



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

2015/1

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 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.15/1)

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 120.- étranger (franco de port)

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 120.- estero (porto franco)

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

2015/1

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 2015

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	
B 8	Bundesstrafgericht	
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	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
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	
B 8	Tribunale penale federale	
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	

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2014 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2014 de la Commission de la concurrence (COMCO)	20
	3. Rapporto annuale 2014 della Commissione della concorrenza (COMCO)	39
	4. Annual Report 2014 of the Competition Commission	57
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. Wartung von FalconStor Software	76
4.	Beratungen Recommandations Consulenze	
	1. Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen	81
	2. Beratungsanfrage zur Meldepflicht des Verkaufs von Orange Communications SA	84
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Emmi/Molkerei Biedermann/Gläserne Meierei	86
	2. Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.	88
	3. Airbus/Safran/JV	90
	4. Mutuel/Supra	93
	5. Chiquita Brands International INC./Cutrale/Safra	95
	6. Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG	99
	7. Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA	105
	8. Swisscom AG/Sixt SE	125
	9. Anglo American/BHP Billiton/Samancor	129
C	Zivilrechtliche Praxis Pratiques des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 2	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Januar 2015 – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)	131
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	139
	Index (deutsch, français e italiano)	141

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2014 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	3	3.4.4 Landwirtschaft	14
2	Wichtigste Entscheide 2014	4	3.5 Binnenmarkt	15
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	6	3.6 Ermittlungen	17
3.1	Bau	6	3.7 Internationales	17
3.1.1	Submissionsabreden	6	3.8 Keine Revision des Kartellgesetzes	18
3.1.2	Weitere Verfahren	7	4 Organisation und Statistik	19
3.2	Dienstleistungen	7	4.1 WEKO und Sekretariat	19
3.2.1	Finanzdienstleistungen	7	4.2 Statistik	19
3.2.3	Gesundheitswesen	9	5 Die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden	22
3.3	Infrastruktur	10	5.1 Was ist Advocacy?	22
3.3.1	Telekommunikation	10	5.2 Mittel und Instrumente für die Advocacy	23
3.3.2	Medien	10	5.3 Advocacy-Tätigkeit in der Praxis	24
3.3.3	Energie	12	5.3.1 Beispiel Submissionswesen	25
3.3.4	Weitere Bereiche	12	5.3.2 Beispiel Landwirtschaft	27
3.4	Produktmärkte	12	5.3.3 Beispiel Infrastrukturmärkte	28
3.4.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	12	5.3.4 Beispiel Gesundheitswesen	28
3.4.2	Uhrenindustrie	13	5.4 Schlussfolgerung	29
3.4.3	Automobilsektor	14		

1 Vorwort des Präsidenten

Neben ihrer Hauptaufgabe, in Einzelfällen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen aufzudecken und zu untersagen, sind die Wettbewerbsbehörden ganz allgemein als „Anwälte für den Wettbewerb“ tätig. Diese sog. Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden wird in der Öffentlichkeit weit weniger wahrgenommen als es bei den konkreten Entscheiden der Fall ist. Deshalb geht der vorliegende Jahresbericht in seinem Schwerpunktthema auf die Advocacy-Rolle der Wettbewerbsbehörden ein.

Die den Wettbewerbsbehörden gestützt auf das Kartellgesetz zur Verfügung stehenden Instrumente zur Advocacy (Vernehmlassungen, Ämterkonsultationen, Gutachten, Öffentlichkeitsarbeit sowie Marktbeobachtungen und Beratungen des Sekretariats) sind weitgehend informeller Natur. Sie erlauben es der WEKO und dem Sekretariat, über Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären, auf unnötige staatliche Wettbewerbsbeschränkungen hinzuweisen, offene wettbewerbsrechtliche Fragen gutachterlich zu beantworten und allgemein über ihre Tätigkeit und die wichtige volkswirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs zu informieren. Die gleiche Funktion kommt den Wettbewerbsbehörden im Bereich kantonalen Marktzutrittschranken zu mit den Instrumenten des Binnenmarktgesetzes (BGBM) (Empfehlungen, Untersuchungen, Gutachten und Erläuterungen). In der Praxis hat sich die Advocacy-Tätigkeit zu einem wichtigen Instrument entwickelt, das konkrete Resultate im Hinblick auf die Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen ex ante hervorbringt.

Das wirksamste Instrument der Advocacy ist und bleibt die zeitgerechte öffentliche Bekanntgabe von Entscheiden der WEKO und deren vollständige Veröffentlichung. Die Sanktionierung eines Submissionskartells oder eines Unternehmens, das Parallelimporte in die Schweiz verhindert hat, und die Verbreitung der betreffenden Entscheide unter Nennung der fehlbaren Unternehmen und der ihnen auferlegten Geldbussen in den Massenmedien hat eine hohe abschreckende und aufklärende Wirkung bei den Unternehmen sowie den Konsumentinnen und Konsumenten. Es ist für die Adressaten verständlicher und für die Wettbewerbsbehörden einfacher, über den Sinn und Zweck einer Intervention der WEKO sowie über die Folgen der Störung des Wettbewerbs anhand von konkreten Fällen und Entscheiden zu informieren.

Klare und verständliche Entscheide und neue Verfahren der Wettbewerbsbehörden hat es auch im letzten Jahr gegeben. Die Sanktionierung der Schweizerischen Depeschagentur SDA wegen Verdrängung eines Konkurrenten oder die Eröffnung von neuen Untersuchungen zu Manipulationen im Devisenhandel und im Bereich Auto-Leasing sind nur einige Beispiele.

Die Revision des Kartellgesetzes ist im September 2014 im Parlament gescheitert. Die Revisionsvorlage enthielt zwar auch Bereiche wie das Teilkartellverbot oder die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, welche die Rechtssicherheit erhöht und die Arbeit der Wettbewerbsbehörden erleichtert hätten. Das Scheitern war aber aus Sicht der WEKO insofern keine „Hiobsbot-

schaft“, als das geltende Kartellgesetz die nötigen Instrumente zur Aufdeckung und Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen enthält und die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich gut funktionieren. Dies ist in der Evaluation des Kartellgesetzes von 2009 so festgestellt worden und an diesem Befund hat sich nichts Grundlegendes geändert. Die Wettbewerbsbehörden werden also auch weiterhin ihren gesetzlichen Auftrag mit Entscheiden und gezielter Advocacy erfüllen.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2014

Mit Verfügung vom 30. Juni 2014 hat die WEKO die Untersuchung gegen die **Jura Elektroapparate AG** (Jura) abgeschlossen. Zwischen der Firma Jura und ihren Vertriebspartnern bestand eine Abrede über den Verzicht auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen. Entsprechend dem Leitentscheid der WEKO in Sachen Online-Handel vom 11. Juli 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG) hat sich Jura im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung dazu verpflichtet, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten.

Die WEKO hat mit Entscheid vom 14. Juli 2014 eine zwischen ihrem Sekretariat und der **Schweizerischen Depeschagentur AG** (SDA) getroffene einvernehmliche Regelung genehmigt und die SDA mit einer Sanktion von CHF 1,88 Millionen belegt. Die SDA verpflichtete sich in der einvernehmlichen Regelung, mit ihren Kunden keine Exklusivbezugsvereinbarungen mehr abzuschliessen. Darüber hinaus wird die SDA ein transparentes Rabattsystem anwenden sowie den verschiedenen Medien diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Diensten gewähren. Damit soll sichergestellt werden, dass die SDA alle Medien in der Schweiz gleich behandelt und so den Wettbewerb auf den nachgelagerten Medien- und Werbemärkten nicht verfälscht. Die Untersuchung hatte ergeben, dass die SDA im Zeitraum von Ende 2008 bis Anfang 2010 mit ausgewählten Medienunternehmen aus der Deutschschweiz Abonnementsverträge mit Exklusivitätsrabatten abgeschlossen hatte. Diese Rabatte waren an die Bedingung geknüpft, dass die entsprechenden Medien den News-Basisdienst ausschliesslich von der SDA bezogen und nicht gleichzeitig den entsprechenden Dienst von AP Schweiz abonnierten. Durch die Gewährung von Exklusivitätsrabatten hatte die SDA ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und ihre damalige Konkurrentin AP Schweiz in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert.

Die WEKO hatte im Frühjahr 2009 aufgrund von Beschwerden eine Untersuchung gegen **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA) eröffnet. Die Vorwürfe gingen dahin, dass ETA mit den Preiserhöhungen und den Bezugskonditionenänderungen konzernexterne Kunden gegenüber Swatch-Group-Gesellschaften benachteilige. Die Untersuchung war vom Juni 2011 bis November 2013 während der Dauer der Untersuchung betreffend der stufenweisen Lieferreduktion von mechanischen Uhrwerken sistiert. Die WEKO stellte mit Entscheid vom 14. Juli 2014 die Untersuchung gegen ETA ein, da keine genügenden Hinweise vorlagen, dass das Verhalten von ETA in diskriminierender Weise erfolgte oder von sachfremden Motiven geleitet war. Dies im Wesentlichen, weil sowohl die Preiserhöhungen als auch die Änderungen der Bezugskonditionen für sämtliche Kunden gleichermassen zur Anwendung kamen. Hinzu kommt, dass die WEKO mit Entscheid vom 21. Oktober 2013 die stufenweise Lieferreduktion von mechanischen Uhrwerken mittels einvernehmlicher Regelung genehmigt hatte. Diese enthält unter anderem auch Bestimmungen zu Preis- und Bezugskonditionen bis zum Ende der Lieferverpflichtung von ETA am 31. Dezember 2019.

Mit Verfügung vom 8. August 2014 hat die WEKO bzw. einer der Vizepräsidenten die einvernehmliche Regelung zwischen ihrem Sekretariat und der **AMAG Automobil- und Motoren AG** genehmigt und das Verfahren ihr gegenüber abgeschlossen. Die im Mai 2013 eröffnete Untersuchung wegen möglicher Wettbewerbsabreden richtete sich gegen verschiedene Schweizer Konzessionäre von Konzernmarken der Volkswagen-Gruppe, nämlich VW, Audi, Škoda und Seat; dazu gehörte auch die AMAG. Gegenstand dieser Untersuchung bildete der Vorwurf der Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen im Einzelhandelsverkauf bei Neuwagen der fraglichen Marken. In der einvernehmlichen Regelung verpflichtete sich die AMAG, Vereinbarungen über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen nicht anzuwenden und keine preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten auszutauschen. Da die AMAG gegen sich selber Anzeige erstattet hatte, entfiel die Verhängung einer Sanktion. Die anderen Parteien in diesem Verfahren haben gegen diesen Entscheid Beschwerde erhoben.

Das **Bundesverwaltungsgericht** (BVGer) hat mit Urteil vom 23. September 2014 die Verfügungen und Sanktionen der WEKO vom 18. Oktober 2010 gegen SFS unimarket AG, Siegenia-Aubi AG und Paul Koch AG aufgehoben. Die Unternehmen hatten sich bei einem Treffen vom 22. September 2006 über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen für Fensterbeschläge geeinigt, was von der WEKO als unzulässige Preisabrede qualifiziert worden war. Das Gericht kommt im Wesentlichen zum Schluss, dass die Frage nicht beantwortet sei, ob die durch die Abstimmung bei besagtem Treffen bewirkte Wettbewerbsbeschränkung „einzig kausal“ für eine horizontale Preisabrede der Unternehmen war oder auf die Preisvorgaben der EU-Hersteller oder auf beide Sachverhalte zurückzuführen sei. Folglich sei der Nachweis nicht erbracht, dass den Unternehmen eine unzulässige Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zur Last gelegt werden könnte. Auf Antrag der WEKO hat das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit gegen zwei der drei Urteile eingereicht.

Die Untersuchung **Türprodukte** wurde mit Entscheid vom 17. November 2014 abgeschlossen. Die WEKO sprach gegenüber fünf schweizerischen Händlern von Türbeschlägen (Türschlösser, -drücker, -scharniere) Sanktionen in Höhe von CHF 185'000 aus, während sie einer Händlerin die Sanktion vollständig erliess, da sich diese als erstes Unternehmen selber bei den Wettbewerbsbehörden angezeigt hatte. Gegenüber der Herstellerin stellte die WEKO die Untersuchung ohne Folgen ein, da dieser kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden konnte. In der Sache trafen sich fünf Händler von Türbeschlägen im Zeitraum 2002 bis 2007 jährlich, um die Einhaltung von Mindestmargen beim Verkauf von Grossmengen von Türbeschlägen zu vereinbaren. Ein weiteres Unternehmen hatte 2007 am jährlichen Kartelltreffen teilgenommen. Eine solche Preisabrede stellt ein hartes horizontales Kartell dar.

Die WEKO hat ihre Untersuchung zum Kreditkartenmarkt am 1. Dezember 2014 mit einer einvernehmlichen

Regelung abgeschlossen. Diese sieht eine Senkung der durchschnittlichen **Interchange Fee für die Kreditkarten** von MasterCard und Visa von 0,95 % auf 0,44 % vor. Sämtliche in die Untersuchung einbezogenen Parteien haben die einvernehmliche Regelung unterzeichnet. Dies sind einerseits die Unternehmen, welche Kreditkarten herausgeben (sogenannte Issuer), und andererseits die Unternehmen, welche die Händler für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen (sogenannte Acquirer). Die Gebührensenkung betrifft die im Inland geltende Interchange Fee. Dies ist die Gebühr, welche bei einer Zahlung mit einer Schweizer Kreditkarte bei einem Schweizer Händler durch den Acquirer an den Issuer zu entrichten ist. Die WEKO ist wie bereits im Jahr 2005 zum Ergebnis gelangt, dass diese Interchange Fees eine Wettbewerbsabrede darstellen, da sie von den Unternehmen gemeinsam festgelegt und angewendet werden. Die WEKO geht aber davon aus, dass diese Wettbewerbsabrede dann gerechtfertigt werden kann, wenn die Gebühren so tief sind, dass es für den Händler keine Rolle mehr spielt, ob die Bezahlung in bar oder mit Kreditkarte erfolgt. Die Gebührensenkung wird in zwei Schritten erfolgen: eine erste per 1. August 2015 auf 0,7 %, die zweite per 1. August 2017 auf 0,44 %. Verglichen mit dem Stand Ende 2014 dürfte der Handel damit um rund CHF 50–60 Millionen pro Jahr entlastet werden. Nicht Gegenstand des Verfahrens und der einvernehmlichen Regelung waren die Debitkarten, namentlich nicht das Maestro-System, welches ohne Interchange Fee funktioniert.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Im August 2014 schloss das Sekretariat die 2013 eröffnete Vorabklärung betreffend Meldesysteme von kantonalen Baumeisterverbänden ab. Das Sekretariat verschaffte sich einen Überblick darüber, ob und welche Baumeisterverbände solche Meldesysteme benutzen. Es analysierte deren Wirkung und kam zum Schluss, dass sie das Eingehen von Submissionsabreden durch Bauunternehmen begünstigen und den Wettbewerb beeinträchtigen können. In der Folge regte das Sekretariat bei den Baumeisterverbänden u.a. an, dass für die teilnehmenden Unternehmen aus dem Meldesystem vor der Eingabefrist für Offerten nicht mehr hervorgehen darf, welche anderen Unternehmen ebenfalls eine Offerte einreichen. Die kantonalen Baumeisterverbände passierten infolge der Anregungen ihre Meldesysteme an oder stellten deren Betrieb ein.

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung Bau Unterengadin gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Strassen- und Tiefbau, Belagsarbeiten und Hochbau sowie den dazu vorgelagerten Märkten und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen hatten, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Aufgrund der Ermittlungsergebnisse wurde die Untersuchung am 22. April 2013 gegen weitere Unternehmen eröffnet und auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt.

Dabei wurden erneut Hausdurchsuchungen durchgeführt.

Am 5. Februar 2013 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung Tunnelreinigung gegen drei überregional tätige Unternehmen und führte Hausdurchsuchungen durch. Das Sekretariat prüfte, ob die Unternehmen kartellrechtswidrige Preisabreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen respektive Kunden zu koordinieren. Dazu wertete das Sekretariat die sichergestellten Dokumente sowie Offerten aus und nahm eine Marktbefragung der für die Vergabe von Tunnelreinigungen zuständigen Stellen vor. Das Sekretariat hat den Antrag an die WEKO i.S.v. Art. 30 Abs. 2 KG im November 2014 den Parteien zur Stellungnahme zukommen lassen.

Das Sekretariat eröffnete am 15. April 2013 die Untersuchung Bauleistungen See-Gaster gegen sechs Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung auf zwei weitere Unternehmen in der Zielregion aus und führte wiederum Hausdurchsuchungen durch. Die Auswertung der sichergestellten Daten ist abgeschlossen. Den Parteien wurde im Dezember 2014 Einsicht in die Verfahrensakten gewährt.

Wie im Teil zur Advocacy festgehalten (siehe 5. hinten), bildet die Sensibilisierung von Beschaffungsstellen ein wichtiges Instrument gegen Submissionsabreden. 2014 wurden in den Kantonen Basel Stadt und Basel Land, Bern, Glarus, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, Thurgau und Zürich Sensibilisierungskampagnen durchgeführt. Zudem führte das Sekretariat in diesem Zusammenhang verschiedene Treffen durch, hielt diverse Vorträge und nahm an Podiumsdiskussionen teil, so vor Unternehmen, Anwälten und Anwältinnen sowie vor Regierungsstellen.

3.1.2 Weitere Verfahren

In der am 22. November 2011 eröffneten Untersuchung Sanitär-grosshandel hat das Sekretariat hat Antrag und die Stellungnahmen der Parteien im November 2014 an die WEKO übermittelt.

Die WEKO bürstete mit Entscheid vom 17. November 2014 die Mitglieder eines Händlerkartells im Bereich Türprodukte. Fünf schweizerische Händler von Türdrückern, -schlössern und -scharnieren (Türbeschläge) trafen sich im Zeitraum zwischen 2002 und 2007 jährlich, um die Einhaltung von Mindestmargen beim Verkauf von Grossmengen von Türbeschlägen zu vereinbaren. Ein weiteres Unternehmen hatte 2007 am jährlichen Kartelltreffen teilgenommen. Die abgesprochenen Mindestmargen betrafen Produkte der Herstellerin Glutz AG und sollten beim Verkauf von Beschlägen an Türverarbeiter (z.B. Schreinereien) zum Tragen kommen. Die WEKO taxierte diese Abrede als unzulässig und sanktionierte die Händler mit insgesamt CHF 185'500. Gegen die Herstellerin Glutz AG hat die WEKO das Verfahren eingestellt, da dem Unternehmen kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden konnte.

Im Nachgang zu den beiden Untersuchungen zu Submissionsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau sowie im Kanton Zürich baten mehrere öffentliche Bauherren um Zugang zu den Akten, insbesondere bezüglich der sie betreffenden Ausschreibungen (die einzelnen von Absprachen betroffenen Projekte sind in den publizierten Versionen der Verfügungen nicht ersichtlich bzw. nicht namentlich genannt). Am 6. August 2014 sistierte die WEKO die Einsichtsverfahren bezüglich des Untersuchungsverfahrens Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, weil dieses nach wie vor beim BVGer hängig ist. Am 8. September 2014 entschied die WEKO über den Zugang zu Verfahrensakten bezüglich des Untersuchungsverfahrens Strassen- und Tiefbau Zürich (teilweise Gewährung des Zugangs zu Verfahrensakten). Gegen die teilweise Gewährung der Akteneinsicht wurde von zwei der betroffenen Unternehmen Beschwerde beim BVGer erhoben.

Die drei Beschwerden gegen die Verfügungen der WEKO betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wurden vom BVGer im September 2014 gutgeheissen. Die WEKO bzw. das WBF haben nach eingehender Prüfung gegen zwei der drei Urteile (Paul Koch AG; Siegenia Aubi AG) je eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Für das BVGer ist gemäss diesen beiden Urteilen nicht zweifelsfrei belegt, dass eine Preisabrede getroffen worden ist. In diesem Punkt macht die WEKO insbesondere eine Verletzung von Bundesrecht geltend, weil das BVGer zu hohe rechtliche Anforderungen an den Nachweis des Zustandekommens einer horizontalen Preisabrede (Kartell) stellt. Die vom BVGer festgestellten „offenen Beweisfragen“ hinsichtlich einer Preisabrede bestehen nach Ansicht der WEKO nicht. Beim Urteil i.S. SFS AG verzichtete die WEKO auf eine Beschwerde, weil die vom BVGer verneinte Beteiligung der SFS an der fraglichen Preisabrede als Tatfrage vor Bundesgericht nicht angefochten werden kann.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Bereich der Finanzdienstleistungen konnte die Untersuchung zu den Kreditkarten Interchange Fees mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden, die durch die WEKO am 1. Dezember 2014 genehmigt wurde. Die einvernehmliche Regelung sieht eine Senkung der domestischen (= inländischen) Interchange Fees von aktuell 0,95 % auf 0,44 % vor. Die WEKO ist wie bereits in ihrer ersten Untersuchung im Jahr 2005 (vgl. RPW 2006/1, S. 65 ff.) zum Ergebnis gelangt, dass diese Interchange Fees eine Wettbewerbsabrede darstellen, da sie von den Unternehmen gemeinsam festgelegt und angewendet werden. Die WEKO hat aber festgehalten, dass diese Wettbewerbsabrede dann gerechtfertigt werden kann, wenn die Gebühren so tief sind, dass es für den Händler keine Rolle mehr spielt, ob die Bezahlung in bar oder mit Kreditkarte erfolgt, das heisst, wenn der Händler indifferent bezüglich der Zahlungsmittels ist. Dieser „Merchant Indifference Test“ (auch „Tourist Test“) ist wissenschaftlich fundiert und geht auf eine Publikation des diesjährigen Wirtschaftsnobelpreisträgers Jean Tirole zurück.¹ Die einvernehmliche Regelung wurde von allen Untersuchungsadressaten, d.h. allen Issuern und Acquirern unterzeichnet. Sie sieht

vor, dass die Senkung der Interchange Fees in 2 Schritten erfolgt: eine erste per 1. August 2015 auf 0,7 %, die zweite per 1. August 2017 auf 0,44 %. Eine Kündigung der einvernehmlichen Regelung ist erstmals per 1. August 2019 möglich. Die einvernehmliche Regelung enthält zudem einen dynamischen Anpassungsmechanismus: Erhöhungen oder Senkungen der EU-Obergrenze für Interchange Fees für Kreditkarten von 0,3 % werden in der Schweiz in gleicher absoluter Höhe umgesetzt (wenn z.B. der Satz in der EU auf 0,2 % gesenkt würde, hätte dies in der Schweiz eine Senkung auf 0,34 % zur Folge). Der dynamische Anpassungsmechanismus soll dazu führen, dass die einvernehmliche Regelung langfristig Bestand haben kann. Schliesslich wurde das im Jahr 2005 eingeführte Verbot der sogenannten „Non-Discrimination-Rule“ (NDR) wieder aufgehoben. Dies bedeutet, dass die Acquirer grundsätzlich in ihren Verträgen mit den Händlern wieder eine Klausel einführen dürfen, welche es den Händlern verbietet, für unterschiedliche Zahlungsmittel unterschiedliche Preise zu verlangen. Die Aufhebung dieses Verbots hängt mit der starken Senkung der Interchange Fees zusammen, welche dazu führen sollte, dass die Annahme von Kreditkarten beim Händler nicht zu Mehrkosten gegenüber der Annahme von Barzahlungen führt.

Schliesslich hat das Sekretariat die laufende Untersuchung bezüglich der Absprachen zur Beeinflussung der Referenzzinssätze Libor, Tibor und Euribor sowie von darauf basierenden Derivaten weiter vorangetrieben. In dieser Untersuchung haben die Wettbewerbsbehörden zudem erstmals auf der Grundlage des Haager Übereinkommens in Zivil- und Handelssachen in Frankreich um Rechtshilfe ersucht (vgl. RPW 2014/2, S. 450 ff.), deren Gewährung durch das französische Justizministerium gutgeheissen und zum Entscheid an französische Gerichte weitergeleitet wurde.

Im Berichtsjahr wurden zudem zwei weitere Untersuchungen im Bereich der Finanzdienstleistungen eröffnet. In der ersten Untersuchung vom 31. März 2014 im Bereich des Devisenhandels (Forex) soll geprüft werden, ob es zwischen verschiedenen Banken zu unzulässigen Absprachen bei der Fixierung diverser Wechselkurse gekommen ist. Die möglichen Verhaltensweisen betreffen insbesondere die folgenden Tatbestände: den Austausch von vertraulichen Informationen, die allgemeine Koordination in Bezug auf Transaktionen mit anderen Marktteilnehmern zu abgesprochenen Preisniveaus, koordinierte Handlungen zur Beeinflussung des WM/Reuters Fix sowie die Koordination von Kauf und Verkauf von Devisen.

Die zweite Untersuchung betrifft das Automobil-Leasing. Die Untersuchung wurde eröffnet aufgrund von Anhaltspunkten, dass zu Herstellerkonzernen respektive Importeuren gehörende Finanzierungsgesellschaften (sogenannte „Captive Banks“) sensible Informationen bezüglich Leasingraten und der Finanzierung von Fahrzeugen ausgetauscht und somit Preisabreden getroffen haben könnten. Konkret besteht der Verdacht, dass die

¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), S. 462 ff., 2011.

Captive Banks Informationen betreffend Zinssätze, Vertragskonditionen, Höhe der an die Händler ausbezahlten Kommissionen sowie über diverse andere Auslagen ausgetauscht haben.

3.2.2 Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen

Eine Vorabklärung betreffend Wartungs- und Supportdienstleistungen für Netzwerkgeräte von Cisco Systems konnte aufgrund von Zusagen bezüglich Anpassungen der Kommunikation gegenüber den Endkunden abgeschlossen werden. Hintergrund dieser Vorabklärung war eine Anzeige einer von Cisco unabhängigen Anbieterin von Wartungs- und Supportdienstleistungen, wonach Cisco Systems bezüglich gewisser Netzwerkgeräte, namentlich Router und Switches, über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese missbrauche, indem der Bezug von Betriebssystem-Updates nur im Rahmen von umfassenden Wartungs- und Supportpaketen möglich sei. Im Verlauf der Vorabklärung hat Cisco Systems verschiedene Möglichkeiten für Endkunden aufgezeigt, Betriebssystem-Updates unabhängig von weiteren Wartungs- und Supportdienstleistungen von Cisco Systems zu erwerben oder teilweise kostenlos zu beziehen. Des Weiteren erlaubt Cisco Systems grundsätzlich die Übertragung von Betriebssystem-Softwarelizenzen zwischen Endkunden – entweder direkt oder über Drittparteien – innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes und der Schweiz. Zumal Cisco Systems die genannten Elemente schriftlich bestätigt und sich gleichzeitig zu einer Reihe von entsprechenden Massnahmen bezüglich Kommunikation gegenüber den Endkunden bereit erklärt hat, konnte die Vorabklärung eingestellt werden.

Die laufende Untersuchung gegen Booking.com, Expedia und HRS in Sachen Online-Buchungsplattformen für Hotels, welche insbesondere die Vertragsbedingungen dieser Unternehmen gegenüber ihren Partner-Hotels zum Inhalt hat, ist weit fortgeschritten. Im Zusammenhang mit dieser Untersuchung hatte das BVGer darüber zu befinden, ob einem Hotel-Branchenverband Parteistellung zusteht, welche insbesondere das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten mit sich bringen würde. Das BVGer hat dies mit Urteil vom 1. Juli 2014 verneint und stützte somit eine entsprechende Zwischenverfügung des Sekretariats. Auch wurden im Berichtsjahr Parteieinvernahmen durchgeführt.

3.2.3 Gesundheitswesen

Die WEKO hat gegen das BVGer-Urteil betreffend Hors-Liste Medikamente Beschwerde eingelegt. Das Urteil des BVGer ist von grundsätzlicher Bedeutung, da es die Anwendung des Kartellgesetzes in diesem Bereich verneint und aus Sicht der Wettbewerbsbehörde unzutreffend ist.

Im Bereich der Untersuchung betreffend die Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen, die für den Vertrieb, die Abgabe und die Fakturierung von Medikamenten in der Schweiz nötig sind, berät das Parlament im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21), über die Implementierung von Art. 57a HMG, der die elektronischen Medikamentenin-

formationen regeln soll. Die Frage ist hierbei, ob die von swissmedic ins Leben gerufene Medikamentenplattform (AIPS) weiterhin als Referenz für die Publikation von medizinischen Informationen gelten soll, oder ob diese Aufgabe von den pharmazeutischen Unternehmen in Zusammenarbeit mit den Leistungserbringern übernommen werden sollte.

In der Vorabklärung betreffend das Wettbewerbsniveau auf allen im Medikamentenvertrieb in der Schweiz involvierten Handelsstufen stand die Tätigkeit der Pre-Wholesaler (PWS) im Zentrum. Die PWS bieten Zwischenlagerungsdienstleistungen für pharmazeutische Unternehmen an, welche solche Aufgaben delegieren möchten (Outsourcing). Der Medikamentenvertrieb in der Schweiz kennzeichnet sich einerseits durch die faktische Unmöglichkeit von Parallelimporten und andererseits durch eine zunehmende vertikale Integration im Medikamentenvertrieb. In diesem Zusammenhang werden insbesondere auch Finanzleistungen (z.B. Übernahme des Delkrederisikos) der PWS berücksichtigt.

Im Spitalsektor haben verschiedene Justizbehörden zentrale Entscheide zugunsten des Wettbewerbs getroffen. Einerseits hat das BVGer entschieden, dass die Spitäler im Rahmen des aktuellen Finanzierungssystems auch im Bereich der Grundversicherung Gewinne erzielen können, was entscheidend für die Entfaltung der positiven Auswirkungen des vom Gesetzgeber gewollten indirekten Wettbewerbs ist. Diese Ansicht wurde auch bereits oft von den Wettbewerbsbehörden vertreten. Andererseits sind die Kantone dazu angehalten bei der interkantonalen Planung der hochspezialisierten Medizin einige Grundsätze einzuhalten. Wie die WEKO in der Stellungnahme über die Spitalplanung festgehalten hat, garantieren diese Grundsätze zum einen die Gleichbehandlung zwischen öffentlichen und privaten Institutionen und zum anderen die Wahlmöglichkeit der Anbieter, welche ein auf den Wettbewerb ausgerichtetes System bewahrt.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Im Auftrag des Bundesrates erstellte die WEKO ein Gutachten zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) und nahm darin Stellung zu einzelnen aus wettbewerbspolitischer Sicht umstrittenen Fragen wie die Auswirkung der vorgeschlagenen Regelung der TAL auf die Investitionsanreize, die beabsichtigte Einführung des Verbots einer Kosten-Preisschere als Konkretisierung des sektorspezifischen Diskriminierungsverbots sowie Ausgestaltung eines sog. Gleitpfades bei der Berücksichtigung effizienterer Technologien etwa bei der Interkonnektion oder beim Zugang zu den Mietleitungen.

In der Untersuchung gegen Swisscom im Bereich Breitbandinternet für Geschäftskunden hat das Sekretariat die Ermittlungshandlungen mit der Zustellung des Antrags gem. Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme an Swisscom im Dezember 2014 abgeschlossen.

Die WEKO hat im Bereich Telekommunikation zudem den Unternehmenszusammenschluss Swisscom Directories AG / Search.ch AG zu beurteilen. Dabei planen Swisscom und Tamedia im Nachgang zur Übernahme

von Publigroupe SA ihre Töchter local.ch und search.ch in ein gemeinsames Tochterunternehmen einzubringen. Die vorläufige Prüfung der WEKO hat Ende November 2014 ergeben, dass durch den Zusammenschluss im Bereich der Adressverzeichnisse eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann. Entsprechend wird das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung im Sinne von Art. 10 KG unterzogen, welche bis Ende März 2015 dauern wird.

Überdies erstellte die WEKO ein Gutachten für das BAKOM zur Frage einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom im Bereich IP-Interconnection. Über IP-Interconnection wird der Zusammenschluss von den über das Internet verbundenen Rechnern gewährleistet.

Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Sachen Preispolitik ADSL hat die WEKO im Rahmen eines weiteren Schriftenwechsels Stellung genommen zu einem von Swisscom beantworteten Fragenkatalog.

3.3.2 Medien

Mit Entscheid vom 14. Juli 2014 hat die WEKO die Untersuchung gegen die Schweizerische Depeschagentur (SDA) betreffend Preispolitik und andere Verhaltensweisen abgeschlossen und eine einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und der SDA genehmigt. Die Untersuchung hat ergeben, dass die SDA im Zeitraum von Ende 2008 bis Anfang 2010 mit ausgewählten Medienunternehmen aus der Deutschschweiz Abonnementsverträge mit Exklusivitätsrabatten abgeschlossen hat. Diese Rabatte waren an die Bedingung geknüpft, dass die entsprechenden Medien den News-Basisdienst ausschliesslich von der SDA bezogen und nicht gleichzeitig einen entsprechenden Dienst von einer Konkurrenzagentur abonnierten. Dadurch hatte die SDA ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und ihre Konkurrenten in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert. Die SDA verpflichtet sich in der einvernehmlichen Regelung, mit ihren Kunden keine Exklusivbezugsvereinbarungen mehr abzuschliessen. Darüber hinaus verpflichtet sich die SDA, ein transparentes Rabattsystem anzuwenden sowie den verschiedenen Medien diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Diensten zu gewähren. Damit soll sichergestellt werden, dass die SDA alle Medien in der Schweiz gleich behandelt und so den Wettbewerb auf den nachgelagerten Medien- und Werbemärkten nicht verfälscht. Die SDA wurde mit einer Sanktion von CHF 1,88 Millionen belegt.

Die im April 2013 eröffnete Untersuchung Übertragung von Live-Sport im Pay-TV war im Berichtsjahr im Wesentlichen aufgrund verschiedener seitens der Parteien provozierter Zwischenentscheide und deren Weiterzugs an obere Instanzen blockiert. Die Beschwerde der Kabelnetzbetreiber in Bezug auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend die Freigabe von gewissen Programminhalten und Bezugsmöglichkeiten wurde vom BVGer mit Urteil vom 9. Juli 2014 rechtskräftig abgewiesen. Auf die Beschwerde betreffend die Verfügung vom 24. Februar 2014 in Sachen Parteistellung ist das BVGer mit Urteil vom 2. Oktober 2014 nicht eingetreten. Dieses Urteil ist ans Bundesgericht weitergezogen worden.

Die Vorabklärung Goldbach Group TV-/Radiovermarktung wurde mit Schlussbericht vom 12. November 2014 eingestellt. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Goldbach Group gegenüber dem Sekretariat eine Verpflichtungserklärung betreffend das zukünftige Verhalten ihrer Tochtergesellschaften bei der Vermarktung bzw. Vermittlung von TV- und Radiowerbezeit abgegeben hatte. In der genannten Verpflichtungserklärung bestätigte die Goldbach Group insbesondere, dass ihre Tochtergesellschaften beim Verkauf von TV- und Radiowerbezeit Rabatte bzw. Freespace nicht davon abhängig machen, dass das gesamte oder der Grossteil des Werbevolumens in einer anderen Mediengattung (TV, Radio, Adscreen, Online etc.) über ein Unternehmen der Goldbach Group gebucht wird.

Auch im Jahr 2014 hatte die WEKO im Bereich Medien mehrere Unternehmenszusammenschlüsse zu beurteilen: Beim Zusammenschlussvorhaben Tamedia AG / Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG meldete Tamedia die Absicht, über ihre Tochtergesellschaft Starticket AG den Unternehmensteil B2C der Ticketportal zu übernehmen. Bei Aurelius / Publicitas beabsichtigte die Aurelius AG von der Publigroupe deren Aktivitäten im Bereich Media Sales zu übernehmen. Bei Ringier / Le Temps beabsichtigte Ringier AG, die alleinige Kontrolle über die ER Publishing SA zu erwerben; dies mit der Folge, dass Ringier die alleinige Kontrolle über die Le Temps SA ausüben würde. Bei Thomas Kirschner / Valora Mediaservices AG meldete Thomas Kirschner die Absicht, indirekt über die von ihm kontrollierte Brillant Media Services GmbH die Kontrolle über die Schweizer Pressegesellschaft Valora Mediaservices AG zu übernehmen. Anschliessend wurde bei Thomas Kirschner / A und B XY / Valora Mediaservices AG der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Thomas Kirschner und den Eheleuten XY – Letztere via die ATLAS Beteiligungen GmbH & Co. KG – über die Valora Mediaservices gemeldet. Bei Swisscom (Schweiz) AG / Publigroupe SA meldete Swisscom die Absicht, im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots die alleinige Kontrolle über den Publigroupe-Konzern zu erlangen. Bei Tamedia / home.ch beabsichtigte Tamedia, die alleinige Kontrolle über den Unternehmensteil home.ch zu übernehmen. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Im Nachgang an das Zusammenschlussverfahren in Sachen Ringier / Le Temps hob die WEKO zudem mit Verfügung vom 8. September 2014 die Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003 in Sachen Edipresse/Ringier – Le Temps auf. Die Auflagen waren aufgrund der gemeinsamen Kontrolle von Ringier und Tamedia über ER Publishing und damit Le Temps erlassen worden, um die Unabhängigkeit von Le Temps zu gewährleisten und Auswirkungen der Kooperation in anderen Medienmärkten kontrollieren zu können. Mit der Übernahme der alleinigen Kontrolle von Ringier über Le Temps entbehrten die Auflagen daher ihrer Grundlage und waren aufzuheben.

Gegen die Verfügung der WEKO betreffend Bücherpreise in der Romandie sind Beschwerden beim BVGer hängig. Strittig wurde in diesem Fall zusätzlich, inwieweit die Verfügung vom 27. Mai 2013 überhaupt publiziert werden kann. Gegen einen entsprechenden Entscheid der WEKO haben die betroffenen Parteien eine Beschwerde beim BVGer eingereicht.

3.3.3 Energie

Die Vorabklärung Eignerstrategie ewb wurde mit Schlussbericht vom 10. Januar 2014 eingestellt. Ewb hat im Nachgang an ein Treffen mit dem Sekretariat im Dezember 2013 drei kartellrechtlich allenfalls problematische Punkte (schriftliche Aufforderung zur Durchführung der periodischen Kontrolle von Elektroinstallationen, Empfehlung der Tochtergesellschaft Energie-Check Bern AG für Sicherheitskontrollen auf der Webseite von ewb, Empfehlung der [damaligen] Tochtergesellschaft Bären Elektro AG für die allfällige Zusammenlegung von mehreren Stromzählern im ewb-Kundenzirkular bei Leerstand) von sich aus angepasst. Damit lagen zum Beurteilungszeitpunkt im Zusammenhang mit dem möglichen Austausch oder der Nutzung von geschäftsrelevanten Informationen zwischen den Monopol- und den Wettbewerbsbereichen der ewb-Gruppe keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vor.

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen schliesslich wiederum mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Zu nennen sind dabei insbesondere der Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung sowie verschiedene partielle Revisionen der Energieverordnung.

3.3.4 Weitere Bereiche

Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, welche die Untersuchung Luftfracht abgeschlossen hat und mit welcher 11 Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Millionen sanktioniert wurden, haben im Berichtsjahr verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. In diesem Fall strittig ist zudem, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert wird. Auch diesbezüglich ist zur Zeit ein Verfahren vor dem BVGer anhängig.

Die im Juli 2013 eröffnete Untersuchung Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen ist weit fortgeschritten. Sie behandelt insbesondere die Frage, ob die Post durch die Art der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems Konkurrenten im Markt behindert, indem etwa Geschäftskunden der Bezug von Leistungen bei Konkurrenten der Post erschwert oder gar verunmöglicht wird. Weiter soll geprüft werden, ob die Post gewisse Kunden diskriminiert oder in anderer Weise benachteiligt.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Mit Verfügung vom 30. Juni 2014 schloss die WEKO ihre Untersuchung gegen die Jura Elektroapparate AG (Jura) ab. Die WEKO genehmigte eine einvernehmliche Regelung, in der sich Jura verpflichtete, ihren Vertriebspart-

nern den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten. Zwischen Jura und ihren Vertriebspartnern bestand eine Abrede über den Verzicht auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen. Entsprechend dem Leitentscheid der WEKO in Sachen Online-Handel vom 11. Juli 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG) verpflichtete sich Jura im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung dazu, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten. Bei der von Jura praktizierten Beschränkung von Garantieleistungen und bei der Preispolitik hatten sich die anfänglich bestehenden Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht erhärtet. Bezüglich dieser Punkte stellte die WEKO das Verfahren ein.

Das Sekretariat schloss die Ermittlungen in den zwei Untersuchungen betreffend Musikinstrumente weitgehend ab. Dabei handelt es sich einerseits um die Untersuchung in Sachen Flügel und Klaviere. Diese Untersuchung war am 27. November 2012 eröffnet worden, da konkrete Anhaltspunkte vorlagen, welche auf horizontale und vertikale Preisabreden, Abreden betreffend die Abschottung von Verkaufsgebieten sowie eine Be- bzw. Verhinderung von Parallel- und Direktimporten aus dem grenznahen Ausland hindeuteten. Andererseits geht es um die Untersuchung betreffend Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör, die am 3. Juli 2013 eröffnet worden war. Mit dieser Untersuchung soll insbesondere geprüft werden, ob beim Vertrieb von Gitarren und Zubehör vertikale Preisabreden getroffen wurden.

Im Zusammenhang mit Vertikalabreden waren Ende 2014 folgende Beschwerden zu WEKO-Entscheiden beim BVGer hängig: Nikon, BMW, Bergsportprodukte/Roger Guénat SA. Die Beschwerde im Fall GA-BA/Elmex hat das BVGer mit Urteil vom 19. Dezember 2013 abgewiesen. Der Fall ist beim Bundesgericht hängig.

Das Sekretariat hat am 21. August 2014 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen Importe von Coca-Cola-Produkten durch den Detailhandel in der Schweiz eröffnet. Es untersucht, ob Coca-Cola Parallelimporte von Denner und anderen Nachfragern in die Schweiz behindert und damit gegen Art. 5 und/oder 7 KG verstösst.

Im Bereich Rollkoffer ging das Sekretariat in seiner Vorabklärung Hinweisen für Gebietsabschottungen und Preisbindungen nach. Im Fokus steht die Behinderung des grenzüberschreitenden Online-Handels.

Am 3. September 2014 sind die Auflagen, welche die WEKO im Jahr 2007 im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner verfügte, mit einer Ausnahme ausgelaufen. Die Ausnahme betrifft die dauerhafte Vorschrift, dass Migros mit ihren Lieferanten grundsätzlich keine Exklusivverträge abschliessen darf. Die verfügten Auflagen hatten einerseits zum Ziel, dass andere Anbieter im Markt die ehemalige Rolle von Denner als bedeutendster Randwettbewerber übernehmen konnten. Andererseits sollten die Auflagen verhindern, dass der Zugang zu Absatzmärkten für Lieferanten verschlechtert wurde. Nach Ansicht der WEKO haben die Auflagen ihren Zweck erfüllt; die Umsetzung der Auflagen verlief ohne nennenswerte Unregelmässigkeiten.

3.4.2 Uhrenindustrie

Anfang 2014 bestimmte die WEKO im Zusammenhang mit der im Oktober 2013 ergangenen Verfügung in Sachen Swatch Group Lieferstopp die Revisionsgesellschaft, welche gemäss Ziffer 8 der einvernehmlichen Regelung mit der Swatch Group mit der Überwachung der Einhaltung dieser einvernehmlichen Regelung beauftragt wird. Die erste Überprüfung der Auflagen wird im Frühjahr 2015 stattfinden. Im Laufe des Jahres 2014 gingen beim Sekretariat keine Beschwerden bezüglich Nichteinhaltung der einvernehmlichen Regelung seitens der Swatch Group ein.

Im Juli 2014 wurde die im Frühjahr 2009 eröffnete Untersuchung gegen ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Swatch Group; nachfolgend: ETA) abgeschlossen. Gegenstand dieser Untersuchung waren unilaterale Preisänderungen und Änderungen von Bezugskonditionen für mechanische Uhrwerke, die ETA im Jahre 2009 umgesetzt hatte. Die WEKO stellte die Untersuchung gegen ETA ein, da keine genügenden Hinweise vorlagen, dass das Verhalten von ETA in diskriminierender Weise erfolgte oder von sachfremden Motiven geleitet war. Die Untersuchung war von Juni 2011 bis November 2013 – während der Dauer der Untersuchung in Sachen Swatch Group Lieferstopp – sistiert.

Des Weiteren wurde Ende Oktober 2014 eine Vorabklärung im Bereich des Service Après-Vente für Uhren eröffnet, in welcher das Sekretariat Hinweisen auf möglicherweise kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise verschiedener Uhrenhersteller nachgeht.

3.4.3 Automobilsektor

Das Sekretariat schloss die Ermittlungen in der am 22. Mai 2013 eröffnete Untersuchung gegen verschiedene Schweizer Konzessionäre von Marken der Volkswagengruppe (VW, Audi, Škoda, Seat, AMAG) wegen möglicher Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen im Einzelhandelsverkauf bei Neuwagen weitgehend ab. Die WEKO hat mit Verfügung vom 8. August 2014 die einvernehmliche Regelung zwischen ihrem Sekretariat und AMAG genehmigt und das Verfahren gegenüber dieser Partei abgeschlossen. In der einvernehmlichen Regelung hat sich AMAG verpflichtet, Vereinbarungen über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen nicht anzuwenden und keine preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten auszutauschen. Da AMAG eine Selbstanzeige eingereicht hatte, entfiel die Verhängung einer Sanktion. Alle übrigen Parteien haben gegen diese Verfügung Beschwerden erhoben. Gegenüber den übrigen Parteien wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren fortgeführt.

Das Sekretariat hat 2014 zwei Vorabklärungen betreffend den Import von Elektrofahrzeugen und den Vertrieb von Autoersatzteilen durchgeführt und ohne weitergehende Massnahmen abgeschlossen. Zwei neue Vorabklärungen im Zusammenhang mit dem selektiven Vertriebssystem einiger Kraftfahrzeuglieferanten in der Schweiz wurden eröffnet und sind noch Gegenstand von Ermittlungen.

Im Laufe des Jahres 2014 hat das Sekretariat ungefähr 50 Bürgeranfragen im Zusammenhang mit Garantien und Gewährleistungen auf im EWR-Ausland erworbenen Fahrzeugen sowie mit der Behinderung von Parallel- und/oder Direktimporten erhalten. Diese wurden mit Verweis auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung²) beantwortet.

Mitte Juli 2014 hat das Sekretariat bei interessierten Kreisen eine Vernehmlassung zur Zukunft der KFZ-Bekanntmachung durchgeführt. Im November 2014 hörte die WEKO sechs Verbände an und bot diesen die Gelegenheit, ihre Position auch mündlich zu vertreten und Fragen der WEKO-Mitglieder direkt zu beantworten. Basierend darauf hat die WEKO am 15. Dezember 2014 einen Richtungsentscheid getroffen. Dieser sieht vor, die KFZ-Bekanntmachung beizubehalten und in einigen wesentlichen Punkten zu modifizieren. Das Sekretariat wurde beauftragt einen Entwurf für eine entsprechende Revision der KFZ-Bekanntmachung vorzubereiten. Ein Entscheid über die revidierte KFZ-Bekanntmachung wird (nach Anhörung der interessierten Kreise) voraussichtlich im zweiten Quartal 2015 von der WEKO gefällt und der Branche mitgeteilt.

3.4.4 Landwirtschaft

Das Sekretariat äusserte sich in rund 30 Ämterkonsultationen zu Gesetzes- und Verordnungsänderungen sowie zu Vorstössen aus dem Parlament betreffend die Landwirtschaft. Diverse Ämterkonsultationen bezogen sich dabei auf die Regulierung des Grenzschutzes, für dessen Abbau sich das Sekretariat auch dieses Jahr aussprach. Als Beispiel sei auf mehrere beantragte vorübergehende Erhöhungen des Teilzollkontingents für Kartoffeln durch Swisspatat hingewiesen. Das Sekretariat unterstützte jeweils diese Kontingenterhöhungen, regte aber an, eine dauerhafte Erhöhung zu prüfen und bei den jeweiligen Festlegungen der Teilzollkontingente auch die Konsumenten als interessierte Kreise anzuhören und nicht nur Vertreter der Produktion, des Handels und der Verarbeitungsindustrie.

3.5 Binnenmarkt

Im Zusammenhang mit dem interkantonalen Zugang zum Markt hat sich das Kompetenzzentrum Binnenmarkt (KompZ BGBM) vor allem auf zwei Angelegenheiten konzentriert: Die erste betrifft die Waadtländer Rechtsagenten, welche in den Kantonen Bern und Genf Zugang zum Markt für die Vertretung im Zivilverfahren (Art. 68 Abs. 2 Bst. b der Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]) beantragten. Der zweite Fall betrifft den Beruf des Zahntechnikers.

Gestützt auf das Gesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) haben die Anbieter das Recht, ihre Tätigkeit in anderen Kantonen gemäss den in ihrem Herkunftsort

² Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: KFZ-Bekanntmachung), in: RPW 2002/4, 770.

anwendbaren Bestimmungen auszuüben (Herkunftsprinzip). In Anwendung dieses Prinzips haben die Waadtländer Rechtsagenten in den Kantonen Genf und Bern Zugang zum Markt beantragt. Beide Anträge wurden abgelehnt. Die WEKO hat gegen diese beiden negativen Entscheide Beschwerde eingelegt. Die kantonalen Instanzen haben diese Beschwerden ebenfalls zurückgewiesen, weshalb die WEKO von ihrem Beschwerderecht Gebrauch gemacht hat und die Fälle dem Bundesgericht zur Beurteilung unterbreitet hat.

Die Zahntechniker hatten Zugangsschwierigkeiten zur Ausbildung, welche nur im Kanton Zürich als (vom Zahnarzt) unabhängige Berufsbildung angeboten wird. Um dieser Problematik auf den Grund zu gehen hat das Sekretariat der WKO den Dialog mit dem Dachverband der Zahntechniker gesucht. Das KompZ BGBM hat sich auch mit dem Fall eines Zahntechnikers auseinandergesetzt, welcher Zugang zum Markt eines Kantons, in welchem dieser Beruf nicht existiert, angefragt hat; das Herkunftsprinzip ist auch anwendbar, wenn der Beruf am Zielort nicht existiert (RPW 2013/4, 522).

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens hat die WEKO zwei Beschwerden eingereicht. Im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsverfahrens im Bereich Informatikdienstleistungen hat eine Zürcher Gemeinde das selektive Verfahren angewandt, obwohl der Wert der Beschaffung den Schwellenwert für das offene Vergabeverfahren übertraf, und dies ohne eine Ausnahme geltend zu machen. Die Bedingungen für eine Ausnahme waren im Übrigen nicht gegeben. Auf die Beschwerde eines Submittenten ist das Zürcher Verwaltungsgericht nicht eingetreten. Ohne auf den Abweisungsgrund einzugehen, unterstreicht das Gericht, dass andere Kantone in ähnlichen Umständen alle aufgrund eines irrtümlichen Verfahrens erlassenen Verfügungen der Auftraggeber kassieren. In diesem Sinne hat die WEKO, auf Antrag des KompZ BGBM, Gebrauch von ihrem Beschwerderecht gemacht, um zu klären ob die Anwendung eines falschen Verfahrens das Recht der öffentlichen Beschaffung – und damit das BGBM – derart verletzt, dass die Verletzung von Amtes wegen und sogar gegen den Willen der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen ist. In einem anderen Fall wurde die WEKO von einem Kanton über eine freihändige Vergabe betreffend Informatikdienstleistungen für ein Grundbuchamt unterrichtet. Der Verfahrenstyp wurde vom Auftraggeber in Anwendung der Dringlichkeitsausnahme gewählt. Dagegen hat die WEKO Beschwerde eingelegt, da aus ihrer Sicht und auch aus Sicht des betreffenden Kantons, die Bedingungen für die Anwendung der Dringlichkeitsausnahme nicht vereint waren. Die WEKO hat von ihrem Beschwerderecht Gebrauch gemacht um diese Frage durch das Verwaltungsgericht des zuständigen Kantons klären zu lassen.

Im Berichtsjahr hat die WEKO im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auch Empfehlungen gemacht. Eine davon betraf die Frage, ob die Sankt Galler Aktiengesellschaft VRSG dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht (RPW 2014/2, 442). Ausserdem ersuchte das Bundesamt für Justiz die WEKO um Erstellung eines Gutachtens betreffend das öffentliche Beschaffungsrecht. Konkret stellte sich die Frage, ob eine öffentliche Organisation Informatikdienstleistungen

vergaberechtsfrei erbringen kann, ohne dass dabei die Auftraggeber das Binnenmarktrecht verletzen (Anwendung der „in state“-Ausnahme, vgl. RPW 2014/4, 785).

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der revidierten Version des Übereinkommens der WTO über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) ins nationale Recht sind das Bundesrecht (BöB/VöB) und das kantonale Recht (IVöB) anzupassen. Dazu wurde eine Arbeitsgruppe mit Vertretern des Bundes und der Kantone herangezogen, welche einen Gesetzesentwurf ausarbeitet. Das Sekretariat versucht weiterhin sicherzustellen, dass der Wettbewerb, der Rechtsweg sowie das Beschwerderecht der WEKO im Rahmen dieser Revision berücksichtigt werden.

Am 19. Dezember 2014 wurde die Konsultation bezüglich des Entwurfs einer interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB) beendet. Der Revisionsentwurf des Schweizer Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen betrifft auch die Aufsichtsfunktion, welche die WEKO im Bereich des kantonalen und kommunalen öffentlichen Beschaffungswesens ausübt. Aus diesem Grund hat die WEKO eine Empfehlung zuhanden des Bundesrats und der interkantonalen Behörde für das öffentliche Beschaffungswesen abgegeben (RPW 2014/4, 801). Die WEKO weist ausdrücklich darauf hin, dass die Aufsicht über die öffentlichen Vergaben der Kantone und Gemeinden geschwächt zu werden droht, wozu es aufgrund der bisherigen Praxis überhaupt keinen Anlass gibt.

Das BGBM stipuliert den Auftrag an die WEKO die Einhaltung der Regeln im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen zu beaufsichtigen. Die WEKO verfügt zur Verfolgung dieses Ziels über verschiedene Aufsichtsinstrumente. Sie kann unter anderem Beschwerde gegen Ausschreibungen und gegen Verfügungen der Auftraggeber einlegen, um festzustellen, dass eine öffentliche Beschaffung rechtswidrig vorgenommen wurde. Die WEKO kann zudem Untersuchungen führen, Empfehlungen abgeben, Gutachten erstellen, zu hängigen Verfahren vor Bundesgericht Stellung nehmen und Urteile publizieren. Die Instrumentarien der WEKO und insbesondere das Beschwerderecht hat sich bewährt und muss im revidierten Beschaffungsrecht beibehalten und von der WEKO ausgeübt werden.

Betreffend der Übertragung einer Konzession hat eine Schweizer Stadt das KompZ BGBM um Rat gefragt: Ziel ist die Ausarbeitung eines mit dem BGBM konformen Reglements über die Erteilung von Bewilligungen bei der Zuteilung eines Platzes auf öffentlichem Grund im Hinblick auf die Ausübung einer gewerbsmässigen Tätigkeit. Dies insbesondere angesichts des Art. 2 Abs. 7 des BGBM. Die von diesem Reglement betroffenen Tätigkeiten umfassen insbesondere die Wochenmärkte.

Gemäss Art. 10 BGBM kann die WEKO in einem laufenden Verfahren, welches die Anwendung des BGBM betrifft, angehört werden. Abs. 2 dieser Bestimmung gewährt dem Bundesgericht dieselbe Kompetenz. Während des Berichtsjahrs hat das Bundesgericht die WEKO zwei Mal eingeladen zu einem Fall im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen Stellung zu nehmen (Urteil 2C_62/2014 vom 7. Oktober 2014 ; Urteil

2C_315/2013 vom 18. September 2014, in: RPW 2014/4, 775).

3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2014 wurde eine gross angelegte Hausdurchsuchung anlässlich der Eröffnung der Untersuchung Automobil-Leasing durchgeführt. Von den Hausdurchsuchungen waren acht Unternehmen betroffen.

Von stetig wachsender Bedeutung sind die in diversen Untersuchungen durchgeführten Einvernahmen von Parteien und Zeugen.

In technischer Hinsicht gilt es zu erwähnen, dass das Labor zur Analyse der sichergestellten elektronischen Daten sowohl bezüglich Hardware (neuer Server) als auch Software (Umstellung auf das Produkt NUIX) verbessert wurde. Dank der Investitionen kann nun an mehreren Arbeitsplätzen parallel und dadurch effizienter gearbeitet werden.

3.7 Internationales

EU: Am 1. Dezember 2014 ist das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte in Kraft getreten. Mit diesem Abkommen wird die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU gestärkt. Wegen der zunehmenden Integration der Weltwirtschaft kommen grenzüberschreitende wettbewerbswidrige Verhaltensweisen immer häufiger vor. Die Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU untersuchen vermehrt dieselben oder miteinander verbundene Sachverhalte. Daher erscheint es effizient, wenn die beiden Behörden in Fällen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen zusammenarbeiten und Informationen austauschen.

Vor diesem Hintergrund hatten Bundesrat Johann N. Schneider-Ammann, der Vorsteher des WBF, und Joaquín Almunia, der Vizepräsident der EU-Kommission und Wettbewerbskommissar, am 17. Mai 2013 ein Abkommen über die Zusammenarbeit ihrer Wettbewerbsbehörden unterzeichnet. Das Abkommen gibt der WEKO und der Generaldirektion „Wettbewerb“ der Europäischen Kommission die Möglichkeit, sich gegenseitig über Vollzugsmassnahmen zu benachrichtigen, diese zu koordinieren und Informationen auszutauschen. Gleichzeitig enthält es klare Regeln zur Einhaltung der bestehenden Verfahrensgarantien für die betroffenen Unternehmen. Das Abkommen ist verfahrensrechtlicher Natur und verlangt keine Harmonisierung des materiellen Rechts, weshalb sich insbesondere die Frage der Übernahme von EU-Recht in diesem Zusammenhang nicht stellt. In Anbetracht der starken Verflechtung zwischen den Volkswirtschaften der Schweiz und der EU wird dieses Abkommen sowohl in der Schweiz als auch in der EU zu einem besseren Schutz des Wettbewerbs beitragen. Für Details zum Abkommen wird auf den Jahresbericht 2013 verwiesen (siehe RPW 2014/1, 16 ff.).

OECD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den drei jährlichen Treffen des OECD Wettbewerbskomitees teil. Dabei wurden in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst und vorgebracht. Thematisiert wurden 2014 insbesondere die zwei strategischen Themen „internationale Kooperation“

und „Evaluation der Tätigkeit und der Entscheide von Wettbewerbsbehörden“. Die neue OECD-Empfehlung über die internationale Kooperation in Wettbewerbsverfahren und Ermittlungen, welche die Empfehlung über die internationale Kooperation von 1995 ersetzt, wurde vom Ministerrat am 16. September 2014 verabschiedet. Wie der ICN/OECD survey on international cooperation 2013 gezeigt hat, wurde die internationale Kooperation seit 1995 mit der zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft intensiver. Die neue Empfehlung hat diesen Entwicklungen Rechnung getragen und wurde auch hinsichtlich der Entwicklungen bei elektronischen Mitteln angepasst.

ICN: Die Kartell-Arbeitsgruppen „Legal Framework“ (Subgruppe 1) und „Cartel Enforcement“ (Subgruppe 2) führten mehrere Webinars, d.h. Audio-Konferenzen mit gleichzeitigen Powerpoint-Präsentationen durch. Themen waren etwa Einvernahmetechniken, Ermittlungsbefugnisse, Methoden zur Aufdeckung von Kartellen und das Zusammenspiel zwischen Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden bei der Verfolgung von Kartellverstössen. Die Subgruppe 2 versandte zudem einen Fragebogen, um ein neues Kapitel im „Cartel-Enforcement“-Handbuch über die Beziehungen zwischen Wettbewerbsbehörden und Vergabestellen zu verfassen. Diskussionspunkte des diesjährigen Cartel-Workshops waren die Prävention von Submissionskartellen, die Zusammenarbeit mit Anti-Korruptionsbehörden und innovative Methoden zur Aufdeckung von Kartellen. Die Arbeitsgruppe „Agency Effectiveness“ setzte den Schwerpunkt auf den Umgang mit vertraulichen Informationen (Austausch zwischen Behörden, Offenlegung gegenüber Dritten und Parteien etc.). Die Arbeitsgruppe Advocacy veröffentlichte ein Dokument mit empfohlenen Vorgehensweisen bei der Evaluation der Wirkungen von Gesetzgebung und Politik auf den Wettbewerb (Recommended Practices on Competition Assessment). Die WEKO war an der Jahreskonferenz des ICN in Marokko vertreten.

UNCTAD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an der 14. Konferenz der „Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy“ teil. Themen des Treffens waren u.a. informelle Zusammenarbeit von Wettbewerbsbehörden und Kommunikationsstrategien als Mittel zur wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts (Agency Effectiveness).

3.8 Keine Revision des Kartellgesetzes

Gemäss Artikel 59a des im Jahr 2003 revidierten KG sorgt der Bundesrat für die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs desselben. Vor diesem Hintergrund wurde 2008/2009 die bestehende Gesetzgebung evaluiert. Die Evaluation ergab, dass sich das KG und die neuen Instrumente (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen und Widerspruchsverfahren) insgesamt bewährt haben. Gleichzeitig hat sie aber auch in verschiedener Hinsicht Revisionsbedarf aufgezeigt. So erwiesen sich vor allem die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden, aber auch eine Reihe materiell-rechtlicher Bestimmungen als revisionsbedürftig.

Der Bundesrat legte dem Parlament im Februar 2012 eine Botschaft zur Revision des KG vor. Neben dem

durch die Evaluationsgruppe festgestellten Revisionsbedarf nahm der Bundesrat in der Botschaft weitere Anliegen auf: Zum einen ging er auf die Motion Schweiger ein, die eine Überprüfung des Sanktionssystems forderte (Compliance-Defense und Kriminalstrafen für natürliche Personen); zum anderen setzte er sich im Zusammenhang mit der Aufwertung des Schweizer Franks mit Massnahmen zur Sicherstellung der Weitergabe von Währungsgewinnen an Endkunden auseinander. In Bezug auf die institutionelle Reform schlug der Bundesrat vor, die Verkleinerung, Professionalisierung und Unabhängigkeit der Entscheidbehörde dadurch zu gewährleisten, dass sämtliche Fälle – auf Antrag der untersuchenden Wettbewerbsbehörde hin – durch ein ins BVGer integriertes, unabhängiges erstinstanzliches Wettbewerbsgericht entschieden werden. In materiell-rechtlicher Hinsicht beantragte der Bundesrat erstens, Artikel 5 KG dahingehend zu verbessern, dass harte Abreden (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen) per Gesetz verboten werden, jedoch mit Rechtfertigungsmöglichkeit. Zweitens schlug er in Bezug auf kartellrechtliche Zivilverfahren vor, die Klagelegitimation auf Endkundinnen und -kunden auszuweiten und die Verjährungsfristen zu verlängern. Drittens sah er eine Stärkung und Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle vor (Wechsel zum SIEC-Test sowie kleinere Anpassungen bezüglich EU-Meldungen und Fristen). Viertens schlug er als Antwort auf die Annahme der Motion Schweiger vor, dass angemessene Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Fünftens unterbreitete er ein verbessertes Widerspruchsverfahren und schlug schliesslich verschiedene kleinere Verbesserungen des Verfahrens vor.

In der parlamentarischen Beratung nahm der Ständerat den Entwurf des Bundesrats zur Revision des KG in seiner ersten Lesung im März 2013 mit diversen Anpassungen an. Hingegen beschloss der Nationalrat in seiner ersten Lesung im März 2014, auf die Revision nicht einzutreten. Nachdem der Ständerat im Juni 2014 an seinem Beschluss festhielt, der Nationalrat aber auch in seiner zweiten Lesung im September 2014 nicht auf die Revision eintrat, wird das KG definitiv nicht revidiert.

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ist das Nichteintreten auf die Revision des KG einerseits eine verpasste Möglichkeit, den in der Evaluation aufgezeigten Reformbedarf zu erfüllen. So sind nun auch mehrere vom Ständerat bereits beschlossene Verbesserungen vom Tisch, welche im Gegensatz zur Institutionenreform und zu den materiellen Bestimmungen (Artikel 5, 7a und relative Marktmacht) nicht umstritten waren: So die Verbesserung der Zusammenschlusskontrolle, des Kartellzivilrechts, des Widerspruchsverfahrens und des Verfahrens im allgemeinen. Andererseits ändert dieser Ausgang der parlamentarischen Beratung nichts am Befund der damaligen Evaluation, dass das KG, wie es aus der Revision im Jahr 2003 hervorgegangen ist, grundsätzlich gut funktioniert.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO und Sekretariat

Im Jahr 2014 hielt die WEKO 11 ganztägige Plenarsitzungen ab. Die Anzahl der Entscheidungen in Untersu-

chungen und Zusammenschlussverfahren nach KG sowie in Anwendung des BGBM ergeben sich aus der Statistik (siehe 4.2). Im letzten Jahr gab es keine Änderung in der Zusammensetzung der WEKO.

Ende des Jahres 2014 beschäftigte das Sekretariat 75 (Vorjahr 85) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 45 (Vorjahr 43) Prozent. Dies entspricht insgesamt 65,3 (Vorjahr 75,8) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 55 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 48,8 Vollzeitstellen; Vorjahr 52,4); 6 (Vorjahr 13) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 6 (Vorjahr 13) Vollzeitstellen entspricht; 14 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 10,5 (Vorjahr 10,4) Vollzeitstellen.

Das Sekretariat wird im Juni 2015 innerhalb von Bern von der Monbijoustrasse 43 an die Hallwylstrasse 4 umziehen.

4.2 Statistik

Untersuchungen	2013	2014
Während des Jahres geführt	24	21
davon Übernahmen vom Vorjahr	17	19
davon Eröffnungen	7	2
Endentscheide	7	6
davon einvernehmliche Regelungen	1	4
davon behördliche Anordnungen	2	0
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	3	2
Verfahrensleitende Verfügungen	4	7
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	-	10
Vorsorgliche Massnahmen	0	1
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	27	20
Übernahmen vom Vorjahr	18	16
Eröffnungen	9	4
Abschlüsse	11	11
davon mit Untersuchungseröffnung	3	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	1	8
davon ohne Folgen	7	2
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	7	2
Erfolgte Beratungen	20	27
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	76	61
Sonstige erledigte Anfragen	547	594
Zusammenschlüsse		
Meldungen	32	30
Kein Einwand nach Vorprüfung	26	35
Prüfungen	0	1
Entscheide der WEKO	0	0
nach Vorprüfung	0	0
nach Prüfung	0	0
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	14	25
Urteile Bundesverwaltungsgericht (BVGer)	4	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	3	3
davon teilweiser Erfolg	0	1
Urteile Bundesgericht (BGer)	1	0
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	0
davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	13	21
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	1	2
Nachkontrollen	1	6
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	217	254

Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	5	5
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	1	3
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	2	1
Erläuterungen (Sekretariat)	36	36
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	6	5

Der Blick auf die Statistik und der Vergleich mit den Zahlen des Jahres 2013 führt zu folgenden Feststellungen:

- Die Zahl der geführten Untersuchungen hat leicht abgenommen und im 2014 sind zwei neue Untersuchungen eröffnet worden. Die Zahl der Abschlüsse ist jedoch stabil geblieben. Der Fokus des Sekretariats lag auf dem Abschluss oder dem Vorantreiben laufender Untersuchungen. Zudem konnte ein Grossteil der Vorabklärungen mit einer Verhaltensanpassung abgeschlossen werden, ohne dass eine Untersuchung notwendig war.
- Neu in die Statistik sind „Andere Verfügungen“ aufgenommen worden. Sie betreffen die Publikation, die Kostenverteilung ausserhalb von Untersuchungen oder Gesuche um Einsicht in Untersuchungsakten. Der hinter den 10 Verfügungen stehende Aufwand ist beträchtlich.
- Die Beratungen haben zugenommen, gleich wie die sonstigen erledigten Anfragen. Zurückgegangen ist die Zahl der Marktbeobachtungen. Der Aufwand in diesen Bereichen ist insgesamt stabil geblieben.
- Die Anzahl Meldungen von Zusammenschlussvorhaben ist gegenüber dem Vorjahr praktisch unverändert. Die Differenz bei „Kein Einwand nach Vorprüfung“ ergibt sich daraus, dass einige Meldungen im Dezember 2013 eingegangen sind, deren Unbedenklichkeit aber erst Anfang 2014 mitgeteilt worden ist.
- Die Beschwerdeverfahren von Bundesverwaltungs- und Bundesgericht haben stark zugenommen, weil neben den Endentscheiden der WEKO vermehrt auch Zwischenverfügungen oder Publikationsverfügungen angefochten worden sind. Die Zahl der Ende 2014 hängigen Beschwerdeverfahren ist nach wie vor hoch.
- Die Stellungnahmen des Sekretariats in Ämterkonsultationen haben weiter zugenommen. Dies stellt bezüglich des Ressourceneinsatzes einen wesentlichen Teil der Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden dar (siehe dazu hinten 5.).
- Im Bereich des Binnenmarktgesetzes verliefen die Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden vergleichbar mit den Vorjahren.

