commission argued that the authority awarding the contract applied the eligibility criteria that it had defined in such a way that ultimately only one supplier was allowed to bid and a cheaper supplier was excluded. The case is currently pending before the cantonal administrative court.

The Competence Centre for the Internal Market has devised a training module on the subject of "Ensuring competition in public procurement". This course has been regularly organised for a number of years for employees of cantonal and federal procurement agencies and is a key element in the campaign to combat bid rigging.

Lastly, the Competence Centre for the Internal Market regularly represents the Secretariat at the Federal Procurement Conference (FPC). The FPC is the Federal Administration's strategy-defining body for the procurement of goods and services. Its tasks include approving policy guidelines and strategies for public procurement, drafting papers on the interpretation of procurement law issues and approving concepts for basic and continuing professional education.

5.5 Transferring the Right to exploit Monopolies to Private Entities

At the time of the partial revision of the Internal Market Act, Article 2 paragraph 7 IMA was introduced, a provi-

sion by which a bidding process was required when transferring the right to exploit cantonal and communal monopolies to private entities. Until now, there has been very little practical guidance on how this provision should be implemented.

The Competition Commission has drawn up two expert opinions on the application of Article 2 paragraph 7 IMA in relation to granting concessions for constructing, operating and maintaining electrical distribution stations and concessions for the right to use hydroelectric power (Expert opinion of 22 February 2010 on the renewal of the concession agreements between Centralschweizerische Kraftwerke AG and the Lucerne communes on the use of public land and the supply of electrical energy, RPW 2011/2, 345; Expert opinion of 28 June 2010 for the attention of the Schwyz District Council relating to renewal of water rights concessions in favour of Elektrizitätswerk Bezirk Schwyz AG, RPW 2011/2, 353). In both cases, private entities were granted a special concession permitting use. By these special concessions local government corporations grant private entities exclusive rights to use public land. Special concessions permitting use are based on a de facto monopoly, i.e. the opportunity that the local government corporation has, thanks to its sovereignty over public property, to exclude private entities from certain activities. Essentially, the Competition Commission takes the view that the obligation to invite bids under Article 2 paragraph 7 IMA applies not only to the transfer of the right to exploit statutory monopolies, i.e. those constituted by law, but also to the transfer of the right to exploit de facto monopolies to private entities.

In the context of the foreseeable implementation problems relating to inviting bids for distribution network concessions, the Competition Commission on 8 March 2010 issued a recommendation to the Federal Council. It proposed that, as part of the ongoing revision of the Electricity Supply Act (ESA), uniform conditions be laid down for inviting bids for concessions relating to the construction, operation and maintenance electrical distribution stations. In the meantime, the Federal Parliament has

brought in a special act specifying that both the distribution network and the water rights concession can be awarded without a bidding procedure, but nevertheless in a transparent and non-discriminatory procedure (Art. 60 para. 3bis and Art. 62 para. 2bis Water Rights Act, Art. 3a and Art. 5 para. 1 ESA). Through the principle of non-discrimination, Parliament has revived the criterion already envisaged in Article 2 paragraph 7 IMA. The question that now arises is how an award can be made in a transparent and non-discriminatory manner without a public bidding process.

The key issue of whether under Article 2 paragraph 7 IMA not only monopoly concessions but also special concessions permitting use are subject to a bidding procedure has not yet come before the highest courts for a decision to be taken. The Federal Supreme Court left the question open in two cases (BGE 135 II 49 [Billboard hoardings on public land] and Case 2C_198/2012 of 16 October 2012 [Construction and operation of a car park on public land]). Legal experts disagree on the issue, although at present the prevailing opinion of experts as well as that of the Competition Commission favours public bids for special concessions permitting use.

The obligation to invite competitive bids under Article 2 paragraph 7 IMA applies only if the state outsources the right to exploit a monopoly to a private entity, but not if a government corporation exploits the right itself. In the two expert opinions mentioned, the question thus arose of the criteria by which it is assumed that a transfer has been made to a "private entity" in terms of Article 2 paragraph 7 IMA. Here the Competition Commission came to the conclusion that the form in which the concession holder is organised is in itself an insufficient criterion. Rather an assessment must be made, according to the "in-house" practice developed in relation to public procurement law of whether the state exercises similar control over the concession holder to what it does over its own agency, and whether the concession holder essentially carries out its activities for the authority awarding the concession.

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Rotkreuz-Notrufsystem

Schlussbericht vom 10. Dezember 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Rotkreuz-Notrufsystem wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildet die durch das Schweizerische Rote Kreuz durchgeführte Neuausschreibung der Rahmenverträge für die Erbringung der Callcenter-Dienstleistungen zu Gunsten des Rotkreuz-Notrufsystems für Senioren. In diesem Zusammenhang hat die Medcall AG eine Anzeige eingereicht, in welcher dem Schweizerischen Roten Kreuz missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG¹ vorgeworfen werden.

2. Der Hintergrund der Anzeige ist, dass der geschäftsführende Ausschuss der nationalen Konferenz des Schweizerischen Roten Kreuzes am 4. November 2010 den Rotkreuz-Kantonalverbänden empfohlen hat, die laufenden Verträge betreffend die Erbringung der Callcenter-Dienstleistungen für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren mit der Medcall AG im Hinblick auf einen Wechsel zur Curena AG, einer Tochtergesellschaft des Rotkreuz-Kantonalverbandes Zürich, zu kündigen. Diese Empfehlung führte dazu, dass ein Grossteil der Kantonalverbände zur Curena AG wechselte.

3. Die Anzeigerin wirft dem Schweizerischen Roten Kreuz und gewissen Rotkreuz-Kantonalverbänden² Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vor. Sowohl die Empfehlung vom 4. November 2010 des Schweizerischen Roten Kreuzes als auch der Wechsel der Rotkreuz-Kantonalverbände zur Curena AG seien missbräuchlich gewesen. Des Weiteren wird die Vermutung geäussert, dass eine kartellrechtswidrige Quersubventionierung der Curena AG vorliege.

4. Neben den Vorwürfen der Anzeigerin hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekreta-

riat) zusätzlich noch geprüft, ob das Schweizerische Rote Kreuz unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG von den Senioren erzwingt.

A.1.1 Parteien und Anbieter von Callcenter-Dienstleistungen

5. Das Schweizerische Rote Kreuz (nachfolgend SRK) ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB³. Das SRK erfüllt humanitäre Aufgaben im Sinne der Rotkreuz-Grundsätze der Menschlichkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Unabhängigkeit, Freiwilligkeit, Einheit und Universalität. Das SRK stellt sich in den Dienst Not leidender, hilfsbedürftiger Menschen, ohne Ansehen der Nationalität, der ethnischen Herkunft, der Sprache, des Glaubens, der sozialen Stellung oder der politischen Überzeugung. Mitglieder des SRK sind 24 Rotkreuz-Kantonalverbände (nachfolgend RK-KV) und 5 Rettungsorganisationen (darunter die Schweizerische Rettungsflugwacht Rega).⁴ Bei den RK-KV handelt es sich ebenfalls um Vereine gemäss Art. 60 ff. ZGB.

6. Die Organe des SRK sind die Rotkreuzversammlung (Vereinsversammlung), der Rotkreuzrat (Vorstand), die

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Schweizerisches Rotes Kreuz Aargau, Schweizerisches Rotes Kreuz Baselland, Schweizerisches Rotes Kreuz Glarus, Schweizerisches Rotes Kreuz Graubünden, Schweizerisches Rotes Kreuz Luzern, Kantonalverband Unterwalden des Schweizerischen Roten Kreuzes, Schweizerisches Rotes Kreuz St. Gallen, Schweizerisches Rotes Kreuz Schaffhausen, Schweizerisches Rotes Kreuz Schaffhausen, Schweizerisches Rotes Kreuz Solothurn, Schweizerisches Rotes Kreuz Schwyz, Schweizerisches Rotes Kreuz Uri, Schweizerisches Rotes Kreuz Zug und Schweizerisches Rotes Kreuz Zürich.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

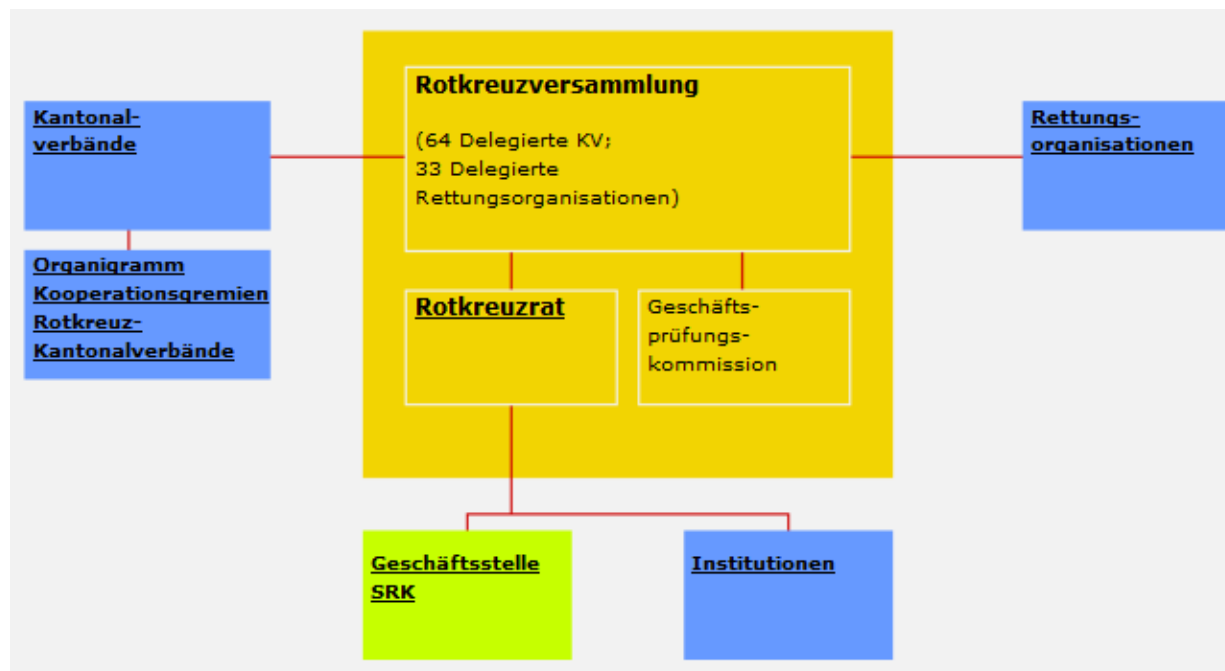
⁴ Art. 5 der Statuten des SRK.

Nationale Konferenz der RK-KV, die Geschäftsprüfungskommission und die Revisionsstelle.⁵ Die Organe sorgen dafür, „dass die Aktivitäten der Organisation des SRK miteinander koordiniert und im Sinne der Statuten, Leitlinien und Leitbilder auf gemeinsame Ziele ausgerichtet sind.“⁶

7. Neben den offiziellen Vereinsorganen und Mitgliedern ist noch der geschäftsführende Ausschuss der nationa-

len Konferenz der RK-KV zu erwähnen. Dieser leitet die nationale Konferenz der RK-KV, stellt unter anderem die Koordination zwischen den RK-KV sicher und nimmt die Gesamtinteressen der RK-KV wahr. Der Geschäftsführende Ausschuss besteht aus fünf bis sieben Mitgliedern, die als nicht stimmberechtigte Delegierte der RK-KV angehören und nicht in einem Anstellungsverhältnis zum SRK stehen.⁷

Abbildung 1: Organigramm des Schweizerischen Roten Kreuzes



Quelle: Homepage des Schweizerischen Roten Kreuzes

8. Die Medcall AG (nachfolgend Medcall bzw. Anzeigerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wangen-Brüttisellen. Medcall betreibt ein Callcenter, welches unter anderem Transporte von schwer verletzten oder erkrankten Personen im nationalen und internationalen Verhältnis sowie weitere damit zusammenhängende Dienstleistungen organisiert. Des Weiteren bietet Medcall eine Reihe von weiteren Callcenter-Dienstleistungen an (vgl. Rz 108) und arbeitet mit ihrem Callcenter unter anderem auch für einige RK-KV (vgl. Rz 10).

9. Die Curena AG (nachfolgend Curena) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt die Erbringung, Vermittlung und Koordination von Dienstleistungen in den Bereichen des Sozial- und Gesundheitswesens, insbesondere mittels einer Notruf- und Servicezentrale. Das Unternehmen wurde im Jahr 2008 als Gemeinschaftsunternehmen durch die Tertianum AG und durch den RK-KV Zürich gegründet. Anfangs des Jahres 2012 hat die Tertianum AG ihre Beteiligungen an den RK-KV Zürich verkauft. Somit ist Curena gegenwärtig eine 100%ige Tochtergesellschaft des RK-KV Zürich⁸.

10. Neben Medcall und Curena gibt es noch andere Unternehmen in der Schweiz, die Callcenter-Dienstleistungen anbieten. Diejenigen Unternehmen,

welche sich an der Ausschreibung des SRK beteiligt haben, werden kurz vorgestellt (vgl. Rz 23 ff.):

- Die Stiftung Medizinische Notrufzentrale (nachfolgend MNZ) ist eine Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB mit Sitz in Basel. Der Stiftungszweck umfasst die Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Informations- und Beratungsdienstleistungen in Notfällen sowie die Vermittlung bzw. Erbringung von entsprechenden Hilfsangeboten. Dazu betreibt sie insbesondere eine Notrufzentrale.

⁵ Art. 10 Abs. 1 der Statuten des SRK.

⁶ Art. 10 Abs. 2 der Statuten des SRK.

⁷ Art. 35 Abs. 4 und 36 der Statuten des SRK.

⁸ Per 1. Januar 2013 hat das SRK 100% der Aktien der Curena vom RK-KV Zürich übernommen. Die Curena ist somit eine 100%-ige Tochter des SRK.

- Die Mobi 24 Call-Service-Center AG (nachfolgend Mobi 24) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Die Mobi 24 ist ein Unternehmen der Schweizerischen Mobiliar Genossenschaft. Sie bietet Assistance-Dienstleistungen aller Art an und führt insbesondere auch ein 24 Stunden Contact-Center.⁹
- Die Medgate AG (nachfolgend Medgate) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Sie erbringt Dienstleistungen im Gesundheitsbereich. Insbesondere führt sie eine medizinische Notrufzentrale und bietet eine telemedizinische „Sprechstunde“ per Internet an.¹⁰
- Die Protectas SA (nachfolgend Protectas) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Lausanne und eine Tochterfirma der Securitas AB (Schweden). Die Protectas bietet eine breite Palette an Dienstleistungen im Bereich Sicherheit an, beispielsweise Bewachungsdienste, Personenschutz und Interventionsdienste. Daneben verfügt die Protectas über eine eigene Notruf- und Serviceleitstelle.
- Medi 24 Service AG (nachfolgend Medi 24) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern, welche sich auf die Erbringung von telemedizinischen Dienstleistungen spezialisiert hat.

A.1.2 Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren

11. Das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren ist neben dem Rotkreuz-Fahrdienst und weiteren Beratungs- und Unterstützungsangeboten eine von vielen Dienstleistungen, welche das SRK für Senioren anbietet.¹¹

12. Das SRK bietet zwei verschiedene Varianten des Rotkreuz-Notrufsystems für Senioren an: Die erste Variante, das Rotkreuz-Notrufsystem Casa, ist für den Heimgebrauch konzipiert. Dieses System umfasst ein spezialisiertes Telefongerät mit Lautsprecher, welches mit dem Telefonanschluss sowie einem Sender verbunden ist und wie eine Uhr am Handgelenk getragen wird. Mit diesem Sender wird bei Betätigen des Knopfes der Notruf ausgelöst. Das Personal der Notrufzentrale meldet sich und spricht über eine Freisprechanlage mit der alarmauslösenden Person und organisiert die benötigte Hilfe. Die Zentrale bleibt in Kontakt, bis Hilfe bei der alarmauslösenden Person eingetroffen ist. Sollte die betagte Person nicht mehr ansprechbar sein, werden die von ihr im Vertrag angegebenen Personen sofort benachrichtigt. Für die Installation eines Notrufgerätes braucht es einen aktiven Telefonanschluss sowie Stromversorgung.¹²

13. Die zweite Variante umfasst das mobile Notrufsystem mit und ohne GPS-Funktion. Bei der mobilen Variante ohne GPS wird die Telefonnummer der Notrufzentrale durch Rotkreuzmitarbeiter auf das Mobiltelefon programmiert. Im Notfall wird die Notrufzentrale angerufen. Die Voraussetzung dabei ist, dass die hilfeschuchende Person in der Lage ist zu sprechen und mindestens den Standort mitteilen kann. Bei der mobilen Variante mit GPS-Funktion läuft das Prozedere gleich ab wie mit der mobilen Variante ohne GPS-Funktion, nur dass die Notrufzentrale ohne Hinweise den Standort der hilfsbedürftigen Person lokalisieren kann und die benötigte Hilfe auch ohne weitere Erklärungen organisieren kann.¹³

14. Die RK-KV Genf, Waadt, Wallis und Tessin bieten kein Notrufsystem für Senioren an, da diese Dienstleistung in den jeweiligen Kantonen durch andere gemeinnützige Organisationen abgedeckt wird. Alle anderen RK-KV bieten jeweils auf ihrem Kantonsgebiet das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren an.

15. Die Notrufgeräte werden durch Mitarbeiter des jeweiligen RK-KV installiert und an den Endkunden vermietet oder verkauft. Der SRK-KV stellt dem Kunden eine monatliche Gebühr für den Anschluss an die Notrufzentrale, die Miete und den Service (Wartung und Behebung technischer Störung des Geräts) in Rechnung.

16. Das SRK bzw. die RK-KV betreiben die Notrufzentrale nicht selbst, sondern lassen diese Dienstleistung durch Drittunternehmen durchführen (vgl. Rz 10). Das SRK hat mittels Ausschreibung im Jahre 2009 Rahmenverträge mit Medcall, MNZ und Curena abgeschlossen. Im Anschluss haben die RK-KV jeweils individuelle Anschlussverträge mit einem dieser Dienstleister abgeschlossen.

17. Die RK-KV sind in der Ausgestaltung des Anschlussvertrages nur insofern frei, als dass dieser dem Rahmenvertrag nicht widersprechen darf, da ansonsten die „im Rahmenvertrag festgehaltenen Standards“ gelten. Schliesslich verweist das SRK auf den Muster-Anschlussvertrag des SRK.¹⁴ Insofern setzt das SRK die Standards für diese Dienstleistung fest.

A.2 Verfahren

18. Mit Schreiben vom 28. Juni 2011 hat Medcall eine Anzeige eingereicht. Am 17. Juli 2011 wurde dem SRK die Anzeige zur Stellungnahme weitergeleitet. Mit Schreiben vom 26. September 2011 hat das SRK zu den Vorwürfen in der Anzeige Stellung genommen.

19. Am 2. November 2011 wurde die MNZ (siehe Rz 16) befragt. Das Sekretariat hat am 22. Dezember 2011 eine Vorabklärung eröffnet. Dabei wurden einerseits eine Auswahl von Unternehmen befragt, welche Senioren-Notrufsysteme anbieten und/oder hierfür notwendige Callcenter-Dienstleistungen erbringen. Sämtliche Fragebogen wurden beantwortet.

20. Konkret wurden folgende Unternehmen befragt, welche Senioren-Notrufsysteme anbieten und/oder hierfür notwendige Callcenter-Dienstleistungen erbringen:

- Medphone AG
- Senioren Notruf Sawires AG (nachfolgend Sawires AG)
- Signakom GmbH
- Vitatel AG

⁹ http://www.mobi24.ch/u_contactcenter_de.html; besucht am 13. August 2012.

¹⁰ <http://www.medgate.ch/f%C3%BCrPatienten/Sprechstunde24h/Telefonkonsultation/tabid/116/Default.aspx>; besucht am 13. August 2012.

¹¹ <http://www.redcross.ch/activities/social/index-de.php>, besucht am 29. August 2012.

¹² www.redcross.ch/activities/social/emer/dev/index-de.php, besucht am 26. Juni 2012.

¹³ www.redcross.ch/activities/social/emer/dev/index-de.php, besucht am 26. Juni 2012.

¹⁴ Art. 2 Rahmenvertrag Rotkreuz-Notrufsystem - Notrufzentrale.

21. Andererseits wurden folgende an der Ausschreibung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren beteiligte Anbieter von Callcenter-Dienstleistungen befragt:

- Curena
- Medcall
- Medi 24

22. Schliesslich wurden auch gegenüber der Anzeigerin und dem SRK weitere Informationen eingeholt. Ebenfalls wurde die Tertianum AG bezüglich des Verkaufs ihrer Beteiligung an Curena befragt (siehe Rz 9).

A.3 Neuausschreibung der Callcenter-Dienstleistungen

23. Aus den Aussagen des SRK geht folgender Hergang der Neuausschreibung der Rahmenverträge für die Callcenter-Dienstleistungen für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren und die daraus resultierenden effektiven Vertragsabschlüsse hervor:

24. Das SRK entschloss sich bei der Lancierung des Rotkreuz-Notrufsystems für Senioren zumindest in der Anfangsphase die benötigte Callcenter-Dienstleistung an ein Drittunternehmen auszugliedern. Zwecks Qualitätssicherung wollte das SRK bezüglich der Notrufzentrale vorzugsweise schweizweit mit einem einzigen Unternehmen zusammen arbeiten. Mit Ausnahme der RK-KV Basel-Stadt und Basel-Land haben sämtliche RK-KV, welche ein Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren anboten (siehe Rz 14), die benötigten Callcenter-Dienstleistungen bei Medcall bezogen. Den RK-KV Basel-Stadt und Basel-Land wurde mit der MNZ eine Sonderlösung zugestanden, da bereits eine vorhergehende Partnerschaft zwischen diesen Organisationen bestand.

25. Im Frühjahr 2008 gründete der RK-KV Zürich zusammen mit der Tertianum AG die Curena (siehe Rz 9). Dieser Schritt wurde durch den RK-KV Zürich unter anderem dadurch begründet, dass die bisher durch Medcall verlangten Preise marktfremd und überrissen seien. Um zu verifizieren, inwiefern diese Vorwürfe begründet seien, beschloss das SRK Offerten bei vier Anbietern von Callcenter-Dienstleistungen einzuholen.

26. So wurden im Rahmen einer ersten Offertrunde im Spätsommer 2008 Medgate, Mobi 24, Medcall und Curena zu einer Offertstellung für den Betrieb der Callcenter-Dienstleistung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren eingeladen. Alle vier Unternehmen leisteten dieser Einladung Folge und nutzten auch die Gelegenheit, ihre Offerte anlässlich der Konferenz der Geschäftsleiter/-innen der RK-KV vom 17. Februar 2009 vorzustellen.

27. Des Weiteren wurde das SRK von der MNZ, der Protectas und der Medi 24 mit der Bitte angegangen, ebenfalls eine Offerte einreichen zu dürfen. Dieser Bitte wurde stattgegeben, worauf die entsprechenden Offerten im März 2009 nachgereicht wurden.

28. Gemäss Aussagen des SRK ergab die Auswertung der Resultate aus der ersten Offertrunde einerseits, dass die offerierten Preise [...]. Andererseits stellte sich heraus, dass um eine seriöse Vergleichbarkeit der Offerten sicherzustellen eine präzisere Definition der Anforderungen nötig ist. Der geschäftsführende Ausschuss der RK-

KV entschied sich daher in Zusammenarbeit mit der Konferenz der Geschäftsleiter/-innen der RK-KV, die massgeblichen Standards bezüglich Sicherheit, Service-Level, Qualifikation Personal, Software in der Zentrale, Verfügungsrecht über Notrufnummer und Preismodell inhaltlich präziser und damit neu zu definieren.

29. So wurden im Rahmen einer zweiten Ausschreibungsrunde mit Schreiben vom 16. September 2009 sämtliche bisherigen Offerenten eingeladen, ihre Offerten aufgrund inhaltlich neu definierter Standards und eines entsprechend bereinigten Pflichtenhefts sowie einer aktuellen Monatsstatistik (bezüglich Anzahl eingehender Notrufe etc.) zu bereinigen.

30. Daraufhin haben Medcall, Medi 24, Medgate, MNZ und Protectas ihre Offerten unverändert bestätigt, wohingegen Mobi 24 ihre Offerte zurückzog. Curena hingegen reichte eine völlig neue Offerte an, welche unter anderem bezüglich der Preissetzung neben einem volumenbasierten Modell auch ein anreizbasiertes Modell vorsah.

31. Aufgrund des differenzierten Preismodells von Curena hat sich das SRK entschieden, bei allen verbleibenden Offerenten erneut ein Preisangebot mit differenzierten Kalkulationsgrundlagen (Volumenmodell, Wachstumsmodell, Marktdurchdringungsmodell mit Mengenrabatt) einzuholen. Sämtliche verbleibenden Offerenten haben daraufhin im Dezember 2009 eine entsprechend überarbeitete Offerte eingereicht. Anschliessend haben die Medi 24, Medgate und Medcall (im Januar 2010) sowie Curena (im Februar 2010) unaufgefordert noch eine verbesserte Offerte eingereicht.

32. Aufgrund der Analyse der eingereichten Offerten und der daraus gezogenen Schlussfolgerung, [...], wurde eine weitere exklusive Zusammenarbeit mit Medcall ausgeschlossen.¹⁵

33. Nachdem eine zwischenzeitlich diskutierte parallele Zusammenarbeit mit vier Anbietern als impraktikabel verworfen wurde, kam das SRK zum Schluss, dass im Sinne einer Standardisierung und einer qualitativen Verbesserung der Dienstleistungen eine mittelfristige Konzentration auf Curena am sinnvollsten ist. So hat am 4. November 2010 der geschäftsführende Ausschuss den RK-KV (vgl. Rz 7) empfohlen, die aktuellen Anschlussverträge bezüglich der Notrufzentrale zu kündigen und zu Curena zu wechseln.

34. Dies führte letztlich dazu, dass ein Grossteil der bisher bei Medcall angeschlossenen RK-KV zu Curena wechselte. So verblieben gemäss dem aktuellen Stand nur die RK-KV Appenzell-Ausserrhodon, Appenzell-Innerrhodon, Bern, Neuenburg und Thurgau bei Medcall. Der RK-KV Basel-Land wechselte von der MNZ zu Curena, während der RK-KV Basel-Stadt seine Zusammenarbeit mit der MNZ fortsetzte.

35. Mittelfristig kann damit gerechnet werden, dass sämtliche RK-KV ihre Verträge mit Medcall kündigen werden und einen Vertrag mit Curena bezüglich der Callcenter-Dienstleistung abschliessen werden.

¹⁵ [...].

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

37. Sowohl das SRK als auch die RK-KV sind Vereine und als solche juristische Personen, die diverse Dienstleistungen erbringen. Das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit ist jedoch keine Voraussetzung für die Geltung des Kartellgesetzes, da das Kartellgesetz von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgeht (vgl. Rz 41)

38. In casu stellt sich die Frage, ob das SRK und die RK-KV gemeinsam einen Konzern darstellen.

B.1.1 Der Konzern im Allgemeinen

39. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass alle unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung stehenden, juristisch selbständigen Unternehmen als Konzern gelten.¹⁶

40. Kumulativ müssen somit zwei Voraussetzungen erfüllt sein, damit von einem Konzern gesprochen werden kann:

- Zusammenfassung von juristisch selbständigen Unternehmen
- unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung.¹⁷

41. Für den Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes ist von einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise auszugehen. Es ist allein die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Unternehmens ausschlaggebend.¹⁸ Entsprechend stellen Konzernunternehmen trotz rechtlicher Selbständigkeit infolge wirtschaftlicher Abhängigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Bei Konzernunternehmen gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes. Einzelnen Konzerngesellschaften fehlt es an wirtschaftlicher Selbständigkeit, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften kontrollieren kann und diese Kontrolle auch effektiv ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten.¹⁹

42. So ist im Einzelfall zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft wirtschaftlich kontrolliert. Für die wirtschaftliche Kontrolle können unter anderem die Anteilsverhältnisse, personelle Verflechtungen zwischen den Geschäftsleitungen der einzelnen Gesellschaften und Vorgabe von Preisen und Konditionen durch die Mutter sprechen.²⁰ Diese Anhaltspunkte können durch einen einheitlichen Internetauftritt verstärkt werden.²¹

43. Sowohl das SRK als auch die RK-KV sind juristisch selbständige Unternehmen (vgl. Rz 37). Um beurteilen zu können, ob das SRK und die RK-KV tatsächlich einen Konzern bilden, muss weiter geprüft werden, ob auch

die zweite Voraussetzung für einen Konzern gegeben ist. Somit gilt es die Frage zu beantworten, ob die RK-KV unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung des SRK stehen.

B.1.2 Der Vereinsverband als Konzern

44. Die Verfolgung des Zwecks eines bestimmten Vereins erfolgt in der Praxis sehr häufig nicht durch zentrale Organe, sondern durch Gliederungen (Sektionen) des Vereins. Die Aufgabenteilung kann in der Praxis nach verschiedenen Kriterien erfolgen, zum Beispiel nach räumlichen, sachlichen oder persönlichen Gesichtspunkten. Vereine mit einer solchen Gliederung werden in der Regel als Verbände, die Gliederungen selbst als Sektionen bezeichnet. Das Vereinsrecht selbst kennt keinerlei Bestimmungen über Verbände bzw. Sektionen. Die entsprechenden Rechtsverhältnisse richten sich daher nach dem allgemeinen Vereinsrecht und den individuellen rechtsgeschäftlichen Regelungen, so z.B. den Statuten. Dabei werden Vereinssektionen in zwei Kategorien eingeteilt: Sektionen ohne eigene Rechtspersönlichkeit und Sektionen mit eigener Rechtspersönlichkeit, d.h. solche, die selbst wiederum Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB darstellen.²²

45. Lediglich Verbände, deren Sektionen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, rechtfertigen eine konzernrechtliche Untersuchung, da mangels selbständiger juristischer Unternehmen seitens der Sektionen ohne Rechtspersönlichkeit kein Konzern vorliegen kann.²³

46. Ähnlich wie beim Genossenschaftskonzern sind auch beim Vereinsverband Abweichungen vom üblichen Bild des Konzerns zu erwarten. Der Vereinszweck bleibt ein ideeller, auch wenn dessen Verfolgung nun massgebend in den Sektionen, also dezentral stattfindet. „So kann auch dem Vereinsverband durchaus genügend Einflussnahme auf die Sektionen gewährt werden, dass von einheitlicher Leitung gesprochen werden kann; (Dies wird hauptsächlich mittels entsprechender Ausgestaltung der für die Sektionen verbindlichen Verbandsstatuten geschehen, allenfalls flankiert durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Verband und Sektionen); nur steht und fällt dessen Leitungsmacht mit dem Wohlwollen der „abhängigen“ Sektionen, welche als Mitglieder des Verbands dessen Schicksal direkt oder über Vertreter an der Delegiertenversammlung in der Hand haben.“²⁴

¹⁶ Roland von Büren, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2005, S. 16.

¹⁷ Anna-Antonina Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern, 2011, S. 16.

¹⁸ RPW 2006/3, 522, Rz 76 – Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung; Jens Lehne, in: Basler Kommentar (BSK KG), Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 9 ff.

¹⁹ Urteil des BVerfG RPW 2010/2, 336 E 4.1, Publigroupe/WEKO.

²⁰ BSK KG-Jens Lehne (FN 17), Art. 2 KG N 29.

²¹ Urteil des BVerfG RPW 2010/2, 336 E 4.4, Publigroupe/WEKO.

²² Hans Michael Riemer, Berner Kommentar (BK-Riemer), 1990, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung, die Vereine, systematischer Teil und Art. 60-79 ZGB, S. 211 ff.

²³ Roland von Büren, (FN 15), S. 272.

²⁴ Roland von Büren, (FN 15), S. 272.

47. Die Mitglieder des Vereins SRK sind unter anderem die RK-KV. Diese sind räumlich nach Kantonen unterteilt, was bereits aus deren Bezeichnung ersichtlich wird. Der Vereinszweck des SRK umfasst die Erfüllung von humanitären Aufgaben (vgl. Rz 5). In der Praxis erfolgt die Zweckverfolgung auch durch die RK-KV. Des Weiteren werden gewisse Dienstleistungen, die das SRK auf seiner Homepage im Internet anbietet, durch die jeweiligen RK-KV sichergestellt. Zu diesen Dienstleistungen gehört unter anderem das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren.²⁵ Diese Aufgaben werden von den RK-KV auf ihrem Kantonsgebiet wahrgenommen. Aufgrund dieser Gliederung kann das SRK als Verband bezeichnet werden. Da die RK-KV ihrerseits selbst Vereine sind, stellen sie Sektionen mit Rechtspersönlichkeit dar. Beim SRK handelt es sich um einen Verein mit Sektionen, also um einen Vereinsverband (vgl. Rz 44).

48. Nachfolgend wird nun geprüft, ob die RK-KV dem SRK genügend Einflussnahme gewährt haben, so dass dieser Vereinsverband als Konzern betrachtet werden kann.

49. Gemäss Art. 6 Abs. 3 Bst. a der Statuten des SRK verpflichten sich die RK-KV die Statuten des SRK anzuerkennen. Des Weiteren sind die RK-KV verpflichtet, die Beschlüsse der Organe des SRK zu befolgen, soweit diese die Aufgaben des Vereins betreffen (Art. 6 Abs. 3 Bst. d der Statuten des SRK).

50. Die Mitgliederorganisationen erfüllen Aufgaben des SRK, wobei sie unter dem Zeichen des SRK arbeiten (Art. 6 Abs. 1 der Statuten des SRK). Zwar sind die RK-KV unter Beachtung der Rotkreuzgrundsätze befugt zusätzliche Tätigkeiten zu erfüllen (Art. 6 Abs. 2 der Statuten des SRK). Die wichtigsten Aufgaben, worunter auch das Senioren-Notrufsystem fällt, gehören jedoch klar in den Geltungsbereich des SRK, was zur Folge hat, dass sich die RK-KV an die Beschlüsse der Organe des SRK halten müssen (Art. 6 Abs. 3 Bst. d der Statuten des SRK). Dies spricht dafür, dass die RK-KV unter einheitlicher Leitung des SRK stehen.

51. Hinzu kommt, dass die RK-KV erst Anschlussverträge mit Callcentern abschliessen können, wenn diese einen Rahmenvertrag mit dem SRK abgeschlossen haben. Somit können die RK-KV die Vertragspartner für den Anschlussvertrag nicht frei wählen. Es kommen nur die Callcenter in Frage, mit welchen das SRK einen Rahmenvertrag abgeschlossen hat. Des Weiteren dürfen die Anschlussverträge dem Rahmenvertrag nicht widersprechen, da ansonsten die Standards im Rahmenvertrag des SRK vorgehen.²⁶ Die Tatsache, dass die RK-KV die Vertragspartner für den Anschlussvertrag nicht frei wählen können und dass das SRK einheitliche Standards für seine RK-KV für das Notrufsystem für Senioren festsetzt, zeigt, dass das SRK einen erheblichen Einfluss auf die RK-KV ausübt.

52. Ein zusätzliches Indiz, welches dafür spricht, dass die RK-KV unter einheitlicher Leitung stehen, ist das einheitliche Emblem. Sämtliche RK-KV führen das Emblem des roten Kreuzes auf weissem Hintergrund. Als Mitgliederorganisationen sind sie berechtigt unter dem Zeichen des Roten Kreuzes zu arbeiten (Art. 6 Abs. 1 der Statuten des SRK). Dies wird noch durch den Internetauftritt des SRK unterstrichen. Das SRK weist auf

seiner Homepage darauf hin, dass es durch die 24 Kantonalverbände in der ganzen Schweiz vertreten sei.²⁷ Sollten sie aus dem Verband ausgeschlossen werden, dürften sie dieses Emblem nicht mehr benutzen und sie wären auf der Homepage des SRK nicht mehr als RK-KV aufgeführt, was ihr faktisches Fortbestehen unmöglich machen würde.

53. Hinzu kommt, dass gemäss Art. 1 Abs. 3 Bundesbeschluss vom 13. Juni 1951 betreffend das Schweizerische Rote Kreuz²⁸ die Statuten des SRK durch den Bundesrat zu genehmigen sind. Dies deshalb, weil das SRK als einzige nationale Rotkreuzgesellschaft auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft verpflichtet ist, im Kriegsfall den Sanitätsdienst der Armee zu unterstützen.²⁹ Eine einzige nationale Rotkreuzorganisation setzt bereits voraus, dass die bestehenden RK-KV, die die Armee ebenfalls unterstützen würden, unter einheitlicher Leitung stehen. Der Bundesratsbeschluss schliesst das föderalistische System der SRK denn auch nicht aus, es setzt lediglich die einheitliche Leitung der RK-KV durch das SRK voraus. Die einheitliche Leitung der einzigen nationalen Rotkreuzorganisation ist durch die Genehmigung der Statuten des SRK durch den Bundesrat denn auch gewährleistet.

54. Überdies hat die WEKO dem Genossenschaftskonzern bei Fusionen stets Konzernqualität zugesprochen, ohne dies ausführlich abzuhandeln oder gar zu hinterfragen (vgl. Rz 46).³⁰ Sowohl Genossenschaften als auch Vereinsverbände stellen bei Erfüllen der Konzernvoraussetzungen körperschaftliche Konzerne³¹ dar. Weshalb bei erfüllten Voraussetzungen dem Vereinsverband im Gegensatz zur Genossenschaft die Konzernqualität abgesprochen werden soll, erscheint nicht ersichtlich.

55. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die RK-KV unter einheitlicher Leitung des SRK stehen. Somit ist auch die zweite Voraussetzung gegeben und daher stellt das SRK einen Konzern dar.

B.1.3 Fazit

56. Aufgrund der gemachten Ausführungen kann festgestellt werden, dass die RK-KV und das SRK einen Konzern darstellen. Somit wird der Konzern SRK als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG betrachtet.

²⁵ <http://www.redcross.ch/activities/social/emmer/index-de.php>, besucht am 30. Juli 2012.

²⁶ Rahmenvertrag des SRK, S. 2, 2. Grundsatz.

²⁷ <http://www.redcross.ch/org/local/index-de.php>, besucht am 16. Oktober 2012.

²⁸ Bundesbeschluss betreffend das Schweizerische Rote Kreuz (SR 513.51).

²⁹ Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschlusses betreffend das SRK.

³⁰ So z.B. RPW 2008/1, 129 ff., Migros/Denner.

³¹ Im körperschaftlichen Konzern wird das herrschende Unternehmen, welches die abhängigen Unternehmen einheitlich führt, durch die abhängigen Unternehmen gebildet, d.h. es bestehen im körperschaftlichen Konzern zwei Kontrollebenen: Auf der Ebene der Mitgliedschaftsrechte kontrollieren die abhängigen Unternehmen das herrschende Unternehmen als deren Gesellschafter. Auf Leitungsebene setzt das herrschende Unternehmen die einheitliche Leitung des Konzerns gegenüber den abhängigen Unternehmen durch.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

58. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist einerseits der Markt für Senioren-Notrufsysteme, andererseits der diesem vorgelagerte Markt für Callcenter-Dienstleistungen (vgl. Rz 71 ff.). Auf dem vorgelagerten Markt für Callcenter-Dienstleistungen, auf welchem das SRK als Nachfrager auftritt, sind keine vorbehaltenen Vorschriften ersichtlich.

59. Eben so wenig sind vorbehaltene Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme ersichtlich. Die Parteien haben denn auch keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG auf dem entsprechenden Markt geltend gemacht. Das SRK hat jedoch vorgebracht, dass es sich beim SRK vor dem Hintergrund des Bundesbeschlusses betreffend das SRK um ein Unternehmen handeln könnte, welches mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist, und daher der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zum Tragen käme.³²

60. Ein Unternehmen, welches zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist, kann sich nur für diesen engen Bereich dieser spezifischen Aufgabenerfüllung auf den Vorbehalt im Kartellgesetz berufen. Soweit für die Erfüllung dieser Aufgaben noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien bleibt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar.³³

61. Nachfolgend wird geprüft, ob das SRK auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist.

62. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bundesbeschluss betreffend das SRK gehören zu den wichtigsten Aufgaben des SRK die freiwillige Sanitätshilfe, der Blutspendedienst für zivile und militärische Zwecke und die Förderung der Krankenpflege. Weitere humanitäre Aufgaben des SRK können sich aus den Bestimmungen der Genfer Abkommen und aus Beschlüssen der internationalen Rotkreuzkonferenzen sowie aus der Übertragung durch den Bund ergeben (Art. 2 Abs. 2 Bundesbeschluss betreffend das SRK).

63. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bundesbeschluss betreffend das SRK richtet der Bund dem SRK jährlich einen Beitrag zur Erfüllung der in Art. 2 umschriebenen Aufgaben aus (vgl. Rz 62). Bezüglich dieser Aufgaben hat das SRK sicherlich einen Wettbewerbsvorteil, da es staatlich finanziell unterstützt wird. Ob das SRK bezüglich dieser Aufgaben auch mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist, wird nicht näher geprüft, da diese Aufgaben für das hängige Verfahren nicht von Bedeutung sind. Doch selbst wenn die Erfüllung dieser Aufgaben zu ei-

nem Vorbehalt gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b KG führen würde, wäre das Senioren-Notrufsystem davon ausgenommen, da es nicht in den Bereich der Krankenpflege, sondern in den Bereich der Altershilfe gemäss Art. 101^{bis} AHVG³⁴ fällt.

64. Zusätzlich erhält das SRK gestützt auf Art. 112c Abs. 2 BV³⁵, Art. 101^{bis} AHVG i.V.m. Art. 222–225 AHVV³⁶ sowie die Bestimmungen des Subventionsgesetzes³⁷ eine Leistungsabgeltung aus Mitteln der Alters- und Hinterlassenenversicherung. Mit dem AHV Fonds werden gesamtschweizerisch tätige gemeinnützige private Institutionen im Bereich der offenen Altershilfe unterstützt. Neben dem SRK werden unter anderem auch Pro Senectute und der Spitex Verband Schweiz finanziell unterstützt.³⁸ Gemäss Leistungsvertrag, der zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), und dem SRK abgeschlossen wurde, erhält das SRK CHF [...] jährlich für die Jahre 2010–2013. Davon fliesen CHF [...] Mio. an das Nationale Sekretariat der RK-KV für Koordination und Entwicklung. Von den restlichen CHF [...] Mio. sind zwischen CHF [...–...] Mio. für das Notrufsystem für Senioren vorgesehen, wobei pro Anschluss und Monat CHF [...] an das jeweilige RK-KV entgolten werden. Bei ca. [...] Anschlüssen (vgl. Rz 85), die mit dem Notrufsystem für Senioren des SRK verbunden sind, kann von einem Betrag von ca. CHF [...]– pro Jahr ausgegangen werden, der an das SRK fliesst. Mit dem restlichen Geld werden der Fahrdienst, die Betreuungsdienste, die Bevölkerungskurse und Kurse für Pflegehelfer/innen des SRK unterstützt.

65. Weder das SRK noch die anderen durch den AHV Fonds unterstützten Unternehmen erfüllen öffentliche Aufgaben. Dabei ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Subventionierung durch den AHV Fonds im Bereich des Notrufsystems für Senioren für das SRK einen Wettbewerbsvorteil darstellt. Das SRK kann deshalb jedoch keinesfalls mit einem Unternehmen verglichen werden, welches zur Erfüllung öffentlichen Aufgaben mit besonderen Rechten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ausgestattet worden ist.

66. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in den zu beurteilenden Märkten keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG vorhanden sind, die den Wettbewerb nicht zulassen. Zwar wird das SRK auch auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme durch den AHV Fonds finanziell unterstützt, wodurch ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenten entsteht.

³² Stellungnahme vom 13. Juli 2012 des SRK.

³³ RPW 2006/4, 632, Rz 40 Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking; Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 3 N 5.

³⁴ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10).

³⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³⁶ Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101).

³⁷ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1).

³⁸ http://www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00068/index.html?lang=de#sprungmarke0_1, besucht am 23. Oktober 2012.

Dabei handelt es sich jedoch keinesfalls um öffentliche Aufgaben, die dazu führen würden, dass das SRK mit besonderen Rechten ausgestattet wird. Vielmehr bewegt sich das SRK auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme in einem Bereich, in welchem es in direktem Wettbewerb mit privaten Anbietern steht und dementsprechend in seinem Handeln auf diesem Markt dem Kartellgesetz untersteht. Ebenso untersteht das SRK als Nachfrager auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen dem Kartellgesetz.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

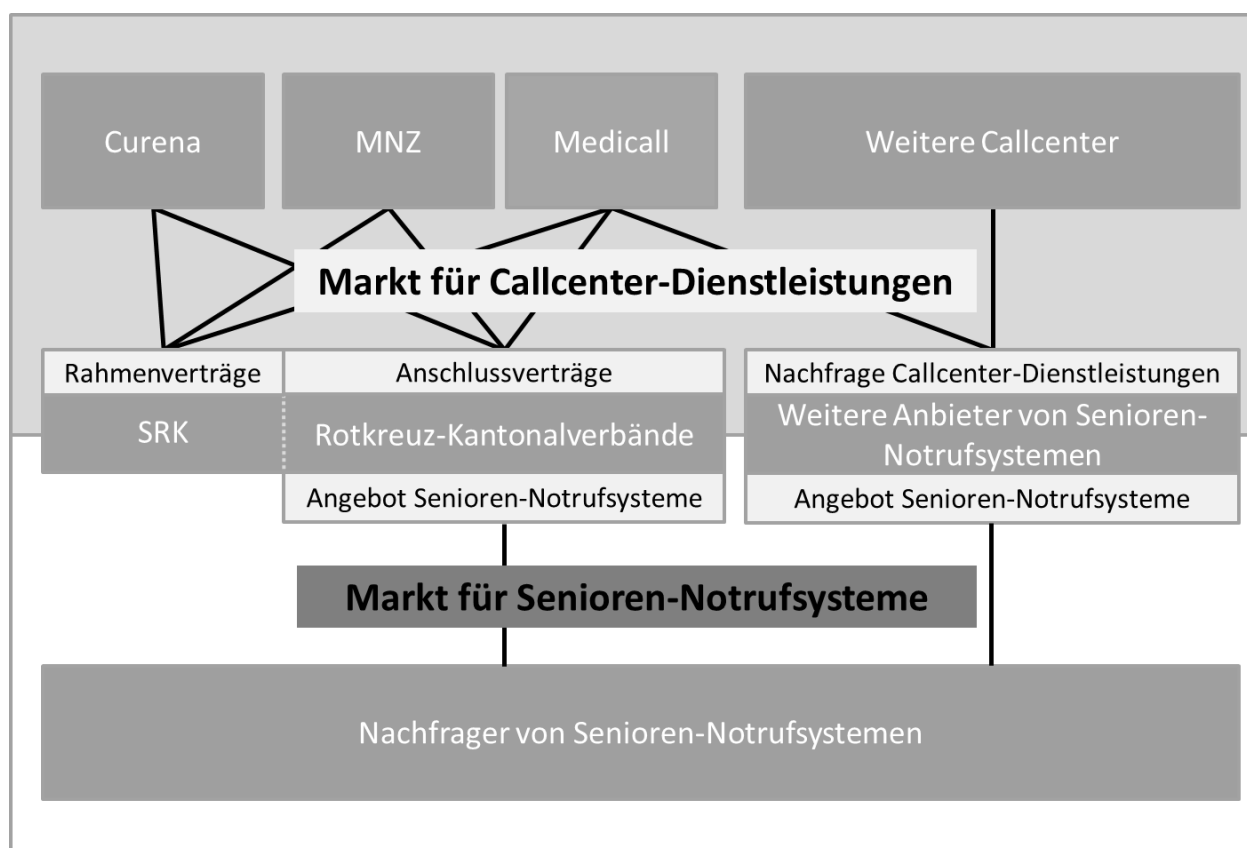
B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

69. Um festzustellen, ob sich das SRK tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, sind vorab jeweils die relevanten Märkte abzugrenzen.

70. Wie aus der Abbildung 2 hervorgeht, ist das SRK im vorliegenden Fall auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme als Anbieterin solcher Dienstleistungen tätig. Auf dem vorgelagerten Markt, dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen, tritt sie als Nachfragerin auf.

Abbildung 2: Marktstruktur



Quelle: Sekretariat.

B.3.2 Markt für Senioren-Notrufsysteme

71. Auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme tritt das SRK gegenüber Seniorinnen und Senioren als Anbieterin auf. Um festzustellen, ob sich das SRK auf diesem Markt tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.1 Sachlich relevanter Markt

72. Der sachlich relevante Markt umfasst analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU³⁹ alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

³⁹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4

73. Senioren-Notrufsysteme richten sich in erster Linie an allein wohnende ältere Menschen, welche gegebenenfalls durch Behinderung oder Krankheit eingeschränkt sind. Senioren-Notrufsysteme sollen sicherstellen, dass in Notsituationen wie beispielsweise Stürzen und akuten medizinischen Problemen zeitnahe und adäquate Hilfsleistungen organisiert werden.

74. Die Dienstleistung eines Senioren-Notrufsystems umfasst zwei Hauptelemente: Einerseits die Geräte, über welche der Notruf getätigt wird, und andererseits eine Notrufzentrale, welche die Notrufe entgegennimmt. Der Anbieter eines Senioren-Notrufsystems stellt gegenüber den Senioren insbesondere sicher, dass diese beiden Elemente zuverlässig funktionieren und optimal aufeinander abgestimmt sind. Neben diesen beiden Kernelementen eines Senioren-Notrufsystems können allerdings weitere optionale Dienstleistungen angeboten werden, so beispielsweise die Hinterlegung eines Wohnungsschlüssels.

75. Für die Übermittlung der Notrufe im Rahmen eines Senioren-Notrufsystems kann üblicherweise aus einer Reihe von durch die Anbieterin des Senioren-Notrufsystems vorgegebenen Telefongeräten ausgewählt werden. Grundsätzlich kann hierbei zwischen stationären Geräten für den Heimgebrauch und mobilen Geräten unterschieden werden. Sämtliche Geräte stellen sicher, dass auf einfache Weise eine Sprechverbindung mit dem Callcenter des entsprechenden Senioren-Notrufsystems aufgenommen werden kann.

76. Die im Rahmen eines Senioren-Notrufsystems verwendeten Geräte können je nach Anbieter von den Senioren entweder gekauft oder gemietet werden, wobei auch die Verwendung eines separat auf dem Markt erworbenen Geräts potentiell möglich ist. In jedem Fall stellt die Anbieterin des Senioren-Notrufsystems insbesondere sicher, dass die Nummer des dem Senioren-Notruf angeschlossenen Callcenters auf dem Gerät programmiert wird und stellt, falls nötig, deren Wartung, Installation und laufende Funktionskontrollen sicher.

77. Über die im Rahmen eines Senioren-Notrufsystems bereitgestellten Geräte kann ein Senior das diesem System angeschlossene Callcenter erreichen. Dieses stellt sicher, dass eingehende Notrufe rund um die Uhr mit möglichst geringer Verzögerung entgegengenommen werden und dass die notwendigen Schritte unternommen werden. Anhand der Telefonnummer, von welcher aus ein Notruf im Callcenter eingeht, kann dieses den Notruf eindeutig der entsprechenden Person zuordnen. So kann der Callcenter-Mitarbeiter neben dem Namen der anrufenden Person auch auf eine Liste mit möglichen Kontaktpersonen (Angehörige, Bekannte, behandelnder Arzt etc.) zugreifen. Auch können beim Callcenter weitere Informationen hinterlegt werden, beispielsweise zum Gesundheitszustand. Mit den zusätzlichen Informationen über den Gesundheitszustand kann die Person am Telefon der Notrufzentrale situativ entscheiden, ob die Benachrichtigung von Angehörigen ausreichend ist oder ob der Beizug eines Arztes notwendig ist.

78. Abgesehen von der Grundfunktionalität der Erreichbarkeit des Callcenters gibt es eine Reihe von Unterschieden in der Funktionalität einzelner Gerätetypen, so können beispielsweise gewisse stationäre Geräte zu-

sätzlich Sensoren überwachen (Brandmelder, Bewegungssensoren etc.) und gewisse mobile Geräte verfügen über eine GPS-Ortungsfunktion. Die Wahl des Geräts ist in hohem Ausmass von persönlichen Präferenzen und Lebensumständen abhängig.

79. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nicht auch eine direkte Benachrichtigung von Angehörigen, respektive Einsatzkräften durch die hilfsbedürftige Person ein mögliches Substitut für ein umfassendes Senioren-Notrufsystem darstellt. So existieren spezialisierte Telefongeräte für Senioren, welche auf Knopfdruck bestimmte vorprogrammierte Nummern automatisch anwählen. Dazu kann festgehalten werden, dass dies kein vollwertiger Ersatz für eine Notrufzentrale darstellt, da die Kommunikationsfähigkeit der hilfesuchenden Person eingeschränkt sein oder ein umfassendes soziales Netzwerk fehlen könnte. Angehörige verfügen zwar über Informationen über die anrufende Person, sind aber nicht jederzeit verfügbar. Einsatzzentralen von Sanität, Polizei, Rega etc. sind zwar immer erreichbar, verfügen aber über keine hinterlegten Informationen zum Gesundheitszustand und möglichen Kontaktpersonen der anrufenden Person. Schliesslich gibt es individuelle Notlagen, welche keiner Intervention von beispielsweise Sanitätsdiensten bedürfen, sondern beispielsweise durch den Hausarzt oder Angehörige abgedeckt werden können. So dient die Notrufzentrale eines Senioren-Notrufsystems auch der Prävention von potentiell kostspieligen Fehlalarmen.

80. Selbständige Senioren, welche beispielsweise in ein ausreichendes soziales Netzwerk eingebettet sind, können diese Triage-Funktion in den meisten Fällen wohl selbst wahrnehmen. Hingegen richtet sich ein Senioren-Notrufsystem hauptsächlich gerade an solche Senioren, welche in ihren Möglichkeiten soweit eingeschränkt sind, dass sie in einer Notsituation nicht mehr in der Lage wären, zeitgerecht die richtigen Personen oder Stellen zu benachrichtigen und diese dann auch umfassend zu informieren. Für diese Personengruppe ist dementsprechend die selbständige Benachrichtigung von Einsatzkräften kein Substitut für ein umfassendes Senioren-Notrufsystem. Dementsprechend betrachtet das Sekretariat Telefongeräte, welche eine direkte Verbindung zu Angehörigen und Einsatzkräften herstellen, nicht als Teil des relevanten Marktes.

81. Vorliegend geht das Sekretariat von einem sachlich relevanten Markt für Senioren-Notrufsysteme aus, welcher sowohl die Bereitstellung von entsprechenden Notrufgeräten als auch deren Anbindung an eine entsprechende Callcenter-Dienstleistung umfasst.

B.3.2.2 Räumlich relevanter Markt

82. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Die Marktgegenseite bilden die Senioren, welche die Dienstleistung eines Notrufsystems nachfragen. Für Senioren ist von Bedeutung, dass sie im Notfall die benötigte kompetente Hilfe erhalten. Faktoren, die sie bei der Wahl des Notrufsystems beeinflussen können, wären z.B. der gute Ruf eines Unternehmens, gute Beratung oder der Preis. Hingegen ist es für Senioren zweit-

rangig, wo das Unternehmen in der Schweiz angesiedelt ist, solange die Beratung zu Hause stattfindet, die Hilfe vor Ort gut organisiert wird und die involvierten Mitarbeiter ihre Sprache sprechen. Diese Kriterien kann ein Unternehmen jedoch in der ganzen Schweiz erfüllen, zumal die Erbringung der Callcenter-Dienstleistung weitestgehend ortsunabhängig ist.

83. So existieren einige Unternehmen, welche ihr Senioren-Notrufsystem schweizweit anbieten, wie beispielsweise die Medphone AG und die Vitatel AG. Hingegen erscheint es als eher unwahrscheinlich, dass Senioren ein Senioren-Notrufsystem im Ausland nachfragen. So müsste im Notfall Hilfe beispielsweise von Ärzten oder Krankenwagen organisiert werden, was für ausländische Firmen einige Schwierigkeiten bereiten dürfte. Aufgrund der gemachten Ausführungen kann davon ausgegangen werden, dass der räumlich relevante Markt wahrscheinlich national abgegrenzt werden kann.

84. Dementsprechend geht das Sekretariat in der nachfolgenden Analyse davon aus, dass der relevante Markt Senioren-Notrufsysteme in der Schweiz umfasst, wobei diese Dienstleistung die Bereitstellung eines Notrufgeräts und den Anschluss dieses Gerätes an eine Notrufzentrale umfasst.

B.3.2.3 Aktuelle Konkurrenz

85. Aus den Angaben des SRK⁴⁰ geht hervor, dass das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren schweizweit über ca. [...] Anschlüsse verfügt. Somit ist das SRK, wohl nicht zuletzt aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit in diesem Bereich, in der Schweiz bei weitem die grösste Anbieterin von Senioren-Notrufsystemen.

Tabelle 1: Marktanteile

Unternehmen	Anschlüsse	%
SRK	[...]	[50–60] %
Medphone AG	[...]	[3–13] %
Vitatel AG	[...]	[3–13] %
Sawires AG	[...]	[0–10] %
Weitere	[...]	[20–30] %
Total	20'000	100 %

Quelle: Fragebogen. Zusammenfassung: Sekretariat.

90. So kann davon ausgegangen werden, dass das SRK schätzungsweise mit über der Hälfte der in der Schweiz vorhandenen Anschlüsse weitaus die grösste Anbieterin von Senioren-Notrufsystemen ist. Hingegen existieren zwar einige national und regional tätige Anbieter von Senioren-Notrufsystemen, welche aber jeweils weitaus kleiner sind als das SRK. Auch ist davon auszugehen, dass das SRK aufgrund seines hohen Bekanntheitsgrades und der durch das SRK erbrachten vielfältigen gemeinnützigen Dienstleistungen gewisse Wettbewerbsvorteile gegenüber kommerziellen Anbietern von Senioren-Notrufsystemen hat. Die Subventionierung des Rot-

86. Von den durch das Sekretariat befragten Konkurrenten hat die Sawires AG ca. [...] Telefonanschlüsse mit einem Notrufsystem ausgerüstet, verteilt auf die Kantone Zürich, Schaffhausen, Thurgau, Aargau und Basel-Land. Gemäss eigenen Angaben hat die Vitatel AG weniger als [...] Kunden, welche hauptsächlich in der Deutschschweiz wohnhaft sind. Die Vitatel AG verfügt allerdings auch über vereinzelte Kunden, welche im Kanton Tessin und in der Romandie wohnhaft sind. Die Medphone AG zählt ca. [...] Senioren schweizweit zu ihren Kunden.

87. Neben den genannten Unternehmen gibt es noch eine Reihe kleinerer Anbieter von Notrufsystemen für Senioren wie z.B. die Überland-Funk Stadnik & Brunner AG, die Notruf-Organisation 24 Petschen Gion und die Signakom GmbH. Zudem hat im November 2011 die Life Watch AG mit der Tracker.ch AG ein Joint Venture gegründet, welches seit Dezember 2011 ein Senioren-Notrufsystem anbietet.

88. Zusätzlich werden in den Kantonen Genf, Tessin, Waadt und Wallis, die kein Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren anbieten, vergleichbare Dienstleistungen durch andere Organisationen erbracht.

89. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung konnte das Sekretariat keine abschliessende Erhebung zur Gesamtgrösse des Marktes für Senioren-Notrufsysteme durchführen. Allerdings gibt es gemäss übereinstimmenden Schätzungen von Medcall und der Sawires AG schweizweit etwa 20'000 Anschlüsse, die mit einem Notrufsystem für Senioren verbunden sind.

kreuz-Notrufsystems für Senioren durch den AHV Fonds (vgl. Rz 64) stellt einen weiteren Wettbewerbsvorteil für das SRK dar.

91. Zusammenfassend kann gegenwärtig von einer sehr starken Stellung des SRK auf dem Markt für Senioren-Notrufe ausgegangen werden. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass die Anwesenheit einer Reihe von privater Konkurrenten eine gewisse disziplinierende Wirkung auf das Verhalten des SRK, insbesondere auch bezüglich der Preissetzung, haben dürfte.

⁴⁰ Stellungnahme des SRK vom 5. März 2012.

B.3.2.4 Potentielle Konkurrenz

92. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Markteintrittsschranken im Bereich Senioren-Notrufsysteme vergleichsweise gering sind. Insbesondere wenn die Bereitstellung der im Rahmen des Senioren-Notrufsystems erbrachten Callcenter-Dienstleistung an eine Drittfirma ausgelagert wird und auch die Notrufgeräte von einem Drittanbieter eingekauft werden, ist ein Markteintritt nicht mit grossen Investitionen verbunden. Vielmehr genügt es die verschiedenen Komponenten eines Senioren-Notrufsystems zu bündeln und zu vermarkten.

93. Gegen ein Vorhandensein von hohen Markteintrittsschranken spricht auch die Tatsache, dass auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme mehrheitlich relativ kleine Betriebe tätig sind. Auch scheinen Markteintritte mit einer gewissen Regelmässigkeit zu erfolgen. So wurde die Sawires AG im Jahr 2007 gegründet. Im Jahr 2011 sind die Life Watch AG und Tracker.ch AG mit einem neu gegründeten Joint Venture in diesen Markt eingetreten (vgl. Rz 87). Aus letzterem Beispiel kann auch gefolgert werden, dass ein Eintritt in den Markt für Senioren-Notrufsysteme in relativ kurzer Zeit erfolgen kann.

94. Zusätzlich zu den eher tiefen Markteintrittsschranken ist festzuhalten, dass die bestehenden Kunden des Rotkreuz-Notrufsystems für Senioren nur über eine Mindestvertragsdauer von drei Monaten fest gebunden sind, wonach eine Kündigung jeweils auf Monatsende möglich ist. Schliesslich ist davon auszugehen, dass der Markt für Senioren-Notrufsysteme aufgrund der demographischen Entwicklung zukünftig tendenziell wachsen dürfte.

B.3.2.5 Zwischenergebnis

95. Im Rahmen einer Vorabklärung kann in der Regel nicht abschliessend beurteilt werden, ob sich ein Unternehmen auf gewissen Märkten unabhängig verhalten kann. Trotz den vergleichsweise geringen Markteintrittsschranken, kann aber aktuell zumindest von einer sehr starken Stellung des SRK ausgegangen werden.

B.3.2.6 Unzulässige Verhaltensweisen auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme

96. Aufgrund der vorhergehenden Erwägungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass das SRK auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Dementsprechend ist zu prüfen, ob gegebenenfalls ein Missbrauch im Sinne von von Art. 7 KG einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegen könnte.

B.3.2.6.1. Erzwingung von unangemessenen Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen

97. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht

(Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Ein Preis gilt als unangemessen, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist.

98. Das SRK bietet das Seniorennotrufsystem durch ihre RK-KV jeweils kantonal an. Wobei die Tarife in den Kantonen nicht identisch sind. Von sämtlichen RK-KV und von den Konkurrenzunternehmen wird eine einmalige Aufschaltgebühr verlangt, die überall in etwa vergleichbar hoch ist. Zudem werden monatlich unterschiedliche Mietpreise für die Geräte verlangt. Es stellt sich somit die Frage, ob das SRK in einigen Kantonen unangemessene Preise von den Senioren erzwingt.

99. Im Kanton Schwyz, dem Kanton mit den tiefsten Mietpreisen, beträgt die Miete für das Notrufsystem Casa CHF 33.– exkl. Mehrwertsteuer pro Monat. [...]. Im Kanton Solothurn sind die Mietpreise mit CHF 60.– pro Monat am höchsten. Doch selbst in diesem Kanton ist der Preis verglichen mit der Konkurrenz nur etwas teurer. Daher muss davon ausgegangen werden, dass die Preise der einzelnen RK-KV durchaus im Verhältnis zur angebotenen Leistung stehen und daher kaum als unangemessen betrachtet werden können.

100. Trotzdem ist es für die Senioren ziemlich einschränkend, dass diese nur beim kantonseigenen RK-KV die Dienstleistung des SRK in Anspruch nehmen können. Es steht ihnen jedoch jeder Zeit frei, einen Wechsel zur Konkurrenz in Betracht zu ziehen.

101. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das SRK keine unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG von den Senioren erzwingt.

B.3.3 Markt für Callcenter-Dienstleistungen

102. Für ihre Tätigkeit auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme tritt das SRK auf dem vorgelagerten Markt für Callcenter-Dienstleistungen als Nachfragerin auf.⁴¹ Um festzustellen, ob sich das SRK in diesem Zusammenhang gegenüber anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Insbesondere wird bei der Festlegung des relevanten Marktes geprüft, ob die Anzeigerin sachlich und räumlich alternative Absatzmöglichkeiten hatte.

B.3.3.1 Sachlich relevanter Markt

103. Wiederum umfasst der sachlich relevante Markt, analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

⁴¹ Für die Erbringung der Dienstleistung eines Senioren-Notrufsystems fragt das SRK auch weitere Vorleistungen gegenüber Drittunternehmen nach, namentlich die Notrufgeräte. Dies ist allerdings nicht Gegenstand dieser Vorabklärung.

104. Für eine beherrschende Stellung auf der Nachfrageseite hat die Marktabgrenzung aus Sicht der Hersteller zu erfolgen. Ausgangspunkt ist das Produkt, das der Hersteller selbst produziert oder vertreibt. So stellt sich in Fällen von Nachfragemacht die Frage der Substituierbarkeit verschiedener Absatzkanäle aus Sicht eines Herstellers.⁴² Insbesondere ist festzustellen, inwiefern bei Abbruch einer Lieferbeziehung ein Lieferant den Verlust des Verkaufsvolumens durch die Erschliessung neuer Absatzkanäle respektive durch die Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden ausgleichen kann.⁴³

105. Es zeigt sich aus der Breite der Offerenten im Rahmen der Ausschreibung des SRK, dass Callcenter-Anbieter unterschiedlichster Spezialisierungen, beispielsweise Sicherheit im Falle von Protectas oder telemedizinische Dienstleistungen im Falle von Medi 24, die Callcenter-Dienstleistung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren mit dem bestehenden Personal und der bestehenden Infrastruktur erbringen können.

106. Auch Medicall bietet eine breite Palette an Callcenter-Dienstleistungen an, welche weit über den Senioren-Notruf hinausgehen. So bietet Medicall ausserhalb des Bereichs Personennotruf (unter welchen Medicall auch die Callcenter-Dienstleistung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren zählt) auch Callcenter-Dienstleistungen an bezüglich medizinischer Assistance, technischer Assistance sowie eine breite Palette an kundenspezifischen Dienstleistungen (beispielsweise die Durchführung von Kundenbefragungen).⁴⁴ Dementsprechend kann gefolgert werden, dass die Anzeigerin den Wegfall des SRK als Nachfrager durch die Ausweitung ihrer Dienstleistungen in all diesen Bereichen gegenüber aktuellen und potentiellen Kunden kompensieren kann.

107. So kann davon ausgegangen werden, dass Medicall mit der bestehenden Infrastruktur auf sehr breite, wenn nicht sogar die gesamte Palette an Callcenter-Dienstleistungen erfüllen kann. Gesamthaft kann daher festgestellt werden, dass der sachliche Markt von sämtlichen Callcenter-Dienstleistungen betrachtet werden kann. Allenfalls wäre eine engere Marktabgrenzung auf einen Markt für Callcenter-Dienstleistungen, welche die Entgegennahme von Anrufen in Notfällen und/oder Schadenssituationen während 24h/Tag Anrufe umfasst, denkbar. Letztlich kann die genaue Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes allerdings offen gelassen werden, da auch bei einer engen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung des SRK vorliegt.

B.3.3.2 Räumlich relevanter Markt

108. Bezüglich der räumliche Abgrenzung des Marktes für Callcenter-Dienstleistungen gilt wiederum die Feststellung, dass diese naturgemäss weitgehend ortsunabhängig erfolgen. So kann der Markt für Callcenter-Dienstleistungen mindestens als schweizweit abgegrenzt werden. So lange Personal mit entsprechenden Sprachkenntnissen verfügbar, wären auch Dienstleistungen gegenüber internationalen Kunden möglich, so dass auch eine weitere geographische Marktabgrenzung denkbar wäre.

109. Zusammenfassend geht das Sekretariat im vorliegenden Fall von einem relevanten Markt für Callcenter-

Dienstleistungen in der Schweiz aus, wobei letztlich die genaue Marktabgrenzung offen gelassen werden kann, da selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung des SRK vorliegt.

B.3.3.3 Marktstellung

110. Der Anteil des SRK als Nachfrager auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen ist verschwindend klein. Selbst bei der engeren Marktabgrenzung auf einen Markt für Callcenter-Dienstleistungen, welche während 24h/Tag Anrufe in Notfällen und/oder Schadenssituationen entgegennehmen, hätte das SRK nur einen kleinen Marktanteil. Denn neben dem SRK mit dem Notrufsystem für Senioren fallen unter anderem auch Callcenter, welche Assistance- bzw. Notrufdienstleistungen anbieten sowie medizinische Hotlines darunter. Auch bei dieser Marktabgrenzung ist das SRK verglichen mit Krankenkassen, Versicherungsgesellschaften etc. keine kritische Grösse (siehe auch Rz 113).

111. Während das SRK über eine starke oder sogar möglicherweise marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme verfügt, ist dies als Nachfragerin auf dem vorgelagerten Markt für Callcenter-Dienstleistungen nicht der Fall. So kann festgestellt werden, dass das SRK als Nachfrager auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen über keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Somit erübrigt sich eine generelle Überprüfung von Missbräuchen durch das SRK auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen im Sinne von von Art. 7 KG.

112. Hingegen sind allenfalls unzulässige Verhaltensweisen des SRK im Sinne von von Art. 7 KG auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen zu prüfen, falls eine individuelle Abhängigkeit von Medicall gegenüber dem SRK besteht. Ebenso stellt sich die Frage, ob im Falle einer möglichen marktbeherrschenden Stellung des SRK auf dem Markt für Senioren-Notrufsysteme, möglicherweise eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung der auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen tätigen Curena vorliegt.

B.3.3.4 Individuelle Abhängigkeit von Medicall gegenüber dem SRK

113. Wie vorher festgestellt, hält das SRK als Nachfrager auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen kein marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG inne. Allerdings hält Medicall fest, dass gemessen am Gesamtumsatz die Nachfrage des SRK im Jahr 2009 einen Anteil von [20–30 %] ausmachte, welcher im Jahr 2012 auf geschätzte [0–10 %] sinken würde: So stellt sich die Frage eines allfälligen individuellen Abhängigkeitsverhältnisses von Medicall gegenüber dem SRK.

⁴² Vgl. RPW 2007/4, 522, Rz 37, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse.

⁴³ Vgl. RPW 2008/1, 196 f., Rz 555, Migros/Denner.

⁴⁴ <http://www.medical.ch/ueber-uns/>, besucht am 13. September 2012.

114. Im Fall CoopForte⁴⁵ wurden konkrete Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens eines Abhängigkeitsverhältnisses aufgeführt. Gemäss diesen Kriterien wird davon ausgegangen, dass ein Abhängigkeitsverhältnis eines Lieferanten gegenüber einem Nachfrager gegeben ist, falls folgende Bedingungen erfüllt werden:

- Für den Lieferanten existieren keine vergleichbaren Abnehmer für die angebotenen Güter oder Dienstleistungen und die zusätzliche Nachfrage anderer Abnehmer auf dem Markt ermöglicht es dem Lieferanten nicht, seine Fixkosten zu decken.
- Notwendigkeit spezifischer Aktiva: Gebäude und Einrichtungen, gegebenenfalls Beschäftigte sowie die Forschung und Entwicklung des Lieferanten sind (teilweise) spezialisiert auf die Fabrikation der Güter oder Dienstleistungen des Händlers und können mit einem ökonomisch vertretbaren Kostenaufwand für die Produktion anderer Güter oder Dienstleistungen weder verwendet noch angepasst werden.

115. Wie schon aus den Überlegungen zum Markt für Callcenter-Dienstleistungen hervorgeht (siehe Rz 106 und 107), stehen Mediall bei einem Wegfall der Nachfrage des SRK viele alternative Abnehmer für ihre Dienstleistungen offen. Somit ist das erste Kriterium für das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses von Mediall gegenüber dem SRK nicht gegeben.

116. Zudem verlangt die Bereitstellung der Callcenter-Dienstleistung für das Notrufsystem für Senioren keine Notwendigkeit zu Investitionen in spezifische Aktiva, welche nicht auch mit einem ökonomisch vertretbaren Kostenaufwand für die Produktion anderer Callcenter-Dienstleistungen verwendet werden können: Die Callcenter-Infrastruktur, welche für den Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren benötigt wird, kann ohne weiteres für die Erbringung anderer Callcenter-Dienstleistungen verwendet werden. Allenfalls würden Kosten für softwareseitige Anpassungen entstehen, welche aber ohne weiteres als ökonomisch vertretbar zu betrachten sind, zumal diese auch auf einen möglichen neuen Kunden überwältigt werden könnten.

117. Des Weiteren verlangt die Callcenter-Dienstleistung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren auch nicht die Rekrutierung von hochspezialisiertem, nur für diesen konkreten Zweck einsetzbarem Personal. Aus den Ausschreibungskriterien des SRK gehen hauptsächlich Sprachkenntnisse in den Landessprachen und Empathie-Fähigkeit als Soll-Kriterien hervor.

118. So kann gemäss den gegenwärtig vorliegenden Informationen davon ausgegangen werden, dass kein individuelles Abhängigkeitsverhältnis von Mediall gegenüber dem SRK besteht.

119. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte vorliegen, dass das SRK als Nachfrager von Callcenter-Dienstleistungen marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist oder dass ein individuelles Abhängigkeitsverhältnis der Anzeigerin gegenüber dem SRK besteht.

120. Wie aus den vorhergehenden Überlegungen zur allfälligen individuellen Abhängigkeit von Mediall ge-

genüber dem SRK hervorgeht, hat Mediall genügend Möglichkeiten den Verlust des Verkaufsvolumens des SRK durch die Erschliessung neuer Absatzkanäle respektive durch die Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden auszugleichen. Somit ist auch nicht ersichtlich, inwiefern das Verhalten des SRK gegenüber Curena geeignet sein sollte, Mediall in der Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu behindern.

121. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Anzeigerin, neben dem allgemeinen Vorwurf einer wettbewerbsrechtswidrigen Verhaltens des SRK, geltend macht, dass es für die durch das SRK gewählte Exklusivität der Notrufzentrale keine praktischen und technischen Gründe gäbe und dass analog zum Art. 8 BöB⁴⁶ der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter gelten würde.⁴⁷

122. Generell kommen kartell- und vergaberechtliche Normen kumulativ zur Anwendung.⁴⁸ So können grundsätzlich Ausschreibungskriterien kartellrechtlich überprüft werden, sofern durch deren Festlegung bzw. Anwendung ein missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG vorliegt. Eine kartellrechtswidrige Diskriminierung liegt mithin nur bei der Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 7 KG vor. Hingegen stellt Art. 7 KG keine Aufangnorm zur Überprüfung beschaffungsrechtlicher Grundsätze dar.⁴⁹

123. Im vorliegenden Fall ist allerdings vorab festzuhalten, dass die Vergabe der Callcenter-Dienstleistung für das Rotkreuz-Notrufsystem für Senioren durch das SRK gerade nicht dem BöB untersteht.⁵⁰ Des Weiteren liegen keine Hinweise für einen Verstoss des SRK gegen Art. 7 KG vor, weder direkt auf dem Markt für Callcenter-Dienstleistungen noch wie nachfolgend ausgeführt über eine allfällige Quersubventionierung der Tätigkeit der Curena. Somit entzieht sich auch die inhaltliche Überprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens einer kartellrechtlichen Beurteilung. Andererseits bringt das SRK unter anderem folgende Gründe für das gewählte Vorgehen vor:

- Die weitgehende Konzentration auf eine Anbieterin von Callcenter-Dienstleistungen wurde bereits zuvor praktiziert und hat sich dementsprechend bewährt (siehe Rz 24).
- Die Standardisierung, Qualitätssicherung und Weiterentwicklung eines Produkts sei bei einer internen Lösung einfach und besser umzusetzen.

⁴⁵ RPW 2005/1, 161 f., Rz 98, CoopForte.

⁴⁶ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).

⁴⁷ Anzeige vom 28. Juni 2011, Rz 43-45.

⁴⁸ RPW 2005/1, 191 f., Ziffer 5.2, Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko.

⁴⁹ RPW 2007/4, 521, Rz 29, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse.

⁵⁰ Die dem BöB unterstehenden Auftraggeberinnen sind in Art. 2 BöB festgehalten und umfassen neben der allgemeinen Bundesverwaltung unter anderem die Eidgenössische Alkoholverwaltung sowie die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten.

- Nach erfolgter Konzentration der RK-KV auf die Curena sei die kritische Grösse erreicht, so dass diese interne Lösung längerfristig betrachtet günstiger oder jedenfalls nicht teurer sei als eine Auslagerung.
- [...].

124. Während sich die Beurteilung der Kriterien, nach welchen die vorliegende Neuausschreibung durch das SRK erfolgte, einer kartellrechtlichen Beurteilung entziehen, ist festzuhalten, dass SRK eine Reihe von sachlichen Gründen für den Entscheid zu Gunsten einer Zusammenarbeit mit Curena vorgelegt hat.

B.3.3.5 Quersubventionierung

125. Die Anzeigerin hat die Vermutung geäussert⁵¹, dass Curena durch den RK-KV Zürich quersubventioniert wird. Mediacall stützt sich auf die Tatsache, dass aus dem Jahresbericht 2009 hervorgeht, dass der RK-KV Zürich Curena in jenem Jahr einerseits ein Darlehen gewährt und andererseits eine Patronatserklärung abgegeben hat. Ebenfalls wird angemerkt, dass das SRK durch finanzielle Beiträge an den RK-KV Zürich Curena indirekt subventioniere und demnach ebenfalls dazu beigetragen habe, Curena beim „Vergabeverfahren“ finanziell zu unterstützen. Deshalb gilt es die Frage zu beantworten, ob hierbei eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung vorliegt.

126. „Eine Quersubventionierung erfolgt, wenn ein Unternehmen Erträge aus einem Bereich benutzt, um auf einem anderen Markt die Verluste eines anderen Dienstes abzudecken. An sich ist ein solches Verhalten kartellrechtlich unbedenklich. Es kann aber als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden, wenn die Erträge aus einem Monopolbereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, welcher ein strukturelles Defizit aufweist. Ein solches liegt vor, wenn die Einnahmen dieses Dienstes auf Dauer die eigenen Grenzkosten nicht decken, so dass dieses Defizit durch zusätzliche Erträge aus dem Monopolbereich gedeckt werden muss. Indessen ist es nicht erforderlich, dass die nachgelagerten Dienste von Anfang an rentabel sind. So sind vorübergehende Verluste für Investitionen in der Aufbauphase durchaus zulässig. Solche Dienste müssen aber auf Dauer zumindest selbsttragend sein. Wann genau der so genannte „Breakeven“ eintritt, ist indessen nicht relevant. Es muss lediglich feststehen, dass er in absehbarer Zukunft zu erwarten ist.“⁵²

127. Die Abgeltung der Leistung, welche die angeschlossenen RK-KV von Curena beziehen, ist im Rahmenvertrag des SRK mit Curena geregelt. Wie aus den Offerten hervorgeht, sind die Preise, welche Curena verlangt, vergleichbar oder teilweise sogar leicht höher als die der anderen offerierenden Anbieter von Callcenter-Dienstleistungen. Da es sich bei letzteren grossmehrheitlich um profitorientierte Unternehmen handelt, ist somit davon auszugehen, dass diese Preise zumindest bei diesen die entstehenden Grenzkosten decken. Dementsprechend sollte dies grundsätzlich auch bei Curena möglich sein.

128. Aus den Aussagen des SRK und Curena geht hervor, dass erwartet wird, dass Curena mittelfristig selbsttragend sein sollte. Zudem liegt dem Sekretariat der

ursprüngliche Businessplan vor, welcher vor der Gründung von Curena erstellt wurde. Dieser wurde in Folge auch nie revidiert und bestätigt somit die Darstellung des SRK.

129. Obwohl natürlich erst retrospektiv festgestellt werden kann, ob ein Geschäft auf Dauer selbsttragend ist, ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Einnahmen der Curena die eigenen Grenzkosten auf Dauer decken können. So bestehen deshalb vorliegend keine Anzeichen für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung.

130. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das SRK als Nachfrager von Callcenter-Dienstleistungen keine marktbeherrschende Stellung innehat und auch keine individuelle Abhängigkeit von Mediacall gegenüber dem SRK besteht. Selbst im hypothetischen Fall, dass das SRK als Nachfrager von Callcenter-Dienstleistungen marktbeherrschend wäre, würden gegenwärtig keine hinreichenden Hinweise auf eine missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen. Auch liegen keine Hinweise für eine kartellrechtlich unzulässige Quersubventionierung von Curena durch das SRK vor.

C Problematik der Finanzhilfe für das Senioren-Notrufsystem des SRK

131. Gemäss dem zwischen dem SRK und der Schweizerischen Eidgenossenschaft abgeschlossenen Leistungsvertrag soll die Umsetzung der Strategie des Bundesrates für eine schweizerische Alterspolitik unterstützt werden. Dafür erhält das SRK im Bereich des Senioren-Notrufsystems CHF [...] – pro Jahr (vgl. Rz 64). Eine der Voraussetzungen, die gemäss Subventionsgesetz erfüllt sein müssen, ist die Tatsache, dass die Aufgabe ohne die Finanzhilfe nicht hinreichend erfüllt werden könnte (Art. 6 Bst. c SuG).

132. Es ist möglich, dass das Senioren-Notrufsystem früher ohne Finanzhilfe nicht angeboten worden wäre. Heute scheint sich das Notrufsystem für Senioren jedoch aufgrund der demographischen Entwicklung immer mehr zu einem lukrativen Geschäftszweig zu entwickeln. Somit besteht die Möglichkeit, dass diese Aufgabe auch ohne staatliche Finanzhilfe hinreichend erfüllt werden könnte, so dass fraglich ist, ob die Voraussetzungen für die bundesrechtliche Finanzhilfe überhaupt gegeben sind.

133. Unabhängig davon steht das SRK im Bereich des Senioren-Notrufsystems in direktem Wettbewerb mit privaten Anbietern. Durch die Finanzhilfe erhält es einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, der zu einer Wettbewerbsverzerrung führt. Das Sekretariat wird daher Kontakt mit dem BSV aufnehmen und die Problematik thematisieren.

⁵¹ Anzeige vom 28. Juni 2011, Rz 47 und 48.

⁵² Vgl. RPW 2004/2, 443, Rz 160, Swisscom ADSL.

D Schlussfolgerungen

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

1. dass nicht genügend Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen;
 2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
 3. teilt dem SRK sowie Mediall die Einstellung der Vorabklärung mit;
 4. teilt dem BSV die kartellrechtlichen Bedenken mit und lässt ihm eine Kopie des Schlussberichtes zukommen.
-

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. Oktober 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Oktober 2012

1. Am 3. Oktober 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und der Ringier AG (nachfolgend Ringier) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.¹ Danach beabsichtigen Tamedia und Ringier die gemeinsame Kontrolle über die jobs.ch holding ag (nachfolgend jobs.ch holding) und deren Tochtergesellschaften und Beteiligungen (nachfolgend jobs.ch-Gruppe) sowie über die Jobup AG (nachfolgend: Jobup) und deren Tochtergesellschaft (nachfolgend: Jobup-Gruppe) zu übernehmen.²

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.³

3. Ringier ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten der Ringier-Gruppe. Diese gibt in verschiedenen Ländern Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.⁴

4. Die jobs.ch holding ist gemäss Meldung eine reine Holdinggesellschaft, deren Zweck darin besteht, Beteiligungen zu halten. Die jobs.ch holding halte [...] % an der jobs.ch ag (nachfolgend jobs.ch). Ausser dieser Beteiligung verfüge die jobs.ch holding über keine weiteren

Beteiligungen und auch über keine anderen Geschäftsaktivitäten. Die jobs.ch betreibe unter den Domain-Namen „jobs.ch“ und „topjobs.ch“ Online-Marktplätze für Stellen. Unternehmen, Behörden und Organisationen könnten auf diesen Marktplätzen Rubrikanzeigen für Stellen schalten, und Stellensuchende könnten dort eine für sie geeignete Stelle suchen. Weiter betreibe jobs.ch unter den Domain-Namen „medtalents.ch“, „ingjobs.ch“, „jobs4sales.ch“, „jobs4finance.ch“ und „ictcareer.ch“ Online-Marktplätze. Bei diesen Marktplätzen handle es sich jedoch nicht um eigenständige Angebote, sondern fast ausschliesslich um weitere Publikationsorte von den bei jobs.ch gebuchten Inseraten in bestimmten Branchen (z. B. Gesundheitswesen, Engineering). Daneben biete jobs.ch den Inserierenden und den Stellensuchenden gewisse mit dem Marktplatz zusammenhängende Dienstleistungen an, wie z. B. „Job.DNA“, dank denen die Stellensuchenden passende Stellen finden könnten.