5 Die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden

5.1 Was ist Advocacy?

Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben gemäss den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes den primären Auftrag, gegen unzulässige Kartelle,

den Missbrauch von Marktmacht und bei problematischen Unternehmenszusammenschlüssen mit Verfügungen zu intervenieren. Dazu stehen ihnen einschneidende verfahrensrechtliche Mittel (Ermittlungsinstrumente im verwaltungsrechtlichen Verfahren) und Massnahmen zur Durchsetzung (Verhaltensanordnungen, Sanktionen) zur Disposition. Diese Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden kann als die durchsetzende und abschreckende Rolle bezeichnet werden.

Das Kartellgesetz überträgt den Wettbewerbsbehörden daneben in den Art. 45-49 sekundäre „übrige Aufgaben und Befugnisse“. Gemäss diesen Bestimmungen haben die Wettbewerbsbehörden den Auftrag, **Fürsprecher des Wettbewerbs** zu sein (Advokaten/Anwalts-Rolle, Advocacy-Rolle). Die vom KG diesbezüglich bereit gestellten Instrumente (siehe sogleich unter 4.2) geben den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit über Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären, auf unnötige staatliche Wettbewerbsbeschränkungen hinzuweisen, offene wettbewerbsrechtliche Fragen gutachterlich zu beantworten und allgemein über ihre Tätigkeit und die Vorzüge des Wettbewerbs zu informieren. Dies sind allesamt Instrumente, welche keine verpflichtenden Interventionen der Wettbewerbsbehörden ermöglichen, sondern ihnen generell auftragen, sich auf vielfältige Weise für den gemäss Art. 96 Bundesverfassung zu schützenden Wettbewerb einzusetzen. Diese Advocacy-Rolle der Wettbewerbsbehörden geht in der Schweiz auf das Kartellgesetz von 1962 (Art. 19) zurück, das der damaligen Kartellkommission bereits die Möglichkeit gab, Empfehlungen an Behörden zu richten und Gutachten zu verfassen.

Im internationalen Kontext ist der Advocacy-Rolle der Wettbewerbsbehörden demgegenüber erst in den letzten Jahren eine gesteigerte Bedeutung zugekommen. Andere Wettbewerbsbehörden wie z.B. die Generaldirektion Wettbewerb der EU haben sich lange Zeit fast ausnahmslos auf ihre durchsetzende Rolle beschränkt, indem sie gegen private Wettbewerbsbeschränkungen und allenfalls unzulässige staatliche Beihilfen vorgingen. Die aufklärende und vorbeugende Rolle in Form von Advocacy ist vielfach erst später als unterstützende Funktion erkannt und umgesetzt worden.

Bei der Gründung des International Competition Networks (ICN) im Jahr 2002 wurde u.a. auch eine Advocacy Working Group geschaffen mit dem Auftrag „to develop a toolkit to help you spread the gospel of competition“.³ Die Advocacy Working Group des ICN setzt

³ Siehe Practical Techniques: A Toolkit for Advocacy, S. 1 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc433.pdf>).

diesen Auftrag mit verschiedenen Massnahmen um.⁴

Dazu gehören u.a. praktische Anleitungen und der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden, um einerseits Konsumentinnen und Konsumenten sowie Unternehmen aufzuklären und andererseits staatliche Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen. Hauptziel dieser Aktivitäten ausserhalb der zwangsweisen Durchsetzung ist es, im Kontakt mit anderen staatlichen Stellen den Wettbewerb zu fördern und damit eine gesteigerte Wahrnehmung aller Betroffenen über die Vorzüge eines wirksamen Wettbewerbs zu erreichen.

5.2 Mittel und Instrumente für die Advocacy

Das wirksamste – im Gesetz so nicht genannte – Instrument der Advocacy sind die öffentlich bekannt gegebenen **Entscheide der WEKO**. Die Sanktionierung eines Submissionskartells oder einer Behinderung von Parallelimporten mit hohen Bussen unter Nennung der fehlbaren Unternehmen sowie deren Verbreitung durch die Massenmedien Radio, Fernsehen, Internet und Presse hat eine sehr hohe aufklärende und abschreckende Wirkung bei den Unternehmen wie den Konsumentinnen und Konsumenten. Einerseits sind solche Entscheide für die Medien interessant, weil sie einen hohen Newsgehalt aufweisen und teilweise als „spektakulär“ empfunden werden. Andererseits ist es weit einfacher, den Sinn und Zweck einer Intervention der WEKO und die Folgen von Störungen des Wettbewerbs an einem konkreten Beispiel aufzuzeigen. Eine Aufklärung in Form von abstrakten und theoretischen Beispielen von Wettbewerbsverstössen würde bei den eigentlichen Adressaten (Unternehmen, Konsumentinnen und Konsumenten) kaum mit der gleichen Wirkung ankommen.

Das Kartellgesetz führt in den Artikeln 45-49 unter dem Titel „Übrige Aufgaben und Befugnisse der Wettbewerbsbehörden“ die Mittel und Instrumente für die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden auf. Im Einzelnen handelt es sich um:

- **Marktbeobachtung** (Art. 45 Abs. 1 KG): Die laufende Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse ist für die Wettbewerbsbehörden von zentraler Bedeutung. Die damit gewonnenen Erkenntnisse bilden den Ausgangspunkt für die Durchführung einer systematischen und fokussierten Wettbewerbspolitik in der Schweiz. Die Aufgabe wird vom Sekretariat der WEKO wahrgenommen, indem es selbständig Abklärungen vornimmt sowie Meldungen und Anzeigen von Privatpersonen, Unternehmen, Verbänden, Medien etc. auswertet und eine Triage durchführt, in welchen Fällen ein Kartellrechtsverfahren durchzuführen ist. Im Rahmen der Marktbeobachtung gibt es vielfältige Kontakte mit Unternehmen und Privatpersonen. Häufig ist dies ihr erster Kontakt mit der Wettbewerbsbehörde und sie erfahren dabei, was deren Aufgabe ist. Diese individuellen Kontakte erlauben es auch, über die Rolle der Wettbewerbsbehörde zu informieren.
- **Empfehlungen** (Art. 45 Abs. 2 KG): Wenn die WEKO feststellt, dass eine unnötige staatliche Wettbewerbsbeschränkung besteht oder eine solche geschaffen werden soll, kann sie den betref-

fenden Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, so etwa hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Insbesondere kann sie die zuständigen Behörden auf alternative, weniger wettbewerbsbeschränkende Lösungen hinweisen, um ein im öffentlichen Interesse stehendes Ziel zu erreichen.

- **Stellungnahmen** im Gesetzgebungsverfahren (Art. 46 KG): Die Bestimmung bezieht sich einerseits auf die für die ganze Bundesverwaltung geltenden sinnvollen Verfahren der **Ämterkonsultation** und des **Mitberichts**. Gesetzes- und Verordnungsentwürfe von Bundesämtern, die den Wettbewerb beeinflussen können, sind vorab verwaltungsintern dem Sekretariat der WEKO zur Prüfung zu unterbreiten. Das Sekretariat der WEKO weist auf allfällige wettbewerbsrechtliche Probleme sowie alternative Lösungen hin. Es liefert nur Argumente aus seiner spezifischen Sicht, hat aber kein Entscheid- oder Vetorecht gegen den geplanten Erlass. Bei Gesetzesentwürfen, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen, nimmt die WEKO andererseits im Rahmen der **Vernehmlassung** Stellung. Die WEKO nimmt den Gesetzesentwurf aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unter die Lupe und weist auf mögliche Probleme hin. Der Gesetzgeber muss der Stellungnahme nicht folgen, er hat die Argumente nur – aber immerhin – im Rahmen der Güterabwägung zu würdigen.
- **Gutachten** (Art. 47 KG): Die WEKO verfasst für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Das Sekretariat übernimmt das Gutachten in Fällen von untergeordneter Bedeutung. Spezialbestimmungen in Art. 15 KG, Art. 5 Abs. 4 Preisüberwachungsgesetz und Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz übertragen der WEKO ebenfalls eine Gutachterkompetenz. Die richtige Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse ist vielfach für die konkrete Ausgestaltung der Art der Regulierung zentral, so etwa in den Bereichen Telekommunikation, Energie oder Gesundheitswesen.
- **Veröffentlichung** von Entscheiden und Urteilen (Art. 48 KG): Die Kompetenz der Wettbewerbsbehörden, ihre eigenen Entscheide sowie Urteile von Gerichten in Anwendung des KG zu veröffentlichen, sind die Grundlage für eine transparente Anwendung des Kartellgesetzes. Sie verschaffen den Unternehmen sowie der Praxis und Lehre Rechtssicherheit in Bezug auf die zentralen Bestimmungen des KG, das Verfahren und die Rechtsfolgen eines Verstosses wie beispielsweise Höhe von Sanktionen.

⁴ Siehe <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/workinggroups/current/advocacy.aspx>.

- **Informationspflichten** (Art. 49 KG): Die Wettbewerbsbehörden orientieren die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und erstatten dem Bundesrat jährlich einen Tätigkeitsbericht. Der Inhalt der Information an die Öffentlichkeit und des Jahresberichts geht über die eigentliche Entscheidertätigkeit der Wettbewerbsbehörde hinaus. Sie soll generell über die Wirkungen von Wettbewerb informieren und so zur Förderung desselben im Sinn von Art. 1 KG beitragen.

Eine weitere Tätigkeit des Sekretariats, die auch eine Advocacy-Funktion hat, ist die **Beratung von Unternehmen und Amtsstellen** bei Fragen zum Kartellgesetz (Art. 23 Abs. 2 KG). Solche Beratungen spielen eine wichtige Rolle bei der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen, wenn die Unternehmen sich über mögliche wettbewerbsrechtliche Probleme informieren, bevor sie eine Verhaltensweise umsetzen und bei Vorliegen von solchen Problemen darauf verzichten.

Das Binnenmarktgesetz überträgt der WEKO im Bereich von kantonalen Marktzutrittsschranken vergleichbare Instrumente zur Advocacy in diesem Bereich (Empfehlungen, Gutachten, Erläuterungen, Publikation von Entscheidungen).

5.3 Advocacy-Tätigkeit in der Praxis

Die Ressourcen der Wettbewerbsbehörden werden in einem geringeren Umfang – im Vergleich zur primären Aufgabe der Aufdeckung und Abschreckung – für die Advocacy eingesetzt. Dies entspricht auch dem gesetzlichen Auftrag, welcher die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden als „übrige Aufgaben und Befugnisse“ bezeichnet.

In den Statistiken der Jahresberichte der WEKO finden sich Zahlen zu den oben genannten Instrumenten und Mitteln der Advocacy. Die absolute Höhe der Zahl gibt jedoch keine Information über den Umfang des dahinter stehenden Ressourceneinsatzes. In den Jahren 2010 bis 2014 gab es

- 29 publizierte Entscheide der WEKO, davon 15 mit direkten Sanktionen;
- 344 Marktbeobachtungen des Sekretariats;
- 4 Empfehlungen der WEKO (KG und BGBM);
- 1126 Ämterkonsultationen des Sekretariats;
- 31 Vernehmlassungen der WEKO;
- 6 Gutachten der WEKO;
- 93 Medienmitteilungen der Wettbewerbsbehörden;
- 167 gebührenpflichtige Beratungen des Sekretariats.

In den folgenden Abschnitten werden einige Beispiele aus der Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren aufgeführt. Es handelt sich weder um eine abschliessende Aufzählung, noch werden die Beispiele in der gesamten Breite dargestellt.

5.3.1 Beispiel Submissionswesen

Ein funktionierendes Beschaffungswesen ermöglicht es, öffentliche Gelder effizient einzusetzen. Es ist aus wettbewerbspolitischer Sicht auf zwei Ebenen zu garantieren, jener der potenziellen Anbieter und jener der Beschaffungsstellen. Auf der Ebene der potenziellen Anbieter sind die Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass zwischen ihnen Wettbewerb besteht, der wiederum zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis von Angeboten führt. Eine solche Rahmenbedingung stellt z. B. das Kartellgesetz dar, das der Bekämpfung von wettbewerbsbeeinträchtigenden Submissionsabreden dient. Auf der Ebene der Beschaffungsstellen sind die Regulierungen und Anreize so zu schaffen, dass sich die Beschaffungsstellen für das optimale Preis-Leistungs-Verhältnis der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen einsetzen. Dazu trägt insbesondere das Binnenmarktgesetz bei, indem es u.a. die Benachteiligung von ortsfremden Anbietern untersagt.

Auf die oben erwähnte **Bekämpfung von Submissionsabreden** wird nachfolgend eingegangen. Sie bildet seit 2008 einen thematischen Schwerpunkt im Sekretariat der WEKO.⁵ Gemäss einer Umfrage des Sekretariates der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) aus dem Jahre 2004 haben rund die Hälfte der Befragten einschlägige Erfahrungen im Zusammenhang mit Abreden gemacht.⁶ Submissionsabreden scheinen zum damaligen Zeitpunkt weit verbreitet gewesen zu sein. Entscheide der WEKO, aus welchen hervorgeht, dass Unternehmen systematisch und über Jahre hinweg Submissionen abgesprochen haben, belegen die Verbreitung von Submissionsabreden auch für jüngere Jahre.⁷ Submissionsabreden sind in der Regel mit Folgen wie höheren Preisen, Strukturhaltung sowie geringeren Effizienz- und Innovationsanreizen verbunden. Die WEKO stellte in ihrer Untersuchung betreffend Strassenbeläge Tessin⁸ fest, dass die Offertpreise für Strassenbelagsarbeiten während der Abrede durchschnittlich rund 30 % höher lagen als nach der Abrede. Submissionsabreden sind folglich klar schädlich für die Volkswirtschaft. Sie führen zu überhöhten Ausgaben der öffentlichen Hand, was sich direkt oder indirekt auf die Steuerlast der Bevölkerung und der Wirtschaft auswirkt. Angesichts der jährlichen Beschaffungen der öffentlichen Hand (Bund, Kantone, Gemeinden) von rund CHF 40 Milliarden bei Bauten, Gütern und Dienstleistungen wird das Schädigungspotential von Submissionsabsprachen deutlich.

Die Tätigkeit des Sekretariats beruht dabei auf den folgenden drei Pfeilern:

- Der Pfeiler „**Prävention & Information**“ beinhaltet Massnahmen, welche der Sensibilisierung, der

⁵ Siehe Jahresbericht WEKO 2009, RPW 2010, S. 2.

⁶ BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) UND KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), «Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis», S. 40, Bern 2004. Im Rahmen der Umfrage wurden Vergabestellen, Anbieter und Dritte (Spitzenverbände und Organisationen der Wirtschaft, Vertreter von Kantonen und Gemeinden) befragt.

⁷ Siehe *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (FN 12), Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (FN 11) sowie *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (RPW 2009/3, S. 196 ff.).

⁸ RPW 2008/1, S. 102 f. Rz. 139 ff.

Prävention, der Information, dem Fachaustausch sowie der Stärkung der Rolle der Wettbewerbsbehörden als Ansprechpartner dienen. Das Sekretariat hält Referate und bietet Ausbildungen an, in welchen es insbesondere in die kartellrechtliche und volkswirtschaftliche Problematik von Submissionsabreden einführt, das Vorgehen und die Submissionsentscheide der WEKO erläutert und Indizien für Kartelle erklärt. Das Sekretariat hat mit den meisten Kantonen Gespräche zum Thema Submissionsabreden geführt und ein- oder mehrmals ein entsprechendes Ausbildungsmodul durchgeführt. Im Rahmen der Aus- und Weiterbildung im Beschaffungswesen des Kompetenzzentrums Beschaffungswesen Bund (KBB) für die Bundesverwaltung und die öffentlichen Unternehmungen des Bundes führt das Sekretariat seit 2007 das Modul „Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen“ durch. Auch die in den Beschaffungsmärkten tätigen Unternehmen (Anbieter) und Anwälte/-innen sind mit Referaten und Publikationen informiert worden. Zudem lassen die Wettbewerbsbehörden ihre Erfahrungen und Kenntnisse im Rahmen von Revisionen des Beschaffungsrechts einfließen (aktuell im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts auf Stufe Bund und Kantone).

- Der Pfeiler „**Aufdeckung**“ enthält Massnahmen, welche die Aufdeckung von Submissionsabreden ermöglichen sollen. Zu diesem Zweck wertet das Sekretariat Daten von Vergabeentscheiden aus und sucht mit geeigneten statistischen Methoden nach Auffälligkeiten in den Submissionsdaten. Dieser Pfeiler dient auch den öffentlichen Beschaffungsstellen, denen bei der Aufdeckung von Submissionsabreden eine wichtige Rolle zukommt.
- Der Pfeiler „**Verfolgung**“ schliesslich beinhaltet die Aufdeckung, Beurteilung und Sanktionierung von Submissionsabsprachen mit den Mitteln des Kartellgesetzes. Bestehen Indizien für Submissionsabreden, verfolgen die Wettbewerbsbehörden diese in Marktbeobachtungen, Vorabklärungen und Untersuchungen. Diesbezüglich sei auf die Entscheide der WEKO i.S. Strassenbeläge Tessin⁹, Elektroinstallateure Kanton Bern¹⁰, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau¹¹ sowie Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich¹² verwiesen. Drei aktuelle Untersuchungen betreffen die mögliche Koordination von Ausschreibungen zwischen Bauunternehmen: Strassen- und Tiefbau im Kanton St. Gallen¹³, Hoch-, Tief- und Strassenbau im Kanton Graubünden¹⁴ sowie Tunnelreinigung.¹⁵

In verschiedener Hinsicht zeigt sich, dass die seit einigen Jahren andauernde Investition der Wettbewerbsbehörden Früchte tragen. Die erwähnten Ausbildungen und Vorträge helfen spürbar mit, dass vor allem die Beschaffungsstellen auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden, aber auch Unternehmen und Betroffene hinsichtlich der folgenden Punkte deutlich mehr kartellrechtliches Know-how aufweisen:

- Was ist eine Submissionsabrede und warum sind diese im Beschaffungsprozess problematisch?
- Wie können Beschaffungsstellen Submissionsabreden erkennen? Welches sind die wichtigsten Indizien?
- Wie können Beschaffungsstellen das Risiko von Submissionsabreden reduzieren?
- Wie hängen Vergabeverfahren und kartellrechtliche Verfahren zusammen?
- Wie kann die Beschaffungsstelle den Wettbewerb im Beschaffungsverfahren fördern?
- Welche Gefahren bestehen bei geringem Wettbewerb?

Die Beschaffenden des Bundes besuchen seit 2007 ein Modul der Wettbewerbsbehörden. Das Interesse der Kantone und neu der Gemeinden nahm laufend und gerade in den letzten Jahren deutlich zu. An den Ausbildungen stellen die Teilnehmenden vertiefte Fragen als in den Anfängen der Sensibilisierungskurse der Wettbewerbsbehörden. Auch erhalten die Wettbewerbsbehörden zunehmend Anfragen von Beschaffungsstellen zu laufenden Verfahren.

Die erhöhte Sensibilität der Beschaffungsstellen hängt nicht nur mit den Ausbildungen, sondern auch mit den geführten Verfahren zusammen. Gerade mit den Untersuchungen bezüglich dem Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Tessin, Aargau und Zürich ging ein Ruck durch die Branche. Dies ist nicht nur bei Beschaffungsstellen, sondern auch bei Unternehmen und Betroffenen spürbar. So nahmen Anfragen und die Meldung von Verdachtsmomenten laufend zu. Letztere führten auch zu einigen der jüngeren Verfahren, welche die Wettbewerbsbehörden im Beschaffungsbereich tätigen. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen den Pfeilern „Prävention & Information“ und „Verfolgung“. Zum Pfeiler „Aufdeckung“ gilt es anzumerken, dass eines der jüngeren Verfahren dank der statistischen Methoden eröffnet werden konnte.

Auch auf Stufe der eingangs genannten Ebene der Beschaffungsstellen setzen sich die Wettbewerbsbehörden seit Jahren dafür ein, dass sich die Beschaffungsstellen für Wettbewerb im Beschaffungsprozess und für das optimale Preis-Leistungs-Verhältnis der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen einsetzen.¹⁶ Dies bildet einen festen Bestandteil in den in diesem Abschnitt erwähnten Sensibilisierungen und Ausbildungen. Dazu gehört ebenfalls die Anwendung des Binnenmarktgesetzes, das Spezialthema im Jahresbericht 2012 bildete.

⁹ RPW 2008/1, S. 102 f. Rz. 139 ff.

¹⁰ RPW 2009, S. 196 ff. (rechtskräftig).

¹¹ RPW 2012, S. 270 ff. (teilweise nicht rechtskräftig).

¹² RPW 2013, S. 524 ff. (rechtskräftig).

¹³ Informationen abrufbar unter <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N7077030/N2013.07161124.pdf>>.

¹⁴ Informationen abrufbar unter <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N7170944/N2013.07198688.pdf>>.

¹⁵ Informationen abrufbar unter <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N6992804/N2013.07063184.pdf>>.

¹⁶ Vgl. dazu etwa die wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, durch das Sekretariat der WEKO (RPW 2006/2, S. 392 ff.).

5.3.2 Beispiel Landwirtschaft

Ein anderes Beispiel dafür, dass die über Jahre erfolgten Stellungnahmen, Informationen und Aufklärung durch die Wettbewerbsbehörden bei den betroffenen Unternehmen und Behörden das Bewusstsein der wettbewerblichen Grundanliegen verbessert haben, ist die **Landwirtschaft**. Die Wettbewerbsbehörden haben sich intensiv in die Diskussionen um die Liberalisierung der Landwirtschaft (bis zur aktuell geltenden AP 2014-2017) eingebracht, haben immer wieder auf die positiven Wirkungen eines wirksamen Wettbewerbs und auf die Folgen von staatlichen und staatlich erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen hingewiesen.

Ein beträchtlicher Teil der oben in der Statistik genannten Ämterkonsultationen ging an die Adresse des zuständigen Bundesamtes für Landwirtschaft (BLW). Während dieses bei den Wettbewerbsbehörden in den Jahren vor dem Millenniumswechsel den Eindruck hinterliess, tendenziell eher die produzierenden Landwirtschaftsbetriebe vor zu viel Markt schützen zu wollen, hat es in den letzten Revisionen des Landwirtschaftsgesetzes und der ausführenden Verordnungen immer wieder die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden gesucht, um in die Diskussionen mit den Interessenvertretern aus Produktion, Verarbeitung und Handel auch die Interessen des Wettbewerbs einfließen zu lassen. Die häufigen und nicht mehr auf eine grundsätzlich ablehnende Haltung stossenden Interventionen der Wettbewerbsbehörden sowie die vielfältigen Kontakte zwischen dem BLW und dem Sekretariat auf Stufe des Fachpersonals haben deutliche Spuren hinterlassen. Die Wettbewerbsbehörden werden vielfach bei Fragen ausserhalb der Ämterkonsultationen kontaktiert, weil das Bewusstsein der Mitarbeitenden des BLW sie mögliche wettbewerbsrechtliche Fragestellungen erkennen lassen.

Die **dauerhafte Präsenz** der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Landwirtschaft hat auch auf Seiten der Unternehmen und Verbände dazu geführt, dass wettbewerbsrechtlich problematische Verhaltensweisen nicht erst im Falle der Widerhandlung zur Wettbewerbsbehörde gelangen. So plante beispielsweise der Verband der Schweizer Milchproduzenten im Hinblick auf die Aufhebung der staatlichen Milchkontingentierung die Belieferung der grossen Molkereiunternehmen in einem gemeinsamen Milchhandelsunternehmen aller Produzentenorganisationen zusammenzufassen. Die Grossmolkeereien hätten dadurch praktisch keine Wahlmöglichkeit gehabt, bei welcher Produzentenorganisation sie die Milch zu welchem Preis beziehen konnten. Das gemeinsame Milchhandelsunternehmen hätte die staatliche weitgehend durch eine private Mengen- und Preissteuerung ersetzt. Die Milchproduzenten erkannten das mögliche wettbewerbsbehindernde Potential dieser Konstellation und baten das Sekretariat der WEKO um eine Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG. Das Sekretariat kam zum Ergebnis, dass bei der gemeinsamen Vermarktung über das geplante Milchhandelsunternehmen starke Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsabrede vorlagen und stellte in Aussicht, bei der Umsetzung eine Untersuchung nach Art. 27 KG zu eröffnen. Gestützt auf diese Beratung verzichteten die Milchproduzenten auf die geplante gemeinsame Vermarktung.

5.3.3 Beispiel Infrastrukturmärkte

Ein weiteres typisches Feld für die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden ergibt sich in den Bereichen, für die politisch das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) verantwortlich zeichnet. Es handelt sich um Märkte, die wegen ihres besonderen Charakters als **netzbasierte Infrastrukturen** geprägt sind von Fragen der Zugangs- und Preisregulierung, der Wettbewerbsneutralität, des Service Public etc. Viele dieser Fragen aus den sektorspezifischen Regulierungen liegen im Schnittbereich zum allgemeinen Wettbewerbsrecht und führen daher zu regelmässigen Kontakten zwischen den Wettbewerbsbehörden und den verantwortlichen Stellen des UVEK. So war beispielsweise mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) und der Kommunikationskommission (ComCom) zu klären, was unter einer problematischen medienpolitischen Medienkonzentration (Art. 74 f. und 44 Abs. 1 Bst. g RTVG) und einer wettbewerbsrechtlich angreifbaren Medienkonzentration zu verstehen ist.

Viele der Kontakte zwischen den Wettbewerbsbehörden und den Ämtern des UVEK finden in Form von Ämterkonsultationen statt. Die immer wieder vorgetragenen wettbewerbsrechtlichen Stellungnahmen zeigen insofern Wirkung, dass sie vermehrt auch ausserhalb der eigentlichen Gesetzgebung aktiv bei den Wettbewerbsbehörden abgeholt werden. So hat beispielsweise das UVEK im Vorfeld der Revision der Fernmeldedienstverordnung bei der WEKO ein Gutachten zu Fragen eingeholt, die zwischen den involvierten Departementen aus wettbewerbspolitischer Sicht umstritten waren. In einem anderen Zusammenhang haben die mehrfachen Stellungnahmen der Wettbewerbsbehörden die politische Diskussion zum Service Public im Medienbereich um eine Dimension erweitert. Viele von staatlichen oder staatsnahen Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten sind seit jeher dem Service Public zugeordnet. Bei der Revision der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen sind sowohl die Zuordnung dieser Tätigkeit zum Service Public als auch die damit verbundenen staatlichen Unterstützungsmassnahmen regelmässig kaum in Frage gestellt worden. Die Wettbewerbsbehörden haben mehrfach angeregt (u.a. im Medienbereich), dies angesichts des technologischen Wandels und allenfalls geänderter Erwartungshaltungen der Betroffenen politisch zur Diskussion zu stellen und in den Botschaften des Bundesrates zu Gesetzesrevisionen entsprechende Ausführungen und Fragen aufzunehmen.

5.3.4 Beispiel Gesundheitswesen

Im vom Staat regulierten Bereich des Gesundheitswesens war und ist Advocacy eine komplexe und komplizierte Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden. Ziel des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) ist seit seinem Inkrafttreten ein von gesetzlichen Bestimmungen eingerahmtes Wettbewerbssystem einzurichten (regulierter Wettbewerb), welches das Spiel zwischen Angebot und Nachfrage ermöglichen und gleichzeitig etwaige Fehlanreize verhindern soll. Im Verlauf der Jahre hat die Lösung verschiedener Problematiken jedoch immer mehr zu einer Überregulierung, manchmal sogar zu Formen von Fehlregulierungen geführt, indem der Spielraum der Wettbewerbsmechanis-

men, positive Wirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, verringert wurde. Der Wettbewerb im Bereich des Gesundheitswesens scheint, sogar in den Augen von Vertretern des freien Wettbewerbs, durch staatliche Regeln eingeschränkt werden zu müssen. Nichtsdestotrotz haben die Wettbewerbsbehörden ihre Befugnisse genutzt und sich weiterhin dafür eingesetzt, dass das Schweizer Gesundheitssystem auch in Zukunft den Regeln des Marktes folgt. Seit 2004 wurden beispielsweise gewisse Vorschläge der WEKO betreffend die Teilrevision des KVG (z.B. die Verfeinerung des Risikokompensationssystems) umgesetzt. Andere Vorschläge sind auch nach zehn Jahren noch aktuell und werden regelmässig im Rahmen von parlamentarischen und öffentlichen Debatten diskutiert; so beispielsweise die Vertragsfreiheit, die monistische Spitalfinanzierung oder die Einführung von Referenzpreisen für rückvergütbare Medikamente. Diese Massnahmen werden möglicherweise, angesichts der Herausforderungen, die in Zukunft auf das Gesundheitswesen in der Schweiz zukommen werden, früher oder später ihren Platz im KVG finden.

5.4 Schlussfolgerung

Die Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden ist bezüglich der Wirkungen auf eine lange Frist angelegt.

Schnelle Erfolge sind – wie die Praxisbeispiele oben zeigen – die Ausnahme. Vielmehr bedarf es eines seriösen und gezielten Einsatzes der Instrumente, um sich bei den angesprochenen Kreisen Gehör zu verschaffen und sie für wettbewerbsrechtliche Fragestellungen zu sensibilisieren. Erst wenn es den Wettbewerbsbehörden gelingt die betreffenden Unternehmen und Behörden aus einem bestimmten Bereich zu überzeugen, dass die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze – neben möglichen anderen öffentlichen Interessen – ihre Berechtigung haben, entsteht ein Vertrauensverhältnis, in dem die Behörden und Unternehmen von sich aus auf die Wettbewerbsbehörden mit relevanten Fragestellungen zugehen. Ist ein solches Vertrauensverhältnis einmal aufgebaut, muss es gepflegt und wenn möglich auf weitere Bereiche ausgedehnt werden. Dies alles braucht – neben der Hauptaufgabe der Aufdeckung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen – Zeit und Ressourcen um mittels Advocacy der Wettbewerbsbehörden „den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“ (siehe Art. 1 KG) und damit dem Zweck des Kartellgesetzes zu dienen.

A 1.	2. Rapport annuel 2014 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Indice

1	Préface du Président	3	3.4.3	Secteur automobile	13
2	Décisions les plus importantes en 2014	4	3.4.4	Agriculture	14
3	Activités dans les différents secteurs	6	3.5	Marché intérieur	14
3.1	Construction	6	3.6	Investigations	16
3.1.1	Accords de soumission	6	3.7	Relations internationales	16
3.1.2	Autres procédures	6	3.8	Aucune révision de la loi sur les cartels	17
3.2	Services	7	4	Organisation et statistiques	18
3.2.1	Services financiers	7	4.1	COMCO et Secrétariat	18
3.2.3	Marchés de la santé	9	4.2	Statistique	19
3.3	Infrastructures	9	5	L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence	21
3.3.1	Télécommunications	9	5.1	Qu'est-ce que l'advocacy ?	21
3.3.2	Médias	10	5.2	Moyens et instruments de l'advocacy	22
3.3.3	Energie	11	5.1	L'activité d'advocacy dans la pratique	23
3.3.4	Autres domaines	12	5.1.1	Exemple en matière de soumissions	24
3.4	Marchés de produits	12	5.1.2	Exemple en matière d'agriculture	26
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	12	5.1.3	Exemple en matière d'infrastructures	27
3.4.2	Industrie horlogère	13	5.1.4	Exemple domaine de la santé	28
			5.2	Conclusions	28

1 Préface du Président

La principale tâche des autorités de la concurrence consiste à mettre au jour et à interdire les restrictions illicites à la concurrence dans des cas particuliers. Par ailleurs, les autorités de la concurrence sont appelées, de manière générale, à intervenir en se faisant « les avocats de la concurrence ». Cette activité des autorités de la concurrence qu'on désigne par le terme « d'advocacy » est beaucoup moins bien comprise du public que le fait de rendre des décisions dans des cas d'espèce. Le présent rapport annuel traite donc, comme thème principal, de ce rôle d'advocacy des autorités de la concurrence, afin de mieux le présenter.

Les instruments prévus par la loi sur les cartels en matière d'advocacy, dont peuvent se servir les autorités de la concurrence (consultations, consultations des offices, avis, informations au public, ainsi qu'observations de marché et conseils du Secrétariat), sont pour l'essentiel de nature informelle. Ils permettent en particulier à la COMCO et à son Secrétariat d'expliquer en quoi consistent les restrictions à la concurrence, de relever les entraves de droit public à la concurrence qui sont inutiles et de répondre par des avis aux questions du droit de la concurrence demeurant ouvertes. Ils permettent aussi, de manière générale, de renseigner le public sur les activités des autorités de la concurrence et l'importance de la concurrence du point de vue économique. Les autorités de la concurrence assument la même fonction s'agissant des entraves cantonales à l'accès au marché. Elles ont recours à cet égard aux instruments prévus par la loi sur le marché intérieur (LMI) (recommandations, enquêtes, avis et conseils). En pratique, l'activité d'advocacy est devenue un instrument important aboutissant ex ante à des résultats convaincants, qui permet d'éviter des éventuelles restrictions à la concurrence.

L'instrument le plus efficace de l'advocacy est et restera celui de la communication au public, en temps utile, des décisions de la COMCO et de leur publication intégrale. Sanctionner un cartel de soumission ou une entreprise, qui a empêché les importations parallèles en Suisse et communiquer aux médias les décisions s'y rapportant, en mentionnant le nom de l'entreprise en cause et les amendes qui lui sont infligées, permet, de façon notable, de dissuader les entreprises et les consommateurs/trices d'agir de la sorte et de les renseigner sur ces points. Il est plus aisé pour les autorités de la concurrence d'informer les personnes concernées sur le sens et le but d'une intervention de la COMCO et sur les conséquences d'une entrave à la concurrence, lorsqu'elles prononcent des décisions et traitent de cas d'espèce. Ces personnes comprennent également mieux ce dont il est question à ces occasions.

L'année passée, les autorités de la concurrence ont également rendu des décisions qui pouvaient être comprises du public. Elles ont ouvert de nouvelles procédures. Elles ont notamment sanctionné l'Agence Télégraphique Suisse SA (ATS) qui avait écarté un concurrent, ouvert une nouvelle enquête sur les manipulations dans le négoce de devises et dans le domaine du leasing automobile.

En septembre 2014, la révision de la loi sur les cartels n'a pas abouti au parlement. Le projet de révision traitait certes des questions de l'interdiction partielle des cartels ou de la modernisation de la procédure de contrôle des concentrations, qui auraient pu contribuer à davantage de sécurité du droit et faciliter le travail des autorités de la concurrence. La COMCO ne considère toutefois pas que ce résultat soit vraiment négatif. En effet, la loi sur les cartels en vigueur prévoit déjà les instruments nécessaires à mettre au jour et éviter les restrictions à la concurrence. En outre, les autorités de la concurrence fonctionnent bien en principe. Ces deux constatations ressortent de l'évaluation de la loi sur les cartels de 2009. Et elles sont, pour l'essentiel, toujours d'actualité. Les autorités de la concurrence continueront donc d'assumer les tâches que leur confère la loi, en rendant des décisions et en exerçant leur activité d'advocacy de façon ciblée.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Président COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2014

Par décision du 30 juin 2014, la COMCO a clos son enquête ouverte contre **Jura Elektroapparate AG** (Jura). Il existait un accord entre la société Jura et ses distributeurs prévoyant de renoncer au commerce en ligne de machines à café Jura. Conformément à la décision de principe de la COMCO dans le domaine du commerce en ligne du 11 juillet 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG), Jura s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable, à permettre en principe la vente par internet aux revendeurs de machines à café agréés selon le système de distribution sélective en cause.

La COMCO, par décision du 14 juillet 2014, a approuvé un accord amiable passé entre son Secrétariat et l'**Agence Télégraphique Suisse SA** (ATS) et infligé à cette dernière une amende d'un montant de 1,88 million de francs. L'ATS s'est engagée dans l'accord amiable à ne plus conclure d'accords d'abonnement exclusifs avec ses clients. De plus, l'ATS s'est engagée à appliquer un système de rabais transparent et à garantir un accès non-discriminatoire à ses services. Il devrait ainsi être assuré que tous les médias en Suisse soient traités de manière égale par l'ATS et que la concurrence sur les marchés des médias et de la publicité en aval ne soit pas faussée. L'enquête a révélé que l'ATS, entre la fin de l'année 2008 et le début de l'année 2010, avait conclu des contrats d'abonnement assortis de rabais exclusifs avec un cercle choisi d'entreprises de Suisse allemande. Ces rabais étaient liés à la condition que les entreprises concernées aient exclusivement recours au service de base pour les actualités de l'ATS et sans s'abonner simultanément au service correspondant d'AP Schweiz. Grâce à l'octroi de rabais exclusifs, l'ATS a abusé de sa position dominante et illicitement entravé sa concurrente d'alors, AP Schweiz, dans son accès à la concurrence.

La COMCO avait ouvert, au printemps 2009, en raison de plaintes, l'enquête contre **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA). Les reproches en cause portaient sur le fait qu'ETA désavantageait ses clients hors groupe par rapport aux sociétés du Swatch-Group, en augmentant ses prix et en modifiant ses conditions d'achat à leur détriment. Cette enquête a été suspendue du mois de juin 2011 au mois de novembre 2013, durant la durée de l'enquête portant sur la diminution échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques. La COMCO a clos l'enquête ouverte contre ETA par décision du 14 juillet 2014, dans la mesure où il n'existait pas suffisamment d'indices, selon lesquels ETA aurait agi de manière discriminatoire ou aurait été guidée par des motifs étrangers. En effet, ETA a augmenté ses prix et modifié ses conditions d'achat de la même manière pour tous ses clients. En outre, dans sa décision du 21 octobre 2013, la COMCO a approuvé la diminution échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques résultant d'un accord amiable. Cet accord contient aussi, entre autres, des dispositions sur les conditions d'achat et de prix, valables jusqu'à ce qu'ETA n'ait plus l'obligation de livrer, le 31 décembre 2019.

Par sa décision du 8 août 2014, la COMCO et un des Vice-présidents ont approuvé l'accord amiable conclu

entre le Secrétariat et **AMAG Automobil- und Motoren AG** et clos la procédure menée contre cette partie. L'enquête ouverte en mai 2013 en raison d'éventuels accords en matière de concurrence était dirigée contre différents concessionnaires suisses des marques du groupe Volkswagen, soit VW, Audi, Škoda et Seat; parmi ceux-ci figurait aussi AMAG. L'enquête portait sur une éventuelle détermination de rabais et de réductions forfaitaires lors de la vente au détail de véhicules neufs des marques en question. Par cet accord amiable, AMAG s'est engagée à ne mettre en œuvre aucun accord sur la détermination de rabais et de réductions forfaitaires et à n'échanger aucune information sensible sur les prix avec ses concurrents. Dans la mesure où AMAG s'était auto-dénoncée, aucune sanction ne lui a été infligée. Les autres parties à la procédure ont interjeté recours contre cette décision.

Le **Tribunal administratif fédéral** (TAF) a annulé, par arrêt du 23 septembre 2014, les décisions et sanctions prononcées par la COMCO en date du 18 octobre 2010 contre SFS unimarket AG, Siegenia-Aubi AG et Paul Koch AG. Ces entreprises s'étaient entendues, lors d'une entrevue le 22 septembre 2006, pour déterminer le montant des augmentations de prix des ferrements de fenêtres et pour déterminer à quel moment de telles augmentations interviendraient. La COMCO a considéré que cet accord sur les prix était illicite. Le Tribunal arrive pour l'essentiel à la conclusion qu'on ne peut pas répondre à la question de savoir, si la restriction à la concurrence résultant de l'accord conclu lors de l'entrevue en cause serait uniquement à l'origine d'un accord horizontal sur les prix entre entreprises ou découlerait des indications sur les prix des producteurs européens ou des deux états de faits. Par conséquent, il n'a pas été prouvé qu'on pouvait bel et bien reprocher à l'entreprise d'avoir conclu un accord illicite sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart. A la demande de la COMCO, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a interjeté au Tribunal fédéral un recours en matière de droit public contre deux des trois arrêts concernés.

L'enquête dans le domaine des **ferrements pour portes** a été close par décision du 17 novembre 2014. La COMCO a sanctionné cinq revendeurs suisses de ferrements pour portes (poignées, serrures et charnières) en leur infligeant des amendes d'un montant total de 185'000 francs. L'un des vendeurs a bénéficié d'une réduction totale de sanction, dans la mesure où il s'est dénoncé le premier aux autorités de la concurrence. L'enquête contre le fabricant a été classée sans suite, car aucune infraction à la loi sur les cartels n'a pu être prouvée à son encontre. Dans ce cas, cinq revendeurs suisses de ferrements pour portes se sont rencontrés annuellement entre 2002 et 2007 pour déterminer les marges minimales à respecter lors de la revente de quantités importantes de ferrements pour portes. Une autre entreprise a participé en 2007 à cette rencontre annuelle du cartel. Un tel accord sur les prix constitue un cartel horizontal dit « dur ».

La COMCO a mis un terme à son enquête sur le marché des cartes de crédit par un accord amiable en date du 1^{er} décembre 2014. Cet accord prévoit une réduction de

la commission d'**interchange** moyenne à 0,44 % (actuellement de 0,95 %) **pour les cartes de crédit** MasterCard et Visa. Toutes les parties impliquées dans l'enquête ont signé l'accord amiable avec la COMCO. Ces dernières sont d'une part les entreprises qui émettent des cartes de crédits (ci-après: Issuers) et, d'autre part, les entreprises qui s'occupent de recruter des commerçants pour l'acceptation de cartes de crédits et qui concluent avec eux des contrats spécifiques (ci-après: Acquirers). La réduction concerne la commission d'interchange applicable en Suisse. Il s'agit de la commission versée par l'Acquirer à l'Issuer au moment où un achat est fait au moyen d'une carte de crédit suisse auprès d'un commerçant suisse. Comme en 2005, la COMCO est arrivée à la conclusion que ces commissions d'interchange constituent un accord cartellaire, dans la mesure où elles sont déterminées en commun et mises en œuvre par les acteurs du marché. La COMCO part cependant du principe que ces accords peuvent être justifiés, si ces commissions d'interchange sont fixées à un niveau où le moyen de paiement utilisé par le client (cash ou carte de crédit) ne joue plus aucun rôle pour le commerçant. La baisse des commissions d'interchange va intervenir en deux étapes: une première baisse à 0,7 % le 1^{er} août 2015 et une seconde baisse à 0,44 % le 1^{er} août 2017. En comparaison avec la situation actuelle, le marché devrait pouvoir économiser 50 à 60 millions par année. Les cartes de débit, particulièrement le système Maestro qui continue de fonctionner sans commission d'interchange, ne font pas l'objet de la procédure et de l'accord amiable.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

En août 2014, le Secrétariat a clos l'enquête préalable ouverte en 2013 concernant le système d'annonce des fédérations cantonales d'entrepreneurs. Le Secrétariat s'est procuré une vue d'ensemble, pour savoir quelles fédérations disposent encore d'un tel système et sous quelle forme. Il a analysé les effets de ces systèmes et a conclu que ces systèmes d'annonce favorisaient les accords de soumission entre entreprises de construction et qu'ils pouvaient entraver la concurrence. Par conséquent, le Secrétariat a proposé aux fédérations cantonales notamment que les autres participants à ce système ne puissent plus voir quelles autres entreprises envisagent de faire une offre avant le délai de remise des offres.

Le 30 octobre 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête dans la construction en Engadine inférieure contre diverses entreprises de construction actives dans les routes, le génie civil et la construction ainsi que les marchés en amont et a effectué des perquisitions. Le Secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. En raison des informations obtenues des investigations, cette enquête a été étendue à d'autres entreprises le 22 avril 2013 ainsi qu'à l'ensemble du canton des Grisons. Des perquisitions ont été à nouveau effectuées.

Le 5 février 2013, le Secrétariat a ouvert une enquête concernant le nettoyage des tunnels contre trois entreprises actives dans plusieurs régions et a effectué des perquisitions. Le Secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. Une analyse des données saisies et des offres ainsi qu'une analyse du marché approfondie auprès des adjudicateurs de ce type de travaux ont été effectuées. Le Secrétariat a laissé parvenir sa proposition à la COMCO au sens de l'art. 30 al. 2 LCart aux parties pour prise de position en novembre 2014.

Le Secrétariat a ouvert le 15 avril 2013 une enquête «construction See-Gaster» avec des perquisitions contre six entreprises actives dans le domaine des routes et du génie civil. Le Secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont fait des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. Le 21 octobre 2013, le Secrétariat a étendu l'enquête à deux entreprises supplémentaires dans la région cible. Des perquisitions ont à nouveau été effectuées. L'analyse des données saisies est terminée. Les parties ont eu accès au dossier en décembre 2014.

Comme mentionné dans la partie concernant l'Advocacy (voir ci-après 5), la sensibilisation des adjudicataires constitue un instrument important pour lutter contre les accords de soumission. En 2014, une campagne de sensibilisation a eu lieu dans les cantons de Bâle-ville, Bâle campagne, Berne, Glarus, Lucerne, Schaffhouse, Soleure, Thurgovie et Zurich. Dans ce cadre, le Secrétariat a participé à diverses rencontres, a tenu des présentations et a participé à des débats avec des entreprises, des avocats et des représentants de l'exécutif.

3.1.2 Autres procédures

Dans le cadre de l'enquête ouverte le 22 novembre 2011 concernant les grossistes en sanitaires, le Secrétariat a fait parvenir en novembre 2014 à la COMCO sa proposition et les prises de position des parties.

La COMCO a sanctionné par décision du 17 novembre 2014 les membres de revendeurs dans le domaine des éléments pour portes. Cinq revendeurs suisses de poignées, de serrures et de charnières pour portes (ferrements pour portes) se sont rencontrés chaque année entre 2002 et 2007 pour la fixation de marges minimales pour la vente de ferrements en grande quantité. Une autre entreprise a participé en 2007 à la rencontre annuelle. Les marges minimales concernaient les produits de l'entreprise Glutz AG et devaient être appliquées lors de la revente de ferrements pour portes aux fabricants de portes (par ex. les menuisiers). La COMCO a jugé que cet accord était illicite et a sanctionné les revendeurs par une amende totale de 185'000 francs. L'enquête a été classée envers le fabricant Glutz AG car aucune infraction à la loi n'a pu être prouvée à son égard.

Suite aux deux enquêtes concernant les accords de soumission sur les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie et de Zurich, plusieurs maîtres d'ouvrages publics ont demandé accès aux actes de procédure concernant leurs soumissions affectées par un accord illicite. Ces demandes découlent de l'anonymisation des

décisions de la COMCO (les projets concrets de construction touchés par les accords illicites ne sont pas nommés). Le 6 août 2014, la COMCO a suspendu les demandes concernant la décision du canton d'Argovie, car les recours contre celle-ci sont encore pendants devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). Le 8 septembre 2014, la COMCO a pris une décision concernant l'accès à la décision sur le canton de Zurich (accès partiel aux pièces de la procédure). Deux entreprises ont fait recours au TAF contre l'accès partiel accordé aux maîtres d'ouvrages.

Le TAF a donné droit aux trois recours contre les décisions de la COMCO concernant les ferrements pour fenêtres en septembre 2014. La COMCO et le DEFR ont décidé après une longue réflexion de faire recours contre deux des jugements (Paul Koch AG; Siegenia Aubi AG) devant le Tribunal fédéral. Selon le TAF, il n'est pas prouvé au-delà de tout doute qu'un accord sur les prix a été passé. Concernant ce point, la COMCO fait valoir en particulier une violation du droit fédéral, parce que le TAF fixe des exigences légales trop élevées à la preuve de l'existence d'un accord horizontal sur les prix (cartel). Les questions de preuve encore ouvertes sur un accord sur les prix n'existent pas selon la COMCO. Contre le jugement concernant SFS AG, la COMCO a renoncé à faire recours, car la non-participation de SFS selon le TAF à l'accord en question est une question de faits qui ne peut être soulevée devant le Tribunal fédéral

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des services financiers, l'enquête relative aux commissions d'interchange pour les cartes de crédit a été clôturée moyennant un accord amiable, approuvé par la COMCO le 1^{er} décembre 2014. Cet accord amiable prévoit l'abaissement des commissions d'interchange domestiques à 0,44 % (actuellement 0,95 %). Comme en 2005 (cf. RPW 2006/1, S. 65 ss), la COMCO est d'avis que les commissions d'interchange représentent un accord en matière de concurrence parce qu'elles sont fixées et appliquées en commun par les entreprises. Elle a retenu que cet accord peut être justifié si les commissions se situent à un niveau auquel il ne joue pas de rôle pour le commerçant que le paiement intervienne en espèces ou par carte de crédit, c'est-à-dire lorsque le commerçant est indifférent au regard du moyen de paiement. Ce « Merchant Indifference Test » (ou « Tourist Test ») est économiquement fondé et se base sur une publication de Jean Tirole¹, lauréat du prix Nobel d'économie en 2014. L'accord amiable a été signé par tous les destinataires de l'enquête, c'est-à-dire par tous les Issuers et Acquirers. Cet accord prévoit un abaissement en deux étapes: la première pour le 1^{er} août 2015 à 0,7 %, la deuxième pour le 1^{er} août 2017 à 0,44 %. La résiliation de l'accord amiable est possible le 1^{er} août 2019 au plus tôt. En sus, l'accord amiable contient un mécanisme d'adaptation dynamique: la valeur absolue des augmentations et des diminutions de la limite supérieure des commissions d'interchange pour les cartes de crédit dans l'Union européenne - actuellement de 0,3 % - est reprise en Suisse (si p.ex. le taux dans l'UE venait à être abaissé à 0,2 %, le taux en Suisse baisserait à 0,34 %). Le méca-

nisme d'adaptation dynamique est censé assurer que l'accord amiable subsiste à long terme. Finalement, l'interdiction de la « Non-Discrimination-Rule » (NDR), introduite en 2005, a été levée. Ceci signifie que les Acquirers peuvent réintroduire une clause dans leurs contrats avec les commerçants interdisant à ces derniers de demander des prix différents selon les moyens de paiement. La levée de l'interdiction est en lien avec l'abaissement considérable des commissions d'interchange qui devrait avoir pour résultat que l'acceptation de cartes de crédit ne conduise pas, chez le commerçant, à des coûts supplémentaires par rapport à un paiement en espèces.

En outre, le Secrétariat poursuit son enquête relatives aux accords en relation avec les manipulations sur les taux de référence Libor, Tibor et Euribor ainsi que sur les produits dérivés s'appuyant sur ces taux. L'autorité suisse de la concurrence a demandé pour la première fois, sur la base de la Convention de La Haye en matière civile ou commerciale (cf. RPW 2014/2, S. 450 ss), l'entraide judiciaire à la France qui le lui a accordée via le ministère de la justice français qui l'a ensuite transmise pour décision à deux tribunaux français.

Durant l'année considérée, deux autres enquêtes ont été ouvertes dans le domaine des services financiers. La première concerne de possibles accords illicites entre différentes banques en relation avec la fixation de divers taux de change (Forex): l'échange d'informations confidentielles, coordination générale à des niveaux de prix concertés en relation avec des transactions avec d'autres participants du marché, actions coordonnées afin d'influencer le WM/Reuters Fix ainsi que coordination de l'achat et de la vente de devises.

La seconde enquête concerne le leasing automobile. L'enquête a été ouverte en raison d'indices, selon lesquels des sociétés financières appartenant à des groupes de fabricants d'automobiles, respectivement d'importateurs (« Captives financières ») auraient échangé des informations sensibles relatives aux taux de leasing et financement de véhicules automobiles et auraient ainsi conclu des accords sur les prix. Plus particulièrement, ces entreprises auraient échangé des informations relatives notamment aux taux d'intérêt, aux conditions contractuelles, au montant des commissions versées aux concessionnaires, ainsi que sur des frais divers.

3.2.2 Professions libérales et services professionnels

Une enquête préalable concernant des services de maintenance et de support pour des appareils de réseau Cisco Systems a pu être clôturée grâce à des engagements portant sur des ajustements de la communication vis-à-vis des clients finaux. L'enquête préalable a été ouverte sur la base d'une plainte d'une entreprise indépendante de Cisco Systems offrant des services de maintenance et de support. Selon cette plainte, Cisco

¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), p. 462 ss., 2011.

Systems disposerait d'une position dominante pour certains appareils de réseau, notamment les routeurs et les switchs. L'abus de position dominante consisterait dans le fait que l'achat des mises à jour des systèmes d'exploitation serait possible seulement dans le cadre de packages onéreux de maintenance et de support. Durant l'enquête préalable, Cisco Systems a indiqué plusieurs possibilités pour les clients finaux d'acheter des mises à jour de systèmes d'exploitation indépendamment de services additionnels de maintenance et de support de Cisco System ou même de les obtenir gratuitement. De plus, Cisco Systems permet en principe le transfert de licences de software de systèmes d'exploitation entre clients finaux – soit directement, soit par des parties tierces – au sein de l'espace économique européen et en Suisse. L'enquête a pu être clôturée car Cisco System a confirmé les éléments mentionnés par écrit et a également proposé de prendre des mesures concernant la communication envers les clients finaux.

L'enquête en cours contre Booking.com, Expedia et HRS dans le domaine des plateformes de réservation d'hôtels en ligne se situe à un stade avancé. Dans le cadre de cette enquête, le TAF a décidé que l'association d'hôtels Hotelleriesuisse n'avait pas la qualité de partie, confirmant ainsi la décision incidente du Secrétariat. Au courant de l'année 2014, des auditions de parties ont encore eu lieu.

3.2.3 Marchés de la santé

La COMCO a déposé un recours contre la décision du TAF concernant le cas des médicaments hors-liste. L'arrêt du TAF est d'une importance fondamentale car il nie l'application de la loi sur les cartels dans ce domaine et parce que, du point de vue des autorités de la concurrence, il est incorrect.

Dans le domaine de l'enquête relative à la commercialisation d'informations médicales électroniques nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse, le Parlement est en train de discuter des informations médicales en rapport à l'art. 57a de la loi sur les agents thérapeutiques (RS 812.21) qui est en révision. La question de fond est de savoir si la plateforme sur les médicaments (AIPS) créé par swissmedic continuera à être la référence pour la publication d'informations médicales ou si cette tâche devrait être assumée par les entreprises pharmaceutiques en collaboration avec les fournisseurs de prestations.

Dans l'enquête préalable concernant le niveau de concurrence sur l'ensemble des échelons impliqués dans la distribution de médicaments en Suisse l'activité des Pre-Whole-Saler (PWS), c'est-à-dire des entreprises qui offrent des services d'entreposage aux entreprises pharmaceutiques qui désirent déléguer (out-sourcing) ce type d'activités, était au centre des investigations. La distribution de médicaments en Suisse est marquée, d'une part, par la quasi impossibilité d'importer des médicaments de façon parallèle et, d'autre part, l'intégration verticale croissante dans la distribution de médicaments. Dans ce contexte, certaines prestations financières (p.ex. acceptation du du croire) des PWS font l'objet d'un examen particulier.

Pour ce qui concerne le secteur hospitalier, les autorités judiciaires ont pris des décisions centrales en faveur de la concurrence. D'une part, le TAF a statué que dans le cadre du système de financement actuel, les hôpitaux sont sensés pouvoir faire des bénéfices aussi dans le domaine de l'assurance-maladie de base ce qui est décisif pour que la concurrence indirecte voulue par le législateur déploie ses effets positifs. Cette conclusion a été aussi souvent défendue par les autorités de la concurrence. D'autre part, les cantons sont tenus aussi lors de la planification intercantonale de la médecine hautement spécialisée de respecter un certain nombre de principes. Comme la COMCO l'a souligné dans le préavis sur la planification hospitalière, ces principes doivent permettre de garantir d'une part, une égalité de traitement entre les établissements publics et privés et d'autre part, l'utilisation d'une méthode de choix des offreurs qui préserve un système orienté à la concurrence.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Sur mandat du Conseil fédéral, la COMCO a établi une expertise relative aux propositions d'adaptations de l'Ordonnance sur les services de télécommunication (OST). Dans ce cadre, elle a pris position sur quelques questions controversées de politique de concurrence comme les conséquences de la proposition de réglementation du TAL sur la motivation à investir, le projet d'interdire la pratique du ciseau tarifaire en tant que concrétisation de l'interdiction de discrimination sectorielle, ou encore la réalisation d'une adaptation de prix linéaire prenant en compte des technologies plus efficaces, par exemple en matière d'interconnexions ou d'accès aux lignes louées.

Concernant l'enquête dirigée contre Swisscom dans le domaine de l'Internet large bande pour la clientèle commerciale, le Secrétariat a bouclé les actes d'enquête en décembre 2014 avec la notification de la proposition à Swisscom pour avis au sens de l'art. 30 al. 2 LCart.

En outre dans le domaine des télécommunications, la COMCO a été amenée à examiner la concentration des entreprises Directories SA/search.ch SA. Suite au rachat de PubliGroupe SA, Swisscom et Tamedia prévoient en effet de créer une entreprise commune avec leurs filiales local.ch et search.ch. L'examen préalable effectué par la COMCO a révélé fin novembre 2014 que la concentration pourrait créer ou renforcer une position dominante dans le domaine des annuaires. En conséquence, un examen du projet de concentration va être mené au sens de l'art. 10 LCart et va s'étendre jusqu'à fin mars 2015.

Au surplus, la COMCO a établi une expertise pour l'OFCOM relative à une éventuelle position dominante de Swisscom dans le domaine de l'interconnexion IP. Par l'interconnexion IP, l'interopérabilité entre les ordinateurs connectés à Internet est assurée.

Dans le cadre de la procédure de recours ouverte auprès du Tribunal administratif fédéral et relative à l'affaire de politique des prix ADSL, la COMCO a pris position à l'occasion d'un échange d'écritures sur une liste de questions auxquelles Swisscom avait répondu.

3.3.2 Médias

Par décision du 14 juillet 2014, la COMCO a clos l'enquête ouverte à l'encontre de l'Agence Télégraphique Suisse SA (ats) relative à sa politique de prix et autres pratiques, et a approuvé l'accord amiable conclu entre le Secrétariat et l'ats. L'enquête a révélé qu'entre fin 2008 et début 2010, l'ats a conclu des contrats d'abonnement assortis de rabais exclusifs avec un cercle choisi d'entreprises suisses alémaniques du secteur des médias. Ces rabais étaient liés à la condition que les entreprises concernées aient exclusivement recours aux services de base de l'ats pour les actualités, sans s'abonner simultanément aux services correspondants d'une agence concurrente. Par ce procédé, l'ats a abusé de sa position dominante et illicitement entravé les sociétés concurrentes. Dans l'accord amiable, l'ats s'est engagée à ne plus conclure d'accords d'abonnement exclusifs avec ses clients. De plus, l'ats s'est engagée à appliquer une politique de rabais transparente et à garantir aux différents médias un accès non discriminatoire à ses services. Cela permet ainsi d'assurer que tous les médias en Suisse soient traités de manière égale par l'ats et que la concurrence sur les marchés des médias et de la publicité situés en aval ne soit pas faussée. Une amende d'un montant de 1,88 million de francs a été prononcée à l'encontre de l'ats.

L'enquête ouverte en avril 2013 relative à la diffusion de sport en direct via Pay-TV a été bloquée, pendant l'année écoulée, essentiellement par des décisions incidentes provoquées par les parties puis déferées aux instances supérieures. Le recours du câble-opérateur en lien avec la requête de mesures provisoires concernant la libération de contenu de programmes ainsi que les possibilités d'acquisitions a été rejeté par décision entrée en force du TAF du 9 juillet 2014. Par décision du 2 octobre 2014, le TAF n'est pas entré en matière sur le recours interjeté contre la décision du 24 février 2014 relative à la qualité de partie. La décision du 2 octobre 2014 a été portée devant le Tribunal fédéral.

L'enquête préalable dans l'affaire Goldbach Group TV-/Radiovermarktung a été classée par rapport final du 12 novembre 2014. Cela est en particulier dû au fait que le Goldbach Group a pris des engagements envers le Secrétariat concernant le futur comportement de ses filiales en matière de commercialisation, respectivement de cession de temps de publicité télévisuelle et radiophonique. Dans la déclaration d'engagement mentionnée ci-dessus et en matière de vente de fenêtres publicitaires dans les domaines TV et radio, le Goldbach Group a en particulier confirmé que ses filiales ne feraient pas dépendre l'octroi de rabais, respectivement de freespace du fait que l'ensemble ou une grande partie du volume de publicité dans une autre catégorie de médias (TV, radio, adscreen, online, etc.) soit commandé auprès d'une entreprise appartenant au Goldbach Group.

En 2014 également, la COMCO a été amenée à examiner plusieurs concentrations d'entreprises dans le domaine des médias: dans le projet de concentration Tamedia SA/ branche d'activité B2C de Ticketportal SA, Tamedia a fait part de son intention de reprendre la branche d'activité B2C de Ticketportal par le biais de sa filiale Starticket SA. Concernant Aurelius/Publicitas, Au-

relius SA avait l'intention de reprendre les activités media sales de PubliGroupe. Concernant Ringier/Le Temps, Ringier SA avait l'intention d'acquérir le contrôle exclusif de la société ER Publishing SA; cela aurait pour conséquence que Ringier acquerrait le contrôle exclusif de la société Le Temps SA. Concernant Thomas Kirschner/ Valora Mediaservices SA, Thomas Kirschner a fait part de son intention de prendre indirectement le contrôle de la Schweizer Pressegrossistin Valora Mediaservices SA par l'entremise de la société Brilliant Media Services GmbH qu'il contrôle. Par la suite concernant Thomas Kirschner/A et B XY/Valora Mediaservices SA, il a été annoncé le contrôle commun de Valora Mediaservices par Thomas Kirschner et les époux XY, ces derniers agissant via la société ATLAS Beteiligungen GmbH & Co. KG. Concernant Swisscom (Suisse) SA/PubliGroupe SA, Swisscom a fait part de son intention de prendre le contrôle exclusif du groupe de sociétés PubliGroupe dans le cadre d'une offre publique d'achat. Concernant Tamedia / home.ch, Tamedia envisageait de prendre le contrôle exclusif de la branche d'activité home.ch. Pour toutes ces concentrations, l'examen préalable a abouti au feu vert de la COMCO.

Suite à la procédure de concentration dans la cause Ringier/Le Temps et par décision du 8 septembre 2014, la COMCO a en outre levé les charges fixées par décision du 20 octobre 2003 dans la cause Edipresse/Ringier – Le Temps. Les charges avaient été fixées en raison du contrôle commun de ER Publishing et donc Le Temps par Ringier et Tamedia, cela afin d'assurer l'indépendance du Temps et de pouvoir contrôler les effets de la coopération dans d'autres marchés de médias. Avec la prise de contrôle exclusif de Ringier sur Le Temps, les charges avaient perdu leur raison d'être et ont ainsi été levées.

Concernant la décision de la COMCO relative au prix de livre écrit en français en Suisse romande, des recours sont pendants auprès du TAF. Était également litigieux dans cette affaire la question de l'étendue de la publication de la décision du 27 mai 2013. Une décision de la COMCO concernant cette question a fait l'objet de recours au TAF par la partie concernée.

3.3.3 Energie

L'enquête préalable Eignerstrategie ewb a été classée par rapport final du 10 janvier 2014. Suite à une rencontre avec le Secrétariat en décembre 2013, ewb a spontanément adapté trois points éventuellement problématiques (invitations écrites aux contrôles périodiques des installations électriques, recommandation de la filiale Energie-Check Bern SA sur le site Internet de ewb pour des contrôles de sécurité, recommandation de l'ancienne filiale Bären Elektro SA pour les éventuelles superpositions de compteurs électriques dans le cercle de clientèle de ewb en cas de vacance). En conséquence, au moment de l'examen et en lien avec les échanges possibles ou l'utilisation d'informations commerciales entre les branches monopolistiques et les branches concurrentielles du groupe ewb, il n'a pas été constaté d'indices suffisants permettant de retenir une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat a à nouveau été invité plusieurs fois à prendre position dans le cadre de consultations des offices, respectivement la COMCO dans le cadre de procédures de consultations et d'auditions. Sont en particulier à mentionner l'Arrêté fédéral relatif à la deuxième étape de l'ouverture totale du marché de l'électricité, ainsi que différentes révisions partielles de l'Ordonnance sur l'énergie.

3.3.4 Autres domaines

Pendant l'année écoulée, plusieurs parties ont interjeté recours au TAF à l'encontre de la décision du 2 décembre 2013 qui a clos l'enquête portant sur le fret aérien (Luftfracht) et qui a sanctionné 11 compagnies aériennes pour entente horizontale sur les prix avec une amende totale de près de 11 millions de francs. Est aussi litigieuse dans ce cas la question de savoir si la décision du 2 décembre 2013 va être publiée, et si oui dans quelle étendue. Un recours est également pendant au TAF sur ce point.

L'enquête ouverte en juillet 2013 relative au système de prix des envois de la poste aux lettres pour la clientèle commerciale est très avancée. L'enquête porte en particulier sur la question de savoir si la Poste entrave les concurrents sur le marché par la façon qu'elle a d'appliquer le système des prix, ce qui complique ou empêche la clientèle commerciale d'acquiescer des prestations auprès de concurrents. Il devra par la suite être examiné si la Poste discrimine certains clients ou les défavorise de toute autre manière.

3.4 Marchés de produits

3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Par décision du 30 juin 2014, la Commission de la concurrence (COMCO) a clos son enquête ouverte contre Jura Elektroapparate AG (Jura). Elle a approuvé un règlement amiable, par lequel Jura s'est engagée à permettre en principe la vente par internet à ses distributeurs. Pour le surplus, la COMCO a mis un terme à l'enquête ouverte contre Jura. Un accord entre la société Jura et ses distributeurs a existé. Il prévoyait qu'il était renoncé au commerce en ligne de machines à café Jura. Conformément à la décision de principe de la COMCO dans le domaine du commerce en ligne du 11 juillet 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG), Jura s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable, à permettre en principe la vente par internet aux revendeurs de machines à café agréés selon le système de distribution sélective en cause. Les indices existant initialement de restriction illicite à la concurrence, en raison des prestations de garantie limitées offertes par Jura et de sa politique de prix, ne se sont pas confirmés. La COMCO a clos la procédure sur ces points.

Le Secrétariat a largement mis un terme à ses investigations dans ses deux enquêtes sur les instruments de musique. D'une part, il s'agit de l'enquête sur les pianos à queue et pianos. Cette enquête a été ouverte le 27 novembre 2012. Il existait en effet des indices révélant l'existence d'accords horizontaux et verticaux sur les prix, sur le cloisonnement de certains territoires et sur le fait que les importations parallèles et directes depuis les pays voisins étaient entravées, voire empêchées.

D'autre part, il est question de l'enquête sur les instruments à cordes (guitares et basses) et d'accessoires, qui a été ouverte en date du 3 juillet 2013. Cette enquête a en particulier eu pour objet d'examiner si des accords verticaux sur la détermination des prix avaient été conclus dans le cadre de la distribution de guitares et accessoires.