5. Jobs.ch halte [...] % an der Stellen.com AG (nachfolgend Stellen.com). Stellen.com betreibe unter dem Domainnamen „stellen.ch“ einen Online-Marktplatz für Stellen. Bei diesem Marktplatz handle es sich jedoch nicht um ein eigenständiges Angebot, sondern fast ausschliesslich um einen weiteren Publikationsort von den bei „jobs.ch“ gebuchten Inseraten. Weiter halte jobs.ch [...] % an der x28 AG (nachfolgend x28), welche die Metaportale „jobagent.ch“ sowie „banker-jobs.ch“ betreibe. Ferner betreibe x28 unter anderem in Zusammenarbeit mit der Solothurner Handelskammer den Online-Marktplatz für Stellen „solothurn-jobs.ch“, der aber erst in der zweiten Jahreshälfte 2011 in den Markt eingetreten sei. Mit der Beteiligung an x28 seien Kontrollrechte im fusionskontrollrechtlichen Sinn verbunden. Daneben erbringe x28 gewisse Dienstleistungen im Zusammenhang mit Arbeitsmarktdaten, Datenextraktion und Crawling/Spidering. Jobs.ch halte ferner 49 % an der karriere.at Informationsdienstleistung GmbH (nachfolgend karriere.at). Mit dieser Beteiligung seien ebenfalls

¹ Meldung vom 1. Oktober 2012 (nachfolgend Meldung).

² Vgl. Meldung, Rz 1.

³ Vgl. Meldung, Rz 4.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 9.

Kontrollrechte verbunden. Karriere.at betreibe unter den Domainnamen „karriere.at“, „jobs.at“, „green-jobs.at“ und „stellenangebote.at“ in Österreich Online-Marktplätze für Stellen. Daneben halte jobs.ch noch [...] % an der karriere.ch AG. Mit dieser Beteiligung seien aber keine Kontrollrechte verbunden.⁵

6. Die Jobup-Gruppe besteht gemäss Meldung aus zwei Gesellschaften, der Jobup und der Jobsuchmaschine AG (nachfolgend Jobsuchmaschine). Jobup betreibe unter den Domainnamen „jobup.ch“, „jobwinner.ch“ und „alpha.ch“ Online-Marktplätze für Stellen. Jobup sei heute eine 100-%ige Tochtergesellschaft von Tamedia. Jobup halte heute 49 % an Jobsuchmaschine und kontrolliere diese Gesellschaft gemeinsam mit einer natürlichen Person. Auf der Grundlage einer bereits bestehenden Kaufverpflichtung werde Jobup im Jahr 2013 auch die übrigen 51 % erwerben, womit Jobup über die alleinige Kontrolle verfügen werde. Jobsuchmaschine betreibe unter dem Domainnamen „jobsuchmaschine.ch“ ein Metaportal für Stellenangebote.⁶ Der geplante Erwerb der übrigen 51 % der Jobsuchmaschine ist nicht Gegenstand der Meldung und damit der vorliegenden vorläufigen Prüfung. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist auf die heutigen, tatsächlichen Umstände abzustellen. Entsprechend ist von einer Beteiligung von 49 % der Jobup an der Jobsuchmaschine auszugehen.

7. Es handelt sich vorliegend um einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Es wird ein Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) gegründet.

8. Aufgrund der gemeldeten Angaben nach der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens ist grundsätzlich von gemeinsamer Kontrolle von Tamedia und Ringier über die jobs.ch holding und die Jobup auszugehen. Bezüglich der verschiedenen, im Aktionärsbindungsvertrag enthaltenen Optionen, deren Ausübung bzw. Nichtausübung zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse führen würde, bleibt anzumerken, dass der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens nur rechtliche und tatsächliche Umstände zugrunde zu legen sind, die im Zeitpunkt der Meldung feststehen; nicht aber hypothetische Gesichtspunkte, deren wirtschaftliche Bedeutung zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nicht abgeschätzt werden kann.⁷ Entsprechend ist die Ausübung bzw. Nichtausübung der verschiedenen vereinbarten Optionen nicht Gegenstand der vorliegenden Prüfung. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die gemeinsame Kontrolle im in der Meldung beschriebenen Sinne ausgeübt und beibehalten wird. Ergeben sich demgegenüber aufgrund der Ausübung bzw. Nichtausübung der verschiedenen Optionen Änderungen in Bezug auf die Kontrollverhältnisse, ist dies unter Umständen erneut meldepflichtig.

9. Die Haupttätigkeit sowohl der jobs.ch-Gruppe als auch der Jobup-Gruppe besteht gemäss Meldung darin, Online-Marktplätze für Stellen zu betreiben. Beide seien seit mehreren Jahren in den Werbe- und Nutzermärkten

für Stellen-Rubrikanzeigen selbständig tätig. Sie erbrächten in diesen Märkten Dienstleistungen zugunsten von Nutzern und Werbekunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, seien operativ selbständig und verfügten für diese Tätigkeit über ausreichende Ressourcen.⁸ Aufgrund dieser Angaben ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen bestehend aus der jobs.ch-Gruppe und der Jobup-Gruppe ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist.

10. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben führt zu Änderungen der Kontrollverhältnisse der jobs.ch holding als auch der Jobup; folglich liegen zwei Transaktionen vor. Für die Beurteilung der Frage, ob mehrere Transaktionen einen oder mehrere Zusammenschlüsse darstellen, ist es aufgrund der massgebenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise unerheblich, ob ein Kontrollwerb in einem oder mehreren Schritten erfolgt. Massgebend ist vielmehr, ob die verschiedenen Transaktionen eine wirtschaftliche Einheit darstellen.⁹ In der Meldung wird diesbezüglich geltend gemacht, die beiden Transaktionen seien vertraglich miteinander verknüpft, voneinander abhängig und würden sich gegenseitig bedingen. [...] Somit erfolge die Begründung der gemeinsamen Kontrolle über die Jobup-Gruppe (Jobup-Transaktion) nicht ohne den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die jobs.ch-Gruppe (jobs.ch-Transaktion). Die Transaktionen würden sich aber nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich gegenseitig bedingen. Tamedia und Ringier würden diese beiden Transaktionen wirtschaftlich als Einheit betrachten. Ohne die eine Transaktion fände die andere nicht statt.¹⁰ Somit und angesichts des von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zwecks¹¹ ist vorliegend von einem zusammenhängenden Unternehmenszusammenschluss auszugehen, der in einem Verfahren zu prüfen ist.

11. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher meldepflichtig.

12. Das Zusammenschlussvorhaben wurde ebenfalls bei der Bundeswettbewerbsbehörde in Österreich gemeldet. Diese teilte den meldenden Unternehmen mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 mit, dass in der Zusammenschlussache Tamedia AG/Ringier AG/jobs.ch holding ag/Jobup AG kein Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses auch in einem Verfahren vor dem Kartellgericht gestellt worden sei.

13. Die jobs.ch-Gruppe und die Jobup-Gruppe betreiben Online-Marktplätze für Stellen. Damit sind beide im Bereich der Rubrikanzeigen tätig. Entsprechend tangiert das Zusammenschlussvorhaben in erster Linie die Werbe- und Nutzermärkte für Rubrikanzeigen.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 21 ff.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 31 ff.

⁷ Vgl. RPW 2005/2, 313 f. Rz 26, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homagate AG*.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 22 ff. und 89.

⁹ Vgl. RPW 2004/2, 533 Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 446.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 65.

¹¹ Vgl. dazu Meldung, Rz 94.

14. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten. Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.¹²

15. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.¹³

16. Im vorliegenden Fall bestehen sechs betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU: der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz, der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz.

17. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich durchwegs um Märkte im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

18. Der gemeinsame Marktanteil in den betroffenen Märkten von Tamedia, Ringier und jobs.ch holding liegt nach dem Zusammenschlussvorhaben bei zwischen [20 % - 30 %] und [50 % - 60 %]. Tamedia schätzt, dass rund [...] ihres Marktanteils auf Print-Stelleninserate entfällt,¹⁴ welche tendenziell eher rückläufig sind. Obwohl das Zusammenschlussvorhaben zu nicht unerheblichen Marktanteilsadditionen führt, ist zu berücksichtigen, dass die Marktanteile aller beteiligten Unternehmen in den letzten drei Jahren stagnierten bzw. sich sogar – in einigen betroffenen Märkten deutlich – verringerten. Demgegenüber stiegen die Marktanteile der jeweils grössten Konkurrenten in den Inserentenmärkten in den letzten drei Jahren tendenziell an, während sie bei den Nutzermärkten grundsätzlich konstant blieben.¹⁵

19. Der Aufbau einer Online-Stellenplattform ist aus technischer Sicht heutzutage kein Problem. Die Kosten für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften bei wenigen zehntausend Franken liegen. Somit ist für potenzielle Konkurrenten ein Markteintritt grundsätzlich ohne grössere Schwierigkeiten möglich. Dies gilt – aufgrund der bereits vorhandenen Infrastruktur – insbesondere für ausländische Anbieter von Stellen-Plattformen oder Betreibern von anderen Arten von Plattformen. Schwieriger ist es demgegenüber, genügend Nutzer für diese Stellen-Plattformen zu gewinnen. Zusammenfassend ist daher mindestens von ausrei-

chender aktueller Konkurrenz auszugehen. Zu berücksichtigen ist überdies, dass es aufgrund von technologischen Innovationen im Online-Bereich zu raschen Marktanteilsverschiebungen kommen kann.

20. Die Befragung der Marktteilnehmer hat ergeben, dass fast sämtliche Unternehmen ihre Stellen (auch) auf ihrer eigenen Webseite ausschreiben. Diese Ausschreibung wird jedoch nicht als Alternative zur Ausschreibung auf einer Stellenplattform, sondern lediglich als Ergänzung angesehen. Diese Inserate werden sodann dank sog. Metaportalen auch auf spezialisierten Stellen-Plattformen publiziert, ohne dass hierfür ein explizites, kostenpflichtiges Inserieren notwendig wäre. Auch hier stellt sich jedoch die Frage, ob diese Metaportale über genügend Nutzer verfügen. Insgesamt ist von einer genügenden disziplinierenden Wirkung auf die beteiligten Unternehmen auszugehen.

21. Dementsprechend bestehen keine Anzeichen, dass durch den in Rede stehenden Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG kann verzichtet werden.

¹² Vgl. RPW 2011/3, 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3, 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2, 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

¹³ Vgl. RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 146.

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 126 ff; Beilagen 19 – 30 zur Meldung.

B 2.3

2. Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Januar 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Januar 2013

A Sachverhalt

1. Am 18. Dezember 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und der Ringier AG (nachfolgend: Ringier) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.¹ Danach beabsichtigen Tamedia und Ringier, die gemeinsame Kontrolle über die Jobsuchmaschine AG (nachfolgend: Jobsuchmaschine) zu übernehmen.²

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.³

3. Ringier ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten der Ringier-Gruppe. Diese gibt in verschiedenen Ländern Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.⁴

4. Jobsuchmaschine betreibt unter dem Domainnamen „jobsuchmaschine.ch“ ein Metaportal für Stellenangebote und unter dem Domainnamen „jobengine.ch“ einen Online-Marktplatz für Stellenangebote. Daneben betreibt Jobsuchmaschine die Plattform „jobmonitor.ch“. Letztere sucht Firmenwebsites nach Stellenausschreibungen ab und richtet sich nicht an Stellensuchende, sondern primär an Personalvermittler. Die Nutzung dieses Angebots setzt eine Registrierung des Personalvermittlers bei „jobmonitor.ch“ voraus. Stelleninserate bei „jobmonitor.ch“ zu buchen, ist nicht möglich. Jobsuchmaschine verfügt über keine Tochtergesellschaften.⁵

5. Mit dem vorliegenden Zusammenschluss beabsichtigen die Unternehmen Tamedia und Ringier das Unternehmen Jobsuchmaschine vollständig zu übernehmen. Heute hält das Unternehmen Jobup, das unter der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Ringier steht, 49 % der Aktien an Jobsuchmaschine.⁶ Nun soll gestützt auf die bereits seit 2008 bestehende Kaufverpflichtung⁷

noch die letzte Tranche über die verbleibenden 51 % der Aktien der Jobsuchmaschine vollzogen werden. Der Vollzug der letzten Tranche wird entweder kurz vor oder kurz nach dem Vollzug der Transaktion Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup stattfinden.⁸ Indirekte Erwerberrin der verbleibenden 51 % der Aktien der Jobsuchmaschine ist deshalb entweder Jobup (bei Vollzug vor Vollzug der Transaktion Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup) oder das Fusionsprodukt jobs.ch/Jobup (bei Vollzug nach Vollzug der Transaktion Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup).⁹

6. Da Jobup respektive jobs.ch/Jobup in Zukunft unter gemeinsamer Kontrolle von Tamedia und Ringier stehen wird, wird auch Jobsuchmaschine in die gemeinsame Kontrolle von Tamedia und Ringier übergehen. Somit ist vorliegend auch Ringier meldepflichtiges Unternehmen.¹⁰

7. Gemäss Meldung erlangen Tamedia und Ringier mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens durch den Erwerb von Aktien gemeinsam die vollständige Kontrolle über Jobsuchmaschine.¹¹

8. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

9. Jobsuchmaschine betreibt einen Online-Marktplatz für Stellen. Damit ist sie im Bereich der Rubrikanzeigen tätig. Entsprechend tangiert das Zusammenschlussvorhaben in erster Linie die Werbe- und Nutzermärkte für Rubrikanzeigen.

10. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen oder Herausgeber von Print-Medien und auf der Nachfrageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten.¹² Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.¹³

¹ Meldung vom 18. Dezember 2012 (nachfolgend: Meldung).

² Vgl. Meldung, Rz 1.

³ Meldung, Rz 3.

⁴ Meldung, Rz 8.

⁵ Meldung, Rz 15.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 26.

⁷ Meldung, Beilage 7, S. 19.

⁸ Vgl. Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Ringier/Jobup, RPW 2013/1, 81, Rz 1.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 29.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 30.

¹¹ Meldung, Rz 27.

¹² Vgl. Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Ringier/Jobup, RPW 2013/1, 81, Rz 14; RPW 2009/4, 395 Rz 156 ff., Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia.

¹³ Vgl. RPW 2011/3, 411 Rz 6, Tamedia/car4you; RPW 2009/3, 262 Rz 104, Tamedia/PPSR; RPW 2006/2, 382 E 8.3.2, Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten.

11. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen oder Herausgeber von Print-Medien und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.¹⁴

12. Im vorliegenden Fall bestehen sechs betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU: der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz, der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz.

13. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich durchwegs um Märkte mit Schwerpunkt im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine relativ dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

14. Durch das Zusammenschlussvorhaben, welches bereits im Jahr 2008 zwischen Tamedia und Jobsuchmaschine vereinbart wurde, kommt es nur zu sehr geringfügigen Marktanteilsadditionen, so dass sich an der Marktposition der gemeinsamen Erwerber Tamedia und Ringier kaum Änderungen ergeben. Zudem wurde Jobsuchmaschine bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben von Tamedia, Ringier und Matthias Rüetti gemeinsam kontrolliert, so dass sich durch das Ausscheiden von Matthias Rüetti aus der gemeinsamen Kontrolle keine massgeblichen Veränderungen der Marktverhältnisse ergeben.

15. Der Aufbau einer Online-Stellenplattform ist aus technischer Sicht heute keine Problem. Die Kosten für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften bei wenigen zehntausend Franken liegen. Somit ist für potentielle Konkurrenten ein Markteintritt in dieser Hinsicht grundsätzlich ohne grössere Schwierigkeiten möglich. Dies gilt – aufgrund der bereits vorhandenen Infrastruktur – insbesondere für ausländische Anbieter von Stellen-Plattformen oder Betreiber von anderen Arten von Plattformen. Schwieriger aber durchaus möglich ist es demgegenüber, genügend Nutzer für eine Stellen-Plattform zu gewinnen.

16. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁴ Vgl. Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup, RPW 2013/1, 81, Rz 15; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

B 2.3	3. A4 Limited/B SA
-------	---------------------------

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

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

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

A Sachverhalt

1. Am 28. November 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen A4 Limited (nachfolgend: A4), einer Investmentgesellschaft, und B SA (nachfolgend: B), die ein Privatspital in [...] betreibt, erhalten. Danach beabsichtigt A4 mittels Erwerb von 100 % der Aktien über mehrere Holdinggesellschaften und letztlich C¹ (indirekt) die alleinige Kontrolle über B und ihre Tochtergesellschaften zu erwerben. Die Befugnis zum Fällen strategischer Entscheide bei B steht folglich A4 zu.

2. Der Erwerb von B stellt für den Investmentfonds A4, der 2011 gegründet wurde, ein reines Finanzinvestment dar. A4 ist Teil der A Gruppe von privaten Investmentfonds. Die Portfoliogesellschaften, die von A4 und den anderen A Fonds kontrolliert werden, werden unabhängig voneinander verwaltet und, auch innerhalb desselben Fonds, nicht konsolidiert. Jede Portfoliogesellschaft stellt jeweils je für sich einen eigenständigen und unabhängigen Business Case dar, der unterschiedliche Investoren und verschiedene Ausstiegshorizonte beinhaltet. Dementsprechend soll auch B ein Stand-alone Investment sein und in keiner Weise in bestehende Portfoliogesellschaften der A Fonds integriert werden.

3. A4 und die anderen A Fonds halten je alleine oder gemeinsam mit anderen A Fonds oder Investoren verschiedene Portfoliogesellschaften, die in der Schweiz tätig sind:

Tabelle 1: Portfoliogesellschaften mit Tätigkeiten im nichtmedizinischen Bereich

Tätigkeitsbereiche	Investmentfonds	Portfoliogesellschaft
[...]	A1	[...]
[...]	A1	[...]
[...]	A1	[...]
[...]	A2	[...]
[...]	A2	[...]
[...]	A2	[...]
[...]	A3	[...]
[...]	A3	[...]
[...]	A3	[...]
[...]	A4	[...]
[...]	A4	[...]
[...]	A5	[...]
[...]	A5	[...]

¹ Gemäss Parteiangabe ist C ein reines Akquisitionsvehikel, welches nur für die vorliegende Transaktion gegründet wurde.

Tabelle 2: Portfoliogesellschaften mit Tätigkeiten im Medizinbereich

Tätigkeitsbereiche	Investmentfonds	Portfoliogesellschaft
Grosshandel mit medizinischen Produkten	A5	D
Wundversorgungsprodukte, Orthopädische Produkte, Kompressionsprodukte	A4	E
Medizinische Kühlbehälter	A3	F
Dialyseprodukte, Produkte für den vaskulären Gefässzugang für die Dialyse	A2 und [...]	G
HNO-Geräte, Mund- und Kieferprodukte	A4	H
Bluttestgeräte	A3	I

4. Die zu veräussernde B betreibt ein Privatspital mit einem breiten Angebot an Spitaldienstleistungen in [...]. B ist für folgende Spitaldienstleistungen auf der Spitalliste des Kantons [...] aufgeführt: Kardiologie, Vaskulärmedizin, Verdauung, Gynäkologie, Orthopädie, Rheumatologie und Geburtshilfe. B kontrolliert zwei Tochtergesellschaften; einerseits die [...], eine Immobiliengesellschaft, welche die Verwaltung und den Unterhalt der Immobilien von B besorgt, sowie andererseits die [...], welche eine medizinische Zweigstelle betreibt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirt-

schaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Am [...] haben die [...] und die [...], eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von A4, einen Aktienkaufvertrag betreffend den Erwerb von 100 Prozent der Aktien an B unterzeichnet.

8. Die Transaktion stellt deshalb einen Erwerb alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

10. Die Portfoliogesellschaften der A Fonds und B erzielten 2011 folgende Umsätze:

Tabelle 3: Umsätze im Jahr 2011

2011	A Fonds	B	Kombiniert
Schweiz	[>CHF 100 Mio.]	[>CHF 100 Mio.]	[>CHF 100 Mio.]
Weltweit	[>CHF 2 Mia.]	[>CHF 100 Mio.]	[>CHF 2 Mia.]

11. Somit sind die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Die Transaktion ist in der Schweiz meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

12. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

14. Bevor aber das Zusammenschlussvorhaben in diesem Sinn näher beurteilt wird, ist auf folgendes hinzuweisen:

B.4.1 Der Zusammenschluss hat keine horizontalen Auswirkungen

15. Die beteiligten Unternehmen sind jeweils auf verschiedenen Märkten tätig, so dass es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Es liegt mit anderen Worten kein horizontaler Zusammenschluss vor. B ist ein Vollservice-Privatspital mit den Haupttätigkeiten/Spezialitäten Kardiologie & Kardiovaskuläre Chirurgie, Lungenmedizin, Orthopädie & Sportmedizin, Onkologie und Maternität. Keiner der A Fonds kontrolliert ein Spital, das in der Schweiz tätig ist. Umgekehrt ist B nicht auf Märkten präsent, in denen die von den A Fonds gehaltenen Portfoliogesellschaften tätig sind. Horizontale Effekte gibt es vorliegend somit nicht weiter zu diskutieren.

B.4.2 Geschäftsbereiche, in denen die Transaktion keine negativen vertikalen oder konglomerale Auswirkungen hat

16. B und die vorstehend in Tabelle 1 aufgeführten Portfoliogesellschaften stehen aufgrund ihrer jeweiligen völlig unterschiedlichen Geschäftsbereiche weder in einem Wettbewerbs- noch in einem Lieferverhältnis zueinander. Sie sind auch nicht in benachbarten Märkten, sondern völlig unabhängigen Märkten tätig. Die Produkte- und/oder Dienstleistungspaletten ergänzen sich nicht und sie werden weder von der gleichen Abnehmerkategorie gekauft noch der gleichen Endnutzung zugeführt.² Insoweit zeitigt die vorliegende Transaktion weder vertikale noch konglomerale Effekte, sie führt mit anderen Worten weder zu einer Veränderung der Marktstruktur noch zu einer Veränderung der Marktposition der beteiligten Unternehmen. Auf die Betrachtung und ein in Relation setzen dieser Tätigkeitsbereiche der beteiligten Unternehmen kann nachfolgend gänzlich verzichtet werden.

B.4.3 Vertikale Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens

17. Die vorstehend in Tabelle 2 genannten Portfoliogesellschaften sind in der Schweiz im Medizinbereich tätig. Da B Spitaldienstleistungen erbringt, sind jene Portfoliogesellschaften und B auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätig. Das Zusammenschlussvorhaben kann insoweit vertikale Auswirkungen haben.

18. Bei vertikalen Zusammenschlüssen unterscheidet die Wettbewerbskommission im Wesentlichen zwischen zwei wettbewerbschädlichen Verhalten: Input und Customer Foreclosure.³ Unter Input Foreclosure versteht man alle wettbewerbschädlichen Verhaltensweisen einer marktmächtigen Upstream-Partei (Partei auf dem vorgelagerten Markt), die dazu dienen, dass die integrierte Downstream-Partei (Partei auf dem nachgelagerten Markt) gegenüber deren Wettbewerbern besser gestellt wird.⁴ Der Begriff Customer Foreclosure bezieht sich auf eine wettbewerbschädliche Verhaltensweise, durch welche Drittlieferanten der Zugang zu einem wichtigen, nun eben integrierten Kunden im nachgelagerten Markt abgeschnitten wird, letzterer mit anderen Worten downstream für Dritte als Nachfrager wegfällt.⁵

B.4.3.1 Die A Fonds tätigen Stand-Alone Investments

19. Das meldende Unternehmen hebt hervor, dass die Transaktion gesamthaft zu keiner Strukturveränderung führt, da B in keiner Weise in eine der durch die verschiedenen A Fonds alleine, gemeinsam oder gemeinsam mit anderen Investoren kontrollierten Portfoliogesellschaften integriert werden wird. Sie begründet das fehlende Interesse an einer vertikalen Integration damit, dass die vorgenannten Portfoliogesellschaften unabhängig voneinander verwaltet und, auch innerhalb desselben Fonds, nicht konsolidiert werden. Jede Portfoliogesellschaft stellt jeweils je für sich einen eigenständigen und unabhängigen Business Case dar, der unterschiedliche Investoren und verschiedene Ausstiegshorizonte beinhaltet. Dementsprechend soll auch B ein Stand-alone Investment sein und in keiner Weise in bestehenden Portfoliogesellschaften integriert werden.

20. Diese Parteiaussage wird durch folgende Vorgänge gestützt, die (ehemalige) Portfoliogesellschaften betreffen, die im medizinischen Bereich tätig sind:

21. Am [...] wurde die Portfoliogesellschaft G von A2 und [...] an [...] veräussert.⁶ Früher in diesem Jahr veräusserte zudem A3 die Portfoliogesellschaft [...] an [...].⁷

² Vgl. hierzu Ziff. 6.3 Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

³ RPW 2007/4, 567 Rz 56, SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

⁴ Ibid.

⁵ Vgl. dazu Leitlinien der Kommission zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008, S. 6 ff., Rz 30 und 58 (im Folgenden: EG-Leitlinien nicht-horizontale Zusammenschlüsse).

⁶ Siehe [...].

⁷ Siehe [...].

G wurde von A2 und [...] 2006 und [...] von A3 2007 erworben. Diese Transaktionen verdeutlichen, dass die von den verschiedenen A Fonds kontrollierten Portfoliogesellschaften in der Tat jeweils je für sich eigenständige und unabhängige Business Cases mit unterschiedlichen Ausstiegshorizonten darstellen. Eine vertikale Integration solcher Stand-alone Investments von wenigen Jahren Laufzeit dürfte kaum im Interesse der jeweils unterschiedlichen Finanzinvestoren sein. Zum einen ist unter diesen Voraussetzungen das Gewinnpotential einer vertikalen Integration limitiert. So würde der Versuch der von den A Fonds allein, gemeinsam oder gemeinsam mit anderen Investoren kontrollierten Portfoliogesellschaften, upstream B zu privilegieren bzw. andere Spitäler zu diskriminieren, nur dazu führen, dass die anderen Spitäler zu anderen Wettbewerbern wechseln würden, die betreffenden Portfoliogesellschaften mithin Umsatz verlieren würden, der durch die Bevorzugung von B nicht wettgemacht werden könnte. Zum anderen erschwerte und verteuerte eine vertikale Integration den jeweiligen Wiederverkauf der Portfoliogesellschaften, da diese zuerst aus dem betreffenden Konglomerat ausgliedert werden müssten.

22. Mit den Zusammenschlussparteien kann deshalb davon ausgegangen werden, dass eine vertikale Integration jedweder Art von B in andere Portfoliogesellschaften der A Fonds fernliegt, mithin die nachfolgende Diskussion möglicher negativer vertikaler Effekte des vorliegen-

den Zusammenschlussvorhabens letztlich nur hypothetischer Natur ist.

B.4.3.2 Praxis der Wettbewerbskommission zu vertikalen Zusammenschlüssen

23. Vertikale Zusammenschlüsse können wettbewerbsbehindernde Wirkung haben, wenn sie Potential für Marktabschottung und Diskriminierung eröffnen. Eigentliches Potential für solche negativen vertikalen Auswirkungen besteht grundsätzlich nur dann, wenn bereits vor dem Zusammenschluss signifikante Marktmacht in einem oder mehreren Märkten der Versorgungskette existiert.⁸ Entsprechend geht die Wettbewerbskommission bei vertikalen Zusammenschlüssen grundsätzlich von deren Unbedenklichkeit aus, sofern keines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz auf einem bestimmten Markt alleine die Marktanteilsschwelle von 30 % erreicht (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).⁹ Folglich sind relevante Märkte, bei denen direkte horizontale Überlappungen fehlen, vorliegend nur näher auf vertikale Überlappungen hin zu überprüfen, wenn in diesen eines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz mehr als 30 % Marktanteil hätte.¹⁰

24. Letzteres ist bei folgenden Portfoliogesellschaften nicht der Fall, womit insoweit ohne nähere Betrachtung der relevanten Märkte und der Marktstellung dieser Unternehmen von der Unbedenklichkeit der Transaktion ausgegangen werden kann:

Tabelle 4: Portfoliogesellschaften mit unbedenklichen Marktanteilen in der Schweiz

Tätigkeitsbereich	Investmentfonds	Portfoliogesellschaft	Marktanteil 2011
Dialyseprodukte	A2 und [...]	G	[20-30 %]
Grosshandel von medizinischen Produkten	A5	D	[0-5 %]
Kompressionsprodukte	A4	E	[0-10 %]
Medizinische Kühlbehälter	A3	F	[10-20 %]
Mund- und Kieferprodukte	A4	H	[20-30 %]
Orthopädische Produkte	A4	E	[0-10 %]
Produkte für den vaskulären Gefässzugang für die Dialyse	A2 und [...]	G	[20-30 %]
Wundversorgungsprodukte	A4	E	[0-5 %]

25. Da es sich bei den vorstehenden Marktanteilsangaben um „Best Guesses“ der beteiligten Unternehmen handelt, sei zu den Portfoliogesellschaften G, F und H, deren jeweilige Marktanteile 2011 auf [zwischen 10-20 % und 20-30 %] geschätzt wurden, ergänzt was folgt:

26. G, die – gemäss Parteiangabe – als einzige Portfoliogesellschaft der A Fonds überhaupt eine direkte Liefer-

⁸ MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 106.

⁹ <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Mitteilung: Neue Praxis beim Zusammenschlussverfahren.

¹⁰ Vgl. RPW 2009/4, 447 Rz 51 ff., Merck/Schering Plough.

beziehung zu B pflegt, wurde von A2 und [...] am [...] an [...] veräussert¹¹. Die Möglichkeit, B in G zu integrieren, ist damit weggefallen. Die vorliegende Transaktion kann insoweit nicht mehr zu einer Strukturveränderung führen.

27. F wird durch einen anderen A Fonds als B kontrolliert. Die Investments der A Fonds stellen – wie erwähnt – eigenständige und unabhängige Business Cases dar, für die die unterschiedlichen Investoren unterschiedliche Ausstiegshorizonte festgelegt haben. Nun hängt der Anreiz zu Foreclosure aber davon ab, in welchem Masse diese für das neu integrierte Unternehmen gewinnbringend ist. Dabei ist das Unternehmen einem Trade-off ausgesetzt: Einerseits sinken die Gewinne insofern, als das anti-kompetitive Verhalten (Diskriminierung oder Abschottung von Marktteilnehmern auf der nachgelagerten Produktionsstufe) den Absatz auf der nachgelagerten Produktionsstufe senkt. Andererseits steigt der Gewinn des Unternehmens durch die Bevorzugung der eigenen (Downstream-)Partei und durch die damit gewonnene Marktmacht (Downstream) und allfällig steigende Einnahmen hiervon.¹² Foreclosure-Strategien beim (hypothetisch) integrierten Unternehmen „B und F“ führten somit zuerst einmal zur Situation, dass der Gewinn des einen Investors der Verlust des anderen wäre. Angesichts dessen, dass die A Fonds ihre Investments nur für wenige Jahre halten und diese dann möglichst gewinnbringend wieder veräussern wollen, besteht aus der Geschäftsperspektive der unterschiedlichen Investoren daher weder Anreiz und Interesse, die verschiedenen Portfoliogesellschaften zu integrieren, noch – wäre dennoch vertikal integriert worden – Anreiz und Interesse an Foreclosure. Hinzu kommt, dass zwischen B und F angedachte vertikale Beziehungen nur hypothetischer Natur sind, da F gar keine direkten Verkäufe an Schweizer Spitäler tätigt. Vielmehr verkauft F ihre medizinischen Produkte in der Schweiz nur (indirekt) über Vertriebshändler.

28. Hypothetisch oder zumindest insignifikant ist die vertikale Beziehung zwischen B und H in Bezug auf von letzterer hergestellte Mund- und Kieferprodukte. Gemäss Parteiangabe übt B nur äusserst begrenzte Tätigkeiten auf dem Gebiet der Mund- und Kieferbehandlungen aus und kauft keine Produkte von H.

29. Weiter haben F und H weder die Möglichkeit noch Interesse oder Anreiz für Input Foreclosure zum Nachteil der Konkurrenten von B, weil ihre Produkte, so denn B diese nachfragen würde, für letztere keinen wichtigen

Input darstellen. Sinn würde Input Foreclosure nur machen, wenn der Entscheid von F und H, nur noch B oder diese zumindest zu Vorzugsbedingungen zu beliefern, einen wesentlichen Einfluss auf die Downstream-Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten von B hätte. Zentral für das Betreiben erfolgreicher Input Foreclosure durch die (marktmächtige) Upstream-Partei ist daher, dass diese einen wichtigen Input für die Produktion im nachgelagerten (Downstream-)Markt bereitstellt.¹³ Ein Input ist dann wichtig, wenn er nicht billig dupliziert bzw. ersetzt werden kann durch die Marktteilnehmer, welchen der Zugang zu eben diesem Input verwehrt bleibt.¹⁴ Dies könnte der Fall sein, wenn der Einkauf dieser Produkte für die Spitäler einen wesentlichen Kostenfaktor darstellen würde¹⁵. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Entsprechende Einkäufe würden gemäss Melderin nur einen sehr kleinen Teil der Gesamtkosten von B ausmachen. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass die Situation bei anderen Spitälern wesentlich anders ist.

30. Schliesslich kommt gesamthaft hinzu, dass die in Tabelle 4 genannten Unternehmen in der Regel in der Schweiz im Wettbewerb mit verschiedenen international operierenden Konkurrenten mit mindestens so hohen oder gar wesentlich höheren Marktanteilen stehen, Konkurrenzprodukte mithin für andere Schweizer Spitäler leicht erhältlich sind. Die Konkurrenten von B sind folglich in keiner Weise davon abhängig, von diesen Unternehmen beliefert zu werden. Überdies würde eine Exklusiv-Belieferung oder Bevorzugung von B auch deswegen keinen Sinn machen, weil die Verkäufe an B – sofern solche überhaupt getätigt werden – gemäss Parteiangabe nur einen unwesentlichen Teil des Umsatzes dieser Unternehmen ausmachen. Die wahrscheinliche Ertragsseinbusse als Folge einer Input Foreclosure-Strategie würde daher längstens nicht durch allfällige dadurch erreichte kompetitive Vorteile von B kompensiert.

B.4.3.3 Customer Foreclosure

31. Im vorliegenden Fall bestünde Potential für Customer Foreclosure, wenn B ein wichtiger Kunde für vorgelegte Lieferanten im Medizinbereich wäre. Die Möglichkeit zur Customer Foreclosure hängt demzufolge davon ab, dass B eine gewisse Nachfragemacht zukommt. Die Marktstellung von B wird, soweit dies der Melderin möglich ist, wie folgt eingeschätzt („Best Guess“):

Tabelle 5: Marktstellung von B nach Krankenversicherungssegmenten

B	Kanton [...]	Region [...]	Schweiz
Grundversicherte	[0-5 %]		[0-5 %]
Halbprivat- und Privatversicherte ¹⁶	[20-30 %]	[10-20 %]	[0-5 %]

¹¹ Siehe vorstehend Rz 21.

¹² RPW 2007/4, 584 Rz 198, SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

¹³ RPW 2007/4, 582 Rz 187, SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ COMP/M.4367 – APW/APSA/Nordic Capital/Capio, 16.03.2007, Rz 64.

¹⁶ Gemäss Parteiangabe sind keine getrennten Zahlen für private und halbprivate Patienten erhältlich. B schätzt indessen, dass sich ihre Anteile in den jeweiligen Segmenten nicht wesentlich unterscheiden.

Tabelle 6: Marktstellung von B nach Haupttätigkeiten/Spezialitäten

Tätigkeiten	Kanton [...]	Region [...]	Schweiz
Lungenmedizin	[10-20 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Kardiovaskuläre Medizin	[10-20 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Gynäkologie	[0-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Orthopädie	[10-20 %]	[0-5 %]	[0-5 %]

32. Selbst bei – im Sinne einer vorsichtigen Arbeitshypothese – engst möglicher Marktabgrenzung wären die Märkte, auf denen die in Tabelle 2 genannten Portfoliogesellschaften und ihre jeweiligen Konkurrenten tätig sind, räumlich zumindest national abzugrenzen. Aus vorstehenden Tabellen 5 und 6 zu B und dem Umstand, dass B im Vergleich zu anderen Schweizer Spitälern ein relativ kleiner Wettbewerber ist¹⁷, ergibt sich, dass der Anteil von B auf dem nationalen Einkaufsmarkt vernachlässigbar klein ist. Downstream kann B keine Nachfragemacht ausüben und stellt für Upstream-Lieferanten, seien es die in Tabelle 2 genannten Portfoliogesellschaften oder deren Konkurrenten, keinen wichtigen Schweizer Kunden dar. Der Schweizer Anteil von B am Spitalpatientengut beträgt weniger als [0-5 %], womit ihre Nachfrage nur einen winzigen Anteil an der Gesamtnachfrage nach solchen medizinischen Produkten ausmacht. Der hypothetische Entscheid von B, ihren Bedarf an medizinischen Produkten nur noch über die entsprechenden Portfoliogesellschaften der A Fonds zu decken, würde mit anderen Worten nur unwesentlich Einfluss auf die Kundenbasis der Konkurrenten der Portfoliogesellschaften nehmen. Der vorliegende Zusammenschluss eröffnet somit kein Potential zur Customer Foreclosure.

B.4.4 Zwischenfazit

33. Angesichts dessen, dass der vorliegende Zusammenschluss weder horizontale noch konglomerale und downstream auch keine negativen vertikalen Effekte zeitigt, kann nachfolgend auf die Marktabgrenzung von Spitaldienstleistungen aus Sicht des Patienten¹⁸ und eine genauere Beurteilung der Marktstellung von B gänzlich verzichtet werden.

34. Gleiches gilt auch in Bezug auf die Portfoliogesellschaften G, F, E, H (Mund- und Kieferprodukte) und D. Da diese Unternehmen in ihren jeweiligen Geschäftsbereichen keine signifikante Marktmacht ausüben bzw. Marktanteile von weniger als 30 % ausweisen, eröffnet das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesen kein Potential für anti-kompetitives Verhalten, das geeignet wäre, wirksamen Wettbewerb in den relevanten Märkten zu verhindern. Die Transaktion führt insofern weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sei es bei einer der vorgenannten Portfoliogesellschaften oder sei es bei B. Insofern sind folglich weder Märkte abzugrenzen noch die Marktstellung dieser Unternehmen genauer zu beurteilen.

35. Somit verbleiben zur nachfolgenden Beurteilung nur noch die Geschäftsfelder der Bluttestgeräte (angeboten durch I), der Stimmprothesen und der Wärme- und Feuchtigkeitstauscher (beide angeboten durch H) als vom Zusammenschluss möglicherweise betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.5 Relevante Märkte und Marktstellung

36. Es bietet sich an, die verbleibend zu beurteilenden Märkte geschlossen zu analysieren, d.h. es wird direkt nacheinander der sachlich relevante Markt, der räumlich relevante Markt und die Marktstellung der Parteien dargestellt.

37. 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).

38. 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).

39. Aufgrund vorstehender Ausführungen sind die Marktstellungen von I und H insbesondere daraufhin zu untersuchen, ob diese Möglichkeiten zur Abschottung von Vorleistungen (Input Foreclosure) eröffnen, und, falls die Möglichkeit dazu bejaht werden würde, bei den beteiligten Unternehmen überhaupt auch Anreiz und Interesse an Input Foreclosure bestehen.

B.4.5.1 Bluttestgeräte

B.4.5.1.1. Sachlich relevanter Markt

40. Gemäss Parteiangabe umfasst das Segment für Bluttestgeräte Sicherheitslanzetten und Blutlanzetten für Diabetiker (einschliesslich Nadeln) für die kapillare Blutabnahme. Sicherheitslanzetten sind Einweggeräte zum professionellen medizinischen Gebrauch in Spitälern, Blutbanken und anderen medizinischen Einrichtungen.

¹⁷ Gemäss Parteiangabe hat das [...], das [...], das [...] und die [...] stationäre Patienten, B hingegen deren [...].

¹⁸ Offengelassen in RPW 2003/1, 169 Rz 7 ff., *CIE Management II Limited und Hirsländ Holding AG*.

Demgegenüber sind Blutlanzetten für Diabetiker einfache, mit Plastik bedeckte Einwegnadeln, die von Patienten für die Selbstdiagnose zu Hause verwendet werden. Ob die Sicherheitslanzetten und die Blutlanzetten für Diabetiker je einen separaten Markt repräsentieren, der allenfalls weiter zu segmentieren wäre, kann offengelassen werden, da der Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

B.4.5.1.2. Räumlich relevanter Markt

41. Die Melderin trägt vor, dass die räumliche Dimension dieses Segmentes weltweit sei, da die Verkäufe weltweit erfolgen würden und alle Wettbewerber weltweit tätig seien. Die Vornahme einer definitiven räumlichen Abgrenzung ist allerdings nicht nötig, da selbst bei einer engen räumlichen Abgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.4.5.1.3. Marktstellung

42. Von den beteiligten Unternehmen ist nur I in Bereich Bluttestgeräte tätig. Die Transaktion hat deshalb keine negativen horizontalen Auswirkungen.

43. Das meldende Unternehmen schätzt den weltweiten Marktanteil von I im Bereich der Sicherheitslanzetten auf [40-50 %] und im Bereich der Blutlanzetten für Privatpersonen auf [10-20 %]. Zwischen B und I besteht allerdings keine vertikale Beziehung, da I keine Verkäufe an Schweizer Spitäler tätigt. Gemäss Parteiangabe erzielte I 2011 in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...] mit Sicherheitslanzetten und CHF [...] mit Blutlanzetten für Privatpersonen, wobei letztere weitüberwiegend an [...] verkauft werden, die diese dann über ihre Tochtergesellschaften international weitervertriebt. Auch die übrigen Produkte seien an Vertriebshändler gegangen, die dann ihre Produkte in einem oder mehreren Ländern verkauft hätten. Da I somit weder zu B noch anderen Schweizer Spitälern Lieferbeziehungen pflegt, hat sie gar keine Handhabe, andere Spitäler gegenüber B zu diskriminieren bzw. Input Foreclosure zu betreiben.

44. Ausserdem stellen die Produkte von I aus denselben, bereits vorstehend unter Rz 29 beschriebenen Gründen, keinen wichtigen Input dar. Nur dann aber hätte der Entscheid von I, B gegenüber anderen Spitälern zu bevorzugen, einen erheblichen Einfluss auf die anderen Spitäler, mit B in Wettbewerb zu treten.