S'agissant des accords verticaux, à la fin de l'année 2014, les recours suivants interjetés contre les décisions de la COMCO étaient pendants devant le Tribunal administratif fédéral: Nikon, BMW, articles de sport de montagne/Roger Guénat SA. Le TAF a rejeté le recours dans le cas GABA/Elmex en date du 19 décembre 2013. Le cas est pendant devant le Tribunal fédéral.

Le Secrétariat a ouvert, en date du 21 août 2014, une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart, dans la cause sur l'importation par les commerces de détail en Suisse de produits Coca-Cola. Il examine si Coca-Cola a entravé, en Suisse, les importations parallèles de Denner et d'autres clients et a ainsi violé les art. 5 et/ou 7 LCart.

Dans le domaine des valises à roulettes, le Secrétariat examine, dans le cadre de son enquête préalable, les informations qui lui sont parvenues, selon lesquelles il existerait des cloisonnements territoriaux et des prix imposés. Cet examen porte avant tout sur l'existence d'éventuelles entraves au commerce en ligne transfrontalier.

Depuis le 3 septembre 2014, les conditions qu'avaient fixées la COMCO en 2007 dans la procédure de concentration Migros/Denner ne valent désormais plus, sous réserve d'une exception. Cette exception concerne l'obligation – qui s'applique de façon durable – de Migros, qui ne doit conclure en principe aucun contrat d'exclusivité avec ses fournisseurs. Les conditions fixées avaient d'une part pour but que d'autres fournisseurs actifs sur le marché puissent remplir le même rôle qu'avait auparavant Denner, qui était le plus important concurrent de Migros. Ces conditions visaient d'autre part à éviter que d'autres fournisseurs rencontrent davantage de difficultés à entrer sur les marchés en cause. Du point de vue de la COMCO, ces conditions ont atteint leur but; la mise en œuvre de ces conditions est intervenue sans irrégularité notable.

3.4.2 Industrie horlogère

Au début de l'année 2014, la COMCO a désigné, en rapport avec la décision qu'elle avait rendue en octobre 2013 dans la cause Swatch Group arrêt des livraisons, la société de révision, qui serait chargée, selon le chiffre 8 de l'accord amiable conclu avec Swatch Group, du contrôle du respect de cet accord. Le premier examen des conditions posées interviendra au printemps 2015. Au cours de l'année 2014, le Secrétariat n'a reçu aucune plainte selon laquelle Swatch Group ne respecterait pas l'accord amiable.

Au mois de juillet 2014, on a clos l'enquête ouverte au printemps 2009 contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (une société-fille détenue à 100 % par Swatch Group; ci-après: ETA). Cette enquête portait sur les modifications de prix et des conditions de vente des mouvements mécaniques qu'ETA avait décidé d'adopter

unilatéralement et de mettre en œuvre en 2009. La COMCO a mis un terme à l'enquête ouverte contre ETA, dans la mesure où il n'existait pas suffisamment d'indices, selon lesquels ETA aurait agi de façon arbitraire ou aurait été guidée par des motifs étrangers. L'enquête a été suspendue du mois de juin 2011 au mois de novembre 2013 durant la durée de l'enquête dans la cause Swatch Group sur l'arrêt des livraisons.

Par ailleurs, à la fin du mois d'octobre 2014, une enquête préalable a été ouverte dans le domaine du service après-vente des montres. Dans cette enquête, le Secrétariat a examiné les indices d'éventuelles pratiques de différents fabricants de montres contraires à la loi sur les cartels.

3.4.3 Secteur automobile

Le Secrétariat a mis un terme, pour l'essentiel, à ses investigations dans l'enquête ouverte le 22 mai 2013 contre différents concessionnaires suisses des marques du groupe Volkswagen (VW, Audi, Škoda, Seat, AMAG), en raison d'éventuels accords en matière de concurrence sur les rabais et réductions forfaitaires, dans la vente au détail de véhicules neufs. La COMCO a approuvé, par décision du 8 août 2014, un accord amiable conclu entre son Secrétariat et AMAG et a clos la procédure contre cette partie. Dans cet accord amiable, AMAG s'est engagée à ne pas mettre en œuvre d'accords sur la détermination de rabais et de réductions forfaitaires et à ne pas échanger d'informations sensibles sur les prix avec ses concurrents. Dans la mesure où AMAG s'était auto-dénoncée, aucune sanction ne lui a été infligée. Toutes les autres parties ont interjeté recours contre cette décision. La procédure ordinaire de l'enquête continue contre les autres parties.

Le Secrétariat a procédé en 2014 à deux enquêtes préalables concernant l'importation de véhicules électriques et la distribution de pièces de rechange pour auto et y a mis un terme sans prendre d'autres mesures. Deux nouvelles enquêtes préalables sur le système de distribution sélective des fournisseurs de voitures à moteur en Suisse ont été ouvertes et donnent encore lieu à certaines investigations.

Au cours de l'année 2014, le Secrétariat a reçu environ 50 demandes de particuliers portant sur les garanties des voitures acquises à l'étranger, dans l'EEE, ainsi que sur les entraves aux importations parallèles et/ou importations directes. On y a répondu en se référant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile).²

À la mi-juillet 2014, le Secrétariat a procédé à une consultation des milieux intéressés sur le sort de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile). En novembre 2014, la COMCO a entendu six associations et leur a donné la possibilité de défendre oralement leur position et de répondre directement aux questions des membres de la COMCO. Sur cette base, la COMCO a rendu, en date du 15 décembre 2014, une décision de principe. Celle-ci prévoit de continuer d'appliquer la Communication automobile et d'en modifier certains points importants. Le Secrétariat a été

chargé de préparer un projet de révision de la Communication automobile. La COMCO rendra probablement une décision sur la révision de la Communication automobile (après l'audition des milieux intéressés) au second trimestre 2015 et la communiquera à toute la branche.

3.4.4 Agriculture

Le Secrétariat s'est déterminé, à l'occasion d'environ 30 consultations d'offices, sur les modifications envisagées de diverses lois et ordonnances, ainsi que sur les interventions parlementaires, en matière d'agriculture. La réglementation de la protection douanière a fait l'objet de différentes consultations d'offices. Le Secrétariat s'est également prononcé sur la diminution de cette protection cette année. On peut mentionner notamment que Swissspatat a demandé à plusieurs reprises que les contingents tarifaires partiels des pommes de terre soient temporairement augmentés. Le Secrétariat s'est prononcé en faveur de chacune de ces demandes d'augmentations de contingents. Il a toutefois aussi souhaité que ces contingents soient augmentés de façon durable et que les consommateurs – et non seulement les représentants de la production, du commerce et de l'industrie de transformation – soient entendus en tant que milieux intéressés, lorsqu'il s'agirait de fixer ces contingents tarifaires partiels.

3.5 Marché intérieur

Dans le domaine de l'accès intercantonal au marché, le Centre de compétence Marché intérieur (CC LMI) s'est principalement concentré sur la suite de deux affaires relatives à des agents d'affaires brevetés vaudois qui cherchaient à obtenir l'accès au marché de la représentation en procédure civile (art. 68 al. 2 let. b du Code de procédure civile [CPC; RS272]) dans les cantons de Berne et Genève ainsi que sur la profession de prothésiste dentaire.

Sur la base de la loi sur le marché intérieur (LMI), les offreurs ont le droit d'exercer leur activité dans d'autres cantons conformément aux prescriptions applicables à leur lieu de provenance (principe du lieu de provenance). En application de ce principe, des agents d'affaires brevetés vaudois ont déposé des requêtes d'accès au marché dans les cantons de Genève et de Berne. Ces deux requêtes ont été rejetées. La COMCO a fait recours contre ces deux décisions négatives. Les instances cantonales ayant également rejeté ces recours, la COMCO a fait usage de son droit de recours pour soumettre ces cas à l'appréciation du Tribunal fédéral.

² Communication de la Commission de la concurrence du 21 octobre 2002 concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile), dans: DPC 2002/4, 770.

Le Secrétariat de la COMCO s'est approché de l'association faîtière des prothésistes dentaires afin de discuter des difficultés d'accès à la formation - qui n'est dispensée que dans le canton de Zurich comme profession indépendante (de celle de dentiste) - rencontrés par les offreurs sur le marché. Le CC LMI s'est également occupé du cas d'un prothésiste dentaire qui cherchait à avoir accès au marché d'un canton qui ne connaît pas cette profession, le principe du lieu de provenance s'appliquant même si la profession n'existe pas au lieu de destination (DPC 2013/4, 522).

Dans le domaine des marchés publics, la COMCO a interjeté deux recours. Dans le cadre de la passation d'un marché public dans le domaine des services informatiques, une commune zurichoise a eu recours à la procédure sur invitation alors que la valeur du marché dépassait le seuil à partir duquel la procédure ouverte est applicable, sans qu'une exception ne soit invoquée ou que les conditions en eurent été réunies. Sur recours d'un soumissionnaire, le Tribunal administratif zurichois a jugé que le recours n'était pas recevable. Sans s'attarder sur le motif de rejet, il sied de souligner que d'autres cantons, dans des circonstances identiques, cassent toutes les décisions d'adjudication prises à la suite d'un choix de procédure erroné. Ainsi, la COMCO a-t-elle accepté sur demande du CC LMI de faire usage de son droit de recours pour faire clarifier la question de savoir si l'application d'une procédure de passation erronée est une violation telle du droit des marchés publics - et par là de la LMI - qu'elle doit être retenue d'office, le cas échéant, même contre le gré de la recourante. Dans un autre cas, la COMCO, avertie par un canton, a fait recours contre une décision d'adjudication de gré à gré d'un marché dans le domaine des services informatiques pour un registre foncier au motif que le pouvoir adjudicateur se trouve en présence de motifs permettant le recours à la clause exceptionnelle d'urgence. Toutefois, la COMCO, tout comme le canton qui a porté ce cas à son attention, est d'avis que les conditions permettant l'application des clauses exceptionnelles invoquées ne sont pas réunies. Pour faire trancher cette question par le tribunal administratif du canton compétent, la COMCO a fait usage de son droit de recours.

Durant l'année sous revue, la COMCO a également été amenée à émettre des recommandations dans le domaine des marchés publics. Une concernait la société anonyme saint-galloise VRSG et répondait à la question de savoir si cette dernière était soumise au droit des marchés publics (DPC 2014/2, 442). Par ailleurs, la COMCO a également été approchée afin de réaliser une expertise pour un office fédéral. Celle-ci concernait à nouveau le droit des marchés publics et plus précisément les conditions auxquelles des pouvoirs adjudicateurs doivent répondre pour pouvoir collaborer au sein d'une entité ad hoc ayant pour but la fourniture de services aux collectivités publiques dans le domaine informatique (application de l'exception dite « in-state »; cf. DPC 2014/4, 785).

En lien avec la transposition en droit interne de la version révisée de l'Accord-OMC sur les marchés publics (GPA), le droit fédéral (LMP/OMP) et le droit des cantons (AIMP) des marchés publics doivent être adaptés. Un groupe de travail composé de représentants de la

Confédération et des cantons s'est attelé à rédiger une proposition de projet de loi. Le Secrétariat a continué d'agir pour que dans le cadre de cette révision, la concurrence, les voies de droit et le droit de recours de la COMCO soient pris en compte.

La consultation relative au projet d'un accord intercantonal sur les marchés publics (p-AIMP) s'est terminée le 19 décembre 2014. Le projet de révision du droit suisse des marchés publics touche également à la fonction de surveillance que la COMCO exerce dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux. C'est pourquoi la COMCO a émis une recommandation à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics. La COMCO tient une nouvelle fois à affirmer que la surveillance des marchés publics cantonaux et communaux est menacée d'être affaiblie, ce qui n'a pas lieu d'être au regard de l'expérience acquise jusqu'à présent.

La LMI charge la COMCO du mandat de surveiller le respect des règles relatives aux marchés publics. Dans ce but, elle dispose de divers instruments de surveillance. Elle peut faire recours contre des appels d'offres, des décisions d'adjudication etc. pour faire constater qu'un marché public a été passé d'une manière contraire au droit. En plus, la COMCO peut faire des enquêtes, adresser des recommandations, établir des expertises, prendre position dans des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral et publier des jugements. Les instruments de la COMCO, et en particulier le droit de recours, ont fait leur preuve et doivent être maintenus dans le droit révisé des marchés publics et être exercés par la COMCO.

Dans le domaine de la transmission de l'exploitation de concessions, une ville suisse a demandé de l'aide au CC LMI afin de concevoir un règlement sur l'octroi d'emplacement sur le domaine public en vue d'y exercer une activité lucrative qui soit conforme à la LMI, en particulier à son art. 2 al. 7. Au nombre des activités couvertes par ce règlement figurent notamment les marchés hebdomadaires.

En vertu de l'article 10 LMI, la COMCO peut être entendue dans une procédure en cours au sujet de l'application de la LMI. L'alinéa 2 de cette disposition octroie la même compétence au Tribunal fédéral. Pendant l'année sous revue, le Tribunal fédéral a justement invité la COMCO à prendre position à deux reprises dans des cas de marché public (arrêt 2C_62/2014 du 7 octobre 2014; arrêt 2C_315/2013 du 18 septembre 2014, in: DPC 2014/4, 775).

3.6 Investigations

En 2014, une grande perquisition a été menée dans le cadre de l'ouverture de l'enquête dans le domaine du leasing automobile. Huit entreprises ont été concernées par cette mesure.

Par ailleurs, les auditions de témoins et de parties menées dans diverses enquêtes ont pris toujours plus d'importance.

D'un point de vue technique, il convient de mentionner que le laboratoire d'analyse des données électroniques sécurisées a connu des améliorations, tant du point de

vue du hardware (nouveau serveur) que du software (changement opéré pour le produit NUIX). Grâce aux investissements effectués, il est désormais possible de travailler parallèlement et de façon plus efficace sur plusieurs postes de travail..

3.7 Relations internationales

EU: l'accord entre la Suisse et l'UE sur l'application de leur droit de la concurrence est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2014. Grâce à cet accord, la coopération entre les autorités de la Suisse et de l'UE va être renforcée. L'intégration croissante de l'économie rend plus courant les pratiques anti-concurrentielles au-delà des frontières. Les autorités de concurrence de la Suisse et de l'UE enquêtent de plus en plus sur les mêmes états de faits ou des états de faits liés. C'est pourquoi, il paraît efficace si les deux autorités coopèrent et échangent des informations pour des procédures avec des effets transnationaux.

Dans ce contexte, le Conseiller fédéral Johann N. Schneider-Amman, Chef du DEFR et Joaquín Almunia, Vice-président de la Commission européenne et Commissaire pour la concurrence ont signé le 17 mai 2013 un accord pour la coopération de leurs autorités de concurrence. Cet accord donne la possibilité à la COMCO et à la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne de s'informer de manière réciproque sur les mesures d'application, de coordination et d'échange d'informations. Cet accord contient également des règles claires pour le respect des garanties procédurales pour les entreprises concernées. L'accord est de nature procédurale et ne requiert pas d'harmonisation du droit matériel. La question de la reprise du droit communautaire ne s'est donc pas posée. En raison de la forte imbrication des économies de la Suisse et de l'UE, cet accord va contribuer aussi bien pour la Suisse que pour l'UE à une meilleure protection de la concurrence. Pour plus de détails sur l'accord, il est renvoyé au rapport annuel 2013 (voir DPC 2014/1, p. 35 ss).

OCDE: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé aux trois réunions annuelles du comité de la concurrence. En coopération avec le SECO, différentes contributions ont été écrites et présentées. En 2014, en particulier les deux thèmes stratégiques « coopération internationale » et « l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence » ont été abordés. La nouvelle recommandation de l'OCDE sur la coopération internationale dans les procédures de droit de la concurrence a été adoptée par le conseil des ministres le 16 septembre 2014. Celle-ci remplace la recommandation de 1995. Comme le rapport de l'ICN/OCDE sur la coopération internationale de 2013 l'a montré, la coopération internationale est devenue depuis 1995 avec la globalisation de l'économie beaucoup plus intense. La nouvelle recommandation a pris en compte ces développements et a été adaptée aux moyens électroniques de communication.

ICN: les groupes de travail sur les cartels *Legal Framework* (sous-groupe 1) et *Cartel Enforcement* (sous-groupe 2) ont effectué plusieurs webinars, c'est-à-dire des conférences à distance avec présentations de slides. Les thèmes abordés ont été par ex. les tech-

niques d'audition, les méthodes pour la découverte de cartels et l'interface entre les autorités administratives et pénales de poursuite des cartels. Le sous-groupe 2 a envoyé un questionnaire pour la rédaction d'un nouveau chapitre sur les relations entre autorités de la concurrence et pouvoirs adjudicataires. Les points principaux de discussion du cartels workshop de cette année ont été la prévention de cartels de soumission, la collaboration avec les autorités de lutte contre la corruption et les méthodes innovatrices pour découvrir les cartels. Le groupe *Agency Effectiveness* a mis l'accent sur le traitement des informations confidentielles (échange entre autorités, divulgation à des tiers ou des parties, etc.). Le groupe de travail *Advocacy* a publié un document sur la méthode recommandée pour évaluer les effets de lois et politiques sur la concurrence (*recommended Practices on Competition Assessment*). La COMCO a été représentée lors de la conférence annuelle au Maroc.

CNUCED: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à 14^e conférence des « Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy ». Les thèmes ont été la coopération informelle des autorités de concurrence et les stratégies de communication en tant qu'instrument d'une application efficace du droit de la concurrence.

3.8 Aucune révision de la loi sur les cartels

Conformément à l'article 59a de la LCart révisée en 2003, le Conseil fédéral prend soin d'évaluer l'efficacité et la mise en œuvre des mesures prévues par cette loi. La législation en vigueur a dès lors été évaluée en 2008/2009. Cette évaluation a démontré que la LCart et les nouveaux instruments prévus (sanctions directes, programme de clémence, perquisitions et procédures d'opposition) ont totalement fait leur preuve. Mais en même temps, elle a aussi indiqué que des modifications étaient nécessaires sur certains points. Il est ainsi apparu avant tout que l'organisation institutionnelle des autorités de la concurrence devait être modifiée, mais aussi toute une série de dispositions de droit matériel.

Le Conseil fédéral a présenté au parlement, en février 2012, un message sur la révision de la LCart. Dans ce message, le Conseil fédéral a tenu compte du besoin de révision qu'avait constaté le groupe d'évaluation, mais aussi d'autres préoccupations. Il a ainsi pris en considération, d'une part, la motion Schweiger, qui demandait l'examen du système des sanctions (Compliance-Defense et sanctions pénales pour les personnes physiques); il a envisagé, d'autre part, certaines mesures dans le cadre de la réévaluation du franc suisse, afin de garantir la transmission des avantages de cours de change aux consommateurs finaux. S'agissant de la réforme institutionnelle, le Conseil fédéral a proposé de réduire le nombre de membres de l'autorité décisionnelle, de professionnaliser celle-ci et de garantir son indépendance. A cette fin, il a proposé qu'un Tribunal de la concurrence de première instance indépendant, qui serait rattaché au Tribunal administratif fédéral, rende les décisions dans les différentes causes, à la demande de l'autorité de la concurrence chargée de l'enquête. Du point de vue du droit matériel, le Conseil fédéral a requis, tout d'abord, que l'article 5 LCart soit amélioré, afin que des cartels durs (accords horizontaux sur les prix,

quantités et de répartition territoriale, ainsi que des accords verticaux imposant des prix et cloisonnant le marché) soient en soi interdits par la loi, mais puissent être toutefois considérés comme étant justifiés. Ensuite, il a proposé, en rapport avec la procédure civile du droit des cartels, que la qualité pour agir soit aussi accordée aux consommateurs finaux et que les délais de prescription applicables soient prolongés. En troisième lieu, il a prévu de renforcer et de simplifier la procédure visant à contrôler les concentrations (changement du test SIEC et petites adaptations concernant les notifications UE et les délais). En quatrième lieu, il a souhaité, afin de donner suite à la motion Schweiger, qu'il soit tenu compte des programmes de compliance utiles lorsqu'il s'agissait de déterminer la sanction. En cinquième lieu, il a proposé de recourir à une procédure d'opposition améliorée et a finalement exposé différentes améliorations de la procédure de moindre importance.

Lors des débats parlementaires, le Conseil des Etats a accepté, en première lecture, en mars 2013, le projet du Conseil fédéral de révision de la LCart, en prévoyant certaines adaptations. En revanche, le Conseil national a décidé, en première lecture, en mars 2014, de ne pas entrer en matière sur cette révision. Le Conseil des Etats n'est ensuite pas revenu sur sa position en juin 2014. En revanche, le Conseil national n'est pas entré en matière sur la révision lors de la seconde lecture en septembre 2014. La LCart n'est ainsi, en fin de compte, pas modifiée.

De l'avis des autorités de la concurrence, le fait de ne pas être entré en matière sur la révision de la LCart constitue, d'une part, une occasion manquée de répondre au besoin de réforme auquel l'évaluation avait conclu. On a ainsi désormais renoncé à ce que diverses améliorations interviennent. Ces améliorations avaient déjà été acceptées par le Conseil des Etats et n'étaient pas contestées, contrairement à la réforme institutionnelle et aux améliorations des dispositions matérielles envisagées (article 5, 7a et la relative position dominante). Il était question d'améliorer la procédure visant à contrôler les concentrations, d'améliorer le volet civil du droit des cartels, la procédure d'opposition, ainsi que la procédure en général. D'autre part, le résultat obtenu lors des débats parlementaires n'enlève rien aux conclusions de la dernière évaluation, selon lesquelles la LCart, dans sa version révisée de 2003, fonctionne bien en principe.

4 Organisation et statistiques

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2014, la COMCO a tenu 11 séances plénières d'un jour. Les statistiques font état du nombre de décisions rendues suite aux enquêtes et procédures de concentration selon la LCart et en application de la LMI (voir point 4.2). L'année passée, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

A la fin de l'année 2014, le Secrétariat occupait 75 collaborateurs et collaboratrices (l'année précédente 85) (plein temps ou temps partiel), dont 45 % de femmes (l'année précédente 43 %). Cela correspond en tout à 65,3 (l'année précédente 75,8) postes à plein temps. Le personnel se composait ainsi: 55 collaborateurs et colla-

boratrices scientifiques (y compris la direction; ce qui correspond à 48,8 postes à plein temps; l'année précédente 52,4);

6 (l'année précédente 13) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 6 (l'année précédente 13) plein temps; 14 collaborateurs et collaboratrices du Service des ressources et de la logistique, ce qui correspond à 10.5 (l'année précédente 10.4) plein temps.

Le Secrétariat déménagera en juin 2015, tout en restant à Berne. Il quittera la Monbijoustrasse 43 pour s'installer à la Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistique

Enquêtes	2013	2014
menées durant l'année	24	21
reprises de l'année précédente	17	19
ouvertes durant l'année	7	2
Décisions	7	6
dont accord amiable	1	4
dont décision de l'autorité	2	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	3	2
Décisions de procédure	4	7
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier etc.)	-	10
Mesures provisionnelles	0	1
Procédure où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	27	20
reprises de l'année précédente	18	16
ouvertes durant l'année	9	4
Clôtures	11	11
dont ouvertures d'enquête	3	1
dont adaptation du comportement	1	8
dont sans suite	7	2
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	7	2
Conseils	20	27
Observations de marché	76	61
Autres demandes traitées	547	594
Concentrations		
Notifications	32	30
Pas d'intervention après examen préalable	26	35
Examens	0	1
Décision de la COMCO	0	0
après examen préalable	0	0
après examen	0	0
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	14	25
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	4	7
dont succès des autorités de la concurrence	3	3
dont succès partiel	0	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	0
dont succès des autorités de la concurrence	1	0
dont succès partiel	0	0
pendants en fin d'année (auprès du TAF et TF)	13	21
Avis, recommandations et prises de position etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPr ou 11a LTV)	1	2
Suivi des affaires	1	6
Communications (art. 6 LCart)	0	0

Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	217	254
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	5	5
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	1	3
Avis (art. 10 I LMI)	2	1
Conseils (Secrétariat)	36	36
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	6	5

Les chiffres qui ressortent de cette statistique et qui peuvent être comparés à ceux de l'année 2013 appellent les remarques suivantes :

- Le nombre d'enquêtes menées a légèrement diminué et en 2014 deux nouvelles enquêtes ont été ouvertes. Le nombre de clôtures est resté toutefois stable. L'objectif du Secrétariat a été de mettre un terme ou de mettre l'accent sur les enquêtes en cours. En outre, on a mis fin à une partie importante des enquêtes préalables, à la suite desquelles les intéressés ont modifié leur comportement, sans qu'une enquête soit nécessaire.
- La statistique tient compte désormais des « autres décisions ». Celles-ci concernent la publication et la répartition des coûts en-dehors des enquêtes ou les requêtes tendant à pouvoir accéder au dossier de l'enquête. L'investissement consacré à ces 10 décisions est considérable.
- Les conseils ont augmenté, comme les autres demandes qui ont été traitées. Le nombre d'observations de marché a diminué. L'investissement dans ces domaines est resté vraiment le même.
- Le nombre de notifications de projets de concentration est resté presque inchangé depuis l'année précédente. La différence dans la rubrique « pas d'intervention après l'examen préalable » découle du fait que quelques notifications sont parvenues aux autorités de la concurrence en décembre 2013, mais le fait qu'il n'y aurait pas d'autre intervention n'a été communiqué qu'au début de l'année 2014.
- Les procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont fortement augmenté, car en plus des décisions finales de la COMCO, davantage de décisions incidentes ou portant sur la publication des décisions ont été attaquées. Le nombre à la fin de l'année 2014 de procédures de recours pendantes est resté comme auparavant élevé.
- Le nombre de prises de position du Secrétariat lors de procédures de consultation des offices a encore augmenté, ce qui représente, sous l'angle des ressources, une part importante de l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence (voir à ce sujet ci-dessous chiffre 5).
- Dans le domaine de la loi sur le marché intérieur, les activités des autorités de la concurrence suivent leur cours comme durant les années précédentes.

5 L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence

5.1 Qu'est-ce que l'advocacy ?

Les autorités suisses de la concurrence ont pour tâche principale, selon les dispositions matérielles de la loi sur les cartels, d'intervenir, en prononçant des décisions, contre les cartels illicites, les abus de position dominante et lors d'opérations de concentration d'entreprises, pouvant se révéler problématiques. Dans ce cadre, elles peuvent avoir recours à certains moyens de procédure incisifs (divers instruments d'investigation de la procédure administrative) et prononcer certaines mesures d'exécution (injonctions de faire, prononcés de sanctions). Cette activité des autorités de la concurrence revêt un caractère dissuasif et leur permet de mettre à exécution différentes mesures.

La loi sur les cartels attribue par ailleurs aux autorités de la concurrence « d'autres tâches et compétences » moins importantes aux articles 45-49: selon ces dispositions, les autorités de la concurrence ont pour tâche de **défendre la concurrence** (rôle d'advocacy/d'avocats). Les instruments déjà prévus par la LCart à cet égard (voir aussi ci-dessous chiffre 4.2) permettent aux autorités de la concurrence d'expliquer ce qu'on entend par restrictions à la concurrence, de signaler les restrictions de droit public à la concurrence, qui sont inutiles, de répondre par des avis aux questions du droit des cartels demeurant ouvertes. Ils leur permettent, d'une manière générale, de renseigner le public sur leurs activités et les bienfaits de la concurrence. Tous ces instruments n'impliquent pas que les autorités de la concurrence doivent obligatoirement intervenir, mais les chargent, de manière générale, de défendre la concurrence de nombreuses manières, en vertu de l'art. 96 de la Constitution fédérale. Cette fonction d'advocacy des autorités de la concurrence était déjà ancrée dans la loi sur les cartels de 1962 (art. 19). L'ancienne Commission des cartels avait déjà la possibilité d'adresser des recommandations aux autorités et d'établir des avis.

En revanche, au niveau international, ce n'est que ces dernières années que le rôle d'advocacy des autorités de la concurrence a pris davantage d'importance. D'autres autorités de la concurrence, comme par exemple la Direction générale de la concurrence de l'UE, se sont avant tout soucies, pendant longtemps, de mettre à exécution certaines mesures par la contrainte, et ce de façon pour ainsi dire exclusive. En effet, elles ont lutté contre les restrictions privées à la concurrence et en tout cas contre les subventions étatiques, qui ne pouvaient être admises. Cette activité d'advocacy, qui consiste à informer et à agir à titre préventif, n'a été reconnue comme étant apte à défendre la

concurrence et n'a été mise en œuvre que beaucoup plus tard.

Lors de la création de l'International Competition Networks (ICN) en 2002, un groupe de travail en matière d'advocacy a notamment également été mis sur pied. Il avait pour tâche de « develop a toolkit to help you spread the gospel of competition ».³ Le groupe de travail en matière d'advocacy de l'ICN a rempli cette fonction en adoptant différentes mesures.⁴ Il s'agissait notamment d'établir des guides pratiques et d'échanger des informations entre autorités de la concurrence afin, d'une part, d'informer les consommateurs et consommatrices, ainsi que les entreprises sur la politique de la concurrence et, d'autre part, de traiter des restrictions de droit public à la concurrence. Le but principal de ces activités, qui n'est pas de mettre en œuvre certaines mesures par la contrainte, est de favoriser la concurrence en étant en contact avec d'autres services de l'Etat et de pouvoir convaincre ainsi davantage toutes les personnes concernées des bienfaits d'une concurrence efficace.

5.2 Moyens et instruments de l'advocacy

L'instrument le plus efficace de l'advocacy – qui n'est du reste pas désigné tel quel dans la loi – est la publication des **décisions de la COMCO**. Sanctionner un cartel de soumission ou une entrave aux importations parallèles, en infligeant une amende importante à l'entreprise en cause en la désignant et diffuser largement cette décision dans les médias, à la radio, à la télévision, sur internet et dans la presse permet d'informer les entreprises et les consommateurs/trices de façon optimale et revêt un effet dissuasif. D'une part, de telles décisions intéressent vivement les médias, dans la mesure où il est question de nouvelles importantes et où elles apparaissent, à certains égards, comme étant « spectaculaires ». D'autre part, il est vraiment plus aisé d'expliquer, par des exemples pratiques, quels sont le sens et le but des interventions de la COMCO et quel est l'impact des pratiques allant à l'encontre de la concurrence. Les destinataires concernés (entreprises, consommateurs/trices) ne saisiraient certainement pas aussi bien le fonctionnement de la politique de la concurrence, si on leur donnait des exemples théoriques de comportements allant à l'encontre de la concurrence, qui ne seraient pas tirés de la pratique.

La loi sur les cartels indique aux articles 45-49, sous le titre « autres tâches et compétences des autorités de la concurrence », quels sont les moyens et instruments auxquels les autorités peuvent avoir recours en matière d'advocacy. Il s'agit en particulier de:

- **L'observation de marché** (art. 45 al. 1 LCart): le fait d'examiner de manière constante différents rapports de concurrence est d'une importance capitale pour les autorités de la concurrence. Les connaissances acquises de cette façon constituent le point de départ d'une politique de la concurrence cible en Suisse. Le Secrétariat de la COMCO est chargé de cette tâche. Il tente en effet de clarifier certaines situations de façon autonome, apprécie les notifications et dénonciations des personnes physiques, entreprises, associations, médias etc. et détermine (triage) les cas dans lesquels il convient de mener une procédure
- **Les recommandations** (art. 45 al. 2 LCart): lorsque la COMCO constate qu'il existe une restriction de droit public à la concurrence, qui n'est pas utile ou qu'une telle restriction devrait apparaître, elle a la possibilité d'adresser aux autorités concernées des recommandations, afin de promouvoir une concurrence efficace. Tel est le cas notamment lorsqu'il s'agit de mettre en place et d'appliquer des règles de droit économique. La COMCO peut en particulier indiquer aux autorités compétentes des solutions alternatives, qui restreignent moins la concurrence, afin d'atteindre un certain but, qui est d'intérêt public.
- **Les prises de position** à l'occasion de la procédure législative (art. 46 LCart): cette disposition traite, d'une part, des procédures de **consultation des offices et co-rapport**, qui sont applicables à toute l'administration fédérale. Les projets de loi et d'ordonnance des offices fédéraux, qui peuvent influencer la concurrence, sont transmis préalablement, au sein de l'administration, au Secrétariat de la COMCO pour examen. Le Secrétariat de la COMCO soulève alors les éventuels problèmes qui peuvent se poser en droit des cartels et propose des solutions alternatives. Il expose son point de vue, en argumentant, mais n'a aucun pouvoir décisionnel ou droit de veto s'agissant de l'acte législatif envisagé. Lorsque des projets de loi ont pour effet de restreindre la concurrence ou ont un impact sur celle-ci d'une autre manière, la COMCO se prononce, d'autre part, dans le cadre d'une procédure de **consultation**. La COMCO examine le projet de loi sous l'angle de la concurrence et relève les éventuels problèmes qu'il soulève. Le législateur n'est pas tenu de suivre cette prise de position. Il ne doit qu'apprécier les arguments, tout en pesant toutefois les intérêts en présence.
- **Les avis** (art. 47 LCart): la COMCO rédige des avis à l'attention des autres autorités sur des questions de concurrence qui revêtent une importance significative. Le Secrétariat reprend ses avis dans des cas de moindre importance. Certaines dispositions spéciales (art. 15 LCart, art. 5 al. 4 de la loi sur la surveillance des prix et art. 11a al. 2 de la loi sur les télécommunications) donnent également à la COMCO la compétence de rédiger de

³ Voir Practical Techniques: A Toolkit for Advocacy, p. 1 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc433.pdf>).

⁴ Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx>.

tels avis. Il est en effet souvent crucial d'examiner correctement les rapports de concurrence pour pouvoir déterminer ensuite la façon de réglementer, par exemple dans les domaines des télécommunications, de l'énergie ou de la santé.

- **La publication** des décisions et jugements (art. 48 LCart): la compétence des autorités de la concurrence de publier leurs propres décisions, ainsi que les arrêts des tribunaux conformément à la LCart, permet d'appliquer la loi sur les cartels de manière transparente. Elle garantit aux entreprises, ainsi qu'aux praticiens et à la doctrine une certaine sécurité du droit quant aux principales dispositions de la LCart, à la procédure et aux conséquences juridiques d'une violation de la loi, comme par exemple quant à l'étendue de la sanction.
- **Le devoir d'informer** (art. 49 LCart): les autorités de la concurrence communiquent au public en quoi consiste leur activité et remettent chaque année au Conseil fédéral leur rapport d'activité. Les informations transmises au public et le rapport annuel ne portent pas seulement sur la compétence de l'autorité de la concurrence de rendre des décisions. Ils doivent aussi, de manière générale, donner des informations sur les effets de la concurrence et doivent donc contribuer à promouvoir celle-ci au sens de l'art. 1 LCart.

Une autre activité du Secrétariat, qui entre également dans la notion d'advocacy, est de **conseiller les entreprises et services de l'Etat** en cas de questions sur la loi sur les cartels (art. 23 al. 2 LCart). De tels conseils jouent un rôle important, lorsqu'il s'agit d'éviter que des restrictions à la concurrence surviennent. Lorsque les entreprises sont informées des éventuels problèmes qui pourraient se poser en droit des cartels si elles adoptaient tel ou tel comportement, elles sont en mesure de renoncer à agir de la sorte en temps utile.

La loi sur le marché intérieur offre à la COMCO, en cas de restrictions à l'accès aux marchés cantonaux, des instruments comparables en matière d'advocacy (recommandations, avis, conseils, publication des décisions).

5.1 L'activité d'advocacy dans la pratique

Les ressources dont bénéficient les autorités de la concurrence sont davantage affectées à la réalisation de leur tâche principale, qui consiste à mettre au jour d'éventuelles restrictions illicites à la concurrence et à dissuader les intéressés d'agir dans ce sens, qu'à son activité d'advocacy. Cette constatation correspond du reste au mandat que confère la loi aux autorités de la concurrence, qui qualifie leur activité d'advocacy d'« autres tâches et compétences ».

Les statistiques figurant dans les rapports annuels de la COMCO contiennent quelques chiffres sur les instruments et moyens en matière d'advocacy précités. Ces chiffres absolus ne donnent toutefois aucune indication sur l'étendue des ressources qui sont en réalité affectées à cette activité d'advocacy. De 2010 à 2014, on a pu compter

- 29 décisions de la COMCO qui ont été publiées, dont 15 prononçant des sanctions directes;
- 344 observations de marché du Secrétariat;
- 4 recommandations de la COMCO (LCart et LMI);
- 1126 consultations des offices du Secrétariat;
- 31 consultations de la COMCO;
- 6 avis de la COMCO;
- 93 communiqués de presse des autorités de la concurrence;
- 167 conseils du Secrétariat soumis à émolument.

Dans les paragraphes qui suivent, figurent quelques exemples de l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence de ces dernières années. La liste des exemples énoncés ci-dessous n'est pas exhaustive. En outre, ces exemples ne sont pas retranscrits dans toute leur ampleur.

5.1.1 Exemple en matière de soumissions

Les marchés publics, s'ils fonctionnent efficacement, permettent d'utiliser les deniers publics de façon rationnelle. Du point de vue de la politique de la concurrence, il convient de s'assurer du bon fonctionnement des marchés publics tant du côté des soumissionnaires potentiels que de celui des pouvoirs adjudicateurs. Tout d'abord, il sied de mettre en place un certain contexte, de façon à ce qu'une concurrence existe entre les différents soumissionnaires potentiels et à obtenir ainsi le meilleur rapport qualité-prix dans les offres. La loi sur les cartels permet de mettre en place un tel contexte, dans la mesure où elle vise à lutter contre les cartels de soumission, qui nuisent à la concurrence. Il convient ensuite d'inciter les pouvoirs adjudicateurs à privilégier le meilleur rapport qualité-prix, lorsqu'ils acquièrent certains biens ou ont recours à certains services, tout en mettant en place les réglementations propres à atteindre ce but. La loi sur le marché intérieur poursuit en particulier un tel objectif, dans la mesure où elle interdit notamment de désavantager les soumissionnaires provenant d'une autre région.

Il convient, dans les paragraphes qui suivent, de traiter de la **lutte contre les cartels de soumission** énoncée ci-dessus. Le Secrétariat de la COMCO considère ce thème comme important depuis 2008.⁵ Selon un sondage de la Conférence des achats de la Confédération (CA) de 2004, environ la moitié des personnes interrogées ont vécu des expériences parlantes dans le cadre de tels accords.⁶ Il semble que davantage de cartels de soumission aient existé auparavant. Les décisions de la COMCO, dont il ressort que des entreprises se sont systématiquement concertées depuis plusieurs années, dans le cadre de soumissions, démontrent également

⁵ Voir rapport annuel COMCO 2009, DPC 2010, p. 2.

⁶ BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) und KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), „Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis“, p. 40, Berne 2004. Dans le cadre de ce sondage, on a interrogé les pouvoirs adjudicateurs, les soumissionnaires et des tiers (organisations faitières et organisations de l'économie, des représentants des cantons et communes).

l'étendue des cartels de soumission de ces dernières années.⁷ Les cartels de soumission ont en principe pour conséquences que les prix sont plus élevés, les entreprises maintiennent les structures existantes et sont moins incitées à être efficaces et à innover. La COMCO a constaté, lors de son enquête sur les revêtements des routes au Tessin⁸, que les prix des offres sur les travaux de revêtements des routes étaient en moyenne environ 30 % plus élevés, lorsque l'accord était appliqué. Les cartels de soumission nuisent donc clairement à l'économie. Ils rendent les dépenses des pouvoirs publics trop importantes, ce qui influe directement ou indirectement sur la charge fiscale de la population et des entreprises. Etant donné que les marchés publics des pouvoirs publics (Confédération, cantons, communes) représentent par année une dépense d'environ 40 milliards de francs dans le secteur de la construction, des biens et des services, il est patent que les cartels de soumission peuvent être nuisibles.

L'activité du Secrétariat repose sur les trois piliers suivants:

- Le pilier « **prévention et information** » prévoit certaines mesures qui s'inscrivent dans une politique de sensibilisation, de prévention, d'information, d'échange de connaissances professionnelles et dans une politique qui vise à renforcer le rôle des autorités de la concurrence en tant qu'interlocuteur. Le Secrétariat présente des exposés et propose des formations, qui introduisent en particulier aux problématiques que soulèvent les cartels de soumission en droit de la concurrence et du point de vue économique. Ces exposés et formations permettent aussi d'expliquer quelle est la façon de procéder de la COMCO, ainsi que les décisions qu'elle rend en matière de soumission. Ils font en outre état des indices qui peuvent exister en cas d'ententes. Le Secrétariat a aussi organisé des discussions avec la plupart des cantons sur le thème des cartels de soumission, ainsi qu'une ou deux fois un module de formation. Dans le cadre de la formation et de la formation continue dans le domaine des marchés publics du Centre de compétences des marchés publics de la Confédération (CCMP), qui s'adressent à l'administration fédérale et aux entreprises de droit public de la Confédération, le Secrétariat a mis en place le module « *Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen* » depuis 2007. Les avocats/avocates et les entreprises actives dans le domaine des marchés publics (soumissionnaires) ont aussi été informés grâce à ces formations et publications. En outre, les autorités de la concurrence font valoir leurs expériences et connaissances dans le cadre de la révision du droit des marchés publics (actuellement dans le cadre de la révision du droit des marchés publics au niveau fédéral et cantonal).
- Le pilier « **mise au jour** » concerne certaines mesures, qui doivent permettre de mettre au jour des cartels de soumission. A cette fin, le Secrétariat examine les données qui ressortent des décisions d'adjudication et recherche, au moyen des mé-

thodes statistiques utiles, parmi les données concernant les soumissions, des éléments qui peuvent sembler curieux. Ce pilier rend également service aux pouvoirs publics adjudicateurs, qui jouent un rôle important lorsque des cartels de soumission sont découverts.

- Le pilier « **poursuite** » porte enfin sur le fait de mettre au jour des cartels de soumission, de prononcer ensuite des décisions à cet égard et de les sanctionner, en usant des moyens prévus par la loi sur les cartels. S'il existe des indices de cartels de soumission, les autorités de la concurrence interviennent en procédant à des observations de marché, en menant des enquêtes préalables et enquêtes. On renvoie à cet égard aux décisions de la COMCO sur les revêtements de routes au Tessin⁹, les électriciens dans le canton de Berne¹⁰, les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie¹¹, ainsi que les routes et le génie civil dans le canton de Zurich.¹² Trois enquêtes actuellement en cours portent sur une éventuelle coordination, dans le cadre d'appels d'offres, entre des entreprises de construction de routes: génie civil et construction de routes dans le canton de St-Gall¹³, génie civil, construction de routes et bâtiment dans le canton des Grisons¹⁴, ainsi que nettoyage de tunnels.¹⁵

A plusieurs égards, l'on peut constater que le fait que les autorités de la concurrence s'investissent en permanence dans ce domaine depuis plusieurs années porte ses fruits. Les formations et exposés susmentionnés contribuent visiblement à ce que non seulement les pouvoirs publics adjudicateurs, au niveau fédéral, cantonal et communal, mais aussi les entreprises et les personnes concernées fassent preuve d'un savoir-faire en droit des cartels nettement plus important sur les points suivants:

- Qu'est-ce qu'un cartel de soumission et pourquoi celui-ci pose-t-il problème en matière de marchés publics ?
- Comment les pouvoirs publics adjudicateurs peuvent-ils reconnaître des cartels de soumission ? Quels sont les indices les plus importants ?
- Comment les pouvoirs publics adjudicateurs peuvent-ils réduire le risque de voir apparaître des cartels de soumission ?
- Comment concilier les procédures d'appels d'offres et de droit des cartels ?

⁷ Voir *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (N 12), *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (N 11) ainsi que Berne (DPC 2009/3, p. 196 ss.).

⁸ DPC 2008/1, p. 102 s. Réf. 139 ss.

⁹ DPC 2008/1, p. 102 s. Réf. 139 ss.

¹⁰ DPC 2009, p. 196 ss. (entré en force).

¹¹ DPC 2012, p. 270 ss. (partiellement entré en force).

¹² DPC 2013, p. 524 ss. (entré en force).

¹³ Informations disponibles sous <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N7077030/N2013.07161124.pdf>>.

¹⁴ Informations disponibles sous <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N6992804/N2013.07198688.pdf>>.

¹⁵ Informations disponibles sous <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N6992804/N2013.07063184.pdf>>.

- Comment le pouvoir adjudicateur peut-il favoriser la concurrence dans les procédures de marchés publics ?
- Quels dangers existent-ils si la concurrence est moins importante ?

Le personnel des pouvoirs adjudicateurs de la Confédération suit une formation, dans le cadre d'un module mis en place par les autorités de la concurrence depuis 2007. L'intérêt des cantons et désormais des communes est devenu constamment et nettement plus important ces dernières années. Lors de ces formations, les participants posent des questions plus pertinentes que lors des premiers cours de sensibilisation donnés par les autorités de la concurrence. Les autorités de la concurrence reçoivent aussi de plus en plus de questions de la part des pouvoirs adjudicateurs sur les procédures en cours.

Les pouvoirs adjudicateurs sont désormais plus sensibles à ces problématiques, non seulement en raison des formations qu'ils ont suivies, mais aussi en raison des différentes procédures qui ont été menées. Les enquêtes sur la construction de routes et le génie civil dans les cantons du Tessin, d'Argovie et de Zurich, ont vivement attiré l'attention de toute la branche, tant celle des pouvoirs adjudicateurs que celle des entreprises et des personnes concernées. Les demandes et les annonces qui parviennent aux autorités de la concurrence, selon lesquelles il existerait certains soupçons dans tel ou tel cas, ont été en constante augmentation. Suite à certaines de ces annonces, les autorités de la concurrence ont aussi ouvert récemment quelques-unes des procédures, dont elles se chargent en matière de marchés publics. Il existe dans ce contexte une interaction entre les piliers « prévention et information » et « poursuite ». Concernant le pilier « poursuite », il convient de souligner que les méthodes statistiques ont permis d'ouvrir récemment l'une des procédures en cours.

Concernant les pouvoirs adjudicateurs désignés ci-dessus, les autorités de la concurrence se sont également engagées, depuis plusieurs années, à ce que ces pouvoirs agissent, de sorte que la concurrence fonctionne lors des procédures de marchés publics et qu'ils obtiennent le meilleur rapport qualité-prix lorsqu'ils acquièrent des biens et ont recours à des services.¹⁶ Il est question d'un volet important de la politique de sensibilisation et de formation évoquée dans cette partie du rapport. L'application de la loi sur le marché intérieur, qui a constitué un thème important du rapport annuel de 2012, en fait également partie.

5.1.2 Exemple en matière d'agriculture

Le domaine de l'agriculture constitue un autre exemple illustrant bien le fait que les prises de position, informations et explications des autorités de la concurrence ont permis, au fil du temps, de mieux attirer l'attention des entreprises concernées et des autorités sur les principes de la politique économique. Les autorités de la concurrence ont participé de façon intensive aux discussions sur la libéralisation de l'agriculture (jusqu'à l'AP 2014-2017 actuellement en vigueur). Elles ont toujours relevé les effets positifs d'une concurrence efficace et dénoncé

les conséquences des restrictions de droit public à la concurrence, qui étaient pourtant admises.

L'Office fédéral de l'agriculture compétent en cette matière (OFAG) est en charge de nombreuses procédures de consultation des offices, qui ressortent des statistiques ci-dessus. Dans les années qui ont précédé le changement de millénaire, les autorités de la concurrence ont plutôt eu l'impression que cet office voulait protéger les exploitations agricoles d'une concurrence trop vive. Lors des dernières révisions de la loi sur l'agriculture et de ses ordonnances d'exécution, cet office a en revanche toujours cherché le soutien des autorités de la concurrence. Il s'agissait de tenir compte également, lors des discussions avec les représentants des milieux intéressés actifs dans la production, la transformation et le commerce, de la politique de la concurrence. Les autorités de la concurrence sont fréquemment intervenues auprès des milieux intéressés, qui ne s'y sont plus opposés par principe et l'OFAG, ainsi que les personnes compétentes du Secrétariat, ont entretenu de nombreux contacts, ce qui a clairement porté ses fruits. Les autorités de la concurrence doivent dès lors souvent répondre aux diverses questions qui sont soulevées en-dehors des procédures de consultation des offices. Les collaborateurs de l'OFAG ont en effet désormais conscience des éventuelles problématiques du droit de la concurrence qui peuvent apparaître.

Le fait que les autorités de la concurrence se préoccupent constamment de la politique agricole a également eu pour conséquence pour les entreprises et associations, qu'elles ne traitent plus seulement des comportements contraires au droit de la concurrence, en cas d'infraction. Ainsi, par exemple, la Fédération des producteurs suisses de lait a prévu, dans le cadre de la suppression du contingentement laitier étatique, que les grandes entreprises laitières livreraient désormais leur lait à une seule société de négoce du lait réunissant toutes les organisations de producteurs. Les grandes laiteries n'auraient ainsi pratiquement pas pu choisir auprès de quelle organisation de producteurs elles auraient pu acheter du lait et à quel prix. Une fois la société de négoce du lait commune en place, les quantités et les prix n'auraient plus été déterminés par l'Etat, mais par une entité privée. Les producteurs de lait ont reconnu que cette constellation pouvait entraver éventuellement la concurrence et ont demandé au Secrétariat de la COMCO d'établir un avis au sens de l'art. 23 al. 2 LCart. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion qu'il existait de sérieux indices d'accord illicite en matière de concurrence, si l'on créait la société de négoce du lait susmentionnée, tout en mettant en place un système de commercialisation commune. Il a donc envisagé l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart, au cas où ce projet devait être réalisé. Suite à cet avis, les producteurs de lait ont renoncé à mettre en place le système de commercialisation commune initialement envisagé.

¹⁶ Voir aussi à ce sujet l'analyse du point de vue de la politique de la concurrence du droit des marchés publics en Suisse, en particulier du droit des marchés publics de la Confédération, réalisée par le Secrétariat de la COMCO (DPC 2006/2, 392 ss.).

5.1.3 Exemple en matière d'infrastructures

Un autre domaine typique, qui illustre bien l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence, est un des domaines dont est en charge le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Il s'agit des marchés des infrastructures de l'internet qui soulèvent, en raison de leurs particularités, des questions portant sur la réglementation de l'accès et des tarifs, la neutralité concurrentielle et le service public etc. Un grand nombre de ces questions, ayant trait à la réglementation de domaines spécifiques, relèvent du droit général de la concurrence. Les autorités de la concurrence et les services compétents du DETEC s'entretiennent régulièrement sur ces questions. Il a ainsi fallu notamment clarifier, en se concertant avec l'Office fédéral de la communication (OFCOM) et la Commission de la communication (Comcom), ce qu'on entendait par une concentration des médias, qui pouvait s'avérer problématique, d'une part du point de vue de la politique des médias (art. 74 et 44 al. 1 let. g LRTV) et d'autre part, selon le droit de la concurrence.

Les procédures de consultation donnent lieu à de nombreux contacts entre les autorités de la concurrence et les offices du DETEC. Les différentes prises de position présentées en droit de la concurrence ont porté leurs fruits, en ce sens que les autorités de la concurrence sont également de plus en plus appelées à se déterminer sur des questions autres qu'ayant trait à la loi en tant que telle. Le DETEC a notamment requis, dans le cadre de la révision de l'ordonnance sur les services de télécommunication, que la COMCO rédige un avis sur les questions qui étaient controversées, du point de vue de la politique de la concurrence, au sein des différents départements impliqués. Dans un autre contexte, les nombreuses prises de position des autorités de la concurrence ont donné une toute autre dimension à la discussion politique sur le service public dans le domaine des médias. Diverses entreprises publiques ou parapubliques exercent depuis longtemps de nombreuses activités en faveur du service public. Lors de la révision des dispositions légales correspondantes, le rattachement de ces activités au service public et les mesures prises par l'Etat visant à les soutenir ont quelque peu été remis en cause. Les autorités de la concurrence ont souhaité à plusieurs reprises (notamment dans le domaine des médias) qu'une discussion politique sur les progrès technologiques et en tout cas sur le fait que les attentes des personnes concernées avaient changé soit menée. Elles ont aussi requis que les différentes mises en œuvre et questions traitées dans ce contexte soient reprises dans les messages du Conseil fédéral sur les révisions législatives en cause.

5.1.4 Exemple domaine de la santé

L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence a été et est encore aujourd'hui complexe et compliquée pour ce qui concerne le domaine de la santé dans lequel l'État intervient pour en réguler le fonctionnement. Depuis son entrée en vigueur, la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) cherche à mettre en place un système

de concurrence encadré par des dispositions légales (regulierter Wettbewerb) qui devraient permettre le jeu de l'offre et de la demande tout en permettant de se prémunir contre d'éventuels effets pervers (Fehlanreize). En revanche, au fil des années, la solution à certaines problématiques a de plus en plus conduit cette loi vers la sur-régulation (Überregulierung), parfois vers des formes de régulation erronée (Fehlregulierung), en réduisant la marge de manœuvre pour que les mécanismes de la concurrence puissent apporter leurs effets positifs. Le domaine de la santé, même pour ceux qui défendent les principes d'une saine concurrence, semble devoir forcément être mis sous tutelle par les pouvoirs publics. Néanmoins, les autorités de la concurrence ont fait usage de leurs compétences et ont continué à œuvrer pour que le système de santé suisse conserve sa place et demeure orienté vers les règles du marché. Par exemple, depuis 2004, certaines propositions faites par la COMCO au regard de la révision partielle de la LAMal (p.ex. l'affinement du système de compensation des risques) ont été réalisées. D'autres n'ont, même après dix ans, toujours pas perdu leur actualité et sont régulièrement discutées dans le cadre des débats parlementaires et publics, comme par exemple la liberté de contracter, le financement hospitalier moniste ou encore l'introduction des prix de référence pour les principes actifs des médicaments remboursés. Ces mesures trouveront peut-être tôt au tard leur place dans la LAMal, eu égard aux défis que le domaine de la santé devra affronter en Suisse à l'avenir.

5.2 Conclusions

L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence ne peut déployer d'effets qu'à long terme. Il est rare d'obtenir rapidement des résultats, comme le démontrent du reste les exemples pratiques qui viennent d'être énoncés. Les instruments prévus à cet égard doivent être mis en œuvre de façon sérieuse et ciblée, afin d'être entendu des milieux concernés et de les sensibiliser aux questions qui sont soulevées en droit de la concurrence. Ce n'est que lorsque les autorités de la concurrence parviennent à convaincre les entreprises concernées et les autorités compétentes dans un certain domaine du bien-fondé des principes de la politique de la concurrence – qui viennent éventuellement s'ajouter à d'autres intérêts publics –, que naît un rapport de confiance entre les autorités de la concurrence et les entreprises et autres autorités en cause. Celles-ci s'adressent alors spontanément aux autorités de la concurrence, afin de leur soumettre leurs questions. Lorsque l'on réussit à gagner, à un moment donné, une telle confiance, il convient de la préserver et d'agir également de la sorte, si possible, dans d'autres domaines. L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence – qui vient s'ajouter à la tâche principale des autorités de la concurrence consistant à mettre au jour les restrictions illicites à la concurrence – nécessite du temps et des ressources, de sorte à « promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (voir article 1 LCart) et à contribuer à ce que le but de la loi sur les cartels soit atteint.

A 1.	3. Rapporto annuale 2014 della Commissione della concorrenza (COMCO)
------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	3	3.4.3 Settore automobilistico	13
2	Principali decisioni del 2014	4	3.4.4 Agricoltura	14
3	Attività nei vari ambiti economici	6	3.5 Mercato interno	14
3.1	Costruzione	6	3.6 Indagini	16
3.1.1	Accordi di appalto	6	3.7 Affari internazionali	16
3.1.2	Altre procedure	6	3.8 Nessuna revisione della LCart	17
3.2	Servizi	7	4 Organizzazione e statistica	18
3.2.1	Servizi finanziari	7	4.1 COMCO e Segreteria	18
3.2.2	Professioni liberali e servizi professionali	8	4.2 Statistica	18
3.2.3	Mercati sanitari	9	5 L'attività di advocacy delle autorità in materia di concorrenza	21
3.3	Infrastruttura	9	5.1 Che cos'è l'advocacy?	21
3.3.1	Telecomunicazioni	9	5.2 Mezzi e strumenti dell'advocacy	21
3.3.2	Media	10	5.3 Attività di advocacy nella prassi	23
3.3.3	Energia	11	5.3.1 Esempio settore degli appalti	23
3.3.4	Altri ambiti	12	5.3.2 Esempio dell'agricoltura	26
3.4	Produzione	12	5.3.3 Esempio dei mercati delle infrastrutture	26
3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	12	5.3.4 Esempio del sistema sanitario	27
3.4.2	Industria orologiera	13	5.4 Conclusione	27

1 Prefazione del presidente

Oltre a svolgere il loro compito principale (individuare e vietare limitazioni illecite della concorrenza) le autorità in materia di concorrenza sono chiamate anche a intervenire in generale per difendere la concorrenza. Questa cosiddetta attività di advocacy è molto meno percepita dall'opinione pubblica rispetto all'emanazione di decisioni. Per illustrare anche questa loro mansione, il presente rapporto dedica un capitolo al ruolo di advocacy delle autorità della concorrenza.

Gli strumenti che la legge sui cartelli mette a loro disposizione per questa attività (consultazioni, consultazioni degli uffici, perizie, pubbliche relazioni, osservazioni di mercato e consulenze della Segreteria) sono per lo più di natura informale. Essi consentono alla COMCO e alla sua Segreteria di fornire informazioni sulle limitazioni della concorrenza, di rilevare superflue limitazioni statali della concorrenza, di rispondere mediante perizie a questioni di diritto in questo ambito e di sottolineare in generale l'importanza della concorrenza per l'economia. La COMCO e la Segreteria svolgono la stessa funzione anche nell'ambito delle barriere cantonali all'accesso al mercato utilizzando gli strumenti della legge sul mercato interno (LMI), vale a dire raccomandazioni, indagini, perizie e spiegazioni. L'attività di advocacy è di fatto diventata una componente importante che produce risultati concreti evitando ex ante limitazioni della concorrenza.

Lo strumento più efficace di questa advocacy è e resta la comunicazione tempestiva delle decisioni della COMCO e la loro pubblicazione integrale. Sanzionare un cartello in materia di appalti o un'impresa che ha impedito le importazioni parallele in Svizzera e divulgare nei mass-media le relative decisioni – incluso il nome delle imprese coinvolte e l'importo delle sanzioni pecuniarie – ha un forte effetto deterrente per le imprese e una funzione informativa per i consumatori. Per l'autorità in materia di concorrenza è più facile comunicare lo scopo di un intervento e le conseguenze di un intralcio alla concorrenza mediante casi concreti e per l'opinione pubblica è più facilmente comprensibile.

Anche l'anno in rassegna ha visto la COMCO impegnata in varie decisioni e nuove procedure, basti pensare alla multa contro l'Agenzia telegrafica svizzera (ATS) per aver ostacolato una sua concorrente o all'avvio di nuove indagini sulle manipolazioni nel commercio di valute e nel settore del leasing di automobili.

Nel settembre 2014 il Parlamento ha votato contro la revisione della legge sui cartelli, che prevedeva un divieto parziale dei cartelli e un controllo più moderno delle concentrazioni di imprese, il che avrebbe aumentato la certezza del diritto e agevolato il lavoro delle autorità in materia di concorrenza. Dal punto di vista della COMCO questo esito non è drammatico, dal momento che la legge sui cartelli in vigore contiene gli strumenti necessari per rilevare ed evitare le limitazioni della concorrenza e le autorità competenti funzionano bene. Del resto ciò è quanto emerge dalla valutazione del 2009 della legge sui cartelli e da allora non sono avvenuti cambiamenti sostanziali. Le autorità in materia di concorrenza

continueranno dunque ad assolvere il loro mandato legale mediante le decisioni e l'advocacy mirata.

Prof. Dott. Vincent Martenet
Presidente COMCO

2 Principali decisioni del 2014

Il 30 giugno 2014 la COMCO ha concluso l'inchiesta a carico della ditta di elettrodomestici **Jura AG** (Jura) con una decisione. La ditta e i suoi distributori si erano accordati di non vendere online le macchine da caffè di questa marca. Sulla base della decisione guida della COMCO dell'11 luglio 2011 in materia di commercio online (Elektrolux AG/V-Zug AG) Jura si è impegnata, nel quadro di una conciliazione, ad autorizzare la vendita via Internet delle sue macchine da caffè da parte dei rivenditori (selettivi) autorizzati.

Con la decisione del 14 luglio 2014 la COMCO ha autorizzato una conciliazione tra la sua Segreteria e l'**Agenzia telegrafica svizzera** (ATS) e inflitto a quest'ultima una multa di 1,88 milioni. L'ATS si è impegnata in una conciliazione a non stipulare più contratti contenenti accordi di abbonamento esclusivi con i suoi clienti, ad applicare un sistema di sconti trasparente e a concedere ai diversi media un accesso non discriminatorio ai suoi servizi. Ciò servirà a garantire parità di trattamento da parte dell'ATS nei confronti di tutti i mezzi di comunicazione in Svizzera e a non falsare la concorrenza sui mercati dei media e della pubblicità a valle. Dall'indagine era emerso che dalla fine del 2008 all'inizio del 2010 l'ATS aveva stipulato con determinate aziende di comunicazione della Svizzera tedesca contratti di abbonamento con sconti di esclusiva. Questi ultimi venivano concessi a condizione che i media in questione utilizzassero unicamente il notiziario dell'ATS, senza abbonarsi in parallelo al servizio dell'AP Svizzera. Attraverso questi sconti l'ATS ha abusato della sua posizione dominante e ostacolato in modo illecito l'allora concorrente AP Svizzera.

Nella primavera del 2009 la COMCO aveva aperto un'inchiesta a carico di **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA) a seguito di alcuni reclami. Sembrava infatti che gli aumenti di prezzo e il cambiamento delle condizioni di vendita svantaggiassero i clienti esterni rispetto alle società del Gruppo Swatch. L'inchiesta è stata sospesa da giugno 2011 a novembre 2013 mentre era in corso l'inchiesta sulla graduale riduzione delle forniture di movimenti meccanici. Con la decisione del 14 luglio 2014 la COMCO ha chiuso l'inchiesta contro ETA: non è stato infatti provato che il suo comportamento fosse discriminatorio né che fosse dettato da motivi estranei. Gli aumenti di prezzo e i cambiamenti delle condizioni di vendita si applicano infatti a tutti i clienti indistintamente. Inoltre, con la decisione del 21 ottobre 2013, la COMCO aveva approvato la riduzione graduale delle forniture di movimenti meccanici nel quadro di una conciliazione. Quest'ultima prevedeva anche disposizioni sulle condizioni di prezzo e di vendita fino al termine dell'obbligo di fornitura da parte di ETA, previsto per il 31 dicembre 2019.

Con la decisione dell'agosto 2014 la COMCO ovvero uno dei suoi vicepresidenti ha autorizzato la conciliazione tra la Segreteria e **AMAG Automobili e motori SA** concludendo la procedura a carico di quest'ultima. L'inchiesta aperta nel maggio 2013 per possibili accordi in materia di concorrenza coinvolgeva diversi concessionari svizzeri di marchi del gruppo Volkswagen (in

particolare VW, Audi, Škoda e Seat) tra i quali rientra anche AMAG. L'obiettivo era indagare su presunti accordi nella definizione di sconti e di importi forfettari per la consegna di nuovi autoveicoli dei marchi in questione. Nell'ambito della conciliazione AMAG si è impegnata a non accordarsi sulle riduzioni di prezzo e sugli importi forfettari per la consegna di nuovi autoveicoli e a non scambiare informazioni rilevanti sui prezzi con i suoi concorrenti. Essendosi autodenunciata, AMAG è stata esonerata dalla sanzione. Le altre parti coinvolte hanno invece presentato ricorso contro la decisione.

Il **Tribunale amministrativo federale** (TAF) ha annullato, con la sentenza del 23 settembre 2014, le decisioni e le sanzioni della COMCO del 18 ottobre 2010 contro SFS unimarket AG, Siegenia-Aubi AG e Paul Koch AG. Il 22 settembre 2006, in occasione di un incontro, le imprese si erano accordate sull'ammontare degli aumenti di prezzo dei componenti per finestre e portefinestre e sulla data della loro introduzione, una procedura che la COMCO ha giudicato equivalente a un accordo illecito sui prezzi. Il Tribunale è giunto alla conclusione che non è possibile determinare se la limitazione della concorrenza concordata durante l'incontro sia riconducibile unicamente a un accordo orizzontale sui prezzi o alle raccomandazioni di prezzo dei produttori dell'UE o a entrambe le cause. Non vi è dunque la prova che le imprese abbiano stipulato un accordo illecito sui prezzi secondo l'articolo 5 capoverso 3 lettera a LCart. Su richiesta della COMCO, il Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR) ha presentato ricorso contro due delle tre sentenze dinanzi al Tribunale federale (questione di diritto pubblico).

L'inchiesta sui **componenti per porte** si è conclusa con la decisione del 17 novembre 2014. La COMCO ha inflitto multe a cinque commercianti svizzeri di ferramenta per porte (serrature, pulsanti, cerniere) per un totale di 185 000 franchi; una ditta ha beneficiato dell'esenzione totale essendosi autodenunciata alle autorità in materia di concorrenza. Per quanto riguarda invece la ditta produttrice, l'inchiesta è stata chiusa senza seguito, poiché non è stata dimostrata alcuna violazione della legge sui cartelli. Dal 2002 al 2007 cinque commercianti di componenti per porte si sono incontrati ogni anno per concordare margini minimi nella vendita di grandi quantità di componenti per porte. Nel 2007 si è aggiunta un'ulteriore impresa. Tali accordi sui prezzi rappresentano un cartello orizzontale hard core.

Il 1° dicembre 2014 la COMCO ha concluso la sua inchiesta sul mercato delle carte di credito con una conciliazione che prevede la riduzione della commissione interbancaria media (**interchange fee**) per le **carte di credito** di MasterCard e Visa dall'attuale 0,95 % allo 0,44 %. Tutte le parti coinvolte nell'inchiesta hanno firmato la conciliazione, da un lato gli istituti di emissione delle carte di credito (i cosiddetti issuer), dall'altro le imprese che offrono agli operatori commerciali servizi di accettazione delle carte di credito e stipulano con loro appositi contratti (i cosiddetti acquirer). La riduzione tariffaria riguarda la commissione interbancaria applicabile in Svizzera, vale a dire la commissione che un acquirer deve versare all'issuer per il pagamento con una carta di credito svizzera presso un commerciante svizze-

ro. La COMCO è giunta alla conclusione (come già nel 2005) che tali commissioni rappresentano un accordo in materia di concorrenza, perché vengono fissate e applicate di comune accordo da determinate imprese. La COMCO ritiene tuttavia che tali accordi sono giustificabili solo se le tariffe sono così basse che per i commercianti non è più rilevante in quale forma avviene il pagamento (in contanti o con la carta di credito). La riduzione delle tariffe avverrà in due tappe: dal 1° agosto 2015 scenderanno allo 0,7 %, dal 1° agosto 2017 allo 0,44 %. Rispetto alla situazione a fine 2014, gli operatori commerciali risparmieranno circa 50–60 milioni di franchi all'anno. Le carte di debito, in particolare il sistema Maestro, non sono invece oggetto della procedura e della conciliazione, perché funzionano senza commissioni interbancarie.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Nell'agosto del 2014 la Segreteria ha concluso l'inchiesta preliminare avviata nel 2013 sui sistemi di notifica delle associazioni cantonali degli impresari costruttori. La Segreteria è riuscita a farsi un quadro d'insieme delle società che li utilizzano e in quale misura. Analizzando il loro impatto è giunta alla conclusione che essi favoriscono l'insorgenza di accordi di appalto e possono compromettere la concorrenza. Di conseguenza la Segreteria ha esortato le associazioni degli impresari costruttori a fare in modo che le imprese partecipanti non possano più vedere nel sistema di notifica quali altre imprese presentano un'offerta finché il termine non è scaduto. Le associazioni cantonali degli impresari costruttori hanno quindi adeguato i loro sistemi di notifica o abbandonato questa pratica.