45. Darüber hinaus wurde vorgetragen, dass es in diesem Segment zahlreiche etablierte Wettbewerber gibt, so etwa [...], [...], [...], [...] und [...]. Aufgrund dieser Wettbewerbssituation wäre Input Foreclosure nicht gewinnbringend, sondern vielmehr verlustbringend, würden doch als Folge davon die Wettbewerber von B zu den Wettbewerbern von I wechseln.¹⁹

46. Schliesslich wird I durch A3 kontrolliert. B wird jedoch von A4 erworben. Diese Investments stellen eigenständige und unabhängige Business Cases dar, für die die unterschiedlichen Investoren unterschiedliche Ausstiegshorizonte festgelegt haben. Eine Integration derselben und das Verfolgen einer Foreclosure-Strategie macht daher wenig Sinn.²⁰

B.4.5.1.4. Zwischenergebnis

47. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Geschäftsfeld für Bluttestgeräte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.5.2 Stimmprothesen

B.4.5.2.1. Sachlich relevanter Markt

48. Gemäss Parteiangabe sind unter Stimmprothesen Prothesen zur Wiederherstellung der Stimme nach einer vollständigen Laryngektomie (Kehlkopfentfernung) zu verstehen. Die vollständige Laryngektomie sei eine seltene Behandlung, sie werde in der Schweiz pro Jahr nur in etwa 50 bis 60 Fällen praktiziert. Nach einer vollständigen Laryngektomie gebe es drei Methoden, um die Stimme wieder herzustellen: Implantierung einer Stimmprothese, Electrolarynx (Kehlkopf-Sprechgerät, elektronische Sprechhilfe) und Ösophagussprache (Speiseröhrensprache). Ob Stimmprothesen einen separaten Markt bilden, kann offen gelassen werden, da die Transaktion selbst bei engster Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsproblemen führt.

B.4.5.2.2. Räumlich relevanter Markt

49. Im Sinne einer vorsichtigen Arbeitshypothese geht die Melderin räumlich von einem nationalen Markt aus. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung ist in casu nicht nötig, da selbst bei engster räumlicher Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.4.5.2.3. Marktstellung

50. Von den beteiligten Unternehmen ist nur H im Bereich Stimmprothesen tätig, die Transaktion hat deshalb keine negativen horizontalen Auswirkungen. H schätzt ihre Marktanteile in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2011 auf [70-80 %].

51. Betreffend möglicher vertikaler Effekte ist zuallererst zu erwähnen, dass B die medizinischen Behandlungen gar nicht anbietet, für die die Produkte von H benötigt werden. Gemäss der Melderin komme Laryngektomie nur dann zur Anwendung, wenn andere Behandlungen von Kehlkopfkrebs wie Chemotherapie, Laserchirurgie, teilweise Kehlkopfentfernung, Bestrahlung etc. erfolglos gewesen seien. Nur 20 % aller Patienten mit Kehlkopfkrebs seien von einer vollständigen Laryngektomie betroffen. B habe das Knowhow, das für Laryngektomie-Behandlungen notwendig wäre, nicht. Angesichts der geringen Fallzahlen würde sich auch der Aufbau von Grund auf einer entsprechend spezialisierten Abteilung für B nicht lohnen.²¹ Dieser Bereich sei auch deswegen

¹⁹ Siehe dazu auch vorstehend Rz 30.

²⁰ Siehe dazu vorstehend Rz 27.

²¹ Gemäss Parteiangabe gibt es nur wenige spezialisierte Ärzte in der Schweiz, die in der Lage sind, diese Behandlungen durchzuführen. Die entsprechenden Patienten werden schwergewichtig in zirka 8 bis 10 staatlichen Spitälern behandelt (v.a. im Unispital [...], das pro Jahr ca. [...] Fälle behandelt). Selbst wenn B solche Behandlungen anbieten wollte, wäre gemäss Melderin daher kaum mit Patienten zu rechnen, wie folgendes Beispiel zeige: In [...] habe der Chef der Kopf- und Nackenchirurgie und Chef der Hals-, Nasen- und Ohrenabteilung des Unispitals [...] vor [...] Jahren zur Privatklinik [...] gewechselt. Trotz der ausgewiesenen Fachkompetenz dieses Arztes verkaufe H nur eine Stimmprothese pro Jahr an die Klinik [...].

kein Geschäftsfeld für Privatspitäler, da Patienten mit vollständiger Laryngektomie typischerweise nur über eine Grundversicherung verfügten. B konzentrierte sich aber auf privatversicherte und halbprivatversicherte Patienten.

52. Es liegt auf der Hand, dass B somit weder von einer seitens von H versuchten Input Foreclosure profitieren noch die Verluste wettmachen könnte, die H infolge einer Input Foreclosure-Strategie erleiden würde. Der Versuch von Input Foreclosure führte nur dazu, dass die anderen Spitäler zu Konkurrenzprodukten greifen würden. Die Melderin schätzt den Marktanteil der Hauptkonkurrentin von H, [...], auf schweizweit zwischen [20-30 %]. Hinzu kommt, dass [...] gemäss Parteiaussage in [...] stärker positioniert ist als in der übrigen Schweiz.

53. Im vorliegenden Fall machte Foreclosure auch deswegen keinen Sinn, da die entsprechenden Leistungen der Spitäler im stationären Bereich seit dem 1. Januar 2012 über leistungsbezogene Pauschalen vergütet werden, soweit der Grundversicherungsbereich (OKP) betroffen ist. Privatspitäler fallen auch unter dieses „Swiss DRG“ genannte Abrechnungsregime, das gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen schafft. Im DRG-System werden Behandlungsfälle zu schweizweit identischen Fallgruppen zusammengefasst und für jede Fallgruppe wird ein sogenanntes Kostengewicht errechnet. Multipliziert man das Kostengewicht mit dem Basispreis (Baserate), ergibt sich daraus die leistungsbezogene Fallpauschale. Die Baserate ist eine Art Durchschnittswert für stationäre Behandlungen in einem bestimmten Spital und variiert insofern, als dieser durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) festgelegt wird.²² Universitätsspitäler haben grundsätzlich die höchsten Baserates und grössere Spitäler in der Regel höhere als kleinere. B als eher kleineres Spital dürfte daher eine tiefere Baserate haben als beispielsweise die Universitätsspitäler Zürich und Genf. Unter einem solchen Abrechnungsregime haben die vorliegend beteiligten Unternehmen somit selbst dann keine Möglichkeit, einen höheren Preis durchzusetzen, wenn eine – unterstellt erfolgreiche – Foreclosure zu hohen Marktanteilen führen würde. Vielmehr würde sich der Preis weiterhin innerhalb enger, sich aus dem Swiss DRG-System ergebenden Bandbreiten bewegen. Selbst wenn H und B vertikal in irgendeiner Form ineinander integriert würden, bestünde bei diesen daher weder Interesse noch Anreiz zu wettbewerbsschädlichen Foreclosure-Strategien.

B.4.5.2.4. Zwischenergebnis

54. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Geschäftsfeld für Stimmprothesen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.5.3 Wärme- und Feuchtigkeitstauscher

B.4.5.3.1. Sachlich relevanter Markt

55. Gemäss Parteiangabe haben Wärme- und Feuchtigkeitstauscher (Heat and Moisture Exchangers, HME) die Funktion einer künstlichen Nase und stellen bis zu einem gewissen Grad die verlorenen Atemfunktionen der Nase nach einer Laryngektomie und Tracheostomie

wieder her. Zum Segment würden alle Arten von HME wie gewöhnliche HME, FreeHands HMEs und HME Kassetten gehören. Ob die vorgenannten Wärme- und Feuchtigkeitstauscher einen Markt bilden oder dieser je nach Art der Wärme- und Feuchtigkeitstauscher allenfalls weiter zu segmentieren wäre, kann offengelassen werden, da der Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

B.4.5.3.2. Räumlich relevanter Markt

56. Im Sinne einer vorsichtigen Arbeitshypothese geht die Melderin räumlich von einem nationalen Markt aus. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung ist in casu nicht nötig, da selbst bei engster räumlicher Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.4.5.3.3. Marktstellung

57. Von den beteiligten Unternehmen ist nur H im Bereich Wärme- und Feuchtigkeitstauscher tätig, die Transaktion hat deshalb keine negativen horizontalen Auswirkungen. H schätzt ihren Marktanteil in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2011 auf [zwischen 60-70 % und 70-80 %].

58. Hinsichtlich möglicher vertikaler Effekte gilt im Wesentlichen das vorstehend unter Rz 51 ff. Gesagte: Gemäss Parteiangabe besteht keine vertikale Beziehung zwischen B und H. B behandelt in dieser Spezialnische wiederum keine Patienten, da B das hierfür erforderliche Knowhow nicht hat. Aus diesem Grund kauft B auch keine der von H angebotenen Produkte. Da H auch auf diesem Gebiet mit [...] und anderen Konkurrenten im Wettbewerb steht, führte der Versuch einer Input Foreclosure überdies nur dazu, dass die anderen Spitäler zu Konkurrenzprodukten greifen würden, mithin Input Foreclosure gar nicht gewinnbringend wäre. Schliesslich begrenzt auch hier das schweizweit einheitliche Swiss DRG-Abrechnungssystem grundsätzlich das Potential von Gewinnsteigerungen durch Foreclosure-Strategien. Die Transaktion führt somit auch insoweit weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

B.4.5.3.4. Zwischenergebnis

59. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Geschäftsfeld für Wärme- und Feuchtigkeitstauscher eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

C Ergebnis

60. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²² Siehe <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/12987/index.html?lang=de>.

B 2.3	4. PubliGroupe/ImproveDigital
-------	--------------------------------------

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Dezember 2012

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 2012

A Sachverhalt

1. Am 13. November 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Meldung der Publigroupe SA (nachfolgend: Publigroupe) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.¹ Danach beabsichtigt Publigroupe 85 % der Aktien an der ImproveDigital B.V. (nachfolgend: ImproveDigital) zu erwerben.²

A.1 Die involvierten Unternehmen und das Vorhaben

A.1.1 Die involvierten Unternehmen

A.1.1.1 Publigroupe

2. Publigroupe ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Lausanne.³ Publigroupe und ihre Tochtergesellschaften sind auf internationaler Ebene im Bereich Marketing von Printmedien und digitalen Medien aktiv. Hierbei verteilt sich die Geschäftstätigkeit der Publigroupe auf die nachfolgenden drei Hauptbereiche:⁴

- Search & Find: Im Bereich Search & Find werden Instrumente für die Suche nach Personen, Firmen, Produkten, Dienstleistungen und praktischen Informationen entwickelt und kommerzialisiert. Dieser Bereich umfasst unter anderem die Vermarktung von Inseraten im Online-Bereich sowie die LTV Gelbe Seiten (mit den Internetportalen www.gelbeseiten.ch, www.weisseseiten.ch und www.local.ch) und Swisscom Directories (die Gemeinschaftsunternehmen, welche mit Swisscom gemeinsam kontrolliert werden).⁵
- Media Sales: Media Sales vermarktet Werbeangebote in verschiedenen Medien (Presse, Internet, TV, Radio, Kino, Mobile) in der Schweiz und im Ausland.
- Digital Marketing Services: Gemäss Aussagen der Parteien konzentriert sich dieser Bereich „auf Marketingdienstleistungen und Technologien, welche – insbesondere im digitalen und interaktiven Bereich – die Performance und den Return on Investment der Marketingmassnahmen ihrer Kunden erzielt.“ Insbesondere stellt Publigroupe nach eigenen Angaben seinen Kunden diese Marketing- und Technologiedienstleistungen durch fol-

gende Unternehmen zur Verfügung: (1) SVB media, eine Mediaagentur in den Niederlanden und (2) Zanox, ein Unternehmen, das im Bereich Affiliate und Suchwortmarketing tätig ist, und an welchem PubliGroupe eine Minderheitsbeteiligung von 47,5 % hält. Über die Publicitas SA übt PubliGroupe zusammen mit der AS Venture GmbH (100-%ige Tochter der Axel Springer AG, Berlin) die gemeinsame Kontrolle über Zanox aus.⁶

A.1.1.2 ImproveDigital

3. ImproveDigital ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht mit Sitz in Amsterdam.⁷ Sie verfügt zudem über Verkaufsbüros im Vereinigten Königreich, Deutschland, Frankreich und Spanien.⁸ Sie wurde im Jahr 2008 gegründet und stellt digitalen Medieninhabern Echtzeit Werbe-Technologien bereit. ImproveDigital betreibt hierzu eine proprietäre Plattform, mit welcher sich Werbungtreibende und Medieninhaber verbinden, um in Echtzeit Online-Werbeflächen zu verhandeln.⁹

4. ImproveDigital positioniert sich selbst auf der Medieninhaberseite (Verleger- oder Angebotsseite), indem sie einen Marktplatz anbietet, mit welchem sich die Werbebetreibenden und Medieninhaber verbinden, um Werbeinventar auf automatisierte Weise verhandeln zu können.¹⁰

5. ImproveDigital strebt derzeit keine aktiven Verkäufe in der Schweiz an und generiert mit Schweizer Unternehmen [...] Umsatz.¹¹

A.1.2 Das Vorhaben

6. Durch einen Aktienkauf beabsichtigt Publigroupe eine Mehrheitsbeteiligung von 85 % des Aktienkapitals an Improvedigital zu erwerben.¹² Die restlichen 15 % des Aktienkapitals verbleiben bei den Gründerfirmen Van den Ende & Deitmers Crossmedia Fund B.V. (nachfolgend: Crossmedia), DuneDigital B.V. (nachfolgend: Dunedigital), 24th Avenue B.V. (nachfolgend: 24th Avenue) und Rietveldt & Company B.V. (Rietveldt).

7. Der Aktienkauf basiert auf einem Aktienkaufvertrag vom 23. Oktober 2012.¹³ Der Kaufvertrag beinhaltet einen Aktionärsbindungsvertrag [...].

¹ Meldung vom 13. November 2012 (nachfolgend: Meldung).

² Vgl. Meldung, Rz 26.

³ Vgl. Meldung, Rz 6.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 7.

⁵ RPW 2010/4, 785 ff. Rz 1 ff., *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*.

⁶ RPW 2007/3, 440 ff. Rz 1 ff., *Publicitas AS Venture – Zanox*; RPW 2009/3, 241 ff. Rz 1 ff., *PubliGroupe/AS Venture/Digital Window*.

⁷ Meldung, Rz 11.

⁸ Meldung, Rz 16.

⁹ Meldung, Rz 12.

¹⁰ Meldung, Rz 14.

¹¹ Meldung, Rz 15.

¹² Meldung, Rz 26.

¹³ Meldung, Rz 27.

8. [...]

9. Damit übernimmt Publigruppe die alleinige Kontrolle über ImproveDigital.

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

10. Nach eigenen Angaben beabsichtigt Publigruppe durch das Zusammenschlussvorhaben ihre Online-Präsenz in Europa weiter zu intensivieren und das Angebot für ihre Kunden mit der neuesten verfügbaren Technologie für automatisierten Echtzeit-Handel für Display-Werbung zu erweitern.¹⁴ Zudem würde für ImproveDigital die Möglichkeit bestehen, das Geschäft zu vergrössern und geographisch zu expandieren. Es sei zudem geplant, eine Vereinbarung betreffend die Erbringung von Leistungen von ImproveDigital an Publicitas einzugehen.

A.3 Das Verfahren

11. Am 2. November 2012 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 9. November 2012 nahm das Sekretariat dazu Stellung.

12. Am 13. November 2012 reichte Publigruppe die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

13. Mit Schreiben vom 14. November 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und mit Schreiben vom 16. November 2012 die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 14. November 2012, und endet am 14. Dezember 2012.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

15. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die gemäss Meldung am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

17. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

18. Gemäss Meldung erlangt Publigruppe mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens durch den Erwerb von Aktien die alleinige Kontrolle über ImproveDigital.¹⁵ Damit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

19. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

20. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Millionen Franken)¹⁶

	Publigruppe	Improvedigital	Insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]

¹⁴ Meldung Rz 30.

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 34 und Rz 38.

¹⁶ Vgl. Meldung, Rz 96 ff.

21. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht.

22. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtmässig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

23. Die Parteien bringen vor, dass gemäss herrschender Lehre nur das Dispositiv einer Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann¹⁷ und schliessen daraus, dass eine marktbeherrschende Stellung im Dispositiv der Entscheidung festgestellt oder zumindest darauf verwiesen werden muss, um die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG auszulösen.¹⁸ Gemäss der von den Parteien zitierten Meinung von REINERT bestehe keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, wenn nur in den Erwägungen festgestellt würde, dass eine marktbeherrschende Stellung bestehe. Fraglich sei das Feststellen einer marktbeherrschenden Stellung seiner Meinung nach, wenn im Dispositiv lediglich festgehalten werde, dass ein Verstoß gegen Art. 7 KG vorliege (was eine marktbeherrschende Stellung impliziere). Er vertritt die Meinung, dass eine Meldepflicht wohl zu verneinen sei, wenn im Dispositiv nicht ausdrücklich auf die Erwägungen verwiesen würde, welche den Markt umschreibe, in welchem das Unternehmen marktbeherrschend sei, da Voraussetzung für eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 sei, dass der Zusammenschluss mit einem bestimmten Markt in Beziehung stehe.

24. Einer solchen Auslegung kann grundsätzlich nicht gefolgt werden. Ziel von Art. 9 Abs. 4 KG ist es, dass gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden kann, welche versuchen, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen (BBJ 1995 I 581). Die Überprüfung solcher Zusammenschlüsse muss daher jederzeit möglich sein.

25. Die REKO/WEF hat im Hinblick auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeführt, dass einer Feststellungsverfügung, die keine weitergehende Rechtswirkung entfaltet als die übrigen Punkte des Dispositivs, aufgrund der subsidiären Natur keine selbständige Bedeutung beizumessen ist.¹⁹ Sie hält allerdings fest, dass unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig angesehen werden könne, wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll. Die Möglichkeit einer rechtskräftigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung muss aber umso mehr gelten, wenn in einem Verfahren ein Unternehmen rechtskräftig wegen des Missbrauchs einer solchen zu einer Sanktion verurteilt wurde. Da allerdings Art. 30 Abs. 1 KG als

gesetzliche Grundlage einzig einen Entscheid über die zu treffenden Massnahmen beinhaltet, kann gestützt hierauf keine Feststellungsverfügung erlassen werden (BGE 137 II 199 E. 6.3). Eine Sanktionierung aufgrund von Art. 7 KG setzt aber den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung voraus. Mit der rechtskräftigen Sanktionierung basierend auf Art. 7 KG ist damit auch immer implizit eine rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung verbunden. Ein Abstellen auf die Tatsache, dass eine solche Feststellung nicht im Dispositiv erfolgte, – wofür im Übrigen im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 KG keine gesetzliche Grundlage besteht – würde die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG quasi verunmöglichen. Dies würde aber dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, wonach es gerade möglich sein soll, gegen marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche wegen der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG sonst nicht unter die Fusionskontrolle fallen würden (vgl. Rz. 24).

26. Betreffend die Meldepflicht im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 29. Juni 2012 die Beschwerde von Publigroupe abgewiesen, was dazu geführt hat, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts rechtskräftig geworden ist.²⁰ Damit ist die Dispositivziffer zwei der Entscheidung der WEKO, wonach festgestellt wird, dass die Publigroupe mittels Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 missbrauchte, indem sie sich durch Ziff. 2.2 Abs. 1, Ziff. 2.2 Abs. 2 und Ziff. 2.5 der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern weigerte, Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte, in Rechtskraft erwachsen.²¹ Die Dispositivziffer eins, mittels welcher festgestellt wurde, dass Publigroupe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat,²² wurde hingegen aufgehoben.²³ Da eine Verletzung von Art. 7 KG notwendigerweise eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt (vgl. Rz 25), ist mit Bestätigung der Dispositivziffer zwei auch eine marktbeherrschenden Stellung rechtskräftig festgestellt worden.

¹⁷ MADELEINE CAMPRUBI; in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Müller/Auer/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 61 VwVG N 24.

¹⁸ MANI REINERT; in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 300.

¹⁹ RPW 2005/3, 555 f. E. 6.2.6, *Telekurs Multipay AG/WEKO*.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012, i.S. 2C_484/2010, Dispositiv.

²¹ RPW 2007/2, 239 Dispositiv-Ziff.; *Richtlinien des Verbandes Schweizerische Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²² RPW 2007/2, 239 Dispositiv-Ziff. 2; *Richtlinien des Verbandes Schweizerische Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²³ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012, i.S. 2C_484/2010, Dispositiv.

27. Eine solche hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm voroder nachgelagert oder benachbart ist.

28. Die in der rechtskräftigen Verfügung festgestellte marktbeherrschende Stellung bezieht sich auf den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Insetate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz.²⁴ Die Geschäftstätigkeit der Improvedigital bezieht sich auf die Vermittlung bzw. den Verkauf von Online-Werberaum durch Real Time Bidding (nachfolgend: RTB).²⁵ Damit bezieht sich die Geschäftstätigkeit auf einen Markt, der in sachlicher Hinsicht zum Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Insetate- und Werberaum in Printmedien benachbart ist. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

29. Gemäss Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Zusammenschlüsse der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

30. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

31. Bei wirksamem Wettbewerb sehen sich Unternehmen in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraus-

sichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

32. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Relevanter Markt

33. Zur Kategorisierung der Märkte im Bereich des Online-Marketings können verschiedene Marketingaktivitäten im Internet unterschieden werden:²⁶

34. Grundsätzlich haben Werbetreibende die Möglichkeit im Online-Bereich über eigene Werbemittel, wie die eigene Website, Email-Werbung, Aktionen (Gewährung von Rabatten durch online Coupons etc.) und die Präsenz eines eigenen Profils auf sozialen Netzwerken Werbung zu betreiben. Auf der anderen Seite haben sie die Möglichkeit, Online-Werbung auf den Online-Präsenzen von Dritten zu platzieren. Hierbei lässt sich auf der einen Seite Werberaum bei Suchmaschinen (wie z. B. Google) und Werberaum auf anderen Websites bzw. Werbemitteln (wie z.B. Email-Werbung) unterscheiden. Die einzelnen Werbeformen unterscheiden sich hierbei hinsichtlich ihrer Form (in Form von Text- oder Display-Werbung) und der Kontextbezogenheit. Während suchgebundene Werbung grundsätzlich über die Suchabfragen der Nutzer kontextbezogen ist, kann, je nach den durch den Betreiber der Website erhobenen Randdaten, bei der Nutzung des Werberaums Dritter kontextbezogene Werbung oder nicht-kontextbezogene Werbung angeboten werden.

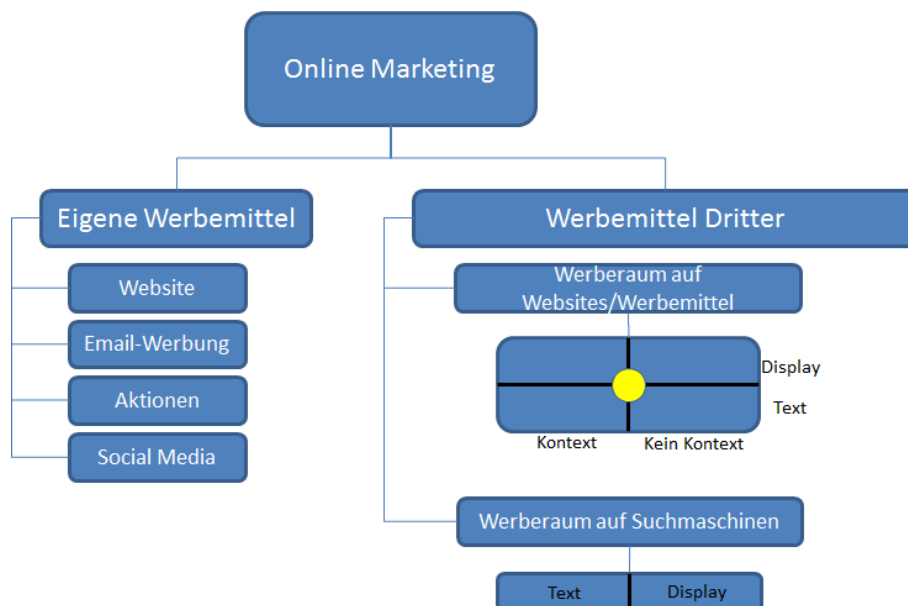


Abbildung 1: Möglichkeiten des Online Marketings

²⁴ RPW 2007/2, 239 Dispositiv-Ziff. 1; *Richtlinien des Verbandes Schweizerische Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.*

²⁵ Meldung Rz 12 ff.

²⁶ In Anlehnung an den Entscheid der Kommission in Sachen COMP/M4731 – Google/DoubleClick, abrufbar unter: ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_de.pdf, zuletzt besucht am 9. November 2012.

35. Die Geschäftstätigkeit von ImproveDigital betrifft Prozesse und Dienstleistungen rund um die Marketingaktivitäten des Werberaums auf Webseiten und Suchmaschinen. ImproveDigital bietet Lösungen an, mit welchen über RTB Online-Werbeflächen verkauft werden können.

36. Aus diesem Grund fokussiert sich die vorliegende Untersuchung des sachlich und räumlich relevanten Marktes auf den Bereich der Suchmaschinenwerbung und der Werbung auf Websites (Bannerwerbung).

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

38. RTB ist eine Technologie, mittels welcher Online-Werberaum in Echtzeit an den Höchstbietenden verkauft werden kann.²⁷ Hierzu werden beim Aufruf einer Internetseite vom Betreiber der Seite Informationen zum Werberaum, der Webseite selbst und falls vorhanden zum aktuellen Nutzer der Webseite bereitgestellt. Diese Informationen werden dann über die RTB-Plattform mit den dort angebotenen und zur Seite passenden Werberaum abgeglichen, wobei diejenige Werbung den „Zuschlag“ erhält, welche den höchsten Preis für die Nutzung des Werberaums bei dem jeweiligen Aufruf der Webseite (inkl. Werbefläche) bezahlt. Hierbei wird grundsätzlich zwischen der Angebotsseite (nachfolgend: Supply-Side) und der Nachfrageseite (nachfolgend: Demand-Side) unterschieden. Auf der Supply-Side stehen Betreiber von Webseiten, die Werberaum verkaufen, dem Plattformbetreiber gegenüber. Auf der Demand-Side stehen Werbetreibende, die Werbeinserate platzieren möchten, dem Plattformbetreiber gegenüber. Es existieren Plattformen, die sowohl die Supply- als auch die Demand-Side abdecken und solche, die lediglich eine Seite abdecken und für die jeweils andere Seite eine Schnittstelle bereithalten.

39. ImproveDigital betreibt eine automatisierte RTB-Plattform auf der Supply-Side und bietet selbst keine Online-Werbeflächen zur Nutzung an.²⁸ ImproveDigital erwirtschaftet seinen Umsatz, indem sie [...]

40. In der bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission insgesamt drei verschiedene Formen der Online-Werbung unterschieden:²⁹

- Bannerwerbung, bei welcher der Werbetreibende einen bestimmten Platz auf einer bestimmten Webseite, an dem seine Werbung erscheinen soll, bucht.
- Suchmaschinenwerbung, bei welcher (meist kontextspezifisch) neben den Suchresultaten Werbung (meist in Form von Text) ausgeliefert wird.
- Netzwerkwerbung, bei welcher der Werbetreibende lediglich den Kontext und/oder das Profil der Nutzer bestimmt, an welche die Werbung ausgeliefert werden soll, sonst aber keine direkte Kontrolle darüber hat, auf welchen Webseiten seine Werbung gezeigt wird.

41. Die Geschäftstätigkeit von Improvedigital bezieht sich hauptsächlich auf eine spezifische Form der Netzwerkwerbung, dem RTB.

42. In ihrer bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission im Online-Bereich insbesondere einen Markt für Online-Firmenwerbung abgegrenzt.³⁰ Bisher wurde dieser Markt im Entscheid NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN weiter unterteilt in die beiden Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische und für dynamische Werbeformen sowie in den Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen.³¹ Nach Angaben der Zusammenschlussparteien betreibt ImproveDigital eine Plattform für die Vermittlung von Werberaum durch RTB. Daher ist für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ein Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen abzugrenzen.

43. Da ImproveDigital keine Online-Werbeflächen für statische oder dynamische Werbeformen anbietet, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die separate Betrachtung der Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen verzichtet werden.

B.4.1.1.1 Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen

44. Im Einklang mit der EU-Kommission grenzt die WEKO in ihrer Praxis einen Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen vom Markt für den Direktvertrieb von Online-Werbeflächen ab.³² Ein Grund hierfür besteht einerseits darin, dass Direktverkäufe des Website-Betreibers über eigenes Betriebspersonal mit hohen Fixkosten einhergehen würden, während die Vermittlung mit weniger Kosten verbunden sei.

45. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO bei der Vermittlung von Online-Werbeflächen allerdings nicht zwischen den einzelnen möglichen Werbeformen (Display, Text, kontextbezogen, nicht-kontextbezogen etc.) unterschieden. Auch für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann auf eine solche Unterscheidung verzichtet werden, da aufgrund der geringen Marktanteile von ImproveDigital in der Schweiz auch bei einer Abgrenzung von Teilmärkten durch das Zusammenschlussvorhaben keine anderen Verhältnisse zu erwarten sind. Daher wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Bereich des „Affiliate Marketing“ zum vorliegenden Markt hinzugerechnet.

²⁷ KARSTEN WEIDE, White Paper – Real-Time Bidding in the United States and Western Europe, 2010-2015, S. 4, abrufbar unter: http://info.pubmatic.com/rs/pubmatic/images/IDC_Real-Time%20Bidding_US_Western%20Europe_Oct2011.pdf, zuletzt besucht am 7.11.2012.

²⁸ Meldung, Rz 43.

²⁹ RPW 2012/1, 153 Rz. 89; NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN.

³⁰ RPW 2012/1, 153 Rz. 91; NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN.

³¹ RPW 2012/1, 153 Rz. 90; NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN.

³² RPW 2012/1, 155 Rz. 105 f.; NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN.

46. Auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen stehen sich gemäss Praxis der WEKO auf der Anbieterseite die Vermittler von Online-Werbeflächen, die mit ihren Dienstleistungen versuchen Anbieter (Betreiber von Websites) und Nachfrager (Werbetreibende) nach Online-Werbeflächen zusammen zu bringen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende und Betreiber von Websites, die miteinander ins Geschäft kommen wollen, gegenüber. Da beide Nachfragegruppen nicht in einem Substitutionsverhältnis zueinander stehen, sondern komplementär sind, muss der Anbieter der Vermittlungsdienstleistung beide Nachfragegruppen separat bedienen und einen Austausch zwischen den beiden Nachfragegruppen vermitteln. Damit ist der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen ein typischer zweiseitiger Markt und kann in die beiden Teilmärkte Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden und Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites unterteilt werden.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

47. 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).

48. In der Praxis der EU-Kommission wird der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich als zumindest EWR-weit angesehen.³³ Dies wird damit begründet, dass Vermittlungsdienste einerseits – vom technischen Standpunkt aus gesehen – grenzüberschreitend im Internet angeboten würden. Andererseits hätten nationale und sprachliche Besonderheiten bei der Online-Vermittlung weit weniger Bedeutung als bei der Bereitstellung von Online-Werbeflächen, die aus kommerziellen Gründen nach Länder- und Sprachgrenzen unterteilt sei.³⁴

49. Diese Einschätzungen der EU-Kommission treffen grundsätzlich auch auf den Schweizer Markt zu. Insbesondere bei Netzwerkwerbung ist es von Bedeutung, dass das Netzwerk möglichst hohe Besucherzahlen in Bezug auf das von den Werbetreibenden vordefinierte Nutzerprofil aufweist.³⁵ Eine nationale Reichweite des Netzwerks hat nur dann eine Bedeutung, wenn das Nutzerprofil länderspezifische Merkmale aufweist.³⁶ Auch wenn die Vermittlung von Online-Werbeflächen technisch nicht an Ländergrenzen gebunden ist, fragen die Werbetreibenden in der Schweiz eher nationale Vermittlungsdienste nach³⁷, was tendenziell auf einen nationalen Markt hindeutet.

50. Soweit der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich abgegrenzt werden kann, ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eher von einem nationalen Markt auszugehen.³⁸

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

52. In der Schweiz ist Publigroupe lediglich über sein Tochterunternehmen ZanoX im Bereich des „Affiliate Marketing“ tätig.³⁹ ImproveDigital ist in der Schweiz derzeit nur indirekt tätig.⁴⁰

Tabelle 2: Marktanteile 2012 von Publigroupe und Improvedigital basierend auf den erzielten Umsätzen im Teilsegment der dynamischen Online-Werbung

Markt	Publigroupe	ImproveDigital	Gemeinsamer Marktanteil	Betroffen
Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	Nein
Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	Nein

53. Grundsätzlich liegen damit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Auf eine eingehende Analyse der Marktverhältnisse kann daher verzichtet werden. Da ImproveDigital bisher nicht aktiv auf dem Schweizer Markt tätig ist, kommt es auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen zudem kaum zu Marktanteilsadditionen.

³³ Vgl. RPW 2012/1 156 Rz 118, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

³⁴ RPW 2012/1 156 Rz 118, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*, mit Verweis auf Fall Nr. COMP/M.5676 *SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV* vom 27. Juli 2010, Rz 38.

³⁵ RPW 2012/1 156 Rz 119, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

³⁶ RPW 2012/1 156 Rz 120, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

³⁷ RPW 2012/1 156 Rz 120, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

³⁸ RPW 2012/1 156 Rz 121, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

³⁹ Meldung Rz 44.

⁴⁰ Meldung Rz 50.

B.5 Nebenabreden

54. Zu prüfen ist weiter, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁴¹

55. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁴² (EU-Bekanntmachung), angelehnt.⁴³

56. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁴⁴

57. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁴⁵

58. Die Zusammenschlussparteien haben die nachfolgenden Nebenabreden getroffen und als Nebenabreden bezeichnet:

Beteiligungs- und Konkurrenzverbot (Aktionäre, Aktienkaufvertrag)

59. Gemäss Meldung verpflichten sich die veräussernden Aktionäre Crossmedia, Dunedigital, 24th Avenue und Rietveld, wie auch die einzigen Aktionäre von Dunedigital (Joëlle Frijters) und 24th Avenue (Janneke Wessling-Niessen) im Rahmen des Aktienkaufvertrags,

sich weder direkt noch indirekt an geschäftlichen Aktivitäten zu beteiligen, die ImproveDigital konkurrenzieren.⁴⁶ [...].

60. Da bei kleinen und mittleren Unternehmen dem Management und dem Aktionariat häufig noch eine wichtige operative Funktion zukommt, kann sich ein Beteiligungs- und Konkurrenzverbot rechtfertigen. Im vorliegenden Fall sind die beiden Einzelaktionäre A und B im Management von ImproveDigital tätig. Daher rechtfertigt sich ein entsprechendes Beteiligungs- und Konkurrenzverbot, welches für die Dauer von [...] Jahren vereinbart wurde.

Abwerbeverbot (Aktionäre, Aktienkaufvertrag)

61. Der Aktienkaufvertrag sieht zudem für die veräussernden Aktionäre Crossmedia, Dunedigital, 24th Avenue und Rietveld, wie auch für die einzigen Aktionäre von Dunedigital (A) und 24th Avenue (B) vor, dass das gezielte Abwerben von Mitarbeitern sowie die direkte Konkurrenzierung von ImproveDigital verboten ist.⁴⁷ Das gezielte Abwerbeverbot gilt bis zum [...].

62. In Anlehnung an Rz 60 erscheint auch das Abwerbeverbot als begründet, und es bewegt sich im üblichen Rahmen.⁴⁸ Somit kann festgehalten werden, dass das Abwerbeverbot unter das Konzentrationsprivileg fällt.

Konkurrenzverbot (Aktionäre, Aktionärsbindungsvertrag)

63. Im Aktionärsbindungsvertrag vereinbaren die Vertragsparteien, dass sie für die Zeit, in welcher sie gemeinsam Aktionär sind und [...] Monate darüber hinaus, ImproveDigital in [...] nicht konkurrenzieren werden.⁴⁹ Die Zusammenschlussparteien begründen das Konkurrenzverbot mit [...].

64. Die oben aufgeführten [...] Dennoch ist nicht ersichtlich, weshalb [...] unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden sind. Im Hinblick auf die beiden Minderheitsaktionäre B (24th Avenue) und A (Dunedigital) ist ein mögliches Konkurrenzverbot bereits im „Key Manager Agreement“ enthalten. Im Hinblick auf die beiden anderen Minderheitsaktionäre Crossmedia und Riedveld ist nicht ersichtlich, weshalb diese, ohne über Kontrollrechte zu verfügen, [...] und aufgrund der Aktionärsstellung einem solch weitreichenden und [...] Konkurrenzverbot unterliegen sollten.

⁴¹ RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴² ABI. C 56/24 vom 5.3.2005.

⁴³ Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁴⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁴⁵ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁴⁶ Meldung Rz 28; Meldung, Beilage 4 SPA, Rz 14.1.

⁴⁷ Meldung Rz. 28; Meldung, Beilage 4 SPA, Rz 14.2.

⁴⁸ Vgl. dazu etwa RPW 2012/1, 116 Rz 37 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁴⁹ Meldung Rz 28; Meldung, Beilage 4, Schedule 7.3.e Shareholders' Agreement, Rz 15.1.1.

65. Aus diesem Grund wird das Konkurrenzverbot des Aktionärsbindungsvertrags nicht als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden angesehen. Es erfährt keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid. Es unterliegt gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

Konkurrenzverbot (Management)

66. Weiterhin sieht das „Key Manager Agreement“ vor, dass B und A während [...] keine konkurrenzierende Geschäftstätigkeit aufnehmen oder von Improvedigital Mitarbeiter abwerben dürfen.⁵⁰

Fazit

67. Die oben genannten Nebenabreden stehen, bis auf das im Aktionärsbindungsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot, im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben. Diese sind für die Investoren und Aktionäre, die nur noch eine reine Finanzbeteiligung halten, auf [...] befristet. Für die beiden Einzelaktionäre, die zudem in einer führenden Position im Unternehmen bleiben, wurde ein Konkurrenzverbot für [...] vereinbart. Diese Nebenabreden können daher als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für diesen notwendig angesehen werden.

B.6 Ergebnis

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

⁵⁰ Meldung Rz. 28; Meldung, Beilage 4, Schedule 7.3.e Shareholders' Agreement, Schedule 5.2.2 Key Managers Agreements, jeweils Rz 9.

B 2.3

5. Swatch Group AG/Harry Winston Holdings Inc.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. Februar 2013

1. Am 4. Februar 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten, welche von der Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eingereicht worden ist. Danach beabsichtigt die Swatch Group die Kontrolle über die Harry Winston Inc. (nachfolgend: HW) zu erwerben.

2. Swatch Group mit Sitz in Biel ist die Holdinggesellschaft einer Unternehmensgruppe, deren Aktivitäten hauptsächlich die Herstellung und den Vertrieb sowohl von Uhren und - in einem geringen Umfang - von Schmuck als auch von Uhrwerken und Komponenten umfassen.

3. Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) mit Sitz in Grenchen ist ein Tochterunternehmen der Swatch Group. Die ETA ist schwergewichtig in der Herstellung mechanischer und Quarz-Uhrwerke sowie der Herstellung von Uhren der Marke Swatch tätig.

4. Die HW Holdings Inc. (nachfolgend: HW Holdings) mit Sitz in New York ist ein Unternehmen, welches selber über keine Geschäftstätigkeit verfügt, aber eine 100%-Beteiligung an der HW hält.

5. HW mit Sitz in New York ist in der Gestaltung, der Herstellung und im Verkauf von Luxusschmuck unter der Marke „Harry Winston“ tätig. Die Unternehmung kauft Diamanten ein, verarbeitet diese grösstenteils selber zu edlen Schmuckstücken und vertreibt sie – mittels der Tochtergesellschaften – über ein eigenes Distributionsnetz (Harry Winston Salons) sowie über Drittparteien. Des Weiteren verkauft HW Luxusuhren der Marke Harry Winston.

6. Harry Winston SA (Schweiz) ist in der Produktion von mechanischen Uhren und Quarzuhren für die Marke „Harry Winston“ tätig. Zur Produktion gehören insbesondere Forschung und Entwicklung, die Gestaltung und - zu einem überwiegenden Teil - auch die Assemblage von mechanischen Uhren und Quarzuhren inklusive Einfassung von Diamanten (Sertissage) und Polieren (Polissage), die Qualitätskontrolle sowie das Führen eines Kundendienstes.

7. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Swatch Group erwirbt zu diesem Zweck 100% des Aktienkapitals der HW Hol-

dings und übernimmt damit indirekt die Kontrolle über HW.

8. Mit dem Verkauf von HW Holdings soll die Finanzkraft der Harry Winston Diamond Corporation mit Sitz in Toronto (Kanada) gestärkt werden, welche indirekt zu 100 % an der der HW Holdings beteiligt ist. Der Verkauf soll der Harry Winston Diamond Corporation die Möglichkeit geben, weitere Opportunitäten im Bereich der Förderung von Diamanten zu realisieren. Swatch Group will mit dem Erwerb von HW Holdings und insbesondere deren Tochtergesellschaften sowie den damit verbundenen Marken ihr Prestige Segment ideal ergänzen und den Schmuckbereich ausbauen.

9. Da vorliegend die in Art. 9 Abs. 1 KG genannten Umsatzschwellen gemäss Angaben der Swatch Group nicht erreicht werden, entsteht keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG.

10. Die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse besteht ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

11. Die WEKO hat im Entscheid „ETA SA Manufacture Horlogère Suisse“ (RPW 2005/1, S. 128 ff.) für die ETA eine marktbeherrschende Stellung im Bereich Ebauches für mechanische Uhrwerke bis CHF 300.-, welche in der Schweiz hergestellt werden, rechtskräftig festgestellt. Zudem sieht die WEKO gemäss diesem Entscheid den Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements) als nachgelagerten Markt für Ebauches an (RPW 2005/1 S. 142).

12. Die WEKO betrachtet den Markt für mechanische Uhren als ein dem Markt für Ebauches resp. mechanische Uhrwerke nachgelagerten Markt. Dies insbesondere, weil mechanische Uhrwerke von ETA zum Teil in Uhren von Harry Winston eingebaut werden.

13. Aufgrund dessen, dass die ETA auf dem Markt für Ebauches für mechanische Uhrwerke bis CHF 300.- marktbeherrschend ist und der Markt für mechanische Uhren als nachgelagert angesehen wird, ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Das Vorliegen dieser Meldepflicht nach Art. 4 Abs. 9 KG wird jedoch von der Swatch Group bestritten.

14. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

15. Der Zusammenschluss betrifft Uhren und Schmuck des obersten Preissegments. Da HW bisher in der

Schweiz weder über eigene Verkaufsstellen noch über das Vertriebsnetz Dritter Schmuck verkaufte, kann es folglich im Bereich Schmuck durch die Übernahme zu keinen Marktanteilsadditionen in der Schweiz kommen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf den Uhrenbereich.

16. Es ist naheliegend, den Markt für (mechanische) Uhren in verschiedene Segmente zu unterteilen. Vom vorliegenden Zusammenschluss ist nur das oberste Preissegment betroffen. In räumlichen Hinsicht kann von einem weltweiten Markt ausgegangen werden. Vorliegend muss der sachlich relevante Markt aber nicht abschliessend abgegrenzt werden, da dies keinen Einfluss auf das Resultat hat.

17. Es ist nicht ausgeschlossen, dass durch den Zusammenschluss – je nach genauer Marktabgrenzung – der gemeinsame Marktanteil von Swatch Group und HW knapp über 20 % zu stehen käme und somit ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU entstehen könnte. Unabhängig davon verfügt HW aber lediglich über einen sehr geringen Marktanteil von [0-5] %. Demzufolge führt der Zusammenschluss nur zu sehr geringen Marktanteilsadditionen.

18. Aus den eben genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

Verfügung vom 28. Januar 2013 betreffend Genehmigung der Veräusserung der Aktivitäten der LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz gemäss Auflage in der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 4. Juli 2012 in Sachen Schweizerische Post / La Poste

1 Sachverhalt

1.1 Zulassung des Zusammenschlussvorhabens unter Auflage

1. Am 4. Juni 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Swiss Post International Holding AG (nachfolgend SPI) bzw. von deren Muttergesellschaft Schweizerische Post sowie der La Poste Global Mail SAS (nachfolgend LPGM) bzw. von deren Muttergesellschaft La Poste über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigten die Schweizerische Post (über die Tochtergesellschaft SPI) und La Poste (über die Tochtergesellschaft LPGM) ein Volfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu gründen. Das Kerngeschäft des Gemeinschaftsunternehmens werde in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich grenzüberschreitende adressierte physische Briefpostsendungen liegen. Die SPI und die LPGM planten, alle ihre im Bereich der grenzüberschreitenden Mäildienstleistungen tätigen ausländischen Tochtergesellschaften in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, ausser die Aktivitäten der Schweizerischen Post und der La Poste im Bereich eingehende und ausgehende Post in ihren jeweiligen Heimmärkten.

2. Mit Verfügung vom 4. Juli 2012 liess die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss unter folgender Auflage zu:

„Die LPGM, LPIMS und SPI verpflichten sich, die Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz entsprechend der in den Erwägungen enthaltenen Verpflichtungszusage (vgl. Rz 132) und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012 (gemäss Beilage) an einen Dritten zu veräussern.“

3. Die genannte Verpflichtungszusage lautete wie folgt:

„I. Zusagen

Im Bestreben, allfällige Bedenken der Wettbewerbskommission gegen die Gründung eines Volfunktionsgemeinschaftsunternehmens zwischen der La Poste Global Mail SAS („LPGM“) und der Swiss Post International Holding AG („SPI“) auszuräumen, machen die Parteien, d.h. SPI, LPGM und ihre Tochtergesellschaft La Poste The International Mail Solution („LPIMS“), folgende Zusagen für Auflagen:

a) *Die Parteien veräussern die Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz an einen Dritten entsprechend den nachfolgenden Verpflichtungszusagen und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012.*

tungszusagen und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012.

- b) *Die Parteien melden dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unverzüglich schriftlich, sobald die Massnahmen nach Buchstabe a) erfolgt sind.*
- c) *Die unter Buchstabe (a) genannte Veräusserung erfolgt innerhalb der in den Engagements soumis à la Commission européenne gesetzten Fristen und, wenn erforderlich, durch den durch die European Commission genehmigten Mandataire chargé de la Cession.*

II. Zu veräusserndes Geschäft

Das zu veräussernde Geschäft besteht aus den schweizerischen Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Mail für Geschäftskunden („Geschäft“).

Die Parteien beabsichtigen, das Geschäft zusammen mit der Entité Cédée gemäss den Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012 („Engagements“; vgl. Beilage) zu veräussern.

[...]

Mit dem Geschäft werden keine Sachwerte, kein Personal und keine Software-Lizenzen übertragen.

III. Verfahren der Veräusserung

Für die Veräusserung des Geschäfts gelten analog die in den Engagements für die Veräusserung der Entité Cédée festgelegten Verfahrensbestimmungen.

[...]

4. *Wie in dieser Verpflichtungszusage ausgeführt, bedarf der Abschluss des Kaufvertrages der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission gemäss Ziff. 15 der Engagements. Darin wird festgehalten:*

„L'accord final de vente et d'achat sera conditionné par l'approbation de la Commission. Lorsque les Parties ont conclu un accord avec un Acquéreur, elles doivent soumettre, à la Commission et au Mandataire chargé de la Surveillance, une proposition dûment documentée et motivée, y compris une copie de(s) raccord(s) final(aux). Les Parties doivent être en mesure de démontrer à la Commission que l'Acquéreur respecte les exigences de l'Acquéreur et que l'Entité cédée est vendue de manière compatible avec les Engagements. Pour l'approbation, la Commission vérifie que l'Acquéreur remplit les Exigences de l'Acquéreur et que l'Entité Cédée est vendue de façon conforme aux Engagements. La Commission peut approuver la vente de l'Entité Cédée en excluant un ou plusieurs Actifs ou membres du personnel, si cela n'affecte pas la viabilité et la compétitivité de l'Entité Cédée après la vente, compte tenu de l'acquéreur proposé.“

5. Das genannte Zusammenschlussvorhaben war auch in der EU meldepflichtig. Seitens der Europäischen

Kommission wurden die Parteien dazu verpflichtet, die Aktivitäten im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden von SPI in Frankreich, konkret die Swiss Post International France SAS (SPI France), zu veräussern.

1.2 Umsetzung der Auflage und Verfahren

6. Nach Abschluss der vorläufigen Prüfung wurde das Sekretariat durch die Parteien stetig über die Umsetzung der Auflage auf dem Laufenden gehalten.

7. Am 31. Juli 2012 ernannte die Europäische Kommission Herrn Thierry Corbel zum „Monitoring Trustee“. Herr Corbel nahm diese Aufgabe auch mit Bezug auf die Veräusserung des Geschäfts wahr. In der Folge reichte er Ende September 2012 und Ende Oktober 2012 jeweils einen „Report“ über die wichtigsten Abläufe und die nächsten Schritte ein.

8. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 reichten die Parteien die Vertragsdokumente betreffend die Veräusserung der Aktivitäten der LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz ein und stellten Antrag auf Genehmigung der Erwerberin und der Verkaufsdokumentation.

[...]

9. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Antrags auf Genehmigung der Erwerberin und der Verkaufsdokumentation.

10. Am 21. Dezember 2012 reichte der Monitoring Trustee seinen „Opinion Report“ und als Beilage den Businessplan von [...] per E-Mail ein. Mit Schreiben vom 26. Dezember 2012 sandte er die Dokumente zudem postalisch zu. Im Opinion Report empfiehlt der Monitoring Trustee der Wettbewerbskommission, die Erwerberin für die in Frage stehende Transaktion zu genehmigen.

2 Erwägungen

11. Die Auflage in der Verfügung vom 4. Juli 2012 hält lediglich in allgemeiner Weise fest, dass die Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz entsprechend der in den Erwägungen enthaltenen Verpflichtungszusage (vgl. Rz 132) und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012 (nachfolgend: „Engagements“) an einen Dritten zu veräussern sind. In der Verpflichtungszusage wird sodann festgehalten, dass der Abschluss eines Kaufvertrags betreffend das Geschäft der Genehmigung der Wettbewerbskommission bedarf und es wird diesbezüglich auf Ziffer 15 der Engagements verwiesen.

12. Gestützt darauf ist nachfolgend zu prüfen, ob die vorgeschlagene Erwerberin des Geschäfts die Anforderungen gemäss Engagements erfüllt und ob der Verkauf des Geschäfts generell konform zur Verpflichtungszusage und zu den Engagements erfolgt.

2.1 Zum Verfahren der Veräusserung

13. Gemäss Titel I. Bst. c der Verpflichtungszusage erfolgt die Veräusserung innerhalb der in den Engagements gesetzten Fristen und, wenn erforderlich, durch

den durch die Europäische Kommission genehmigten Mandataire chargé de la Cession. Der 1. Eckpunkt zum Verfahren der Veräusserung in der Verpflichtungszusage lautet zudem wie folgt: „Die Parteien verpflichten sich, mit einem Dritten innert der Première Période de Cession gemäss den Engagements (d.h. sechs Monate nach Ablauf der Monatsfrist gemäss Art. 32 Abs. 1 KG) einen bindenden Kaufvertrag betreffend das Geschäft abzuschliessen (vgl. Ziff. 1 der Engagements).“ Gemäss Ziff. 2 der Engagements haben die Parteien die Auflage insgesamt (rechtzeitig) erfüllt, wenn sie einen bindenden Kaufvertrag bis zum Ende der „Phase d'intervention du Mandataire chargé de la Cession“ abgeschlossen haben, sofern die Europäische Kommission (und analog die WEKO) die Erwerberin und die Modalitäten gemäss dem in Ziff. 15 der Engagements beschriebenen Vorgehen genehmigt, und wenn die Abwicklung des Verkaufs in einer Frist von maximal drei Monaten nach dieser Genehmigung erfolgt.

14. Die Verträge wurden vorliegend am 14. Dezember 2012 unterzeichnet, d. h. die Parteien haben vorliegend die oben erwähnten Fristen zum Abschluss eines bindenden Kaufvertrags eingehalten.

2.2 Inhalt der Verträge

15. Vorliegend haben die LPIMS und [...] am 14. Dezember 2012 einen „Acte de Cession de Fonds de Commerce“ (nachfolgend: ACFC) abgeschlossen. [...].

16. Das Geschäft wird in der Präambel des ACFC definiert als Versand von Briefsendungen im Sinne der Union Postale Universelle (UPU) aus der Schweiz in andere Länder, unter Ausschluss von Postpaketen gemäss Definition der UPU. Zum Geschäft gehören ebenfalls Dienstleistungen im Bereich internationaler Presse aus der Schweiz in andere Länder. [...]

[...]

2.3 Anforderungen an die Erwerberin

17. Gemäss Ziff. 14 der Engagements muss eine Erwerberin die nachfolgenden drei Anforderungen erfüllen:

2.3.1 Unabhängigkeit

18. Die Erwerberin muss von den Parteien unabhängig und nicht mit ihnen verbunden sein. Gemäss Parteien und dem Monitoring Trustee wird für die Ausübung des Geschäfts eine neue Gesellschaft [...] gegründet, welche gemäss Monitoring Trustee vollständig durch [...] gehalten werden wird. Das Geschäft [...] werde laut Monitoring Trustee von den Parteien unabhängig sein und es würden abgesehen von den Übergangsvereinbarungen im Asset Purchase Agreement und dem Share Purchase Agreement keine strukturellen oder geschäftlichen Verbindungen bestehen. Das Kriterium der Unabhängigkeit ist somit erfüllt.

2.3.2 Ausreichende Ressourcen und Anreize

19. Die Erwerberin muss die finanziellen Ressourcen, nachgewiesene Erfahrung sowie die Anreize haben, das Geschäft als existenzfähige und aktive Wettbewerberin zu den Parteien und anderen Konkurrenten zu erhalten und weiterzuentwickeln.

20. In finanzieller Hinsicht hat die Erwerberin die notwendige Finanzierung der Akquisition der Aktien von SPI France [...] gesichert, [...]. [...], es werden aber durch den Monitoring Trustee diesbezüglich auch keine Bedenken vorgebracht.

[...]

21. [...] einen Business Plan für die Jahre 2013 bis 2017 erstellt. Der Monitoring Trustee hält den Business Plan für praktikabel und geht im Hinblick auf SPI France davon aus, dass diese als lebensfähige und aktive Konkurrentin im Markt bleiben wird. [...]

22. Aufgrund der eingereichten Informationen ist von genügenden Ressourcen und Anreizen zur Entwicklung einer existenzfähigen und aktiven Wettbewerberin auszugehen.

2.3.3 Keine weiteren Einwände

23. Die Erwerberin darf im Licht der Informationen, die der Wettbewerbskommission zur Verfügung stehen, weder wahrscheinliche prima facie Wettbewerbsbedenken hervorrufen noch das Risiko erhöhen, dass der Vollzug der Verpflichtungszusagen verzögert wird; es muss insbesondere vernünftigerweise davon ausgegangen werden können, dass die Erwerberin alle notwendigen Genehmigungen von den zuständigen Behörden für den Kauf des Geschäfts erhalten wird.

24. Laut den Parteien kontrolliert die Erwerberin keine Unternehmen, die Produkte oder Dienstleistungen anbieten, welche auch vom Geschäft angeboten werden. Ebenso wenig kontrolliere die Erwerberin Unternehmen, deren Aktivitäten sich vertikal mit jenen des Geschäfts überlappten. Es ergäben sich daher keine Wettbewerbsbedenken. Diese Einschätzung wird durch den Monitoring Trustee geteilt.

25. Aus den verfügbaren Unterlagen ergeben sich keine prima facie wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegen die Erwerberin noch sind besondere Risiken im Zusammenhang mit dem Verkauf des Geschäfts an die Erwerberin ersichtlich.

3 Ergebnis

26. Das Geschäft (Inhalt der Übertragung), die Erwerberin sowie die vertragliche Umsetzung erfüllen die Vorgaben der Auflage i. V. m. der Verpflichtungszusage und den Engagements. Demzufolge ist entsprechend dem Antrag der Parteien sowie der Empfehlung des „Monitoring Trustee“ die Veräusserung der Aktivitäten von LPMG/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Ge-

schäftskunden in der Schweiz an [...] gemäss den vorgelegten Verträgen zu genehmigen. Vorbehalten bleibt die ordnungsgemässe Umsetzung der Verträge und die Einhaltung der übrigen Pflichten im Rahmen der verfügbaren Auflage in Verbindung mit der Verpflichtungszusage und den Engagements.

4 Kosten

27. Die vorliegende Verfügung unterliegt gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) der Gebührenpflicht. Gemäss Artikel 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. Im vorliegenden Fall beträgt der Stundenansatz 200 Franken. [...]

5 Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die Veräusserung der Aktivitäten von LPMG/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz an [...] bzw. an von ihnen kontrollierte Gesellschaften entsprechend den vorgelegten Verträgen.
2. Die Kosten [...] werden den Parteien zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Swiss Post International Holding AG
 - La Poste Global Mail SAS
 - La Poste The International Mail Solution
 alle vertreten durch [...]
4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

B 2.3	7. BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.
-------	--

Beschlussbegründung der Wettbewerbskommission vom 27. Februar 2013 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Bristol-Myers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.

A Sachverhalt

1. Am 1. Februar 2013 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über das im Eingang genannte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Bristol-Myers Squibb Company (BMS) und Astra Zeneca LP (AZ) die gemeinsame Kontrolle an der Geschäftstätigkeit von Amylin Pharmaceuticals Inc. (Amylin) zu übernehmen.

2. Im Vorfeld zu diesem Zusammenschlussvorhaben hat BMS am 29. Juni 2012 den Zuschlag für den Erwerb von Amylin bekommen. Zu diesem Zweck schloss BMS einen Fusionsvertrag über den Erwerb des 100 % ausstehenden Aktienkapitals von Amylin ab. Am 10. Juli 2012 lancierte BMS ein Kaufangebot für die Anteile an Amylin. BMS erhielt die Anteile am 8. August zugesprochen.

3. Die Übernahme des gesamten Aktienpaketes von Amylin durch BMS war in der Schweiz nicht meldepflichtig, da die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht wurden.

4. Am 27. Juni 2012 haben BMS und AZ ein sogenanntes „Joint Bidding Agreement“ (JBA) abgeschlossen. Das JBA räumt AZ das Recht ein, gegen Bezahlung von USD [50-150] Mio. eine Option auszuüben. Dadurch könnte AZ gewisse Kontrollrechte erwerben, welche ihr zusammen mit BMS gemeinsame Kontrolle über die Geschäftstätigkeiten von Amylin einräumen. Am 8. August 2012 kündigte AZ zu Handen von BMS ihre Absicht an, die Option auszuüben. Unter Vorbehalt sämtlicher notwendiger behördlicher Zustimmungen wird im ersten Quartal 2013 mit der Ausübung des Optionsrechts von AZ gerechnet.

5. Zwar hält BMS 100 % der Beteiligungen von Amylin. BMS und AZ werden jedoch beide [...] % für die bereits vorhandenen und zukünftigen Verbindlichkeiten, welche die gemeinsam kontrollierte Geschäftstätigkeit von Amylin betreffen, verantwortlich sein.

6. BMS ist ein weltweit tätiges Pharmaunternehmen, welches in der Entwicklung und Vermarktung von Behandlungen in verschiedenen Gebieten, insbesondere der Therapien zur Bekämpfung von Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Infektionskrankheiten, Krebserkrankungen, Neuro- und Immunkrankheiten sowie Stoffwechselerkrankungen aktiv ist. BMS ist eine börsenkotierte Gesellschaft, deren Aktien an der New York Stock Exchange kotiert sind.

7. AZ ist eine hundertprozentige, indirekte Tochtergesellschaft von Astra Zeneca PLC (AZ PLC), ein weltweit tätiges Bio-Pharmaunternehmen, welches primär in der Entdeckung, Entwicklung, Herstellung und Vermarktung

von rezeptpflichtigen Arzneimitteln in den Bereichen Magen-Darm, Herz-Kreislauf, Neurowissenschaft, Atemwege/Entzündungen, Krebs und Infektionskrankheiten tätig ist. AZ PLC ist in über 100 Ländern tätig und unterhält vierzehn Forschungs- und Entwicklungshauptzentren in acht Ländern. AZ PLC verfügt über Produktionsstätten in 16 Ländern. AZ PLC ist eine börsenkotierte Gesellschaft, deren Aktien in der London Stock Exchange, der New York Stock Exchange und der OMX Nordic Stockholm Exchange kotiert sind. AZ PLC ist Teil der AZ Gruppe.

8. Seit 2007 existiert zwischen AZ und BMS die sogenannte „Brilliant collaboration“. Innerhalb dieser Zusammenarbeit entwickeln und vermarkten AZ und BMS Diabetes Produkte.

9. Amylin ist ein Bio-Pharmaunternehmen, das im Bereich der Forschung, Entwicklung und Kommerzialisierung von Arzneimitteln im Bereich der Behandlung von Diabetes und anderen Stoffwechselerkrankungen tätig ist. Bis kurz nach Übernahme durch BMS waren die Aktien von Amylin an der NASDAQ Stock Exchange kotiert. Amylin vermarktet ihre Produkte primär in den USA. Im europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz wurden von den Amylin-Produkten einzig GLP-1-Injektionsprodukte angeboten; diese wurden bis anhin gestützt auf einen Zusammenarbeitsvertrag zwischen Amylin und Eli Lilly aus dem Jahr 2002 exklusiv durch Eli Lilly vermarktet. Im Rahmen einer Streitbeilegung zwischen den beiden Gesellschaften erhält Amylin die exklusiven Rechte zum Vertrieb ihrer GLP-1-Produkte im EWR und in der Schweiz (und, allgemeiner, ausserhalb der USA) per 31. März 2013 zurück.

10. Die Parteien haben den Zusammenschluss am 28. Januar 2013 ebenfalls bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission gemeldet. Gemäss aktuellen Informationen wird diese den Zusammenschluss voraussichtlich am 4. März 2013 bewilligen.

B Erwägungen

11. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹).

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

B.1 Gemeinsame Kontrolle

12. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Absatz 3 Bst. b des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

13. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Bestimmender Einfluss bedeutet im Kontext der gemeinsamen Kontrolle die Möglichkeit, Entscheidungen zu blockieren, die das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand haben. Im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelnes Unternehmen über die strategischen Entscheide der Zielgesellschaft alleine bestimmen kann, können bei gemeinsamer Kontrolle Pattsituationen entstehen, weil zwei oder mehr Unternehmen die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren.²

14. In der Praxis ist zu beobachten, dass Vetorechte bezüglich der Besetzung der Unternehmensleitung, des Budgets und eines detaillierten Geschäftsplanes in der Regel für sich alleine ausreichen, um eine gemeinsame Kontrolle zu begründen.³

15. Durch die Ausübung der Option durch AZ werden AZ und BMS Entscheide über nachfolgende Angelegenheiten nur gemeinsam treffen können:

- Entscheid darüber, für Arzneimittel von Amylin eine Zulassung [...];
- Entscheide hinsichtlich Regulierungsangelegenheiten bezüglich der gemeinsam kontrollierten Geschäftstätigkeit von Amylin inklusive [...];
- Entscheide hinsichtlich [...] der Produkte von Amylin, inklusive die Verabschiedung des jährlichen Entwicklungs- und Budgetplans für die gemeinsam kontrollierte Geschäftstätigkeit von Amylin [...];
- Parameter für die globale Preisfestsetzung, [...];
- Entscheide hinsichtlich der Kommerzialisierung der Amylin Produkte, inklusive Verabschiedung des jährlichen Kommerzialisierungs- und Budgetplans [...];
- Jegliche Investitionen im Zusammenhang mit der gemeinsam kontrollierten Geschäftstätigkeit von Amylin [...]⁴;
- Annahme und Änderung der Budget- und Investitionsplanung im Zusammenhang mit der Vermarktung der gemeinsam kontrollierten Geschäftstätigkeit von Amylin, [...]⁵.

16. Schon allein die Tatsache, dass BMS und AZ sich einig sein müssen über die Verabschiedung des jährlichen Entwicklungs- und Budgetplans, könnte bereits zu gemeinsamer Kontrolle von Amylin durch BMS und AZ führen. Sämtliche unter Rz 15 genannten Vetorechte führen definitiv dazu, dass die beiden Unternehmen

strategisch wichtige Entscheide blockieren können, so dass gemeinsame Kontrolle vorliegt.

B.2 Vollfunktionsunternehmen

17. Nachfolgend wird geprüft, ob Amylin als Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind dazu folgende Kriterien erforderlich:⁶

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeit zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.

18. Die Parteien werden Amylin [...] zur Verfügung stellen, wobei die Kosten durch Amylin getragen werden. Zudem wird Amylin durch verschiedene Ausschüsse geführt, denen umfassende Befugnisse [...]. Überdies [...] Amylin zur Ausübung seiner Geschäftstätigkeit die notwendigen finanziellen Mittel.

19. Amylin produziert Arzneimittel zur Bekämpfung von Diabetes. Sobald es die Rechte an der Kommerzialisierung von Byetta und Bydureon von Eli Lilly zurückerhält wird Amylin diese Produkte auch vertreiben. Amylin tritt somit als Anbieterin auf dem Markt auf.

20. Amylin wird die Vertriebsstruktur für seine Medikamente Byetta und Bydureon selbst aufbauen. Die Kosten dazu werden durch Amylin selbst getragen. Überdies [...] Gemeinschaftsunternehmen die [...] der Vermarktung. Das Gemeinschaftsunternehmen benutzt auch keine Inhaltsstoffe der Parteien zur Herstellung von Byetta und Bydureon. Zudem sind die Endabnehmer dieser Produkte Patienten, Ärzte oder Spitäler und nicht die Parteien.

21. Schliesslich ist das Gemeinschaftsunternehmen klar auf Dauer ausgelegt. Die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ist bis mindestens [...] vorgesehen und eine Auflösung nur gestützt auf eng umschriebene Voraussetzungen möglich ist.

² MANI REINERT, in: Basler Kommentar (BSK KG), Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

³ BSK KG - Mani Reinert (FN 2), Art. 4 Abs. 3 KG N 288.

⁴ Hierbei handelt es sich um ein spezielles Schiedsverfahren, [...].

⁵ Soweit es um Budget-Elemente wie Integrationskosten oder [...].

⁶ RPW 2012/1, 149 Rz 38; BSK KG - MANI REINERT (FN 2), Art. 4 Abs. 3 KG N 324-328.

22. Aufgrund der gemachten Ausführungen, gestützt auf die Aussagen der Parteien, sind die Voraussetzungen für ein Vollfunktionsunternehmen daher erfüllt. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. Art. 2 Abs. 1 VKU vor.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

23. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

Tabelle 1:

Unternehmen	Schweizer Umsatz 2011 in CHF
Bristol Myers Squibb	[50'000'000-150'000'000]
Astra Zeneca	[200'000'000-300'000'000]

Quelle: Angabe der Parteien

26. Eli Lilly gibt nur länderbasierte Abrechnungen für Länder bekannt, in welchen die höchsten Lizenzgebühren mit Amylin Produkten generiert werden. Die Schweiz gehört nicht zu diesen Ländern. Daher sind die Umsätze, welche Amylin in der Schweiz im Zusammenhang mit Verkäufen durch Eli Lilly mit ihren Produkten in der Schweiz erzielt hat, nicht bekannt. Dies ist jedoch unerheblich, da bereits BMS und AZ im Jahr 2011 in der Schweiz je mehr als CHF 100 Mio. Umsatz erzielten, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt ist.

27. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist somit gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

28. Die beteiligten Unternehmen entfalten nur in einem Bereich gemeinsame Aktivitäten. Es ist dies der Bereich der Behandlung von Diabeteserkrankungen. Es wird daher lediglich dieser Teil einer detaillierteren Prüfung unterzogen.

B.5 Einleitung zu Diabeteserkrankungen

29. Es werden zwei Arten von Diabetes-Erkrankungen unterschieden. Die Typ-1-Diabetes („T1D“) ist eine auto-immune Krankheit, an der 5–10 % der Diabetiker leiden. Die Hauptbehandlung von T1D Patienten besteht in Insulin. Keine der vom Zusammenschluss betroffenen Parteien ist im Bereich von T1D-Behandlungen tätig.

30. Die zweite Art von Diabetes ist Typ-2-Diabetes („T2D“). Dabei handelt es sich um eine chronische Krankheit, die auch als nicht Insulin abhängige Diabetes oder als Erwachsenen-Diabetes bezeichnet wird.

31. T2D zeichnet sich durch Insulinresistenz und/oder Insulinmangel aus, wobei im Rahmen der klinischen Diagnose das eine oder das andere vorliegen kann.⁸ Wie die "International Diabetes Federation" festhält, wird

B.4 Meldepflicht

24. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2011 einen gemeinsamen Umsatz von über CHF [50-150] Mia (Jahresmittelkurs 2011⁷: USD 1 = 0.89 CHF) erwirtschaftet, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten ist.

25. Im Geschäftsjahr 2011 erzielten die beteiligten Unternehmen in der Schweiz folgende Umsätze:

T2D üblicherweise bei Patienten ab 40 Jahren diagnostiziert, kann aber bereits früher auftreten. T2D ist oft, aber nicht immer, mit Fettleibigkeit verbunden, welche ihrerseits Insulinresistenz hervorrufen und zu erhöhtem Blutzuckerspiegel führen kann.⁹ Es gibt eine grosse Anzahl von Menschen, die an T2D leiden (die World Health Organisation WHO schätzt, dass in Europa rund 60 Millionen Menschen an Diabetes erkrankt sind, die meisten davon an T2D).

32. T2D ist eine fortschreitende Krankheit, welche in ihrem zeitlichen Verlauf zunehmender Kontrolle und Behandlung des Blutzuckerspiegels bedarf:

- (1) Die erste Stufe der Behandlung besteht in der Änderung der Lebensgewohnheiten, d.h. Diät und Bewegung.
- (2) Kann damit der Blutzuckerspiegel nicht unter Kontrolle gebracht werden, kommt i.d.R. als erste medikamentöse Behandlung "Metformin"; und, in einer kleinen Anzahl von Fällen, anstelle von Metformin ein Produkt aus der Gruppe der "Sulphonylurea" zum Einsatz. Beide Produkt(-Klassen) sind zur oralen Einnahme bestimmt und es existiert eine Vielzahl von Generika.

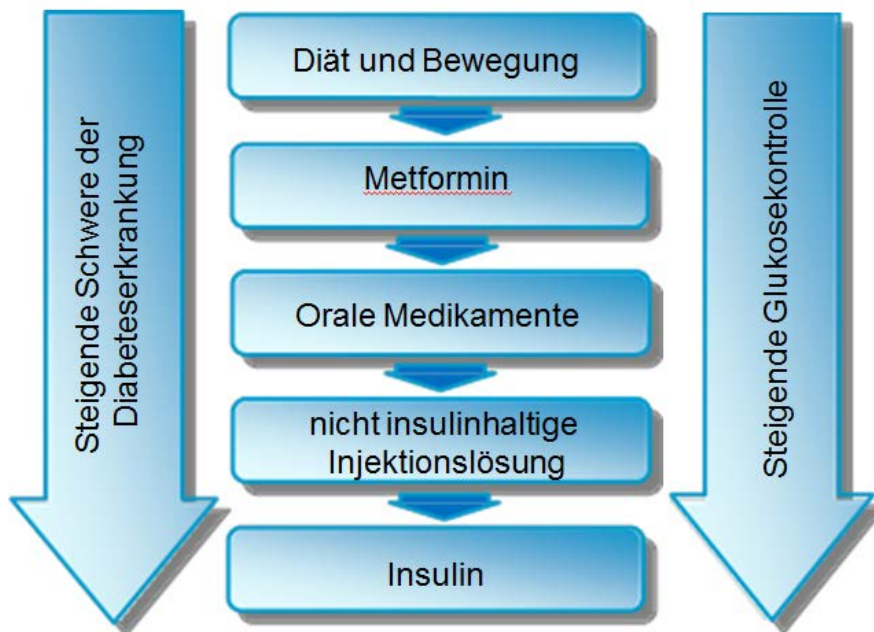
⁷ Basierend auf dem Statistischen Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank Juli 2012.

⁸ International Diabetes Federation, www.idf.org/types-diabetes (besucht am 29.1.2013).

⁹ www.idf.org/types-diabetes.

- (3) Mit zunehmender Schwere der Krankheit wechseln die Ärzte zu einer anderen oralen Medikation, den sogenannten "early stage second line oral therapy" (es sind dies DPP-4-Produkte und SGLT-2-Produkte), oder häufiger, verabreichen sie ein zusätzlich oral einzunehmendes Medikament, was zu einer Produktkombination führt.
- (4) Sofern die Behandlung damit nicht ausreicht, werden nicht insulinhaltige Injektionslösungen verabreicht, sogenannte GLP-1-Produkte, sogenannte „mid stage second/third line injectable therapy“.
- (5) Die letzte Stufe der Behandlung des überhöhten Blutzuckerspiegels besteht in der Verabreichung von Insulin.

Abbildung 1



Quelle: Angaben der Parteien

33. In der Schweiz sind BMS und AZ mit ihren DPP-4-Produkten und zukünftigen SGLT-2-Produkten nur im Bereich der Behandlung der sogenannten „early stage second line oral therapy“ (vgl. Rz 32) tätig. Amilyn bietet in der Schweiz lediglich GLP-1-Produkte an, die sogenannten „mid-stage second/third line injectable therapies“.

34. DPP-4-Produkte und SGLT-2-Produkte stellen unterschiedliche orale Medikationen im Bereich der „early stage second line oral therapy“ dar. Es gibt verschiedene weitere Klassen von „second line“ oral zu verabreichenden Arzneimitteln, welche verschrieben werden, wenn Metformin nicht mehr wirksam ist. Auf diese wird nicht näher eingegangen, da keine der vom Zusammenschluss betroffenen Parteien solche Arzneimittel herstellt oder vermarktet.

35. Konkret vermarkten BMS und AZ nur T2D-Produkte in der Schweiz, welche sie innerhalb der „Brilliant collaboration“ (vgl. Rz 8) entwickelt haben. Es handelt sich dabei um folgende DPP-4-Produkte:

- Onglyza: Dieses Produkt wird zurzeit in der EU und der Schweiz vertrieben.

- Komboglyze: Dieses Produkt erhielt Ende 2011 die Zulassung zur Vermarktung in der EU. Es ist aber weder in der EU noch in der Schweiz damit zu rechnen, dass Komboglyze vor dem [...] angeboten wird.¹⁰

36. Zudem wurde unter der Brilliant collaboration Forxiga, ein weiteres T2D-Produkt entwickelt. Es handelt sich dabei um einen selektiven und reversiblen SGLT-2 Inhibitor. Forxiga kann entweder als Monotherapie für Patienten mit Unverträglichkeit gegen Metformin oder in Kombination mit anderen Glukose senkenden Arzneimitteln inklusive Insulin verabreicht werden. Forxiga erhielt am 12. November 2012 die behördliche Zulassung der "European Medicines Agency" zur Vermarktung in der EU. Das Produkt wird aber im EWR noch nicht vermarktet.

¹⁰ Im Rahmen der Brilliant collaboration haben BMS und AZ eine erweiterte Version von Komboglyze entwickelt. Es handelt sich dabei um Komboglyze XR, welches nur in den USA vermarktet wird.

37. BMS und AZ sind auch daran, [...] Phase-III Studien für die einzelnen Wirkstoffe haben begonnen. Indessen hat das Bio-Äquivalenzprogramm, das die fix-dosierte Kombination [...] gegenüber der freien Kombination der einzelnen Wirkstoffe [...] miteinander vergleicht, noch nicht begonnen, da sich die genaue Rezeptur immer noch in der Entwicklung befindet. AZ und BMS gehen davon aus, dass es mindestens [...] dauern wird, bis das kombinierte, fix-dosierte Produkt für die Anmeldung zur Zulassung bereit sein wird.

38. Amylin ist primär in der Entwicklung und Vermarktung von "injectible GLP-1 receptor antagonists" tätig. Diese werden in der Schweiz bis 31. März 2013 von Eli Lilly vertrieben.

39. In der EU und in der Schweiz werden zur Zeit zwei GLP-1-Produkte von Amilyn angeboten:

- Byetta (Injektionsbehandlung, zweimal täglich): wird in der EU und der Schweiz seit 2006 angeboten.
- Bydureon (Injektionslösung, einmal wöchentlich): erhielt in der EU im Juni 2011 die Zulassung und wurde in der Folge in der EU verkauft. In der Schweiz wurde Bydureon am 1. April 2012 zugelassen.

40. In den USA - worauf sich die Geschäftstätigkeit von Amylin überwiegend konzentriert - vermarktet Amylin auch Symlin, eine analog anwendbare Injektionslösung sowohl für T1D wie auch T2D-Behandlungen. Symlin ist in Europa nicht lizenziert; AZ und BMS haben nicht versucht, Symlin im EWR oder in der Schweiz zuzulassen oder für die Schweiz zu lizenzieren.

41. Amylin erwartet zudem, in Kürze klinische Studien in Phase III sowohl für eine wöchentlich als auch für eine monatlich anzuwendende Exenatide-Injektionslösung beginnen zu können.

B.6 Relevante Märkte

B.6.1 Sachlich relevanter Markt

42. 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).

43. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index; <http://www.ephmra.org>) eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert (Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Wirkstoff). Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der

Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATC-5) die detaillierteste.

44. Die ATC-Klassifikation wird von der World Health Organisation (WHO) anerkannt und wurde sowohl von der Wettbewerbskommission für die Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange (RPW 1998/1, S. 62 ff.), Hoechst/Rhône-Poulenc (RPW 1999/3), Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC (RPW 2001/2, S. 338 ff.), Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (RPW 2003/2, S. 314 ff.), Pfizer/Wyeth (RPW 2009/4, S. 349 ff.) als auch von der EU-Kommission (vgl. z.B. IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28. September 1995, IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17. Juli 1996, IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13. September 1997, COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003; COMP/M.4691, Schering-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007) angewandt.

45. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffanteilen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.

46. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: Etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel oder kassenpflichtige (gemäss Spezialitätenliste) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.¹¹

B.6.1.1 T2D „second line“-Behandlungen (oral and injectable)

47. Die vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Arzneimittel figurieren grundsätzlich allesamt auf der Spezialitätenliste. Sie sind also rezeptpflichtig und werden zumindest teilweise durch die obligatorische Krankenversicherung vergütet. Ausserdem handelt es sich bei diesen Produkten um T2D „second line“-Behandlungen, konkreter um early stage second line oral therapy (z.B. DPP-4-Produkte) und mid stage second/third line injectable therapy (z.B. GLP-1-Produkte), d.h. Behandlungen, welche nach der Anwendung des Produktes „Metformin“ eingesetzt werden. Die meldenden Unternehmen bringen jedoch vor, dass die oralen „second-line“-Behandlungen für T2D und die GLP-1-Behandlung (Injektionslösungen) jeweils einem separaten Produktmarkt zuzuordnen seien; dies aus Gründen

¹¹ Pfizer/Wyeth (RPW 2009/4, S. 351, Rz 28).

des unterschiedlichen klinischen Nutzens, der galenischen Form, der Anwendung sowie der Restriktionen hinsichtlich der Vermarktung und Preisfestsetzung.

48. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben sich in ihrer bisherigen Praxis nicht spezifisch mit der Marktabgrenzung im Zusammenhang mit T2D-Behandlungen auseinandergesetzt.

49. Die EU-Kommission hat hingegen bereits Märkte im Zusammenhang mit T2D-Behandlungen definiert. So hielt sie etwa in ihrer Entscheid „COMP/M.5253 – Sanofi-Aventis/Zentiva“ unter Hinweis auf frühere Entscheide hinsichtlich T2D-Behandlungen fest, dass es angebracht sei, einen separaten sachlich relevanten Markt für sämtliche orale „post-metformin“ Produkte, d.h. Behandlungen, welche nach der Anwendung des Produktes „Metformin“ eingesetzt werden, zu definieren. Die EU-Kommission liess die Frage offen, ob die Märkte allenfalls noch enger abgegrenzt werden sollten¹².

50. Die von BMS und AZ vermarkteten DPP-4-Produkte gehören zur ATC-Stufe 3 A 10N. Zur Zeit besteht für SLGT-2-Produkte keine ATC-3 Kategorie. Das unter der „Brilliant collaboration“ entstandene Forxiga, welches bereits zugelassen aber noch nicht vermarktet wird (vgl. Rz 36), gehört zu diesen Produkten. Gemäss Angaben der Parteien könnten diese Produkte und somit auch Forxiga unter die Kategorie A 10X fallen.

51. Sowohl gemäss Angaben der EU-Kommission¹³ als auch gemäss Parteiangaben können sämtliche orale T2D-Behandlungen, ungeachtet der jeweiligen genauen ATC-3-Klassifizierung, als „second-line“-Behandlung zum Einsatz kommen, wenn Metformin beim Patienten keine Wirkung mehr zeigt.

52. Die GLP-1-Behandlungen stellen im Unterschied zu den oralen T2D „second line“-Behandlungen Injektionslösungen dar, welche gemäss Parteiangaben üblicherweise nach oraler Medikation und/oder als Übergangsbehandlung vor dem Einsatz von Insulin angewendet werden. Die Behandlung mit GLP-1-Produkten führt grundsätzlich zu Gewichtsverlust, während dem sich die Behandlung mit DPP-4-Produkten neutral auf das Gewicht auswirkt bzw. zu Gewichtszunahme führt. In Anbetracht der Tatsache, dass eine wachsende Anzahl von Diabetikern übergewichtig oder fettleibig sind, scheint es daher angebracht, von zwei verschiedenen Märkten auszugehen. Solange eine orale Medikation möglich ist, ist davon auszugehen, dass sich die Patienten wahrscheinlich wegen der einfacheren Verabreichung dafür entscheiden. Sollte hingegen die Gewichtsreduktion das ausschlaggebende Kriterium sein, so wird sich der Patient bzw. sein Arzt höchstwahrscheinlich für ein GLP-1-Produkt entscheiden.

53. Die vorangehende Argumentation geht demzufolge von zwei Märkten aus, dem Markt für „orale second line“-Behandlungen und dem Markt für GLP-1-Behandlungen. In ihren früheren Entscheiden ist die Wettbewerbskommission hingegen stets von der ATC-3-Klasse ausgegangen. Von einer definitiven Marktabgrenzung kann jedoch abgesehen werden, da sich – wie nachfolgend aufgezeigt wird – selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung nach der jeweiligen ATC-3-Klassifizierung die Marktanteile der am Zusammen-

schlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf deutlich weniger als 30 % belaufen. Zudem kommt es nicht zu Marktanteilsadditionen. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt somit, unabhängig von der Marktabgrenzung, nicht zu betroffenen Märkten. Lediglich der Vollständigkeit halber werden nachfolgend (vgl. Rz 56 ff.) die Marktanteile mit den wichtigsten Konkurrenten in Tabellen aufgezeigt.

B.6.2 Räumlich relevanter Markt

54. 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).

55. Gemäss ständiger Praxis ist von einem nationalen Markt auszugehen¹⁴. Es gibt keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

B.7 Keine betroffenen Märkte

B.7.1 Marktstellung von BMS und AZ in der Schweiz

56. Der Marktanteil der Parteien gestaltet sich auf der ATC-3-Klassifikationsstufe für orale T2D-Behandlungen folgendermassen:

¹² Seit diesem Entscheid wurden die Produkte zur oralen Diabetes-Behandlung in unterschiedliche Kategorien unterteilt. Die T2D-Behandlungen auf Stufe 3 wurden neu wie folgt klassifiziert: A10H (Sulphonylurea), A10J (Biguanide), A10K (Glitazone), A10L (Alpha-Glucosidase Inhibitor), A10M (Glinide), A10N (DPP-4), A10S (GLP-1 Produkte) und A10X (weitere).

¹³ COMP/M.5253 – Sanofi-Aventis/Zentiva, Rz. 64.

Tabelle 1

Marktanteile der beteiligten Unternehmen bei ATC-3-Klassifikation in der Schweiz in den Jahren 2009 – 2011							
Hersteller	ATC-3-Klassifikation A 10N	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2009	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2010	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2011	%
BMS/AZ „Brilliant Collaboration“	„Onglyza“	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Merck	Januvia	-	-	-	-	-	} [90-100]
Sanofi-Aventis	Amaryl Glimepiride	-	-	-	-	-	
Menarini	Xelevia						
Novartis	Galvus						

Quelle: Angabe der Parteien

Geht man von der ATC-3-Klasse A 10N aus, so beläuft sich der Marktanteil von BMS/AZ mit Onglyza auf weniger als [0-10] % im Jahre 2011. Zwar sind die Marktanteile im Jahre 2011 leicht gestiegen gegenüber dem Vorjahr. Die Marktanteile verbleiben jedoch immer noch sehr gering. Die genauen Marktanteile der Konkurrenten auf der ATC-3-Stufe sind den Parteien nicht bekannt.

Die Parteien haben die zusammengefassten Marktanteile der Konkurrenten auf der ATC-3-Klasse durch IMS Health erhalten.