Il 30 ottobre 2012 la Segreteria ha avviato nella Bassa Engadina un'inchiesta a carico di varie imprese attive nel settore dell'ingegneria civile, della costruzione e della pavimentazione stradale nonché nei mercati a monte e ha effettuato perquisizioni domiciliari. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui alcune imprese si sarebbero accordate per coordinare l'assegnazione di gare d'appalto e per ripartirsi progetti e clienti. Considerato l'esito delle indagini, il 22 aprile 2013 l'inchiesta è stata avviata nei confronti di altre imprese ed estesa all'intero Cantone dei Grigioni, con ulteriori perquisizioni domiciliari.

Il 5 febbraio 2013 la Segreteria ha avviato l'inchiesta sulla pulizia delle gallerie a carico di tre imprese attive a livello interregionale ed effettuato perquisizioni domiciliari. La Segreteria voleva verificare se le imprese si fossero accordate sui prezzi, violando la legge sui cartelli, per coordinare l'attribuzione delle gare d'appalto e dei clienti. Ha valutato tutti i documenti sequestrati e le offerte presentate, effettuando anche un'ampia indagine di mercato relativa agli organi responsabili dell'attribuzione dei lavori di pulizia delle gallerie. A novembre 2014 la Segreteria ha sottoposto alle parti la proposta indirizzata alla COMCO, invitandole a prendere posizione ai sensi dell'articolo 30 capoverso 2 LCart.

Il 15 aprile 2013 la Segreteria ha avviato un'inchiesta sulle prestazioni edili nel distretto di See-Gaster a carico di sei imprese nel settore dell'ingegneria civile e della

costruzione, effettuando perquisizioni domiciliari. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui diverse imprese si sarebbero accordate per coordinare l'assegnazione di gare d'appalto, la ripartizione di progetti e dei clienti. Il 21 ottobre 2013 l'inchiesta è stata estesa ad altre due imprese attive nella regione e sono state nuovamente effettuate perquisizioni domiciliari. La valutazione dei dati sequestrati è ormai conclusa. Nel dicembre 2014 le parti hanno potuto prendere visione degli atti procedurali.

Come sarà menzionato più avanti nella parte dedicata all'advocacy (cfr. 5), sensibilizzare gli enti aggiudicatori è uno strumento importante contro gli accordi di appalto. Nel 2014 sono state condotte apposite campagne nei Cantoni di Basilea Città, Basilea Campagna, Berna, Glarona, Lucerna, Sciaffusa, Soletta, Turgovia e Zurigo. La Segreteria ha organizzato anche vari incontri, tenuto delle conferenze e partecipato a varie discussioni insieme a imprese, avvocati ed enti governativi.

3.1.2 Altre procedure

Per quanto riguarda l'inchiesta avviata il 22 novembre 2011 contro i commercianti all'ingrosso attivi nel campo dei sanitari, nel novembre 2014 la Segreteria ha trasmesso alla COMCO la sua proposta e i pareri delle parti.

Con la decisione del 17 novembre 2014 la COMCO ha sanzionato i commercianti che avevano aderito a un cartello nel settore dei **componenti per porte**. Dal 2002 al 2007 cinque rivenditori svizzeri di ferramenta per porte (pulsanti, serrature e cerniere) si sono incontrati ogni anno per concordare margini minimi nella vendita di grandi quantitativi di questi prodotti. Nel 2007 un'altra impresa ha partecipato all'incontro annuale. I margini minimi riguardavano i prodotti della ditta Glutz AG e si applicavano nella vendita di componenti per porte alle imprese di lavorazione (p.es. falegnamerie). La COMCO ha giudicato illecito questo accordo infliggendo ai commercianti una multa complessiva di 185 000 franchi. La procedura contro la produttrice Glutz AG è stata invece archiviata perché a suo carico non sono state riscontrate infrazioni alla legislazione sui cartelli.

In seguito alle due inchieste sugli accordi di appalto nel settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Argovia e Zurigo, diversi committenti pubblici hanno richiesto la consultazione degli atti, in particolare di quelli riguardanti le gare d'appalto in cui sono coinvolti (i singoli progetti oggetto degli accordi non sono individuabili nelle decisioni pubblicate, ovvero non viene menzionato il nome). Il 6 agosto 2014 la COMCO ha sospeso le procedure di consultazione degli atti riguardanti l'inchiesta nel settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia, perché quest'ultima è tuttora pendente presso il TAF. In data 8 settembre 2014 la COMCO ha concesso la consultazione parziale degli atti procedurali relativi all'inchiesta nelle stesso settore nel Cantone di Zurigo. Due delle imprese coinvolte hanno presentato ricorso dinanzi al TAF contro tale concessione.

Nel settembre 2014 il TAF ha accolto i tre ricorsi presentati contro le decisioni della COMCO riguardanti i componenti per finestre e portefinestre. Dopo un'analisi ap-

profondità, la COMCO e il DEFR hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale federale contro due delle tre sentenze (Paul Koch AG; Siegenia Aubi AG). In questi due casi il TAF aveva ritenuto che l'esistenza di un accordo sui prezzi non era dimostrabile con certezza. A questo proposito la COMCO ha fatto valere una violazione del diritto federale perché il TAF prevede maggiori requisiti legali per la dimostrazione di un accordo orizzontale sui prezzi (cartello). Secondo la COMCO non sussistono «questioni probatorie irrisolte». Per quanto riguarda la sentenza relativa a SFS AG, la COMCO non ha presentato ricorso perché il TAF ha negato la sua partecipazione all'accordo sui prezzi e tale questione di fatto non può essere impugnata dinanzi al Tribunale federale.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Nell'ambito dei servizi finanziari l'inchiesta sulle commissioni interbancarie delle carte di credito (*interchange fee*) è stata conclusa con una conciliazione approvata dalla COMCO in data 1° dicembre 2014. Essa prevede una riduzione delle commissioni nazionali dall'attuale 0,95 % allo 0,44 %. Come già accaduto nella sua prima inchiesta nel 2005 (cfr. DPC 2006/1, pag. 65 segg.) la COMCO è giunta alla conclusione che tali commissioni rappresentano un accordo illecito, perché vengono fissate e applicate congiuntamente dalle società in questione. Ha tuttavia constatato che tali accordi sono giustificabili solo se le tariffe sono così basse che per i commercianti diventa irrilevante la forma di pagamento scelta (in contanti o con la carta di credito). Tale *Merchant Indifference Test* (detto anche «Tourist Test») ha un fondamento scientifico e deriva da una pubblicazione del premio Nobel 2014 per l'economia Jean Tirole.¹ La conciliazione è stata firmata da tutte le parti coinvolte nell'inchiesta, vale a dire sia issuer che acquirer. Il testo prevede una riduzione dell'*interchange fee* in 2 fasi: un abbassamento allo 0,7 % dal 1° agosto 2015 e un secondo abbassamento allo 0,44 % dal 1° agosto 2017. La conciliazione può essere disdetta solo dal 1° agosto 2019 in poi. Essa contiene anche un meccanismo di adeguamento dinamico: aumenti o riduzioni del limite massimo dell'UE per le *interchange fee* delle carte di credito dello 0,3 % vengono attuate in Svizzera allo stesso identico modo (se p.es. il tasso nell'UE scendesse allo 0,2 %, si avrebbe in Svizzera una riduzione allo 0,34 %). Tale meccanismo di adeguamento dinamico dovrebbe garantire stabilità a lungo termine alla conciliazione. Infine è stato nuovamente abolito il divieto della clausola di non discriminazione (il cosiddetto Non-Discrimination-Rule, NDR), che era stato introdotto nel 2005. Ciò significa che gli *acquirer* possono di nuovo introdurre nei loro contratti con gli esercenti una clausola che impedisce loro di applicare prezzi diversi in base al mezzo di pagamento. La soppressione di questo divieto è legata alla forte riduzione delle commissioni interbancarie. Tale riduzione dovrebbe impedire costi supplementari agli esercenti per i pagamenti con le carte di credito (rispetto ai pagamenti in contanti).

Infine la Segreteria ha proseguito l'inchiesta in corso sui presunti accordi per influenzare i tassi di riferimento Libor, Tibor ed Euribor e i rispettivi derivati. In tale con-

testo le autorità in materia di concorrenza hanno chiesto per la prima volta assistenza giudiziaria in materia civile e commerciale alla Francia in virtù della Convenzione dell'Aja (cfr. DPC 2014/2, pag. 450 segg.). Il Ministero francese della giustizia l'ha accordata e la questione è stata trasmessa ai tribunali francesi.

Nell'anno in rassegna sono state avviate altre due inchieste nel settore dei servizi finanziari. Nell'inchiesta aperta il 31 marzo 2014, relativa al commercio delle valute (Forex) si dovrà chiarire se le varie banche si siano accordate in maniera illecita fissando determinati tassi di cambio. I reati contestabili potranno essere i seguenti: scambio di informazioni confidenziali, coordinamento sulle transazioni con altri operatori del mercato a livelli concordati, operazioni concordate per influenzare il benchmark Wm/Reuters Fix e coordinamento nella compravendita di valute.

La seconda inchiesta, che riguarda il leasing di automobili, è stata aperta a seguito di indizi secondo cui le società di finanziamento appartenenti a gruppi di produttori o a importatori (le cosiddette «captive bank», banche di gruppo) si sarebbero scambiate informazioni sensibili sui tassi di leasing e sul finanziamento per l'acquisto di veicoli, concludendo dunque accordi sui prezzi. Nello specifico si sospetta che le captive bank si siano scambiate informazioni sui tassi d'interesse, sulle condizioni contrattuali, sull'importo delle commissioni per i rivenditori e su varie altre spese.

3.2.2 Professioni liberali e servizi professionali

Un'inchiesta preliminare sui servizi di manutenzione e di supporto per gli hardware di rete di Cisco Systems è stata conclusa dopo che la ditta ha accettato di adeguare in alcuni punti la comunicazione con i clienti finali. L'inchiesta preliminare era stata avviata a seguito della denuncia di un offerente di questi servizi indipendente, stando alla quale Cisco Systems deterrebbe una posizione dominante sul mercato per determinati hardware di rete (in particolare *router* e *switch*) e ne abuserebbe subordinando la fornitura degli aggiornamenti per i sistemi aziendali alla stipula di contratti di manutenzione e supporto globali. Nel corso dell'inchiesta preliminare Cisco Systems ha illustrato diverse possibilità per i clienti aziendali di ricevere tali aggiornamenti a prescindere da altri servizi di manutenzione e supporto della ditta o addirittura anche gratuitamente. Inoltre Cisco Systems non vieta in linea di massima la trasmissione – diretta o tramite terzi – delle licenze di software tra i clienti finali all'interno dello Spazio economico europeo e in Svizzera. Dal momento che Cisco Systems ha confermato per iscritto tali possibilità e al contempo si è dichiarata disposta ad adottare una serie di misure di comunicazione nei confronti dei clienti finali, è stato possibile chiudere l'inchiesta preliminare.

¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), pag. 462 segg. 2011.

L'inchiesta in corso a carico di Booking.com, Expedia e HRS, piattaforme di prenotazione online di hotel, che riguarda principalmente le condizioni contrattuali imposte da tali imprese agli alberghi partner, ha compiuto molti passi avanti. A questo proposito il TAF doveva decidere se un'associazione alberghiera possa avere la qualità di parte, il che comporterebbe in particolare il diritto di prendere visione degli atti procedurali. Con la sentenza del 1° luglio 2014 il TAF ha negato tale facoltà, sostenendo dunque un'analogia decisionale intermedia della Segreteria. Nell'anno in rassegna sono stati effettuati anche interrogatori delle parti.

3.2.3 Mercati sanitari

La COMCO ha presentato ricorso contro la decisione del TAF sui farmaci fuori lista. La sentenza del TAF è di importanza fondamentale, perché respinge, in modo inesatto secondo le autorità della concorrenza, l'applicazione della legge sui cartelli in questo settore.

Per quanto riguarda l'inchiesta sulla commercializzazione delle informazioni mediche elettroniche necessarie per la distribuzione, la consegna e la fatturazione dei farmaci in Svizzera, il Parlamento sta discutendo sulle informazioni mediche rispetto all'articolo 57a della legge sugli agenti terapeutici (RS 812.21) attualmente in revisione. La questione di fondo è sapere se la piattaforma AIPS sui medicamenti creata da Swissmedic continuerà a fare da riferimento per la pubblicazione di informazioni mediche o se questo compito dovrà essere assunto dalle ditte farmaceutiche in collaborazione con i fornitori di prestazioni.

Nell'inchiesta preliminare sul livello di concorrenza tra i vari operatori coinvolti nella distribuzione dei farmaci in Svizzera le indagini si sono concentrate sull'attività dei Pre-Wholesaler (PWS), vale a dire le imprese che offrono servizi di deposito alle aziende farmaceutiche che desiderano delegare questo tipo di attività (outsourcing). La distribuzione dei farmaci in Svizzera è contraddistinta da un lato dall'impossibilità o quasi di effettuare importazioni parallele e, dall'altro, dalla crescente integrazione verticale nella distribuzione. In tale contesto alcune prestazioni finanziarie (p.es. l'accettazione dello star del credere) dei PWS sono oggetto di un esame specifico.

Per quanto concerne il settore ospedaliero, le autorità giudiziarie hanno preso decisioni fondamentali a favore della concorrenza. Da un lato il TAF ha stabilito che nell'ambito del finanziamento attuale gli ospedali devono poter conseguire degli utili anche nel settore dell'assicurazione malattia di base, un elemento decisivo affinché la concorrenza indiretta voluta dal legislatore espliciti i suoi effetti positivi. Tale conclusione è stata spesso difesa anche dalle autorità della concorrenza. Dall'altro, anche i Cantoni sono tenuti a rispettare vari principi nella pianificazione intercantonale della medicina altamente specializzata. Come sottolineato dalla COMCO nel suo parere relativo alla pianificazione ospedaliera, questi principi devono permettere di garantire sia la parità di trattamento tra gli stabilimenti pubblici e privati, sia l'utilizzo di un metodo di scelta degli offerenti che preservi un sistema orientato alla concorrenza.

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazioni

Su incarico del Consiglio federale la COMCO ha redatto una perizia sulla proposta di adeguamento dell'ordinanza sui servizi di telecomunicazione (OST) e ha espresso il suo parere su varie questioni controverse secondo il diritto in materia di concorrenza, quali l'effetto che la regolamentazione proposta riguardo al cosiddetto ultimo miglio potrebbe avere sull'incentivazione agli investimenti, l'eventuale introduzione del divieto di una *price o margin squeeze* (compressione dei margini per i concorrenti) per dare forma al divieto di discriminazione all'interno del settore e all'elaborazione di un piano per tener conto delle tecnologie più recenti, per esempio in caso di interconnessione o di accesso a linee affittate.

Nell'inchiesta a carico di Swisscom per quanto riguarda il settore di internet a banda larga per i clienti aziendali, la Segreteria ha concluso le indagini e, conformemente all'articolo 30 capoverso 2 LCart, nel dicembre 2014 ha inviato la sua proposta a Swisscom, la quale dovrà esprimersi al riguardo.

Nel settore delle telecomunicazioni la COMCO ha dovuto valutare anche la fusione tra Swisscom Directories AG e Search.ch AG. In seguito all'acquisizione di Publigroupe SA da parte dell'operatore di telecomunicazioni, Swisscom SA e Tamedia intendono riunire in un'affiliata comune le società local.ch e search.ch. Dall'esame preliminare della COMCO di fine novembre 2014 è emerso che tale fusione può creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato degli elenchi telefonici. Di conseguenza il progetto di concentrazione viene sottoposto a un esame secondo l'articolo 10 LCart, che si protrarrà fino alla fine di marzo 2015.

La COMCO ha effettuato inoltre una perizia per l'UFCOM sull'eventuale posizione dominante di Swisscom nel settore della interconnessione IP, ovvero il sistema che garantisce una pluralità di reti interconnesse tramite Internet.

Per quanto riguarda infine la procedura di ricorso pendente dinanzi al TAF sulla politica dei prezzi per i servizi ADSL, la COMCO ha espresso il suo parere, nell'ambito di un ulteriore scambio di scritti, sulle risposte fornite da Swisscom a un apposito questionario.

3.3.2 Media

Con la decisione del 14 luglio 2014 la COMCO ha concluso l'inchiesta sulla politica dei prezzi e altre pratiche dell'Agenzia telegrafica svizzera (ATS) approvando una conciliazione tra quest'ultima e la Segreteria. Dall'inchiesta è emerso che dalla fine del 2008 all'inizio del 2010 l'ATS aveva stipulato, con determinate aziende di comunicazione della Svizzera tedesca, contratti di abbonamento con sconti di esclusiva. Questi ultimi venivano concessi a condizione che i media in questione utilizzassero unicamente il notiziario dell'ATS, senza abbonarsi in parallelo ad altri servizi di un'agenzia stampa concorrente. L'ATS ha abusato della sua posizione dominante e ostacolato i concorrenti in maniera illecita. Nella conciliazione l'ATS si è impegnata a non stipulare più accordi di questo genere con i suoi clienti, ad applicare un sistema di sconti trasparente e a concedere ai diversi media un accesso non discriminatorio ai suoi servizi. Ciò servirà a garantire parità di trattamento da

parte dell'ATS nei confronti di tutti i mezzi di comunicazione in Svizzera e a non falsare la concorrenza sui mercati dei media e della pubblicità a valle. L'ATS ha dovuto pagare una multa di 1,88 milioni di franchi.

Nell'anno in rassegna l'inchiesta aperta nell'aprile 2013 sulla trasmissione in diretta degli eventi sportivi a pagamento (pay-TV) è rimasta bloccata presso le autorità giudiziarie superiori a causa di varie decisioni intermedie indotte dalle parti e dalle relative impugnazioni. Il ricorso degli operatori via cavo che avevano richiesto l'emanazione di misure cautelari e, in particolare, il "nulla osta" alla diffusione di determinati contenuti e di certe modalità di ricezione è stato respinto dal TAF con la sentenza del 9 luglio 2014, passata in giudicato. Il 2 ottobre 2014 il TAF ha deciso di non entrare in materia nel ricorso contro la decisione del 24 febbraio 2014 riguardante la qualità di parte. La sentenza è stata impugnata dinanzi al Tribunale federale.

L'inchiesta preliminare relativa alla commercializzazione radiofonica e televisiva del Gruppo Goldbach TV è stata chiusa con il rapporto finale del 12 novembre 2014, soprattutto alla luce del fatto che il gruppo ha rilasciato alla Segreteria una dichiarazione d'intenti sul comportamento futuro delle sue affiliate e nella vendita di spazi pubblicitari radiotelevisivi. Nella dichiarazione d'intenti il Gruppo Goldbach ha confermato che le sue affiliate concedono sconti e/o spazi gratuiti (*Freespace*) a prescindere dal fatto che l'intero volume pubblicitario o gran parte di esso venga collocato in un'altra tipologia di media (TV, radio, adscreen, online, ecc.) tramite una società del gruppo.

Anche nel 2014 la COMCO ha dovuto esaminare diversi progetti di fusione nel settore dei media: per quanto riguarda la concentrazione Tamedia AG / comparto aziendale B2C di Ticketportal AG, Tamedia voleva acquisire il comparto aziendale B2C di Ticketportal tramite la sua affiliata Starticket AG. Con la fusione Aurelius / Publicitas, Aurelius AG intendeva rilevare le attività di Publigroupe nel settore *media sales*. Nel caso di Ringier / Le Temps, Ringier AG voleva assumere il controllo esclusivo su ER Publishing SA; la conseguenza sarebbe stata il controllo esclusivo anche su Le Temps SA. Con la fusione Thomas Kirschner / Valora Mediaservices AG, Thomas Kirschner ha comunicato l'intenzione di acquisire indirettamente (tramite la controllata Brillant Media Services GmbH) il controllo sul grossista svizzero Valora Mediaservices AG. Successivamente, nella fusione Thomas Kirschner / A e B XY / Valora Mediaservices AG è stata comunicata l'acquisizione del controllo congiunto su Valora Mediaservices da parte di Thomas Kirschner e dei coniugi XY – questi ultimi tramite le partecipazioni ATLAS GmbH & Co. KG. Nel caso di Swisscom (Schweiz) AG / Publigroupe SA, Swisscom ha manifestato l'intenzione di ottenere il controllo esclusivo sul gruppo Publigroupe nell'ambito di un'offerta pubblica di acquisto. Per quanto riguarda la fusione Tamedia / home.ch, Tamedia voleva assumere il controllo esclusivo su home.ch. Tutti questi progetti di fusione sono stati approvati dalla COMCO nel quadro di un esame preliminare.

In seguito alla fusione Ringier / Le Temps, la COMCO ha inoltre abrogato con la decisione dell'8 settembre 2014 le condizioni che aveva imposto alla fusione Edi-

presse/Ringier – Le Temps con la decisione del 20 ottobre 2003. Le condizioni erano state emanate dopo che Ringier e Tamedia avevano assunto il controllo congiunto su ER Publishing, e quindi anche sul quotidiano Le Temps, per garantire l'indipendenza di quest'ultimo e per poter controllare le ripercussioni della cooperazione in altri mercati dei media. Con l'assunzione del controllo esclusivo da parte di Ringier su Le Temps le condizioni non avevano più motivo di esistere, pertanto sono state abrogate.

La decisione della COMCO sui prezzi dei libri nella Svizzera francese è stata oggetto di ricorsi dinanzi al TAF, che sono ancora pendenti. In questo caso era controversa anche la pubblicazione stessa della decisione del 27 maggio 2013. Le parti coinvolte hanno presentato ricorso dinanzi al TAF contro una decisione in tal senso della COMCO.

3.3.3 Energia

L'inchiesta preliminare sulla strategia di Energie Wasser Bern (ewb) è stata conclusa con il rapporto finale del 10 gennaio 2014. Dopo un incontro con la Segreteria nel dicembre 2013, ewb ha adeguato di sua iniziativa tre punti che potevano essere problematici in base alla legislazione sui cartelli: l'invito scritto a effettuare il controllo periodico delle installazioni elettriche, la raccomandazione della sua affiliata Energie-Check Bern AG per i controlli di sicurezza sul sito ewb, la raccomandazione nella circolare ai clienti ewb dell'allora affiliata Bären Elektro AG per l'eventuale raggruppamento di più contatori di un edificio. Di conseguenza, al momento della valutazione non esistevano indizi sufficienti di limitazioni illecite della concorrenza secondo l'articolo 7 LCart per quanto riguarda il presunto scambio o utilizzo di informazioni rilevanti tra i settori del gruppo ewb in monopolio e quelli in regime di concorrenza.

Nel settore dell'elettricità la Segreteria e la COMCO sono state invitate più volte a esprimersi nell'ambito rispettivamente di consultazioni degli uffici e di procedure di consultazione o di indagini conoscitive. Si citano in particolare il decreto federale sulla seconda tappa di apertura del mercato dell'elettricità e diverse revisioni parziali dell'ordinanza sull'energia.

3.3.4 Altri ambiti

Nell'anno in rassegna diverse parti hanno presentato ricorso dinanzi al TAF contro la decisione del 2 dicembre 2013, che ha posto fine all'inchiesta sul trasporto aereo e sanzionato 11 compagnie aeree per accordi orizzontali sui prezzi per un totale di 11 milioni di franchi. In questo caso è controversa anche la questione se e in che misura la decisione del 2 dicembre 2013 è da pubblicare. Pure a tal riguardo è attualmente pendente una procedura dinanzi al TAF.

L'inchiesta avviata a luglio 2013 sul sistema di prezzi applicato ai clienti aziendali per la spedizione di lettere ha compiuto molti passi avanti. Essa esamina in particolare se questo sistema di prezzi della Posta abbia ostacolato i suoi concorrenti sul mercato, ad esempio rendendo difficile o addirittura impedendo ai clienti aziendali l'acquisizione di servizi da altri operatori. Inoltre si intende chiarire se la Posta discrimini o penalizzi in altro modo determinati clienti.

3.4 Produzione

3.4.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Con la decisione del 30 giugno 2014 la COMCO ha concluso l'inchiesta a carico della ditta di elettrodomestici Jura AG (Jura) approvando una conciliazione in cui Jura si impegna a concedere in linea di principio la vendita via Internet ai suoi partner commerciali. Tra Jura e i suoi partner commerciali esisteva un accordo di rinuncia al commercio elettronico per le macchine da caffè di questo marchio. Sulla base della decisione di principio della COMCO dell'11 luglio 2011 relativa all'inchiesta sul commercio elettronico (Elektrolux AG/V-Zug AG) Jura si è impegnata, nel quadro di una conciliazione, ad autorizzare la vendita selettiva di macchine da caffè via Internet da parte dei suoi rivenditori. Per quanto riguarda la limitazione delle prestazioni di garanzia praticata da Jura e la politica dei prezzi, gli indizi iniziali di limitazioni illecite della concorrenza non sono stati confermati. Relativamente a questi punti la COMCO ha chiuso la procedura.

La Segreteria ha concluso le indagini nelle due inchieste sugli strumenti musicali. L'una riguardava i pianoforti (inclusi quelli a coda) ed era stata aperta il 27 novembre 2012 a seguito di indizi concreti che lasciavano presumere l'esistenza di accordi orizzontali e verticali sui prezzi e sull'isolamento di zone di vendita. Si sospettava inoltre che le importazioni dirette e parallele dai Paesi limitrofi fossero state ostacolate o addirittura proibite. L'altra inchiesta riguardava invece gli strumenti a corda (chitarre e bassi) e i relativi accessori ed era stata aperta il 3 luglio 2013 per esaminare se la vendita di chitarre e accessori fosse stata caratterizzata da accordi sui prezzi.

Per quanto riguarda gli accordi verticali, alla fine del 2014 risultavano pendenti dinanzi al TAF i seguenti ricorsi contro alcune decisioni della COMCO: Nikon, BMW, Altimum SA (ex Roger Guénat SA). Il ricorso GABA/Elmex è stato respinto dal TAF il 19 dicembre 2013 e il caso è ora pendente dinanzi al Tribunale federale.

Il 21 agosto 2014 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare secondo l'articolo 26 LCart in merito alle importazioni dei prodotti Coca-Cola da parte dei commercianti al dettaglio in Svizzera. L'obiettivo è chiarire se Coca-Cola ostacoli le importazioni parallele in Svizzera da parte di Denner e di altri commercianti al dettaglio violando gli articoli 5 o 7 LCart.

Nel settore degli articoli di viaggio (trolley) la Segreteria ha proseguito l'inchiesta preliminare a seguito di indizi di isolamenti territoriali e di imposizioni dei prezzi. Le indagini si sono concentrate sulle limitazioni del commercio online transnazionale.

Il 3 settembre 2014 sono giunte a scadenza quasi tutte le condizioni che la COMCO aveva imposto nel 2007 alla fusione Migros/Denner. L'eccezione riguarda il fatto che Migros non può stipulare contratti esclusivi con i suoi fornitori (prescrizione permanente). Le condizioni imposte servivano sia per fare in modo che altre aziende del commercio al dettaglio potessero assumere il vecchio ruolo di Denner come principale concorrente marginale sia per impedire un peggioramento dell'accesso ai

mercati di sbocco per i fornitori. Secondo la COMCO le condizioni hanno adempiuto allo scopo, la loro attuazione è proseguita senza irregolarità degne di nota.

3.4.2 Industria orologiera

In relazione alla decisione di ottobre 2013 sulla sospensione delle forniture del Gruppo Swatch, all'inizio del 2014 la COMCO ha stabilito quale società di revisione vigilerà sul rispetto della conciliazione, come previsto nel punto 8 del testo stesso. Il primo controllo verrà effettuato nella primavera del 2015. Nel corso dell'anno in rassegna la COMCO non ha ricevuto reclami sul mancato rispetto della conciliazione da parte del gruppo.

Nel mese di luglio 2014 è stata conclusa l'inchiesta a carico di ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (un'affiliata al 100 % del Gruppo Swatch; di seguito ETA), incentrata sulle modifiche di prezzo unilaterali e sulle nuove condizioni di vendita per i movimenti meccanici introdotte da ETA nel 2009. La COMCO ha chiuso l'inchiesta, perché non sono emersi indizi sufficienti per determinare se il comportamento di ETA avesse uno scopo discriminatorio o se fosse dettato da motivi estranei. L'inchiesta è stata sospesa da giugno 2011 a novembre 2013, periodo in cui era in corso l'inchiesta sulla sospensione delle forniture da parte del Gruppo Swatch.

Inoltre, a fine ottobre 2014, è stata aperta un'inchiesta preliminare in merito al servizio post vendita degli orologi, settore in cui la Segreteria intende esaminare alcune pratiche eventualmente illecite secondo il diritto sui cartelli.

3.4.3 Settore automobilistico

La Segreteria ha concluso le indagini relative all'inchiesta avviata il 22 maggio 2013 a carico di diversi concessionari svizzeri dei marchi del gruppo Volkswagen (VW, Audi, Škoda, Seat), tra cui AMAG, per presunti accordi sulle riduzioni di prezzo e sugli importi forfettari per la consegna di nuovi autoveicoli. Con la decisione dell'8 agosto 2014 la COMCO ha autorizzato la conciliazione tra la Segreteria e AMAG e chiuso la procedura contro quest'ultima. Nell'ambito della conciliazione la società si è impegnata a non applicare accordi sulle riduzioni di prezzo e sugli importi forfettari e a non scambiare informazioni rilevanti con i suoi concorrenti. Essendosi autodenunciata, AMAG ha potuto beneficiare dell'esenzione dalla sanzione. Le altre parti coinvolte hanno invece presentato ricorso contro la decisione. L'inchiesta a loro carico prosegue nella procedura ordinaria.

Nel 2014 la Segreteria ha svolto due inchieste preliminari sull'importazione di veicoli elettrici e sulla vendita di ricambi per auto. Entrambe le inchieste sono state concluse senza l'adozione di misure specifiche. Sono state aperte due nuove inchieste preliminari riguardo al sistema di distribuzione selettiva in Svizzera di alcuni fornitori di autoveicoli e sono ancora oggetto di indagini.

Nel corso del 2014 la Segreteria ha ricevuto una cinquantina di richieste di cittadini riguardanti i diritti di garanzia degli autoveicoli acquistati nello spazio SEE e la limitazione delle importazioni dirette o parallele, alle quali ha risposto facendo riferimento alla comunicazione

sugli accordi verticali nel commercio di autoveicoli (Comunicazione autoveicoli²).

A metà luglio 2014 la Segreteria ha svolto una consultazione tra le cerchie interessate proprio sul futuro della Comunicazione autoveicoli. Nel mese di novembre 2014 la COMCO ha ascoltato sei associazioni e offerto loro la possibilità di esporre oralmente la propria posizione e di rispondere direttamente alle domande dei membri della COMCO. In base alle loro risposte, il 15 dicembre 2014 la COMCO ha adottato una decisione di principio che prevede di mantenere la Comunicazione autoveicoli modificandola in alcuni punti fondamentali. La Segreteria è stata incaricata di preparare il progetto di revisione. La decisione sul testo rivisto verrà presa dalla COMCO (dopo consultazione delle cerchie interessate) probabilmente nel secondo trimestre del 2015 e verrà comunicata al settore.

3.4.4 Agricoltura

La Segreteria ha espresso il suo parere in circa 40 procedure di consultazione degli uffici federali su modifiche di leggi o di ordinanze nonché su interventi parlamentari, appoggiando a più riprese, anche nell'anno in rassegna, la soppressione della protezione doganale. Basti pensare alle numerose richieste di aumento temporaneo dei contingenti doganali parziali da parte di Swisspatat. La Segreteria si è detta favorevole a tali aumenti, suggerendo tuttavia di esaminare un eventuale aumento a titolo permanente e di includere anche i consumatori nelle cerchie interessate da consultare prima di definire i rispettivi contingenti doganali parziali, senza limitarsi esclusivamente ai rappresentanti dei produttori, dei commercianti e dell'industria di trasformazione.

3.5 Mercato interno

Nel settore dell'accesso intercantonale al mercato, il Centro di competenza Mercato interno (CC LMI) si è concentrato principalmente sul seguito di due casi. L'uno riguarda alcuni agenti giuridici vodesi che hanno cercato di ottenere l'accesso al mercato della rappresentanza in procedura civile (art. 68 cpv. 2 lett. b del Codice di procedura civile [CPC; RS 272]) nei Cantoni di Berna e Ginevra, l'altro la professione di odontotecnico.

In base alla legge sul mercato interno (LMI), gli offerenti hanno il diritto di esercitare la loro attività in altri Cantoni conformemente alle prescrizioni applicabili nel loro luogo di provenienza (principio del luogo di provenienza). In applicazione di questo principio, alcuni agenti giuridici vodesi titolari di un attestato hanno presentato richieste di accesso al mercato nei Cantoni di Ginevra e Berna, che non sono però state accolte. Il ricorso presentato dalla COMCO contro le due decisioni negative è stato respinto dalle istanze cantonali, per cui la COMCO si è rivolta al Tribunale federale.

La Segreteria ha contattato l'associazione di categoria degli odontotecnici per discutere delle difficoltà di accesso alla formazione. Come professione indipendente (da quella di dentista) è infatti impartita solo nel Cantone di Zurigo. Il CC LMI si è occupato anche del caso di un odontotecnico che cercava di avere accesso al mercato di un Cantone in cui manca questa professione, dal momento che il principio del luogo di provenienza si

applica anche se la professione non esiste nel luogo di destinazione (DPC 2013/4, pag. 522 segg.).

Nel settore degli appalti pubblici la COMCO ha presentato due ricorsi. Nel quadro di una gara d'appalto nel settore dei servizi informatici un comune zurighese si è avvalso della procedura su invito anche se il valore del mercato superava la soglia consentita, il tutto senza far valere alcuna deroga e senza che le condizioni richieste fossero riunite. Uno dei concorrenti ha presentato ricorso, ma il Tribunale amministrativo zurighese non lo ha accolto. Senza dilungarsi sul perché di questo esito, è bene sottolineare che altri Cantoni, in circostanze identiche, annullano tutte le decisioni di aggiudicazione prese dopo un errore nella scelta della procedura. La COMCO ha dunque accettato, su richiesta del CC LMI, di avvalersi del suo diritto di ricorso affinché venga chiarito se un errore procedurale rappresenti una violazione del diritto dei mercati pubblici – e di conseguenza della LMI – tale che debba dunque essere considerata d'ufficio, eventualmente anche contro la volontà della ricorrente. In un altro caso la COMCO, avvisata da un Cantone, ha fatto ricorso contro una decisione di aggiudicazione in via amichevole di un appalto nel settore dei servizi informativi per un registro fondiario perché l'autorità aggiudicatrice aveva riscontrato dei motivi che le permettevano il ricorso alla clausola eccezionale d'urgenza. Tuttavia secondo la COMCO, così come secondo il Cantone che le ha segnalato il caso, non sussistevano le condizioni per applicare le clausole eccezionali invocate. Per dirimere la questione, la COMCO ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo del Cantone competente.

Nell'anno in rassegna la COMCO ha anche dovuto emanare raccomandazioni nel settore degli appalti pubblici. Una di queste riguardava la società anonima san gallese VRSG e l'applicabilità, nel suo caso, del diritto in materia (DPC 2014/2, pag. 442 segg.). La COMCO ha effettuato su richiesta una perizia per un ufficio federale. Anch'essa verteva sul diritto degli appalti pubblici, più precisamente sulle condizioni che le autorità aggiudicatrici devono soddisfare per poter collaborare all'interno di un'entità ad hoc che si prefigge di fornire servizi agli enti pubblici nel settore informatico (applicazione della cosiddetta eccezione «in-state»; cfr. DPC 2014/4, pag. 785 segg.).

In linea con la trasposizione nel diritto interno della versione rivista dell'Accordo OMC sugli appalti pubblici (GPA), devono essere adeguati anche il diritto federale (LMP/OMP) e il diritto dei Cantoni (AIMP) in materia. Un gruppo di lavoro composto da rappresentanti della Confederazione e dei Cantoni ha intrapreso la redazione di un progetto di legge. La Segreteria ha continuato ad agire affinché nel quadro di questa revisione si tenesse conto della concorrenza, dei rimedi giuridici e del diritto di ricorso della COMCO.

² Comunicazione della Commissione della concorrenza del 21 ottobre 2002 riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (di seguito: Comunicazione autoveicoli), in: DPC 2002/4, pag. 770 segg.

La consultazione relativa al progetto di un accordo internazionale sugli appalti pubblici (p-AIMP) si è conclusa il 19 dicembre 2014. Il progetto di revisione del diritto svizzero degli appalti pubblici riguarda anche la funzione di sorveglianza che la COMCO esercita nel settore degli appalti pubblici cantonali e comunali. La COMCO ha dunque redatto una raccomandazione all'attenzione del Consiglio federale e dell'Autorità intercantonale sugli appalti pubblici sottolineando il particolare il rischio di indebolire la vigilanza sulle commesse pubbliche di Cantoni e Comuni. Come dimostra la prassi, non vi è motivo di procedere a questo cambiamento.

La LMI attribuisce alla COMCO il compito di vigilare sul rispetto delle regole in materia di appalti pubblici. A tal fine essa dispone di vari strumenti: se ritiene che un appalto sia stato svolto in maniera contraria alla legge può fare ricorso contro gare d'appalto, decisioni di aggiudicazione ecc. Inoltre può avviare inchieste, emanare raccomandazioni, redigere perizie, esprimere il suo parere nelle procedure pendenti dinanzi al Tribunale federale e pubblicare le sentenze. Gli strumenti della COMCO, in particolare il diritto di ricorso, risultano efficaci e devono essere preservati nella revisione del diritto sugli appalti pubblici in modo che essa possa continuare ad avvalersene.

Per quanto riguarda il conferimento di concessioni, una città svizzera ha chiesto l'aiuto del CC LMI per elaborare un regolamento sul rilascio di autorizzazioni per l'utilizzo del suolo pubblico finalizzato all'esercizio di un'attività lucrativa che sia conforme alla LMI, in particolare all'articolo 2 capoverso 7. Tra le attività coperte da questo regolamento figurano anche i mercati settimanali.

In virtù dell'articolo 10 LMI, la COMCO può essere sentita in una procedura in corso relativa all'applicazione della LMI. Il capoverso 2 di questa disposizione attribuisce la stessa competenza al Tribunale federale. Nell'anno in rassegna il Tribunale federale ha giustamente invitato la COMCO a esprimersi su due casi riguardanti gli appalti pubblici (sentenza 2C_62/2014 del 7 ottobre 2014; sentenza 2C_315/2013 del 18 settembre 2014, in DPC 2014/4, pag. 775 segg.).

3.6 Indagini

Nel 2014, in concomitanza con l'avvio dell'inchiesta sul leasing di automobili, sono state effettuate perquisizioni su vasta scala che hanno coinvolto otto aziende.

Gli interrogatori delle parti e dei testimoni effettuati in diverse inchieste acquistano sempre più importanza.

A livello tecnico si può menzionare che il laboratorio per l'analisi dei dati elettronici sequestrati è stato migliorato sia nell'hardware (nuovo server) che nel software (passaggio al prodotto NUIX). Questi investimenti permettono ora di lavorare in contemporanea da più postazioni di lavoro, con maggiore efficienza.

3.7 Affari internazionali

EU: il 1° dicembre 2014 è entrato in vigore l'Accordo tra la Svizzera e l'UE sulla cooperazione tra le autorità della concorrenza in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, il cui scopo è rafforzare la collaborazione tra le parti. La crescente integrazione dell'economia mondiale rende più frequenti i comporta-

menti anticoncorrenziali transfrontalieri. Sempre più spesso le autorità della concorrenza della Svizzera e dell'UE esaminano fattispecie identiche o comunque correlate. Pertanto risulta più efficiente se entrambe le autorità collaborano e si scambiano le informazioni nei casi con ripercussioni transfrontaliere.

Sulla base di queste considerazioni, il 17 maggio 2013 Johann N. Schneider-Ammann, capo del DEFR, e Joaquín Almunia, vicepresidente della Commissione europea e commissario della concorrenza, hanno firmato un accordo sulla collaborazione tra le rispettive autorità, che offre a queste ultime la possibilità di comunicarsi reciprocamente le misure di attuazione ai fini del loro coordinamento e di scambiarsi informazioni. Il testo contiene anche chiare norme sul rispetto delle garanzie procedurali esistenti per le imprese coinvolte. L'accordo concerne il diritto procedurale e non richiede alcuna armonizzazione del diritto materiale, per cui in tal caso non si pone la questione della trasposizione del diritto comunitario. Considerata la forte interconnessione tra l'economia svizzera e quella dell'UE, l'accordo contribuirà a una migliore tutela della concorrenza su entrambi i territori. Per maggiori dettagli sull'Accordo si rinvia al rapporto annuale 2013 (cfr. DPC 2014/1, pag. 16 segg.).

OCSE: rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai tre incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE e, in collaborazione con la SECO, hanno redatto e presentato diverse relazioni. Nel 2014 si è parlato in particolare dei due temi strategici «cooperazione internazionale» e «valutazione dell'attività e delle decisioni delle autorità in materia di concorrenza». La nuova raccomandazione dell'OCSE sulla cooperazione internazionale nelle procedure e nelle indagini in materia di concorrenza, che sostituisce la raccomandazione del 1995, è stata adottata dal Consiglio dei ministri il 16 settembre 2014. Come ha dimostrato la *ICN/OECD Survey on international cooperation* del 2013, dal 1995 la cooperazione internazionale si è fatta più intensa con la crescente globalizzazione dell'economia. La nuova raccomandazione ha tenuto conto di questi sviluppi ed è stata adeguata anche riguardo all'evoluzione degli strumenti elettronici.

ICN (*International Competition Network*): I gruppi di lavoro *Legal Framework* (sottogruppo 1) e *Cartel Enforcement* (sottogruppo 2) hanno condotto diversi webinar, cioè audioconferenze con presentazioni Powerpoint. I temi trattati sono stati le tecniche per gli interrogatori, le facoltà investigative, i metodi per individuare i cartelli e la collaborazione tra le autorità amministrative e quelle penali nel perseguimento delle infrazioni alla legge sui cartelli. Il sottogruppo 2 ha inoltre spedito un questionario per introdurre nel manuale *Anti-Cartel-Enforcement* un nuovo capitolo sui rapporti tra le autorità della concorrenza e gli enti aggiudicatori. Al Cartel Workshop sono stati discussi la prevenzione degli accordi di appalto, la collaborazione con le autorità anti-corruzione e i metodi innovativi per individuare i cartelli. Il gruppo di lavoro *Agency Effectiveness* si è concentrato sul trattamento delle informazioni confidenziali (scambio tra le autorità, divulgazione a terzi e alle parti, ecc.). Il gruppo di lavoro *Advocacy* ha pubblicato un documento in cui si consiglia come procedere per valutare l'effetto della legislazione e della politica sulla concorrenza (*Recommended Practi-*

ces on Competition Assessment). Alcuni membri della COMCO hanno partecipato alla conferenza annuale dell'ICN in Marocco.

UNCTAD: Rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato alla 14a Conferenza dell'*Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*. I temi di quest'anno sono stati in particolare la collaborazione informale fra le autorità della concorrenza e le strategie di comunicazione come mezzi per attuare in maniera efficace il diritto in materia (Agency Effectiveness).

3.8 Nessuna revisione della LCart

Conformemente all'articolo 59a della LCart rivista nel 2003, il Consiglio federale fa valutare l'efficacia delle misure e l'esecuzione della legge sui cartelli. La legislazione vigente è stata oggetto di una valutazione nel 2008/2009, dalla quale è emerso che la LCart e i nuovi strumenti (sanzioni dirette, regime del bonus, perquisizioni domiciliari e procedura di opposizione) sono risultati sostanzialmente validi. Al contempo però è pure emersa, per alcuni aspetti, la necessità di una revisione, soprattutto per quanto riguarda l'organizzazione istituzionale delle autorità della concorrenza, e una serie di disposizioni di diritto materiale.

Nel febbraio 2012 il Consiglio federale ha sottoposto al Parlamento un messaggio sulla revisione della LCart. Oltre alla necessità di revisione riscontrata dal gruppo di valutazione, il Consiglio federale ha inserito nel messaggio altri punti. Da un lato ha esaminato la mozione Schweiger, che chiedeva di riconsiderare il sistema delle sanzioni (compliance defense e sanzioni penali per le persone fisiche); dall'altro si è occupato a fondo, a seguito dell'apprezzamento del franco, delle misure per garantire la trasmissione dei vantaggi valutari ai clienti finali. Per quanto riguarda la riforma istituzionale, il Consiglio federale ha proposto di garantire il ridimensionamento, la professionalizzazione e l'indipendenza delle autorità decisionali facendo in modo che tutti i casi – su richiesta dell'autorità della concorrenza che svolge l'inchiesta – vengano sottoposti a un tribunale della concorrenza indipendente e di prima istanza, integrato nel Tribunale amministrativo federale. Dal punto di vista del diritto materiale, il Consiglio federale chiedeva in primo luogo di migliorare l'articolo 5 LCart in modo che gli accordi *hard core* (accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione dei mercati per zone nonché imposizioni verticali dei prezzi e isolamenti geografici) siano vietati per legge, ammettendo tuttavia la possibilità di giustificarli con motivi di efficienza economica. In secondo luogo ha proposto, in riferimento alla procedura civile relativa al diritto dei cartelli, di estendere il diritto d'azione ai clienti finali e di prorogare i termini di prescrizione. In terzo luogo ha previsto il rafforzamento e la semplificazione del controllo delle concentrazioni (passaggio al test SIEC e piccoli adeguamenti in merito alle notifiche UE e ai termini). In quarto luogo ha proposto, in risposta all'adozione della mozione Schweiger, di tenere conto di adeguati programmi di conformità nel calcolo delle sanzioni. In quinto luogo ha presentato un miglioramento della procedura di opposizione e proposto vari adeguamenti di lieve entità della procedura.

Nei dibattiti parlamentari il Consiglio degli Stati ha accolto il disegno del Consiglio federale sulla revisione della LCart in prima lettura (marzo 2013), apportando alcune modifiche. Nel marzo del 2014 il Consiglio nazionale ha invece deciso in prima lettura di non entrare in materia. Nel giugno del 2014 il Consiglio degli Stati ha ribadito la sua decisione, ma dopo che il Consiglio nazionale si è rifiutato anche in seconda lettura di entrare in materia (settembre 2014), la LCart non sarà oggetto di revisione.

Secondo le autorità in materia di concorrenza, la mancata revisione della LCart è un'occasione persa di rispondere alla necessità di revisione emersa dalla valutazione. Ciò impedisce anche di attuare diversi miglioramenti già decisi dal Consiglio degli Stati e che, diversamente dalla riforma istituzionale e dalle disposizioni materiali (articoli 5, 7a e potere di mercato relativo) non erano controversi. I miglioramenti riguardavano ad esempio il controllo delle concentrazioni, il diritto civile in materia di cartelli, la procedura di opposizione e la procedura in generale. L'esito delle deliberazioni parlamentari non modifica il risultato della valutazione di allora, vale a dire che la LCart, come emerso dalla revisione nel 2003, funziona sostanzialmente bene.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2014 la COMCO ha tenuto 11 sedute plenarie di una giornata intera. Il numero delle decisioni prese in merito a inchieste, concentrazioni secondo la LCart e in applicazione della legge sul mercato interno (LMI) è riportato nella statistica (cfr. 4.2). Nell'anno in rassegna la composizione della COMCO è rimasta tale e quale.

A fine 2014 la **Segreteria** aveva alle proprie dipendenze 75 collaboratori (a tempo pieno e parziale), 45 % dei quali di sesso femminile, per un totale di 65,3 posti a tempo pieno (dati del 2013: rispettivamente 85, 43 % e 75,8). Il personale è ripartito nel modo seguente: 55 collaboratori scientifici (inclusa la direzione), vale a dire 48,8 posti a tempo pieno (nel 2013: 52,4), 6 stagisti in ambito scientifico per un totale di 6 posti a tempo pieno (nel 2013: 13), 14 collaboratori del servizio Risorse e logistica pari a 10,5 posti a tempo pieno (nel 2013: 10,4).

Nel mese di giugno 2015 la Segreteria lascerà l'attuale sede nella Monbijoustrasse n. 43 per trasferirsi al n. 4 della Hallwylstrasse, sempre a Berna.

4.2 Statistica

Inchieste	2013	2014
Eseguite nel corso dell'anno	24	21
riprese dall'anno precedente	17	19
avviate ex-novo	7	2
Decisioni finali	7	6
di cui conciliazioni	1	4
di cui ordini delle autorità	2	0
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	3	2
Decisioni incidentali	4	7
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	-	10
Misure cautelari	0	1
Procedure sanzionatorie secondo l'articolo 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
eseguite nel corso dell'anno	27	20
riprese dall'anno precedente	18	16
avviate ex-novo	9	4
Inchieste chiuse	11	11
di cui con apertura di un'inchiesta	3	1
di cui con adeguamento del comportamento	1	8
di cui senza seguito	7	2
Altre attività		
Annunci secondo l'articolo 49a cpv. 3 lett. a LCart	7	2
Consulenze	20	27
Osservazioni del mercato concluse	76	61
Altre questioni	547	594
Concentrazioni		
Notifiche	32	30
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	26	35
Esami approfonditi	0	1
Decisioni della COMCO	0	0
dopo l'esame preliminare	0	0
dopo l'esame approfondito	0	0
Realizzazione anticipata	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso dinanzi al TAF e al TF	14	25
Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)	4	7
vinte dall'autorità della concorrenza	3	3
vinte solo in parte	0	1
Sentenze del Tribunale federale (TF)	1	0
vinte dall'autorità della concorrenza	1	0
vinte solo in parte	0	0
Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF o al TF)	13	21
Pareri, preavvisi, raccomandazioni, ecc.		
Pareri (art. 15 LCart)	1	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPR o 11a LTC)	1	2
Monitoraggio	1	6
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	217	254

Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	5	5
LMI		
Raccomandazioni / indagini (art. 8 LMI)	1	3
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	2	1
Consulenze (Segreteria)	36	36
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	6	5

La statistica e il confronto con i dati del 2013 permettono di giungere alle seguenti conclusioni.

- Il numero delle inchieste condotte è leggermente calato e nel 2014 sono state aperte due nuove inchieste. Il numero di inchieste concluse è però rimasto stabile. Nell'anno in rassegna la Segreteria ha cercato soprattutto di concludere o portare avanti le inchieste in corso. Inoltre, gran parte delle inchieste preliminari ha determinato un adeguamento del comportamento, per cui non è stato necessario avviare inchieste vere e proprie.
- Ora la statistica include anche la voce «Altre decisioni», che comprende la pubblicazione, la ripartizione dei costi al di fuori delle inchieste e le richieste di consultazione degli atti procedurali. L'onere comportato dalle 10 decisioni è notevole.
- Il numero delle consulenze è aumentato, così come quello delle altre questioni trattate. Sono invece diminuite le osservazioni del mercato. L'onere in questi ambiti è rimasto complessivamente stabile.
- Il numero di notifiche di concentrazioni è risultato di fatto invariato rispetto all'anno precedente. La differenza riportata nella voce «Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare» è riconducibile al fatto che alcune notifiche sono pervenute nel dicembre 2013, ma l'esito della valutazione è stato comunicato solo all'inizio del 2014.
- Le procedure di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale e al Tribunale federale sono notevolmente aumentate: oltre alle decisioni finali della COMCO sono state impugnate anche decisioni incidentali o decisioni di pubblicazione. Il numero delle procedure di ricorso pendenti alla fine del 2014 risulta alto anche nell'anno in rassegna.
- I pareri della Segreteria nell'ambito delle consultazioni degli uffici hanno continuato ad aumentare. Dal punto di vista delle risorse questo aspetto rappresenta una parte notevole dell'attività di advocacy delle autorità in materia di concorrenza (cfr. punto 5).
- Per quanto riguarda la legge sul mercato interno, le attività delle autorità in materia di concorrenza sono proseguite in maniera analoga agli anni precedenti.

5 L'attività di advocacy delle autorità in materia di concorrenza

5.1 Che cos'è l'advocacy?

Secondo le disposizioni materiali della legge sui cartelli, il primo compito delle autorità svizzere della concorrenza è intervenire mediante decisioni contro la formazione di cartelli illeciti, l'abuso di posizioni dominanti sul mercato e le concentrazioni aziendali problematiche. A tal fine possono avvalersi di mezzi giuridici incisivi (strumenti di indagine nelle procedure di diritto amministrativo) e attuare misure (imposizione di comportamenti ed emanazione di sanzioni). Questa loro attività ha un ruolo attuativo e deterrente.

La legge sui cartelli affida alle autorità della concorrenza anche «altri compiti e competenze» secondarie (art. 45-49). In base a queste disposizioni le autorità della concorrenza hanno il compito di farsi **portavoce della concorrenza** (la cosiddetta advocacy). Gli strumenti già previsti a tal fine dalla LCart (cfr. 4.2) danno loro la possibilità di far luce sulle limitazioni della concorrenza, (incluse quelle statali), di rispondere mediante perizie a questioni potenzialmente problematiche in materia di concorrenza e di informare in generale l'opinione pubblica sulla propria attività e sui vantaggi della concorrenza. Sono tutti strumenti che non consentono interventi vincolanti, ma che affidano loro il compito di impegnarsi in generale e in vari modi a favore della concorrenza che, ai sensi dell'articolo 96 della Costituzione federale, non deve essere oggetto di limitazioni. Questo loro ruolo di advocacy risale alla legge sui cartelli del 1962 (art. 19), che dava già la possibilità all'allora commissione dei cartelli di sottoporre raccomandazioni alle autorità e di dare il proprio parere su questioni di principio.

A livello internazionale è solo negli ultimi anni che il ruolo di advocacy delle autorità della concorrenza ha acquisito maggiore importanza. Ad esempio, all'interno dell'UE, la Direzione generale della concorrenza si è concentrata per lungo tempo quasi esclusivamente sul suo ruolo attuativo intervenendo contro le limitazioni della concorrenza in ambito privato ed eventualmente contro aiuti statali illeciti. Il ruolo informativo e preventivo dato dall'advocacy è stato riconosciuto e adottato solo molto più tardi in funzione di sostegno.

Nel 2012, all'atto della costituzione dell'*International Competition Network* (ICN) è stato creato anche un *Advocacy Working Group* con il compito di «*to develop a toolkit to help you spread the gospel of competition*».³ Questo gruppo dell'ICN adempie al suo mandato con diverse misure⁴, tra cui informazioni pratiche e lo scambio di informazioni fra le autorità della concorrenza, da un lato per informare i consumatori e le imprese, dall'altro per individuare limitazioni statali della concorrenza. Lo scopo principale di queste attività, al di fuori dell'esecuzione coattiva, è promuovere la concorrenza mediante lo scambio con altri servizi statali e far notare ulteriormente a tutte le persone coinvolte i vantaggi di una concorrenza efficace.

5.2 Mezzi e strumenti dell'advocacy

Lo strumento più efficace dell'advocacy (non menzionato così nella legge) è dato dalla pubblicazione delle **decisioni della COMCO**. Sanzionare un accordo di appalto o la limitazione delle importazioni parallele con multe elevate e divulgare nei mass media (radio, televisione, Internet e stampa) il nome delle imprese disoneste ha un fortissimo effetto correttivo e deterrente tra le imprese e i consumatori. Da un lato queste decisioni sono interessanti per i media perché fanno notizia e possono apparire "sensazionali". Dall'altro è molto più semplice illustrare il senso e lo scopo di un intervento della COMCO e le conseguenze di una limitazione della concorrenza sulla base di un esempio concreto. Fare la stessa cosa servendosi di esempi astratti e teorici difficilmente avrebbe lo stesso effetto tra i destinatari (imprese e consumatori).

La legge sui cartelli elenca negli articoli 45-49, sotto il titolo «Altri compiti e competenze delle autorità in materia di concorrenza» i mezzi e gli strumenti a loro disposizione per questa attività di advocacy. Nello specifico si tratta dei seguenti elementi:

- **Osservazioni del mercato** (art. 45 cpv. 1 LCart): osservare costantemente le condizioni della concorrenza è di centrale importanza per tali autorità: è infatti il punto di partenza per condurre una politica sistematica e mirata a tal riguardo in Svizzera. Il compito viene svolto dalla Segreteria della COMCO, che effettua accertamenti e analizza segnalazioni e denunce da parte di privati, imprese, associazioni, media ecc. individuando i casi da sottoporre a un procedimento in materia di cartelli. Nell'ambito di un'osservazione del mercato intercorrono numerosi contatti con le imprese e i privati. Spesso è il loro primo contatto con l'autorità in materia di concorrenza e in tale occasione scoprono qual è il suo compito. Questi contatti individuali permettono anche di rendere noto il ruolo dell'autorità in questione.
- **Raccomandazioni** (art. 45 cpv. 2 LCart): se la COMCO constata un'inutile limitazione statale della concorrenza, può sottoporre alle autorità raccomandazioni per promuovere una concorrenza efficace, in particolare tramite l'elaborazione e l'applicazione di prescrizioni di diritto economico. Può ad esempio far notare alle autorità competenti soluzioni alternative, meno dannose per la concorrenza, al fine di raggiungere un obiettivo di interesse pubblico.

- **Preavvisi nelle procedure di consultazione** (art. 46 LCart): la disposizione si riferisce alle procedure di **consultazione degli uffici e del corapporto** vigenti in tutta l'amministrazione federale. I disegni di leggi e ordinanze degli uffici federali che possono influenzare la concorrenza devono essere prima sottoposti internamente a verifica da parte della Segreteria della COMCO, la quale fa notare eventuali problemi sotto il profilo del diritto in materia o soluzioni alternative. Essa fornisce argomentazioni dal suo punto di vista specifico, ma non ha diritto decisionale né di veto. In caso di disegni di legge che limitano la concorrenza o la influenzano altrimenti, è la COMCO che esprime il suo parere nell'ambito della **consultazione**. La COMCO esamina il disegno di legge dal punto di vista della concorrenza e rileva eventuali problemi. Il legislatore non è tenuto a dare seguito al suo parere, ma deve comunque valutarne le argomentazioni nel quadro della ponderazione degli interessi.
- **Pareri** (art. 47 LCart): la COMCO redige pareri per altre autorità su questioni di concorrenza di importanza sostanziale. La Segreteria redige i pareri nei casi di minore rilevanza. Anche le disposizioni speciali contenute nell'articolo 15 LCart, nell'articolo 5 capoverso 4 della legge sulla sorveglianza dei prezzi e nell'articolo 11a capoverso 2 della legge sulle telecomunicazioni conferiscono alla COMCO la facoltà di esprimere pareri. La giusta valutazione delle condizioni di concorrenza è di centrale importanza per la strutturazione concreta del tipo di regolamentazione, specialmente nei settori delle telecomunicazioni, dell'energia o del sistema sanitario.
- **Pubblicazione** delle decisioni e delle sentenze (art. 48 LCart): la facoltà delle autorità in materia di concorrenza di pubblicare le proprie decisioni e le sentenze emesse dai tribunali in applicazione della LCart sono la base per un'applicazione trasparente della legge sui cartelli e forniscono sia alle imprese sia alla prassi sia alla dottrina certezza del diritto in merito alle disposizioni centrali della LCart, alla procedura e alle conseguenze giuridiche di un'infrazione (per es. sull'ammontare delle sanzioni).
- **Obblighi di informare** (art. 49 LCart): le autorità in materia di concorrenza informano il pubblico circa la loro attività e presentano ogni anno un rapporto al Consiglio federale. Le informazioni per il pubblico e quelle del rapporto annuale si estendono oltre l'attività decisionale delle autorità in materia di concorrenza. Esse riguardano in generale gli effetti della concorrenza e contribuiscono a promuoverla ai sensi dell'articolo 1 LCart.

³ Cfr. Practical Techniques: A Toolkit for Advocacy, pag. 1 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc433.pdf>).

⁴ Cfr. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx>.

Un'altra attività della Segreteria, ugualmente con una funzione di advocacy, è la **consulenza che fornisce ai servizi e alle imprese** su questioni concernenti i cartelli (art. 23 cpv. 2 LCart). Tali consulenze svolgono un ruolo importante per prevenire le limitazioni della concorrenza: prima di attuare determinate pratiche le imprese possono infatti informarsi su eventuali problemi secondo il diritto in materia e, se necessario, astenersi dalla loro attuazione.

La legge sul mercato interno conferisce alla COMCO, nel settore delle barriere cantonali all'accesso al mercato, strumenti analoghi all'advocacy: raccomandazioni, perizie, spiegazioni, pubblicazione di decisioni.

5.3 Attività di advocacy nella prassi

L'attività di advocacy grava in misura alquanto modesta sulle risorse delle attività della concorrenza in confronto al compito primario di individuare e scoraggiare i cartelli. Ciò corrisponde al mandato legale che fa rientrare l'attività di advocacy tra gli altri compiti e competenze delle autorità della concorrenza.

Le statistiche dei rapporti annuali della COMCO riportano i dati sugli strumenti e i mezzi dell'advocacy. Il loro importo assoluto non fornisce tuttavia informazioni sull'impiego di risorse. Negli anni 2010 – 2014 si registrano:

- 29 decisioni pubblicate della COMCO, di cui 15 con sanzioni dirette;
- 344 osservazioni del mercato da parte della Segreteria;
- 4 raccomandazioni della COMCO (LCart e LMI);
- 1126 consultazioni degli uffici che hanno coinvolto la Segreteria;
- 31 consultazioni che hanno coinvolto la COMCO;
- 6 perizie della COMCO;
- 93 comunicati stampa delle autorità in materia di concorrenza;
- 167 consulenze a pagamento della Segreteria.

Qui di seguito si citano alcuni esempi dell'attività di advocacy delle autorità in materia di concorrenza degli ultimi anni. L'elenco non è esaustivo e gli esempi non vengono riportati nella loro interezza.

5.3.1 Esempio settore degli appalti

Quando il sistema degli appalti pubblici funziona, i fondi pubblici vengono utilizzati in maniera efficiente. In termini di politica della concorrenza il sistema va garantito su due livelli: quello degli offerenti potenziali e quello degli enti aggiudicatori. Per quanto riguarda i primi, le condizioni quadro devono essere tali da permettere l'esistenza di concorrenza, che determina a sua volta il miglior rapporto qualità-prezzo delle offerte. Una condizione quadro di questo tipo è data ad esempio dalla legge sui cartelli, che permette di contrastare gli accordi di appalto che pregiudicano la concorrenza. Per quanto riguarda i secondi, le regolamentazioni e gli incentivi devono fare in modo che gli enti aggiudicatori si impegnino per ottenere un ottimale rapporto qualità-prezzo per i beni e i servizi da acquistare. A tal fine la legge sul

mercato interno contribuisce a contrastare ad esempio la discriminazione nei confronti degli offerenti esterni.

Qui di seguito esaminiamo in dettaglio l'opera di **contrasto contro gli accordi di appalto**. Dal 2008 è una priorità tematica della Segreteria della COMCO.⁵ Secondo un sondaggio svolto nel 2004 dalla Segreteria della Commissione degli acquisti della Confederazione (CA), circa il 50 % degli intervistati dichiara di avere avuto a che fare con tali accordi⁶; in quel periodo sembra infatti che fossero ampiamente diffusi. Le decisioni della COMCO, da cui risulta che le imprese si erano accordate per molto tempo e in modo sistematico sugli appalti, dimostrano la persistenza del problema anche negli anni più recenti.⁷ Generalmente le conseguenze sono: prezzi più alti, mantenimento delle strutture esistenti, minori incentivi per l'efficienza e l'innovazione. Nella sua inchiesta sulle pavimentazioni stradali in Ticino la COMCO ha constatato⁸ che i prezzi delle offerte erano in genere superiori di circa il 30 % durante l'esistenza dell'accordo. Gli accordi di appalto sono indubbiamente dannosi per l'economia: essi determinano spese eccessive da parte degli enti pubblici, il che si ripercuote in modo diretto o indiretto sull'onere fiscale della popolazione e dell'economia. Visto che ogni anno gli appalti pubblici (Confederazione, Cantoni, Comuni) per costruzioni, beni e servizi raggiungono circa i 40 miliardi di franchi, risulta ben evidente il potenziale effetto dannoso degli accordi di appalto.

L'attività della Segreteria si basa sui tre pilastri seguenti:

- Il pilastro **«Prevenzione e informazione»** contiene misure incentrate sulla sensibilizzazione, la prevenzione, l'informazione, lo scambio di conoscenze e il rafforzamento del ruolo delle autorità della concorrenza come interlocutori di riferimento. La Segreteria presenta relazioni e offre formazioni per illustrare la problematica degli accordi di appalto, la procedura e le decisioni della COMCO nonché gli elementi che possono costituire indizi di cartelli. La Segreteria ha condotto dei colloqui sul tema degli accordi di appalto con la maggior parte dei Cantoni e organizzato una o più volte un apposito modulo di formazione. Nel quadro dell'attività di formazione del centro di competenza per gli acquisti pubblici della Confederazione (CCAP) per l'Amministrazione federale e le imprese statali, la Segreteria offre dal 2007 un modulo dedicato al tema «garantire la concorrenza negli appalti pubblici». Anche le imprese che operano nel mercato degli appalti pubblici (offerenti) e gli

⁵ Cfr. Rapporto annuale COMCO 2009, DPC 2010, pag. 2.

⁶ COMMISSIONE DEGLI ACQUISTI DELLA CONFEDERAZIONE (CA) E COORDINAMENTO DEGLI ORGANI DELLA COSTRUZIONE E DEGLI IMMOBILI DELLA CONFEDERAZIONE (KBOB), «Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis», pag. 40, Berna 2004. Nell'ambito dell'inchiesta sono stati consultati enti aggiudicatori, offerenti e terzi (associazioni e organizzazioni nazionali dell'economia, rappresentanti dei Cantoni e dei Comuni).

⁷ Cfr. *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (nota 12), *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (nota 11) ed *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (DPC 2009/3, pag. 196 segg.).

⁸ DPC 2008/1, pag. 102 segg. n. 139 segg.

avvocati sono stati informati mediante presentazioni e pubblicazioni. Le autorità della concorrenza fanno inoltre confluire le loro esperienze e conoscenze nelle revisioni del diritto in materia di appalti pubblici (attualmente nel quadro della revisione a livello federale e cantonale).

- Il pilastro «**Individuazione**» include misure che dovrebbero consentire di smascherare gli accordi di appalto. A tal fine la Segreteria analizza i dati delle decisioni di aggiudicazione e ricerca eventuali anomalie mediante appositi metodi statistici. Questo pilastro serve anche agli enti aggiudicatori pubblici, che svolgono un ruolo importante nell'individuazione degli accordi di appalto.
- Il pilastro «**Perseguimento**» include infine l'individuazione, la valutazione e il sanzionamento degli accordi di appalto con i mezzi previsti dalla legge sui cartelli. In presenza di indizi, le autorità della concorrenza effettuano osservazioni del mercato, inchieste preliminari e inchieste. A questo proposito rinviando alle decisioni della COMCO relative alle pavimentazioni stradali in Ticino⁹, agli installatori elettricisti del Canton Berna¹⁰, al settore della costruzione stradale e del genio civile nei Cantoni di Argovia¹¹ e Zurigo¹². Le tre inchieste attuali riguardano il presunto coordinamento degli appalti tra le imprese edili costruzione stradale e genio civile nel Canton San Gallo¹³, ingegneria civile e costruzione stradale nel Cantone dei Grigioni¹⁴ e pulizia delle gallerie¹⁵.

Sotto diversi punti di vista appare evidente che l'investimento operato da anni dalle autorità in materia di concorrenza sta dando i suoi frutti. Le formazioni e le presentazioni summenzionate hanno contribuito sensibilmente a un maggiore know-how degli enti aggiudicatori federali, cantonali e comunali, ma anche delle imprese e delle persone interessate, in particolare riguardo ai seguenti punti:

- Che cos'è un accordo di appalto e perché è problematico in un processo d'acquisizione?
- Come si riconoscono gli accordi di appalto? Quali sono i principali indizi?
- In che modo gli enti aggiudicatori possono ridurre il rischio di tali accordi?
- Qual è il rapporto tra le procedure di aggiudicazione e le procedure previste dal diritto in materia di cartelli?
- In che modo gli enti aggiudicatori possono favorire la concorrenza nella procedura di acquisizione?
- Quali pericoli comporta la scarsa concorrenza?