57. Die Parteien sowie deren stärkste Konkurrenten verfügen im Bereich der oralen „second line“-Behandlungen über folgende Marktanteile¹⁵:

Tabelle 2¹⁶

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber in der Kategorie orale „second line“-Behandlungen in der Schweiz in den Jahren 2009 - 2011							
Hersteller	DPP-4-Produkte, unabhängig von der ATC-3-Klassifikation	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2009	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2010	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2011	%
BMS/AZ „Brilliant Collaboration“	„Onglyza“	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Merck	„Januvia“ & „Janumet“	-	-	-	-	-	[70-80]
Novartis	„Galvus“ & „Eucreas“	-	-	-	-	-	[10-20]

Quelle: Angabe der Parteien

58. Fasst man sämtliche DPP-4-Produkte, also die oralen T2D „second line“-Behandlungen zu einem Markt zusammen, beläuft sich der Marktanteil von BMS/AZ mit Onlyza auf lediglich [0-10] %.

¹⁴ Pfizer/Wyeth (RPW 2009/4, S. 352, Rz 32), Medikamentenpreis Thalidomid (RPW 2006/3, S. 433, Rz 46), Sanofi-Synthelabo SA/Aventis SA (RPW 2004/3, S. 812, Rz 24), Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (RPW 2003/2, S. 315, Rz 25 ff.), Hoechst/Rhône-Poulenc (RPW 1999/3, S. 513 ff.), Roche/Corange (RPW 1998/1, S. 61, Rz 29).

¹⁵ Vgl. Schätzung der Parteien gestützt auf IMS Health 2011, Rz 73 und Rz 81 der Meldung vom 1. Februar 2013.

¹⁶ Umsätze für die drei Tabellen umgerechnet in CHF für die Jahre 2009/2010/2011; USD 1 = CHF 1.08, 1.04, 0.89)

B.7.2 Marktstellung von Amylin in der Schweiz

59. Im Bereich der GLP-1-Behandlungen auf der ATC-3-Stufe A 10S verfügen die Parteien sowie der einzige Konkurrent über folgende Marktanteile¹⁷:

Tabelle 3

Marktanteile der beteiligten Unternehmen bei ATC-3-Klassifikation in der Schweiz in den Jahren 2009 - 2011							
Hersteller	ATC-3-Klassifikation A 10S ¹⁸	Wert in Tausend. CHF für das Jahr 2009	%	Wert in Tausend. CHF für das Jahr 2010	%	Wert in Tausend. CHF für das Jahr 2011	%
Amylin (vertrieben in der Schweiz durch Eli Lilly)	„Byetta“ ¹⁹	[...]	[90-100]	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]
Novo Nordisk	„Victoza“	[...]	[0-10]	[...]	[80-100]	[...]	[90-100]

Quelle: Angabe der Parteien

60. Der gemeinsame Marktanteil der Amylin Präparate (Vertrieb durch Eli Lilly) bei GLP-1-Produkten auf der ATC-3-Stufe beläuft sich auf klar unter [0-10] %.

61. Vorliegend führt der Zusammenschluss auch nicht zu Marktanteilsadditionen, da BMS und AZ lediglich im Bereich von DPP-4-Produkten bzw. inskünftig auch im Bereich SGLT-2-Produkten tätig sind. Amylin hingegen ist nur im Bereich von GLP-1-Produkten tätig. Und auch sonst führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu betroffenen Märkten, da sämtliche Parteien einen Marktanteil von weit unter 30 % haben.

62. Schliesslich liegen die Marktanteile aller am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten in der Schweiz oder in der EU unter 30 %.

B.8 Zusammenfassung

63. Die Auswirkungen des gemeldeten Zusammenschlusses sind in der Schweiz äusserst bescheiden. Es kommt dabei nicht zu Marktanteilsadditionen, da BMS und AZ mit ihren DPP-4-Produkten bzw. künftig mit ihren SGLT-1-Produkten lediglich orale T2D-Behandlungen anbieten. Amylin ist hingegen nur mit GLP-1-Produkten auf dem Markt tätig. Die Marktanteile der Parteien liegen selbst bei der engsten Marktabgrenzung weit unter 10 %.

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

¹⁷ Vgl. Schätzung der Parteien gestützt auf IMS Health 2011, Rz 75 f. der Meldung vom 1. Februar 2013.

¹⁸ Bei beiden Produkten handelt es sich um GLP-1-Produkte.

¹⁹ „Bydureon“ wird erst ab 1. April 2012 in der Schweiz vermarktet.

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010

Urteil (2C_484/2010) des Bundesgerichts (II. öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 29. Juni 2012, Publigroupe SA, Publicitas SA, Publicitas Publimedia SA, Publicitas Publimag SA, Publicitas Mosse SA, Verband Schweizerischer Werbegesellschaften alle vertreten durch Rechtsanwalt [...] gegen Wettbewerbskommission. Gegenstand: Unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG (Sanktion); Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 27. April 2010.

Sachverhalt:
A.

A.a Die Publigroupe SA ist ein internationaler Werbekonzern mit Sitz in Lausanne. Die Gesellschaft bezweckt, direkt oder durch Beteiligung an anderen Gesellschaften, die Entwicklung und Vermarktung von Werbung, Inseraten und Reklamen aller Art, die Herausgabe von Zeitungen und Publikationen sowie die Ausübung aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Werbung. Nebst anderen Geschäftssegmenten führt die Publigroupe SA die so genannten „Media Sales“, worin alle Medien-Vermarktungsaktivitäten der Gruppe vereint sind; dazu zählen auch die Printmedienaktivitäten, die im Bereich Publipresse zusammengefasst sind, der rund drei Viertel des jährlichen Gesamtumsatzes der Gesellschaft von durchschnittlich rund zwei Milliarden Franken erwirtschaftet.

A.b Dem Bereich Publipresse gehören vier Tochtergesellschaften (zu 100 %) an: Die Publicitas SA ist über ein Netz von mehr als 100 Filialen und Agenturen in der ganzen Schweiz als Pächterin und Universalvermittlerin für die Vermittlung von insbesondere lokalen und regionalen Anzeigen tätig. Die Publicitas Publimag AG betreut vor allem Grosskunden und für solche tätige Werbe- und Medienagenturen für überregionale oder nationale Anzeigekampagnen. Die Publicitas Publimedia AG betreut hauptsächlich mandatsorientiert Anzeigenkunden für regional oder überregional verbreitete Pressemagazine oder Fachzeitschriften. Die Publicitas Mosse AG bearbeitet schliesslich Anzeigen für Kunden aus den Tourismus-, Freizeit- und Ausbildungsbranchen in allen Printmedien.

A.c Die vier genannten, zum Bereich Publipresse gehörenden Tochtergesellschaften der Publigroupe SA sind wiederum im Verein Schweizerischer Werbegesellschaften VSW (nachfolgend: Verband VSW) zusammenge-

schlossen. Der Verband VSW erstellt Branchenstatistiken, unterhält eine Printdatenbank, ist in der Lehrlingsausbildung tätig und nimmt die Interessen der Branche bei anderen Verbänden wahr. Darüber hinaus ist er Anerkennungsstelle für die Kommissionierung für Berufsvermittler. In dieser letzten Funktion erstellt er entsprechende Richtlinien (Richtlinien für die Kommissionierung von Berufsvermittlern [nachfolgend: VSW-Kommissionierungsrichtlinien]).

B.

B.a Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO Sekretariat) erhielt erstmals im Jahre 1997 eine Anzeige im Zusammenhang mit den VSW-Kommissionierungsrichtlinien. In seiner Antwort vom 28. Januar 1998 sowie in einem Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter des Verbands VSW hielt das WEKO Sekretariat fest, die angezeigte Ungleichbehandlung von Universal- und anderen Vermittlern lasse sich betriebswirtschaftlich rechtfertigen und werde erst bei missbräuchlichem Verhalten kartellrechtlich problematisch. Das WEKO Sekretariat behielt sich ein Eingreifen vor, sollte ein solcher Missbrauch auftreten.

B.b Nach einer weiteren Anzeige am 12. Juli 2001 und ersten Untersuchungen leitete das WEKO Sekretariat am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung zur kartellrechtlichen Zulässigkeit der Kommissionierungspraxis im Zusammenhang mit dem Verband VSW ein. Am 6. November 2002 eröffnete das WEKO Sekretariat, insbesondere wegen den VSW-Kommissionierungsrichtlinien, eine Untersuchung gemäss dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Publigroupe SA (BBI 2002 7596).

Am 16. November 2004 stellte das WEKO Sekretariat der Publigroupe SA einen Verfügungsentwurf betreffend die Kommissionierung der Anzeigenvermittler zu. Mit Eingabe vom 30. März 2005 meldeten die Publigroupe SA und der Verband VSW dem WEKO Sekretariat gemäss der Übergangsregelung zur kartellrechtlichen Sanktionierungsbestimmung von Art. 49a KG eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Das WEKO Sekretariat bestätigte den Eingang dieser Meldung am 6. April 2005, hielt dazu aber fest, es sei derzeit offen, inwiefern ein bereits hängiges Verfahren noch gemeldet werden könne.

Am 4. April 2005 erklärte die Publigroupe SA erstmals die Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Regelung.

Eine solche wurde in der Folge ausgearbeitet und einem Markttest unterzogen.

Mit Schreiben vom 14. November und 13. Dezember 2005 teilte das WEKO Sekretariat der Publigroupe SA unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005) mit, sie unterstehe der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG, falls die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zum Schluss gelange, es liege darin eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG, dass die Publigroupe SA auf die ihr im Verfügungsentwurf vorgehaltenen Verhaltensweisen nicht verzichtet habe. Die Publigroupe SA bestritt einen solchen Sachverhalt am 23. Dezember 2005.

Am 6. Februar 2006 übermittelte das WEKO Sekretariat der Publigroupe SA die definitive Fassung der einvernehmlichen Regelung unter Vorbehalt der Zustimmung durch die WEKO.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 unterbreitete das WEKO Sekretariat der Publigroupe SA den zweiten Antrag an die WEKO zur Stellungnahme. Mit Antwort vom 20. September 2006 genehmigte die Publigroupe SA die einvernehmliche Regelung und beantragte, das Untersuchungsverfahren vorbehaltlos einzustellen und insbesondere auf die Feststellung einer Marktbeherrschung und eines Marktmissbrauchs sowie auf die Verhängung einer Sanktion zu verzichten.

B.c Am 5. März 2007 traf die WEKO folgende Verfügung (vgl. RPW 2007/2, S. 190 ff.):

„1. Es wird festgestellt, dass Publigroupe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.

2. Es wird festgestellt, dass die Publigroupe mittels Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 missbrauchte, indem sie sich durch Ziff. 2.2 Abs. 1, Ziff. 2.2 Abs. 2 und Ziff. 2.5 der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern weigerte, Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.

3. Publigroupe SA wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. belastet.

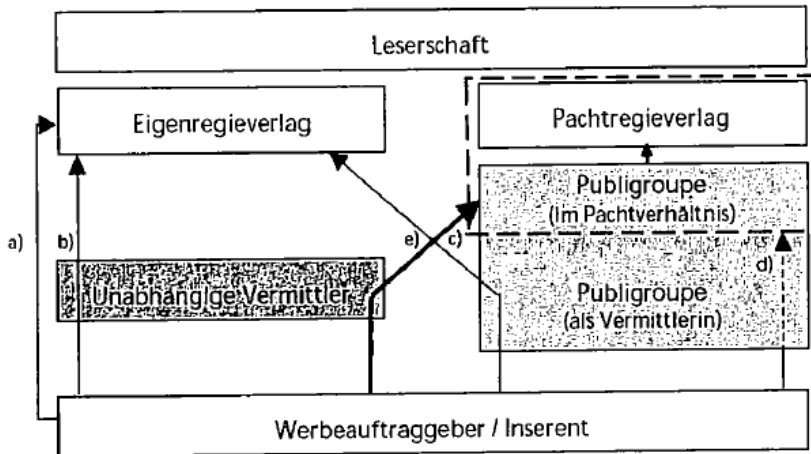
4. Die Wettbewerbskommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die nachstehende Verpflichtungserklärung der Publigroupe SA, Publicitas SA, Publimedia AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften vom 30. November 2005: (...)

(...)

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 148'754.- werden den Adressatinnen der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

(...)“

Grundlage der Verfügung bildete *folgender Sachverhalt*: Verleger von Zeitungen oder Zeitschriften haben für die Inserateakquisition grundsätzlich die Wahl zwischen Pacht- oder Eigenregie. *Pachtregieverlage* sind diejenigen Verlage, die mit Vermittlungsunternehmen einen Pachtvertrag abgeschlossen haben. Gegenstand dieses Vertrags ist die Verpflichtung des Vermittlungsunternehmens, den Geschäftsbereich Inserateakquisition integral für die Zeitung zu übernehmen. Bei der Vermarktung von Titeln in *Eigenregie* betreibt der Verlag die Inserateakquisition und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten selbst oder bedient sich unabhängiger Vermittler. Publigroupe SA ist sowohl Pächterin als auch Vermittlerin. Als Pächterin übernimmt Publigroupe SA für ca. 600 schweizerische Zeitungen und Zeitschriften exklusiv die Vermarktung des Inserate- und Werberaumes. Als normale Vermittlerin vermittelt sie nicht exklusiv Anzeigen für Eigenregieverlage. Daneben sind auch unabhängige Vermittler auf dem Markt tätig, welche Werbung und Inserate an Eigenregietitel und auch an Pachtregietitel vermitteln. Wie das nachfolgende, der Verfügung entnommene Schaubild zeigt, kann der Werbeauftraggeber grundsätzlich auf fünf verschiedenen Wegen (Bst. a-e) seine Inserate in Verlagen platzieren. Welcher Weg gangbar ist, hängt davon ab, ob der Verlag ein Pacht- oder Eigenregieverlag ist. Gegenstand der hier strittigen Verfügung bildet die Situation (Bst. e im Schaubild), gemäss welcher der Werbeauftraggeber in eine Pachtregie-Zeitung inserieren möchte und seine Anzeige über unabhängige Vermittler aufgibt. Diese können allerdings wegen des exklusiven Pachtvertrags die Anzeige nur an die Publigroupe SA weiterleiten. Der Vermittler erhält für diese Vermittlungsleistung von der Publigroupe SA eine Kommission, sofern er die Voraussetzungen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien erfüllt.



Folgende vier Kommissionierungsvoraussetzungen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien erweckten kartellrechtliche Bedenken: Die Forderung in Ziff. 2.2 Abs. 1, dass die Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern stammen müssen; die Bestimmung in Ziff. 2.2 Abs. 2, wonach nur Universalvermittler, nicht aber Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit kommissioniert werden; die Bestimmung in Ziff. 2.2 Abs. 3, wonach Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agenturen nicht sowohl die Beraterkommission als auch die Vermittlungskommission erhalten dürfen; sowie die Voraussetzungen betreffend das Geschäftsvolumen in Ziff. 2.5. Im dritten Punkt verneinte die WEKO einen Kartellrechtsverstoss, bejahete aber einen solchen im ersten, zweiten und vierten Punkt.

Zur Begründung der Verfügung führte die WEKO im Wesentlichen aus, im relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz sei wegen der Marktmacht der Publigroupe SA kein ausreichender aktueller Wettbewerb vorhanden. Die Publigroupe SA habe ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie unabhängige Vermittler in der Aufnahme bzw. bei der Ausübung des Wettbewerbs behindert habe. Die Publigroupe SA habe ihre entsprechenden Sorgfaltspflichten zumindest fahrlässig verletzt bzw. sich insofern ein Organisationsverschulden zuschulden kommen lassen. Der Missbrauch unterliege daher seit Inkrafttreten von Art. 49a KG am 1. April 2004 der direkten kartellrechtlichen Sanktionierbarkeit. Eine sanktionsbefreiende Übergangsrechtliche Meldung sei gemäss der entsprechenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen gewesen. Art und Schwere der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung seien als gering zu werten. Die massgebliche Dauer betrage weniger als zwei Jahre und es lägen keine erschwerenden Umstände vor. Die kooperative Ausarbeitung einer einvernehmlichen Regelung sei mildernd zu berücksichtigen. Insgesamt rechtfertige sich daher eine Sanktion in der verfügten Höhe von 2,5 Millionen Franken.

C.

C.a Gegen die Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 erhoben die Publigroupe SA, die Publicitas SA, die Pub-

licitas Publimedia AG, die Publicitas Publimag AG, die Publicitas Mosse AG sowie der Verband VSW am 2. Mai 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem hauptsächlichen Antrag, die Ziffern 1, 2, 3 und 7 des Verfügungsdispositivs aufzuheben.

C.b Am 27. April 2010 fällte das Bundesverwaltungsgericht das folgende Urteil:

"1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Dispositiv-Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben und wie folgt neu formuliert:

'7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 148'754.-- werden der Publigroupe SA auferlegt.'

(...)"

Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, die kartellrechtliche Beurteilung des Verhaltens der Publigroupe AG, ihrer hier betroffenen Tochtergesellschaften sowie des Verbandes VSW durch die WEKO verstosse nicht gegen Bundesrecht. Die verfügte Sanktion sei auch in der Höhe gerechtfertigt. Sodann sei es richtig, die Sanktion einzig gegenüber der Publigroupe SA auszusprechen, weshalb ebenfalls die Verfahrenskosten ausschliesslich dieser Gesellschaft und nicht auch den anderen Verfügungsadressaten aufzuerlegen seien. Insofern sei die Verfügung der WEKO von Amtes wegen ohne weitere Auswirkungen auf das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens zu korrigieren.

D.

D.a Vor Bundesgericht beantragen die Publigroupe SA, die Publicitas SA, die Publicitas Publimedia AG, die Publicitas Publimag AG, die Publicitas Mosse AG sowie der Verband VSW, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 und die Ziffern 1, 2, 3 und 7 des Dispositivs der Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 aufzuheben.

D.b Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, das Bundesverwaltungsgericht habe nicht korrigiert, dass die WEKO die Verfügungsadressaten nicht korrekt ins Verfahren einbezogen habe, was eine Strafsanktion ausschliesse. Das Gericht habe zudem unzulässigerweise seine Kognition beschränkt, den Sachverhalt willkürlich festgestellt und den für die Sanktionierung rele-

vanten Zeitraum falsch bestimmt. Überdies habe es übersehen, dass die getroffene einvernehmliche Regelung eine Sanktion ausschliesse. Weiter habe das Bundesverwaltungsgericht den relevanten Markt sowie die Stellung der sanktionierten Gesellschaft auf demselben verkannt und bundesrechtswidrig auf einen Marktmissbrauch geschlossen. Die ausgesprochene Sanktion sei sodann menschenrechts- und verfassungswidrig. So seien die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht eingehalten, werde mangels genügender Vorhersehbarkeit des zu sanktionierenden Verhaltens das Legalitätsprinzip verletzt, fehle es an der erforderlichen Vorwerfbarkeit und habe das Verfahren überlang gedauert. Die Sanktionierung widerspreche ferner dem Grundsatz von Treu und Glauben und die Bemessung der ausgesprochenen Sanktion verletze Bundesrecht.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 12. Juli 2010 schliesst die WEKO auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht hat am 6. Juli 2010 auf eine Stellungnahme verzichtet.

F.

In Replik vom 13. Oktober 2010 und Duplik vom 17. November 2010 halten die Verfahrensbeteiligten an ihren Anträgen sowie im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat am 10. November 2010 erneut auf eine Stellungnahme verzichtet.

G.

Das Bundesgericht hat die Angelegenheit am 29. Juni 2012 öffentlich beraten.

Erwägungen:

1.

1.1 Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 Bst. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_343/2010 vom 11. April 2011 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 137 II 199).

1.2 Die beschwerdeführenden juristischen Personen sind direkte Adressatinnen des angefochtenen Entscheides. Materiellrechtlich durch die Sanktionierung beschwert sowie kostenmässig aufgrund der vom Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen korrigierten Kostenverlegung im erstinstanzlichen Verfahren vor der WEKO belastet wird dadurch zwar nur noch die Beschwerdeführerin 1; die vorinstanzlichen Verfahrenskosten wurden aber allen sechs Beschwerdeführern auferlegt. Nur schon deshalb sind alle Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid betroffen und daher zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Es kann demnach offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin 2-6 weiterhin beschwert wären, weil die der Beschwerdeführerin 1 auferlegte kartellrechtliche Sanktion auf einem allen Beschwerdeführern zusammen vorgeworfenen Verhalten beruht, das einzig aufgrund der wirtschaftlichen Identität und der rechtlichen Ver-

flechtung aller sechs Beschwerdeführer zur ausschliesslichen Sanktionierung der Beschwerdeführerin 1 führte.

1.3 Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 Bst. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2.

2.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann unter anderem ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen, den das Unternehmen dadurch erzielt hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 2.1 S. 63; 137 II 199 E. 3.2 S. 206).

2.2 Die Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktion nach Art. 49a KG blieb bisher höchstrichterlich ungeklärt. Gemäss den Beschwerdeführern handelt es sich von der Tragweite her um eine Sanktion mit Strafcharakter, welche die entsprechenden Anforderungen von Art. 6 und 7 EMRK sowie von Art. 30 und 32 BV zu erfüllen hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht vom strafrechtlichen Charakter von Art. 49a KG aus, wenn auch mit leicht unterschiedlichen Einschätzungen der entsprechenden rechtlichen Auswirkungen als die Beschwerdeführer. Da diese etliche Rügen erheben, die an den behaupteten Strafcharakter anknüpfen, ist darauf vorweg einzugehen.

2.2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite besitzen, hat der Einzelne bei strafrechtlichen Anklagen Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Ob diese Garantie verletzt ist, prüft das Bundesgericht frei (vgl. BGE 135 I 14 E. 2 S. 15; 133 I 1 E. 5.2 S. 3, mit Hinweisen).

2.2.2 Gemäss einer gefestigten, langjährigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) handelt es sich um eine strafrechtliche Anklage, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder wenn die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (so genannte Engel-Kriterien, zurückgehend auf das Urteil des EGMR im Sinne von Engel c. Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22; vgl. auch die Urteile im Sinne von Öztürk c. Deutschland vom 21. Februar 1984, Serie A Bd. 73; im Sinne von Belilos c. Schweiz vom 29. April 1988, Serie A Bd. 132; im Sinne von Jussila c. Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01; JENS MEYER-

LADEWIG, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Rn. 23 ff. ad Art. 6; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, S. 158 ff.; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 393 ff.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 90 ff.; LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, in: Jusletter vom 4. Juli 2011, Rz 6; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 51 ff., 58).

Die Massnahme nach Art. 49a KG zeichnet sich durch den ihr zugeschriebenen abschreckenden sowie vergeltenden Charakter (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [nachfolgend: Botschaft KG II], BBl 2002 2022, 2052) und eine die Schwere des Vergehens belegende erhebliche Sanktionsdrohung aus, die zur Auferlegung einer finanziellen Belastung in der Höhe von etlichen Millionen Franken führen kann. Unabhängig davon, dass die Massnahme ihre Grundlage im Kartell- und nicht im (Kern-)Strafrecht findet, verfügt sie daher über einen strafrechtlichen bzw. „strafrechtsähnlichen“ (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 15. Dezember 2011 im Sinne von Lukasz Marcin Bonda [Rs. C-489/10] Titel vor Rz 32) Charakter. Davon ist bereits der Bundesrat 2001 in seiner Botschaft KG II (BBl 2002 2052 Ziff. 5) und die Literatur ausgegangen (vgl. etwa TAGMANN, a.a.O., S. 92 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 449 ff.; LUKAS DAVID/MARKUS R. FRICK/OLIVER KUNZ/MATTHIAS U. STUDER/DANIEL ZIMMERLI, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht I/2, S. 479; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 59 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Handkommentar, 2007, N. 4 ff. ad Art. 49a KG; JÜRGEN BORER, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, N. 2 ad Art. 49a; WILDHABER, a.a.O., Rz 7 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK], 2010, N. 25 ff. ad Vor Art. 49a-53; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, S. 157). Diese Auffassung ist auch nunmehr durch oberste „europäische“ Gerichte bestätigt worden (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, Rz 44; Urteil des EFTA Court im Sinne von Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority vom 18. April 2012 [E-15/10], Nr. 84 ff.; Urteil des EuGH im Sinne von KME vom 8. Dezember 2011 [Rs. C-389/10 P], Rz 118 ff. [dazu ANDREAS WEITBRECHT/JAN MÜHLE, Die Entwicklung des Europäischen Kartellrechts im Jahre 2011, EuZW 2012, S. 290 ff., 294; bereits früh in diese Richtung JÜRGEN SCHWARZE/ANDREAS WEITBRECHT, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 139 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 416 ff.; anders noch (verwaltungsrechtliche Sanktion) etwa WALTER FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 2006, S. 594 f.;

RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER/SIMON HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, S. 336 f. (Rz 90); zu Art. 47 Grundrechte-Charta (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht) etwa HANS-PETER FOLZ, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht - EUV/AEUV/Grundrechte-Charta, Handkommentar, 2012, passim ad Art. 47 Grundrechte-Charta]). Auch das Bundesgericht hat dies in BGE 135 II 60 (E. 3.2.3, S. 71) nebenbei so vermerkt. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

3.

3.1 Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanzen hätten eine Art kartellrechtlicher Sippenhaftung eingeführt, indem das Verhalten der Beschwerdeführerinnen 2-5 als Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1 als Muttergesellschaft angerechnet würde. Die Beschwerdeführerinnen 2-5 seien zudem nicht ins Verfahren vor der WEKO einbezogen gewesen und hätten damit ihre Verteidigungsrechte gar nicht wahrnehmen können, was schon vor dem Bundesverwaltungsgericht gerügt worden sei. Daraus ergebe sich ebenfalls, dass die Verantwortlichen, denen das verpönte Verhalten vorgeworfen werde, gar nie identifiziert worden seien, was sich strafrechtlich als unzulässig erweise.

3.2 An sich trifft es zu, dass strafrechtliche Vorwerfbarkeit eine genaue Identifikation der zu bestrafenden Person verlangt und diese auch ins Verfahren einzubeziehen ist. Allerdings geht es im vorliegenden Zusammenhang um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspricht. Das Gesetz verlangt keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe (HANS WIPRÄCHTIGER/SVEN ZIMMERLIN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts - Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz, in: Niggli/Amstutz [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmen, 2007, S. 203 ff., 209). Insoweit liegt eine gewisse Analogie zu Art. 102 StGB vor (siehe dazu auch DOSS, a.a.O., S. 150 f., 156 f.).

3.3 Es ist unbestritten, dass die VSW-Kommissionierungsrichtlinien, um die es hier geht, vom Beschwerdeführer 6, dem Verband VSW, erlassen und angewandt wurden, dessen einzige Mitglieder im hier massgeblichen Zeitraum die vier fraglichen Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1, also die Beschwerdeführerinnen 2-5, waren. Die VSW-Kommissionierungsrichtlinien lassen sich daher ohne weiteres den Beschwerdeführerinnen 2-5 zurechnen. Ebenfalls unbestritten ist, dass diese zu 100 % der letztlich sanktionierten Beschwerdeführerin 1 gehörten. Die Vorinstanz ging davon aus, die fünf Gesellschaften hätten ein einheitliches Unternehmen gebildet, indem die vier Tochtergesellschaften zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbständig gewesen seien. Die Muttergesellschaft habe deshalb kartellrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die mangelnde wirt-

schaftliche Selbständigkeit liegt denn auch nahe. Überdies durfte die Vorinstanz angesichts derer Organisationsstruktur auch zu Recht von einer starken Vernetzung zwischen den einzelnen Gesellschaften ausgehen. Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, eine Holdingstruktur rechtfertige höchstens die widerlegbare Vermutung einer Unternehmenseinheit und es wäre am Bundesverwaltungsgericht gelegen, Anhaltspunkte für die Widerlegung dieser Vermutung zu suchen. Die Beschwerdeführer behaupten in diesem Sinne, die Unselbständigkeit der Tochtergesellschaften sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Warum die bekannten Umstände nicht für die Annahme einer Unternehmenseinheit genügen sollten, legen die Beschwerdeführer jedoch nicht dar. Sie vermögen auch keine konkreten Anhaltspunkte vorzutragen, weshalb die entsprechende Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts auf offensichtlich falschen Tatsachenfeststellungen oder auf einer bundesrechtswidrigen Beurteilung beruhen sollte.

3.4 Folglich wäre es zwar vorzuziehen gewesen, alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden. Der angefochtene Entscheid ist aber nicht zu beanstanden, wenn er von einer Unternehmenseinheit ausging und die kartellrechtliche Sanktion der Beschwerdeführerin 1 als verantwortliche Muttergesellschaft auferlegte. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürfen nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere. Abgesehen davon kommt der juristischen Selbständigkeit im Kartellrecht keine konstitutive Bedeutung mehr zu (vgl. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 207; TAGMANN, a.a.O., S. 14 f.; PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, S. 56 f., 68 ff.; OLIVIER SCHALLER/CHRISTOPH TAGMANN, Kartellrecht und öffentliches Recht - neuere Praxis im Gesundheitswesen, AJP 2004, 704 ff., 706; PATRICK L. KRAUSKOPF/SOPHIE HENCKEL, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740 ff.). Im Übrigen vermochte die Beschwerdeführerin 1 die Interessen aller Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren wahrzunehmen. Dass diese dadurch einen prozessualen Nachteil erlitten hätten, ist nicht ersichtlich. Mit der kartellrechtlichen Sanktion belastet wurde im Ergebnis nur die Beschwerdeführerin 1 (vgl. Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung der WEKO). Die in der Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 (in deren Ziff. 1 und 2) enthaltenen Feststellungen zur marktbeherrschenden Stellung sowie zum Marktmissbrauch beziehen sich zwar auf alle Beschwerdeführer, haben aber keinen eigenständigen rechtlichen Gehalt (vgl. BGE 137 II 199 E. 6 S. 217 ff.).

3.5 Abgesehen davon berufen sich die Beschwerdeführer selbst zu ihrer angeblichen Entlastung auf zwei Schreiben des WEKO Sekretariats aus dem Jahre 1997 und 1998, die an den Beschwerdeführer 6 gerichtet waren. Sie rechnen sich ihre Rechtsposition mithin ebenfalls gegenseitig zu. Das unterstreicht, dass sie selbst nicht nur von einer wirtschaftlichen Identität, sondern

auch von einer wechselseitigen rechtlichen Durchdringung ausgehen.

4.

4.1 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, das Bundesverwaltungsgericht habe seine Kognition in unzulässiger Weise beschränkt.

4.2 Da Art. 6 EMRK und Art. 30 BV auf das Sanktionsverfahren von Art. 49a KG anwendbar sind (vgl. oben E. 2.2.2), untersteht dieses den entsprechenden Anforderungen. Dazu zählt insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht in einem fairen Verfahren. Die Vorinstanz liess die Frage offen, ob es sich bei der WEKO um ein Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 BV konformes Gericht handelt, da das Bundesverwaltungsgericht, das deren Sanktionsentscheide überprüfe, die entsprechenden Voraussetzungen erfülle, was genüge.

4.3 Die WEKO wird vom Bundesrat bestellt (Art. 18 Abs. 1 KG), ist aber von diesem und der Verwaltung unabhängig (Art. 19 Abs. 1 KG) und lediglich administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet (Art. 19 Abs. 2 KG). Sie zählt zu den so genannten Behördenkommissionen (Art. 8a Abs. 1 und 3 RVOV; SR 172.010.1; vgl. dazu statt aller STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung - Verwaltungseinheiten, 2008, S. 255 ff., insbes. 257 ff.). Diese werden von der Rechtsprechung, soweit das zu beurteilen war, nicht als richterliche Behörden anerkannt (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7 S. 158 m.w.H.). Auch in der Literatur werden sie nicht zur Justiz, sondern zur dezentralen Bundesverwaltung (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV) gerechnet (vgl. ROLF H. WEBER/GIOVANNI BIAGGINI, Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen, 2002, S. 58 ff. und 77 f.; PETER UEBERSAX, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Sutter-Somm u.a. [Hrsg.], Risiko und Recht, 2004, S. 688 ff.). Abgesehen davon bestehen auch Hindernisse in Bezug auf die Gewaltenteilung (Einsitz von „Chefbeamten“ in die WEKO) und die Unabhängigkeit (Einsitz von Interessenvertretern in die WEKO). Das Sanktionsverfahren vor der WEKO erfüllt insofern die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV *nicht*. Da entsprechend der oben dargestellten Rechtslage das Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG diesen beiden Bestimmungen zu genügen hat, stellt sich die Frage, ob bereits im nichtstreitigen Verfahren, d.h. im Verwaltungsverfahren, die Anforderungen des Art. 6 EMRK Anwendung finden müssen, oder ob dies auch erst im Rechtsmittelverfahren erfolgen kann.

4.4 Mit Urteil des EGMR im Sinne von Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie vom 27. September 2011 (Nr. 43509/08, Rz 57 ff.) hat nun der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte - wie bereits früher in anderem Zusammenhang (vgl. etwa GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 419 Rz 58, 477 Rz 153 i.f.; CHRISTOPH GRABENWARTER, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 359 ff. mit umfassenden Hinweisen; siehe auch Urteil des EGMR im Sinne von Mamidakis c. Griechenland vom 11. Januar 2007, Nr. 35533/04) - erstmals in einem Kartellverfahren (mit hohen Bussgeldern) festgehalten, dass die Anforderungen

von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können; insoweit lässt die EMRK zu, dass die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Situation bilde aber, dass im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden. Zudem könne der Sinn einer „procédure administrative“ Abweichungen von einer „procédure pénale au sens strict du terme“ soweit zulassen, als damit die staatlichen Verpflichtungen, die Anforderungen von Art. 6 EMRK einzuhalten, nicht obsolet werden. Insoweit wiederholt der Gerichtshof die bereits andern Orts geäußerte differenzierte Betrachtungsweise (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 151; im Sinne von Jussila c. Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, Rz 43; grundlegend: Urteil EGMR im Sinne von Albert und Le Compte c. Belgien vom 10. Februar 1983, Nr. 7299/75, Rz 29; siehe auch EFTA Court im Sinne von Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority vom 18. April 2012 [E-15/10], Nr. 89; vgl. auch bereits ANDREAS HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz 27 ff.). Auch der EFTA Court (im Sinne von Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority vom 18. April 2012 [E-15/10]) und der EuGH (Urteil des EuGH im Sinne von KME vom 8. Dezember 2011 [Rs. C-389/10 P], Rz 118 ff.; siehe auch ANDREAS HEINEMANN, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, 2009, S. 595 ff., 598 f.) haben in Bezug auf Art. 6 EMRK bzw. den diesem gleichkommenden Art. 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union gleich entschieden wie der Gerichtshof in Strassburg.

Insoweit bedarf es somit aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention keiner institutioneller Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens, wie sie etwa der Bundesrat in seiner Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (Botschaft KG III; BBI 2012 3905) vorgeschlagen hat.

4.5 Der gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion muss - entsprechend Art. 6 EMRK und den diesbezüglichen Ausführungen des EGMR sowie Art. 30 BV - mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, in: Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, Band III: Kommentar zu den Grundrechten, 8. Lieferung 2007, N. 46 ad Art. 6 EMRK; GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, a.a.O., S. 414 ff., 420 ff.; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz 89 ad Art. 6; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 400). Dazu gehört, dass das Organ die für das Verfahren rechtserheblichen Tatsachen selbst ermitteln und den so festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften subsumieren können muss. Auch die Rechtsfolge, also die Sanktion selbst, muss uneingeschränkt auf Vereinbarkeit mit dem massgeblichen Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV), namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips, überprüfbar sein. Auch

wenn dem Gericht volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen zukommen muss, ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das den Verwaltungsentscheid überprüfende Gericht in Bereichen des Sachverständigenermessens (dazu BGE 135 II 384 Regeste i.V.m. E. 2.2 S. 384 i.V.m. 390; 133 II 232 E. 4.1 S. 244; 131 II 680 E. 2.3, je mit Hinweisen; BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessens, 2010, S. 341 ff.), vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 153; PHILIPP EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, 2012, S. 105; GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, a.a.O., S. 426 ff.). Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes (ist professionelles Wissen bzw. Erfahrung notwendig), der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestandenene Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes (geltend gemachten und tatsächlich geprüften Rügen) zu prüfen (Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 154; zu diesen Kriterien GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, a.a.O., S. 426 ff. mit Hinweisen auf ältere Fälle). Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht „point by point“ mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 156). Insofern anerkennt der EGMR, dass die Rechtsprechung in den Mitgliederstaaten den Gerichten oftmals erlaubt, sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 153 i.i.). Das Sachverständigenermessen bezweckt die Fruchtbarmachung spezialisierten Sachverständs bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms, um damit die interdisziplinäre Richtigkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen (vgl. SCHINDLER, a.a.O., N. 451 f.). Nicht anders verhält es sich bei verwaltungsrechtlichen Fällen, welche in Bezug auf gewisse Sanktionen strafrechtsähnlich sind; entscheidend ist, dass die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK erfüllt werden. Massgebend bleibt demnach der Einzelfall, die aufgelisteten drei Kriterien und die Abarbeitung der Rügen Punkt für Punkt. Insofern ist die „Effektivität der Überprüfung“ (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl. 1999, S. 271) das entscheidende Moment („sufficient jurisdiction“: vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Steininger c. Austria vom 17. April 2012 [Nr. 21539/07], Rz 49 i.f.; Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 151-152; GRABENWARTER, Verfahrensgarantien, a.a.O., S. 431 oben, 444 f.). Es lässt sich - wie auch das Urteil des EGMR im Sinne von Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, Rz 129, 147 i.V.m. Rz 151-152 zeigt - demnach auch nicht generell festhalten, dass *nicht* auf die fachtechnischen Ausführungen der die Un-

tersuchungs- und Anklagefunktion mitübernehmenden erstentscheidenden WEKO - abgestellt werden dürfte.

4.6

4.6.1 Im angefochtenen Entscheid beruft sich das Bundesverwaltungsgericht auf ein solches technisches Ermessen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die rein theoretische Darstellung der fraglichen Rechtsfigur für sich allein noch keinen Verstoss gegen Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 BV darstellt; massgebend ist allein die Begründung in der Sache (vgl. MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rn. 35 ad Art. 6 EMRK). Daraus hat sich zu ergeben, ob sich das Bundesverwaltungsgericht eine Art. 6 EMRK entsprechende Zurückhaltung auferlegt hat, was anhand der oben dargelegten Kriterien zu beurteilen ist.

4.6.2 Die Beschwerdeführer sehen eine angeblich unzulässige Zurückhaltung darin, dass die Vorinstanz verschiedentlich ausgeführt habe, eine bestimmte Beurteilung der WEKO sei nachvollziehbar, so etwa bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, bei der Bestimmung des Marktanteils der Beschwerdeführer sowie bei der Beurteilung des Vorliegens bzw. Fehlens potenziellen Wettbewerbs. In all diesen Fällen interpretieren die Beschwerdeführer jedoch das von der Vorinstanz verwendete Wort „nachvollziehbar“ falsch. Das Bundesverwaltungsgericht hat nicht einfach ohne weitere Prüfung die Auffassung der WEKO übernommen, sondern jeweils, teilweise sogar recht ausführlich, dargelegt und begründet, weshalb es sich der Auffassung derselben anschliesst. Es hat sich dabei nicht auf reine Plausibilitätsüberlegungen beschränkt und sich nicht eine unzulässige Zurückhaltung auferlegt.

4.6.3 Die Beschwerdeführer sehen sodann eine unzulässige Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei dessen Darstellung der Verfahrensgeschichte. Insofern ist aber erst recht nicht ersichtlich, inwieweit damit eine unzulässige Kognitionsbeschränkung verbunden sein sollte. Die Vorinstanz hat sich bei der Verfahrensgeschichte keiner rechtlichen oder fachtechnischen Zurückhaltung bedient.

5.

5.1 Die Beschwerdeführer machen verschiedentlich geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt. Namentlich laufen die bereits erwähnten Rügen der Beschwerdeführer zur Verfahrensgeschichte letztlich auf eine solche Sachverhaltsrüge hinaus.

5.2 Während der Gesichtspunkt der erforderlichen, d.h. vollständigen Kognitionsausübung als Gesichtspunkt der formellen Rechtsverweigerung durch das Bundesgericht frei zu prüfen ist, bleibt die Kontrolle der Sachverhaltsfeststellungen beschränkt auf offensichtliche Unrichtigkeit bzw. qualifizierte Mängel (vgl. oben E. 1.3). Dass die von den Beschwerdeführern behaupteten Unzulänglichkeiten in der tatsächlichen Darstellung des Bundesverwaltungsgerichts in diesem Sinne offensichtlich falsch, d.h. willkürlich, unvollständig oder sonstwie qualifiziert fehlerhaft wären, ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführern auch nicht nachvollziehbar dargelegt. Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz unter Einschluss der Darstellung der Verfahrensgeschichte erweisen sich mithin für das Bundesgericht als verbind-

lich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Auf einzelne Gesichtspunkte wird genauso ergänzend bei der materiellrechtlichen Behandlung des Falles zurückzukommen sein wie auf das für die ökonomischen Zusammenhänge erforderliche Beweismass.

5.3 Nicht zu beanstanden sind insbesondere die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zum für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum, wozu die Beschwerdeführer vorbringen, die WEKO gehe fälschlicherweise von einer Dauer des angeblich missbräuchlichen Verhaltens von 22 Monaten aus, nämlich vom 1. April 2004 bis zum Februar 2006. Zwar stellte die WEKO tatsächlich auf eine massgebliche Dauer von 22 Monaten ab, woran sie im Übrigen auch noch in ihrer Vernehmlassung an das Bundesgericht festhält, obwohl sie gleichzeitig eine kartellrechtskonforme Praxis ab dem 1. Januar 2006 anerkennt, was nicht völlig widerspruchsfrei erscheint. *Massgeblich* sind hier allerdings einzig die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses beurteilte, wie die Beschwerdeführer selber festhalten, das Verhalten der Beschwerdeführer vom 1. April 2004 „mindestens bis zum 30. November 2005“ als sanktionierbar, in welchem Zeitpunkt von den alten VSW-Kommissionierungsrichtlinien abgewichen worden sei, obwohl diese bis Februar 2006 auf dem Internet aufgeschaltet geblieben seien. Aus der Verwendung des Wortes „mindestens“ lässt sich ohne weitere Anhaltspunkte nicht zwingend schliessen, die Vorinstanz sei von einem längeren Zeitraum ausgegangen. Vielmehr ist aufgrund des Sachzusammenhangs vom Gegenteil auszugehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach insoweit die Feststellungen der WEKO implizit korrigiert. Auch dabei handelt es sich nicht um eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung.