Gli enti aggiudicatori della Confederazione frequentano dal 2007 un modulo delle autorità in materia di concorrenza. L'interesse dei Cantoni e ora anche dei Comuni è cresciuto costantemente, soprattutto negli ultimi anni. In questa occasione i partecipanti pongono domande più specifiche che non nei primi corsi di sensibilizzazione. Le autorità in materia di concorrenza ricevono inoltre sempre più richieste di informazioni da parte degli enti aggiudicatori sulle procedure in corso.

La maggiore sensibilità degli enti aggiudicatori non dipende solo dai corsi, ma anche dalle procedure che sono state condotte. Ad esempio quelle relative alle costruzioni stradali e all'ingegneria civile nei Cantoni del Ticino, Argovia e Zurigo hanno generato uno scossone nel settore, non solo fra gli enti aggiudicatori, ma anche tra le imprese e i cittadini. Da allora sono costantemente aumentate le richieste di informazione e le segnalazioni di sospetti. Queste ultime hanno dato avvio anche ad alcune delle inchieste più recenti. Va detto infine che esiste un'interazione tra i due pilastri «Prevenzione e informazione» e «Perseguimento». Per quanto riguarda il pilastro «Individuazione» ricordiamo che una delle ultime procedure è stata avviata grazie ai metodi statistici.

Come menzionato sopra, le autorità in materia di concorrenza si adoperano da anni per fare in modo che gli enti aggiudicatori si impegnino a favore della concorrenza e di un ottimale rapporto qualità-prezzo nell'acquisizione di beni e servizi.¹⁶ Questo obiettivo è una componente importante dei corsi di sensibilizzazione e di formazione già menzionati. Lo stesso vale per l'applicazione della legge sul mercato interno, che è stato il tema specifico del rapporto annuale 2012.

5.3.2 Esempio dell'agricoltura

L'agricoltura è un altro esempio utile per dimostrare che i pareri, le informazioni e le spiegazioni fornite dalle autorità della concorrenza nel corso degli anni alle imprese coinvolte e alle autorità hanno migliorato la consapevolezza generale in merito alle questioni di base del diritto in materia. Le autorità in questione sono intervenute intensamente nelle discussioni relative alla liberalizzazione dell'agricoltura (fino alla PA 2014-2017 attualmente in vigore), ricordando sempre gli effetti positivi di una concorrenza efficace e le conseguenze delle limitazioni della concorrenza operate o consentite dallo Stato.

Una parte considerevole delle consultazioni degli uffici riportate nella statistica ha riguardato l'Ufficio federale dell'agricoltura (UFAG). Prima del 2000 le autorità in materia di concorrenza avevano l'impressione che esso tendesse a voler proteggere le aziende agricole da "troppo mercato", ma nelle ultime revisioni della legge sull'agricoltura e delle ordinanze esecutive ha sempre cercato il sostegno delle autorità della concorrenza per far confluire anche gli interessi della concorrenza nelle discussioni con i rappresentanti del mondo della produzione, della trasformazione e del commercio. I frequenti interventi delle autorità della concorrenza, che non generano più un rifiuto di massima, e i numerosi contatti tra

⁹ DPC 2008/1, pag. 102 segg. n. 139 segg.

¹⁰ DPC 2009/3, pag. 196 segg. (passata in giudicato).

¹¹ DPC 2012/2, pag. 270 segg. (non interamente passata in giudicato).

¹² DPC 2013/4, pag. 524 segg. (passata in giudicato).

¹³ Cfr. <<https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N7077030/N2013.07161124.pdf>>.

¹⁴ Cfr. <<https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N7170944/N2013.07198688.pdf>>.

¹⁵ Cfr. <<https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N6992804/N2013.07063184.pdf>>.

¹⁶ Cfr. l'analisi della normativa svizzera sugli appalti, in particolare delle aggiudicazioni della Confederazione, effettuata dalla Segreteria della COMCO (DPC 2006/2, pag. 392 segg.).

l'UFAG e la Segreteria a livello di personale specializzato hanno lasciato tracce evidenti. Le autorità della concorrenza vengono spesso contattate al di fuori delle consultazioni degli uffici perché la consapevolezza dei collaboratori dell'UFAG permette loro di riconoscere le problematiche delicate dal punto di vista del diritto sui cartelli.

Grazie alla **presenza costante** delle autorità in materia di concorrenza nel settore dell'agricoltura, queste ultime sono venute a conoscenza delle pratiche problematiche non solo in caso di infrazione, ma già prima tramite le imprese e le associazioni. Ad esempio la Federazione Produttori Svizzeri di Latte (PSL) aveva intenzione, in vista dell'abolizione del contingentamento lattiero statale, di affidare le forniture delle principali imprese di produzione di latte a un'impresa comune di commercio lattiero che riunisse tutte le organizzazioni di produttori. Le grandi imprese non avrebbero praticamente avuto alcuna possibilità di scegliere l'organizzazione dal quale avrebbero ricevuto il latte né a quale prezzo. L'impresa comune di commercio lattiero avrebbe sostituito la determinazione statale dei prezzi con una gestione privata dei prezzi e delle quantità. Avendo riconosciuto il rischio di un ostacolo alla concorrenza, i produttori di latte hanno chiesto una consulenza alla Segreteria della COMCO secondo l'articolo 23 capoverso 2 LCart. La Segreteria è giunta alla conclusione che la commercializzazione congiunta mediante l'impresa progettata presentava forti elementi tipici di un accordo illecito in materia di concorrenza e ha previsto, in caso di attuazione, l'apertura di un'inchiesta secondo l'articolo 27 LCart. Considerato l'esito della consulenza i produttori di latte hanno rinunciato alla commercializzazione congiunta che avevano inizialmente prospettato.

5.3.3 Esempio dei mercati delle infrastrutture

Un altro campo in cui tipicamente si svolge l'attività di advocacy delle autorità della concorrenza è costituito dai settori che ricadono sotto la competenza politica del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC). Si tratta dei mercati che, presentando la particolarità **di infrastrutture basate su una rete**, sono caratterizzati da questioni inerenti alla regolazione dei prezzi e dell'accesso, alla neutralità dal punto di vista della concorrenza, al servizio pubblico, ecc. Molte di queste questioni che riguardano regolamentazioni settoriali si intersecano con il diritto generale della concorrenza e determinano dunque contatti regolari tra le autorità della concorrenza e gli uffici responsabili del DATEC. È stato ad esempio necessario chiarire con l'Ufficio federale delle comunicazioni (UFKOM) e con la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) che cosa s'intende per una concentrazione dei mezzi di comunicazione problematica (art. 74 seg. e 44 cpv. 1 lett. g LRTV) e per una concentrazione dei mezzi di comunicazione contestabile.

Molti dei contatti tra le autorità della concorrenza e gli uffici del DATEC avvengono sotto forma di consultazioni. I pareri che la COMCO esprime ripetutamente su questioni inerenti al diritto della concorrenza non mancano di produrre un certo effetto: lo dimostra il fatto che vengono sempre più spesso richiesti anche in casi che esulano dal campo d'applicazione vero e proprio della relati-

va legislazione. Il DATEC per esempio, prima della revisione dell'ordinanza sui servizi di telecomunicazione, ha chiesto una perizia alla COMCO su alcune questioni controverse tra i Dipartimenti coinvolti. In un altro caso i vari pareri delle autorità della concorrenza hanno aggiunto un'ulteriore dimensione al dibattito politico sul servizio pubblico nel settore dei media. Molte delle attività esercitate da aziende statali o parastatali rientrano da sempre nel servizio pubblico. Nelle varie revisioni delle rispettive basi legali non sono state praticamente mai messe in discussione né l'appartenenza di queste attività al servizio pubblico, né le relative misure di sostegno statale. Le autorità della concorrenza hanno suggerito più volte (anche nel settore dei media) di discutere questi aspetti alla luce dell'evoluzione tecnologica e dell'eventuale cambiamento di aspettative da parte delle persone coinvolte e di inserire nei messaggi del Consiglio federale sulle revisioni di legge apposite riflessioni e spiegazioni.

5.3.4 Esempio del sistema sanitario

L'attività di advocacy delle autorità della concorrenza è stata ed è ancora oggi complessa e complicata per quanto riguarda il **settore sanitario**, il cui funzionamento è regolato dallo Stato. Dalla sua entrata in vigore, la legge sull'assicurazione malattie (LAMal) mira a istituire un sistema di concorrenza inquadrato da disposizioni legali (concorrenza regolata) che dovrebbe permettere il gioco dell'offerta e della domanda, premunendosi tuttavia contro eventuali effetti perversi (incentivi sbagliati). Tuttavia, nel corso degli anni la soluzione ad alcune problematiche ha portato sempre di più questa legge verso l'iperregolamentazione, a volte addirittura verso forme di regolamentazione sbagliata, riducendo il margine di manovra necessario affinché i meccanismi della concorrenza possano esplicare i loro effetti positivi. Sembra che il settore sanitario debba necessariamente essere messo sotto tutela statale, un'opinione condivisa anche da coloro che difendono i principi di una sana concorrenza. Le autorità della concorrenza si sono però avvalse delle loro competenze e hanno continuato a operare affinché il sistema sanitario svizzero conservi il suo posto e rimanga orientato alle regole del mercato. Ad esempio, dal 2004 sono state realizzate alcune delle proposte fatte dalla COMCO riguardo alla revisione parziale della LAMal¹⁷ (p.es. miglioramento del sistema di compensazione dei rischi). Altre sono rimaste ancora attuali, anche a distanza di dieci anni, e sono regolarmente discusse nei dibattiti pubblici e parlamentari, come la libertà di contrarre, il finanziamento ospedaliero monistico o ancora l'introduzione dei prezzi di riferimento per i principi attivi dei farmaci rimborsati. Queste misure confluiranno prima o poi nella LAMal, viste le problematiche che il settore sanitario dovrà affrontare in futuro in Svizzera.

¹⁷ DPC 2004/3, pag. 848 segg.

5.4 Conclusione

L'attività di advocacy delle autorità in materia di concorrenza esplica i suoi effetti a lungo termine. Come dimostrano gli esempi menzionati sopra, i risultati immediati costituiscono l'eccezione. Si punta piuttosto su un utilizzo serio e mirato degli strumenti al fine di farsi ascoltare dagli ambienti interessati e di sensibilizzarli alle problematiche che si pongono in questo ambito. Solo riuscendo a convincere le imprese e le autorità di un determinato settore che i principi del diritto in materia di concorrenza – oltre a altri eventuali interessi pubblici – hanno la

loro ragion d'essere, può instaurarsi un rapporto di fiducia in cui le autorità e le imprese si rivolgono di loro iniziativa alle autorità in materia di concorrenza con domande pertinenti. Una volta instaurato questo rapporto di fiducia, occorre poi curarlo e, se possibile, estenderlo ad altri settori. Tutto ciò richiede tempo e risorse affinché le autorità della concorrenza possano – in aggiunta al loro compito principale di individuare le limitazioni illecite della concorrenza – *promuovere la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale* (cfr. art. 1 LCart) e adempiere in tal modo allo scopo della legge sui cartelli.

A 1.	4. Annual Report 2014 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Foreword from the President	3			
2	Most important decisions in 2014	4			
3	Activities in Individual Sectors	6			
3.1	Construction	6	3.4.3	Automotive sector	13
3.1.1	Bid rigging	6	3.4.4	Agriculture	14
3.1.2	Other proceedings	6	3.5	Internal market	14
3.2	Services	7	3.6	Investigations	16
3.2.1	Financial services	7	3.7	International	16
3.2.3	Health care	9	3.8	No revision of the Cartel Act	17
3.3	Infrastructure	10	4	Organisation and statistics	18
3.3.1	Telecommunications	10	4.1	Competition Commission and Secretariat	18
3.3.2	Media	10	4.2	Statistics	19
3.3.3	Energy	11	5	The Competition Authorities' Advocacy Activities	21
3.3.4	Other sectors	12	5.1	What is advocacy?	21
3.4	Product markets	12	5.2	Means and instruments of advocacy	21
3.4.1	Consumer goods industry and retail trade	12	5.3	Advocacy activities in practice	23
3.4.2	Watch industry	13	5.3.1	Example: Bidding procedures	23
			5.3.2	Example: Agriculture	26
			5.3.3	Example: Infrastructure markets	26
			5.3.4	Example: Health care	27
			5.4	Conclusion	28

1 Foreword from the President

Alongside the main task of the competition authorities, which is to expose and prohibit unlawful restraints of competition in individual cases, they are also called upon to act as advocates for fair competition in general. The competition authorities' advocacy activities are far less familiar to the general public than their decisions in specific cases. In order to explain this task of the competition authorities in proper detail, the priority theme in this year's annual report is the competition authorities' role as advocates.

The advocacy instruments available to the competition authorities under the Cartel Act (consultation proceedings, office consultation procedures, expert reports, and public relations, not to mention the market monitoring procedures and the advisory services provided by the Secretariat) are largely informal. They allow the Competition Commission and the Secretariat to raise awareness of restraints of competition, to point out unnecessary restraints imposed by the state, to answer questions of competition law in an expert capacity and to provide general information on their activities and on the vital economic importance of competition. The competition authorities fulfil the same task in relation to cantonal restrictions on market entry using the instruments provided by the Internal Market Act (IMA) (recommendations, investigations, expert reports and explanatory reports). In practical terms, advocacy activities have become an important instrument that brings concrete results in pro-actively preventing restraints of competition.

The most effective advocacy instrument has been and remains the prompt public announcement of decisions by the Competition Commission and their publication in full. The sanctioning of a bidding cartel or of a company that has prevented parallel imports into Switzerland, and the publication of the related decisions, naming the companies concerned and giving details of the fines they have received in the mass media, not only has a powerful deterrent effect but also raises awareness among businesses and consumers. The end result is that decisions become easier for the companies concerned to understand and it is simpler for the competition authority to explain the aims and objectives of any intervention by the Competition Commission and the consequences of disrupting competition by citing the examples of specific cases and decisions.

In the past year, the competition authorities again issued clear and concise decisions and began new proceedings. The sanctioning of the Swiss Press Agency (Schweizerische Depeschagentur, SDA) for squeezing out a competitor or the opening of new investigations into the manipulation of competition in foreign exchange dealing and in the car leasing business are examples of this.

The revised Cartel Act failed to pass through parliament in September 2014. Although the draft of the revised Act contained elements, such as the partial per se prohibition of cartels or the modernisation the merger control procedure, which would have increased legal certainty and made the work of the competition authorities easier,

from the point of view of the Competition Commission, the failure was not entirely bad news: the current Cartel Act contains the instruments required to expose and prevent restraints of competition and the competition authorities basically function well. This was established when the Cartel Act was evaluated in 2009 and nothing substantial has changed to alter this finding. As a result, the competition authorities will continue to fulfil their statutory tasks by issuing their decisions and through their targeted advocacy.

Prof. Dr. Vincent Martenet
President Competition Commission

2 Most important decisions in 2014

In a ruling dated 30 June 2014, the Competition Commission concluded its investigation into **Jura Elektroapparate AG** (Jura). Jura had entered into an agreement with its sales partners that prohibited them from selling Jura coffee machines on the internet. In line with the landmark decision of 11 July 2011 by the Competition Commission on online trading (Electrolux AG/V-Zug AG), Jura undertook in principle under an amicable settlement to allow the selective sale of coffee machines by authorised retailers via the internet.

In a decision dated 14 July 2014, the Competition Commission approved an amicable settlement between its Secretariat and the **Swiss Press Agency** (Schweizerische Depeschagentur AG (SDA)), while at the same time imposing a sanction of CHF 1.88 million on the SDA. Under the amicable settlement, the SDA agreed not to enter into any more exclusivity agreements with its clients. In addition, the SDA will apply a transparent system of rebates, as well as granting various media non-discriminatory access to its services. This should ensure that the SDA treats all media in Switzerland in the same way, thus not distorting competition in the downstream media and advertising markets. The investigation had revealed that in the period from the end of 2008 to the beginning of 2010, the SDA concluded subscription agreements involving exclusivity discounts with selected media conglomerates in German-speaking Switzerland. These rebates were subject to the condition that the media concerned would take the basic news service exclusively from the SDA and not subscribe to the corresponding service from AP Switzerland at the same time. By granting exclusivity discounts, the SDA had abused its dominant position and obstructed its competitor at that time, AP Switzerland, in an unlawful manner.

In spring 2009, the Competition Commission began an investigation into **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA) in response to various complaints. The allegations were that ETA discriminated against customers outside its group by imposing higher prices and different supply terms when compared with Swatch Group companies. The investigation was suspended from June 2011 to November 2013 while enquiries were made into a phased-in reduction in supplies of mechanical watch movements. The Competition Commission terminated the investigation into ETA with a decision dated 14 July 2014, as there was insufficient evidence that ETA's conduct was discriminatory or inappropriately motivated. This was essentially because both the increases in prices and the changes in conditions of sale were applied consistently to all customers. In addition, in a decision dated 21 October 2013, the Competition Commission approved an amicable settlement regulating the phased-in reduction in supplies of mechanical watch movements. This also included provisions on price and sale conditions that will apply until ETA's obligation to supply expires on 31 December 2019.

In a ruling dated 8 August 2014, the Competition Commission, or more precisely one of its vice-presidents, approved the amicable settlement between its Secretariat and **AMAG Automobil- und Motoren AG** thus con-

cluding the proceedings relating to this company. The investigation, opened in May 2013, related to possible agreements affecting competition and was directed towards various Swiss dealers in Volkswagen Group brands, in particular VW, Audi, Skoda and Seat; AMAG was one of the dealers concerned. The investigation focused on the allegation that discounts and delivery charges in retail sales of new vehicles of the brands in question were fixed. In the amicable settlement, AMAG undertook not to apply agreements on the fixing of discounts and delivery charges and not to exchange price-relevant information with its competitors. As AMAG had made a voluntary report of its own conduct, no sanction was imposed. The other parties to the proceedings have appealed against the decision.

In a judgment dated 23 September 2014, the **Federal Administrative Court** overruled the rulings and sanctions that the Competition Commission had issued against SFS unimarket AG, Siegenia-Aubi AG and Paul Koch AG on 18 October 2010. The companies had agreed on the amount and timing of price increases for window fittings at a meeting on 22 September 2006; the Competition Commission held this to be an unlawful price-fixing agreement. In its judgment, the court essentially concludes that the question remained unanswered of whether the restraint of competition brought about by the agreement reached at the said meeting was the "sole cause" of a horizontal price-fixing agreement between the companies, or whether the agreement was due to the pricing requirements imposed by EU manufacturers, or indeed to both factors. As a consequence, it was not proven that the companies could be accused of entering into an unlawful price-fixing agreement under Art. 5 para. 3 lit. a Cartel Act. At the request of the Competition Commission, the Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER) has filed a public law appeal in the Federal Supreme Court against two of the three judgments.

The investigation into **door products** was concluded in a decision dated 17 November 2014. The Competition Commission imposed sanctions amounting to CHF 185,000 on five Swiss companies trading in door fittings (door locks, handles and hinges), while exempting one company from any sanction at all, as it had initially reported itself voluntarily to the competition authorities. The Competition Commission terminated the investigation into the manufacturer without taking any action, as it was unable to prove any breach of competition law. In this case, five companies trading in door fittings met every year from 2002 to 2007 in order to agree to adhere to minimum margins when selling large volumes of door fittings. One further company attended the annual cartel meeting in 2007. This type of price-fixing agreement constitutes a hard horizontal cartel.

The Competition Commission concluded its investigation into the credit card market on 1 December 2014 with an amicable settlement. This provides for a reduction in the average **interchange fee for the credit cards** from MasterCard and Visa from 0,95 % to 0,44 %. All the parties involved in the investigation have signed the amicable settlement. These are on the one hand the companies that issue the credit cards and on the other

the companies that persuade retailers to accept credit cards and enter into the corresponding contracts with them (the acquirers). The reduction relates to the interchange fee that applies in Switzerland. This is the fee that the acquirer must pay to the issuer when payment is made using a Swiss credit card at a Swiss retailer. The Competition Commission concluded back in 2005 that these interchange fees constitute an agreement restricting competition, as they are fixed and applied jointly by the companies concerned. The Competition Commission assumes, however, that this agreement restricting competition may be justified if the fees are so low that it is no longer an issue for retailers whether payment is made in cash or by credit card. The reduction in the fee will take place in two stages: an initial reduction will be made on 1 August 2015 to 0,7 %, and the second on 1 August 2017 to 0,44 %. When compared with the situation at the end of 2014, this means that retailers will pay around CHF 50–60 million less each year. The proceedings and the amicable settlement did not consider debit cards, and in particular the Maestro system, which works without charging an interchange fee.

3 Activities in Individual Sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

In August 2014, the Secretariat concluded the preliminary investigation opened in 2013 into reporting systems used by cantonal building contractors' associations. The Secretariat examined whether and if so, which building contractors' associations use such reporting systems. It analysed their effect and reached the conclusion that they encourage bid rigging by construction companies and can adversely affect competition. Accordingly, the Secretariat urged building contractors' associations *inter alia* to make sure that participant companies are no longer able to use the reporting system to find out before the deadline for bids which other companies are submitting an offer. Based on the proposals, the cantonal building contractors' associations have either adapted their reporting systems or stopped using them.

On 30 October 2012, the Secretariat began the **Lower Engadin construction** investigation into various companies in the sector for road construction and civil engineering, surfacing work and building construction, as well as related upstream markets, and conducted unannounced inspections. The Secretariat had received indications that several companies had entered into agreements to coordinate the award of contracts and to allocate construction projects and customers. Based on the results of these enquiries, the investigation was expanded on 22 April 2013 to include further companies and to cover the entire **Canton of Graubünden**. Once again, unannounced inspections were carried out.

On 5 February 2013, the Secretariat opened the **tunnel cleaning** investigation into three companies active in various regions and carried out unannounced inspections. The Secretariat had received indications that the companies had entered into price-fixing agreements in violation of competition law in order to coordinate the allocation of contracts and customers. The Secretariat evaluated the seized documents and bids and conduct-

ed a comprehensive market survey of the authorities responsible for awarding tunnel cleaning contracts. In November 2014, the Secretariat sent its draft decision for the Competition Commission in terms of Art. 30 para. 2 Cartel Act to the parties for their comments.

On 15 April 2013, the Secretariat opened the **Bauleistungen See-Gaster** investigation into six companies in the road construction and civil engineering sector by conducting unannounced inspections. The Secretariat had received indications that several companies had entered into agreements to coordinate the award of contracts and allocate construction projects and customers. On 21 October 2013, the Secretariat extended the investigation to include two further companies in the target region and again carried out unannounced inspections. Evaluation of the seized data has been completed. The parties were allowed to inspect the case files in December 2014.

As explained in the section on advocacy (see 5. below), raising awareness among procurement agencies is an important instrument in the fight against bid rigging. In 2014, awareness campaigns were carried out in the cantons of Basel Stadt and Basel Land, Bern, Glarus, Lucerne, Schaffhausen, Solothurn, Thurgau and Zurich. In addition, the Secretariat held various related meetings, gave a number of presentations and took part in podium debates for audiences such as businesses, lawyers and government agencies.

3.1.2 Other proceedings

In the investigation opened on 22 November 2011 into wholesalers of sanitary facilities, the Secretariat submitted its draft decision and the comments of the parties thereon to the Competition Commission in November 2014.

In a decision dated 17 November 2014, the Competition Commission fined the members of a suppliers' cartel in the **door products** sector. Five Swiss companies trading in door handles, locks and hinges (door fittings) met each year from 2002 to 2007 in order to agree to adhere to minimum margins for large volume sales of door fittings. One other company attended the annual cartel meeting in 2007. The agreed minimum margins related to products manufactured by the company Glutz AG and were intended to apply when selling fittings to door makers (e.g. joinery firms). The Competition Commission held this agreement to be unlawful and sanctioned the retailers with fines totalling CHF 185'500. The Competition Commission dropped the proceedings against the manufacturer Glutz AG, as it was not possible to prove that the company had breached competition law.

Following the two investigations into bid rigging in the **road construction and civil engineering sectors in the canton of Aargau and the canton of Zurich**, several public sector clients requested access to the case files, particularly with regard to the contracts they had awarded (the individual projects affected by the agreements are not disclosed or not specifically named in the published versions of the rulings). On 6 August 2014, the Competition Commission suspended the procedure concerning access to files in the investigation into road construction and civil engineering in the canton of Aargau,

because this case is still ongoing before the Federal Administrative Court. On 8 September 2014, the Competition Commission decided on whether to grant access to the case files related to the investigation into road construction and civil engineering in Zurich (partial access to the case files was granted). Two of the companies concerned have appealed to the Federal Administrative Court against the decision to grant only partial access to the files.

The three appeals against the Competition Commission rulings relating to builders' supplies for windows and French doors were granted by the Federal Administrative Court in September 2014. Following a detailed review of these decisions, the Competition Commission and the EAER have appealed two of the three judgments (Paul Koch AG; Siegenia Aubi AG) to the Federal Supreme Court. In the view of the Federal Administrative Court in both of its judgments, it was not proven beyond doubt that a price-fixing agreement had been reached. On this point, the Competition Commission claims that there has been a violation of federal law, because the Federal Administrative Court is applying excessively strict legal requirements for proving the existence of horizontal price-fixing agreement (cartel). In the Competition Commission's opinion, the "unanswered questions of evidence" raised by the Federal Administrative Court with regard to a price-fixing agreement do not exist. In the judgment in the case of SFS AG, the Competition Commission decided against an appeal, because the issue of whether SFS took part in the price-fixing agreement in question, which the Federal Administrative Court answered in the negative, cannot be contested before the Federal Supreme Court as it is a question of fact.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

In the financial services sector, the investigation relating to credit card interchange fees was successfully concluded in an amicable settlement approved by the Competition Commission on 1 December 2014. The amicable settlement provides for a reduction in the domestic interchange fees from the current 0,95 % to 0,44 %. The Competition Commission concluded in its first investigation back in 2005 (see RPW 2006/1, p. 65 ff.) that these interchange fees constitute an agreement restricting competition, as they are jointly fixed and applied by the companies concerned. The Competition Commission however held that this agreement restricting competition may be justified if the fees are so low that it is no longer an issue for retailers whether payment is made in cash or by credit card, i.e. if the retailers are indifferent as which means of payment is used. This "Merchant Indifference Test" (also known as the "Tourist Test") has a sound basis in scientific research as set out in a publication by this year's winner of the Nobel Prize for Economics, Jean Tirole.¹ The amicable settlement was signed by all the subjects of the investigation, i.e. all the issuers and acquirers. It provides for the reduction in interchange fees to take place in two stages: an initial reduction on 1 August 2015 to 0,7 %, and a second reduction on 1 August 2017 to 0,44 %. Termination of the amicable settlement becomes possible for the first time on 1 August 2019. The amicable settlement also contains a

dynamic adjustment mechanism: increases or reductions in the EU upper limit for interchange fees for credit cards of 0,3 % will be applied in Switzerland at exactly the same level (e.g. if the rate in the EU is reduced to 0,2, this would result in a reduction in Switzerland to 0,34 %). The dynamic adjustment mechanism is intended to ensure that the amicable settlement will continue to apply in the long term. Lastly, the ban on the "Non-Discrimination Rule" (NDR), introduced in 2005, was lifted. This means that acquirers again have the option of including a clause in their agreements with retailers that prohibits the retailers from setting different prices for different methods of payment. The lifting of this ban is related to the major reduction in the interchange fees, which should mean that retailers will not incur additional costs for accepting credit cards rather than cash payments.

Finally, the Secretariat continued to make progress with its investigation into agreements to influence the reference interest rates Libor, Tibor and Euribor, as well as derivatives based on these rates. In this investigation, the competition authorities have also for the first time requested mutual legal assistance in civil and commercial matters from France, based on the Hague Convention (see RPW 2014/2, p. 450 ff.). The French Ministry of Justice has approved the request and passed it on to the French courts for a decision to be made.

In the report year, two further investigations connected with financial services were begun. The first investigation, opened on 31 March 2014 and relating to currency trading (Forex) will examine whether various banks have concluded unlawful agreements relating to fixing various exchange rates. The possible practices include the following in particular: exchanging confidential information, general coordination of transactions with other market participants at agreed price levels, coordinated activities to influence the WM/Reuters Fix, and coordinating the purchase and sale of foreign exchange.

The second investigation relates to automobile leasing. The investigation was opened because of indications that finance companies belonging to manufacturing groups or importers (known as "captive banks") may have exchanged sensitive information relating to leasing rates and the financing of vehicles, and thus may have entered into price-fixing agreements. More specifically, it is suspected that the captive banks have exchanged information relating to interest rates, contractual conditions, the level of commission paid to car dealers and various other outlays.

3.2.2 Liberal professions and professional services

A preliminary investigation into maintenance and support services for network devices from Cisco Systems was successfully concluded after assurances were given relating to changes to communications made to end customers. The background to this preliminary investigation was a report made by provider of maintenance and support services independent from Cisco, alleging that

¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), p. 462 ff., 2011.

Cisco Systems held a dominant position in relation to certain network devices, in particular routers and switches, which it was abusing in that operating system updates could only be obtained as part of comprehensive maintenance and support packages. In the course of the preliminary investigation, Cisco Systems demonstrated various options for end customers to purchase obtain operating system updates, or in some cases obtain them free of charge, without having to purchase other maintenance and support services from Cisco Systems. In addition, Cisco Systems in principle allows the transfer of operating system-software licences between end customers – either directly or via third parties – within the European Economic Area and Switzerland. As Cisco Systems confirmed the foregoing matters in writing and at the same time expressed its willingness to implement a series of measures related to its communications to end customers, it was possible to terminate the preliminary investigation.

Considerable progress has been made in the ongoing investigation into Booking.com, Expedia and HRS in a case involving online booking platforms for hotels, which focuses in particular on the contractual terms that these companies impose on their partner hotels. In connection with this investigation, the Federal Administrative Court had to rule on whether a hotel industry association is entitled to party status, which would in particular confer the right to inspect the case files. In a judgment dated 1 July, the Federal Administrative Court ruled against this and thus upheld a related interim ruling by the Secretariat. Interviews with the parties were also held in the report year.

3.2.3 Health care

The Competition Commission has filed an appeal against the decision of the Federal Administrative Court in the case relating to off-list medicines. The judgment of the Federal Administrative Court is of fundamental importance, because it holds that the Cartel Act does not apply in this area, which in the view of the competition authority is incorrect.

In the investigation relating to the commercialisation of electronic medical information required for the distribution, supply and billing of medicines in Switzerland, parliament is currently debating medical information in connection with Art. 57a of the Therapeutic Products Act (RS 812.21), which is currently being revised. The fundamental issue is whether the Medicinal Product Information System (AIPS) set up by Swissmedic will continue to be the reference for publishing medical information or if this task should be taken over by the pharmaceutical companies in cooperation with the service providers.

In the preliminary investigation relating to the level of competition at all levels involved in the distribution of medicines in Switzerland, the activities of pre-wholesalers (PWS), i.e. of the companies who offer of the warehousing services to pharmaceutical companies that want to out-source this type of activity, was the focus of investigations. The distribution of medicines in Switzerland is notable on the one hand for the virtual impossibility of parallel imports of medicines, and on the other for increasing vertical integration in the distribution of medicines. In this context, certain financial services

(e.g. acceptance of del credere agents) by the PWS are the subject of a special examination.

In relation to the hospital sector, the courts have taken certain key decisions in favour of competition. First of all, the Federal Administrative Court held that under the current financing system, hospitals should also be able to operate for profit under the system of basic health insurance, which is essential if the indirect competition that parliament wants is to have a positive effect. The competition authorities have also defended this view on a number of occasions. Secondly, the cantons are required to respect certain principles in relation to the intercantonal planning of highly specialised medicine. As the Competition Commission stressed in its opinion on the hospital planning, these principles must firstly guarantee the equality of treatment of public and private establishments and secondly that a method of selecting providers is applied that ensures that the system encourages competition.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

At the request of the Federal Council, the Competition Commission prepared an expert report on proposed amendments to the Ordinance on Telecommunications Services (OTS) and commented on a number of controversial issues from the point of view of competition policy, such as the effect on investment incentives of the proposed regulation of the last mile, the intended introduction of the ban on a margin squeeze as a specific measure to prohibit discrimination in the sector, and the structure of a “glide path” when taking account of more efficient technologies, for example in interconnection or in relation to access to leased lines.

In the investigation into Swisscom relating to the provision of broadband internet to business customers, the Secretariat concluded its enquiries in December 2014 by sending its proposed decision under Art. 30 para. 2 Cartel Act to Swisscom for comment.

In the telecommunications sector, the Competition Commission also had to assess the merger between Swisscom Directories AG and Search.ch AG. In this case, Swisscom and Tamedia, following the takeover of Publigroupe SA, are planning to merge its subsidiaries local.ch and search.ch into a joint subsidiary undertaking. The Competition Commission’s preliminary investigation at the end of November 2014 revealed that the merger may establish or increase a dominant position in relation to address directories. Accordingly, the planned merger will be the subject of an investigation under Art. 10 Cartel Act, which will be completed by the end of March 2015.

In addition, the Competition Commission prepared an expert report at the request of OFCOM on the issue of whether Swisscom holds a dominant position in the field of IP interconnection. IP interconnection guarantees the connection of computers linked via the Internet.

In the appeal proceedings before the Federal Administrative Court in the case relating to ADSL pricing policy, the Competition Commission expressed its views on a

list of questions that Swisscom had answered as part of a further exchange of submissions.

3.3.2 Media

In a decision dated 14 July 2014, the Competition Commission concluded the investigation into the Swiss Press Agency (Schweizerische Depeschagentur (SDA) relating to pricing policy and other practices, and approved an amicable settlement between the Secretariat and the SDA. The investigation disclosed that from the end of 2008 to the start of 2010, the SDA had concluded subscription agreements with exclusivity discounts with selected media firms in the German-speaking part of Switzerland. These discounts were tied to the condition that the media firms concerned would obtain their basic news service exclusively from the SDA and would not subscribe to a corresponding service from a rival agency at the same time. In this way, the SDA had abused its dominant position and had thus unlawfully prevented its rivals from competing. In the amicable settlement, the SDA undertakes not to enter into any further exclusivity agreements with its customers. In addition, the SDA undertakes to apply a transparent system of rebates and to grant the various media companies non-discriminatory access to its services. This should ensure that the SDA treats all media firms in Switzerland equally, thus not distorting competition in the downstream media and advertising markets. The SDA was ordered to pay a sanction of CHF 1.88 million.

The investigation into the broadcasting of live sport on Pay-TV, opened in April 2013, made little progress in the report year largely as a result of various interim decision proceedings instigated by the parties and subsequent appeals against these decisions. The appeal filed by the cable network operators relating to the request for interim measures with regard to the liberalisation of certain programme content and purchasing options was rejected by the Federal Administrative Court in a legally binding judgment dated 9 July 2014. In a judgment dated 2 October 2014, the Federal Administrative Court declined to consider the appeal relating to the ruling of 24 February 2014 on the matter of party status. This judgment has been appealed to the Federal Supreme Court.

The preliminary investigation into the Goldbach Group's TV/radio marketing was concluded with a final report dated 12 November 2014. This was possible primarily because the Goldbach Group gave the Secretariat a letter of undertaking relating to the future conduct of its subsidiaries when marketing or arranging TV and radio advertising airtime. In the letter of undertaking, the Goldbach Group confirmed that its subsidiaries, when selling TV and radio advertising airtime, will not make discounts or free space dependent on booking all or the majority of the advertising volume in any other media form (TV, radio, adscreen, online etc.) via a company in the Goldbach Group.

In 2014, the Competition Commission was also called on to assess several company mergers in the media sector: in the merger planned between Tamedia AG and the B2C division of Ticketportal AG, Tamedia reported its intention to take over the B2C division of Ticketportal via its subsidiary Starticket AG. In the case of Aurelius / Publicitas, Aurelius AG planned to take over the activi-

ties of Publigroupe in the field of media sales. In the case of Ringier / Le Temps, Ringier AG planned to acquire sole control of HE Publishing SA; this would result in Ringier having the sole control of Le Temps SA. In the case of Thomas Kirschner / Valora Mediaservices AG, Thomas Kirschner announced its intention to acquire indirect control of the Swiss press wholesaler Valora Mediaservices AG via its subsidiary Brillant Media Services GmbH. Subsequently, Thomas Kirschner / A and B XY / Valora Mediaservices AG reported the acquisition of joint control of Valora Mediaservices AG by Thomas Kirschner and the spouses XY – the latter via ATLAS Beteiligungen GmbH & Co. KG. In the case of Swisscom (Switzerland) AG / Publigroupe SA, Swisscom announced its intention, as part of a public takeover bid, to gain the sole control of the Publigroupe group of companies. In the case of Tamedia/home.ch, Tamedia planned to take over the sole control of the home.ch division. In relation to all these cases, the Competition Commission approved the mergers following a provisional assessment.

Following on from the merger proceedings in the case of Ringier/Le Temps, the Competition Commission in a ruling dated 8 September 2014 also lifted the conditions imposed by its decision of 20 October 2003 in the case of Edipresse/Ringier – Le Temps. The conditions were imposed due to the joint control of Ringier and Tamedia over HE Publishing and thus Le Temps, in order to guarantee the independence of Le Temps and to be able to control the effects of the cooperation in other media markets. With Ringier taking over sole control of Le Temps, the conditions were no longer required and thus had to be lifted.

Appeals have been filed in the Federal Administrative Court against the Competition Commission's ruling relating to book pricing in the French-speaking part of Switzerland. Also in dispute in this case was the extent to which the ruling of 27 May 2013 can actually be published. The parties concerned have filed an appeal in the Federal Administrative Court against the related Competition Commission decision.

3.3.3 Energy

The preliminary investigation into the ewb ownership strategy was concluded with a final report dated 10 January 2014. Following a meeting with the Secretariat in December 2013, ewb voluntarily made changes to resolve three potentially problematic competition law issues (written request to conduct a regular check of electrical installations, recommending its subsidiary Energie-Check Bern AG for safety checks on the ewb website, recommending in the ewb customer circular that its subsidiary [at the time] Bären Elektro AG should consolidate multiple electricity meters in buildings that are vacant). As a result, when the time came for an assessment, there were insufficient indications of an unlawful restraint of competition under Art. 7 Cartel Act in connection with the possible exchange or use of commercially relevant information between the monopoly and competitive sectors of the ewb Group.

In the electricity sector, the Secretariat and the Competition Commission were again called upon on several occasions to provide expert reports as part of office con-

sultation proceedings and legislative consultation proceedings and hearings respectively. Worth mentioning here are the federal decree on the second phase of the liberalisation of the electricity market and various partial revisions of the Energy Ordinance.

3.3.4 Other sectors

In the report year, various parties appealed to the Federal Administrative Court against the ruling of 2 December 2013 that concluded the investigation into air freight and which imposed fines totalling around CHF 11 million on 11 airlines for horizontal price-fixing agreements. In this case, there is also a dispute over whether and to what extent the ruling of 2 December 2013 should be published. Proceedings are also pending before the Federal Administrative Court in relation to this.

Significant progress was made with the investigation into the business customer pricing system for letter post services, which was opened in July 2013. In particular, the investigation is looking into the question of whether Swiss Post structured and applied its pricing system so as to obstruct competitors in the market, for example by making it difficult or even impossible for business customers to obtain services from Swiss Post competitors. In addition, it will be assessed whether Swiss Post discriminated against certain customers or otherwise placed them at a disadvantage.

3.4 Product markets

3.4.1 Consumer goods industry and retail trade

In a ruling dated 30 June 2014, the Competition Commission concluded its investigation into Jura Elektroapparate AG (Jura). The Competition Commission approved an amicable settlement in which Jura undertook in principle to allow its sales partners to sell its products online. In return, the Competition Commission terminated its investigation into Jura. An agreement had existed between Jura and its sales partners in which they undertook not to sell Jura coffee machines online. In accordance with the Competition Commission's landmark decision of 11 July 2011 on online trading (in the case of Elektrolux AG/V-Zug AG), Jura gave a formal commitment in principle under the amicable settlement to allow the selective sale of coffee machines by authorised retailers on the internet. In relation to restrictions that Jura placed on warranty services and its pricing policy, indications of an unlawful restraint of competition that had initially existed were not substantiated. On these matters, the Competition Commission also terminated proceedings.

The Secretariat largely concluded its enquiries in two investigations relating to musical instruments. One investigation related to pianos, including grand pianos. This was opened on 27 November 2012 as there were specific indications of horizontal and vertical price-fixing agreements, agreements relating to the foreclosure of sales territories and the obstruction or prevention of parallel and direct imports from neighbouring countries. The second investigation related to stringed instruments (guitars and basses) and accessories and was opened on 3 July 2013. This investigation aimed in particular to examine whether vertical price-fixing agreements had been reached relating to sales of guitars and accessories.

In connection with vertical agreements, at the end of 2014 the following appeals against Competition Commission decisions were pending before Federal Administrative Court: Nikon, BMW, Alpine sports products/Roger Guénat SA. The Federal Administrative Court rejected the appeal in the case of GABA/Elmex in a judgment dated 19 December 2013. The case is now pending before the Federal Supreme Court.

On 21 August 2014, the Secretariat opened a preliminary investigation under Art. 26 Cartel Act in relation to imports of Coca-Cola products by retailers in Switzerland. It is investigating whether Coca-Cola prevented parallel imports by Denner and other consumers in Switzerland and thus infringed Art. 5 and/or 7 Cartel Act.

In relation to wheeled suitcases, the Secretariat dealt with allegations of the foreclosure of territories and price fixing agreements in its preliminary investigation. The investigation focuses on the prevention of cross-border online trading.

On 3 September 2014, the conditions that the Competition Commission imposed in 2007 in the Migros/Denner merger proceedings all expired, with one exception. The exception relates to the permanent requirement that Migros is basically not permitted to enter into exclusive agreements with its suppliers. The conditions were ordered on the one hand with the aim of ensuring that other operators in the market could take over Denner's previous role as Migros' most significant fringe competitor. On the other, the conditions were supposed to prevent it becoming more difficult for suppliers to gain access to sales markets. In the Competition Commission's view, the conditions have served their purpose; the conditions were enforced without any significant irregularities.

3.4.2 Watch industry

At the start of 2014, the Competition Commission, in accordance with the ruling issued in October 2013 in the case of Swatch Group Lieferstopp (termination of supply), appointed the audit company responsible for supervising compliance with the amicable settlement with the Swatch Group in accordance with Section 8 of the settlement. The first review of the conditions will be carried out in spring 2015. In the course of 2014, Secretariat did not receive any complaints that the Swatch Group was not complying with the amicable settlement.

In July 2014, the investigation opened in spring 2009 into ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA, a 100 % subsidiary of the Swatch Group) was concluded. This investigation focused on unilateral changes in prices and changes in the sale conditions for mechanical watch movements that ETA introduced in 2009. The Competition Commission terminated the investigation into ETA, as there was insufficient evidence that ETA's conduct was discriminatory or unlawfully motivated. The investigation was suspended from June 2011 to November 2013 – for the duration of the Swatch Group Lieferstopp investigation.

In addition, at the end of October 2014 a preliminary investigation was opened into after-sales services for watches, in which the Secretariat will look into allega-

tions of unlawful practices under competition law by various watch manufacturers.

3.4.3 Automotive sector

The Secretariat largely concluded its enquiries in the investigation opened on 22 May 2013 into various Swiss concessionaries for Volkswagen Group manufacturers (VW, Audi, Skoda, Seat, AMAG). The investigation focused on possible agreements affecting competition in connection with discounts and delivery charges in the retail sale of new vehicles. In a ruling dated 8 August 2014, the Competition Commission approved the amicable settlement between its Secretariat and AMAG, terminating proceedings against that party. In the amicable settlement, AMAG undertook not to implement agreements on fixing discounts and delivery charges and not to exchange price-relevant information with its competitors. As AMAG had filed a voluntary report, no sanctions were imposed. All the other parties have appealed against the ruling. The investigation continues against the other parties under the ordinary procedure.

The Secretariat conducted two preliminary investigations in 2014 into the import of electric vehicles and sales of vehicle spare parts and concluded these without taking further measures. Two new preliminary investigations in connection with the selective sales network of certain automobile suppliers in Switzerland were opened and are still the subject of enquiries.

In the course of 2014, the Secretariat received around 50 enquiries from members of the public in connection with guarantees and warranties for vehicles purchased in member states of the European Economic Area and the obstruction of parallel or direct imports, and responded to these by drawing attention to the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade² (MV Notice).

In mid-July 2014, the Secretariat consulted interested groups on the future of the Notice on the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade (MV Notice). In November 2014, the Competition Commission held hearings with six trade associations and offered them the opportunity to explain their position orally and to answer questions from Competition Commission members directly. Based on this, the Competition Commission took a policy decision on 15 December 2014 to retain the MV Notice but to modify certain important points. The Secretariat was instructed to prepare a draft revision of the MV Notice. The Competition Commission will probably decide on the revised MV Notice (after hearing interested parties) in the second quarter of 2015, informing the industry at the same time.

3.4.4 Agriculture

The Secretariat expressed its views in around 30 office consultation procedures on amendments to acts and ordinances as well as on proposals from parliament. The various office consultation procedures in this sector related to regulating frontier protection, in relation to which the Secretariat again called for restrictions to be lifted this year. Examples include the several temporary increases in the partial tariff quota for potatoes requested by Swisspatat. The Secretariat supported each of these quota increases, but called for a permanent increase to

be considered and for consumers to be consulted as an interested group when each of the partial tariff quotas is fixed, and not just representatives of producers, distributors and the processing industry.

3.5 Internal market

In relation to intercantonal access to the market, the Competence Centre for the Internal Market (CC IMA) concentrated on two cases relating to legal agents licensed to operate in the canton of Vaud who were seeking access to the market for representing clients in civil proceedings (Art. 68 para. 2 let. b of the Civil Procedure Code [CPC; RS 272]) in the cantons of Bern and Geneva. It also dealt with a case related to dental technicians.

Under the Internal Market Act (IMA), service providers are entitled to carry out their activities in other cantons according to the provisions that apply in their place of origin (place of origin principle). Pursuant to this principle, certain licensed legal agents in the canton of Vaud have formally applied for access to the market in the cantons of Geneva and Bern. These two applications were rejected. The Competition Commission appealed against these two negative decisions. As the cantonal courts also rejected these appeals, the Competition Commission has exercised its right of appeal to submit the case to a decision of the Federal Supreme Court.

The Secretariat of the Competition Commission was contacted by the professional association for dental technicians in order to discuss difficulties encountered by providers in the market in obtaining education and training, which is not available to technicians as an independent profession (from that of dentists), in the canton of Zurich. The CC IMA also considered the case of a dental technician who wanted to work in this market in a canton that did not recognise his profession. The place of origin principle applies even if the profession does not exist at the place of destination (RPW 2013/4, 522).

In the field of government procurement, the Competition Commission filed two appeals. In the context of government procurement of IT services, a commune in the canton of Zurich made use of the invitation procedure when the market value exceeded the threshold from which the open procedure applies, without an exemption being invoked or the conditions being met. When one bidder appealed, the administrative court in Zurich decided that the appeal was not admissible. Without dwelling on the reason for rejecting the appeal, it should be pointed out that other cantons in identical circumstances overturned all the contract award decisions taken following a wrong choice of procedure. Accordingly, the Competition Commission agreed at the request of the CC IMA to exercise its right of appeal in order to establish whether applying the wrong government procurement procedure is a violation per se of the law on government procurement – and as such of the IMA – which must be determined ex officio, and if need be even against the will of the appellant. In another case, the Competition Commission, having been informed by a canton, appealed against a decision by mutual agreement to award

² Notice regarding the Competition Law Treatment of Vertical Agreements in the Motor Vehicle Trade (Decision of the Competition Commission of 21 October 2002), see RPW 2002/4, 770.

a contract for IT services relating to a land register on the grounds that the awarding authority made its decision when there were reasons for invoking the urgency exception. However, the Competition Commission, just like the canton that had brought the case to its attention, takes the view that the conditions that permit the application of the exceptional clauses are not met. In order to have the question decided by the competent cantonal administrative court, the Competition Commission has exercised its right of appeal.

During the year under review, the Competition Commission was also called on to issue recommendations in the field of government procurement. One case concerned the limited company saint-galloise VRSG and was a response to the question of whether the company was subject to the law on government procurement (RPW 2014/2, 442). In addition, the Competition Commission was also approached in order to issue an expert report for a federal office. This again concerned again the law on government procurement, and in particular the conditions that awarding authorities must meet in order to be able to work together within an ad hoc entity that aims to provide IT services to public bodies (application of the "in state" exception; see RPW 2014/4, 785).

In connection with the adoption of the revised WTO Agreement on government procurement (GPA), the Federal Act and the cantonal law on government procurement will have to be amended. A working group made up of federal and cantonal representatives has begun to prepare a draft. The Secretariat is seeking to ensure that competition, legal remedies and the Competition Commission's right of appeal are taken into account in the new legal provisions.

The consultation relating to the planned intercantonal agreement on government procurement was completed on 19 December 2014. The planned revision of the Swiss law on government procurement also has consequences for the Competition Commission's duty to monitor government procurement at cantonal and communal levels. For this reason, the Competition Commission issued a recommendation to the Federal Council and the intercantonal authority for government procurement. The Competition Commission expressly pointed out that the supervision of the award of public contracts by the cantons and communes may be weakened, and that there is no reason for doing this given the current practices.

The IMA requires the Competition Commission to monitor compliance with the rules on government procurement. To this end, the Competition Commission has been given various supervisory instruments. It can appeal against invitations for bids, award decisions, etc. in order to obtain a ruling on whether a government contract has been awarded in an unlawful manner. In addition, the Competition Commission can conduct investigations, issue recommendations, prepare expert reports, take a position in proceedings before the Federal Supreme Court and publish judgments. The Competition Commission's instruments, and in particular the right of appeal, have proven their value and must remain part of the revised law on government procurement, so the Competition Commission can continue to use them.

In relation to the award of licences, one Swiss town requested the assistance of the CC IMA in order to draft regulations on the allocating space in public places for carrying on a business in conformity with the IMA, in particular its Article 2 paragraph 7. Among the activities covered by these regulations are weekly markets in particular.

By virtue of Article 10 IMA, the Competition Commission can be consulted on the application of the IMA in ongoing proceedings. Paragraph 2 of this provision grants the same power to the Federal Supreme Court. During the year under review, the Federal Supreme Court invited the Competition Commission to provide its opinion on two cases related to government contracts (Judgment 2C_62/2014 of 7 October 2014; Judgment 2C_315/2013 of 18 September 2014, in: RPW 2014/4, 775).

3.6 Investigations

In 2014, a major series of unannounced inspections was carried out on the opening of the investigation into automobile leasing. Eight companies were the subject of unannounced inspections.

Interviews with parties and witnesses are becoming increasingly important and were carried out in various investigations.

In technical respects, it should be mentioned that the laboratory used to analyse the electronic data seized has been upgraded both with regard to hardware (a new server) and software (change to NUIX). Thanks to the investment, our specialist can now work more efficiently and in parallel at several work stations.

3.7 International

EU: On 1 December 2014, the Agreement between the Swiss Confederation and the European Union concerning Cooperation on the Application of their Competition Laws came into force. The Agreement will intensify cooperation between the competition authorities in Switzerland and the EU. With the increasing integration of the global economy, cross-border anti-competitive practices occur ever more frequently. The Swiss and EU competition authorities are increasingly required to investigate the same or related allegations. It is therefore appropriate that the two authorities should cooperate and exchange information in cases with cross-border effects.

In view of this, on 17 May 2013, Johann N. Schneider-Ammann, the head of the EAER, and Joaquín Almunia, vice-president of the EU Commission and its Competition Commissioner, signed an agreement on the cooperation between their competition authorities. The agreement allows the Competition Commission and the European Commission Directorate General Competition to notify each other of enforcement measures, to coordinate these and to exchange information. At the same time, it contains clear rules on compliance with the existing procedural guarantees for the undertakings concerned. The agreement is procedural in nature and does not entail any harmonisation of substantive law, which is primarily why the issue of adopting EU law did not arise in this case. As Switzerland and the EU are closely integrated, this agreement will contribute to bringing better protection of competition both in Switzerland and in the

EU. For more details on the Agreement, reference is made to the Annual Report for 2013 (see RPW 2014/1, 16 ff.).

OECD: Representatives of the Competition Commission and the Secretariat participated in the three annual meetings of the OECD Competition Committee. In cooperation with SECO, various contributions were prepared and presented. In 2014, special attention was given to two strategic themes, “international cooperation” and “evaluating the activities and decisions of competition authorities”. The new OECD recommendation on international cooperation in competition proceedings and investigations, which replaces the recommendation on international cooperation from 1995, was approved by the Council of Ministers on 16 September 2014. As the ICN/OECD survey on international cooperation in 2013 demonstrated, international cooperation has become more intense since 1995, due to the increasing globalisation of business. The new recommendation has taken account of these developments and has also been modified to take account of developments in electronic resources.

ICN: The cartel working groups on legal framework (Sub-group 1) and cartel enforcement (Sub-group 2) held several webinars, i.e. audio conferences with simultaneous PowerPoint presentations. Topics included techniques for interviews, investigative powers, methods for detecting cartels and the interplay between administrative and prosecution authorities in the prosecution of cartel offences. Sub-group 2 also sent out a questionnaire in order to draft a new chapter in the cartel enforcement manual on relations between competition authorities and contract awarding entities. Discussion points at this year’s Cartel Workshop were the prevention of bidding cartels, cooperation with anti-corruption authorities and innovative methods for detecting cartels. The working group on agency effectiveness focused on handling confidential information (exchanges between authorities, disclosure to third parties and procedural, parties etc.). The working group on advocacy published a document with recommended approaches on evaluating the effects of legislation and policy on competition (Recommended Practices on Competition Assessment). The Competition Commission was represented at the ICN annual conference in Morocco.

UNCTAD: Representatives of the Competition Commission and the Secretariat attended the 14th Conference of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. The topics discussed at the conference included informal cooperation between competition authorities and communication strategies as a means of effectively enforcing competition law (Agency Effectiveness).

3.8 No revision of the Cartel Act

Under Article 59a of the Cartel Act as revised in 2003, the Federal Council arranges for the evaluation of the effectiveness of measures and for the application of the Act. In view of this, the existing legislation was evaluated in 2008/2009. The evaluation revealed that the Cartel Act and the new instruments (direct sanctions, the bonus system, unannounced inspections and the objection procedure) had generally proven their value. At the

same time, however, the evaluation also indicated a need for the revision of certain aspects. The institutional structure of the competition authorities above all, together with a range of substantive legal provisions were deemed to be in need of revision.

The Federal Council submitted a dispatch to parliament in February 2012 on the revision of the Cartel Act. In addition to the need for revision noted by the evaluation panel, the Federal Council raised further concerns in the dispatch: firstly it responded to the Schweiger Motion, which demanded a review of the sanctions system (compliance defence and criminal penalties for natural persons); secondly, in connection with the gain in value of the Swiss franc, it considered measures to ensure that foreign exchange benefits are passed on to end customers. In relation to institutional reform, the Federal Council proposed guaranteeing the reduced size, professionalisation and independence of the decision-making authorities by having all cases – at the request of the investigating competition authority – decided by an independent competition court of first instance that is integrated into the Federal Administrative Court. In relation to the substantive law, the Federal Council proposed firstly to improve Article 5 Cartel Act by introducing a law prohibiting hard agreements (horizontal price, quantity and territorial agreements, as well as vertical price fixing agreements and the foreclosure of territories), but with a defence of justification. Secondly, in relation to civil competition law proceedings, it recommended that end customers should have the right to take legal action and that time bar limits should be extended. Thirdly, it called for merger control procedures to be made stricter and simpler (changeover to the SIEC test and more minor changes in relation to EU reports and time limits). Fourthly, it proposed, as a response to the acceptance of the Schweiger Motion, that appropriate compliance programmes be taken into account in assessing sanctions. Finally, it submitted proposals for an improved objection procedure and suggested various minor procedural improvements.

In the parliamentary debate, the Council of States approved the Federal Council draft for the revision of the Cartel Act at its first reading in March 2013, subject to various amendments. However, the National Council at its first reading in March 2014 decided not to consider the revision. After the Council of States adhered to its decision in June 2014, but the National Council again decided not to consider the revision in its second reading in September 2014, the final outcome is that the Cartel Act will not be revised.

The competition authorities take the view that rejecting the revised Cartel Act without even considering it is a missed opportunity to meet the need for reform highlighted in the evaluation. It also means that several improvements proposed by the Council of States, which in contrast to institutional reform and the substantive provisions (Articles 5, 7a and relative market power) were uncontroversial, are no longer on the table. They comprise the improvements to the merger control procedure, to civil competition law, to the opposition proceedings and to procedures in general. On the other hand, the outcome at the parliamentary stage does nothing to change the finding of the evaluation that the Cartel Act, as revised in the year 2003, basically works well.

4 Organisation and statistics

4.1 Competition Commission and Secretariat

In 2014, the **Competition Commission** held 11 full-day plenary sessions. The number of decisions in investigations, merger proceedings under the Cartel Act and in application of the IMA are shown in the statistics in Section 4.2. In the past year, there was no change in the composition of the Commission

At the end of 2014, the **Secretariat** employed 75 (previous year 85) staff members (full-time and part-time), 45 per cent of whom were women (previous year 43). This corresponds to a total of 65.3 (previous year 75.8) full-time positions. The staff was made up as follows: 55 specialist officers (including the management board; this corresponds to 48.8 full-time positions; previous year 52.4); 6 (previous year 13) specialist trainees, which corresponds to 6 (previous year 13) full-time positions; and 14 members of staff in Resources and Logistics Division, which corresponds to 10.5 (previous year 10.4) full-time positions.

The Secretariat will relocate in June 2015 within Bern from Monbijoustrasse 43 to Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistics

Investigations	2013	2014
Conducted during the year	24	21
Carried forward from previous year	17	19
Investigations opened	7	2
Final decisions	7	6
Amicable settlements	1	4
Administrative rulings	2	0
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	3	2
Procedural rulings	4	7
Other rulings (publication, costs, inspections, etc.)	-	10
Precautionary measures	0	1
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	0	0
Preliminary investigations		
Conducted during the year	27	20
Carried forward from previous year	18	16
Opened	9	4
Concluded	11	11
Investigations opened	3	1
Modification of conduct	1	8
No consequences	7	2
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	7	2
Advice	20	27
Market monitoring	76	61
Other enquiries	547	594
Mergers		
Notifications	32	30
No objection after preliminary examination	26	35
Investigations	0	1
Decisions of the Competition Commission	0	0
After preliminary examination	0	0
After investigation	0	0
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	14	25
Judgments of the Federal Administrative Court	4	7
Success for the competition authority	3	3
Partial success	0	1
Judgments of the Federal Supreme Court	1	0
Success for the competition authority	1	0
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	13	21
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	1	1
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	1	2
Follow-up checks	1	6

Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	0
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	217	254
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	5	5
IMA		
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	1	3
Expert reports (Art. 10 I IMA)	2	1
Explanatory reports (Secretariat)	36	36
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	6	5

A glance at the statistics and comparison with the figures of 2013 reveals the following:

- The number of investigations carried out has declined slightly and in the 2014 two new investigations were opened. The number of concluded investigations has however remained stable. The Secretariat focused on concluding or making progress with ongoing investigations. In addition, a large number of preliminary investigations were successfully concluded with a change in practice, without an investigation being required.
- In a new move, “other rulings” have now been included in the statistics. These statistics relate to published decisions, the allocation of costs outside investigations, or requests to inspect investigation files. The work involved behind these 10 rulings is considerable.
- There has been an increase in the advisory services provided, and in other enquiries dealt with. The number of market monitoring procedures has fallen. The overall amount of work in these areas has remained stable.
- The number notifications of planned mergers remains practically unchanged when compared with the previous year. The difference under the heading of “No objection after preliminary examination” is because a number of notifications were received in December 2013, but they were not declared unobjectionable until the start of 2014.
- The number of appeals before the Federal Administrative and Federal Supreme Court have increased considerably, because in addition to appeals against the Competition Commission’s final decisions, an increasing number of interim orders or publication rulings were contested. The number of appeals still pending at the end of 2014 is still high.
- The opinions of the Secretariat in office consultation procedures have also increased in number. This represents a significant portion of the advocacy activities carried out by the competition authorities as far as the deployment of resources is concerned (see below 5.).
- In relation to the Internal Market Act, the level of activity of the competition authorities was comparable with previous years.

5 The Competition Authorities’ Advocacy Activities

5.1 What is advocacy?

Under the substantive provisions of the Cartel Act, the Swiss competition authorities have the primary task of intervening by ruling on unlawful cartels, the abuse of market power and on problematic company mergers. For this purpose, they have the relevant procedural means (investigation instruments in administrative procedure) and enforcement measures (conduct orders, sanctions) at their disposal. These activities of the competition authorities may be regarded as playing an enforcing and deterrent role.

The Cartel Act also assigns the competition authorities other secondary “duties and powers” in Art. 45-49. Under these provisions, the competition authorities have the task of being the **advocates of competition**. The instruments that the Cartel Act provides for this (see below 4.2) permit the competition authorities to explain restraints of competition, to point out unnecessary restraints of competition imposed by the state, to answer questions of competition law in an expert capacity and to provide general information on their activities and on the benefits of competition. Taken together, these are instruments that do not allow the competition authorities to intervene in a binding manner, but give them the general task, in a variety of ways, of promoting competition as protected by Article 96 of the Federal Constitution. The competition authorities’ advocacy role in Switzerland dates back to the Cartel Act of 1962 (Art. 19), which at that time already gave the Cartels Commission the power to issue recommendations to the authorities and to prepare expert reports.

In an international context, on the other hand, the competition authorities role as advocates have only taken on greater importance in recent years. Other competition authorities such as the EU’s Competition General Directorate for a long time limited themselves to their role as the enforcer, in that they act to stop private restraints of competition and if need be unlawful state assistance. An explanatory and preventive role in the form of advocacy was in most cases only recognised and acted on at a later stage.

When the International Competition Network (ICN) was established in 2002, an Advocacy Working Group was set up and given the task of developing “a toolkit to help

[...] spread the gospel of competition”.³ The ICN Advocacy Working Group fulfils its remit by using a variety of measures.⁴ They include practical instructions and an exchange of information between competition authorities, so as to explain matters to consumers and businesses and also to deal with state restraints of competition. The main objective of these activities outside compulsory enforcement is to promote competition through contact with other state agencies and thus to achieve increased awareness among all concerned of the benefits of effective competition.

5.2 Means and instruments of advocacy

The most effective instrument of advocacy – though not specified as such in the Act – is publishing the **decisions of the Competition Commission**. Issuing high fines to penalise a bidding cartel or a company that prevents parallel imports, while naming the company responsible and reporting the case through the mass media of radio, television, internet and the newspapers, is a very clear way of highlighting what unlawful conduct is and of deterring other potential offenders. Not only are the decisions interesting for the media, because they have a high news content and in some cases are regarded as “spectacular”, but it is also far easier to explain the aims and objectives of intervention by the Competition Commission and the consequences of disrupting competition by means of a concrete example. Attempting to explain the position to businesses or consumers by using abstract and theoretical examples of infringements of competition law would not be nearly as effective.

In Articles 45-49, under the heading “Other Duties and Powers of the Competition Authorities”, the Cartel Act sets out the means and instruments for the advocacy activities of the competition authorities. They are as follows:

- **Market monitoring** (Art. 45 para. 1 Cartel Act): The constant monitoring of competitive relations is a key element in the competition authorities’ work. The findings obtained in this way form the starting point for a systematic and focused competition policy in Switzerland. The task is carried out by the Secretariat of the Competition Commission, by conducting investigations independently, by assessing reports and complaints from private individuals, businesses, associations, the media, etc. and by conducting a triage to determine which cases require competition law proceedings. Monitoring the market involves a wide variety of dealings with businesses and private individuals. Commonly this is their first contact with the competition authority and in this way they learn what its responsibilities are. These individual contacts also allow the competition authority to explain what its role is.
- **Recommendations** (Art. 45 para. 2 Cartel Act): If the Competition Commission establishes the existence of an unnecessary restraint of competition by the state, or finds that the state intends to create such restraint, it can make recommendations to the authorities concerned on how to encourage effective competition, e.g. on how to create and

enforce economic regulations. In particular, it may point the authorities concerned towards alternative solutions that are less restrictive of competition, in order to achieve an objective that is in the public interest.

- **Opinions** within the legislative procedure (Art. 46 Cartel Act): This provision relates on the one hand to the highly expedient **office consultation and joint reporting procedures**, which apply throughout the Federal Administration. Draft legislation from federal offices that may influence competition must first be submitted within the Administration to the Secretariat of the Competition Commission for assessment. The Secretariat of the Competition Commission will identify any competition problems and suggest alternative solutions. It only provides the arguments from its specific point of view, and has no right to decide on or veto the planned legislation. In the case of draft legislation that restricts competition or influences it in any other way, the Competition Commission can also comment during the consultation procedure. The Competition Commission subjects the draft legislation to a detailed examination from a competition point of view and points out any potential problems. The legislature is not required to follow the Competition Commission’s opinion, but it must consider the arguments when it is considering its decision.
- **Expert reports** (Art. 47 Cartel Act): The Competition Commission provides expert reports for other authorities on competition issues that are of critical importance. The Secretariat prepares the expert opinion in cases of less importance. Specific provisions in Art. 15 Cartel Act, Art. 5 para. 4 of the Price Supervision Act and Art. 11a para. 2 of the Telecommunications Act also assign the Competition Commission the role of providing expert reports. The correct assessment of competitive relations is often a key factor in the decision on the specific structure of the type of regulation, as has been the case in the telecommunications, energy or health care sectors.
- **Publication** of decisions and judgments (Art. 48 Cartel Act): The competition authorities’ power to publish their own decisions, along with judgments from courts that are based on the Cartel Act, forms the basis for the transparent application of the Cartel Act. They provide businesses, legal practitioners and academics with legal certainty in relation to the key provisions of the Cartel Act, the procedure and the legal consequences of an infringement, such as the level of sanctions.

³ See Practical Techniques: A Toolkit for Advocacy, p. 1 (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc433.pdf>).

⁴ See <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx>.

- **Duties to provide information** (Art. 49 Cartel Act): The competition authorities inform the general public about their activities and provide the Federal Council with an annual report. The content of the information given to the public and of the annual report goes beyond the decision-making activities of the competition authority. It should provide general information on the effects of competition and thus help to promote competition as required by Art. 1 Cartel Act.

A further activity of the Secretariat that also has an advocacy function is the provision of **advice to businesses and government offices** on questions related to the Cartel Act (Art. 23 para. 2 Cartel Act). This advice plays an important role in preventing restraints of competition, in that businesses are aware of potential competition law problems before implementing a practice and avoid unlawful practices when they know that such problems will arise.

The Internal Market Act provides the Competition Commission with comparable advocacy instruments in relation to cantonal restrictions on market entry (recommendations, expert reports, explanatory reports, and publication of decisions).

5.3 Advocacy activities in practice

The resources available to the competition authorities are used to a lesser extent for advocacy, when compared with the primary task of exposure and deterrence. This is in line with the statutory remit, which designates the competition authorities' advocacy activities as "other duties and powers".

In the statistics in the annual reports of the Competition Commission, there are figures on the above-named instruments and means of advocacy. The exact figure however gives no indication of the level of resources used. From 2010 to 2014, there were

- 29 decisions published by the Competition Commission, including 15 with direct sanctions;
- 344 market monitoring procedures carried out by the Secretariat;
- 4 recommendations made by the Competition Commission (Cartel Act and IMA);
- 1126 office consultation procedures carried out by the Secretariat;
- 31 consultation proceedings carried out by the Competition Commission;
- 6 expert reports provided by the Competition Commission;
- 93 press releases issued by the competition authorities;
- 167 instances of advice provided by the Secretariat in return for a fee.