5.4 Die Beschränkung der Überprüfung der bundesverwaltungsgerichtlichen Sachverhaltsermittlung durch das Bundesgericht (gemäss Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 95 BGG) verstösst im Übrigen nicht gegen Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 BV. Diese beiden Bestimmungen setzen keine nachgeschaltete richterliche Rechtsmittelinstanz voraus und verlangen daher erst recht nicht eine uneingeschränkte Kontrolle der Sachverhaltsfeststellungen durch eine allfällige solche (vgl. auch sogleich). Die vollständige Prüfung der tatsächlichen Umstände durch das erstentscheidende Gericht genügt, wenn dieses die Anforderungen an ein solches erfüllt.

Auch der spezifisch auf Strafverfahren anwendbare Art. 32 Abs. 3 BV, worin das Erfordernis einer zweiten Gerichtsinstanz enthalten ist, verlangt nicht zwingend eine zweite vollständige Sachverhaltskontrolle (BGE 129 I 281 E. 4.3 S. 287; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2007, N. 13 ad Art. 32 BV; HANS VEST, in: Ehrenzeller u.a. [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 43 ad Art. 32 BV). Ebenso ergibt sich aus Art. 2 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachfolgend Prot. Nr. 7 EMRK) *nichts* anderes. Das nachprüfende Gericht muss nicht dieselben Kompetenzen haben wie das Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK. Die Nachprüfung kann auf Rechtsfragen beschränkt sein (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von Müller c. Austria vom 18.

Dezember 2008, 28034/04, Rz 37; Pesti u.a. c. Austria vom 18. Januar 2000, Nr. 27618/95, Rz 4; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 477 Rz 154; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rn. 3 ad Art. 2 Prot. Nr. 7 EMRK [S. 453]; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., S. 708 N. 2).

6.

6.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, die mit dem WEKO Sekretariat abgeschlossene und von der WEKO genehmigte einvernehmliche Regelung schliesse eine Sanktionierung aus.

6.2

6.2.1 Die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 27 ff. KG) wird entweder durch Verfügung oder durch einvernehmliche Regelung, welche der Genehmigung durch die WEKO bedarf (Art. 29 Abs. 2 i.f. KG), abgeschlossen (Art. 30 Abs. 1 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, S. 468 ff.). Während die Verfügung auch die Einstellung der Untersuchung betreffen kann, ist die einvernehmliche Regelung nur dann anwendbar, wenn das WEKO Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig hält. In diesem Fall kann sie - in jedem Stadium des Untersuchungsverfahrens (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994 [nachfolgend: Botschaft KG I], BBl 1995 I 468, 604; Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2 in: sic! 6/2007 S. 471 ff.) - den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Wie bereits der Gesetzeswortlaut nahelegt, geht es nur darum, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt bzw. wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann (vgl. PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsrecht/Kartellrecht V/2, 2000, S. 417 ff., 435; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert, BSK, a.a.O., N. 26 ad Art. 29 KG). Dabei ist nur das zukünftige Verhalten des Unternehmens Regelungsgegenstand (vgl. WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts, in: derselbe/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, S. 1 ff., 11 f.). Die Frage, ob eine einvernehmliche Regelung über die Sanktionierung möglich ist, hat das Bundesgericht bisher noch nicht entschieden und in der Literatur besteht darüber keine einheitliche Auffassung (Unzulässigkeit: vgl. etwa ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., N. 29, 32 ff. ad Art. 29 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz 977, 996; ROMINA CARGAGNI, in: Baker & McKenzie, N. 7 ad Art. 29 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 305 ff., 308; BORER, a.a.O., N. 4 ad Art. 29 KG; ROGER ZÄCH/CHRISTOPH TAGMANN, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 985 ff., 1007; Zulässigkeit: vgl. etwa PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, S. 471 ff., 510

[Rz 12.87]). Offensichtlich beendete auch die WEKO in jüngster Zeit Untersuchungen mit einvernehmlichen Regelungen, in welchen Unternehmen direkt sanktioniert wurden (vgl. die Hinweise bei DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, a.a.O., S. 475 f. [Rz 1321]). Diese Frage muss hier nicht beantwortet werden, wie weiter unten noch dargelegt wird (vgl. E. 7.4 i.f.).

6.2.2 Davon abgesehen, nehmen die Beschwerdeführer nicht auf diese rechtlichen Ausführungen Bezug, sondern monieren, dass ihr Fall von der WEKO anders beurteilt wurde als praktisch alle übrigen Fälle: Während in diesen den beteiligten Unternehmen „bereits beim Abschluss der einvernehmlichen Regelung klar gemacht“ worden sei, dass eine Sanktion verhängt werden sollte und der Sanktionsrahmen dementsprechend angepasst worden sei, seien sie in ihrem Fall „erst nach Abschluss der von April 2005 bis September 2005 dauernden Verhandlung über die einvernehmliche Regelung darüber informiert [worden], dass trotz entsprechender Abschlussklausel in der einvernehmlichen Regelung selbst noch eine Sanktion verhängt werden sollte“. Zudem sei in ihrem Fall ein Sanktionsrahmen nie diskutiert worden. Unklar ist, ob die Beschwerdeführer damit eine Ungleichbehandlung oder eine Gleichbehandlung im Unrecht monieren.

6.2.3 So oder so ist dies in concreto nicht relevant: In beiden Fällen ist Grundbedingung, dass sich der Dritte bzw. der Betroffene in einer gleichen oder vergleichbaren Lage befindet wie der Betroffene bzw. Dritte (vgl. BGE 136 I 1 E. 4 S. 5 ff. bzw. Urteil 9C_808/2007 vom 19. Mai 2008 E. 4; PIERRE TSCHANNEN, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, ZBl 2011, S. 57 ff., 68 f., 72 f.). Dabei wäre es an den Beschwerdeführern, vergleichbare Fälle nachzuweisen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Dies unterlassen die Beschwerdeführer: sie nennen keine konkreten Fälle, sondern rügen nur summarisch und appellatorisch, dass sie ungleich bzw. andere bevorzugt behandelt worden seien (vgl. BGE 116 Ib 228 E. 4 S. 234). Insofern ist auf diese Rüge nicht einzutreten.

6.3 Auch das von den Beschwerdeführern angerufene so genannte Opportunitätsprinzip führt nicht zur Rechtswidrigkeit der ausgesprochenen Sanktion. Dieser Grundsatz spielt bei der Eröffnung oder allenfalls bei der Prioritätensetzung von Verfahren eine Rolle (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert, BSK, a.a.O., N. 43 ad Art. 27 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 180), kann aber nur bei geringfügigen Vergehen dazu führen, von einem Untersuchungsverfahren oder einer Sanktion abzusehen (vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 557 ff., insbes. 560 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 179 ff.; siehe auch BENOÎT CARRON, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2002, N. 9 ad Art. 27 KG; BORER, a.a.O., N. 9 ad Art. 27 KG; allgemein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz 2445; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 521 ff.). Angesichts der Bedeutung des den Beschwerdeführern vorgehaltenen Verhaltens ist nicht ersichtlich, weshalb das vorliegende Verfahren wegen des Opportunitätsprinzips nicht hätte eingeleitet oder, trotz einvernehmlicher Regelung, zu Ende geführt werden dürfen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 180; ZIMMERLI, a.a.O., S. 560 ff.). Die Beschwerdeführer kön-

nen insofern auch aus dem von ihnen angestrebten Vergleich mit anderen Fällen nichts zu ihren Gunsten ableiten, ist doch nicht ersichtlich, inwiefern die Ausgangslage dieselbe wäre.

7.

Die Beschwerdeführer berufen sich sodann auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 9 BV.

7.1 Sie machen dazu zunächst geltend, das WEKO Sekretariat habe in den Jahren 1997 und 1998 zweimal die kartellrechtliche Zulässigkeit der Kommissionierungskriterien des VSW-Reglementes bestätigt.

Das WEKO Sekretariat wurde 1997 gestützt auf eine Anzeige tätig und führte daraufhin Vorabklärungen nach Art. 26 KG durch. Allerdings kam es zu keinem eigentlichen Untersuchungsverfahren (nach Art. 27 ff. KG) mit einer vollständigen und verbindlichen Prüfung des Marktverhaltens der Beschwerdeführer. Die im Rahmen dieser Vorabklärungen an die Beschwerdeführer erteilten Anregungen (Art. 26 Abs. 2 KG) ergehen nicht in einer Verfügung und stellen auch keinen verwaltungsrechtlichen Vertrag dar; sie sind nicht rechtsverbindlich (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 144; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 461 f.; RICHLI, a.a.O., S. 423; JOACHIM FRICK, in: Baker & McKenzie, N. 10 ad Art. 26 KG). Insofern wäre auch das Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem [Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur EMRK]) mangels rechtskräftiger Entscheidung gar nicht anwendbar (vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 471 ff.; MEYER-LADEWIG, Rn. 2 ad Art. 4 Prot. Nr. 7 EMRK; CHRISTOPH GRABENWARTER, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in: Dirk Ehlers [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 179 ff., 203 N. 65; zur EU vgl. Art. 50 Grundrechte-Charta [dazu FOLZ, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, a.a.O., N. 2 ad Art. 50 Grundrechte-Charta]).

Zwar hat das WEKO Sekretariat im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mitgeteilt, die geltenden VSW-Kommissionierungsrichtlinien könnten beibehalten werden, da sie bei nicht-diskriminierender Anwendung aus kartellrechtlicher Sicht keinen Anlass zur Kritik gäben. Es wies darin und auch im Schreiben vom 22. Dezember 1998 auf ein gewisses Diskriminierungspotenzial der Kommissionierungspraxis der Beschwerdeführer hin und behielt sich vor, allenfalls später ein formelles Untersuchungsverfahren zu eröffnen. Insofern ist die Auskunft nicht vorbehaltlos erfolgt, weshalb die für die erfolgreiche Geltendmachung des Grundsatzes von Treu und Glauben erforderliche Vertrauensgrundlage fehlt (vgl. BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 154; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 165; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. I: Les fondements généraux, 2. Aufl. 1994, S. 430 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, S. 196). Offen bleiben kann unter diesen Umständen die Frage, ob die vom Sekretariat angeregten Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerb (Art. 26 Abs. 2 KG) überhaupt bindend sein könnten, kann doch das Sekretariat nie alleine eine Untersuchung nach Art. 27 KG eröffnen.

7.2 Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, es sei für sie nicht absehbar gewesen, dass das Sanktionsverfahren neben der einvernehmlichen Regelung weiterlaufe. Wie dargelegt, schliesst die einvernehmliche Regelung ein Verfahren für in der Vergangenheit liegende Kartellrechtsverstösse nicht aus. Sollte das Gegenteil vereinbart werden, müsste dies aus ihrem Inhalt deutlich hervorgehen. Bereits mit Schreiben vom 6. April 2004 wies das WEKO Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 jedoch darauf hin, dass die übergangsrechtliche Frage der Meldefähigkeit eines hängigen Verfahrens strittig sei, und während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung informierte das WEKO Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 am 14. November und 13. Dezember 2005 darüber, dass nach der inzwischen ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, später bestätigt im Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006) die Sanktionierbarkeit von früherem Marktmissbrauch bestehen bleibe. Gegenteilige Zusicherungen machten die Wettbewerbsbehörden nie. Auch insoweit besteht somit keine Vertrauensgrundlage.

7.3 Die Beschwerdeführer versuchen sodann, aus den im Verfahren der einvernehmlichen Regelung neu formulierten VSW-Kommissionierungsrichtlinien eine Vertrauensgrundlage abzuleiten. Im Rahmen der einvernehmlichen Regelung wird regelmässig das zulässige zukünftige Marktverhalten abgegrenzt, und im Bedarfsfall rechtfertigt sich eine Übergangsregelung. Die Wettbewerbsbehörden haben das frühere Marktverhalten der Beschwerdeführer jedoch nie als rechtmässig anerkannt. Während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung sind die betroffenen Unternehmen sodann nicht davon entbunden, allfällige kartellrechtswidrige Praktiken aufzugeben. Andernfalls riskieren sie wie hier eine längere Dauer des zu sanktionierenden Marktverhaltens. Auch insofern liegt daher kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor.

Im Übrigen ergibt sich auch aus den Akten, dass die von den Beschwerdeführern eingereichte Änderung der VSW-Kommissionierungsrichtlinien vom 31. August 2005 lediglich für die Zukunft gelten sollten.

7.4 Schliesslich berufen sich die Beschwerdeführer auf Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung, die folgenden Wortlaut hat:

„9. Verfahrensabschluss

Vorbehältlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.“

Nach Art. 29 Abs. 1 KG kann das WEKO Sekretariat eine einvernehmliche Regelung vorschlagen. Die vom WEKO Sekretariat mit den Beteiligten erarbeitete einvernehmliche Regelung entfaltet Wirkung allerdings erst mit der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 Abs. 2 KG). Die Genehmigung erfolgt mit Verfügung nach Art. 30 Abs. 1 KG (vgl. hierzu etwa RICHLI, a.a.O., S. 434 f.; BILGER, a.a.O., 348 f.); sie bildet Bestandteil der Genehmigungsverfügung (vgl. PATRIK DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgü-

ter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1745; ZÄCH/TAGMANN, a.a.O., S. 996), um die Einheitlichkeit der Verantwortung für sämtliche materielle Entscheide im Untersuchungsverfahren bei der WEKO sicherzustellen (dazu BILGER, a.a.O., S. 348).

In Ziff. 4 des Dispositivs der Verfügung vom 5. März 2007 genehmigt die WEKO im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die Verpflichtungserklärung der Beschwerdeführer. Gegenstand dieser Erklärung bildet auch die oben erwähnte Ziffer 9. Primärer Regelungsgegenstand der Verfügung ist aber die Feststellung, dass die Beschwerdeführer ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht haben und die Beschwerdeführerin 1 deshalb nach Ziff. 3 des Dispositivs mit einem Betrag von CHF 2,5 Mio. zu sanktionieren ist. Insofern ist offensichtlich, dass die WEKO das Verfahren nicht abschliessen wollte, ohne die Sanktion auszusprechen. Im Übrigen ergibt sich dies auch aus der einvernehmlichen Regelung selbst, betrifft diese nach Ziff. 2 doch *nur* die zukünftigen Richtlinien und gilt nicht für das vergangene Verhalten.

7.5 Die einvernehmliche Regelung schliesst daher eine Sanktion nach Art. 49a KG für das hier fragliche frühere Marktverhalten der Beschwerdeführer nicht aus.

8.

8.1 Den Beschwerdeführern wird ein verbotenes Verhalten nach Art. 7 Abs. 1 KG vorgeworfen. Danach verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Zu solchen unzulässigen Verhaltensweisen zählt nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG insbesondere die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (dazu AMSTUTZ/CARRON, in: Amstutz/Reinert, BSK, a.a.O., N. 17 ff. ad Art. 7 KG; EVELYNE CLERC, in: Tercier/Bovet, a.a.O., N. 55 ff. ad Art. 7 KG).

8.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, der Straftatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG sei sowohl für sich allein als auch in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht genügend bestimmt als rechtsgenügende gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin 1.

8.2.1 Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Uno-Pakt II; SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war („Nulla poena sine lege“ [Art. 1 StGB; dazu etwa BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f.; BGE 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 5.2 f.]; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. MEYER-LADEWIG, Rn. 5 ad Art. 7 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 462 ff.; WALTER GOLLWITZER, Menschenrechte und Strafverfahren, 2005, N. 1 ad Art. 7 MRK/Art. 15 IPBPR; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., N. 2 ad Art. 7 EMRK; VILLIGER, a.a.O., S. 338 ff.). So ist etwa der Grundsatz verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als

strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20; siehe auch BGE 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 5.3).

Art. 7 EMRK und Art. 15 Uno-Pakt II enthalten neben dem Rückwirkungsverbot vor allem ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände (vgl. BGE 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 5.3; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 468 ff.; GOLLWITZER, a.a.O., N. 8 ad Art. 7 MRK/Art. 15 IPBPR; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., N. 4, 6 ad Art. 7 EMRK; MEYER-LADEWIG, Rn. 7 ff. ad Art. 7 EMRK). Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, und die beiden Vorschriften - wie auch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20; BGE 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 5.3) - enthalten kein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung; es ist gerade die Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben (Urteil des EGMR im Sinne von *Kafkaris c. Cyprus* vom 12. Februar 2008, Nr. 21906/04, Rz 141; im Sinne von *S.W. und C.R. c. United Kingdom* vom 22. November 1995, Nr. 20166/92 bzw. 20190/92, Rz 36 bzw. 34; MEYER-LADEWIG, Rn. 8 ad Art. 7 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 469; VILLIGER, a.a.O., S. 339 [N. 535 f.]; WILDHABER, a.a.O., Rz 75 ff.; GOLLWITZER, a.a.O., N. 8 ad Art. 7 MRK/Art. 15 IPBPR). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20; 132 I 49 E. 6.2 S. 58 f.; 128 I 327 E. 4.2 S. 339 ff., je mit Hinweisen; Urteil des EGMR im Sinne von *Larissis Dimitrios c. Grèce* vom 24. Februar 1998, Recueil CourEDH 1998-I S. 362; siehe auch GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, S. 90 ff.; PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2007, N. 31 ff. ad Art. 1 StGB). Technische oder relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen, können als Bestandteile von Straftatbeständen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht noch die Bestimmtheitsanfordernisse erfüllen (vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., S. 470 f.; Urteil des EGMR im Sinne von *Cantoni c. Frankreich* vom 15. November 1996, Rz 26 ff., in: EuGRZ 1999, S. 193 ff., 196 ff.). So hat der EGMR etwa den Begriff „verwerflich“ in § 240 Abs. 2 des deutschen StGB als mit Art. 7 EMRK konform betrachtet (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von *Witt c. Deutschland* vom 8. Januar 2007, Nr. 18397/03, Rz 1; siehe dazu auch LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz [GG], Rechtsprechung des BVerG, Kommentar, Lieferung Mai 2012, N. 1316 ff. ad Art. 103 GG; PHILIP KUNIG, in: von Münch/Kunig [Hrsg.], Grundge-

setzkommentar, Bd. 3., 5. Aufl. 2003, N. 27 ff., 34 ff. ad Art. 103 GG; GEORG NOLTE, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], GG Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, N. 139, 141 ff., 144 ff. [Entscheidungsleitende Gesichtspunkte] ad Art. 103 Abs. 2 GG; HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, in: Dreier [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Rn. 7 i.f. [zur grundsätzlichen Parallelität mit Art. 7 EMRK], 38 ff. 46 ff.).

8.2.2 Es trifft zu, dass Art. 7 Abs. 1 KG einige unbestimmte Rechtsbegriffe wie diejenigen der marktbeherrschenden Stellung oder diejenigen des Missbrauchs dieser Stellung enthält, die durch die Praxis zu interpretieren sind (vgl. WILDHABER, a.a.O., Rz 81 ff.). Ob diese Norm für sich allein als hinreichend bestimmt zu beurteilen ist (so etwa HEINEMANN, Jusletter, Rz 24; a.M. WILDHABER, a.a.O., Rz 87), kann hier letztlich offen bleiben, wobei immerhin darauf zu verweisen ist, dass es auch im ordentlichen Strafrecht Bestimmungen mit mehreren auslegungsbedürftigen Begriffen gibt wie etwa den Betrug gemäss Art. 146 StGB oder die Misswirtschaft nach Art. 165 StGB (vgl. dazu allgemein STRATENWERTH, a.a.O., S. 91; POPP/LEVANTE, a.a.O., N. 33 ad Art. 1 StGB). Zu berücksichtigen ist hingegen, dass Art. 7 Abs. 1 KG zusammen mit Abs. 2 derselben Bestimmung zu lesen ist (vgl. dazu ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], a.a.O., S. 29 ff., 57), worin die verpönten Verhaltensweisen beispielhaft genannt werden. Obwohl diese Aufzählung nicht abschliessend ist (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4 S. 210 f.), womit ein gewisser davon unabhängiger Spielraum für die Grundregel von Abs. 1 verbleibt, führt sie diese doch näher aus. Insbesondere ergibt sich aus der Verknüpfung von Art. 7 Abs. 1 KG mit Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, wie sie hier zur Diskussion steht, ein klareres Bild (vgl. RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch/Zweifel, Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, 1995, S. 93 ff., 140; RENÉ RHINOW/ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3, S. 592 ff., 611).

8.2.3 Es stellt sich mithin die Frage, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG *genügend bestimmt* ist, damit dieser Grundlage für Sanktionen bilden kann. Der fragliche Tatbestand stellt nur ein Beispiel des *Verhaltens* nach Art. 7 Abs. 1 KG dar; ob dieses schliesslich missbräuchlich ist, ist im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen (BGE 137 II 199 E. 4.3.4 S. 211; Botschaft KG I, BBI 1995 I 570; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 57; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], a.a.O., S. 267 ff., 303; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 25 ad Art. 7 KG; BORER, a.a.O., N. 4 ad Art. 7; CLERC, a.a.O., N. 109 ad Art. 7; MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, S. 79). Insofern müssen selbstverständlich auch die Elemente der marktbeherrschenden Stellung und die dabei massgebliche Vorfrage der Marktabgrenzung genügend bestimmt sein; dies trifft zu: Art. 4 Abs. 2 KG für den Begriff „marktbeherrschend“ und Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) für

die Marktabgrenzung. Schwieriger zu beantworten ist, ob mit dem Begriff „Diskriminierung“ i.V.m. mit Art. 7 Abs. 1 KG das verpönte Verhalten genügend klar umrissen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass identisches Verhalten je nach den konkreten Umständen wettbewerbskonform oder wettbewerbswidrig sein kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 24 ad Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 304 f.). Insofern kann nur einzelfallweise eruiert werden, ob ein Verhalten diskriminierend ist. Wie im Kernstrafrecht müssen auch im Wirtschaftsstrafrecht angesichts vielfältiger Problemstellungen und der Komplexität der zu ordnenden Sachverhalte offene Normen verwendet werden. Allerdings schadet das nicht: Hier wie dort ist eine Auslegung der Norm und sind Konkretisierungen der Gerichte und der Behörden zulässig (vgl. oben E. 8.2.1). So ist beispielsweise auch im Strafrecht eine komplexe Auslegung notwendig, um zu bestimmen, ob im Cache gespeicherte pornographische Daten als strafbarer Besitz im Sinne von Art. 197 StGB gelten (BGE 137 IV 64 E. 10.1.1 [entscheidend ist der Gesamteindruck]; siehe auch BGE 133 II 136 E. 5.3 S. 144 ff.) oder ob eine inhaltlich unwahre Rechnung eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB oder eine straffreie schriftliche Lüge darstellt (BGE 138 IV 130). Nicht anders verhält es sich im Kartellrecht: Diskriminierung ist Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt; dieser Missbrauch besteht darin, dass andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Missbräuchlich heisst wettbewerbswidrig (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 57). Zur Bestimmung, ob Verhalten wettbewerbswidrig oder wettbewerbskonform ist, haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt: Legitimate business reasons (sachliche Gründe), Vorliegen einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, Schwächung der Wettbewerbsstruktur, Nichtleistungswettbewerb, normzweckorientierte Interessenabwägung, Gleichbehandlungsprinzip und Abschottung des schweizerischen Marktes (vgl. dazu ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 58; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 305 ff.; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 27-71; 179 ff., 198 ff. ad Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., N. 61 ff. ad Art. 7 KG). Diskriminierend sind in jedem Fall Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, die Handelspartner ohne sachliche Gründe unterschiedlich behandeln (vgl. etwa OLAF KIENER, Marktmachtmissbrauch, 2002, S. 242; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 326) und diese damit im Wettbewerb bzw. in ihrer wirtschaftlichen Freiheit spürbar behindern (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.4.2 S. 538, 18 E. 5.2.1 S. 24; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2012, S. 247 Rz 718, S. 251; siehe dazu auch unten E. 10). Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (vgl. Botschaft KG I, BBI 1995 I 471, 494, insbes. 531 [„Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung“]), ist auch die Praxis zu Art. 102 AEUV (vgl. dazu statt aller PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: Vedder/Heintschel von Heinegg [Hrsg.], a.a.O., passim ad Art. 102 AEUV; vormals Art. 82 EGV) zu berücksichtigen (vgl. jetzt MONIQUE STURNY, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das

schweizerische Kartellrecht, in: Cottier [Hrsg.], Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, 2012, S. 107 ff., 113 ff. i.V.m. 112, 124 FN 90 und S. 127; siehe auch AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 198 ad Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., N. 64 ad Art. 7 KG; KÖCHLI/REICH, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 32 ad Art. 4 KG; dazu auch MARC AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht. Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: Werro/Probst, Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 2004, S. 105 ff.; ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/ Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Lieferung 1997, N. 96 ad Art. 7 KG). Diesbezüglich lassen sich bereits Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch *Rechtssicherheit* (vgl. STURNY, a.a.O., S. 124, 125) gewinnen. Wie bereits ausgeführt hat der EGMR die Tragweite des Begriffs der Vorhersehbarkeit in grossem Mass von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung abhängig gemacht. Dabei steht es dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht entgegen, wenn das betroffene Unternehmen in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Masse *rechtlichen Rat einholen muss*, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von *Cantoni c. Frankreich* vom 15. November 1996, Rz 35, in: EuGRZ 1999, S. 193 ff., 198; ähnlich AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 38 i.f. ad Art. 7 KG). Der schweizerische Gesetzgeber hat - gestützt (vgl. Botschaft KG II, BBI 2002 2036) auf ein Rechtsgutachten (RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 592 ff.) - eine solche Möglichkeit, rechtlichen Rat einzuholen, institutionalisiert. Besteht bei einem Unternehmen Unsicherheit darüber, ob ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unter Art. 7 KG fällt, soll ihm die Möglichkeit offen stehen, dieses der Wettbewerbskommission zu melden, bevor es Wirkung entfaltet (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG). Damit wird sichergestellt, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssen (vgl. Botschaft KG II, BBI 2002 2039; RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612; BGE 135 II 60 E. 3.2.1 S. 70). Mit diesem Instrument hat es jede Unternehmung in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen (vgl. RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612). Insoweit stellt die Vorabmeldung ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar und insoweit ist auch Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG hinreichend bestimmt, um als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung zu dienen (vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGI-NI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 414 f.; DOSS, a.a.O., S. 72).

Angesichts der Vorgeschichte in den späten 90er Jahren und dem damaligen Hinweis des WEKO Sekretariats, dass ein gewisses Diskriminierungspotenzial der Kommissionierungspraxis der Beschwerdeführer bestehe

und sie sich deshalb vorbehalte, ein formelles Untersuchungsverfahren zu eröffnen, musste die Beschwerdeführerin bereits zu diesem Zeitpunkt davon ausgehen, dass ihre Verhaltensweise unter den Tatbestand des Art. 7 KG fallen könnte. Sie hätte deshalb die materielle Rechtslage vorteilhafterweise zu diesem Zeitpunkt abklären lassen sollen (vgl. Urteil des EGMR im Sinne von *Cantoni c. Frankreich* vom 15. November 1996, Rz 35, in: EuGRZ 1999, S. 193 ff., 198).

8.3 Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, bei der Anwendung von Art. 7 KG sei mit Blick auf allfällige Unklarheiten, etwa bei der Marktdefinition bzw. beim Verständnis der marktbeherrschenden Stellung, nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ vorzugehen.

8.3.1 Die Beschwerdeführer verwechseln teilweise die Regeln der Beweislast und -würdigung, die in tatsächlicher Hinsicht gelten (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a S. 40 f.), mit den anwendbaren Auslegungsgrundsätzen. Lediglich sachverhaltsmässige Unklarheiten sind aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der Beschwerdeführer zu werten. Allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen unterliegen demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ hat insofern keine Bedeutung.

8.3.2 Die Beschwerdeführer bringen vor, für die Würdigung der tatsächlichen Voraussetzungen bei der Beurteilung der Marktstellung sei zu verlangen, dass eine solche mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliege. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenerhebung oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Markttabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden (vgl. dazu BILGER, a.a.O., S. 305 f.; RICHLI, a.a.O., S. 454; TSCHUDIN, a.a.O., S. 142 f.; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, a.a.O., S. 465 ff. [zurückhaltender]; siehe auch MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una ...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, S. 114 ff., 118 f., 119 f.; zur Beweiswürdigung und zum Beweismass allgemein siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, S. 168 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2010, S. 268; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, a.a.O., S. 116 f.). In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BILGER, a.a.O., S. 305 [zur Begründungsdichte]). Der vorliegende Sanktionstatbestand

unterscheidet sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.

8.3.3 Die WEKO nahm im vorliegenden Fall umfangreiche tatsächliche Abklärungen zur Marktabgrenzung und zur Marktstellung vor. Dabei wurden auch die Argumente der Beschwerdeführer einlässlich geprüft. Nicht zuletzt deshalb benötigte das Verfahren eine gewisse Zeit. Dass diese von der Vorinstanz nach entsprechender Würdigung übernommenen ökonomischen Zusammenhänge, die im angefochtenen Entscheid ausführlich begründet werden, nicht verlässlich sein sollten, ist nicht ersichtlich.

9.

9.1 Als marktbeherrschend gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (dazu KÖCHLI/REICH, a.a.O., N. 26 ff. zu Art. 4 KG; REINERT/BLOCH, in: Amstutz/Reinert, BSK, a.a.O., N. 94 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 53 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 258 ff.; DUCREY, a.a.O., Rz 1478 i.V.m. 1331 ff.). Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU nach einer sachlichen und räumlichen Komponente (dazu etwa ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 34). Hinzu kommt die zeitliche Dimension.

9.2

9.2.1 Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; siehe dazu etwa RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, S. 143 ff.). Dass es vorliegend um das Gebiet der ganzen Schweiz geht, wird nicht bestritten.

9.2.2 In zeitlicher Hinsicht ist im Wesentlichen von den Verhältnissen in der massgeblichen Zeitperiode, hier also vom 1. April 2004 bis zum 30. November 2005, auszugehen (vgl. oben E. 5.3). Die Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen, wie das die Beschwerdeführer geltend machen, ist nur bedingt möglich, nämlich dann, wenn diese zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen. Im Übrigen ist entscheidend, dass es um die kartellrechtliche Sanktionierung eines in der Vergangenheit liegenden und abgeschlossenen Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden.

9.2.3

9.2.3.1 Der sachliche Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU; siehe rechtsvergleichend dazu Ziff. 7 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbe-

werbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5 ff.). Die Definition des sachlichen Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (BGE 129 II 18 E. 7.3.1 S. 33; HEIZMANN, a.a.O., S. 105 ff.; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 102 ff. ad Art. 4 Abs. 2 KG; CLERC, in: Tercier/Bovet, a.a.O., N. 54 ff. ad Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz 538 ff.; BORER, a.a.O., N. 10 ff. ad Art. 5 KG; KÖCHLI/REICH, a.a.O., N. 42 f. ad Art. 4 KG). Entscheidend ist somit die *funktionelle Austauschbarkeit* (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (vgl. etwa BORER, a.a.O., N. 10 ad Art. 5 KG; HEIZMANN, a.a.O., S. 106). Daneben bestehen weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen (vgl. HEIZMANN, a.a.O., S. 106).

9.2.3.2 Die WEKO und die Vorinstanz bestimmten den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in den Printmedien als sachlich relevanten Markt. Das unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Marktverhalten ist die Kommissionierungspraxis der Beschwerdeführer gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Rahmen des Pachtregiesystems. Insofern steht das entsprechende Dienstleistungsangebot im Vordergrund.

9.2.3.3 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die Vorinstanz habe die Substitutionsverhältnisse falsch definiert. Der sachlich relevante Markt umfasse nicht nur die Printmedien, sondern auch die anderen Werbeträger, insbesondere die Plakatwerbung (Aussenwerbung), die Direktwerbung und die elektronischen Medien. Dabei seien klare Substitutionsbewegungen von der Presse hin zu den anderen Medien festzustellen, denen eine höhere Beweiskraft zukomme als den von den Vorinstanzen bewerteten Marktbefragungen.

9.2.3.4 Vorweg ist die Auffassung der Beschwerdeführer, dass die Marktabgrenzung „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen“ werden muss, zurückzuweisen. Wie bereits oben (E. 8.3.2) festgehalten worden ist, ist eine strikte Beweisführung bei der Marktabgrenzung kaum möglich, da u.a. auch auf Erfahrungssätze, Marktbeobachtungen und Marktteilnehmerbefragungen abzustellen ist (vgl. HEIZMANN, a.a.O., S. 104, 109, 111; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, 2004, S. 26, 28, 38 f.; ROGER ZÄCH/PETER ZWEIFEL, Plädoyer für das neue Kartellgesetz, in: dieselben, a.a.O., S. 19 ff., 24; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 16 zu Art. 4 Abs. 2 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 57 f.; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David, V/2, a.a.O., S. 137 ff., 149; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, 2008, S. 80 ff.).

9.2.3.5 Es ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen, dass neue Technologien auch das Werbeverhalten beeinflussen werden (vgl. KASPAR ANDREAS HEMMELER, Die kartellrechtliche Bestimmung von Medienmärkten, 2007, passim). Bei alledem darf indes nicht übersehen werden, dass die Eigenschaften und Gestaltoptionen der Werbeträger sowie die anzusprechende Zielgruppe (vgl. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Online-Werbemarkt und Kartellrecht - Innovation vs. Marktmacht, sic! 2010, S. 777 ff., 780; siehe auch DOSS, a.a.O., S. 18) die maßgebenden Kriterien für die Feststellung des sachlich relevanten Marktes sind, ist doch auf die Sicht der Marktgegenseite abzustellen (ZÄCH, Verhaltensweisen, S. 150; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 259; DOSS, a.a.O., S. 18 [Rz 24]). So wird deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass Radio-, Fernseh- und Pressewerbung unterschiedliche Märkte darstellen. Die Werbung in den unterschiedlichen Medientypen unterscheidet sich wesentlich aufgrund der Gestaltungsoptionen und des Adressatenkreises; jedes Medium weist hinsichtlich der Werbemöglichkeiten zudem unterschiedliche Eigenschaften und Vorteile auf (vgl. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, 2011, S. 96 f.; WEBER/VOLZ, Online-Werbemarkt, a.a.O., S. 779 f.; HARALD MAAG, Medienkonzentration - zur Reichweite des fusionskontrollrechtlichen Instrumentariums, 2002, S. 116 ff., 137, 147; HEMMELER, a.a.O., S. 56 f.). Angesichts dieses Umstands ist auch von einem eigenen Online-Werbemarkt, d.h. einem eigenen Werbemarkt im Internet, auszugehen (vgl. WEBER/VOLZ, Online Marketing, a.a.O., S. 97), der in gewissen Bereichen zudem noch weiter abgestuft werden kann (vgl. WEBER/VOLZ, Online Marketing, a.a.O., S. 97). Für den Printbereich hat das Bundesgericht bereits ähnliche Werbeteilmärkte akzeptiert (vgl. 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 7.3.2). Insofern sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass es sich um unterschiedliche Märkte handelt und die verschiedenen Werbeträger eher komplementär zur Anwendung kommen.

Die Beschwerdeführer heben allerdings hervor, dass eine Substituierung zwischen Printbereich und Internet bestehe. Sie beziehen sich dabei insbesondere auf verschiedene Online-Plattformen in den Rubriken „Fahrzeuge“, „Immobilien“ und „Stellen“. Auch die Vorinstanz anerkennt vor allem in Bezug auf crossmediale Werbestrategien (Mediamix bei Werbekampagnen) eine gewisse Substitutionswirkung, doch werden die Werbeträger vor allem komplementär eingesetzt. Sie hat zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass Online- und Printwerbung u.a. unterschiedliche Nachfrager bedienen sowie unterschiedlichen Kosten und Produktionsbedingungen unterliegen (dazu MATTHIAS AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, 2000, S. 133; MAAG, a.a.O., S. 112 f.). Kommt hinzu, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer die Frage weniger lautet, ob es Substitutionsangebote gibt, sondern vielmehr bis zu welchem Grad die fraglichen Güter austauschbar sind. Diese Frage ist daher auch nicht mit ja oder nein zu beantworten, sondern sie ist gradueller Art (vgl. CLERC, a.a.O., N. 63 ad Art. 4 Abs. 2 KG; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet, a.a.O., N. 31 ad Art. 10 KG; MAAG, a.a.O., S. 112 f.; siehe auch AMANN, a.a.O., S. 132 ff.), wie sich anhand der Methode der Kreuzpreiselastizität der Nachfrage,

wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkte eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirkt (dazu etwa CLERC, a.a.O., N. 63 ad Art. 4 Abs. 2 KG; HEIZMANN, a.a.O., S. 116 ff.; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 114 ad Art. 4 Abs. 2 KG; REINERT, a.a.O., S. 27 ff.), und auch nach dem der Kreuzpreiselastizitätsmethode sehr ähnlichen SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price), wonach untersucht wird, wie die Unternehmen der Marktgegenseite oder Konkurrenten auf eine kleine, aber spürbare und dauerhafte Preiserhöhung eines Monopolisten reagieren (dazu HEIZMANN, a.a.O., S. 118 ff.; AMANN, a.a.O., S. 137 ff.; REINERT, a.a.O., S. 29 ff.; CLERC, a.a.O., N. 63 ad Art. 4 Abs. 2 KG; TSCHUDIN, a.a.O., S. 29), zeigen lässt. Angesichts dieses Umstandes ist eine strikte Beweisführung weder möglich (siehe oben E. 8.3.2) noch überhaupt zu rechtfertigen, ansonsten eine „objektive Berechenbarkeit vorgetäuscht und das Erfordernis von Werturteilen verdeckt wird“ (WALTER R. SCHLUEP, in: Schürmann/Schluep, KG + PÜG, 1988, S. 260; KÜNZLER, a.a.O., S. 80 ff.).

Gestützt auf diese Methoden werden Substitutionsbeziehungen einerseits innerhalb des relevanten Produkte- bzw. Leistungsmarktes (Marktwettbewerb) und andererseits zwischen Gütern des relevanten Marktes und solchen, die im marktnahen Bereich liegen (Substitutionswettbewerb), unterschieden (vgl. MAAG, a.a.O., S. 113; AMANN, a.a.O., S. 134 ff.). Die teilweise Substituierbarkeit von Produkten, welche dem Substitutionswettbewerb und nicht dem Marktwettbewerb unterliegen, wird indes nicht als ausreichend angesehen, damit diese zum sachlich relevanten Markt hinzugerechnet werden können (für den Medienmarkt: AMANN, a.a.O., S. 132 ff.; MAAG, a.a.O., S. 111 ff., 194 ff.). Ihnen kommt aber disziplinierende Wirkung zu (vgl. Urteil 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 7.3.5).

9.2.3.6 Die Vorinstanz hat anhand der von der WEKO durchgeführten Abklärungen festgestellt, dass die Preiselastizität gering ist. An die Feststellung dieses Sachverhalts ist das Bundesgericht gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diese kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Dabei sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt; entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 i.V.m. E. 1.4.2 S. 255 i.V.m. 254).

Die Beschwerdeführer stellen den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt nicht qualifiziert in Frage. Insbesondere genügen die Hinweise auf die drei Rubriken „Fahrzeuge“, „Stellen“ und „Immobilien“ den strengen Anforderungen nicht: Die Vorinstanz hat bereits in ihrem Entscheid die den Sachverhalt betreffenden Rügen gründlich erörtert. Die Beschwerdeführer setzten sich diesbezüglich nicht vertieft damit auseinander und unterlassen es, auch qualifiziert darzulegen, inwiefern die Rückläufigkeit der Werbung in den Printmedien nicht auf die Pressekrise zurückgeführt werden kann. Insofern

erweist sich der vorinstanzlich bestimmte sachlich relevante Markt als bundesrechtskonform.

9.3 Nachdem der sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt bestimmt worden ist, gilt es zu eruieren, ob die Beschwerdeführer marktbeherrschend waren.

9.3.1 Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.3.1; ZÄCH, Verhaltensweisen, a.a.O., S. 172; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 281; DUCREY, a.a.O., S. 326; KÖCHLI/REICH, a.a.O., N. 31, 34 ad Art. 4 KG). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. DUCREY, a.a.O., S. 326). Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind (vgl. Botschaft KG II, BBl 2002 2045; DUCREY, S. 326; ZÄCH, Kartellgesetz, S. 280; KÖCHLI/REICH, a.a.O., N. 30, 36 ad Art. 4 KG). Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (dazu etwa KÜNZLER, a.a.O., S. 423; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 238 [Rz 696 i.f.]; KÖCHLI/REICH, a.a.O., N. 33, 37 zu Art. 4 KG; CANDREIA, a.a.O., S. 160). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt (vgl. DUCREY, a.a.O., S. 326 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 284 ff.; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 258 ff. ad Art. 4 Abs. 2 KG; TSCHUDIN, a.a.O., S. 114 ff.).

9.3.2

9.3.2.1 Zur Marktstellung machen die Beschwerdeführer - wie bereits bei der Marktabgrenzung - zu Unrecht geltend, dass die Tatbestandselemente des Art. 7 KG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen. Diesbezüglich kann auf die bereits oben aufgeführten Argumente verwiesen werden (vgl. E. 8.3.2 und E. 9.2.3.4).

9.3.2.2 Die Beschwerdeführer führen sodann aus, dass der Gegenstand der zu beurteilenden Untersuchung die Kommissionierungspraxis der Beschwerdeführer im Rahmen des Pachtregie-Systems sei; in Bezug auf diese Praxis sei zu prüfen, ob die Beschwerdeführer sich missbräuchlich verhalten hätten. Konsequenz hieraus sei, dass die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens der Beschwerdeführer bezüglich dieser Verhaltensweise geprüft werden müsse. Mit anderen Worten gehen die Beschwerdeführer davon aus, dass für das Tatbestandsmerkmal „marktbeherrschendes Unternehmen“ nicht der relevante Markt der notwendige Bezugspunkt sei, sondern lediglich der Markt, wo die strittige Kommissionierungspraxis erfolgt sei, mithin also ein engerer Markt. Folglich sei ihr Marktanteil wesentlich

tiefen als von der WEKO festgestellt und von der Vorinstanz bestätigt (63 %). Er betrage lediglich 42,5 %; dieser entspreche dem durch die Beschwerdeführerinnen 2-5 in Pachtregie erwirtschafteten Umsatz.

Die Vorinstanz hatte in ihrem Urteil bereits festgehalten, dass für die Beurteilung der „Marktbeherrschung“ der ausgeschiedene relevante Markt massgebend sei. Die Beschwerdeführer verfügten deshalb im hier fraglichen Zeitraum über einen Marktanteil von über 63 %, da einerseits zahlreiche Verlage mit den Beschwerdeführern exklusive Pachtverträge abgeschlossen hätten, wo die Beschwerdeführer praktisch konkurrenzlos waren, und andererseits die Eigenregieverlage rund 40-50 % mit von den Beschwerdeführern vermittelten Inseraten generiert hätten.