The following sections provide a number of examples of the competition authorities' advocacy activities in recent years. It is not an exhaustive list, nor is the full spectrum of examples discussed.

5.3.1 Example: Bidding procedures

A properly-functioning procurement system allows public funds to be used efficiently. From the point of view of competition policy, the proper functioning of the system must be guaranteed on both sides, that of the potential suppliers and that of the procurement agencies. On the suppliers' side, the framework conditions must be designed so that there is competition between bidders that in return leads to the best cost-benefit ratio in the bids. The Cartel Act, for example, provides such framework conditions by seeking to prevent bid rigging agreements, which are so harmful to competition. On the side of the procurement agencies, the regulations and incentives must be designed so that procurement agencies can secure the optimum cost-benefit ratio in the goods and services obtained. The Internal Market Act makes a particular contribution towards this, for example by prohibiting discrimination against non-local suppliers.

The following remarks consider the **combating of bid rigging** in more detail. Since 2008, it has been a priority for the Secretariat of the Competition Commission.⁵ According to a survey carried out by the Secretariat of the Federal Procurement Commission (FPC) in 2004, around half of the interviewees had personal experience of bid-rigging agreements.⁶ Bid rigging appears to have been widespread at that time. Competition Commission decisions demonstrating that for years companies systematically agreed on bids are evidence of the proliferation of bid rigging even in more recent times.⁷ Bid rigging is generally associated with repercussions such as higher prices, undesirable business structures, lower efficiency and fewer incentives to innovate. The Competition Commission found in its investigation into the road surfacing business in the Ticino⁸ that the bids for road surfacing work while the unlawful agreement applied were on average some 30 % higher than after the agreement. Bid rigging is therefore clearly harmful to the national economy. It leads to excessive public expenditure, which has a direct or indirect effect on the tax burden shouldered by the general public and businesses. Given the annual budget for public procurement (by the Confederation, cantons, and communes) of around CHF 40 billion for buildings, goods and services, the potential losses that bid rigging can cause are clear.

The activities of the Secretariat are based on the following three pillars:

- **Prevention & information** involves measures aimed at raising awareness, prevention, providing information, exchanging expertise and consolidating the competition authorities' role as contact

⁵ See Competition Commission Annual Report 2009, RPW 2010, p. 2.

⁶ BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) und KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), «Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis», p. 40, Bern 2004. In the survey, awarding agencies, bidders and third parties (umbrella associations and business organisation, cantonal and communal representatives) were questioned.

⁷ See *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (FN 12), agreements restricting competition in *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (FN 11) and *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (RPW 2009/3, p. 196 ff.).

⁸ RPW 2008/1, p. 102 f. para. 139 ff.

partner. The Secretariat gives presentations and offers training courses, in which it introduces participants to the problem of bid rigging for competition and businesses, outlines the Competition Commission's procedures and decisions on the matter and explains the indications that suggest the existence of cartels. The Secretariat has held meetings with most cantons on the subject of bid rigging and conducted a training course with them on the subject on one or more occasions. In the courses on public procurement given by the Competence Centre for Federal Public Procurement (CCPP) to staff of the Federal Administration and the federal public corporations, the Secretariat has since 2007 taught the module on "Guaranteeing competition in public procurement". Companies operating in the supply markets (suppliers) and lawyers are given information in lectures and publications. In addition, the competition authorities apply their experience and knowledge when revising the law on public procurement (currently in the context of the revision of the law on public procurement at federal and cantonal levels).

- **Exposure** involves measures aimed at exposing bid rigging. To this end the Secretariat evaluates data on decisions to award contracts and, using appropriate statistical methods, searches for anomalies in the bid data. This pillar is also useful to the public procurement agencies, which have an important role in the exposure of bid rigging.
- **Prosecution** lastly involves exposing, judging and imposing sanctions on bid rigging in accordance with the Cartel Act. If there are indications of bid rigging, the competition authorities follow these up in market monitoring procedures, preliminary investigations and full investigations. Examples of this can be found in the Competition Commission's decisions on road surfacing in the Ticino⁹, electricians in the canton of Bern¹⁰, road construction and civil engineering in the canton of Aargau¹¹ and road construction and civil engineering in the canton of Zurich¹². Three current investigations involve the possible coordination of bids between construction companies: road construction and civil engineering in the canton of St. Gallen¹³, civil engineering and road construction in the canton of Graubünden¹⁴ and the tunnel cleaning case.¹⁵

In various respects, there are indications that the investments that the competition authorities have made in recent years are now bearing fruit. The training courses and lectures previously mentioned clearly help not only procurement agencies at federal, cantonal and communal levels, but also businesses and other persons to gain more knowledge of competition law, particularly on the following points:

- What is a bid rigging agreement and why are these problematic in the procurement process?
- How can procurement agencies identify bid rigging? What are the most important indications?

- How can procurement agencies reduce the risk of bid rigging?
- What is the link between bidding procedures and competition law procedures?
- How can the procurement agency encourage competition in the procurement process?
- What are the dangers of a lack of competition?

Since 2007, staff at federal procurement agencies have benefited from a training module given by the competition authorities. The interest shown by the cantons and now the communes is constantly rising, especially in the most recent years. At training courses, participants ask more detailed questions than when the competition authorities first began their awareness courses. In addition, the competition authorities receive an increasing number of enquiries from procurement agencies about ongoing proceedings.

The procurement agencies' increased awareness is not only due to the training courses, but also to the proceedings that have been carried out. The investigations relating to road construction and civil engineering in the cantons of the Ticino, Aargau and Zurich in particular sent a jolt through that particular sector. This is not only perceptible among procurement agencies, but also among businesses and other affected parties. More enquiries are being received and more suspicions are being reported. The latter have also led to some of the most recent proceedings that the competition authorities have carried out in the procurement sector. There is an interplay between "prevention & information" and "prosecution". In relation to "exposure", it is worth mentioning that one of the most recent cases was opened thanks to the use of statistical methods.

On the side of the procurement agencies mentioned in the introduction, the competition authorities have been pressing for years to ensure that procurement agencies are committed to competition in the procurement process and to securing the optimum cost-benefit ratio in relation to the goods and services obtained.¹⁶ This is a permanent element in the awareness-raising processes and training courses mentioned in this section. Part of this is the application of the Internal Market Act, which was the special topic in the annual report for 2012.

⁹ RPW 2008/1, p. 102 f. Para. 139 ff.

¹⁰ RPW 2009, p. 196 ff. (legally binding).

¹¹ RPW 2012, p. 270 ff. (in part not legally binding).

¹² RPW 2013, p. 524 ff. (legally binding).

¹³ Information available under <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N7077030/N2013.07161124.pdf>>.

¹⁴ Information available under <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N7170944/N2013.07198688.pdf>>.

¹⁵ Information available under <<https://www.shab.ch/DOWNLOAD/PART/N6992804/N2013.07063184.pdf>>.

¹⁶ See for example the competition policy analysis of public procurement in Switzerland, in particular federal public procurement law, carried out by the Secretariat of the Competition Commission (RPW 2006/2, p. 392 ff.).

5.3.2 Example: Agriculture

Another example of how the years that the competition authorities have spent providing opinions, information and explanations have improved the awareness of basic competition concerns among businesses and authorities can be seen in the **agriculture sector**. The competition authorities have been closely involved in the discussions on liberalising the agriculture sector (up to the currently applicable AP 2014-2017), and have repeatedly stressed the positive effects of effective competition and the consequences of restraints of competition, whether state imposed or state tolerated.

A considerable number of the office consultation procedures mentioned in the statistics above originate from the Federal Office for Agriculture (FOAG). Whereas this office in the years before the new millennium gave the competition authorities the impression that it wanted to protect farms from too much market competition, the FOAG has repeatedly sought the support of the competition authorities in relation to the most recent revisions of the Agriculture Act and its implementing ordinances in order to make competition a key element in discussions with stakeholders in production, processing and commerce. The competition authorities' frequent instances of intervention, which no longer meet with a fundamentally negative attitude, and the varied contacts between the specialist staff at the FOAG and in the Secretariat have had a significant impact. In many cases, the competition authorities are contacted on questions unrelated to the office consultation procedures, because the level of awareness among staff at the FOAG leads them to recognise potential competition law problems.

When it comes to businesses and associations, the competition authorities' **permanent presence** on the agricultural scene also means that the competition authority must no longer wait until an infringement has taken place before learning of practices that are problematic to competition. For example, in advance of the abolition of the state milk quota system, Swissmilk, the Swiss milk producers federation, was planning to merge the supply of the major dairy companies under one milk trading company for all producers' organisations. The major dairies would have had practically no choice as to which producers' organisation they could purchase milk from and as to the price. The joint milk trading company would essentially have replaced the state system of quantity and price controls with a private system. The milk producers recognised the potential restraint of competition in this scenario and requested the Secretariat of the Competition Commission for advice under Art. 23 para. 2 Cartel Act. The Secretariat came to the conclusion that there were clear indications of a unlawful agreement restricting competition in relation to the joint marketing via the planned milk trading company and made it clear that an investigation under Art. 27 Cartel Act would be opened if the plan was implemented. In response to the advice, the milk producers decided to abandon the planned joint marketing system.

5.3.3 Example: Infrastructure markets

Another typical area for the competition authorities' advocacy activities are the sectors in which the Department of the Environment, Transport, Energy and Communica-

tions (DETEC) is responsible for policy. The markets concerned are, due to their special character as **network-based infrastructures**, characterised by issues of access and price regulation, competitive neutrality, the provision of public services, etc. Many of these issues arising from sector-specific regulations overlap with general competition issues and thus lead to regular contacts between the competition authorities and the responsible DETEC agencies. For example, in one case the competition authorities, working with the Federal Office of Communications (OFCOM) and the Communications Commission (ComCom) were required to clarify what the definition of a problematic concentration of media companies is (Art. 74f and 44 para. 1 lit. g RTVA) and when a concentration of media companies may be challenged under competition law.

Many of the contacts between the competition authorities and the DETEC offices take place in the form of office consultation procedures. The competition law opinions that are repeatedly provided are effective to the extent that they are actively being sought ever more frequently from the competition authorities even outside the legislative process. For example, in the run up to the revision of the Ordinance on Telecommunications Services, DETEC obtained an expert report from the Competition Commission on the competition issues that were regarded as controversial by the departments involved. In another area, the many opinions provided by the competition authorities have added a new dimension to the political debate surrounding the public service aspect of the media industry. Many activities carried out by state or quasi-state organisations are normally regarded as public service activities. When revising the related statutory principles, it is seldom the case that categorising the activities as public services and providing the associated state support measures are called into question. In view of technological change and in some cases the changed expectations of those concerned, the competition authorities have repeatedly called for a political debate on this issue (inter alia within the media industry), and for the comments and questions to be included in the Federal Council dispatches on revisions to the legislation.

5.3.4 Example: Health care

The advocacy activities of the competition authorities have been and remain complex and complicated in relation to the **health sector**, in which the state intervenes in order to regulate matters. Since it came into force, the Health Insurance Act has tried to establish a system of legally regulated competition, which should permit the principles of supply and demand to apply while providing protection against potentially adverse effects (false incentives). On the other hand, over the years, finding solutions to certain problems has increasingly led the legislation towards over-regulation, and sometimes towards errors in the form of misregulation, by reducing the scope within which competitive mechanisms can apply their positive effects. The health sector, even for those who defend the principles of healthy competition, seems inevitably to require close supervision by the authorities. Nevertheless, the competition authorities have exercised their powers and have continued to strive for a Swiss health system that remains oriented towards market rules. For example, since 2004, certain

proposals made by the Competition Commission on the partial revision of the Health Insurance Act¹⁷ (e.g. refining the system of risk compensation) have been implemented. Others issues have not yet lost their topicality, even after ten years, and are regularly discussed in parliamentary and public debates, such as the freedom of contract, monistic funding of hospitals or even the introduction of reference prices for the active ingredients in reimbursed medicines. These measures will perhaps find their way their place into the Health Insurance Act sooner or later, given the challenges that the health sector will have to contend with in Switzerland in future.

5.4 Conclusion

Generally speaking, the advocacy activities of the competition authorities can only expect to bear fruit in the longer term. Immediate successes are the exception – as the practical examples above indicate. What is rather required is the serious and targeted use of the available instruments to gain the attention of the groups concerned and to sensitise them to competition law issues. Only when the competition authorities succeed in convincing businesses and authorities in a specific sector that the principles of competition have a rightful place alongside other potential public interests will the mutual trust arise that allows the authorities and businesses to approach the competition authorities voluntarily in order to ask about the relevant issues. Once this mutual trust has been built, it must be cultivated and if possible extended into other sectors. All this – in addition to the main task of exposing unlawful restraints of competition – requires time and resources if the competition authorities, through advocacy, are to “promote competition in the interests of a liberal market economy” (Art. 1 Cartel Act) and thus fulfil the aim of the Cartel Act.

¹⁷DPC 2004, p. 848 ss.

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

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Wartung von FalconStor Software

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 18.12.2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Wartung von FalconStor Software wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A **Sachverhalt**

1. Der [...] erstattete dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung gestützt auf Art. 33 Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB; SR 172.056.15) betreffend das angebliche Vorliegen einer Marktaufteilung im Bereich Wartung und Support von Produkten der Firma FalconStor Software GmbH, München (nachfolgend: FalconStor Software). Innerhalb des Sekretariats gelangte die Meldung zuerst an das Kompetenzzentrum Binnenmarktrecht, welches nach erfolgter Prüfung aus binnenmarktrechtlicher Sicht die Meldung an den verantwortlichen Dienst weiterleitete.

2. FalconStor Software bietet Produkte im Bereich der Speicher-Virtualisierung (insbesondere Virtual-Tape-Library, nachfolgend: VTL) sowie der Datensicherung an. Unter Speicher-Virtualisierung ist eine Technik aus der Informatik zu verstehen, welche die physischen Eigenschaften von vorhandenem Speicherplatz (besonders von Tape-Libraries) gegenüber Nutzern scheinbar verändert, beziehungsweise von diesem Speicherplatz abstrahiert.

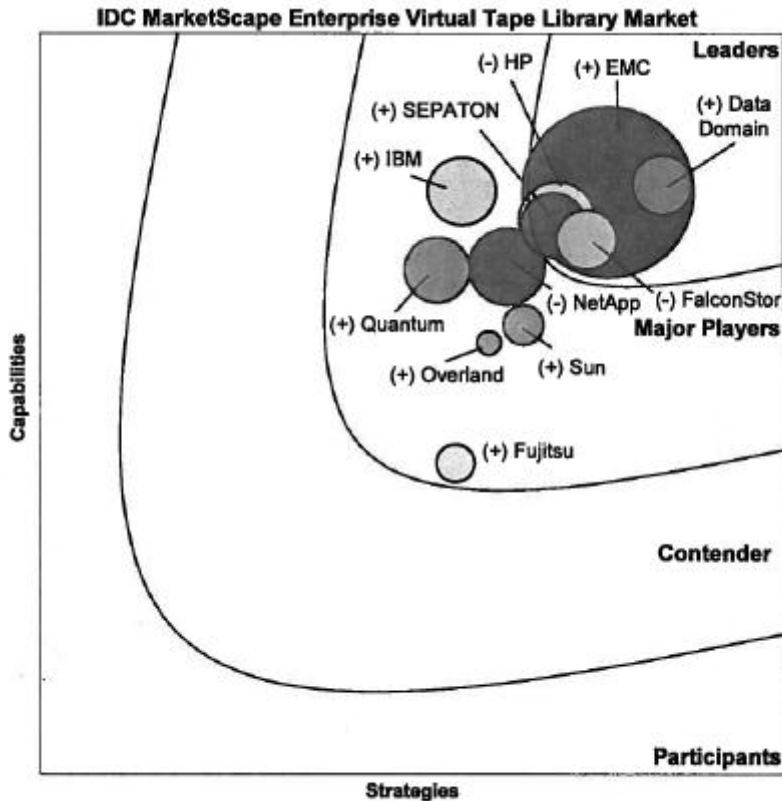
3. Die Tape-Library ist ein Gerät, dank welchem grosse Datenmengen z.B. für Backups gesichert werden können. Im Gerät befinden sich mehrere Bandlaufwerke und mehrere Magnetbänder, die das Gerät automatisch in

die Bandlaufwerke einlegt. Problematisch bei solchen physischen Bandlaufwerken ist insbesondere die Abnutzung des Bandmaterials bei der Datensicherung von langsamen Rechnern, da Bandlaufwerke mit dem Start-Stopp-Verfahren arbeiten müssen. Um dieses Problem zu vermeiden, kann die Tape-Library virtualisiert (zu einer VTL) werden, mit anderen Worten erscheint der Speicherplatz dem Nutzer virtuell. Eine Software (nachfolgend: VTL-Software) stellt sicher, dass die virtuelle Speichereinteilung auf geeignete Art und Weise auf den physisch vorhandenen Speicherplatz passt. Die Virtualisierung des Speichers in Tape-Libraries gewährt die einfache Integration der VTL mit der vorhandenen Backup Infrastruktur, d.h. mit den Tape-Libraries sowie mit der Backup Software (vgl. dazu Rz. 4). Vorteile der Virtualisierung sind unter anderem die Konsolidierung der Speicher und die schnellere Wiederherstellung der Daten.

4. Ein konkretes Beispiel für die Speicher-Virtualisierung ist das Auswechseln der Infrastruktur von alten Tape-Libraries zu neuen Speicherlösungen. Damit die Speicher zusammen mit den Tape-Libraries arbeiten können, wird eine Software benötigt, welche die Speicher als Tape-Libraries emuliert.

5. FalconStor Software ist nicht der einzige Wettbewerber auf dem Markt der VTL-Lösungen. Wie aus der nachfolgenden Abbildung der International Data Corporation (IDC) zu entnehmen ist, sind auf diesem Markt unter anderem folgende Unternehmen direkte Konkurrenten von FalconStor Software: EMC, Data Domain, IBM, NetApp, HP und Fujitsu.

Abbildung 1: IDC MarketScape U.S. Open Systems VTL Vendor Assessment



Source: IDC, 2009

6. Die obige Abbildung zeigt, dass FalconStor Software zu einer der führenden Gesellschaften auf dem Markt für VTL-Lösungen gezählt werden kann. Es ist ferner anzumerken, dass bei verschiedenen Konkurrenten ein Teil ihrer VTL-Lösungen auf FalconStor Software basiert.

7. Auslöser der Meldung war eine für die [...] in Aussicht gestellte und später versagte Offertstellung der Firma [...] für die Wartung und den Support der bereits eingesetzten FalconStor VTL-Software. Die [...] ist kein Partner von FalconStor Software. In einer der Meldung beigelegten Erklärung führte die [...] aus, dass es gemäss „FalconStor-Policy“ nicht erlaubt sei, eine Wartungsofferte einem Kunden zu unterbreiten, der bereits FalconStor Systeme im Einsatz habe und bei dem ein anderer Fal-

conStor-Partner mit der Wartung beauftragt sei. Des Weiteren erwähnte die [...], dass die Restriktion nur für bereits existierende Installationen gelte und in Zusammenhang mit den von FalconStor Software vorgegebenen und einheitlichen Wartungskosten stehe.

8. Aufgrund der Notwendigkeit der Begründung für die freihändige Vergabe des Auftrags verlangte der [...] von der FalconStor Software eine Bestätigung, dass aus Sicht von FalconStor Software einzig [...] als Anbieterin in Betracht falle. Daraufhin bestätigte die FalconStor Software, dass [...] derzeit der designierte FalconStor-Partner und Lieferant für [...] sei (vgl. Abbildung 2). Folglich wurde [...] mit der Wartung der FalconStor Produkte beauftragt.

Abbildung 2: Auszug des Briefes vom 17.10.2012 von FalconStor Software an [...]

Hiermit bestätigen wir dass die [...] derzeit der designierte FalconStor Partner und Lieferant für [...] ist.

Die Firma [...] verfügt über die Voraussetzungen und die Befugnis Wartung für FalconStor Produkte abzuschliessen und zu verlängern.

Quelle: Angabe des Anzeigers

9. Am 12. Februar 2013 hat das Sekretariat eine Vorabklärung eröffnet. Aus der Meldung geht hervor, dass es erstens den FalconStor-Partnern untersagt ist, Wartung und Support bei bestehenden Kunden von FalconStor Software zu erbringen, und zweitens die Wartungskosten von FalconStor Software einheitlich vorgegeben sind. Um weitere Informationen zu beschaffen, hat das

Sekretariat einen Fragebogen an FalconStor Software sowie an [...] gesendet. Am gleichen Tag informierte das Sekretariat das Bundeskartellamt über die Eröffnung der Vorabklärung gegen FalconStor Software.

10. Im Antwortschreiben von FalconStor Software bestrittet diese den untersagten Wechsel des bestehen-

den FalconStor-Partners nach Einkauf der Software sowie die einheitlich vorgegebenen Preise. FalconStor Software führt aus, dass Kunden auch nach Erwerb der FalconStor Produkte den betreuenden offiziellen FalconStor-Partner wechseln könnten. Voraussetzung für einen offiziellen FalconStor-Partner sei die Unterzeichnung eines Vertrags sowie die Ausbildung des technischen Personals. Ein FalconStor-Partner könne eine Unterbeauftragung vornehmen, dies bedinge jedoch die Qualifizierung und Zustimmung von FalconStor Software.

11. Des Weiteren führte FalconStor Software aus, dass die Wartungspreise gestützt auf den Preis des erworbenen Produktes (als Prozentsatz davon) berechnet werden. In Bezug auf die vorgegebenen Preise hält FalconStor Software fest, dass die Wartungskosten gegenüber ihren Partnern [...] berechnet werden, die Wartungskosten jedoch für die Endkunden nicht gleich blieben. FalconStor Software betonte zudem, dass sie keine Vorgaben mache, zu welchem Preis ihr Partner an Endkunden offerieren soll.

12. Das Sekretariat hat im Verlauf der Abklärungen einen ehemaligen Mitarbeiter der Firma [...] eingeladen, welcher damals die obengenannte E-Mail-Korrespondenz mit [...] (Rz 7) geführt hatte. Im Gespräch hat sich dieser von seiner E-Mail distanziert: Er habe die E-Mail lediglich so geschrieben, da er [...] gegenüber nicht sagen wollte, dass er aufgrund der mangelnden technischen Qualifizierung den Auftrag nicht ausführen könne.

13. Das Sekretariat hat allen Kunden von FalconStor Software einen Fragebogen geschickt. Den Antworten der Kunden kann man entnehmen, dass das Angebot von FalconStor Software erst ab 2007 in der Schweiz besteht und dass dieses konkurrenzfähig ist, weshalb FalconStor Software gegenüber anderen Wettbewerbern (wie z.B. EMC, DataDomain oder NetApp) bevorzugt wurde, insbesondere aus folgenden Gründen: Einerseits erfüllt das Angebot die Anforderungen der Kunden besser, vor allem wegen der Zuverlässigkeit. Andererseits bekommt der Kunde ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis, insbesondere betreffend den Funktionsumfang sowie der kompetenten Beratung. Ferner kann man den Antworten der Kunden entnehmen, dass die Mehrheit der Kunden ihre FalconStor Produkte warten lassen (sei es von FalconStor Software selber oder von einer damit beauftragten dritten Gesellschaft). Diese Dienstleistungen sind mit anderen Worten für die Kunden unerlässlich und stehen somit mit der Beschaffung des Produktes in einem gewissen Zusammenhang.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

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). FalconStor Soft-

ware und die FalconStor-Partner sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

16. 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).

17. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurde von den Beteiligten ebenfalls nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise und Kunden

18. Welche Gegebenheiten als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind, bestimmt sich nach Art. 4 Abs. 1 KG. Liegt eine solche vor, folgert nicht automatisch, dass auch ein Verstoß gegen das Kartellgesetz vorliegen würde. Unter welchen Voraussetzungen eine Wettbewerbsabrede unzulässig ist, ergibt sich vielmehr erst aus Art. 5 KG.

19. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Bei bestimmten vertikalen Wettbewerbsabreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften verschiedener Marktstufe, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 4 KG)

B.3.1 Wettbewerbsabrede

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

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

22. Die vertraglichen Beziehungen zwischen FalconStor Software und ihren Partnern sind auf den Zweck zurückzuführen, ein Netzwerk von Partnergesellschaften, welche sich als Distributoren mit dem Handeln von FalconStor Produkte sowie mit deren Wartung beschäftigen, zu gründen. Damit die Qualität der Wartung gesichert werden kann, schult FalconStor Software die Mitarbeiter ihrer Partner. Die Partner sind aufgrund des Business Partner Agreement (vgl. Art. 10) nur für der 1st Level Support (sogenannte Helpdesk) zuständig, welcher durch die Vorauswahl der Probleme (d.h. das Sammeln

von Daten und die Analyse beim Auftreten von Fehlern und Systemproblemen) und deren schnelle Lösung gekennzeichnet ist. Solche Probleme werden weitestgehend selbständig bearbeitet, es ist aber auch möglich (Fern-)Unterstützung vom 2nd Level Support (in casu durch FalconStor Software) zu bekommen. Der 2nd und 3rd Level Support werden dagegen durch FalconStor Software selber erbracht: Der 2nd Level Support hat die Aufgabe, nebst der Unterstützung des 1st Level Supports komplexere Anfragen zu lösen. Der 3rd Level Support hingegen befasst sich mit den komplexen Anfragen, welche den Kenntnisstand oder die technischen Möglichkeiten des 2nd Level Support übersteigen (z.B. ein Eingriff in den Programmcode).

23. Aufgrund dieser vertraglichen Beziehungen zwischen FalconStor Software und ihren Partnern ist das Tatbestandselement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens gegeben.

24. FalconStor Software ist wie oben geschildert der Hersteller von VTL-Software. Die FalconStor-Partner sind Unternehmen, welche die Produkte von FalconStor Software vertreiben und dazu die Wartung erbringen.

25. Somit betreffen solche mutmasslichen Abreden zwischen FalconStor Software und ihren Partnern den Support von FalconStor Produkten und wären aufgrund der verschiedenen Marktstufen der Teilnehmer als vertikale Absprachen zu qualifizieren und grundsätzlich dazu geeignet, Wettbewerbsbeschränkungen zu bezwecken oder zu bewirken.

B.3.1.1 Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

26. Bezüglich vertikaler Preisabreden ist dabei gemäss Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung des Wettbewerbs zu vermuten. Daraus folgt, dass zunächst zu prüfen ist, ob eine solche Preisabrede vorliegt und ob entsprechend die Vermutungsfolge greift. Ist dies nicht der Fall oder lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen, ist anschliessend zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

B.3.1.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise

27. Laut Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise vermutet.

28. Wie oben ausgeführt, hat das Sekretariat FalconStor Software mit dem Vorwurf, einheitliche Preise gegenüber den Kunden festgelegt zu haben, konfrontiert, woraufhin diese im Rahmen der Stellungnahme die mutmassliche einheitliche Preisfestsetzung bestritten hat. In ihrem Fragebogen hat FalconStor Software die Partnerschaftsvereinbarungen (Business Partner Agreement, vgl. Rz. 22) beigelegt, wobei diese keine Klauseln zu den Preisen beinhalten. Weiter führt FalconStor Software aus, dass die Wartungskosten gegenüber ihren Partnern [...] berechnet werden, die Wartungskosten jedoch für die Endkunden nicht gleich blieben.

29. Das Sekretariat hat zudem eine Befragung der Kunden von FalconStor Software durchgeführt. Diese wurden unter anderem danach gefragt, ob FalconStor Software die Wartungspreise festlegt. Eine knappe Mehrheit der Kunden hat geantwortet, dass FalconStor Software die Wartungspreise festlegt, wobei etwa ein Drittel davon sich nach Rücksprache mit den jeweiligen Wartungsunternehmen auf dessen Aussagen gestützt und weniger als die Hälfte davon vermuteten, dass FalconStor Software die Preise festlegt. Die Minderheit hat dagegen geantwortet, dass die Wartungsunternehmen die Preise festlegen. Einigen Kunden war unbekannt, wer die Preise festlegt.

30. Dementsprechend fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten für eine vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen FalconStor Software und den FalconStor-Partnern sowie für eine Beseitigung oder eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

B.3.1.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Kunden

31. Gestützt auf die vorhandenen Informationen besteht kein Hinweis auf ein Verbot von Passivverkäufen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb direkt zu prüfen ist, ob die Tatsache, dass den FalconStor-Partnern untersagt sei, Wartung und Support von FalconStor Software bei Kunden mit bestehenden Wartungsverträgen mit anderen FalconStor-Partnern zu erbringen, eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, und ob genügend Anhaltspunkte vorliegen, um eine Untersuchung zu eröffnen (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG).

32. Wie oben ausgeführt, besteht zwischen FalconStor Software und den FalconStor-Partnern ein Vertrag (siehe Partnerschaftsvereinbarung, Rz. 22), nach welchem die offiziellen Partner Wartung und Support für FalconStor Software erbringen dürfen. Aus dem Vertrag geht aber nicht hervor, dass es den FalconStor-Partnern verboten ist, einem potentiellen Kunden, welcher bereits Wartung und Support von einem anderen FalconStor-Partner bezieht, eine Offerte zu unterbreiten, oder ob eventuell Kunden an bestimmte Partner-Unternehmen durch FalconStor Software zugeteilt werden.

33. Aus Sicht der Kunden steht ihnen beim Kauf von FalconStor Produkten die Möglichkeit offen, einen Wartungsvertrag mit einem Drittanbieter abzuschliessen, wie es aus den Antworten einer Minderheit an befragten Kunden hervorgeht. Ein Drittanbieter erbringt für die Kunden den 1st Level Support, hingegen werden 2nd und 3rd Level Support durch FalconStor Software abgedeckt (vgl. Rz. 22). Zumindest aufgrund eines Teils der befragten Kunden kann gefolgert werden, dass die Kunden nicht durch FalconStor Software an den Partnern zugeteilt werden, sondern, dass sie ihren FalconStor-Partner frei wählen können. Die Wahl eines einzigen FalconStor-Partners für den Kauf und die Wartung ist aber für die Kunden einfacher, da die Beschaffung und die Wartung vom selben Unternehmen erbracht werden. Zusätzlich sind FalconStor-Partner zertifiziert und geschult, weshalb die Wartungsdienstleistung für den Kunden wertvoll ist. Dagegen könnte die Wahl eines Drittanbieters für den Kauf eines FalconStor Produktes unter Umständen problematisch werden, da sich der Drittanbieter zuerst

mit FalconStor-Partnern (Distributoren) in Verbindung setzen und nach den gesuchten Produkten fragen muss. Auch die Wartung durch Drittanbieter könnte problematisch sein, da diese nicht auf den Produkten geschult sind.

34. Eine knappe Mehrheit der Kunden hat ferner gesagt, dass die FalconStor Produkte auch ohne entsprechenden Wartungsvertrag erworben werden können. Jedoch haben manche Kunden angegeben, dass sich ein solcher Vorgang aus technischen Gründen nicht lohnt.

35. Die Kunden wurden auch gefragt, wie sie das wartende Unternehmen gewählt haben, vor allem ob diese Wahl durch FalconStor Software in irgendeiner Weise beeinflusst worden ist. Die Mehrheit der Kunden hat geantwortet, dass sie das wartende Unternehmen selber aus einer Liste von FalconStor-Partnern gewählt haben. Einige Kunden hatten schon vor der ersten Beschaffung eines FalconStor-Produktes Geschäftsbeziehungen mit dem entsprechenden FalconStor-Partner.

36. Darüber hinaus sehen die Verträge zwischen Kunden und den FalconStor-Partnern keine Klausel vor, welche es den Kunden verbietet, das wartende Unternehmen zu wechseln. In der Tat haben manche Kunden im Fragebogen angegeben, dass sie das wartende Unternehmen bereits gewechselt und einen anderen Partner von FalconStor Software mit der Wartung beauftragt haben. An dieser Stelle ist zu bemerken, dass selbst [...], welche die Meldung an das Sekretariat ausgelöst hat, bereits von einem FalconStor-Partner [...] zu einem anderen Wartungsunternehmen [...] übergegangen ist, als sie den Wartungsvertrag im Jahr 2012 verlängerte.

37. Aus den obigen Erwägungen kann verneint werden, dass die Kunden einem bestimmten Partner-Unternehmen zugeteilt werden und dass es anderen FalconStor-Partnern nicht erlaubt ist, Wartung und Sup-

port bei bestehenden Kunden zu erbringen. Laut Angaben der Kunden, der [...] sowie von FalconStor Software geht dagegen hervor, dass es den Kunden frei steht, das wartende Unternehmen zu wechseln und entweder einen anderen FalconStor-Partner oder einen Drittanbieter mit der Wartung zu beauftragen oder gar auf eine Wartung zu verzichten.

38. Somit bestehen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

B.3.2 Ergebnis

39. Im vorliegenden Fall liegen somit keine hinreichenden Indizien für eine unzulässige Wettbewerbsabrede, weder betreffend die Preisfestsetzung noch die Kundenzuteilung beziehungsweise das Wartungsverbot bei bestehenden Kunden, vor. Gemäss den obigen Ausführungen ist festzuhalten, dass das wartende Unternehmen gewechselt werden kann. Dies geht auch aus den Angaben von FalconStor Software deutlich hervor.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1	4. Beratungen Recommandations Consulenze
B 1.4	1. Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen

1. Im Rahmen einer Beratungsanfrage hat das um Beratung ersuchende Unternehmen (nachfolgend: Unternehmen A) dem Sekretariat die Frage unterbreitet, ob der Erwerb eines Unternehmen resp. eines Unternehmensteils (nachfolgend: Zielgesellschaft) durch ein von ihm mitkontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen unabhängig des Erreichens der Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG¹ gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig sein könnte.

2. Das Unternehmen A ist die Muttergesellschaft eines Konzerns. Für einen Teil dieses Konzerns hat die Wettbewerbskommission (WEKO) in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt, dass dieser Teil auf einem bestimmten Markt marktbeherrschend ist.

3. Gemäss Beratungsgesuch ist das Unternehmen A an verschiedenen Gemeinschaftsunternehmen beteiligt, die das Unternehmen A jeweils zusammen mit einem oder mehreren Drittunternehmen kontrolliert. Diese Gemeinschaftsunternehmen würden immer wieder Akquisitionen prüfen. In diesem Zusammenhang stelle sich für die Gemeinschaftsunternehmen jeweils die Frage, ob eine solcher Akquisition, bei der die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht würden, gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig wäre.²

4. Auszugehen sei von der Situation, in welcher ein Gemeinschaftsunternehmen, das von Unternehmen A mitkontrolliert wird, ein Unternehmen resp. einen Unternehmensteil (nachfolgend: Zielgesellschaft) erwerbe. Für die vorliegende Beratungsanfrage solle dabei von einem Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ausgegangen werden, das nicht eigens für die Transaktion gegründet worden sei, sondern schon bestehe. Es sei auch nicht von einer Situation auszugehen, dass die Muttergesellschaften die eigentlichen Triebkräfte hinter der Transaktion wären. Einleitung, Organisation und Finanzierung der Transaktion würden durch das Gemeinschaftsunternehmen erfolgen.³

5. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz 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.

6. Im Zusammenschlussverfahren *Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation* hat die WEKO festgehalten, dass sich der in Art. 9 Abs. 4 KG verwendete

Unternehmensbegriff durch Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1bis KG definiere und nicht notwendigerweise deckungsgleich mit dem Begriff des beteiligten Unternehmens im Sinne von Art. 3 VKU⁴ sei. Die in Art. 3 VKU enthaltene Definition des beteiligten Unternehmens stelle nur eine Qualifikation im Sinne der VKU dar und beziehe sich vorab auf die Berechnung der Grenzbeiträge nach Art. 9 Abs. 1 bis 3 KG.⁵ Entsprechend kann für die vorliegend zu beurteilende Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht unbedenken auf die Praxis der WEKO betreffend die Qualifikation des beteiligten Unternehmens bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG⁶ abgestellt werden. Es erscheint im Übrigen auch nicht sachgerecht, die Praxis der EU-Kommission betreffend die Qualifikation des beteiligten Unternehmens bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen⁷ heranzuziehen, da das EU-Recht keine umsatzunabhängige Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG kennt.⁸

7. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

8. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2

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

² Vgl. Beratungsgesuch, Rz 2.

³ Vgl. Beratungsgesuch, Rz 7.

⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵ Vgl. RPW 2006/2, 293 Rz 24 f., *Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation*.

⁶ Vgl. RPW 2012/3 697, Rz 44 ff., *GIM/Fluxys/Swissgas/Flux Swiss/Transitgas*; RPW 2007/1, 98 Rz 11 ff. und 99 Rz 15, *Lavena – ProSiebenSat. 1*; RPW 2005/3 496, Rz 7 ff., *JCI/Bosch – Europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi*; RPW 2004/2, 534 Rz 34, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*.

⁷ Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 1 ff., Rz 145 ff.

⁸ Vgl. Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29.1.2004 S. 6.

Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird. Die Einflussnahme des kontrollierenden Dritten auf den operativen und damit wettbewerbsensiblen Geschäftsbereich ist nicht zwingende Voraussetzung für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit. Vielmehr führt grundsätzlich bereits die Einflussnahme auf strategische Angelegenheiten zum Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Entsprechend stellen bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁹ Die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht folglich auch dann, wenn nicht die direkt bzw. formal am Zusammenschluss beteiligte, sondern eine mit dieser konzernmässig verbundene Gesellschaft für marktbeherrschend erklärt worden ist.¹⁰ Im Übrigen ist auch für die Umsatzberechnung im Rahmen der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht nur der Umsatz der direkt bzw. formal am Zusammenschluss beteiligten Gesellschaft, sondern der Umsatz des Konzerns relevant (vgl. Art. 5 Abs. 1 VKU).

9. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen bzw. sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann und demnach über keine wirtschaftliche Selbstständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verfügt. Dem steht nicht entgegen, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU¹¹ ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen „*alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit*“ erfüllen muss. Denn das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen muss. Es genügt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in operativer/funktionaler Hinsicht selbständig ist. Dass auf strategischer Ebene die Muttergesellschaften die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle.¹²

10. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist somit von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Muttergesellschaften andererseits auszugehen. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.¹³ Die Muttergesellschaften ihrerseits bilden hingegen untereinander keine wirtschaftliche Einheit.

11. Im Rahmen der vorliegenden Beratung offengelassen werden kann, ob bzw. inwiefern bei einem Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung von Wettbewerbern analog zu Konzernrechtsverhältnissen ebenfalls ein sog. Konzernprivileg im Verhältnis zu den Muttergesellschaften Anwendung finden kann. Das Konzernprivileg bedeutet, dass Abreden innerhalb eines Konzerns keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 5 KG sind und konzerninterne Umstrukturierungen nicht als Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 und 9 KG angesehen werden.¹⁴ Ein solches Privileg könnte jedoch allenfalls nur auf die Beziehung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft Anwendung finden, nicht jedoch im Verhältnis zwischen den Muttergesellschaften.¹⁵ Denn wie erwähnt bilden die Muttergesellschaften ihrerseits untereinander keine wirtschaftliche Einheit.

12. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Frage der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen zu qualifizieren ist. Analog zu einem Konzernrechtsverhältnis besteht die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG somit auch dann, wenn für eine der Muttergesellschaften eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist. Andernfalls könnte ein Unternehmen die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG umgehen, indem es die Geschäftstätigkeit, für welche eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist, in ein Gemeinschaftsunternehmen auslagert. Dies kann nicht dem Sinn und Zweck der Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 9 Abs. 4 KG entsprechen.

13. Wie eingangs erwähnt, ist für das Unternehmen A bzw. einen Teil des Konzerns des Unternehmens A eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden. Der Erwerb einer Zielgesellschaft durch ein vom

⁹ Vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4 und 2.7, Siegenia-Aubi AG/WEKO. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

¹⁰ Vgl. RPW 2006/2 293, Rz 24 ff, *Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 N 301.

¹¹ Vgl. Fn 4.

¹² Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 42, *NZZ/Ringier/cXense/PPN*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 316. In diesem Sinne auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2009 C 43/09 vom 21.2.2009 S. 10 ff., Rz 93 und CHRISTIAN KERSTING, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bussgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW vom 5.12.2014, 1156-1173, 1169.

¹³ In diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 26.9.2013 C-179/12 P *The Dow Chemical Company/European Commission*; Kersting (Fn 12), 1167.

¹⁴ Vgl. BSK KG-LEHNE (Fn 9), Art. 2 KG N 27.

¹⁵ Vgl. FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Gemeinschaftsunternehmen – Black Box für Kartellabsprachen?, WuW vom 7.8.2014, 681-690, 685.

Unternehmen A mitkontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist somit unabhängig der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, wenn der Zusammenschluss einen Markt betrifft, auf welchem die markt-

beherrschende Stellung festgestellt wurde, oder einen solchen betrifft, der diesem vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

B 1.4

2. Beratungsanfrage zur Meldepflicht des Verkaufs von Orange Communications SA

1. Im Rahmen einer Beratungsanfrage wurde dem Sekretariat die Frage unterbreitet, ob die Übernahme von Orange durch eine von Xavier Niel gehaltene Holdinggesellschaft im Sinne von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) meldepflichtig ist. In der Beratungsanfrage wurde die Ansicht vertreten, dass eine solche Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht bestehe, weil die Schwellenwerte dieser Bestimmung nur für eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erreicht sind. Art. 9 Abs. 4 KG scheidet aufgrund von Informationen über die Gesellschaft aus.

2. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Gemäss Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) erlangt ein Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.

3. Gemäss den Angaben der Beratungsanfrage sollen [...] sämtliche Aktien an der Orange Communications SA erwerben. Zum Portefeuille von Xavier Niel gehört auch die Iliad Gruppe, deren Hauptgeschäft aus dem französischen Mobilfunkbetreiber „Free“ besteht. „Free“ hält mittlerweile einen Marktanteil von ca. [...] % im französischen Mobilfunkmarkt. Bei der geplanten Transaktion handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im erwähnten Sinn. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher meldepflichtig, falls die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 bzw. Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sind.

4. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) 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).

5. Für die Berechnung der genannten Umsatzschwellen sind gemäss Art. 3 Abs. 1 VKU die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten die kontrol-

lierenden und die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Sofern Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens ist, gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

6. Vorliegend sind die beteiligten Unternehmen Xavier Niel und Orange. Gemäss Beratungsanfrage erzielen die von Xavier Niel kontrollierten Gruppen [...] weltweit einen jährlichen Umsatz von mehr als [> 2 Milliarden] Franken. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG seien somit erfüllt. Allerdings generierten die [...] Gruppen bis heute in der Schweiz keine Umsätze, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreicht würde. Orange erzielte 2013 in der Schweiz einen Umsatz von [>500 Millionen] Franken und der geschätzte Umsatz für 2014 liege bei [>500 Millionen] Franken. Somit sind die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nur für eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erreicht. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG somit nicht erreicht werden. Damit ist das Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig.

7. Art. 9 Abs. 4 KG sieht vor, dass die Meldepflicht ungeachtet der Absätze 1-3 besteht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt wurde, 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.

8. Im Zusammenschlussvorhaben zwischen France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG hat die WEKO für den Fall der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt) und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) mit Swisscom festgestellt.¹ Mit der Nichtgenehmigung des Zusammenschlussvorhabens wurde daher auf diesen beiden Märkten keine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt.

9. Hingegen wurde im Zusammenschlussvorhaben zwischen France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG auf dem Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt) eine marktbeherrschende Stellung von Orange in der Beschlussbegründung festgestellt, welche durch das Zusammenschlussvorhaben

¹ RPW 2010/3, 560 Rz 428, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

unwesentlich verstärkt würde, und welche die derzeit im Bereich Terminierung herrschenden Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich zu verändern mag.² Im Entscheid in Sachen eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission hat das Bundesgericht festgestellt, dass in einem Kartellverfahren die Frage, ob die für die Sanktionierung erforderlichen Tatbestandselemente vorliegen, grundsätzlich nicht ins Dispositiv gehören, sondern Bestandteil der Begründung des Entscheids bilden.³ In diesem Sinne sei im Erkenntnis im Prinzip weder festzustellen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde. E contrario könnte daraus geschlossen werden, dass eine allfällige in einem Verfahren nach Kartellgesetz in der Beschlussbegründung festgehaltene marktbeherrschende Stellung rechtskräftig wird, wenn das Dispositiv, welches sich auf die festgestellte Marktbeherrschung bezieht, rechtskräftig wurde. Im Zusammenschlussvorhaben zwischen France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communication AG wurde in Dispositiv-Ziffer 1 beziehungsweise auf die Beurteilung der gemeinsamen Marktstellung von France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt) und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) das Zusammenschlussvorhaben untersagt. Die Verfügung ist mit dem Rückzug der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht am 7. Juni 2010 in Rechtskraft erwachsen.⁴

10. Die in der Beschlussbegründung festgestellte marktbeherrschende Stellung von France Télécom SA (Orange) war allerdings in materieller Hinsicht nicht für die in Rechtskraft erwachsene Dispositiv-Ziffer 1 ursächlich und ist daher auch nicht von dieser gedeckt. Würde aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine nicht von einem Dispositiv gedeckte marktbeherrschende Stellung in der Beschlussbegründung eines Verfahrens nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt, welche damit gemäss Art. 9 Abs. 4 KG Wirkung entfalten sollte, so würde die absurde Situation entstehen, dass gegen eine für ein betroffenes Unternehmen entstehende Verpflichtung kein Rechtsmittel bestehen würde, da gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts Urteilsbegründungen nicht selbständig anfechtbar sind.

11. Daher wurde im Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung für France Télécom SA (Orange) rechtskräftig festgestellt. Ebenfalls wurde gemäss Aussagen der Gesuchsteller für keines der von Xavier Niel kontrollierten Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung gemäss Kartellgesetz festgestellt. Daher ist die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG nicht erfüllt.

12. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben nicht meldepflichtig ist.

² RPW 2010/3, 527 Rz 213, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

³ BGE 137 II 199, E. 6.2.

⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *France Télécom SA gegen Wettbewerbskommission*, B-3688/2010.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Emmi/Molkerei Biedermann/Gläserne Meierei

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Oktober 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. Oktober 2014

1. Am 19. September 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi) über ihre Tochter Molkerei Biedermann AG (nachfolgend: Biedermann) den Erwerb der Gläsernen Meierei GmbH (nachfolgend: Gläserne Meierei).

2. Die Emmi-Gruppe ist der grösste Schweizer Milchverarbeiter. Biedermann mit Sitz in Bischofszell ist ein Tochterunternehmen von Emmi mit Sitz in Luzern und eine regionale Produzentin von Molkereiprodukten wie Trinkmilch, Rahm, Joghurt, Quark und Butter. Dabei produziert Biedermann insbesondere Bio-Molkereiprodukte.

3. Die Gläserne Meierei mit Sitz in Dechow, Deutschland, ist eine in Nordostdeutschland tätige Regionalmolkerei. Sie ist auf Bio-Molkereiprodukte spezialisiert, verarbeitet aber auch konventionelle Milch. Zu ihren wichtigsten Produkten gehören Trinkmilch, Rahm, Butter, Frischmilchprodukte und Käse. Auch bietet sie Milchpulver an. Die Gläserne Meierei hat drei 100-prozentige Tochtergesellschaften: die Gläserne Molkerei GmbH, die Meierei Mecklenburg GmbH und die Hofmolkerei Münchehofe GmbH. Nur einen geringen Teil ihres Umsatzes im Jahr 2013 erzielte die Gläserne Meierei mit Verkäufen in die Schweiz.

4. Die WEKO hat rechtskräftig festgestellt, dass Emmi in den Märkten für Konsummilch- und Konsumrahm sowie für Butter eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG innehat.¹ Einen Teil ihres Umsatzes in der Schweiz erzielte die Gläserne Meierei 2013 mit dem Verkauf von Butter, somit handelt es sich beim vorlie-

genden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss i.S.v. Art. 9 Abs. 4 KG.

5. Nachfolgend wird von eigenen sachlich relevanten Märkten für Butter, Magermilchpulver und Vollmilchpulver ausgegangen.² Die genaue sachliche Marktabgrenzung, insbesondere dahingehend, ob Magermilch- und Vollmilchpulver zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehören und die Märkte für Butter, Magermilchpulver und Vollmilchpulver resp. für Milchpulver im Allgemeinen weiter in Bio-Produkte und konventionelle Produkte zu unterteilen sind,³ kann offen gelassen werden, da das Ergebnis bei jeder möglichen sachlichen Marktabgrenzung gleich bleibt.

6. Während der Käsemarkt zur EU seit dem 1. Juli 2007 vollständig liberalisiert ist, sind beim Import anderer Milchprodukte wie Butter, Magermilchpulver und Vollmilchpulver nach wie vor hohe Zölle zu entrichten, sofern diese nicht mittels eines ordentlichen Zollkontingents oder anderweitiger Ausnahmen, insbesondere im Rahmen des aktiven Veredelungsverkehrs, eingeführt werden können.

7. Aufgrund des hohen Grenzschutzes sind die Märkte für Butter, Magermilchpulver und Vollmilchpulver resp. für Milchpulver im Allgemeinen, in Übereinstimmung mit bisherigen Entscheiden der WEKO⁴, national abzugrenzen. Hiervon ausgenommen sind allerdings die Mengen an vorgenannten Produkten, welche mittels eines reduzierten Zollsatzes resp. ohne eine Zollabgabe in die Schweiz eingeführt werden können und so von ausserhalb der Schweiz bezogen werden können. Für diese

¹ RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113 und 157 sowie 290 Ziff. 1 des Dispositivs, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

² Zur Marktabgrenzung bezüglich Butter vgl. RPW 2006/2, 269 Rz 60, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*, zu derjenigen bezüglich Mager- und Vollmilchpulver RPW 1999/1, 105 Rz 28 f., *Toni/Säntis*, und RPW 2006/2, 269 Rz 61 f., *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei*.

³ Die WEKO hat sich in verschiedenen Entscheiden mit der Frage, ob gewisse Märkte weiter nach biologisch und konventionell hergestellten Produkten unterschieden werden sollten, befasst. Vgl. hierzu: RPW 2005/3, 466 Rz 60, *Reorganisation des Biomilchmarktes*; RPW 2004/3, 683 ff. Rz 30 ff., *Markt für Schlachtschweine – Teil A*; RPW 2006/2, 263 Rz 31, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

⁴ Zur räumlichen Marktabgrenzung bezüglich Butter und Milchpulver siehe u.a. folgende Entscheide: RPW 1999/1, 107 ff. Rz 35 ff., *Toni/Säntis*; RPW 2006/2, 271 Rz 74–75, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2010/3, 574 Tabelle 2, *Emmi/Fromalp*.

wird vorliegend ein Markt abgegrenzt, der die Nachbarländer der Schweiz umfasst. Die genaue diesbezügliche räumliche Marktabgrenzung kann aber offen gelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

8. Gemäss dem Wissensstand der Parteien wurden sämtliche Produkte, welche die Gläserne Meierei 2013 in der Schweiz abgesetzt hat, nämlich Butter, Vollmilchpulver und Magermilchpulver, im Rahmen ordentlicher Importkontingente oder des aktiven Veredelungsverkehrs in die Schweiz importiert. Rechnet man diese Importe zum Schweizer Markt, so ergeben sich betroffene Märkte mit Marktanteilsaddition bei Butter, Milchpulver und bei dessen Unterteilung in Magermilch- und Vollmilchpulver. Dabei liegen die schweizweiten Marktanteile der Gläsernen Meierei für 2013 jeweils [im Bereich von 0–10] %, während die kumulierten Marktanteile für Butter bei [40–50] %, für Milchpulver bei [20–30] % und bei einer allfälligen weiteren Segmentierung von Milchpulver in Magermilchpulver und Vollmilchpulver für diese letzteren bei [30–40] % resp. [20–30] % liegen.

9. Werden diese Märkte weiter in Märkte für biologisch und konventionell erzeugte Produkte unterteilt, so ergeben sich betroffene Märkte mit Marktanteilsadditionen für die Märkte mit biologischen Produkten, nicht aber für diejenigen betreffend konventionell hergestellte Produkte, da die Gläserne Meierei in diesen Märkten in der Schweiz 2013 nicht tätig war. Für Märkte mit biologisch erzeugten Produkten ergeben sich teilweise Marktanteile für die Gläserne Meierei im zweistelligen Bereich.⁵ Die kumulierten Marktanteile betragen für Bio-Butter [60–70] %, für Bio-Milchpulver [30–40] %, für Bio-Magermilchpulver [30–40] % und für Bio-Vollmilchpulver [30–40] %.

10. Das Sekretariat ist allerdings der Ansicht, dass die Umsätze, welche die Gläserne Meierei 2013 in der Schweiz erzielt hat, vorliegend nicht zu den schweizweiten Märkten bezüglich Butter und Milchpulver resp. deren weiteren sachlichen Unterteilungen gemäss Rz 8 zu zählen sind, da sie allesamt auf Importe zurückzuführen sind, welche im Rahmen ordentlicher Zollkontingente resp. des aktiven Veredelungsverkehrs zustande gekommen sind. Bei den vorliegenden Produkten, d.h. für Butter und Milchpulver, dürften für solche Importe zumindest Unternehmen aus den Nachbarländern der Schweiz als mögliche Lieferanten in Frage kommen.

11. Die Parteien weisen darauf hin, dass ein Importeur, welcher Bio-Butter oder Bio-Vollmilchpulver importieren will, sich einer grossen Anzahl möglicher Lieferanten gegenüber sieht. So verbleiben für Kunden in der Schweiz, die per ordentliches Zollkontingent oder im Rahmen des Veredelungsverkehrs Butter oder Milchpulver importieren möchten, selbst nach einem allfälligen Wegfall eines Bezugs bei der Gläsernen Meierei, sollte letztere Konkurrenten von Emmi nicht mehr beliefern wollen, eine grosse Anzahl alternativer Bezugsmöglichkeiten.

12. Gestützt auf die in Rz 10 gemachte Argumentation führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinerlei Marktanteilsadditionen in den vorgenannten schweizweiten, sachlich relevanten Märkten. Somit führt

das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder zu einer Begründung noch Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

13. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Umsatz, den die Gläserne Meierei in der Schweiz erzielt, zu den jeweiligen schweizweiten Märkten zu zählen ist, so ist die Addition der Marktanteile entweder gering wie bei den Märkten bezüglich Butter oder führt zu kumulierten Marktanteilen (mit teilweise geringen und teilweise grösseren Marktanteilsadditionen) von nicht mehr als [30–40] %, so dass auch bei dieser Betrachtungsweise das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

14. Insgesamt ergab die vorläufige Prüfung 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.

⁵ So erreichte die Gläserne Meierei bei Bio-Milchpulver 2013 einen schweizweiten Marktanteil von [10–20] %, bei Bio-Magermilchpulver einen solchen von [10–20] % und bei Bio-Vollmilchpulver einen solchen von [10–20] %. Der Marktanteil bei Bio-Butter lag für die Gläserne Meierei für 2013 für die Schweiz bei [0–10] %.

B 2.3

2. Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. November 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. November 2014

1. Am 4. November 2014 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Santander Consumer Finance S.A. (SCF) und die Peugeot S.A. (PSA) über ihre Tochtergesellschaft Banque PSA Finance SA (Banque PSA) die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, um in diversen EU-Mitgliedstaaten und in der Schweiz Fahrzeugfinanzierungen anzubieten. Das Gemeinschaftsunternehmen wird aus einer Reihe von unabhängigen Finanzgesellschaften (FCs) bestehen, bei denen SCF und Banque PSA jeweils 50 % der Aktien und Stimmrechte halten werden.

2. SCF ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Banco Santander S.A. mit Sitz in Spanien. SCF betreibt das Konsumkreditgeschäft. In der Schweiz ist die Santander-Gruppe in den Bereichen Private Banking und Asset Management tätig.

3. PSA ist die Muttergesellschaft eines französischen Konzerns, der in der Produktion von Personenwagen, leichten Nutzfahrzeugen und Ersatzteilen für Motorfahrzeuge tätig ist. Banque PSA ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der PSA. Sie bietet in den Netzwerken der drei Marken Citroën, Peugeot und DS Finanzierungs- und Leasinglösungen zum Kauf von neuen und gebrauchten Fahrzeugen für Private, KMU und Geschäftskunden sowie Unternehmensfinanzierungen für (unabhängige) PSA-Händler zum Kauf von Neu- und Gebrauchtwagenbeständen und Ersatzteilen und zur Deckung anderer Kapitalbedürfnisse an. Weiter vertreibt sie Versicherungsprodukte und fahrzeugbezogene Zusatzdienstleistungen.

4. Zweck des Zusammenschlussvorhabens ist [...]. Als Folge des Zusammenschlussvorhabens wird Banque PSA ihr Fahrzeugfinanzierungs- und Versicherungsgeschäft sowie ihr Unternehmensfinanzierungsgeschäft in mehreren EU-Mitgliedstaaten und in der Schweiz an die vorerwähnten FCs übertragen. In der Schweiz werden die Geschäftstätigkeiten der PSA Finance Suisse SA, einer Tochtergesellschaft der Banque PSA, in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

5. Ausgehend vom funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes, nach welchem die Organisation als wirtschaftliche Einheit die Unternehmenseigenschaft zur Folge hat, ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben

als Neugründung eines einzigen, gemeinsam kontrollierten Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zu qualifizieren.

6. Im zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben ist vorgesehen, [...].

7. Vorliegend ist aufgrund der stark vernetzten Organisationsstruktur des Gemeinschaftsunternehmens und aufgrund [...] von einem einheitlichen Zusammenschlussvorhaben auszugehen. Dazu kommt, dass die FCs durch einen einzigen Transaktionsvertrag gegründet werden, alle unter derselben Marke tätig und voneinander abhängig sein werden.

8. Gemäss Praxis der WEKO liegt ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4] dann vor, wenn es (i) als Nachfrager oder Anbieter am Markt und (ii) als selbständige wirtschaftliche Einheit auftritt, (iii) auf Dauer angelegt ist und (iv) über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen verfügt.¹ Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

9. Das Erfordernis nach Art. 2 Abs. 2 VKU, Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, wird in der Praxis der WEKO weit ausgelegt.² Wie bereits ausgeführt wurde, wird die Banque PSA den Grossteil der Aktiven, Passiven und Mitarbeiter ihres Fahrzeugfinanzierungs- und Versicherungsgeschäft in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.

10. Gemäss Parteiangabe überschneiden sich die Geschäftstätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in horizontaler Weise nicht. Auch das geplante Gemeinschaftsunternehmen zwischen SCF und PSA wird zu keinen Überlappungen der Geschäftstätigkeiten der Muttergesellschaften und des Gemeinschaftsunternehmens in der Schweiz führen. Vor diesem Hintergrund ist die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte auf die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens gerichtet.

11. Das Gemeinschaftsunternehmen wird in der Schweiz in den Bereichen Leasing, Kreditvergabe an Käufer und PSA-Händler sowie im Versicherungsgeschäft tätig sein.

12. Im Rahmen früherer Beurteilungen von Zusammenschlussvorhaben hat die Wettbewerbskommission innerhalb eines Gesamtmarktes Finanzdienstleistungen verschiedene Teilmärkte identifiziert, die allenfalls noch weiter zu segmentieren sind. Innerhalb des Teilmarktes für **Leasing** hat sie mehrheitlich dazu tendiert, einen

¹ RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa.*

² RPW 2013/2, 245 Rz 27 m.v.V., *Orell Füssli/Thalia.*

separaten nationalen Markt für Automobil-Leasing abzugrenzen.³ Ob und wie der Markt für Leasing gegebenenfalls weiter zu unterteilen ist, kann vorliegend allerdings offengelassen werden, da der zu beurteilende Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt. Selbst bei engster Marktabgrenzung (Markt für Automobil-Leasing) wäre gemäss Parteiangabe der geschätzte Marktanteil von PSA [0-5 %]. SCF ist in der Schweiz im Bereich Leasing-Dienstleistungen nicht tätig.

13. Für **Konsumkredite** wurde in der Vergangenheit ein separater Markt abgegrenzt, welcher Kredite wie Barzahlungs- und Festkredite, Teilzahlungskredite und Kontokorrentkredite umfasst, wobei unter Teilzahlungskrediten Abzahlungsverträge insbesondere für Motorfahrzeuge zu verstehen sind.⁴ Der räumliche Markt wurde national abgegrenzt.⁵ Im nationalen Markt für Konsumkredite schätzen die Parteien den Marktanteil der Banque PSA auf [0-5 %]. SCF bietet in der Schweiz keine Konsumkredite an.

14. Bezüglich der **Finanzierung für Autohändler** hat die Wettbewerbskommission in der Vergangenheit festgestellt, dass dieser Markt stark dem Markt für die Finanzierung von KMUs ähnelt, dann jedoch nicht weiter diskutiert, ob die Finanzierung von Fahrzeughändlern und die Finanzierung von KMU tatsächlich substituierbar sind.⁶ Auch vorliegend muss keine definitive Marktabgrenzung erfolgen, da der in Frage stehende Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt. Bei einer weiten Marktabgrenzung (Markt für Firmenkredite an KMU) wird der Marktanteil von PSA auf [0-5 %] geschätzt. Erfolgt die Marktabgrenzung enger (Markt für Kredite an Fahrzeughändler), ist der geschätzte Marktanteil [5-10 %]. Auch in diesem Bereich ist SCF in der Schweiz nicht tätig.

15. Im **Versicherungsgeschäft** unterscheidet die Wettbewerbskommission zwischen dem Erst- und dem Rückversicherungsgeschäft, wobei sich Ersteres in die Oberkategorien Leben und Nichtleben gliedern lässt. Innerhalb dieser Kategorien lassen sich grundsätzlich so viele verschiedene sachliche Märkte ausmachen als Versicherungen für unterschiedliche Risiken bestehen.⁷ Im Erstversicherungsgeschäft ist von einem nationalen Markt auszugehen.⁸ In der Schweiz bietet Banque PSA aktuell in begrenztem Mass Lebensversicherungen und Fahrzeugversicherungen an. Die Parteien schätzen den Marktanteil der Banque PSA in eng abgegrenzten Märkten für Einzellebensversicherungen respektive Fahrzeugversicherungen auf jeweils [0-5 %]. SCF bietet in der Schweiz keine Versicherungen an. Es ist deshalb auch für diesen Bereich nicht nötig, eine genaue Marktabgrenzung vorzunehmen.

16. Gemäss Parteiangabe vermarktet die Banque PSA **Zusatzdienstleistungen** wie Garantieverlängerungen und Wartungsverträge nicht selbstständig, sondern im Paket mit dem Fahrzeug und dem entsprechenden Finanzierungsservice als Hauptprodukte. SCF bietet keine solchen Dienstleistungen in der Schweiz an. Eine spezifische Marktabgrenzung erübrigt sich.

17. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d KG, da es bei den Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen keine Überschneidungen gibt, und da keines der beteiligten Unternehmen über einen Marktanteil von über 30 % verfügt. Hierzu zu ergänzen ist, dass PSA, die in der Herstellung und Lieferung von Motorfahrzeugen tätig ist, ihre Marktanteile in der Schweiz in jedem möglichen Markt in ihrem Tätigkeitsbereich auf deutlich unter 30 % schätzt. Santanders Bankaktivitäten in der Schweiz konzentrieren sich auf das Private Banking und Asset Management, wobei die jeweiligen Marktanteile auf [0-5 %] geschätzt werden.

18. Nebenabreden werden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle beurteilt, falls sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens zusammenhängen unmittelbar zusammenhängen und in diesem Zusammenhang notwendig, d.h. verhältnismässig, sind. Die Beurteilung solcher Nebenabreden fällt abschliessend unter Art. 9 und 10 KG. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung⁹ gerichtet.¹⁰ Die Wettbewerbsverbote sowie das Abwerbverbot sind als Nebenabreden im oben genannten Sinne zu qualifizieren und fallen unter das Konzentrationsprivileg.

19. 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.

³ Vgl. zum Vorstehenden: RPW 2012/1, 121 Rz 17 ff, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA* i.V.m. RPW 2009/1, 68 Rz 58 ff, *BNP Paribas/Entités Fortis SA* und RPW 2007/1, 83 Rz 19 ff, *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

⁴ RPW 2007/3, 364 Rz 9 ff, *Konsumkredit*.

⁵ RPW 2007/3, 364 Rz 27 ff, *Konsumkredit*.

⁶ RPW 2007/1, 83 Rz 27, *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

⁷ RPW 2005/2, 385 Rz 24, *Vaudoise Générale/La Suisse*; RPW 2006/3, 494 Rz 11, *Axa/Winterthur*.

⁸ RPW 2008/3, 465 Rz 43 ff, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace m.w.H.*

⁹ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 056/3 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend EU-Bekanntmachung).

¹⁰ RPW 2014/1, 301 Rz 56, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

B 2.3

3. Airbus/Safran/JV

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. November 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. November 2014

1. Am 31. Oktober 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine gemeinsame Meldung der Airbus Group N.V. (nachfolgend: Airbus Group) und der Safran S.A. (nachfolgend: Safran) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neu gegründetes Joint Venture (nachfolgend: JV) durch Airbus Group und Safran.

2. Airbus Group¹ ist eine in den Niederlanden eingetragene Gesellschaft, welche weder direkt noch indirekt von einer anderen Gesellschaft kontrolliert wird. Airbus Group ist weltweit in den Bereichen Luft- und Raumfahrt sowie Verteidigung tätig und besteht aus folgenden drei Geschäftseinheiten: Airbus (Herstellung von kommerziellen Flugzeugen), Airbus Helicopters (Herstellung von zivilen und militärischen Helikoptern) und Airbus Defence and Space, welche sich wiederum aus vier Geschäftsfeldern zusammensetzt, nämlich (i) Militärflugzeuge, (ii) Kommunikation, nachrichtendienstlicher Bereich und Sicherheit, (iii) Elektronik und (iv) Raumfahrtssysteme. Im Geschäftsfeld Raumfahrtssysteme ist Airbus Group in den folgenden vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Bereichen tätig: zivile Trägerraketensysteme, Satelliten und strategische sowie taktische Flugkörper. Airbus Group hat zwei indirekte Tochtergesellschaften mit Sitz in der Schweiz: Cassidian Schweiz GmbH mit Sitz in Muri bei Bern und weControl SA mit Sitz in Courtelary. Diese werden nicht an das JV übertragen.

3. Safran² mit Sitz in Paris, Frankreich, wird weder direkt noch indirekt von einer anderen Gesellschaft kontrolliert. Safran ist weltweit in drei Kerngeschäftsbereichen tätig, nämlich (i) Flugzeugausrüstung, (ii) Verteidigung und Sicherheit sowie (iii) Luft- und Raumfahrtantriebe. Vom Zusammenschlussvorhaben betroffen ist einzig der Bereich der Luft- und Raumfahrtantriebe. Safran entwickelt und produziert Flüssigkeits- und Festantriebssysteme für Trägerraketen sowie elektrische (Plasma-)Antriebssysteme für Satelliten. Zudem ist Safran im Bereich strategischer und taktischer Raketenantriebe tätig. Zwei indirekte Tochtergesellschaften von Safran haben ihren Sitz in der Schweiz: Colibrys (Schweiz) AG mit Sitz in Yverdon-les-Bains und Vectronix AG mit Hauptsitz in Heerbrugg. Diese werden nicht an das JV übertragen.

4. Airbus Group und Safran (nachfolgend auch gemeinsam: Parteien) werden zum Zweck der Bildung des neuen JV ihre jeweiligen Tätigkeiten in Design, Entwicklung, Produktion und Verkauf von Trägerraketen und Träger-raketensystemen, Bodeninfrastruktur, Antriebssystemen, Satelliten- und Raumfahrzeugantrieben oder verwandtem Trägerraketenzubehör, Ausrüstung und Produkten für zivile und militärischen Anwendungen sowie Verkauf und Vermarktung von zivilen Startdiensten und verwandten Dienstleistungen weltweit (nachfolgend: Trägerraketengeschäft) einbringen.

5. Der Zweck dieses Zusammenschlussvorhabens ist laut Parteien die Konsolidierung der komplementären Tätigkeiten der Parteien im Trägerraketengeschäft zu einer Einheit als Antwort der europäischen Industrie auf den globalen Wettbewerb und die hinsichtlich des Trägerraketengeschäfts knappen öffentlichen Haushaltsbudgets.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 8. Oktober 2014 auch der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) gemeldet.³ Die EU-Kommission genehmigte dieses am 26. November 2014 unter Auflagen. Die Parteien haben zwei Verpflichtungszusagen⁴ gegenüber der EU-Kommission abgegeben. Erstens verpflichteten sich die Parteien, die Aktivitäten im Bereich elektrischer Satellitenantriebe von Safran nicht an das JV zu übertragen. Zweitens haben sich die Parteien verpflichtet, einen Rahmenliefervertrag betreffend bestimmter Komponenten für Instrumente für Weltraumanwendungen, Satelliten und Wiedereintrittskörper mit ihrem zurzeit wichtigsten Kunden abzuschliessen und die Belieferung von Dritt-Hauptauftragnehmern mit diesen Komponenten durch das JV auf transparente und nicht-diskriminierende Weise zu gewährleisten. Sowohl die erste strukturelle wie auch die zweite verhaltensbezogene Verpflichtungszusage sind genereller Natur, weshalb diese auch möglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in der Schweiz Rechnung tragen.

¹ Airbus Group wurde am 11.7.2000 unter dem Namen **EADS** gegründet und am 1.7.2014 in Airbus Group umbenannt. Case No COMP/M.1745 (2000), **EADS**; RPW 2000/1, 66, *Aérospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas*.

² Safran wurde im Jahr 2005 durch den Zusammenschluss von Sagem SA und Snecma S.A. gegründet. Case No COMP/M.3621 (2004), *Sagem/Snecma*.

³ Case No COMP/M.7353 (2014), *Airbus/Safran/JV*.

⁴ Vgl. dazu Art. 6 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. L 24 vom 29.1.2004 S. 1; Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemassnahmen, ABl. C 267 vom 22.10.2008 S. 1.

7. Die Transaktion führt zur Kombination der Tätigkeiten von Airbus Group und Safran betreffend (i) Trägerraketen, (ii) Satellitenantriebssysteme, (iii) Antriebe für strategische und taktische Flugkörper⁵ und (iv) verschiedene Sektoren im Zusammenhang mit Raumfahrtaktivitäten und/oder militärischen Aktivitäten, einschliesslich die marginalen Tätigkeiten von Airbus Group betreffend Startdiensten. In Bezug auf die Schweiz wird Airbus Group Tätigkeiten betreffend *Trägerraketen- und Satellitenausrüstungsteile* (Metallflanschen für Ariane- und Atlas-Verkleidung, Verstärker im Zusammenhang mit der Verkleidung der Ariane-5-Trägerrakete, Antennenreflektoren für Kommunikationssatelliten) in das JV einbringen. Safran wird Tätigkeiten im Zusammenhang mit der *Herstellung eines Wirkstoffes* namens Fenoxycarb zur *Produktion von Pestiziden* in das JV einbringen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Aktivitäten des JV in der Schweiz

8. In Entscheidungen betreffend die Raumfahrtindustrie unterschied die EU-Kommission folgende Hauptsektoren: Raumfahrtinfrastruktur (hauptsächlich Raumstationen), Startdienste für Trägerraketen, Trägerraketen, Satelliten und Bodensysteme. In all diesen Sektoren ist gemäss EU-Kommission weiter zwischen der Ebene der Hauptauftragnehmer (prime contracting level) und der Ausrüstungsebene (equipment level) zu unterscheiden.⁶

9. *Trägerraketen* sind raketenantriebsbasierte Flugkörper, die dem Transport von Raumfahrtssystemen wie Satelliten oder Raumfahrtinfrastruktur in Umlaufbahnen dienen. Trägerraketen können gemäss Meldung bspw. Satelliten von über 10 Tonnen in verschiedene Umlaufbahnen von 160 km (low earth orbits, LEO) bis zu 36'000 km (geostationary transfer orbit, GTO) transportieren und werden deshalb in zwei Kategorien unterteilt: Trägerraketen mit GTO-Kapazität und Trägerraketen mit LEO-Kapazität. Trägerraketen bestehen aus Systemen (z.B. Stufen), Teilsystemen (z.B. Antriebssystem) und Ausrüstungen.⁷

10. Bisher gibt es keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich Trägerraketen. Die EU-Kommission hielt in Bezug auf nicht wesentliche Teilsysteme und Ausrüstungen in ihrer Entscheidung MMS/Dasa/Astrium fest, dass jedes im Rahmen von Ausschreibungsverfahren beschaffte Produkt zu einem relevanten Produktmarkt zu gehören scheint.⁸ In der Entscheidung Dassault Aviation/TSA/Thales zog die EU-Kommission in Betracht, dass jede Trägerraketenkomponente einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, liess diese Frage schlussendlich aber offen.⁹ In räumlicher Hinsicht grenzte die EU-Kommission die Märkte für Trägerraketensysteme, -teilsysteme und -ausrüstungen aufgrund des in der ESA-Konvention festgehaltenen „juste retour“-Prinzips, nach welchem Aufträge erteilt werden, europaweit ab.¹⁰ Vorliegend wird auf eine genaue sachliche und räumliche Marktabgrenzung betreffend Teilsysteme und Ausrüstungen für Trägerraketen, insbesondere Bestandteile von Verkleidungen, verzichtet. Unabhängig davon, wie die genauen sachlich und räumlich relevanten Märkte definiert werden, führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in der Schweiz, da in casu keine horizontalen Überschneidungen zwischen

den die Schweiz betreffenden Tätigkeiten, welche die Parteien in das JV einbringen, bestehen.

11. *Satelliten* sind hochkomplexe Raumflugkörper, die in einer Umlaufbahn Himmelskörper umkreisen und sich in vier Kategorien unterteilen lassen: Kommunikations-, Navigations-, Beobachtungs- und Forschungssatelliten.¹¹ Satelliten bestehen aus einer Plattform und einer Nutzlast, welche aus zahlreichen Teilsystemen bestehen, die wiederum aus verschiedenen Ausrüstungen mit unterschiedlichen Komponenten und Materialien zusammengesetzt sind.¹²

12. Bisher haben sich keine Entscheide der WEKO mit der Marktabgrenzung im Bereich Satelliten auseinandergesetzt. Die EU-Kommission grenzte in früheren Fällen aufgrund fehlender Nachfragesubstituierbarkeit eigene sachlich relevante Märkte für Satelliten-Teilsysteme und -ausrüstungen in Abhängigkeit der Funktionen ab, die diese erfüllen. Die EU-Kommission zog auch eine weitere Unterteilung der Produktmärkte für Satellitenteilsysteme und -ausrüstungen je nach Endkunde (kommerziell, institutionell, militärisch) in Betracht.¹³ Sie hielt fest, dass plattformbezogene Teilsysteme und Ausrüstungen über alle drei von ihr ausgewiesenen Satellitenmärkte generell identisch seien.¹⁴ Hinsichtlich Antennenreflektoren hielt die EU-Kommission fest, dass diese nach Grösse segmentiert werden können.¹⁵ In geographischer Hinsicht grenzte die EU-Kommission in früheren Entscheiden die Produktmärkte für Satellitenteilsysteme und -ausrüstungen gleich ab wie die Satellitenmärkte, d.h. europaweit für europabasierte, institutionelle (ESA-)Programme, national für nationale, institutionelle Programme sowie militärische Programme, soweit nationale Anbieter existieren, und

⁵ Als Hauptauftragnehmerin für Satelliten und taktische Flugkörper bleibt Airbus Group separat tätig.

⁶ Case No COMP/M.2437 (2001), Rz 12, *Nec/Toshiba*; Case No COMP/M.2438 (2001), Rz 9, *SES/Stork/Fokker Space*.

⁷ Case No COMP/M.1745 (2000), Rz 76, *EADS*.

⁸ Case No COMP/M.1636 (2000), Rz 122, *MMS/Dasa/Astrium*.

⁹ In dieser Entscheidung beurteilte die EU-Kommission den betreffenden Zusammenschluss auf Basis eines (weltweiten) Marktes für Systeme, Teilsysteme und Ausrüstungen für Trägerraketen. Case No COMP/M.5426 (2009), Rz 11, *Dassault Aviation/TSA/Thales*.

¹⁰ Case No COMP/M.5426 (2009), Rz 11, *Dassault Aviation/TSA/Thales*; Case No COMP/M.1636 (2000), Rz 121, 125, *MMS/Dasa/Astrium*; Case No COMP/M.1745 (2000), Rz 78, *EADS*.

¹¹ Case No COMP/M.1636 (2000), Rz 16, *MMS/Dasa/Astrium*; Case No COMP/M.1745 (2000), Rz 67 f., *EADS*.

¹² Case No COMP/M.4403 (2007), Rz 35, 42, *Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*; Case No COMP/M.3680 (2005), Rz 24, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*.

¹³ Case No COMP/M.5426 (2009), Rz 22, *Dassault Aviation/TSA/Thales*; Case No COMP/M.5168 (2008), Rz 25, *EADS/SSTL*; Case No COMP/M.4403 (2007), Rz 45 f., *Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*; Case No COMP/M.3680 (2005), Rz 26 ff., *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*.

¹⁴ Gemäss Praxis der EU-Kommission stellen kommerziell, militärisch und institutionell genutzte Satelliten unterschiedliche relevante Produktmärkte dar. Case No COMP/M.5426 (2009), Rz 21, *Dassault Aviation/TSA/Thales*; Case No COMP/M.4403 (2007), Rz 38 ff., 43, *Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*; Case No COMP/M.3680 (2005), Rz 15 ff., 25, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*.

¹⁵ Case No COMP/M.3680 (2005), Rz 32, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space&Telespazio*; Case No COMP/M.1745 (2000), Rz 73, *EADS*.

weltweit für kommerzielle Satelliten und institutionelle Programme ohne spezielle Vergaberegeln.¹⁶ An dieser Stelle wird aus oben genannten Gründen (vgl. oben, Rz 10) auf eine genaue sachliche und räumliche Marktabgrenzung betreffend Teilsysteme und Ausrüstungen für Satelliten, insbesondere Antennenreflektoren, verzichtet.

13. Bislang gibt es bezüglich der Produktion von *Wirkstoffen, die zur Herstellung von Pestiziden*¹⁷ verwendet werden, keine gefestigte Praxis der WEKO. In der Entscheidung VEBA AG/VIAG AG betrachtete die WEKO den Markt für Cyanurchlorid, welches für die Herstellung von Herbiziden verwendet wird, liess die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis offen. In räumlicher Hinsicht definierte die WEKO einen weltweiten Markt für Cyanurchlorid.¹⁸ Die EU-Kommission hielt fest, dass Wirkstoffe, welche die wichtigsten Rohstoffe für die Herstellung von Pflanzenschutzmitteln sind, im Allgemeinen nicht gegenseitig austauschbar sind, sondern eigene sachlich relevante Märkte bilden, da jeder Wirkstoff seine besonderen Eigenschaften hat und gegebenenfalls patentgeschützt ist. Sie ging in der Vergangenheit von einem europaweiten, wenn nicht sogar weltweiten Markt für Wirkstoffe aus.¹⁹ Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann hilfsweise von einem weltweiten Markt für Wirkstoffe zur Pestizidherstellung ausgegangen werden. Die genaue sachliche wie auch räumliche Marktabgrenzung kann jedoch aufgrund der marginalen Aktivitäten des JV im Bereich der Wirkstoffe zur Pestizidherstellung sowie der Tatsache, dass Airbus Group nicht in diesem Bereich tätig ist und somit keine Marktanteilsadditionen entstehen, offengelassen werden.

14. Im Bereich Ausrüstungen für Trägerraketen erzielte Airbus Group 2013 in der Schweiz einen Umsatz von ca. [...] mit Verkäufen von Metallflanschen für die Ariane- und Atlas-Verkleidung (an [...]). Mit Verkäufen von Verstärkern im Zusammenhang mit der Ariane-5-Trägerrakete (an [...]) generierte Airbus Group zudem einen Umsatz von [...]. Im Bereich der Satellitenausrüstung erzielte Airbus Group 2013 in der Schweiz einen Umsatz von ca. [...] mit Verkäufen von Antennenreflektoren. Safran erzielte 2013 in der Schweiz über die Tochtergesellschaft Herakles einen Umsatz von ca. [...] mit Verkäufen des Wirkstoffes Fenoxycarb zur Herstellung von Pestiziden für die Landwirtschaft an einen einzigen Schweizer Kunden ([...]).

15. Die von den Parteien in das JV eingebrachten Tätigkeiten sind sehr begrenzt. Entsprechend wird nur ein Bruchteil des Gesamtumsatzes des JV in der Schweiz realisiert werden. Die durch Airbus Group und Safran in das JV eingebrachten Tätigkeiten überschneiden sich in der Schweiz nicht. Folglich entstehen in der Schweiz durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen, wodurch sich die Marktstellungen in der Schweiz nicht ändern werden. Ergänzend ist festzuhalten, dass laut Parteien auch in der EU jegliche Überschneidungen diesbezüglich fehlen.

16. Laut Meldung übersteigen die Anteile von Airbus Group in den Märkten für kommerzielle Flugzeuge und Militärhelikopter sowie die Anteile von Safran in den Märkten für Triebwerke für Verkehrsflugzeuge sowie für Helikoptertriebwerke in einem hypothetischen geogra-

phischen Markt, der auf die Schweiz begrenzt ist, wahrscheinlich 30 %. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft diese Märkte nicht; das JV wird nicht in den erwähnten Märkten tätig sein. Gemäss Parteien weisen die erwähnten Märkte auch keinen Zusammenhang mit den relevanten Märkten, in denen das JV künftig tätig sein wird, auf. Die Parteien sind zudem der Ansicht, dass die erwähnten Märkte weiter als national abzugrenzen sind.²⁰ Basierend auf Ziff. IV der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission „Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen“ vom 15. März 2009 (Version 3 vom 19. September 2014) wurde vorliegend auf eine Beschreibung dieser Märkte verzichtet.

17. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in der Schweiz. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sind daher nicht gegeben.

¹⁶ Case No COMP/M.5426 (2009), Rz 25 ff., *Dassault Aviation/TSA/Thales*; Case No COMP/M.5168 (2008), Rz 27, *EADS/SSTL*.

¹⁷ Dazu gehören u.a. Herbizide, Insektizide und Fungizide. RPW 2008/2, 302 Rz 119, *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*; RPW 1999/3, 516 f., *Hoechst/Rhône-Poulenc*.

¹⁸ RPW 2000/2, 225 f., *VEBA AG/VIAG AG*.

¹⁹ Case No COMP/M.6141 (2011), *China National Agrochemical Corporation/Koor Industries/Makhteshim Agan Industries*; Case COMP/M.2547 (2002), Rz 919, *Bayer/Aventis Crop Science*.

²⁰ Vgl. dazu RPW 2000/1, 66, *Aérospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas*.

B 2.3	4. Mutuel/Supra
-------	------------------------

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Dezember 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Dezember 2014

1. Le 24 novembre 2014, la Commission de la concurrence (de suite COMCO) a reçu une notification annonçant que Groupe Mutuel avait l'intention d'acquérir le contrôle (en commun) de Supra-1846 SA.

2. Groupe Mutuel (de suite GM) comprend, sous une direction unique, différentes sociétés anonymes et fondations, qui sont principalement actives dans le domaine de l'assurance-maladie et accidents. En sus de l'assurance obligatoire des soins LAMal, GM offre d'autres prestations dans les domaines des assurances complémentaires, des assurances indemnités journalières, de l'assurance-accidents, de la prévoyance professionnelle et des assurances-vie. Toutes les sociétés apparaissent sur le marché sous la marque «Groupe Mutuel».

3. Cinq sociétés du groupe sont actives dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins, qui est concerné par le présent projet de concentration, en qualité de caisses-maladie au sens de l'art. 12 LAMal¹. Elles sont chacune détenues à 100 % par une fondation. Leurs affaires opérationnelles courantes sont gérées par l'association «Groupe Mutuel». Tous les collaborateurs et l'infrastructure du groupe sont réunis au sein de l'association. Elle a son siège à Martigny. Cette concentration de l'activité opérationnelle et des ressources au sein de l'association et l'utilisation uniforme de la marque «Groupe Mutuel» a pour effet que le groupe doit être considéré comme une unité du point de vue du droit des cartels.

4. Supra-1846 SA (de suite Supra) est aussi une caisse-maladie au sens de l'art. 12 LAMal et n'offre actuellement plus que l'assurance obligatoire des soins. Supra est active dans toute la Suisse. La majeure partie de son activité se situe cependant en Suisse romande. Supra est détenue entièrement par Supra Fondation, dont le but prévoit qu'elle peut prendre des participations dans des compagnies d'assurance actives dans le domaine des assurances de personnes. Par l'opération de concentration, GM cherche à étendre ses activités dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins. Supra, pour sa part, cherche à profiter des investissements, des ressources et des connaissances spécialisées de GM.

5. Le GM et Supra ont conclu le 6 octobre 2014 une Convention de gestion administrative (de suite Convention) qui prévoit que Supra Fondation et Supra [...]. La Convention est conclue pour une durée déterminée de

[...] ans et se prolongera ensuite de [...] si elle n'est pas résiliée. Elle prévoit qu'une partie des activités opérationnelles de Supra en tant qu'assureur-maladie seront transférées à GM et que GM [...].

6. Même s'il n'y a pas d'acquisition d'actions de la part de GM, eu égard aux éléments prévus par la Convention, il s'agit en l'espèce au moins d'un contrôle commun entre Supra et GM au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart.

7. Selon la pratique de la COMCO, il faut considérer l'assurance obligatoire des soins comme un marché séparé.² Les partenaires commerciaux des assureurs ne sont pas seulement les preneurs d'assurance, mais également les fournisseurs de prestations. Il y a cependant lieu de partir du principe que les parts de marché des assureurs vis-à-vis des fournisseurs de prestations ne sont pas essentiellement différentes de leurs parts de marché vis-à-vis des assurés. Pour cette raison, la COMCO a jusqu'à présent renoncé à examiner séparément la position des assureurs sur le marché vis-à-vis des fournisseurs de prestations.³ Il y a lieu de maintenir cette pratique en l'espèce. Le marché des produits et donc celui de l'assurance-maladie obligatoire.

8. D'un point de vue géographique, la COMCO a établi qu'il fallait, en matière d'assurance obligatoire des soins se baser sur les marchés cantonaux.⁴

9. Dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire plusieurs marchés cantonaux sont touchés par la concentration. Dans les cantons de Genève, Vaud et Valais, GM et Supra se distancient des concurrents les plus importants. Cependant, dans le cas de Genève et Valais, la situation était la même déjà avant la concentration (presque pas d'addition de parts de marché). De plus, dans ces cantons, les parts de marché sont restées plutôt stables au cours des dernières années. En ce qui concerne le canton de Vaud, les valeurs liées à l'index HHI⁵ sont plutôt importantes (2260 points après concentration et une augmentation de 246 points). Néanmoins, il est opportun de considérer que sur le marché pertinent il y a d'autres assureurs qui sont actifs au niveau national et qui peuvent assumer un rôle disciplinant aussi dans le domaine de l'assurance-maladie de base. De plus, eu égard à la situation de forte concentration dans le domaine hospitalier, un renforcement de la position d'un assureur-maladie paraît même souhaitable⁶ et ne se traduit pas automatiquement par l'augmentation de sa force de négociation. Ensuite, la

¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10).

² DPC 2008/2, 253 N 24, CSS/Intras; DPC 2005/2, 395, N 39 s., Helsana/La Suisse.

³ DPC 2008/2, 253 N 22, CSS/Intras; DPC 2005/2, 395 N 38 s., Helsana/La Suisse.

⁴ DPC 2008/2, 253 N 32, CSS/Intras; DPC 2005/2, 395 N 46 s., Helsana/La Suisse.

⁵ Hirschman-Herfindahl-Index, DPC 2008/2, 256 N 47 s., CSS/Intras.

⁶ DPC 2008/4, 544 N 121 ss., Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

possibilité d'un assureur-maladie d'intervenir sur les prix et les tarifs reste limitée au vu de la régulation étatique et de la liberté de choix de l'assureur-maladie par les assurés.

10. Par conséquent, il subsistera suffisamment de concurrence actuelle sur le marché pertinent du canton de Vaud, aussi après la concentration, de façon à ce qu'aucune position dominante de GM et Supra ne soit créée.

11. La concentration et la disparition d'assureurs-maladie dans le domaine de l'assurance-maladie de base se poursuit depuis plusieurs années⁷ et il n'y a pas eu des entrées sur le marché. Même si la concurrence potentielle est réduite, le résultat de l'analyse reste le même.

12. Pour ces raisons, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

⁷ DPC 2014/1, 153 N 19 ss., Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung.

B 2.3

5. Chiquita Brands International INC./Cutrale/Safra

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 18. Dezember 2014

1. En date du 2 décembre 2014, la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) a reçu la notification de l'acquisition du contrôle joint de Chiquita Brands International INC. (ci-après: Chiquita) par une entité et par une filiale que cette entité détient entièrement. Cette dernière entité appartient conjointement au groupe de sociétés Cutrale détenu par la famille Cutrale (ci-après: Cutrale) et au groupe de sociétés Safra détenu par Monsieur Joseph Safra (ci-après: Safra) (ensemble les parties).

2. Cutrale regroupe un certain nombre d'opérations d'affaires sur le plan mondial pour la famille Cutrale. Ces opérations concernent notamment la production et le traitement d'oranges pour la préparation de jus, la distribution en gros de jus d'orange, ainsi que la production et la distribution en gros d'oranges, citrons et mandarines. Cutrale est aussi active dans l'approvisionnement et le commerce de graines de soja.

3. En Suisse, Cutrale vend du jus d'orange aux consommateurs suisses. En outre, une entité suisse du groupe Cutrale est active dans le trading de graines de soja et de produits dérivés du jus d'orange; certaines contreparties se trouvent en Suisse et revendent ensuite les graines de soja et les produits dérivés du jus d'orange à des acheteurs à travers le monde. Cutrale ne vend pas de fruit frais en Suisse.

4. Safra constitue un réseau international de sociétés, d'affaires et d'opérations placé sous le contrôle de Monsieur Joseph Safra. Ce dernier est le bénéficiaire économique final de l'entité légale qui, conjointement avec l'entité de Cutrale, détient le véhicule d'acquisition concrétisant la conclusion de la convention de fusion en vue de l'acquisition de Chiquita.

5. L'activité centrale de Safra réside dans les services financiers, notamment comme banque commerciale et privée, par le conseil en investissement et la gestion d'actifs pour des clients privés et institutionnels. En Suisse, Safra est active dans les opérations de prêt, la gestion de fonds d'investissement, le courtage de titres, le financement du commerce international, la gestion d'actifs et les services de conseil, comme banque de correspondance, dans les opérations de trésorerie et les services de garde.

6. Chiquita est un importateur mondial et distributeur en gros de produits frais, en particulier de bananes. En

Suisse, l'activité principale de Chiquita consiste en l'importation et la distribution en gros de bananes. En outre, les activités de Chiquita en Suisse comprennent la distribution d'ananas, de melons et de citrons verts.

7. La transaction consiste en une offre d'achat recommandée (offre publique) par Cutrale et Safra, à travers une société qu'ils détiennent et contrôlent conjointement (Cavendish global Limited) et une filiale détenue entièrement par cette entité commune (Cavendish Acquisition Corporation). Elle vise à acquérir toutes les actions ordinaires en circulation de Chiquita. Elle va ainsi provoquer la prise de contrôle conjoint par Cutrale et Safra sur Chiquita.

8. Cutrale et Safra ont relevé avoir l'intention de favoriser le potentiel de développement de Chiquita par l'accès à l'expérience de Cutrale dans tous les aspects de la commercialisation de fruits et de jus de fruits, ainsi que par l'expertise dans le domaine financier de Safra.

9. En date du 22 novembre 2014, la Commission européenne a reçu la notification de la concentration Cutrale/Safra/Chiquita. Elle a décidé de renoncer à un examen approfondi de cette concentration en date du 16 décembre 2014.

10. Cette concentration doit être notifiée à la COMCO, car les chiffres d'affaires dépassent les seuils indiqués à l'art. 9 al. 1 et 3 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) et à l'art. 5 de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4), en dessus desquels la notification est obligatoire.

Marché des produits

Fruits

11. La COMCO n'a pas défini en détail le marché pertinent dans le secteur des fruits, en particulier celui des agrumes ou des bananes. Dans l'affaire fenaco/Steffen-Ris Holding AG, elle a examiné le commerce en gros des pommes et poires – désignées les fruits frais (Tafelobst) – et a défini le marché de l'approvisionnement des fruits frais et le marché de la vente des fruits frais.¹

12. En outre, les parties relèvent que, dans l'Union européenne, la Commission européenne a laissé la question de la définition exacte du marché pertinent ouverte et a adopté l'approche suivante en relation avec la distinction entre les fruits et les légumes:

- i. En raison de différences significatives dans les caractéristiques, le prix et l'utilisation, la Commission européenne a considéré que les fruits frais et

¹ Décision de la COMCO du 10 mars 2008, DPC 2008/2 p. 290, paragraphes 117 et 123, *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*.

les légumes frais appartenait à des marchés de produits différents.²

- ii. Pour les fruits frais et les légumes frais, la Commission européenne a considéré que des marchés séparés devaient être distingués selon le niveau de la chaîne de distribution, entre l'importation et la production d'un côté et la distribution en gros de l'autre.³ Dans le cadre de sa récente appréciation de Chiquita/Fyffes, elle n'a pas distingué entre l'import/la production et la distribution en gros (en lien avec les bananes), mais a analysé le marché plus général de l'import et de la fourniture de bananes aux détaillants et grossistes, c'est-à-dire un marché pour «l'import et la distribution».⁴

13. Concernant les fruits frais, la Commission européenne a récemment conclu que les bananes représentaient un marché de produit distinct de celui des autres fruits.⁵ Ainsi, dans Chiquita/Fyffes, la Commission européenne a analysé le marché total de l'importation et de la distribution de bananes aux détaillants et aux grossistes. Comme indiqué ci-dessus, elle n'a pas distingué entre l'import/la production d'une part et la vente en gros d'autre part.⁶

14. Les bananes semblent être le seul fruit frais qui ait été considéré par la Commission européenne comme appartenant à un marché de produits séparé.⁷ Dans l'affaire Chiquita/Fyffes, la Commission européenne a laissé ouverte la question de la définition du marché de produit en lien avec les ananas, puisque la transaction ne posait pas de problème de concurrence selon aucune des définitions potentielles du marché, y compris en cas de marché séparé pour les ananas uniquement.⁸

15. S'agissant du marché de la distribution en gros des fruits frais, la Commission européenne avait précédemment considéré que celui-ci comprenait tous les fruits frais parce que les consommateurs finaux avaient tendance à dépenser un montant fixe du budget du ménage pour les fruits frais en général, sans avoir une certaine catégorie de fruits en tête qu'ils voulaient absolument acheter, à l'exception des bananes achetées pour les enfants. La Commission européenne a plus récemment traité les bananes séparément.⁹

16. Selon les parties, qui suivent l'approche actuelle de la Commission européenne, il convient de distinguer le marché des fruits frais - qui comprend tous les fruits à l'exception des bananes, qui constituent un marché pertinent distinct -, du marché des légumes frais. Les parties ont aussi suivi l'approche de la Commission européenne dans l'affaire Chiquita/Fyffes consistant à traiter la production/l'importation et la distribution en gros ensemble en tant que « l'importation et la distribution ».

17. Ici, il sied de retenir l'approche sur les marchés pertinents suivie par les parties, qui est décrite ci-dessus. La délimitation exacte du marché, en particulier la question de savoir si le marché des fruits doit être davantage subdivisé suivant chacun des différents fruits ou suivant les différents groupes de fruits (comme par exemple les agrumes) peut être laissée ouverte. En effet, Cutrale n'est active en Suisse ni dans le commerce de gros des bananes, ni dans celui des fruits. La présente concentra-

tion n'implique ainsi pas de devoir additionner des parts de marché en Suisse.

Jus d'orange

18. S'agissant des marchés du jus d'orange, la COMCO a défini le marché pertinent dans le secteur des boissons. Dans l'affaire Nestlé SA/Sources Minérales Hennie SA, elle a défini un marché pertinent pour les jus de fruits, distinct des marchés des autres boissons comme les soft drinks.¹⁰ L'autorité a estimé en outre que la chaîne Horeca (hôtels, restaurants, etc.) devait être distinguée de la chaîne de distribution de détail.¹¹

19. Les parties prennent note que la Commission européenne a considéré en détail les marchés des jus d'orange dans l'affaire Votorantim/Fischer/JV.¹² La Commission européenne a estimé que le marché de la production et de la distribution de jus d'orange consistait en un marché séparé de celui de la production et distribution des autres jus de fruits. La Commission européenne est parvenue à une conclusion similaire en lien avec les jus de pommes, dans laquelle elle indique qu'elle considère les différents jus de fruits comme des marchés distincts.¹³

20. Les parties ont adopté l'approche de la Commission européenne qui définit un marché pour la production et la distribution de jus d'orange. Il convient ici de suivre cette même approche. Une délimitation précise du marché, notamment la question de savoir s'il faut retenir un marché pour les jus de fruits ou un marché pour les jus d'orange, peut être laissée ouverte. En effet, les activités des parties ne se recoupent pas à cet égard. Leurs parts de marché ne doivent dès lors pas être additionnées. Pour cette même raison, on renoncera à délimiter le marché du jus d'orange suivant les différents canaux de vente.

² Décision de la Commission européenne du 8 février 2008 dans l'affaire COMP/M.4896 - *CVC Capital Partners/Katopé International*, paragraphe 8; décision de la Commission européenne du 11 août 2008 dans l'affaire COMP/M. 5201 - *Total Produce/Haluco/JV*, paragraphe 15; décision de la Commission européenne du 11 août 2008 dans l'affaire COMP/M.5199 - *De Weide Blik/Atlanta*, paragraphe 9.

³ Décision de la Commission européenne du 27 avril 1999 dans l'affaire IV/M.1409 - *Fyffes/Capespan*; *CVC Capital Partners/Katopé International*, paragraphe 9; *Total Produce/Haluco/JV*, paragraphe 16; *De Weide Blik/Atlanta*, paragraphe 10.

⁴ Décision de la Commission européenne du 3 octobre 2014 dans l'affaire COMP/M.7220 - *Chiquita/Fyffes* (Cette décision n'a pas encore été publiée, mais une version, non intégrale, est en mains de la COMCO).

⁵ Décision de la Commission européenne du 3 octobre 2014 dans l'affaire COMP/M.7220 - *Chiquita/Fyffes* (Cette décision n'a pas encore été publiée, mais une version, non intégrale, est en mains de la COMCO).

⁶ *Chiquita/Fyffes*, paragraphe 106.

⁷ Voir paragraphes 367 à 371.

⁸ *Chiquita/Fyffes*, paragraphes 367 ss.

⁹ *Chiquita/Fyffes*, paragraphe 106.

¹⁰ Décision de la COMCO du 10 octobre 2007, DPC 2007/4, p. 526, paragraphes 22 et suivants.

¹¹ Décision de la COMCO du 10 octobre 2007, DPC 2007/4, p. 526, paragraphes 22 et suivants.

¹² Décision de la Commission européenne du 4 mai 2011 dans l'affaire COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, qui comprenait la fusion dans une joint-venture des filiales Citrovita et Citrosuco des parties.

¹³ Décision de la Commission européenne dans l'affaire COMP/M.6439, *Agrana/RWA/JV*.

Produits dérivés du jus d'orange

21. La COMCO n'a pas défini les marchés pertinents en lien avec le commerce des produits dérivés du jus d'orange.

22. Les parties considèrent que le marché a une dimension mondiale et devrait au moins se situer à l'échelle suisse. La définition du marché peut toutefois rester ouverte à cet égard, dans la mesure où le présent projet de concentration n'implique aucune addition des parts de marché dans ce secteur.

Négoce de graines de soja

23. La Commission de la concurrence n'a pas défini jusqu'ici les marchés pertinents en lien avec le négoce de graines de soja. Les parties proposent de définir un marché pertinent pour le négoce des graines de soja.

24. Cette question peut être laissée ouverte, dans la mesure où ni Chiquita ni Safra n'est active dans ce domaine, de sorte qu'aucune part de marché ne doit être additionnée.

Services financiers

25. Les marchés pertinents dans les services financiers ont été décrits dans la décision Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA.¹⁴

26. Il convient donc ici de s'y référer. Ceci dit, ni Cutrale ni Chiquita n'est active dans le secteur des services financiers, de sorte qu'aucune part de marché ne doit être additionnée.

Marché géographique

Fruits

27. Comme indiqué ci-dessus, la COMCO n'a pas défini en détail les marchés pertinents dans le secteur des fruits. Dans la décision fenaco/Steffen-Ris Holding AG, la COMCO a considéré, s'agissant du commerce de gros de fruits frais (pommes et poires), qu'il existait un marché national pour la vente de fruits frais. En effet, les commerces de détail se tournent avant tout vers les produits agricoles produits en Suisse en raison du régime d'importation. La COMCO a également retenu un marché national s'agissant du marché de l'approvisionnement.¹⁵

28. Dans ses précédentes décisions, bien qu'elle ait en définitive laissé la question ouverte, la Commission européenne a considéré que les marchés de la production/importation de fruits frais se situaient au moins à l'échelle nationale, et probablement à l'échelle de l'EEE.¹⁶

29. S'agissant des marchés de la distribution en gros de fruits frais, bien que la Commission européenne ait en définitive laissé la définition du marché géographique ouverte, elle a considéré que ces marchés étaient nationaux ou régionaux.¹⁷

30. S'agissant des bananes, la Commission européenne a considéré dans le cas Chiquita/Fyffes, que le marché pour l'import et la distribution de bananes ne se situait pas à l'échelle de l'EEE; la Commission a retenu une délimitation au niveau national.¹⁸

31. Les parties considèrent que les marchés pertinents se situent au moins à l'échelle nationale, mais la question de la définition du marché peut rester ouverte puisqu'aucun problème de concurrence n'apparaît quelle que soit la définition du marché.

Jus d'orange

32. S'agissant des marchés des jus d'orange, dans la décision Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA, la COMCO a considéré que le marché des jus de fruits était national.¹⁹

33. Dans l'affaire Votorantim/Fischer/JV, la Commission européenne a considéré que le marché de la production et de la distribution des jus d'orange était à l'échelle de l'EEE.²⁰

34. Les parties considèrent que le marché pertinent est au moins à l'échelle de la Suisse, mais la définition du marché peut rester ouverte puisqu'aucun problème de concurrence n'apparaît quelle que soit la définition du marché.

Commerce des produits dérivés du jus d'orange

35. La COMCO n'a pas défini les marchés pertinents en lien avec le commerce des produits dérivés du jus d'orange.

36. Les parties considèrent que le marché a une dimension mondiale et devrait au moins être à l'échelle suisse, mais la définition du marché peut rester ouverte puisqu'aucun problème de concurrence n'apparaît quelle que soit la définition du marché.

Négoce de graines de soja

37. La COMCO n'a pas défini les marchés pertinents en lien avec le négoce de graines de soja.

38. Les parties considèrent que le marché a une dimension mondiale et devrait au moins être à l'échelle suisse, mais la définition du marché peut rester ouverte, puisqu'aucun problème de concurrence n'apparaît quelle que soit la définition du marché.

Services financiers

39. Les parties ont renvoyé aux marchés pertinents dans les services financiers décrits dans la décision Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA.²¹

¹⁴ Décision de la COMCO du 26 janvier 2012, DPC 2012/1, p. 121, paragraphes 13 et suivants.

¹⁵ Décision de la COMCO du 10 mars 2008, DPC 2008/2, p. 290, paragraphe 152.

¹⁶ *Total Produce/Haluco/JV*, paragraphe 19; *De Weide Blik/Atlanta*, paragraphe 19.

¹⁷ *De Weide Blik/Atlanta*, paragraphes 19 et 21.

¹⁸ Décision de la Commission européenne du 3 octobre 2014 dans l'affaire M.7220 - *Chiquita/Fyffes*. Voir à ce sujet note de bas de page 4 ci-dessus.

¹⁹ Décision de la COMCO du 10 octobre 2007, DPC 2007/4, p. 530, paragraphe 54.

²⁰ *Votorantim/Fischer/JV*, paragraphe 140.

²¹ Décision de la COMCO du 26 janvier 2012, DPC 2012/1, p. 121, paragraphes 13 et suivants.

40. En l'espèce, il sied de se référer aux marchés pertinents définis dans la décision précitée. La question de la délimitation du marché pertinent peut cependant être laissée ouverte, dans la mesure où ni Cutrale, ni Chiquita n'est active dans le domaine des services financiers. Aucune part de marché ne trouve dès lors à s'additionner.

41. S'agissant de la position future des entreprises participantes sur les marchés affectés, les parties n'exercent pas leurs activités sur les mêmes marchés en Suisse. En conséquence, la transaction n'a pas pour effet de réduire la concurrence en Suisse.

42. Le seul cas où la part de marché d'une entreprise participante dépasse le seuil de 30 % pour la part de marché individuelle est celui de Chiquita qui détient [30-40] % des parts de marché sur le marché de l'importation et de la distribution de bananes en Suisse. Comme indiqué ci-dessus, Cutrale et Safra n'opèrent pas sur ce marché et ne sont donc pas dans une relation verticale avec Chiquita. En conséquence, la transaction ne conduit pas à une réduction de la concurrence en lien avec les parts de Chiquita sur le marché de l'importation et de la distribution de bananes en Suisse.

43. Selon les parties, leurs concurrents les plus importants sont en 2013 Agrofar (Max Havelaar / Fairtrade), qui détient une part de marché d'environ [35-45] % sur le marché suisse de l'importation et de la distribution de bananes, Dole, qui dispose d'une part de marché d'environ [0-10] % et Fyffes, qui bénéficie d'une part de marché d'environ [5-15] %.

44. Les parts de marché d'Agrofar et de Dole sont restées stables de 2011 à 2013. La part de marché de Fyffes en Suisse d'environ [0-10] % en 2011 et 2012 a augmenté de son côté à [5-15] % en 2013.²² [...].²³

45. Chiquita, qui dispose d'une part de marché de [30-40] %, se trouve être le deuxième acteur le plus important sur le marché de l'importation et de la distribution des bananes en Suisse, [...]. Toutefois, la part de marché de Chiquita précitée ne résulte pas du présent projet de concentration. En effet, ni Cutrale, ni Safra n'est active dans ce domaine. Aucune part de marché ne doit dès lors être additionnée dans ce cadre. Par conséquent, la concentration ne créera ou ne renforcera aucune position dominante.

46. Pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice selon lequel la concentration créera ou renforcera une position dominante.

47. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

²² Le Secrétariat ne dispose d'aucune information sur le développement de la part de marché de Chiquita ces dernières années.

²³ [...].

B 2.3

6. Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG

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 23. Juli 2014

A Sachverhalt

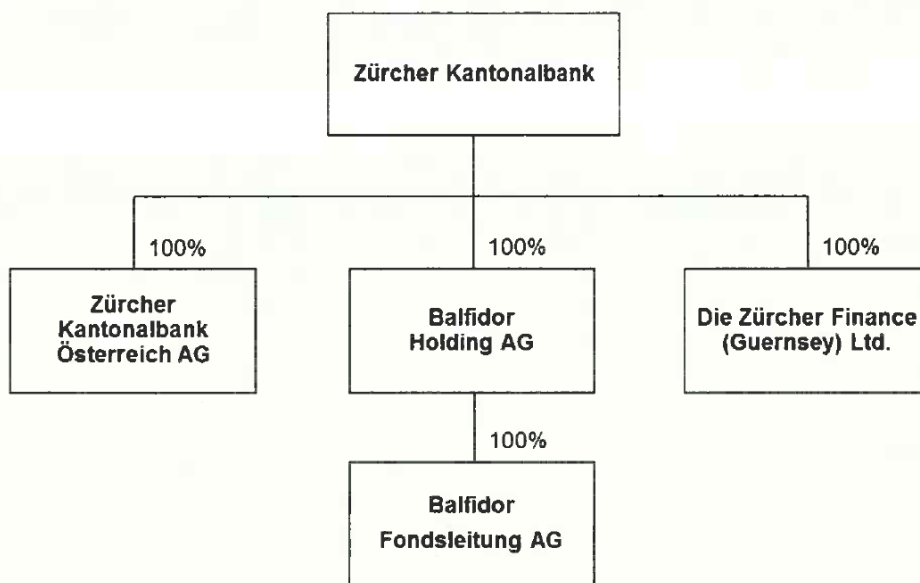
1. Am 09. Januar 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: „WEKO“) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Zürcher Kantonalbank 100 % des Aktienkapitals der Swisscanto Holding AG zu erwerben. Zudem beabsichtigt die Zürcher Kantonalbank [Nebenabrede].

2. Die Zürcher Kantonalbank (nachfolgend: „ZKB“) ist eine Universalbank mit regionaler Verankerung und na-

tionaler sowie internationaler Vernetzung. Zum Kerngeschäft der ZKB zählen das Hypothekengeschäft, das Finanzierungsgeschäft, das Anlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft, der Handel und der Kapitalmarkt sowie das Passiv-, Zahlungsverkehrs- und Kartengeschäft.

3. Die ZKB ist eine spezialgesetzliche Anstalt des kantonalen Zürcherischen Rechts (Gesetz vom 28. September 1998 über die Zürcher Kantonalbank [Kantonalbankgesetz; LSZH 951.1]). Der Kanton Zürich stellt der ZKB Dotationskapital zur Verfügung und gewährt eine Staatsgarantie. Der Leistungsauftrag der ZKB umfasst die Versorgung der Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen, die Unterstützung des Kantons bei Aufgaben in Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt sowie einen verantwortungsvollen Umgang mit Umwelt und Gesellschaft.

4. Folgende Gesellschaften sind mit der ZKB verbunden:

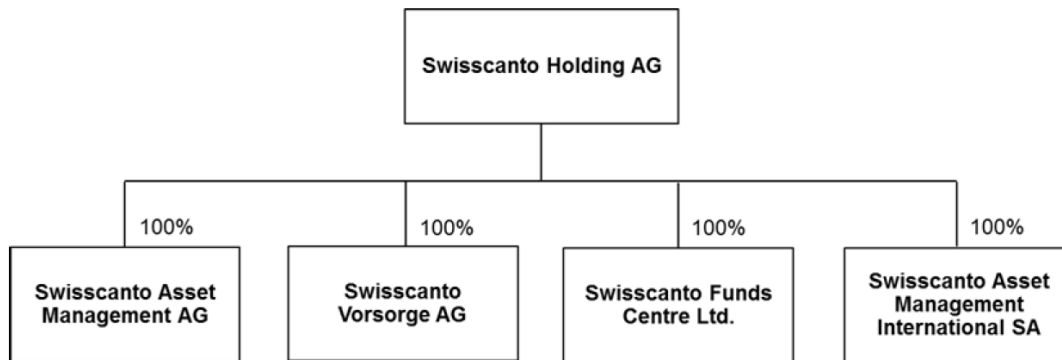


Quelle: Aufstellung des meldenden Unternehmens

- Die Zürcher Kantonalbank Österreich AG erbringt Anlage- und Vermögensverwaltungsdienstleistungen für private Anleger. Neben dem Hauptsitz in Salzburg unterhält sie eine Niederlassung in Wien und beschäftigt rund 70 Mitarbeitende. Sie untersteht der österreichischen Bank- und Bankaufsichtsgesetzgebung. Die Zürcher Kantonalbank Österreich AG gehört zu 100 % der ZKB.
- Balfidor Fondsleitung AG: Die ZKB vertreibt bei ihren Kunden die kollektiven Kapitalanlagen der Swisscanto, bietet ihren Kunden aber auch Fonds von Drittanbietern an und hat mit der Balfidor Fondsleitung AG eine eigene Fondsgesellschaft, deren kollektive Kapitalanlagen sie bei

ihren Kunden vertreibt. Die Balfidor Fondsleitung AG ist Fondsgesellschaft für die Fonds der ZKB und verfügt auch über die entsprechende Bewilligung gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivkapitalanlagengesetz, KAG; SR 951.31). Die Dienstleistungen, welche eine Fondsgesellschaft ausgliedern kann, sind an die ZKB ausgegliedert worden; so nimmt letztere insbesondere das Asset Management wahr und erbringt auch im Bereich Research Dienstleistungen zugunsten der Fondsleitung. Die Balfidor Fondsleitung AG gehört zu 100 % der Balfidor Holding AG.

- c. Balfidor Holding AG: Die Balfidor Holding AG, welche die Balfidor Fondsleitung AG hält, wurde vom Vorbesitzer der Balfidor-Gruppe im Jahr 2005 gekauft. Die Balfidor Holding AG hat innerhalb der ZKB keine eigenständige Bedeutung. Die Balfidor Holding AG gehört zu 100 % der ZKB.
- d. Die Zürcher Finance (Guernsey) Ltd. gehört zu 100 % der ZKB und emittiert strukturierte Anlageprodukte. Diese Tochtergesellschaft ist eine Gesellschaft im Sinne des Companies Law in Guernsey.
5. Die **Swisscanto Holding AG** (nachfolgend: „Swisscanto“) mit Sitz in Bern wurde 1993 von den heute 24 Kantonalbanken als „Gemeinschaftswerk“ gegründet. Diese brachten damals den grössten Teil ihres Fonds- und Vermögensverwaltungsgeschäfts in die Finanzholding ein mit dem Ziel, das Fondsgeschäft und das Asset Management aus einem Kompetenzzentrum heraus zu betreiben. Swisscanto befindet sich zu 100 % im Besitz der Schweizer Kantonalbanken.
6. Swisscanto hält folgende 100%-igen Beteiligungen:



Quelle: Aufstellung des meldenden Unternehmens

- a. Die Swisscanto Asset Management AG ist eine Fondsleitungsgesellschaft, die über eine entsprechende Bewilligung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Bst. a KAG verfügt. Sie verwaltet kollektive Kapitalanlagen, indem sie für diese einen grossen Teil der für den Geschäftsbetrieb notwendigen Dienstleistungen erbringt, wie insbesondere Asset Management und technische Verwaltung (einzelne Dienstleistungen werden allerdings von verschiedenen Kantonalbanken erbracht).
- b. Die Swisscanto Asset Management International SA, Luxemburg, (nachfolgend: „Swisscanto Luxemburg“) ist eine Fondsleitungsgesellschaft nach luxemburgischem Recht und verfügt über die dafür nach luxemburgischem Recht notwendigen Bewilligungen. Sie untersteht dementsprechend auch der Aufsicht der luxemburgischen Behörde (Commission de Surveillance du Secteur Financier [CSSF]). Sie kann ihre Fonds im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum vertreiben („EU-Pass“). Zur Abstützung des Vertriebes verfügt sie über eine Niederlassung in Frankfurt, die vor Ort Vertriebspartner und institutionelle Kunden betreut.
- c. Swisscanto Funds Centre Ltd., London (nachfolgend: „Swisscanto London“) ist im Wertschriften- und Fondshandel tätig und verfügt über die dafür notwendigen Bewilligungen nach UK-Recht. Die Swisscanto London untersteht der Aufsicht der Financial Conduct Authority (FCA). Sie erbringt Wertpapierhandelsdienstleistungen für die Swisscanto-Fonds in London und handelt für die Kantonalbanken Anteile von Drittfonds (derartige Dienstleistungen werden zum Teil aber auch von Dritten erbracht). Überdies betreut sie auch institutionelle Kunden und Vertriebspartner der Swisscanto Luxemburg in London.
- d. Die Swisscanto Vorsorge AG berät und verwaltet Personalvorsorgeeinrichtungen, wie insbesondere Sammelstiftungen und Freizügigkeitsstiftungen. Sie berät auch Pensionskassen bezüglich Anlagen, technischer Verwaltung, rechtlicher Angelegenheiten sowie Compliance und verfügt auch über Pensionskassenexperten, welche bei Pensionskassen die Expertenfunktion wahrnehmen.
7. Nicht Teil des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bilden die paritätisch zusammengesetzten Stiftungen der beruflichen Vorsorge, die „Swisscanto“ in ihrer Firma tragen: die Swisscanto Flex Sammelstiftung der Kantonalbanken mit Sitz in Zürich, die Swisscanto Anlagestiftung mit Sitz in Zürich und die Swisscanto Anlagestiftung Avant mit Sitz in Zürich. Sie sind Kunden der Swisscanto Asset Management AG und investieren in deren Produkte. Selbst wenn die drei Stiftungen als Teil der Swisscanto-Gruppe betrachtet würden, änderte sich dadurch nichts an der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens.
8. Daneben tragen drei weitere Stiftungen „Swisscanto“ in ihrer Firma, werden aber nicht durch die Swisscanto-Gruppe beraten bzw. administriert und haben auch sonst keine Verbindung zu der Swisscanto-Gruppe: die Swisscanto Sammelstiftung der Kantonalbanken mit Sitz in Basel, die Swisscanto Supra Sammelstiftung der Kantonalbanken mit Sitz in Basel und die Swisscanto Freizügigkeitsstiftung der Kantonalbanken mit Sitz in Basel. Auch sie bilden nicht Teil des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. 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

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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, als Unternehmenszusammenschluss.

12. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteili-

gungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

13. Vorliegend ist der Zusammenschluss als Kauf sämtlicher Anteile an Swisscanto durch die ZKB im „Aktienkaufvertrag“ ausgestaltet. Damit übernimmt die ZKB neu die alleinige Kontrolle über Swisscanto.

B.2 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je CHF 100 Millionen erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall die ZKB und Swisscanto.

16. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Bruttoertragsschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b i.V.m. Abs. 3 KG in casu erreicht sind. Somit ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

	Weltweite Bruttoerträge [CHF]	Bruttoerträge in der Schweiz [CHF]
ZKB	[...]	> 100 Mio.
Swisscanto	[...]	> 100 Mio.
Kumuliert	> 2'000 Mio.	> 500 Mio.

Quelle: Angabe des meldenden Unternehmens

B.3 Zuständigkeit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA

17. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA wurde am 09. Januar 2015 über das vorliegende Zusammenschlussvorhaben informiert. Sie hat jedoch keine Prüfungscompetenz aus Gründen des Gläubigerschutzes geltend gemacht (Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU). Somit ist die WEKO für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

18. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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).

19. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind

zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

20. 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).

21. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben steht die Verwaltung von Anlagefonds im Vordergrund. In der bisherigen Praxis hat die WEKO den Markt für **Asset Management für institutionelle Kunden (insb. Pensionskassen)**¹ und als Teil davon den Markt für **Fonds**

¹ RPW 1997/4, 527 f. Rz 13, *Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen*.

und fondsähnliche Produkte² beschrieben, die definitive Markt-Abgrenzung jedoch aufgrund der Unbedenklichkeit jeweils offen gelassen.

22. Asset Management bezeichnet dabei primär die Verwaltung von Vermögensteilen und damit verbundene Beratungsdienstleistungen, wobei gemäss der Praxis der WEKO im Bereich des Asset Management für Pensionskassen die Anlagemöglichkeiten durch die Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) stark eingeschränkt sind.³

23. Gemäss der Praxis kann von der Vermögensverwaltung für den einzelnen Kunden („klassische“ Vermögensverwaltung) die Vermögensverwaltung für ein Kollektiv (Fonds und fondsähnliche Produkte) unterschieden werden.⁴ Die Praxis begründet dies damit, dass die Fondsleitung nicht in direktem Kontakt mit den Anlegern steht und auch die Anlagestrategie eigenständig bestimmt. Bei Anlagefonds ist die Dienstleistung der Verwaltung somit nicht unabhängig vom Fondsprodukt. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Verwaltung um eine an das Produkt des Anlagefonds angeknüpfte Dienstleistung handelt.⁵

24. Die definitive Markt-Abgrenzung kann im vorliegenden Fall erneut offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei engst möglicher Markt-Abgrenzung, d.h. bei einem Markt für Asset Management für institutionelle Kunden (insb. Pensionskassen) und einem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte, zu keinen betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt und das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich ist.

25. Das meldende Unternehmen hält es für denkbar, dass ein Markt für **Dienstleistungen mittels Experte der beruflichen Vorsorge** gemäss dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) abgegrenzt werden könnte. Der Experte der beruflichen Vorsorge überwacht gemäss Art. 52e BVG die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge durch die Pensionskassen. Es ist denkbar, dass die Dienstleistungen des Experten der beruflichen Vorsorge einen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Dies kann jedoch vorliegend offengelassen werden, da selbst die Annahme eines solchen Marktes zu keinem betroffenen Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt.

26. Auf den Märkten des **Retail Bankings** (inkl. Untermärkten), der **Financial Services** (inkl. Untermärkten) und des **Corporate Banking** ist einzig die ZKB tätig. Da diese Märkte keine betroffenen Märkte darstellen, kann auf die bisherige Praxis der WEKO zu diesen Märkten verwiesen werden.⁶

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

27. 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).

28. Die räumliche Markt-Abgrenzung kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offen

gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Markt-Abgrenzung kein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.2 Betroffene Märkte

29. 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.

30. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Marktanteile auf dem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte:

² RPW 2006/4, 679 ff. Rz 32 ff., GE/CSFBPE/GIMP; RPW 2002/3, 498 Rz 10, Zürcher Kantonalbank/BZ-Visionen; RPW 2007/4, 546 Rz 20, Barclays/ABN AMRO; RPW 2008/1, 127 Rz 36, Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC.

³ RPW 1997/4, 526 f. Rz 13, Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen.

⁴ RPW 2008/1, 127 Rz 36, Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC.

⁵ RPW 2006/4, 680 f. Rz 38, GE/CSFBPE/GIMP.

⁶ RPW 2008/1, 118 Rz 13, Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG; RPW 2003/3, 551 Rz 12, Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG; RPW 2003/2, 378 Rz 11, Crédit Agricole/Crédit Lyonnais; RPW 2002/4, 609 f. Rz 17 ff., Valiant Holding IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG; RPW 1997/4, 526 f. Rz 13, Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen; RPW 2001/3, 528 f. Rz 13 f., Allianz AG/Dresdner Bank AG; RPW 2012/1, 122 Rz 15 ff., Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA.; RPW 2009/1, 92 Rz 25, Aabar Investmetns PJSC/AIG Private Bank Ltd.; RPW 2008/2, 285 Rz 17 ff. BSI SA/Banco del Gottardo; RPW 2007/4, 546 Rz 20 ff., Barclays/ABN AMRO.

Top 10 Anbieter am schweizerischen Fondsmarkt (Beträge in Mio. CHF bzw. %)

Anbieter	Volumen Oktober 2014	Volumen November 2014	Marktanteil November 2014
UBS	213'885	216'941	25.43
Credit Suisse	124'420	125'864	14.75
Pictet	47'855	48'051	5.63
Swisscanto	43'220	43'470	5.10
BlackRock	39'136	39'998	4.69
Zürcher Kantonalbank	37'294	38'463	4.51
Swiss & Global Asset Management	29'287	28'976	3.40
Lombard Odier	19'256	19'238	2.26
JPMorgan	12'953	13'249	1.55
Vontobel	12'595	12'798	1.50

Quelle: Fondsmarktstatistik der Swiss Funds & Asset Management Association

31. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen liegt bei 9.61 %. Der Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte ist kein betroffener Markt.

32. Auf dem Markt für **Asset Management für institutionelle Kunden (insb. Pensionskassen)** ist ausschliesslich die ZKB tätig und der Marktanteil ist gering ([< 5 %]). Die Swisscanto Anlagestiftung und die Swisscanto Anlagestiftung Avant sind auf dem Markt tätig jedoch sind diese Stiftungen, wie oben (Rz 7) ausgeführt, nicht Teil des Zusammenschlussvorhabens und selbst bei einer anderen Beurteilung läge kein betroffener Markt vor.

33. Der Markt für **Dienstleistungen mittels Experte der beruflichen Vorsorge** ist personengebunden, d.h., je grösser die Anzahl Experten der beruflichen Vorsorge eines Unternehmens ist, umso besser ist ihre Marktposition. Der Marktanteil kann daher nach der Anzahl Experten eines Unternehmens im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Experten der beruflichen Vorsorge berechnet werden. Im Jahr 2014 waren in der Schweiz 158 Experten der beruflichen Vorsorge tätig, davon 15 Personen bei der Swisscanto Vorsorge AG. Die Swisscanto Vorsorge AG hat folglich einen Marktanteil von 9.94 % (15 von 158 Experten). Es liegt kein betroffener Markt vor.

34. Auf den Märkten des **Retail Bankings** (inkl. Untermärkten), der **Financial Services** (inkl. Untermärkten) und des **Corporate Banking** ist einzig die ZKB tätig.

35. Aus folgenden Gründen hat der Zusammenschluss keine Auswirkungen auf diese Märkte:

36. Swisscanto ist in keinem im Verhältnis zu den Märkten Retail Banking, Corporate Banking sowie Financial Services (und den entsprechenden Untermärkten) vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig. Weder plant Swisscanto in diese Märkte einzutreten, noch hat sie eine entsprechende Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt. Swisscanto verfügt über keine geistige Eigentumsrechte auf den Märkten Retail Banking, Corporate Banking sowie Financial Services (und den entsprechenden Un-

termärkten). Swisscanto ist auf den genannten Märkten weder sachlich, noch räumlich tätig.

37. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf diesen Märkten nicht zu einer Marktanteilsaddition und ändert an den Wettbewerbsverhältnissen nichts. Es kann daher letztlich auch offen bleiben, ob die ZKB in einem dieser Märkte über einen Marktanteil von mehr als 30 % verfügt.

B.4.3 Ergebnis

38. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

39. 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.

C Nebenabrede

40. Nebenabreden werden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle beurteilt, falls sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar zusammenhängen und in diesem Zusammenhang notwendig, d.h. verhältnismässig, sind. Die Beurteilung solcher Nebenabreden fällt abschliessend unter Art. 9 und 10 KG. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen, 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.⁷

⁷ RPW 2014/1, 301 Rz 55, Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG; vgl. auch RPW 2012/1, 115 Rz 29 m.w.V., Tamedia/Bilan/Tribune des Arts.

41. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung⁸ gerichtet.⁹

42. 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, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.¹⁰

43. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Nebenabrede der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlichen ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.¹¹ 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 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.¹²

44. Bezüglich Nebenabreden gilt, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen.¹³ Die Zusammenschlussparteien verstehen gemäss Meldung folgende Vereinbarungen als Nebenabreden, welche sie als notwendige Geschäfts- und Vertrauensgrundlagen für die Zusammenarbeit betrachten.

45. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben hat das meldende Unternehmen [...] als Nebenabrede zur Prüfung vorgelegt:

46. [...].

47. [...].

48. Aufgrund der begrenzten Zeitdauer und der Notwendigkeit, um den wirtschaftlichen Erfolg der Transaktion zu sichern, ist die vorliegende Nebenabrede wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

⁸ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 056/3 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend EU-Bekanntmachung).

⁹ RPW 2014/1, 301 Rz 56, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

¹⁰ RPW 2014/1, 301 Rz 57, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG; EU-Bekanntmachung* (Fn 8), Rz 12.

¹¹ EU-Bekanntmachung (Fn 8), Rz 13.

¹² RPW 2014/1, 301 Rz 58, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

¹³ Meldeformular, Ziff. 7 (abrufbar unter ><http://www.weko.admin.ch/dienstleistungen/00106/index.html?lang=de><).

B 2.3

7. Valora Holding AG/LS Distribution Suisse 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

Entscheid der Wettbewerbskommission vom 4. Februar 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Februar 2015

A Sachverhalt

1. Am 8. Januar 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Valora Holding AG (nachfolgend: Valora), mittels Kauf von 100 % der Aktien der LS Distribution SA (nachfolgend: LSDS) die Kontrolle über diese Gesellschaft zu erwerben. Veräusserinnen sind die Lagardère Services Distribution SAS (nachfolgend: Lagardère) und die Tamedia Publications romandes SA (nachfolgend: Tamedia).

2. Die **Valora** ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Muttenz. Sie ist die Konzernobergesellschaft der Valora-Gruppe, welche über drei Divisionen verfügt:

- Mit der Division «Valora Retail» betreibt Valora in der Schweiz, Deutschland, Österreich und Luxemburg Kioske und Convenience-Formate auf Einzelhandelsstufe. In der Schweiz tritt diese Division mit den Formaten «k kiosk», «avec.», «Press & Books» und «Spettacolo» auf. Das Kerngeschäft der «Valora Retail» besteht aus dem Verkauf von Presseprodukten, Esswaren und anderen Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs an Konsumenten. In der Schweiz ist «Valora Retail» hauptsächlich in der Deutschschweiz und dem Tessin sowie – in geringem Umfang – in der Romandie tätig. Die punktuelle Tätigkeit der Valora in der Romandie betrifft vornehmlich ihr Format «avec.».
- Die Division «Ditsch/Brezelkönig» ist in Deutschland und der Schweiz im Bereich des Verkaufs von Laugengebäcken tätig. In der Schweiz tritt diese Division unter der Marke «Brezelkönig» auf.
- Mit der Division «Valora Trade» ist Valora in der Schweiz und anderen europäischen Ländern als Entwickler von massgeschneiderten Vertriebs- und Marketinglösungen tätig. In der Regel ist Valora exklusiver Distributionspartner für den Vertrieb von Markenartikeln in den Kategorien Food, Non-Food, Süsswaren, Snacks, Getränke und Kosmetik an den Einzelhandel. Der Vertrieb umfasst insbesondere die Marktbearbeitung und Marktentwicklung. Das klassische Grosshandels-

geschäft für Dritte hat Valora im Jahr 2013 an Lekkerland verkauft.

- «Valora Services», die frühere vierte Division von Valora, die hauptsächlich im Pressegrosshandel tätig war, wurde im Jahr 2014 an Thomas Kirschner verkauft und anschliessend in 7Days Media Services AG (nachfolgend: 7Days Media Services) umfirmiert.¹ Seither ist Valora nicht mehr im Pressegrosshandel tätig.
3. Die **LSDS** ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Corminboeuf. Die Geschäftstätigkeit der LSDS erfolgt hauptsächlich über ihre Tochtergesellschaft Naville SA (nachfolgend: Naville). Naville ist insbesondere in der Romandie und – in geringem Umfang – entlang der Sprachgrenze zur Deutschschweiz tätig. Sie verfügt über vier Geschäftsbereiche:
- «Naville Presse» ist als Pressegrossistin in der Romandie tätig.
 - «Naville Détail» betreibt Kioske und Convenience-Formate auf Einzelhandelsstufe unter den Marken «Naville», «Relay», «Hub» und «Hubiz». Darüber hinaus betreibt «Naville Détail» mit den Formaten «Naville Café Presse», «News Café» und «Subway» einzelne Verkaufspunkte in der Romandie, die zumindest teilweise dem Bereich der Schnellverpflegungsgastronomie zugerechnet werden könnten.
 - «Naville Service» ist in der Romandie in der Belieferung von Convenience-Shops mit einer breiten Palette von Produkten im Bereich Esswaren, Tabak und anderen Gütern des täglichen Bedarfs tätig.
 - In geringem Umfang ist Naville zudem über «Naville Livre» mit Verrechnungsdienstleistungen für die OLF SA (nachfolgend: OLF) tätig. Daneben ist LSDS über ihre Tochtergesellschaft Presse-Import SA (nachfolgend: Presse-Import) im Bereich des Imports französischer Presseprodukte und über ihre Tochtergesellschaft Dynapresse Marketing SA (nachfolgend: Dynapresse) mit Dienstleistungen im Bereich von Presseabonnements tätig.
4. Da LSDS ähnlich gelagerte Kiosk- und Convenience-Formate betreibt wie Valora, stellt die geplante Übernahme für Valora laut eigenen Angaben eine interessante Gelegenheit dar, ihr Portfolio in der Romandie zu erweitern. Mit dem Zusammenschluss würden sich bedeutende langfristige Synergieeffekte in den Bereichen Einkauf, Promotionen, Belieferung und zentralen Funktionen ergeben.

¹ RPW 2014/2, 430, Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG.

5. Das Zusammenschlussvorhaben unterliegt in keinem anderen Land einer fusionskontrollrechtlichen Meldepflicht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. 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

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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, als Unternehmenszusammenschluss.

9. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

10. Die Aktien der LSDS gehören vor der Transaktion zu 65 % der Lagardère und zu 35 % der Tamedia. Valora erwirbt im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens über ihre Tochtergesellschaft Valora

Schweiz AG 100 % der Aktien der LSDS und erlangt dadurch die alleinige Kontrolle über die Zielgesellschaft LSDS. Bei der Übernahme von LSDS durch Valora handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU.

11. Der Aktienkaufvertrag vom 9. November 2014 zwischen Lagardère und der Tamedia als Verkäuferinnen und der Valora Schweiz AG als Käuferin (nachfolgend: Aktienkaufvertrag) beinhaltet die folgenden beiden Nebenabreden (vgl. hierzu unten, Rz 117 ff.):

- Gemäss Art. 11 (b) Aktienkaufvertrag verpflichten sich die Verkäuferinnen, die Tätigkeit der LSDS in der Schweiz während [...] nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nicht zu konkurrenzieren. [...].
- Lagardère und Valora Schweiz AG haben im License Agreement vereinbart, dass Valora Schweiz AG [...].

B.2 Meldepflicht

12. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

13. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall Valora und LSDS.

14. Tabelle 1 zeigt auf, dass die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu erreicht sind. Somit ist der vorliegende Zusammenschluss meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr Jahr 2013 (in Mio. CHF)

	Weltweiter Umsatz	Schweizweiter Umsatz
Valora	2'859	1'581
LSDS	[...]	[...]
Kumuliert	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

15. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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).

16. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen

Überlappende Tätigkeiten

17. Die Haupttätigkeiten von Valora und LSDS sind dem Bereich Kiosk/Convenience-Shops zuzuordnen. Bei den von den Parteien betriebenen Formaten «kiosk», «Press & Books» und «avec.» (Valora) sowie «Naville», «Relay», «Hub» und «Hubiz» (LSDS) handelt es sich um kleinflächige Kioske und Convenience-Shops an hochfrequentierten Lagen. Die unterschiedlichen Formate verbindet ein identisches Kernsortiment, bestehend aus Tabak, Food und Presse, das entsprechend den Kundenbedürfnissen modular ergänzt werden kann. So verfügt das Format «Press & Books» beispielsweise über ein vergleichsweise breites Angebot an Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, während das Kernsortiment beim Format «avec.» vor allem um Lebensmittel ergänzt wird.

18. Ausserhalb des Kernsortiments bieten die Parteien in ihren Kiosken und Convenience-Shops auch Dienstleistungen an. Dazu gehören namentlich Bargeldüberweisungen und «pick-up|drop-off»-Dienstleistungen (nachfolgend: PUDO-Dienstleistungen) für Versandhäuser und Onlinehändler. Mit diesen Dienstleistungen stehen die Parteien auch im Wettbewerb zu Unternehmen, die nicht im Bereich Kiosk/Convenience-Shops tätig sind (z. B. zur Schweizerischen Post). Es ist nicht auszuschliessen, dass diese Tätigkeiten nicht dem Bereich Kiosk/Convenience-Shops zuzurechnen sind, sondern als separate Märkte abgegrenzt werden müssen. Auf die Abgrenzung solcher (hypothetischer) Märkte wird vorliegend aus folgenden Gründen verzichtet:

- Bargeldüberweisungen: Valora ist in der Schweiz im Bereich der Bargeldüberweisungen als Vertriebspartnerin von MoneyGram tätig, LSDS als Vertriebspartnerin von Western Union. Weder Valora noch LSDS verfügen über ein Alleinvertriebsrecht gegenüber MoneyGram bzw. Western Union. Die Parteien haben plausibel dargelegt, dass der gemeinsame Marktanteil im Bereich Bargeldüberweisungen unabhängig von der genauen Marktabgrenzung deutlich unter der Schwelle von 20 % liegt und somit kein vom Zusammenschluss betroffener Markt gegeben ist.
- PUDO-Dienstleistungen: Mit PUDO-Dienstleistungen offerieren die Zusammenschlussparteien den Kunden von Versandhäusern und Onlinehändlern die Möglichkeit, bestellte Ware über ausgewählte Verkaufsstellen von Valora bzw. LSDS zu beziehen («Pick-up») und bei Bedarf auch über diese Verkaufsstellen an den Versand- resp. Online-Händler zu retournieren («Drop-off»). Laut eigenen Angaben stehen die Zusammenschlussparteien im Bereich PUDO im Wettbewerb zu gros-

sen nationalen und internationalen Logistikunternehmen wie der Schweizerischen Post oder der DHL/Deutsche Post. Da die Parteien im Jahr 2013 mit PUDO-Dienstleistungen lediglich einen kumulierten Umsatz von [...] erwirtschaftet haben, ist davon auszugehen, dass der gemeinsame Marktanteil unabhängig von der genauen Marktabgrenzung deutlich unter 20 % liegen dürfte und somit kein betroffener Markt vorliegt.