9.3.3

9.3.3.1 Die Beschwerdeführer nehmen für die Begründung der Marktbeherrschung auf die strittige Kommissionierungspraxis Bezug. Sie setzen sich allerdings wenig begründet mit der vorinstanzlichen Auffassung auseinander. Art. 4 Abs. 2 KG hält klar fest: Der Markt, auf welchem Unternehmen „herrschen“, ist derjenige Markt, wo diese sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 237 Rz 696 i.i.; CANDREIA, a.a.O., S. 159; MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 1996, S. 834 ff., 836 [„zweistufiger Marktbeherrschungstest“]; so auch für die identische Regelung auf EU-Ebene: MÜLLER-GRAFF, a.a.O., N. 11 ad Art. 102 AEUV). Würde keine Marktübereinstimmung bestehen, könnten sich einerseits die Marktteilnehmer bezüglich der Waren bzw. Dienstleistungen ohnehin unabhängig verhalten, weshalb eine diesbezügliche Regelung in Art. 4 Abs. 2 KG sinnlos wäre, und andererseits wäre auch die Frage der funktionalen Substituierbarkeit obsolet. Zudem wäre auch das Beurteilungskriterium des Marktverhaltens, worin auch die Reaktion der Marktgegenseite einzubeziehen ist (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 288; HEIZMANN, a.a.O., S. 200 ff.; CANDREIA, a.a.O., S. 166 f.), die wiederum für die Bestimmung des relevanten Marktes massgebend ist (vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 259), seines Inhaltes entleert. Die von den Beschwerdeführern in den Vordergrund geschobene strittige Kommissionierungspraxis bildet erst Gegenstand bei der Beurteilung der Frage, ob diese, sofern sie marktbeherrschend sind, sich unzulässig verhalten haben (Art. 7 KG; zum möglichen engeren Markt beim Missbrauch so auch für die EU: vgl. MARKUS M. WIRTZ, in: Mäger [Hrsg.], Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011, N. 37 ad 6. Kapitel [S. 293]).

9.3.3.2 Angesichts dieses Befundes ist von einem Marktanteil von 63 % auszugehen, welcher von den Beschwerdeführern nicht bestritten wird. Im Gegensatz zur Praxis in der EU (vgl. hierzu etwa die Hinweise bei CANDREIA, a.a.O., S. 161 f.; CLERC, a.a.O., N. 111 ad Art. 4 Abs. 2 KG) folgert die schweizerische Praxis und Lehre aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung (vgl. CLERC, a.a.O., N. 108 ad Art. 4 Abs. 2 KG; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 270, 277 ad Art. 4 Abs. 2 KG; CANDREIA, a.a.O., S. 163; BORER, a.a.O., N. 20 ad Art. 4 KG; RUFFNER, a.a.O., S. 837).

Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung („kritische Schwelle“: vgl. BORER, a.a.O., N. 19 ad Art. 4 KG; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 277 zu Art. 4 Abs. 2 KG; CLERC, a.a.O., N. 116, siehe auch 108, 109, 110 ad Art. 4 Abs. 2 KG; HEIZMANN, a.a.O., S. 168, 171, 172). Insofern spricht bei einem Marktanteil von 63 % viel dafür, dass die Beschwerdeführer eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Diese „Vermutung“ wird durch die Erhebungen und Abklärungen der WEKO, welche die Vorinstanz bestätigt hat, nicht widerlegt, sondern vielmehr bekräftigt.

Was die Beschwerdeführer dagegen vorbringen, vermag daran nichts zu ändern: Es genügt nicht, lediglich geltend zu machen, dass die Ausführungen der Vorinstanz falsch, nicht ausreichend begründet oder nicht nachvollziehbar sind. Hier wäre vielmehr eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid unter Darstellung der eigenen Auffassung notwendig. Zudem wird - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - in der Beurteilung der Vorinstanz berücksichtigt, dass es neben den Beschwerdeführern auch grössere andere Eigenregieverlage gab. Die von den Beschwerdeführern angerufenen angeblichen Verschiebungen in den letzten Jahren sind für den hier fraglichen Zeitraum nur bedingt wesentlich und belegen keine massgebliche Fehleinschätzung durch die Vorinstanz. Das gilt insbesondere für die behauptete disziplinierende Wirkung durch potenziellen Wettbewerb. Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass die Verlage und die alternativen Werbeträger das Verhalten der Beschwerdeführer im Markt der Vermittlung und dem Verkauf von Anzeige- und Werberaum in Printmedien sowie ihr Verhalten gegenüber den Vermittlern effektiv hätten beeinflussen können. Schliesslich legen die Beschwerdeführer ihrer Argumentation auch einen falschen Massstab zugrunde, wenn sie ausführen, dass sie sich von anderen Marktteilnehmern nie unabhängig verhalten können; sie wären abhängig von diversen anderen Marktteilnehmern (z.B. [Print-]Verlage). Art. 4 Abs. 2 KG verlangt nicht, dass sie sich von anderen Marktteilnehmern vollständig unabhängig verhalten können, sondern vielmehr, dass sie sich von anderen Marktteilnehmern nur *in wesentlichen Umfang* unabhängig verhalten können. Dies trifft im vorliegenden Fall zu.

9.3.4 Insofern hat die Vorinstanz zu Recht auf eine marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 1 im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inse-
rate- und Werberaum in Printmedien erkannt.

10.

10.1

10.1.1 Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, „wenn sie durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen“. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4 S. 211; 129 II 497 E. 6.5.1 und 6.5.8 S. 538 bzw. 542; Botschaft KG I, BBI 1995 I 547; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 56), und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich (BGE 129 II 497 E. 6.5.1 und 6.5.8 S. 538 bzw. 542; CLERC, a.a.O., N. 1 zu Art. 7 KG; TAGMANN, a.a.O., S.

58; BORER, a.a.O., N. 1, 2 ad Art. 7 KG; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 56; CANDREIA, a.a.O., S. 186; KÜNZLER, a.a.O., S. 453; TSCHUDIN, a.a.O., S. 101, 140 f.; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, 1999, S. 58, 67, 122; für die EU siehe etwa WOLFGANG WEISS, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, N. 1 ad Art. 82 EGV; INGO BRINKER, in: Schwarze [Hrsg.], EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, N. 1 ad Art. 102 AEUV), besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (vgl. Botschaft KG I, BBI 1995 I 569; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5-8, in: Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, 1996, S. 21 ff., 53; TSCHUDIN, a.a.O., S. 79; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 38 ad Art. 7 KG; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 245). Marktbeherrschung - insofern trägt das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten (vgl. DIRKSEN, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, N. 75 ad Art. 82 EGV) - wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.1 S. 538; TSCHUDIN, a.a.O., S. 141; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 1, 2, 37 ad Art. 7 KG). Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten (TSCHUDIN, a.a.O., S. 136). Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens). Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden *einerseits* andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt allerdings auch andere Marktteilnehmer: vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 43 ad Art. 7 KG) *in der Aufnahme* (d.h. durch Errichtung von Marktzutritts-schranken: vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 45 i.f. ad Art. 7 KG) oder *Ausübung des Wettbewerbs behindert* (Behinderungsmisbrauch); unter den Begriff der Behinderung der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende *Behinderung*, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 45 ad Art. 7 KG). Bei der *Behinderung* sowohl der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs *spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert* (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 45 i.f. ad Art. 7 KG). Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (*Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch*), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (dazu etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 303 ff.; ZÄCH, Verhaltensweisen, a.a.O., S. 186 ff., 198 ff., 213 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 58 ff.;

RUFFNER, a.a.O., S. 838; KÜNZLER, a.a.O., S. 452 f.; STÖCKLI, a.a.O., S. 121 ff.); einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) dar (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 336; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 46 i.f. ad Art. 7 KG). Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung (vgl. etwa Botschaft KG I, BBl 1995 569; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 46 ad Art. 7 KG; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 48. Ergänzungslieferung, August 2012, N. 166 ad Art. 102 AEUV; DIRKSEN, a.a.O., N. 77 ad Art. 82 EGV). Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner: Botschaft KG I, BBl 1995 569) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. JUNG, a.a.O., N. 214 ad Art. 102 AEUV; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 43 ad Art. 7 KG). Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein (vgl. RUFFNER, a.a.O., S. 840; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 316; ZÄCH, Verhaltensweisen, a.a.O., S. 198; TSCHUDIN, a.a.O., S. 147; CANDREIA, a.a.O., S. 191; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., z.B. N. 53 ad Art. 7 KG); insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt (so auch AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 42 ad Art. 7 KG). Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird (vgl. CANDREIA, a.a.O., S. 191; so auch JUNG, a.a.O., N. 165 ad Art. 102 AEUV). Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen (ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 316; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 107 ff. ad Art. 7 KG).

10.1.2 Missbrauch umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.4.2 S. 538, 18 E. 5.2.1 S. 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 190, 247). Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (BGE 129 II 497 E. 6.5.1 S. 538; TSCHUDIN, a.a.O., S. 137; DUCREY, a.a.O., S. 333; CLERC, a.a.O., N. 109 zu Art. 7 KG; KIENER, a.a.O., S. 211). Insofern indizieren die Tatbestände von

Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruiert ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 569, 572; CLERC, a.a.O., N. 162 zu Art. 7 KG; REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 5 zu Art. 7 KG; BORER, a.a.O., N. 9 ad Art. 7 KG; RUFFNER, a.a.O., S. 838, 840; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 57 ff., 155 ad Art. 7 KG; ZÄCH, Verhaltensweisen, a.a.O., S. 206; TSCHUDIN, a.a.O., S. 144 ff.). Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 569; RUFFNER, a.a.O., S. 838; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 305; TSCHUDIN, a.a.O., S. 160 ff.). Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe (vgl. TSCHUDIN, a.a.O., S. 145, 157; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 305 f.; REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 7 ad Art. 7 KG). Daneben anerkennt die Lehre auch weitere Kriterien, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsstruktur, den Nichtleistungswettbewerb, die normzweckorientierte Interessenabwägung (vgl. statt aller ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 307 ff.). Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder nichtzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 i.i. S. 24, 497 E. 6.4.2 S. 538; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 304; YVO HANGARTNER, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 2002, S. 321 ff., 322 ff., 324 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 190, 247; so auch für die EU DIRKSEN, a.a.O., N. 75 ad Art. 82 EG) oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (dazu ROGER ZÄCH, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes. Konsequenzen für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung, in: Zäch/Weber/Heinemann [Hrsg.], Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, 2012, S. 45 ff., passim; KÜNZLER, a.a.O., passim).

10.2

10.2.1 Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt insbesondere als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht, mithin Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die bestimmte Dritte im Vergleich zu anderen ohne objektiven Grund benachteiligen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 572; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 155, 155 ff. ad Art. 7 KG; REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 7 ad Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., N. 162 ff. zu Art. 7 KG).

10.2.2 Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG bildet die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen eine potentiell missbräuchliche

Verhaltensweise von marktbeherrschenden Unternehmen. Diese Verhaltensweise ist dann missbräuchlich, wenn sie eine Ausbeutung bzw. Behinderung im Sinne von des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt und keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung vorliegen (ZÄCH, Verhaltensweisen, a.a.O., S. 206 i.V.m. S. 198; TSCHUDIN, a.a.O., S. 144; CLERC, a.a.O., N. 79 ff. ad Art. 7 KG; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 198, 221 ff. ad Art. 7 KG). Diskriminiert werden Handelspartner - vertraglich oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 205 ad Art. 7 KG). Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.

Diskriminierungen enthalten für den Handelspartner regelmässig ungünstige, aufgezwungene Bedingungen und führen hinsichtlich der Wettbewerbsstruktur zu Verfälschungen auf verschiedenen Ebenen: Dabei ergibt sich der Missbrauchscharakter diskriminierender Verhaltensweisen aus einem Ausbeutungsaspekt und aus Wettbewerbsbehinderungsaspekten. Diskriminierung bedeutet zunächst eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines beherrschenden Unternehmens, ohne dass ihnen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen wird (so vor allem AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 204 ad Art. 7 KG; differenzierend RUFFNER, a.a.O., S. 842; siehe auch SCHRÖTER, in: von der Groeben/Schwarze [Hrsg.], Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 6. Aufl. 2003, N. 221 ad Art. 82 EG; DIRKSEN, a.a.O., 145 ad Art. 82 EGV). Allerdings darf nicht vergessen werden, dass diskriminierende Bedingungen neben Benachteiligungen der einen stets eine *Begünstigung* der anderen Gruppe von Handelspartnern bewirken. Damit lässt sich deren Interesse für Angebote von Wettbewerbern des Marktbeherrschers gezielt ausschalten, was eine Behinderung des Wettbewerbs auf dessen *eigener Wirtschaftsstufe* darstellt (vgl. JUNG, a.a.O., N. 188 ad Art. 102 AEUV; grundsätzlich KOCH, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 4. Lfg. 1990, N. 53, 68, 69 ad Art. 86; so wohl auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 326 ff; siehe auch RUFFNER, a.a.O., S. 842 rechte Spalte; CLERC, a.a.O., N. 166 ad Art. 7 KG; so wohl auch DIRKSEN, a.a.O., N. 147 ad Art. 82 EGV). Behinderungsmissbrauch richtet sich auch gegen potentielle Konkurrenten (vgl. DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 246). Eine Diskriminierung von Handelspartnern kann zudem auch deshalb eine Behinderung eines potentiellen Konkurrenten darstellen. Insofern ist nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der „second level competition“ erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen.

10.2.3 In der Sache bedeutet Diskriminierung Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder auch Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte (vgl. DALLAFIORI, a.a.O., N. 109 ad Art. 7 KG; REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 15 ad Art. 7 KG; BORER, a.a.O., N. 16 ad Art. 7 KG; RUFFNER, a.a.O., S. 842; AM-

STUTZ/CARRON, a.a.O., N. 205 ff. ad Art. 7 KG). Diskriminierungsgegenstand sind Preis- oder Geschäftsbedingungen; dabei ist der Begriff „sonstige Geschäftsbedingungen“ weit zu verstehen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 572). Keine Diskriminierung bzw. keinen Missbrauch stellt die unterschiedliche Behandlung dar, wenn sie sich durch *sachliche Gründe*, wie etwa durch unterschiedliche Transport- oder Vertriebskosten rechtfertigen lässt (vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 326; DUCREY, a.a.O., S. 333).

10.3

10.3.1 Den Beschwerdeführern wird vorgeworfen, dass sie sich mit ihrer Kommissionierungspraxis gestützt auf die VSW-Kommissionierungsrichtlinien gegenüber Handelspartnern (d.h. Vermittlern) missbräuchlich verhalten hätten. Es geht somit - wie bereits oben dargelegt - um folgenden Sachverhalt: Ein Werbeauftraggeber, der in einer Pachtregie-Zeitung inserieren möchte, gibt seine Anzeige über einen unabhängigen Vermittler auf. Aufgrund des exklusiven Pachtvertrags kann dieser nicht direkt an den Verlag gelangen, sondern muss die Anzeige zwingend über die Pächterin (d.h. die Beschwerdeführerin 1) weiterleiten. Für diese Vermittlungsleistung wird dem unabhängigen Vermittler durch die Beschwerdeführerin 1 eine Kommission entrichtet, sofern dieser die Voraussetzungen der VSW-Richtlinien erfüllt. Gewisse Regeln dieser Richtlinien sollen missbräuchliche Verhaltensweisen sein bzw. sollen Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

10.3.2 Die WEKO hat als gesetzliche Grundlage ihres Entscheids einerseits Art. 7 Abs. 1 KG und andererseits Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG aufgeführt. Bei der Analyse wurde der Missbrauch jedoch vorwiegend als Behinderungstatbestand im Sinne der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG geprüft (so auch AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 165 i.f. ad Art. 7 KG). Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass der Sachverhalt eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.

10.4

10.4.1 Die Beschwerdeführer machen vorab geltend, dass das Kommissionierungssystem von seiner Ausgestaltung her mit einem selektiven Vertriebssystem vergleichbar wäre. Dies haben sie bereits vor der WEKO und der Vorinstanz geltend gemacht, weshalb sich letztere auch vertieft mit dem selektiven Vertrieb auseinandergesetzt hat. Ob diese Ausführungen nicht zutreffend bzw. ungenau sind und daraus die falschen Schlussfolgerungen gezogen wurden, kann offengelassen werden. Hier geht es nicht um mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG, sondern um die Frage, ob das in den VSW-Kommissionierungsrichtlinien ausgedrückte *Verhalten* der Beschwerdeführer, welche zuvor als marktbeherrschend qualifiziert worden sind, missbräuchlich ist: Die Richtlinien sind Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften; Mitglieder sind die Beschwerdeführer 2 bis 5. Die Richtlinien legen Rechte und Pflichten von Dritten (Berufsvermittlern) fest und engen damit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG das Wettbewerbsverhalten der Wettbewerbsteilnehmer gegenseitig *nicht* ein (vgl. dazu PATRICK L.

KRAUSKOPF/OLIVIER RIESEN, *Selektive Vertriebsverträge*, in: Zäch [Hrsg.], *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, 2006, S. 83 ff., 87). Abredepartner sind auch *nicht* die Berufsvermittler; angesichts des Konzernprivilegs stellen die Richtlinien auch keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG unter den Beschwerdeführern dar (vgl. DOSS, a.a.O., S. 101 f.; HEIZMANN, a.a.O., S. 92 ff.). Mit hin liegt keine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG (zwischen dem Verband und den Berufsvermittlern) vor und insofern fragt sich auch, worin denn die behauptete Vergleichbarkeit liegt. Im vorliegenden Fall ist lediglich die Frage zu beantworten, ob der noch verbliebene Wettbewerb durch *missbräuchliche Verhaltensweisen* der marktbeherrschenden Beschwerdeführer beeinträchtigt wurde (Art. 7 KG). Angesichts dieses Befundes erübrigen sich weitere Ausführungen zum selektiven Vertriebssystem (vgl. dazu etwa HANGARTNER, *Vertriebssysteme*, a.a.O., passim; ZÄCH, *Kartellrecht*, a.a.O., S. 29 f., 170 ff., 173 f., 197 ff.; DOSS, a.a.O., S. 103 ff., insbes. 111 ff., insbes. 112 ff.; KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., passim). Allerdings sind die Ausführungen der Beschwerdeführer in Bezug auf „*selektive vertriebsvertragsähnliche Verhaltensweisen* bei den einzelnen strittigen Normen der Kommissionierungsrichtlinie zu prüfen, soweit sie sich dazu überhaupt noch eignen. Dabei ist zu beachten, dass nicht die vermeintliche Abrede gerechtfertigt werden muss, sondern diejenige Verhaltensweise, die vom marktbeherrschenden Unternehmen gerade wegen seiner starken Stellung begangen worden ist.

10.4.2 Erster Streitpunkt bildet Ziff. 2.2 Abs. 1 der damaligen VSW-Kommissionierungsrichtlinien. Dabei geht es um die von den Beschwerdeführern auf Seiten der Vermittler verlangte Unabhängigkeit. Die erwähnte Bestimmung lautete wie folgt:

„Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition in eigenem Namen und auf eigene Rechnung von Inseraten, Werbebeilagen und Beiheften (Inserate) mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich und juristisch unabhängiger Verlage tätig sind.“

Kommissioniert werden durch diese Regelung nur Inseratevermittler, welche Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern vermitteln. Die pauschale Nichtkommissionierung von Vermittlern, die nicht für mehrere juristisch und wirtschaftlich unabhängige Inserenten tätig sind bzw. nicht in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermitteln, stellt eine Marktzutrittschranke auf dem vorgelagerten Vermittlungsmarkt dar und beeinträchtigt die Wettbewerbspotentiale der nicht kommissionierten Vermittler in erheblichem Mass. Angesichts fehlender Kommissionen sind sie auch gegenüber ihren direkten Konkurrenten in Bezug auf die Akquirierung von Werbeaufträgen benachteiligt. Entsprechend den Ausführungen der Beschwerdeführer, wonach „die Inseratekunden [...] von den Vermittlungsleistungen der Beschwerdeführer[...] überzeugt [seien] und wenig Bedarf darin [sähen], die Verkaufsanstrengungen noch eines weiteren Untervermittlers (Berufsvermittler) zu nutzen“, muss davon ausgegangen werden, dass Handelspartner zudem diskriminiert werden, um die eigenen Vermittlungsdienste gegenüber

missliebigen Konkurrenten zu begünstigen (siehe oben E. 10.2.2). Diesbezüglich handelt es sich sowohl um einen Behinderungs- als auch Ausbeutungsmissbrauchstatbestand. Insofern sind die von Ziff. 2.2 Abs. 1 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien betroffenen nicht kommissionierten Vermittler im Wettbewerb bzw. in ihrer wirtschaftlichen Freiheit (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.4.2 S. 538, 18 E. 5.2.1 S. 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 247 Rz 718, S. 251) spürbar behindert worden.

Das wettbewerbsbeeinträchtigende Verhalten der Beschwerdeführer ist dann missbräuchlich, wenn keine sachlichen Gründe dieses Verhalten rechtfertigen können. Die von den Beschwerdeführern bereits in den vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten sachlichen Gründe, welche sich allerdings auf das hier nicht vorliegende selektive Vertriebssystem bezogen, haben die Vorinstanzen ausführlich analysiert sowie sachgemäss und -gerecht beurteilt, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung nicht zu rechtfertigen vermögen. Diesbezüglich erübrigt sich eine Wiederholung dieser Ausführungen, und es kann auf den Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden. Die schliesslich vor Bundesgericht vorgebrachten Gründe vermögen nicht zu überzeugen: Die Beschwerdeführer gehen implizit davon aus, dass ihre dem selektiven Vertriebssystem angepasste Strategie, wonach eine professionelle Verkaufsorganisation zu fördern sei, ohne weiteres zulässig sei. Dies trifft indes nur dann zu, wenn selektive Vertriebssysteme - in der Ausdrucksweise der Bundesverfassung - keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen haben bzw. - in der Sprache des Kartellgesetzes - nicht missbräuchlich sind, sofern es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Vertikalabreden schränken den Wettbewerb ein und sind deshalb volkswirtschaftlich in der Regel nachteilig (vgl. HANGARTNER, *Vertriebssysteme*, a.a.O., S. 325; KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., passim; DOSS, a.a.O., S. 103 ff.; Ausnahme aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz [vgl. dazu Art. 6 KG und Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (zuletzt) vom 28. Juni 2010, in: BBI 2010 5078]). Ob in casu indes eine Schädigung bzw. ein Missbrauch vorliegt, ist unter Berücksichtigung sachlicher Gründe zu bestimmen. Detaillierte sachliche Gründe, warum die oben ausgewiesenen wettbewerbsnachteilige Beeinträchtigung nicht wettbewerbs-schädlich und damit missbräuchlich sind, führen die Beschwerdeführer vor Bundesgericht allerdings nicht an; eine pauschale Aussage genügt diesbezüglich nicht.

Den Ausführungen entsprechend ist Ziff. 2.2 Abs. 1 der damaligen VSW-Kommissionierungsrichtlinien gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im Sinne von eines Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauchstatbestands diskriminierend.

10.4.3 Zweitens beanstanden die Wettbewerbsbehörden und mit ihnen die Vorinstanz das Erfordernis der Universalvermittlung. Die entsprechende Ziff. 2.2. Abs. 2 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien hatte folgenden Wortlaut:

„Unternehmen, die nicht als Universalvermittler tätig sind, d.h. ihre Vermittlungstätigkeit auf einen oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, werden nicht kommissioniert. Andere Hauptzwecke sind zum Beispiel

die Personal-, Werbe-, Unternehmens- oder Finanzberatung, die Vermittlung von Immobilien oder anderen Kauf- oder Mietobjekten sowie Treuhandfunktionen.“

Nach dieser Vorschrift ist nur kommissionsberechtigt, wer zweierlei erfüllt: Einerseits muss der Vermittler Universalvermittler sein und andererseits die Vermittlungstätigkeit als Haupttätigkeit oder als Hauptzweck betreiben. Die Fokussierung auf Sparten sowie die Betreibung der Vermittlungstätigkeit als Nebentätigkeit oder als Nebenzweck sind nicht erlaubt. Kommissionsberechtigt ist somit kein Vermittler, der sich auf eine Marktnische konzentriert bzw. in diesem Markt noch nicht etabliert ist. Auch hier handelt es sich auf nachgelagerten Märkten wiederum um eine erhebliche Markteintrittsschranke und gegenüber den Universalvermittlern um Wettbewerbsbehinderungen. Zudem werden auch hier Handelspartner diskriminiert, um sich selbst als Universalvermittlern gegenüber allfälligen Konkurrenten zu begünstigen (siehe oben E. 10.2.2). Wie die empirischen Erhebungen gezeigt haben, hat diese Strategie funktioniert: Nicht-Universalvermittler konnten sich auf dem relevanten Markt nicht etablieren. Insofern sind auch die von Ziff. 2.2 Abs. 2 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien betroffenen nicht kommissionierten Vermittler im Wettbewerb bzw. in ihrer wirtschaftlichen Freiheit (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.4.2 S. 538, 18 E. 5.2.1 S. 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 247 Rz 718, S. 251) spürbar behindert worden.

Ebenso bedarf es hier sachlicher Gründe, um das wettbewerbsbeeinträchtigende Verhalten der Beschwerdeführer nicht als diskriminierend bzw. als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Rechtfertigend beziehen sich die Beschwerdeführer - wie bereits vor der Vorinstanz - wiederum auf ihr Geschäftsmodell des selektiven Vertriebs, welches die Universalvermittlung im Blick habe. Vor Bundesgericht ergeben sich aus den noch verbliebenen (vgl. oben E. 10.4.1) Argumenten der Beschwerdeführer - auch unter Berücksichtigung des fehlenden selektiven Vertriebssystems - keine neuen Aspekte, welche das wettbewerbsbeeinträchtigende Verhalten der Beschwerdeführer rechtfertigen würden, weshalb auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Verfügung der WEKO verwiesen werden kann, die die verschiedenen Argumente für bzw. gegen den Ausschluss von Spartenvermittlern und den Ausschluss der Vermittler in Nebentätigkeiten überzeugend analysiert sowie sachgemäss und -gerecht beurteilt haben.

Den Ausführungen entsprechend ist Ziff. 2.2 Abs. 2 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im Sinne von eines Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauchstatbestands diskriminierend.

10.4.4 Drittens steht das Kriterium des erforderlichen Geschäftsvolumens bzw. einer genügenden Umsatzenschwelle in Frage. Die entsprechende Ziff. 2.5 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien lautete wie folgt:

„Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total 1 Million Franken pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens Fr. 100'000.-- pro Jahr erzielen. In beiden Fällen muss mindestens

die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen.“

Kommissioniert werden Berufsvermittler nach Ziff. 2.5 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien somit nur dann, wenn sie zwei weitere Kriterien kumulativ erfüllen: zum einen muss mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen. Diese Vorschrift hängt eng mit der bereits oben behandelten Ziff. 2.2 Abs. 2 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien zusammen, gemäss welchen Spartenvermittler von einer Kommission ausgeschlossen sind; dasselbe Ziel soll nun auf einem anderen Weg erreicht werden. Insofern sind hier auch die gleichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen wie dort gegeben (siehe E. 10.4.3). Zum anderen wird ein Anzeigenumsatz von 1 Mio. Franken oder ein Nettoumsatz von mindestens Fr. 100'000.-- bei den Beschwerdeführern verlangt. Dieses quantitative Kriterium stellt vor allem in Bezug zum Gesamtvolumen des Schweizer Marktes und zum Marktanteil von 5 % aller unabhängiger Vermittler eine erhebliche Marktzutrittschranke auf dem vorgelagerten Vermittlungsmarkt dar und beeinträchtigt die Wettbewerbspotentiale der nicht kommissionierten Vermittler in erheblichem Mass. Für das Kriterium eines Nettoumsatzes von mindestens Fr. 100'000.-- haben die Beschwerdeführer und die Wettbewerbsbehörden in der einvernehmlichen Regelung eine Karenzfrist von zwei Jahren für neu eintretende Vermittler vereinbart. Insofern wird den Beschwerdeführern diesbezüglich auch kein Kartellrechtsverstoss vorgeworfen.

Als rechtfertigende sachliche Gründe, um ihr wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten nicht als diskriminierend bzw. als missbräuchlich erscheinen zu lassen, nennen die Beschwerdeführer - wie bereits vor der Vorinstanz - wiederum ihr Geschäftsmodell des selektiven Vertriebs. Nähere Begründungen vor Bundesgericht fehlen. Es kann deshalb auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Verfügung der WEKO verwiesen werden, die die verschiedenen Argumente überzeugend analysiert sowie sachgemäss und -gerecht beurteilt haben.

Den Ausführungen entsprechend ist Ziff. 2.5 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG im Sinne von eines Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauchstatbestands diskriminierend.

10.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführer - als marktbeherrschende Unternehmen - sich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG unzulässig verhalten haben, indem sie durch die Ziff. 2.2 Abs. 1 und 2 sowie Ziff. 2.5 der VSW-Kommissionierungsrichtlinien andere Unternehmen sowohl in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert als auch die Marktgegenseite benachteiligt haben. Art. 7 KG ist erfüllt, und die Vorinstanz hat das Verhalten der Beschwerdeführer bundesrechtskonform beurteilt.

11.

Die Beschwerdeführer machen sodann geltend, der Kartellrechtsverstoss werde durch die lange Verfahrensdauer beseitigt oder gemildert. Dies trifft nicht zu:

11.1 Massgeblich sind zunächst ohnehin nicht die im Rahmen von Marktbeobachtungen vom WEKO Sekretariat in den Jahren 1997 und 1998 vorgetragene Zweifel an der Rechtmässigkeit des Verhaltens der Beschwerdeführer. Selbst der Zeitpunkt des Beginns der Vorabklärungen am 19. Dezember 2001, allenfalls der Eröffnung der eigentlichen Untersuchung am 6. November 2002, spielt hier keine wesentliche Rolle, wird durch den angefochtenen Entscheid doch nur das Marktverhalten der Beschwerdeführer von April 2004 bis November 2005 sanktioniert. Art. 49a KG trat zudem erst am 1. April 2004 in Kraft, so dass das eigentliche Sanktionsverfahren nicht vor diesem Zeitpunkt laufen konnte. Die früheren Verfahrensstadien waren mithin rein verwaltungsrechtlicher Natur und bezweckten nicht eine Sanktionierung.

11.2 Zu berücksichtigen sind überdies einige weitere Umstände: So geht es um komplexe ökonomische Zusammenhänge, deren Erhebung und Beurteilung von vornherein einige Zeit benötigte. Sodann war die übergangsrechtliche Rechtslage bis zur entsprechenden Klärung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung unklar. Schliesslich wurde die Verfügung der WEKO durch die Ausarbeitung der von den Beschwerdeführern erst relativ spät beantragten einvernehmlichen Regelung verzögert. Die Verfahrensdauer bis zur Verfügung der WEKO am 5. März 2007 ist daher nachvollziehbar und nicht unverhältnismässig.

11.3 Freilich benötigte in der Folge das Bundesverwaltungsgericht bis zur Fällung des angefochtenen Urteils rund drei Jahre. Das Verfahren vor der Vorinstanz dauerte somit relativ lange. Auch insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass es sich um einen *Pilotfall* handelte, der eine Vielzahl neuer Fragen stellte, und dass die Vorinstanz zunächst ihre Funktion als Gericht nach Art. 6 EMRK in einem Verfahren mit Strafcharakter definieren musste, um den entsprechenden Anforderungen gerecht zu werden.

11.4 Unter Würdigung aller Umstände erweist sich die Verfahrensdauer demnach nicht als übermässig.

12.

12.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das u.a. sich nach Art. 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

12.2

12.2.1 Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdeführer Unternehmen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) sind, diese - als marktbeherrschend - sich nach Art. 7 unzulässig verhalten haben und Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das notwendige (vgl. h.L.: BORER, a.a.O., N. 11 ad Art. 49a KG; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevi-

sion 2003, 2004, S. 251 ff., 274 ff.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 2004, S. 553 ff., 564 f.; REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 5 ad Art. 49a KG; TAGMANN, a.a.O., S. 72; DOSS, a.a.O., S. 152, 157; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 10 ad Art. 49a KG; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., N. 105 ad Vor Art. 49a-53 KG; a.A. vor allem Botschaft KG II, BBl 2001 2034) Verschulden gegeben ist.

12.2.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ist der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin 1 auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne von eines Organisationsverschuldens (vgl. etwa WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 209; BORER, a.a.O., N. 11 ad Art. 49a KG; DOSS, a.a.O., S. 152; HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277 f.). Spätestens seit der formellen Eröffnung des Untersuchungsverfahrens am 6. November 2002 musste der Beschwerdeführerin 1 bzw. ihren Organen bewusst sein, dass die Wettbewerbsbehörden die ihr anrechenbare Kommissionierungspraxis der Beschwerdeführer als kartellrechtlich heikel einschätzten. Mit dem Inkrafttreten von Art. 49a KG am 1. April 2004 musste sie sodann mit einer möglichen Sanktionierung rechnen. Sowohl vom rechtlichen Gehalt als auch von der Sanktionsfolge her war die Bestimmung, wie dargelegt, genügend bestimmt und deshalb vorhersehbar. Damit sind die subjektiven Voraussetzungen einer Sanktionierung ebenfalls erfüllt.

12.3

12.3.1 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2 S. 217). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien konkret bestimmt (vgl. DOSS, a.a.O., S. 158; TAGMANN, a.a.O., S. 218).

12.3.2 Für die Sanktionsbemessung ist vom Basisbetrag auszugehen (Art. 3 SVKG). Dieser bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Der Basisbetrag hängt dabei von der Dauer des Wettbewerbsverstosses ab: Dauert der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauert der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Betrag pro zusätzliches Jahr um bis zu je 10 Prozent erhöht (Art. 4 SVKG). Erschwerende bzw. mildernde Umstände erhöhen bzw. vermindern den Basisbetrag (Art. 5 und 6 SVKG). Die Sanktion ist begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent

des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zumutbar ist dabei eine Sanktion grundsätzlich (Ausnahme: Existenz des Unternehmens war nur aufgrund wettbewerbsmissbräuchlichen Verhaltens möglich) nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (vgl. DOSS, a.a.O., S. 158 f.; BORER, a.a.O., N. 15 ad Art. 49a KG). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: sic! 2003, S. 3 ff., 11). Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (dazu DOSS, a.a.O., S. 159; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 f.).

Was die konkrete Sanktionsbemessung betrifft, so ist zunächst der Basisbetrag anhand des relevanten Marktes (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU), des Umsatzes (Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 VKU) und der Art und Schwere des Verstosses zu bestimmen; anschliessend ist aufgrund der Dauer der Widerhandlung der Basisbetrag zu erhöhen; schliesslich sind mildernde oder erschwerende Umstände mit einzubeziehen (dazu DOSS, a.a.O., S. 161 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 218 ff.; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 462 ff.).

12.3.3 Der angefochtene Entscheid stellt die massgeblichen Kriterien korrekt dar und führt auch detailliert aus, wie diese Kriterien im vorliegenden Fall anzuwenden sind. Die Vorinstanz geht von einem als solchen unbestrittenen Maximalbetrag von Fr. 67'881'100.-- (10 % von Fr. 678'811'000.--) und von einem massgeblichen Gewinn von 0,4 Millionen Franken aus. Das kooperative Verhalten der Beschwerdeführer wird sanktionsmildernd berücksichtigt. Erschwerende Umstände werden verneint. Unter Berücksichtigung von Schwere und Gefährdungspotenzial des Verhaltens der Beschwerdeführer sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips erachtet die Vorinstanz mit der WEKO eine Belastung von 2,5 Millionen Franken als angemessen. Diesbezüglich sind die von den Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen, wonach keine konkrete Berechnung der Sanktion erfolgt, diese nicht nachvollziehbar und willkürlich sei, nicht stichhaltig.

12.3.4 Was die Beschwerdeführer weiter dagegen vorbringen, vermag daran ebenfalls nichts zu ändern:

Die Beschwerdeführer führen auf, dass die WEKO von einer Bemessungsdauer von 22 Monaten ausgegangen sei, während die Vorinstanz dagegen im Einklang mit ihnen eine Dauer von 20 Monaten berechnet hätten. Insofern sei eine Reduktion der Busse zwingend. Dauert der Wettbewerbsverstoss ein Jahr, ist vom Basisbetrag nach Art. 3 SVKG auszugehen. Bei Verstössen bis fünf Jahren ist der Basisbetrag nach Art. 4 SVKG um bis zu 50 Prozent zu erhöhen. Dauert der Verstoss mehr als

fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht. Unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus (vgl. BGE 136 I 1 E. 4.3.2 S. 9; 138 II 111 E. 5.3.4 S. 127; BIAGGINI, a.a.O., N. 11 ad Art. 8 BV) und des Verhältnismässigkeitsprinzips erscheint es nicht bundesrechtswidrig, den Basisbetrag um jeweils 10 Prozent pro angefangenes (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 238 ff.) Jahr auch für die Dauer von einem bis fünf Jahren stufenweise zu erhöhen (vgl. DOSS, a.a.O., S. 166). Das zweite Jahr umfasst die Monate 13 bis 24; sowohl 22 als auch 20 Monate sind innerhalb des zweiten Jahres. Insofern bleibt die Stufe dieselbe, und die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt.

Wie bereits dargelegt (oben E. 12.2.2), war die Sanktionierung für die Beschwerdeführer voraussehbar. Inwiefern die Busse unverhältnismässig oder das Gleichheitsgebot verletzt worden sei, ist nicht ersichtlich. Dass das Verhalten der Beschwerdeführer und nicht die Umsetzung der neuen Kommissionierungsrichtlinien wettbewerbschädigendes Verhalten darstellte, ist bereits oben dargelegt worden; darauf ist deshalb hier nicht noch einmal einzugehen. Ob sich der ursprünglich als missbräuchlich angezeigte Sachverhalt bezüglich der Ad. X im Verlauf des Verfahrens praktisch vollständig in Luft aufgelöst hat, ist unbeachtlich, stellt die Verfolgung und Sanktionierung wettbewerbswidrigen Verhaltens doch ein selbständig zu verfolgendes öffentliches Interesse dar.

13.

Schliesslich rügen die Beschwerdeführer, dass das Bundesverwaltungsgericht die Kostenverlegung der WEKO von Amtes wegen berichtigte. Die WEKO hatte ihre Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 148'754.-- den sechs verfahrensbeteiligten juristischen Personen unter Solidarhaft auferlegt. Das Bundesverwaltungsgericht korrigierte dies dahingehend, dass sie sie im unveränderten Betrag der Beschwerdeführerin 1 allein auferlegte, da auch diese allein kartellrechtlich sanktioniert werde. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer nicht näher begründen, worin denn überhaupt die Schlechterstellung liege, sehen sie darin zu Unrecht eine reformatio in peius zu Lasten der Beschwerdeführerin 1. Als Solidarschuldnerin hätte sie so oder so für den vollen Betrag der Verfahrenskosten gehaftet. Auszugehen ist von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen den sechs Beschwerdeführern (vgl. KIENER, a.a.O., S. 177; DOSS, a.a.O., S. 101 ff.) und einer auch von ihnen selbst postulierten wechselseitigen rechtlichen Durchdringung (vgl. oben E. 3.5), weshalb sich die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin 1 durch die von der Vorinstanz vorgenommene Neuverlegung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten nicht ändert.

14.

Die WEKO hat in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 5. März 2007 festgestellt, dass die Beschwerdeführerin 1 mittels den restlichen Beschwerdeführern „im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat“. Das Bundesgericht hat in BGE 137 II 199 (E. 6 S. 217 ff.; siehe BGE 135 II 60 E. 3.1 i.f., 3.2.2 S. 69 bzw. 70) festgehalten,

dass es sowohl gestützt auf das Kartellgesetz als auch des VwVG (SR 172.021) grundsätzlich nicht zulässig sei, einen selbständigen Feststellungsentscheid zu fällen, handle es sich bei der Marktbeherrschung doch um ein Tatbestandselement, welches nicht ins Dispositiv gehört, sondern Bestandteil der Begründung des Leistungs- oder Gestaltungsentscheids bildet. Nicht anders verhält es sich hier. Das Dispositiv ist deshalb von Amtes wegen wie folgt zu berichtigen: Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids, der bereits Ziff. 7 der Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 aufhebt und neu formuliert, muss zudem auch Ziffer 1 der Verfügung der WEKO aufheben (ohne Neuformulierung).

15.

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 wird bestätigt unter Vorbehalt von Ziff. 2 des Dispositivs, das von Amtes wegen wie folgt berichtigt wird:

Dispositiv-Ziff. 1 und 7 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben (...)

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Wettbewerbskommission und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise -
 - Abrede 2 ff., 69, 86, 94, 99 f., 118, 132 f.
 - Acquiring 5, 21, 38, 54
 - Anhörung 4, 8
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 5, 90
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 5
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe -
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung 122
 - einvernehmliche Regelung 3, 6, 8, 12, 115, 117, 122 f.
 - Erheblichkeit 6
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte 114
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee 54
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 72, 81, 87, 94, 125
 - Koppelungsgeschäft -
 - Kostenraster -
- Krankenversicherer -
 - Kreditkarten -
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 125, 131
- M**
- Marktaufteilung -
 - marktbeherrschende Stellung 7 f., 72, 75 f., 77, 82, 84, 87, 91 f., 95 f., 100 ff., 113, 115 f., 124, 129 f., 136
 - Marktgegenseite 72 f., 75, 90, 97 f., 110 f., 124 ff., 134
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 72, 87, 129
 - Marktzutrittsschranken 130
 - Meldepflicht 81, 83, 86 f., 94 ff., 101, 103, 106, 108
 - Missbrauch 6 ff., 65, 72, 75, 78, 95, 114 ff., 119, 123 ff., 129 ff.
- N**
- Netzwerk 7 f., 73, 96 ff.
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb -
 - Preisabrede -
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 65, 76 ff.
- R**
- Rabatte 96, 125
 - Reduktion der Sanktion 136
- S**
- Sanktionen 6, 12, 117 f., 120, 125, 136
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission -
 - Submissionskartell -
- T**
- Tarife 2 f., 5, 76
 - Tarifvertrag -
 - Tierärzte/innen -
 - Transparenzmassnahmen -
- U**

Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Untersuchung 1 ff., 69, 95, 97, 114 f., 120 ff., 129, 135	
unzulässige Wettbewerbsabrede 132	W
V	Wettbewerb um den Markt -
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	X
Veröffentlichung -	Y
Verschulden 116, 135	Z
Vierparteiensysteme -	Zahlungsmittel -
vorbehaltene Vorschriften 69, 71, 86, 94, 108	zweiseitige Märkte -