19. Mit den Valora-Formaten «Spettacolo» und «Brezelkönig» sowie den LSDS-Formaten «Naville Café Presse», «News Café» und «Subway» sind die Zusammenschlussparteien zudem im Bereich Schnellverpflegungsgastronomie tätig. Weitere überlappende Tätigkeiten weisen die Parteien im Grosshandel von Konsumgütern auf.

Nicht überlappende Tätigkeiten

20. LSDS ist in den folgenden Bereichen tätig, in denen Valora nicht tätig ist:² Pressegrosshandel, Vermittlung von Presseabonnements und Verrechnungsdienstleistungen für Bücher. Auf nähere Ausführungen zu den letzten beiden Bereichen wird aus folgenden Gründen verzichtet:

- Vermittlung von Presseabonnements: Die LSDS-Tochter Dynapresse bietet potenziellen Lesern im Auftrag von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen Presseabonnements an und unterstützt die Verlage bei der Gewinnung von Abonnenten. Laut Angaben der Parteien steht Dynapresse im Wettbewerb mit zahlreichen anderen unabhängigen Vermittlern von Presseabonnements. Zudem kann ein Presseabonnement immer auch direkt beim jeweiligen Verlag abgeschlossen werden. Basierend auf Angaben der Parteien kann davon ausgegangen werden, dass der Marktanteil von Dynapresse deutlich unter 30 % liegt und deshalb kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegt.
- Verrechnungsdienstleistungen: Über den Geschäftsbereich «Naville Livre» erbringt LSDS Verrechnungsdienstleistungen für OLF. OLF ist im Bereich des Vertriebs von Büchern tätig und gehörte bis 2012 ebenfalls zu LSDS. Die Verrechnungsdienstleistungen von «Naville Livre» werden in Zusammenhang mit Büchern erbracht, die «Naville Presse» zusammen mit Presseprodukten im Auftrag von OLF an unabhängige Kioske liefert und für OLF abrechnet. Die Parteien haben plausibel dargelegt, dass der Marktanteil von «Naville Livre» unabhängig von der Marktdefinition unter 30 % liegt und das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.1.2 Sachlich relevante Märkte

21. 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).

² Laut Angaben der Parteien ist Valora in keinen Bereichen tätig, in denen LSDS nicht tätig ist.

B.3.1.1.1 Absatzmärkte

Markt für Convenience-Shops

22. Die WEKO ging in der Vergangenheit von einem eigenständigen sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops³ aus, wobei sie die Fragen offen liess, ob der Markt entsprechend den Eigenschaften der Standorte und den angesprochenen Konsumenten weiter zu unterteilen ist, und ob Convenience-Shops aufgrund einer asymmetrischen Substituierbarkeit zwischen Convenience-Shops und Supermärkten dem sachlich relevanten Markt des Lebensmittel-detailhandels zuzurechnen sind.⁴ Diese Fragen können vorliegend ebenfalls offengelassen werden, da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht tangiert wird.

Markt für Kioske (inkl. Convenience-Shops)

23. Kioske bieten als kleinflächige, bediente Verkaufsstellen an Standorten mit guter Kundenfrequenz ein Sortiment bestehend aus Presse, Tabak, Süswaren, Snacks und Getränke an. Für den Einkauf in einem Kiosk sind der Standort und die Schnelligkeit des Einkaufs entscheidende Faktoren. Im Vergleich zum traditionellen Handel haben Kioske längere Öffnungszeiten und ein höheres Preisniveau.⁵

24. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Kioske einen eigenständigen Produktmarkt darstellen oder dem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops zuzurechnen sind. Die WEKO hat sich bis anhin nicht zu dieser Frage geäussert. Im Entscheid *Bahnhofkioske* hielt die WEKO fest, dass Kioske in Bahnhöfen und ausserhalb von Bahnhöfen demselben sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind.⁶

25. Die Frage, ob Convenience-Shops zum Markt für Kioske gehören, kann vorliegend nicht offengelassen werden, weil das Zusammenschlussvorhaben auf einem hypothetischen Markt für Kioske (exkl. Convenience-Shops) Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gibt, wie unten der Vollständigkeit halber dargelegt wird (vgl. Rz 87 ff.).

26. Die Parteien vertreten aus folgenden Gründen die Ansicht, dass Kioske keinen separaten Produktmarkt bilden, sondern dem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops zuzurechnen sind:

- Das **Kernsortiment** bestehe bei sämtlichen Convenience-Formaten unabhängig von ihrer Bezeichnung als Kiosk oder Convenience-Shop aus Tabak, Food und Presse. So seien die Umsatzanteile der Kernwarengruppen Tabak, Presse, Getränke und Süswaren in den Formaten «k kiosk» und «avec.» der Valora mit [...] % gleich hoch. Würden die Kernwarengruppen Frische und Backwaren hinzugezählt, liege der Umsatzanteil des Kernsortiments bei «k kiosk» bei rund [...] % und bei «avec.» bei rund [...] %. Die einzelnen Warengruppen würden zwar je nach Format einen unterschiedlichen Umsatzanteil aufweisen. So sei das Format «k kiosk» aus historischen Gründen etwas mehr auf Presse und Tabak ausgerichtet ([...] % des Umsatzes im Vergleich zu [...] % des Umsatzes bei «avec.»). Die Unterschiede hätten

sich jedoch über die letzten Jahre stark vermindert. Dies zeige sich daran, dass die Topseller in den einzelnen Kernwarengruppen bei «k kiosk» und «avec.» vergleichbar seien (z.B. in der Kernwarengruppe Tabak [...], in der Kernwarengruppe Getränke [...], in der Kernwarengruppe Süswaren [...], in der Kernwarengruppe Frische [...], in der Kernwarengruppe Backwaren [...] etc.). Trotz unterschiedlicher Gewichtung bei der Sortiments-tiefe würden die Topseller in den Kernwarengruppen in erheblichem Umfang übereinstimmen. Zwei der Hauptgründe für die Angleichung der Sortimente seien die gewandelten Kundenbedürfnisse und der Rückgang des Presseumsatzes. Seit dem Jahr 2004 sei der Gesamtumsatz im Presse-einzelhandel von CHF 720 Mio. auf CHF 458 Mio. im Jahr 2013 gesunken. Die gewandelten Kundenbedürfnisse würden sich sodann darin zeigen, dass der Kunde beim Besuch eines Convenience-Shops laut einer Studie des Schweizerischen Marketingforums in erster Linie Wert auf den Standort bzw. die Erreichbarkeit und die Öffnungszeiten des Shops lege.⁷ Kriterien wie die Qualität der Frischprodukte oder das Sortiment hätten dahingegen eine deutlich geringere Bedeutung für den Kunden. Entsprechend den Kundenbedürfnissen seien die Angebote von Valora modular um das erwähnte Kernsortiment aus Tabak, Presse, Getränken und Süswaren herum aufgebaut. Je nach den lokalen Kundenbedürfnissen, der Wettbewerbssituation vor Ort und der verfügbaren Fläche biete Valora andere modulare Zusatzprodukte an (z. B. Notkauf-Modul bestehend aus Batterien, Kleiderroller, Sackmesser, Haarbürsten, Sonnencreme, Zahnpasta, Deodorant, Kleenex, Tampons etc.). Selbst für kleine, «nostalgische» Kioske gelte, dass der Kunde grundsätzlich alle Produkte, die er beim Kiosk finde, auch bei Convenience-Shops und im Detailhandel kaufen könne. Aus Kundensicht sei deshalb selbst der nostalgische Kiosk mit dem Convenience-Shop (wie auch mit dem Detailhandel) substituierbar.

- Sodann sei die Grösse der **Verkaufsfläche** nur einer der Faktoren, die für die Wahl eines bestimmten Formats durch Valora relevant seien. Dies zeige sich daran, dass es Verkaufsstellen unter dem Format «k kiosk» gebe, die grösser als Verkaufsstellen von «avec.» seien. Auch bei

³ Gemäss Definition der WEKO ist ein Convenience-Shop „eine Verkaufsstelle im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich durch längere Öffnungszeiten sowie die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit des Einkaufs von klassischen Detailhandelsgeschäften abhebt“, RPW 2005/3, 477 Rz 12, *Migros/Valora*.

⁴ RPW 2005/3, 477 f. Rz 12 ff., *Migros/Valora*.

⁵ Definition des Sekretariats, namentlich gestützt auf Aussagen der befragten Marktteilnehmer. Befragt wurden nebst dem Schweizer Kioskinhaber Verband (nachfolgend: SKIV) die Alimentana Shops AG (Aperto Shops), die Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop; Coop-Kioske, Coop Pronto), der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros; Migrolino), die Shell (Switzerland) AG (Shell Select) sowie die Volg Konsumwaren AG (Agrola TopShop).

⁶ RPW 1999/3, 406 ff. Rz 37 ff., *Bahnhofkioske*.

⁷ Schweiz. Marketing-Forum, Convenience Schweiz 2014, 79.

LSDS gebe es Verkaufsstellen der Formate «Navi» und «Relay», die grösser seien als solche der Formate «Hubiz» oder «Relay Hub». Die Idealfäche für sämtliche Formate der Parteien würden zwischen 60 und 250 m² liegen. Die Parteien hätten in der Vergangenheit denn auch Verkaufsstellen in andere Formate umgewandelt und würden dies weiterhin tun. Die teilweise unterschiedliche Verkaufsfläche der Formate sei deshalb kein Beleg dafür, dass Kioske nicht dem Markt für Convenience-Shops zuzurechnen seien.

- Je nach Format der Verkaufsstelle verwende Valora für gewisse Warengruppen zwar unterschiedliche **Preise**, [...]. LSDS unterscheide bei den Preisen sodann nicht zwischen den Formaten ihrer Verkaufsstellen.

27. Zur Eruierung der Marktdefinition fragte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) Konkurrenten der Parteien⁸ sowie den Schweizer Kioskinhaber-Verband (nachfolgend: SKIV), ob sie die Ansicht der Parteien teilen würden, dass sich der herkömmliche Kiosk durch die Vergrösserung von Verkaufsflächen und Sortimentserweiterung um sog. Convenience-Produkte immer mehr in Richtung Convenience-Shop (wie bspw. «avec», «Coop Pronto», «Migrolino» etc.) entwickelt. Sämtliche befragten Marktteilnehmer teilen diese Ansicht. Der SKIV führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich das typische Sortiment seiner Mitglieder in den letzten Jahren insofern verändert habe, als neu Kaffee, Sandwichs und Dienstleistungen (e-loading) angeboten würden, die Bedeutung der Presse hingegen rückläufig sei. Diesen Trend bestätigt auch die Studie Detailhandel Schweiz 2014 des Marktforschungsinstituts GfK, gemäss welcher die Kioske den Umsatzrückgang mit dem Verkauf von Printprodukten mehr und mehr mit Angeboten aus dem Food-Sektor kompensieren und die Kioske zunehmend als „Relaisstationen für die Päckchen der Onlineversender“⁹ fungieren würden. Ein Marktteilnehmer führte sodann aus, dass sich die flächenmässig grösseren Kioske sehr stark den Convenience-Shops annähern würden bzw. von solchen kaum noch zu unterscheiden seien. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass die guten Standorte für Kioske auch gute Standorte für Convenience-Shops seien.

28. Weiter fragte das Sekretariat die Marktteilnehmer, ob Convenience-Shops einen Druck auf die Preise und das Sortiment in den Kiosken ausüben würden. Die Antworten der sechs befragten Marktteilnehmer lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Ein Druck auf die Preise wurde von vier Marktteilnehmern verneint, zwei gaben keine eindeutige Antwort. Begründet wurde diese Ansicht mit den Argumenten, dass der Kiosk gegenüber einem Convenience-Shop häufig einen Standortvorteil habe und die Kundschaft namentlich aus Zeitgründen weniger sensibel auf Preiserhöhungen reagiere. Die Preise in Convenience-Shops seien sodann häufig tiefer als diejenigen von identischen Produkten in Kiosken (z. B. Getränke). Als weiteres Argument wurde aufgeführt, dass ein grosser Umsatzanteil bei Kiosken aus dem Verkauf von Presseerzeugnissen und Tabakwaren

resultiere. Bei den Presseerzeugnissen werde der Preis von den Verlagen vorgegeben (vgl. hierzu unten, Rz 41) während die Preisgestaltung bei den Tabakprodukten aufgrund von Steuern und Abgaben nur beschränkt frei bestimmbar sei. Ein Marktteilnehmer wies darauf hin, dass der Druck auf die Preise vom Standort des Kiosks und der lokalen Konkurrenzsituation abhängen.

- Bei der Sortimentsgestaltung würden Convenience-Shops teilweise Druck auf Kioske ausüben. Allenfalls bestehe für Kioske ein Druck, ihr Sortiment auf Convenience-Produkte auszudehnen. Allerdings sei es für einen Kiosk flächenbedingt nicht immer möglich, das Sortiment zu erweitern.

29. Ferner fragte das Sekretariat die Marktteilnehmer, ob die Konsumenten bei einer Preiserhöhung des Kiosksortiments um 10 % ihren Einkauf in dem Umfang von Kiosken auf Convenience-Shops verlagern würden, dass die Preiserhöhung für Kioske unprofitabel wäre. Wäre eine solche Preiserhöhung unprofitabel, würde der relevante Markt gemäss dem „Small but Significant Non-transitory Increase in Price“-Test (SSNIP-Test)¹⁰ neben den Kiosken auch Convenience-Shops umfassen, sofern infolge der Marktmacht der Marktteilnehmer keine Gefahr für die sog. Cellophane-Fallacy¹¹ bestehen würde. Die Mehrheit der Marktteilnehmer war der Ansicht, dass bei einer Preiserhöhung des Kiosksortiments um 10 % zumindest keine Verlagerung von klassischen, kleinflächigen Kiosken auf Convenience-Shops stattfinden würde, weil der Standort ein zentraler Faktor sei. Klassische, kleinflächige Kioske seien oftmals strategisch so gelegen, dass der Käufer Mühe habe, das von ihm gesuchte Produkt innert nützlicher Frist bei einem anderen Anbieter zu finden. Bei grösseren Kiosken mit einer Produktpalette, die mit Convenience-Shops vergleichbar seien, werde sich der Kunde genauer überlegen, ob er für diese Produkte nicht einen anderen Shop aufsuchen werde. Ähnlich sehe es aus, wenn ein Kiosk mit einer Tankstelle verbunden sei. In diesen Fällen reagiere die Kundschaft sehr sensibel auf die Benzinpreise und nehme für ein paar Rappen auch einen Umweg in Kauf.

30. Auf die Frage des Sekretariats, inwiefern der Einkauf in einem Kiosk aus Konsumentensicht mit einem Einkauf in einem Convenience-Shop ersetzt werden könne, antworteten die Marktteilnehmer wie folgt: Convenience-Shops würden neben dem Nahversorgersortiment im Prinzip sämtliche klassischen Kiosk-Produkte anbieten. So gesehen, könne jeder Kioskeinkauf mit dem Besuch eines Convenience-Shops substituiert werden. Sodann seien Convenience-Shops auf eine gute Erreichbarkeit ausgerichtet. Der Standort sei entscheidend. Je näher

⁸ Vgl. Fn 5.

⁹ GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 373.

¹⁰ Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, 113 f.

¹¹ Vgl. MOTTA (Fn 10), 105 f. Bei Vorliegen der Cellophane-Fallacy werden die Märkte zu weit abgegrenzt, da sich die Preise im Markt, auf welchen sich der SSNIP-Test bezieht, auf einem im Vergleich zu Wettbewerbspreisen überhöhten Niveau befinden.

eine günstigere Einkaufsalternative gelegen sei, desto eher würden die Konsumenten den Einkauf in einem Kiosk durch einen Convenience-Shop ersetzen. Wenn der Kiosk jedoch sehr gut gelegen sei (z. B. Bahnhof Zürich, direkt bei den Gleisen), habe er gegenüber einem Convenience-Shop einen entscheidenden Vorteil. Die Kundschaft finde ihre gesuchten Produkte auf der kleinen Verkaufsfläche sehr schnell und ein langes Anstehen an der Kasse erübrige sich ebenfalls. Wenn der Kunde in kürzester Zeit einen gewissen Artikel aus dem klassischen Kiosksortiment kaufen wolle, werde er den Gang zu einem Kiosk gegenüber dem zu einem Convenience-Shop bevorzugen.

31. Zusammenfassend sind sich die Marktteilnehmer darin einig, dass sich der herkömmliche, klassische Kiosk durch die Vergrösserung von Verkaufsflächen und Sortimentserweiterung um Convenience-Produkte immer mehr in Richtung Convenience-Shop bewegt und dass der Standort sowohl für Kioske als auch für Convenience-Shops ein zentraler Wettbewerbsfaktor ist. Durch die Zeitersparnis bei einem Einkauf in der nächstgelegenen Verkaufsstelle (Kiosk oder Convenience-Shop) sind die Kunden bereit, einen Aufpreis zu bezahlen.

32. Basierend auf den Angaben der Parteien und den Ausführungen der Marktteilnehmer kommt die WEKO zum Schluss, dass der Markt für Kioske auch Convenience-Shops umfasst, denn Convenience-Shops bieten – mit Ausnahme des Pressesortiments – ein sehr ähnliches, oft breiteres Sortiment an als Kioske, sind ebenfalls an hochfrequentierten Lagen präsent und nicht an die Ladenöffnungszeiten des Lebensmitteleinzelhandels gebunden. Somit ist ein Einkauf in einem Kiosk in der Regel – in Abhängigkeit des Standorts – gut ersetzbar durch einen Einkauf in einem Convenience-Shop. Dass Kioske im Vergleich zu Convenience-Shops in der Regel eine breitere Auswahl an Presseerzeugnissen haben, spielt für die Marktabgrenzung insofern keine Rolle, als in diesem Bereich infolge der Preisbindung bei Presseerzeugnissen (vgl. unten, Rz 41) kein Preiswettbewerb besteht. Convenience-Shops üben somit einen direkten Wettbewerbsdruck auf Kioske aus. Umgekehrt gilt dies aufgrund des breiteren Sortiments der Convenience-Shops jedoch nicht in demselben Ausmass (asymmetrische Substituierbarkeit).

33. Ferner gehört der Lebensmitteldetailhandel nicht zum gleichen Markt wie Kioske, da der Einkauf in einem Supermarkt ein zu entferntes Substitut für den typischen Kioskkunden darstellt: Kioske ermöglichen im Gegensatz zu einem Einkauf in einem Supermarkt einen Schnellsteinkauf. Der Konsument kann sich rasch einen Überblick über das Sortiment verschaffen. Er muss nicht durch die Regale im Laden laufen und muss an der Kasse in aller Regel weniger lange warten, da Kioskkunden im Vergleich zu Kunden des Lebensmitteldetailhandels im Durchschnitt bedeutend weniger Artikel kaufen. Die Zeitersparnis bei einem Einkauf in einem Kiosk erlaubt den Kioskbetreibern, höhere Preise zu verlangen im Vergleich zum Lebensmitteldetailhandel. Wäre ein Einkauf in einem Kiosk gut substituierbar mit einem Einkauf in einem Lebensmittelgeschäft, würde Coop sodann kaum vor den eigenen Lebensmitteldetailhandelsgeschäften Kioske betreiben. Zudem sind Einkäufe ausserhalb der Ladenöffnungszeiten in den Supermärkten in

der Regel nicht möglich. Aus diesen Gründen wird der indirekte Wettbewerbsdruck, der vom Lebensmitteldetailhandel über Convenience-Shops auf Kioske ausgeübt werden kann, als zu schwach beurteilt, um den Lebensmitteldetailhandel in den relevanten Markt für Kioske inkl. Convenience-Shops miteinzubeziehen. Ausgehend von Kiosken gehört der Lebensmitteldetailhandel somit nicht zum relevanten Produktmarkt. Wird der sachlich relevante Markt jedoch ausgehend von Convenience-Shops festgelegt, kann gemäss der bisherigen Praxis der WEKO offengelassen werden, ob der Lebensmitteldetailhandel zum relevanten Produktmarkt gehört (vgl. oben, Rz 22).

34. Zusammenfassend bilden Kioske zusammen mit Convenience-Shops einen Produktmarkt. Der Lebensmitteldetailhandel gehört nicht zu diesem Produktmarkt. Aus Transparenzgründen wird in der Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens jedoch auch dargelegt, wie der Wettbewerb auf dem hypothetischen Markt für Kioske (exkl. Convenience-Shops) zu beurteilen wäre.

Markt für Schnellverpflegungsgastronomie

35. Bei der Zusammenschlussprüfung *Coop/Marché* ist die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für Schnellverpflegungsgastronomie ausgegangen, der weiter in folgende Kategorien unterteilt werden kann: Schnellverpflegungsrestaurants (Selbstbedienung, Selbstwahl), Fast Food-Restaurants, Take-Away/Imbiss-Stände, Regalentnahme/Theke und andere Schnellverpflegung (z. B. Cafebars, Verpflegungsautomaten, Home Delivery). Als weiterer möglicher sachlich relevanter Markt im Bereich der Gastronomie wurde ein Markt für Verkehrsgastronomie abgegrenzt, zu welchem z.B. Drive-Ins und Autobahnraststätten gehören (inkl. gewisse Betriebe der Schnellverpflegungsgastronomie), aber von welchem Gastronomiebetriebe an Flughäfen und Bahnhöfen ausgenommen sind.¹² Die genaue Marktabgrenzung wurde offengelassen.

36. Auch im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob der Markt für Schnellverpflegungsgastronomie weiter zu segmentieren ist, da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht tangiert wird (vgl. unten, Rz 72 ff.).

Markt für Grosshandel von Konsumgütern

37. Laut der bisherigen Praxis der WEKO umfasst der Grossverbrauchermarkt die regelmässige Versorgung der Gastronomie und des Detailhandels mit Gütern des täglichen Bedarfs bestehend aus Nahrungsmitteln, Near-Food- und Non-Food-Produkten. Dieser Grossverbrauchermarkt besteht praxisgemäss aus Abholmärkten, Zustellgrosshändlern und Direktlieferungen (durch Hersteller/Verarbeiter, spezialisierte Lieferanten, Fachhändler etc.), unabhängig davon, ob es sich um Vollsortiments- oder Teilsortimentsanbieter handelt.¹³ Im Entscheid *Migros/Angehrn (CCA)* schloss es die WEKO nicht aus, eine Unterscheidung nach Abhol- und Zustellgrosshandel vorzunehmen.¹⁴ Im Folgenden wird analog

¹² RPW 2014/2, 418 Rz 5, *Coop/Marché*.

¹³ RPW 2012/4, 886 Rz 23, *Migros/Angehrn (CCA)*.

¹⁴ RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehrn (CCA)*.

der bisherigen Praxis der WEKO keine Marktsegmentierung in Abholmärkte und Zustellmärkte vorgenommen, da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht tangiert wird.

38. Laut den Parteien ist die Belieferung von Convenience-Shops in den sachlich relevanten Markt der regelmässigen Versorgung von Grossabnehmern mit Gütern des täglichen Bedarfs einzubeziehen, da die Absatzkanäle Detailhandel und Convenience-Shops aus Sicht der Lieferanten von Convenience-Produkten gute Substitute darstellen würden, wie es die WEKO für den Beschaffungsmarkt der Convenience-Shops entschieden habe (vgl. unten, Rz 44). Ohne die Frage abschliessend zu beurteilen, wird diesem Ansatz in der nachfolgenden Analyse gefolgt.

39. Sodann stellt sich die Frage, ob der Absatzmarkt der Grosshändler nach Produktgruppen zu unterteilen ist. Diese Frage hat die WEKO bis anhin offengelassen.¹⁵ Diese Frage kann auch im vorliegenden Fall offen bleiben, da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht tangiert wird.

Markt für Pressegrosshandel

40. Über «Naville Presse» ist LSDS als Pressegrossistin für den französischsprachigen Teil der Schweiz tätig. In dieser Funktion beliefert sie Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen mit in- und ausländischen Zeitungen und Zeitschriften in verschiedenen Sprachen und retourniert die von den Verkaufsstellen nicht veräusserten Exemplare an die Verlage (Remission). «Naville Presse» nimmt eine Mittlerfunktion zwischen den (in- und ausländischen) Herstellern von Presseerzeugnissen (nachfolgend: Verlage) und den Presseverkaufsstellen in der Romandie ein. Folglich sieht sie sich zwei verschiedenen Marktgegensätzen gegenüber.

41. Laut Angaben der Parteien stellt der Pressevertrieb ein Kommissionsgeschäft dar: Die Presseerzeugnisse bleiben im Eigentum der Verlage, bis sie in der Presseverkaufsstelle verkauft werden. Sowohl den einzelnen Presseverkaufsstellen als auch dem Pressegrossisten steht ein volles Remissionsrecht zu (d. h. Zeitungen und Zeitschriften können bei einem Nicht-Verkauf ohne Kostenfolge retourniert werden). Die Verkaufsstellen treten als Vermittler in Erscheinung. Der Verkaufspreis eines Pressetitels wird durch den jeweiligen Verlag einheitlich festgelegt. Für ihre Dienstleistungen erhalten der Pressegrossist und die Presseverkaufsstellen von den Verlagen eine Verkaufskommission.

42. Die Dienstleistung, die «Naville Presse» für die Verlage erbringt, besteht somit im Wesentlichen darin, die verschiedenen Verlagstitel zeitgerecht an die für den Verkauf dieser Titel relevanten Verkaufsstellen (u. a. Kioske) in der Romandie zu liefern. Demgegenüber besteht die Dienstleistung für die Presseverkaufsstellen in der zeitgerechten Belieferung mit einem Pressesortiment, welches auf die Lesegewohnheit der Kundschaft in der Romandie abgestimmt ist.

43. Gestützt auf diese Ausführungen kann festgehalten werden, dass der Presseeinzelhandel (u. a. Kioske) die absatzseitige Marktgegensseite von «Naville Presse» darstellt. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO¹⁶ ist absatzseitig somit von einem sachlich

relevanten Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf auszugehen.

B.3.1.1.2 Beschaffungsmärkte

Markt für Kioske und Convenience-Shops (inkl. Lebensmittel-detailhandel)

44. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Kiosken und Convenience-Shops die Marktgegensseite. Diese Lieferanten nützen oft auch weitere Absatzkanäle für ihre Produkte wie den Detailhandel, den Grosshandel und den Export. Sie stellen oft nur Produkte einzelner Produktgruppen her und haben zumeist eine geringe Umstellungsflexibilität bezüglich anderer Produktgruppen.¹⁷

45. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die Beschaffungsmärkte von Convenience-Shops definiert, nicht jedoch jene der Kioske.¹⁸ In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO wird vorliegend davon ausgegangen, dass zumindest auch der Detailhandelskanal zu den Beschaffungsmärkten der Convenience-Shops, welche nach Produktgruppen zu unterteilen sind, gehört.¹⁹ In der vorliegenden Zusammenschlussprüfung werden die folgenden Produktgruppen betrachtet, ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen:²⁰

- Food: Milchprodukte/Eier, Brot/Backwaren, Fleisch/Geflügel/Fisch, Tiefkühlprodukte, Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt), Gemüse/Salate, Obst/Früchte, Konserven/Saucen, Beilagen/Suppen/Kochzutaten, Grundnahrungsmittel/Backzutaten, Frühstück/Warmgetränke/ Cerealien (Getreide), Süsswaren/Apéro, Tiernahrung/ Tierbedarf, Babybedarf, Alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke,
- Near-Food: Körperpflege/Kosmetik, Wasch-/Reinigungsmittel, Papier-/Hygiene-produkte,
- Anderes: Presseerzeugnisse, Raucherwaren²¹, Lotterierprodukte, Telefonkarten²², Bücher.²³

46. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Kioske beschaffungsseitig demselben Markt zuzuordnen sind wie Convenience-Shops und der Detailhandel. Laut den Parteien sind die Absatzkanäle Kiosk, Convenience-Shop und Detailhandel aus Sicht der Lieferanten aus folgenden Gründen austauschbar und gehören deshalb zum selben Produktmarkt:

¹⁵ RPW 2008/2, 272 Rz 33, *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2009/4, 454 f. Rz 39 ff., *Emmi Interfräis/Kellenberger Frisch Service AG*.

¹⁶ RPW 2014/2, 434 Rz 36 ff., *Thomas Kirschner/Valora Media Services AG*.

¹⁷ RPW 2009/1, 78 Rz 20, *Valora AG/cevanova AG*.

¹⁸ RPW 2009/1, 79 Rz 21, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2005/3, 478 Rz 25, *Migros/Valora*.

¹⁹ Im Fall Migros/Denner wurde offengelassen, ob den Lieferanten des Lebensmittel-detailhandels weitere gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen. RPW 2008/1, 156 Rz 233 f., *Migros/Denner*.

²⁰ RPW 2008/4, 608 Rz 118, *Coop/Carrefour*.

²¹ RPW 2006/1, 134 Rz 31, *Denner/Pick Pay*.

²² RPW 2001/2, 234 Rz 12, *Publifon Gebühren*.

²³ RPW 2013/2, 247 Rz 45, *Orell Füssli/Thalia*.

- Die Lieferanten für Kioske und klassische Convenience-Shops seien dieselben. Die Lieferanten würden in der Regel für Kioske und klassische Convenience-Shops dieselben Promotionspläne, Verkaufsförderungsmassnahmen und dasselbe Verkaufspersonal verwenden. Es würden zudem auch grundsätzlich dieselben Produkte verkauft. In gewissem Umfang gebe es zwar Unterschiede bei der Packungsgrösse, z. B. bei den Getränken, die von Kiosken in der Regel nicht in 1,5 Liter-Flaschen angeboten würden. Diese Unterschiede führten jedoch aus Lieferantensicht nicht zu einer Verschlechterung der Substituierbarkeit der Absatzkanäle, weil die kleineren Packungsgrössen sowohl an Kioske als auch an klassische Convenience-Shops geliefert werden könnten.
- Die Qualität der Produkte, die Produktausprägungen und die bedienten Kundengruppen seien weitgehend deckungsgleich.
- Die Parteien würden bei der Beschaffung nicht danach unterscheiden, in welchem Format die Produkte später verkauft würden.

47. Auch die befragten Marktteilnehmer sind der Ansicht, dass die Absatzkanäle aus Sicht der Lieferanten grundsätzlich austauschbar sind. Dies legt nahe, dass die Absatzkanäle Kioske, Convenience-Shops und Detailhandel zum selben Beschaffungsmarkt gehören, welcher nach Produktgruppen zu unterteilen ist (vgl. oben, Rz 45).

Markt für Schnellverpflegungsgastronomie

48. Für die Abgrenzung der Beschaffungsmärkte sind die Absatzkanäle relevant, welche den Lieferanten der Gastronomie zur Verfügung stehen. Die Gastronomie bezieht Produkte teilweise direkt bei den Herstellern, teilweise auch bei Grosshändlern. Es ist denkbar, dass den Lieferanten des Gastronomiekanals auch andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen, wie etwa der Lebensmitteldetailhandel und Convenience-Shops.²⁴

49. Weiter ist davon auszugehen, dass der Beschaffungsmarkt für Schnellverpflegungsgastronomie in Analogie zum Lebensmitteldetailhandel nach Produktgruppen zu segmentieren ist, wobei die Segmentierung nicht mit derjenigen für die Beschaffung im Lebensmitteldetailhandel übereinstimmen muss.²⁵ Letztlich kann die genaue sachliche beschaffungsseitige Marktabgrenzung offen bleiben, da das Ergebnis der Analyse dieses Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Markt-abgrenzung unverändert bleibt.

Markt für Grosshandel von Konsumgütern

50. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten des Grosshandels von Konsumgütern die Marktgegenseite. Diese Lieferanten verfügen über verschiedene Absatzkanäle. Nebst dem Absatzkanal über den Grosshandel stehen diesen Lieferanten gemäss der bisherigen Praxis der WEKO weitere Absatzkanäle wie beispielsweise der Detailhandel, der E-Commerce sowie der Export zur Verfügung. Zudem haben die Lieferanten die Möglichkeit, die Grossverbraucher direkt zu beliefern. Auf eine präzise Markt-abgrenzung, sei es hinsichtlich allfälliger verschiedener Absatzkanäle oder hinsichtlich einer allfälligen

Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmitteldetailhandel, wurde in der bisherigen Praxis der WEKO verzichtet.²⁶ Auch im vorliegenden Fall wird die präzise Markt-abgrenzung mangels Einfluss auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung offengelassen.

Markt für Pressegrosshandel

51. Beschaffungsseitig bilden die Verlage von Zeitungen und Zeitschriften die Marktgegenseite von «Nouvelle Presse». In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO²⁷ kann beschaffungsseitig von einem sachlich relevanten Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen ausgegangen werden.

B.3.1.3 Räumlich relevante Märkte

52. 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).

B.3.1.2.1 Absatzmärkte

Markt für Convenience-Shops

53. Laut Praxis der WEKO hat der räumlich relevante Markt für Convenience-Shops sowohl lokale, kantonale als auch nationale Charakteristika, welche in der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden müssen. Aus Sicht der Konsumenten ist der räumlich relevante Markt infolge von Transaktionskosten (Such-, Weg- und Opportunitätskosten) lokal. Der Wettbewerb spielt jedoch auch in einem breiteren Umfeld: Zunächst kann sich der lokale Wettbewerb bei homogenen Wettbewerbsbedingungen infolge von Substitutionsketten geografisch ausdehnen. Diese Ausdehnung des Wettbewerbs kann durch kantonale Ladenöffnungszeiten beschränkt werden, was für eine kantonale Markt-abgrenzung spricht. Allerdings konkurrieren sich grössere Marktteilnehmer (namentlich die Coop Mineraloel AG mit «Coop Pronto» und Migros mit «Migrolino») auch auf nationaler Ebene.²⁸

54. Um diesen unterschiedlichen Dimensionen des räumlich relevanten Marktes Rechnung zu tragen, werden einerseits die Wettbewerbsverhältnisse sowohl in der Schweiz als auch in den einzelnen lokalen Märkten, in welchen das Zusammenschlussvorhaben zu Überlappungen führt, analysiert. Dabei wird ein Marktradius um die jeweilige Verkaufsstelle von fünf Gehminuten bzw. 400 Meter Distanz zugrunde gelegt.

Markt für Kioske (exkl. und inkl. Convenience-Shops)

55. In Anlehnung an die Praxis der WEKO im Bereich der Convenience-Shops (vgl. oben, Rz 53) wird vorliegend davon ausgegangen, dass der Markt für Kioske (exkl. und inkl. Convenience-Shops) sowohl lokale, kantonale als auch nationale Charakteristika hat.

²⁴ RPW 2014/2, 419 Rz 9, *Coop/Marché*.

²⁵ RPW 2014/2, 419 Rz 9, *Coop/Marché*.

²⁶ RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

²⁷ RPW 2014/2, 434 Rz 36 ff., *Thomas Kirschner/Valora Media Services AG*.

²⁸ RPW 2005/3, 478 f. Rz 27 ff., *Migros/Valora*.

56. Um diesen unterschiedlichen Dimensionen des räumlich relevanten Marktes Rechnung zu tragen, werden einerseits die Wettbewerbsverhältnisse sowohl in der Schweiz als auch in den einzelnen lokalen Märkten, in welchen das Zusammenschlussvorhaben zu Überlappungen führt, analysiert. Dabei wird ein Marktradius um die jeweilige Verkaufsstelle von fünf Gehminuten bzw. 400 Meter Distanz zugrunde gelegt.

Markt für Schnellverpflegungsgastronomie

57. Aus Sicht der Kunden von Gastronomiebetrieben sind die einzelnen Absatzmärkte im Gastronomiebereich lokal.²⁹ Im vorliegenden Fall liegen keine konkreten Informationen dazu vor, wie gross die Einzugsradien der Schnellverpflegungsgastronomie sind und ob der Wettbewerb zwischen den Verkaufsstellen infolge homogener Wettbewerbsverhältnisse und Substitutionsketten eine regionale und/oder nationale Dimension aufweist. Diese Frage kann letztlich offengelassen werden, da nachfolgend dargelegt wird, dass das Resultat der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch bei enger gefassten lokalen Märkten unverändert bleibt.

Markt für Grosshandel von Konsumgütern

58. Gemäss der bisherigen Praxis der WEKO ist der räumlich relevante Absatzmarkt für den Grosshandel von Konsumgütern national.³⁰

Markt für Pressegrosshandel

59. Nach der bisherigen Praxis der WEKO ist der räumliche Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf sprachregional abzugrenzen.³¹ Der im vorliegenden Fall interessierende räumlich relevante Markt ist die Romandie.

B.3.1.2.2 Beschaffungsmärkte

Markt für Kioske und Convenience-Shops (inkl. Lebensmitteldetailhandel)

60. Laut Praxis der WEKO haben die Beschaffungsmärkte für Convenience-Shops (inkl. Lebensmitteldetailhandel) eine mindestens nationale Dimension, wobei der relevante Markt insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, grösser sein könnte.³² Ausnahme hierzu ist der Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse, der praxisgemäss nach Sprachregionen unterteilt wird.³³ Ohne eine abschliessende Markt-abgrenzung vorzunehmen, wird im Folgenden – mit Ausnahme des Beschaffungsmarktes für Presseerzeugnisse – davon ausgegangen, dass die Beschaffungsmärkte von Kiosken und Convenience-Shops (inkl. Lebensmitteldetailhandel) national sind.

Markt für Schnellverpflegungsgastronomie

61. Die WEKO hat sich zur Frage der räumlichen Dimension der Beschaffungsmärkte der Schnellverpflegungsgastronomie bis anhin nicht abschliessend geäussert. Im Fall *Coop/Marché* ist sie von nationalen Märkten ausgegangen, hat aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass auch eine engere oder weitere räumliche Markt-abgrenzung denkbar wäre.³⁴ Im vorliegenden Fall wird von nationalen Beschaffungsmärkten ausgegangen. Auf eine abschliessende Marktdefinition wird mangels Einfluss

auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung verzichtet.

Markt für Grosshandel von Konsumgütern

62. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis davon ausgegangen, dass der Markt für den Grosshandel von Konsumgütern beschaffungsseitig mindestens eine nationale Dimension hat, ohne den Markt abschliessend zu definieren.³⁵ Im vorliegenden Fall kann mangels Einfluss auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung ebenfalls auf eine präzise Markt-abgrenzung verzichtet werden.

Markt für Pressegrosshandel

63. Nach bestehender Praxis der WEKO ist der räumliche Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen sprachregional abzugrenzen.³⁶ Der im vorliegenden Fall interessierende räumlich relevante Markt ist die Romandie.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

64. 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.

65. Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt die Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Jahr 2013 auf den verschiedenen sachlich und räumlich relevanten Märkten; die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte sind **fett** hervorgehoben.

²⁹ RPW 2014/2, 418 Rz 6, *Coop/Marché*.

³⁰ RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

³¹ RPW 2014/2, 435 Rz 48 f., *Thomas Kirschner/Valora Media Services AG*.

³² RPW 2005/3, 479 Rz 34, *Migros/Valora*.

³³ Der Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse ist deckungsgleich mit dem sprachregional abzugrenzenden Absatzmarkt des Presse-grosshandels resp. dem Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf (vgl. oben, Rz 59).

³⁴ RPW 2014/2, 419 Rz 11, *Coop/Marché*.

³⁵ RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2009/4, 455 Rz 48, *Emmi Interfruits SA/Kellenberger Frisch Service SA*; RPW 2008/2, 272 Rz 40 ff., *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*.

³⁶ RPW 2014/2, 435 Rz 46 f., *Thomas Kirschner/Valora Media Services AG*.

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2013

Relevante Märkte		Marktanteile		
		Valora	LSDS	Kumuliert
Absatzmarkt für Convenience-Shops (exkl. Kioske)	Nationale Ebene*	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	Lokale Ebene	n.a.	n.a.	n.a.
Absatzmarkt für Kioske exkl./inkl. Convenience-Shops	Nationale Ebene** exkl. Convenience-Shops	[50-60] %	[10-20] %	[60-70] %
	Nationale Ebene** inkl. Convenience-Shops	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %
	Lokale Ebene	n.a.	n.a.	n.a.
Beschaffungsmärkte für Kioske, Convenience-Shops und Detailhandel	Produktgruppen in den Bereichen Food und Near-Food (national)***	max. < [0-10] %	max. < [0-10] %	max. < [0-10] %
	Raucherwaren (national)	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
	Lotterierprodukte (national)	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %
	Telefonkarten (national)	< [0-10] %	< [0-10] %	< [10-20] %
	Bücher (national)	< [0-10] %	< [0-10] %	< [0-10] %
	Presseerzeugnisse (Romandie)	[0-10] %	[40-50] %	[40-50] %
	Presseerzeugnisse (Deutschschweiz)	[40-50] %	0 %	[40-50] %
	Presseerzeugnisse (Tessin)	[20-30] %	0 %	[20-30] %
Absatzmarkt für Schnellverpflegungsgastronomie	Nationale Ebene	< [0-10] %	0 %	< [0-10] %
	Lokale Ebene	n.a.	n.a.	n.a.
Nationaler Beschaffungsmarkt für Schnellverpflegungsgastronomie		< [0-10] %	0 %	< [0-10] %
Nationale Absatz-/Beschaffungsmärkte für Grosshandel von Konsumgütern	Produktgruppen in den Bereichen Food und Near-Food***	max. < [0-10] %	max. < [0-10] %	max. < [0-10] %
	Raucherwaren	[0-10] %	< [0-10] %	< [0-10] %
	Telefonkarten	< [0-10] %	< [0-10] %	< [10-20] %
Absatz-/Beschaffungsmärkte für Pressegrosshandel in Romandie		0 %	< 100 %	< 100 %

* Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Parteien und der Studie GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 387.

** Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Parteien und der befragten Marktteilnehmer sowie auf der Studie GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374, 385, 387.

*** Aus Darstellungsgründen werden anstatt der Marktanteile für jede einzelne Produktgruppe lediglich die maximalen Marktanteile der einzelnen Produktgruppen in den Bereichen Food und Near-Food aufgeführt.

Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf der Studie GfK, Detailhandel Schweiz 2014, Nielsen Retail Performance Monitor 2013, Euromonitor International Januar 2014, Swisslos, Loterie Romande, GastroSuisse Jahresmedienkonferenz 2014, 8, GastroSuisse Branchenspiegel 2012, 50.

66. Der Tabelle 2 ist zu entnehmen, dass der Absatzmarkt für Kioske unabhängig davon, ob Convenience-Shops zum Produktmarkt gehören oder nicht, vom Zusammenschluss betroffen ist. Weitere betroffene Märkte sind der nationale Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte, die sprachregionalen Beschaffungsmärkte für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz und der Romandie sowie der Absatz- und der Beschaffungsmarkt für den Pressegrosshandel in der Romandie. Vor einer näheren Prüfung dieser Märkte werden der Vollständigkeit

halber und zwecks besseren Verständnis einige Ausführungen zu Märkten gemacht, die nicht vom Zusammenschluss betroffen sind.

Absatzmarkt für Convenience-Shops (exkl. Kioske)

67. Wird ein Absatzmarkt für Convenience-Shops exklusiv Kioske unterstellt, betragen die kumulierten nationalen Marktanteile der Parteien basierend auf einem Ge-

samtmarktvolumen in Höhe von CHF 3'790 Mio.³⁷ lediglich [0-10] %. Auf nationaler Ebene liegt somit kein betroffener Markt vor.

68. Auf lokaler Ebene führt das Zusammenschlussvorhaben lediglich in Romont zu Überlappungen im Markt für Convenience-Shops (exkl. Kioske). Dort haben sowohl Valora als auch LDS Convenience-Shops innerhalb eines Radius von fünf Gehminuten (ca. 400 Metern; vgl. oben, Rz 54). LDS betreibt einen «Hubiz» am Bahnhof und Valora (über einen Franchisenehmer) in Bahnhofnähe einen Tankstellenshop der Marke «avec.». In diesem lokalen Markt besteht genügend aktuelle Konkurrenz, so dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt: In unmittelbarer Nähe des «avec.»-Shops ist ein Tankstellenshop «Restoshop» vorhanden. Zudem können motorisierte Kunden des «avec.»-Tankstellenshops innerhalb von drei Autofahrminuten eine Coop Tankstelle mit einem Coop Pronto Shop erreichen. Innerhalb der Ladenöffnungszeiten stehen den Konsumenten mit Coop, Denner und Migros sodann zusätzliche Einkaufsmöglichkeiten zur Verfügung.

Beschaffungsmärkte für Kioske, Convenience-Shops und Detailhandel: Food und Near Food

69. Das Zusammenschlussvorhaben wird laut Angaben der Parteien zu Änderungen in der Organisation des Einkaufs führen. [...]

70. Valora erwägt zudem die Möglichkeit, [...]. Für andere Sortimentanpassungen würden keine konkreten Pläne bestehen. [...]. Es seien deshalb keine konkreten Auslistungen geplant.

71. Diese geplanten Änderungen in der Beschaffung führen angesichts der Tatsache, dass die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den einzelnen Produktgruppen der Bereiche Food und Near-Food maximal [0-10] % betragen, zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Markt für Schnellverpflegungsgastronomie

72. Valora ist mit den Formaten «Spettacolo» und «Brezelkönig» im Markt für Schnellverpflegungsgastronomie tätig. Die beiden Formate «Naville Café Presse» und «News Café» der LDS könnten zumindest teilweise ebenfalls diesem Markt zugerechnet werden. Zudem ist LDS seit dem Jahr 2014 mit vier Verkaufslokalen unter der Marke «Subway» in den Markt für Schnellverpflegungsgastronomie eingestiegen. Es gibt zahlreiche Wettbewerber wie u. a. McDonalds, Starbucks und Elvino.

73. Der Marktanteil von Valora auf dem nationalen Absatzmarkt für Schnellverpflegungsgastronomie wird von den Parteien basierend auf einem Gesamtmarktvolumen von rund CHF 3,6 Mia. im Jahr 2013³⁸ auf weniger als [0-10] % geschätzt. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass sich der Marktanteil auf den Beschaffungsmärkten in einem ähnlichen Rahmen bewegt.³⁹ Es liegt somit kein betroffener Markt vor.

74. Wird auf lokale Märkte abgestellt, überlappten sich die Tätigkeiten der Parteien im Jahr 2013 nur in den Städten Neuenburg und Lausanne, seit 2014 zudem in der Stadt Genf. Diese Überlappungen führen jedoch zu

keinen kartellrechtlichen Bedenken: In Neuenburg befinden sich die Verkaufsstellen der Parteien nicht in der Nähe voneinander. In Lausanne und Genf befinden sich die Verkaufsstellen der Parteien lediglich bei den Bahnhöfen SBB in räumlicher Nähe zueinander. An den Bahnhöfen und im näheren Umkreis dieser Bahnhöfe gibt es zahlreiche andere Angebote der Schnellverpflegungsgastronomie. Angesichts dieser Angebotsvielfalt ist davon auszugehen, dass die lokalen Märkte Neuenburg, Lausanne und Genf nicht vom Zusammenschluss betroffen sind.

Markt für den Grosshandel von Konsumgütern

75. Laut Parteien sind Valora und LDS keine nahen Wettbewerber im Markt für den Grosshandel von Konsumgütern, da sich die Art ihrer Tätigkeiten erheblich unterscheiden würde. Valora habe ihren klassischen Warengrosshandel zu Beginn des Jahres 2013 an Lekerland verkauft. Die Grosshandelstätigkeit von Valora bestehe seither ausschliesslich im Vertrieb von Markenartikeln mit hohem Serviceanteil über ihre Division «Valora Trade». In der Regel verfüge «Valora Trade» über exklusive Vertriebsvereinbarungen für die betreffenden Marken. Zur Kundschaft von «Valora Trade» zähle der gesamte Einzelhandel in der Schweiz, darunter auch Coop und Migros. Da der Fokus auf Dienstleistungen hinsichtlich Marktbearbeitung und Marktentwicklung liege, nehme die Logistik nur eine sekundäre Rolle ein. Demgegenüber betreibe LDS über «Naville Service» ein klassisches Grosshandelsgeschäft, in welchem die Logistikdienstleistung im Vordergrund stehe und der Service-Anteil gering sei. «Naville Service» fokussiere auf den Vertrieb an Kioske und Tankstellen.

76. Die Tätigkeiten der Parteien im Bereich Grosshandel beschränken sich laut eigenen Angaben auf die folgenden Produktgruppen:

- Food: Frühstück/Warmgetränke/Cerealien (Getreide), Süswaren/Apéro, Erfrischungsgetränke,
- Near Food: Sonstiges,
- Anderes: Raucherwaren, Telefonkarten.

77. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass sich die Marktanteile der Parteien auf den Absatz- und auf den Beschaffungsmärkten in einem ähnlichen Rahmen bewegen.⁴⁰ Die Aktivitäten der Parteien überlappen sich einzig in den Märkten für Süswaren/Apéro (Bereich Food) und Telefonkarten (vgl. Tabelle 2). Ihre Marktanteile führen jedoch zu keinen betroffenen Märkten.

³⁷ Quelle: GfK, Studie Detailhandel Schweiz 2014, 387.

³⁸ Der gemeldete Umsatz für die Schnellverpflegungsgastronomie von CHF 3,6 Mia. setzt sich zusammen aus Ausgaben für Essen in der Schnellverpflegungsgastronomie im Jahr 2013 in Höhe von CHF 2,6 Mia. (Quelle: GastroSuisse Jahresmedienkonferenz 2014, 8) und Ausgaben für Getränke in der Schnellverpflegungsgastronomie im Jahr 2011 in Höhe von rund CHF 1 Mia. (Quelle: GastroSuisse Branchenspiegel 2012, 80).

³⁹ Diese Annahme wurde in den Zusammenschlusskontrollen im Lebensmittelhandel auch getroffen. Vgl. z. B. RPW 2008/4, 648 Rz 404, *Coop/Carrefour*.

⁴⁰ Diese Annahme wurde in den Zusammenschlusskontrollen im Lebensmittelhandel auch getroffen. Vgl. z. B. RPW 2008/4, 648 Rz 404, *Coop/Carrefour*.

Absatzmarkt für Kioske (inkl. Convenience-Shops)

78. Die nachfolgende Tabelle 3 zeigt die nationalen Marktanteile der Parteien und deren Wettbewerber im

Markt für Kioske und Convenience-Shops bei einem geschätzten Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] Mio.⁴¹

Tabelle 3: Marktanteile auf dem Markt für Kioske und Convenience-Shops in der Schweiz im Geschäftsjahr 2013

Unternehmen	Marktanteil
Valora	[20-30] %
LSDS	[0-10] %
Valora und LSDS kumuliert	[20-30] %
Coop* (Coop Kiosk und Coop Pronto)	[...] %
Migros (Migrolino)	[...] %
Alimentana Shops AG (Aperto)	[...] %
Shell (Switzerland) AG (Shell Select)	[...] %
Volg Konsumwaren AG (Agrola TopShop)	[...] %
Unabhängige Kioske (Mitglieder SKIV und Nichtmitglieder SKIV)	[...] %
Andere	[...] %

* Coop Pronto wird im Franchisesystem von der Coop Mineraloel AG betrieben. Coop hat im Jahr 2014 die Marché Restaurants Schweiz AG übernommen (RPW 2014/2, 418 ff., Coop/Marché), zu welcher sieben Shops an Autobahnraststätten gehören. Die Umsätze dieser Verkaufsstellen sind in den Angaben für das Jahr 2013 nicht enthalten. [...].

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Parteien, der befragten Marktteilnehmer (vgl. Fn 5) und GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 387.

79. Mit der Übernahme wird Valora/LSDS die Nummer Eins im Markt, die Marktanteilsaddition ist mit [0-10] % jedoch gering. Zudem stehen Valora/LSDS mit Coop bzw. der Coop Mineraloel AG und Migros zwei starke Wettbewerber gegenüber, welche in der ganzen Schweiz präsent sind. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann Valora/LSDS zu diesen beiden Konkurrenten stärker in Konkurrenz treten, da Valora mit der Übernahme von LSDS ebenfalls zu einem flächendeckenden Anbieter wird. Auch hat Valora/LSDS inskünftig die Möglichkeit, gewisse Verkaufsstellen in der ganzen Schweiz je nach Wettbewerbssituation in andere Formate umzuwandeln, z. B. von einer Verkaufsstelle der Marke «Naville» in eine Verkaufsstelle der Marke «avec.». Solche Umwandlungen haben beide Parteien mit ihren Formaten in der Vergangenheit in ihrem jeweiligen Tätigkeitsgebiet gemacht. Sodann ist der Markt für Convenience-Shops ein wachsender Markt⁴² und bietet daher Raum für eine gewisse Dynamik.

80. Gefragt nach den Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Bereich Convenience, führte ein Marktteilnehmer denn auch aus, dass sich der Wettbewerb weiter intensivieren werde, weil Valora die Standorte, die sich dafür eignen, in Richtung Convenience-Shops entwickeln werde. Ein stetiger Ausbau der Kioske zu Convenience-Shops wird auch von einem weiteren Marktteilnehmer prognostiziert. Ein dritter

Marktteilnehmer erwartet durch den Zusammenschluss einen weiteren starken nationalen Anbieter.

81. Infolge der aktuellen Konkurrenz führt das Zusammenschlussvorhaben auf nationaler Ebene zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

82. Auf lokaler Ebene sehen die Wettbewerbsverhältnisse im Markt für Kioske und Convenience-Shops wie folgt aus: Das Zusammenschlussvorhaben führt in den lokalen Märkten Biel, Bussigny, Clarens, Collombey, Fribourg, La Chaux-de-Fonds, Moudon, Payerne und Romont zu Überlappungen, wenn ein Marktradius von fünf Gehminuten (ca. 400 Meter) um die jeweilige Verkaufsstelle zugrunde gelegt wird (vgl. oben, Rz 54). Mit Ausnahme von Moudon ist in all diesen lokalen Märkten genügend aktuelle Konkurrenz durch andere Betreiber von Convenience-Shops und Kiosken vorhanden (vgl. hierzu unten, Rz 84). Bei dieser Analyse wurde berücksichtigt, dass die Verkaufsstellen des Lebensmittel-detailhandels auch innerhalb der Ladenöffnungszeiten keinen direkten Wettbewerbsdruck auf Kioske ausüben

⁴¹ Quelle: Marktvolumen gemäss GfK, Studie Detailhandel Schweiz 2014, 387, korrigiert um die tatsächlichen Umsätze von LSDS gemäss Angaben der Parteien und die Umsätze von Coop-Kiosken, welche im Gesamtvolumen gemäss GfK nicht enthalten sind.

⁴² Vgl. GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 383.

können, da sie nicht zum relevanten Markt gehören (vgl. oben, Rz 33). Sie können jedoch innerhalb der Ladenöffnungszeiten in Form von Restwettbewerb einen gewissen Druck auf Convenience-Shops ausüben.⁴³ Weiter wurde bei der Analyse der lokalen Wettbewerbsverhältnisse in Biel berücksichtigt, dass am Bahnhof Biel, welcher zwar etwas ausserhalb des Marktradius liegt, jedoch mit öffentlichem Verkehr in weniger als fünf Minuten zu erreichen ist, nebst einer weiteren Verkaufsstelle von Valora zwei Convenience-Shops tätig sind (Coop Pronto und Aperto). Würden diese beiden Convenience-Shops nicht in die wettbewerbsrechtliche Analyse miteinbezogen, wäre der aktuelle Wettbewerb in Biel eingehender zu prüfen.

83. In Moudon sind die Zusammenschlussparteien innerhalb desselben Marktradius mit je einem Kiosk vertreten, wobei LSDS einen Kiosk in einer Migros-Verkaufsstelle betreibt, der an die Öffnungszeiten des Lebensmitteldetailhandels gebunden ist. Im selben Marktkreis gibt es zudem einen Supermarkt von Coop, ein Convenience-Shop ist nicht vorhanden. Die Verkaufsstellen von Coop und Migros üben jedoch auch innerhalb der Ladenöffnungszeiten keinen direkten Wettbewerbsdruck auf die Kioske aus (vgl. oben, Rz 33). Somit ist die aktuelle Konkurrenz auf dem lokalen Markt Moudon als ungenügend zu qualifizieren. Durch das Zusammenschlussvorhaben dürfte die aktuelle Konkurrenz weiter geschwächt werden. Angaben zur potenziellen Konkurrenz in diesem Markt liegen nicht vor. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass in dieser Ortschaft mit rund 5'500 Einwohnern ein weiterer Kiosk eröffnet werden sollte (vgl. hierzu auch unten, Rz 92). Ob Betreiber von Convenience-Shops in Moudon allenfalls eine Verkaufsstelle eröffnen könnten, ist unklar. Zurzeit gibt es in Moudon eine Tankstelle von BP ohne Shop.

84. Die Verschlechterung der Wettbewerbssituation durch das Zusammenschlussvorhaben dürfte jedoch aus folgenden Gründen marginal sein: Erstens fällt der Konkurrenzdruck eines Kiosks in einer Migros-Verkaufsstelle weg, welcher an die normalen Ladenöffnungszeiten gebunden ist. Ausserhalb der Ladenöffnungszeiten gibt es in diesem Marktkreis sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss lediglich eine geöffnete Verkaufsstelle, nämlich einen «kiosk». Mit anderen Worten sind die Zusammenschlussparteien ausserhalb der Ladenöffnungszeiten auch vor der Transaktion keine aktuellen Konkurrenten. Zweitens legt Valora die Preise für das Kiosksortiment, welche sie frei bestimmen kann (nicht frei bestimmbar sind die Preise für Lotterierprodukte und Presseerzeugnisse [vgl. unten, Rz 99, 103]), nach eigenen Angaben zentral fest. [...] Es ist unwahrscheinlich, dass Valora die Preise in ihren Kiosken flächendeckend erhöhen sollte, einzig weil der Wettbewerbsdruck wegfällt, der bisher vom Kiosk «Naville» in der Migros-Verkaufsstelle in Moudon ausging.

85. Schliesslich identifiziert die Analyse der lokalen Märkte, auf welchen das Zusammenschlussvorhaben zu Überlappungen führt, lediglich einen Markt mit Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. LSDS verfügt insgesamt über 180 Kioske.⁴⁴ Lediglich im Umkreis eines einzigen Kiosk kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben

zu einer – wenn auch geringen – Wettbewerbsverschlechterung.

86. Da auf dem lokalen Markt Moudon lediglich geringfügige Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen, wird im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5. Abs. 2 BV⁴⁵) darauf verzichtet, diese im Rahmen einer vertieften Prüfung nach Art. 10 KG weiterzuverfolgen.

Hypothetischer Absatzmarkt für Kioske (exkl. Convenience-Shops)

87. Nachfolgend wird aus Transparenzgründen dargelegt, dass das Zusammenschlussvorhaben Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geben würde, wenn ein Markt für Kioske (exkl. Convenience-Shops) definiert würde. Diese Marktangrenzung ist indes zu eng, wie oben dargelegt wurde (vgl. Rz 23 ff.).

88. Die nachfolgende Tabelle 4 zeigt die nationalen Marktanteile der Parteien und deren Wettbewerber auf dem hypothetischen Markt für Kioske bei einem geschätzten Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] Mio.⁴⁶

⁴³ Vgl. zum Wettbewerb durch Randsubstitution RPW 2008/1, 172 Rz 354, *Migros/Denner*.

⁴⁴ Quelle: GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374.

⁴⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁴⁶ Das geschätzte Gesamtmarktvolumen basiert auf Angaben der Parteien, von Coop, des SKIV und GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374 (vgl. auch Angaben zu Tabelle 4).

Tabelle 4: Marktanteile auf dem Markt für Kioske in der Schweiz im Geschäftsjahr 2013

Unternehmen	Marktanteil
Valora	[50-60] %
LSDS	[10-20] %
Valora und LSDS kumuliert	[60-70] %
Coop	[...] %
Unabhängige Kioske* (Mitglieder SKIV und Nichtmitglieder SKIV)	[...] %

* Laut Angaben des SKIV und des Marktforschungsinstituts GfK waren im Jahr 2013 von 450 selbständigen Kiosken in der Schweiz deren 170 im SKIV vertreten. Diese erzielten im Jahr 2013 CHF 77 Mio. (Quelle: GfK, Studie Detailhandel Schweiz, 374). Dieser Umsatz wurde vorliegend proportional auf 450 Kioske hochgerechnet. Da davon auszugehen ist, dass eher die grösseren Kioske im SKIV vertreten sind, handelt es sich beim geschätzten Umsatz um eine Obergrenze.

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Parteien, von Coop, des SKIV und GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374, 387.

89. Mit der Übernahme von LSDS baut Valora ihre führende Stellung auf dem hypothetischen Schweizer Markt für Kioske aus; der Marktanteil erhöht sich von [50-60] % auf [60-70] %. Wettbewerber sind einerseits Coop mit einem Marktanteil von [...] %, andererseits unabhängige Kioskbetreiber mit einem kumulierten Marktanteil von [...] %. Sodann sind Valora/LSDS auch hinsichtlich der Anzahl Verkaufsstellen Marktführer: Laut GfK verfügten die Parteien im Jahr 2013 kumuliert über 1'120 Verkaufsstellen in der ganzen Schweiz. Die Anzahl Verkaufspunkte von Coop Verkaufsstellen beschränkt sich sodann auf 305, welche aufgrund deren Lage – im Gegensatz zu den Kiosken der Parteien – häufig an die Ladenöffnungszeiten gebunden sind.⁴⁷ Dies zeigt auf, dass die aktuelle Konkurrenz unter den Kiosken auf nationaler Ebene schwach ist und durch das Zusammenschlussvorhaben weiter geschwächt wird.

90. Allerdings dürfte der aktuelle Wettbewerb durch den Zusammenschluss weniger stark geschwächt werden, als es die reine Betrachtung der Marktanteilsaddition vermuten liesse: Valora und LSDS sind infolge deren unterschiedlichen geografischen Ausrichtung keine nahen Wettbewerber. Aufgrund der vorliegenden Informationen bestand bisher kaum ein grosser Druck infolge möglicher Expansion in das Gebiet des jeweiligen Konkurrenten (vgl. hierzu auch unten, Rz 95 f.). Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass infolge Wegfalls eines Konkurrenten auf nationaler Ebene ein gewisser Wettbewerbsdruck verloren geht.

91. Sodann ist auch die potenzielle Konkurrenz als schwach zu beurteilen: Laut den Parteien ist nicht davon auszugehen, dass in den nächsten drei Jahren grössere Wettbewerber in den Markt für Convenience-Shops (inkl. Kioske) einsteigen, weil die grösseren Wettbewerber bereits präsent seien. Denkbar seien jedoch kleinere Wettbewerber. Für diese seien die Marktzutrittskosten gering. So würden sich die Investitionskosten für einen Markteintritt von einem kleineren, unabhängigen Einzelkiosk auf schätzungsweise [...] belaufen.

92. Mögliche potenzielle Konkurrenten sind somit in erster Linie unabhängige Kioskbetreiber. Allerdings hat

sich die Zahl der Kioske in der Schweiz in den letzten Jahren konstant verringert: Während es im Jahr 2005 noch 1'888 Kioske gab, waren es im Jahr 2013 noch 1'595. Proportional betrachtet haben vor allem die unabhängigen Kioske Verkaufsstellen aufgegeben. Die Anzahl der Mitglieder des SKIV reduzierte sich zwischen 2005 und 2013 von 305 auf 170.⁴⁸

93. Auf dem hypothetischen nationalen Markt für Kioske führt das Zusammenschlussvorhaben somit zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

94. Auf den folgenden lokalen Märkten führt das Zusammenschlussvorhaben zu Marktanteilsadditionen, da dort sowohl LSDS als auch Valora Kioske betreiben: Biel, Fribourg, La Chaux-de-Fonds und Moudon. Auf diesen lokalen hypothetischen Märkten bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt:

- In **Biel** ist LSDS mit einem Kiosk im Manor vertreten und ist an diesem Verkaufspunkt somit an die geltenden Ladenöffnungszeiten gebunden. Innerhalb des Marktradius von fünf Gehminuten (ca. 400 Meter) gibt es sieben «k kiosk». Einziger Konkurrent nach dem Zusammenschluss ist ein unabhängiger Kiosk. Convenience-Shops – welche zwar nicht zum relevanten Produktmarkt gehören, aber dennoch einen gewissen Restwettbewerb⁴⁹ auswirken können – sind in diesem lokalen Markt nicht vorhanden. Die vorhandenen Verkaufsstellen von Coop City, Denner, Manor und Migros haben keine direkte Wettbewerbswirkung auf Kioske (vgl. oben, Rz 82). Der aktuelle Wettbewerb ist in diesem Markt nach dem Zusammenschlussvorhaben insgesamt als schwach zu beurteilen. Dies gilt auch für den potenziellen Wettbe-

⁴⁷ Quelle: GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374.

⁴⁸ Quelle: GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374.

⁴⁹ Vgl. zum Wettbewerb durch Randsubstitution RPW 2008/1, 172 Rz 354, Migros/Denner.

werb: Wie oben dargelegt (vgl. Rz 91), ist der potenzielle Wettbewerb ausgehend von unabhängigen Kiosken als schwach zu beurteilen. Dasselbe gilt für Coop-Kioske, denn die Anzahl der Coop-Kioske ist im Zeitraum zwischen 2005 und 2013 konstant geblieben: Im Jahr 2005 verfügte Coop über 307 Kioske, im Jahr 2013 über 305.⁵⁰ Mit anderen Worten ist Coop nicht auf Expansionskurs.

- In **Fribourg** ist LSDS innerhalb eines Marktradius von fünf Gehminuten (ca. 400 Meter) um den Bahnhof mit drei Kiosken vertreten, Valora betreibt zwei Kioske. Ein unabhängiger Kiosk ist nicht vorhanden. Nach dem Zusammenschluss gehören in diesem lokalen Markt somit sämtliche Kioske zu Valora/LSDS. Daneben gibt es im Bahnhof bzw. in unmittelbarer Nähe einen Aperto Shop, einen Coop Pronto Shop sowie Verkaufsstellen von Coop und Manor. Convenience-Shops gehören zwar nicht zum relevanten Produktmarkt. Dennoch können sie einen gewissen Restwettbewerb auswirken, den es in der wettbewerblichen Analyse zu berücksichtigen gilt. Verkaufsstellen des Lebensmitteldetailhandels werden dahingegen als zu weit entfernte Substitute betrachtet, als dass diese eine disziplinierende Wirkung auf die Kioske zeitigen könnten (vgl. hierzu oben, Rz 33). Auch unter Berücksichtigung des Restwettbewerbs der Convenience-Shops ist der aktuelle Wettbewerb in diesem Markt nach dem Zusammenschluss als schwach zu beurteilen. Aus denselben Gründen wie für den lokalen Markt Biel gilt dies auch für den potenziellen Wettbewerb.
- In **La Chaux-de-Fonds** gibt es innerhalb eines Marktkreises je einen Kiosk von LSDS und Valora. Ein unabhängiger Kiosk ist nicht vorhanden, dafür ein Tankstellenshop sowie Verkaufsstellen von Coop, Denner, Manor und Migros. Nach dem Zusammenschluss gehören somit alle Kioske in diesem lokalen Markt zu Valora/LSDS. Aus analogen Überlegungen wie für die Märkte Biel und Fribourg ist sowohl der aktuelle als auch der potenzielle Wettbewerb als schwach zu qualifizieren.
- In **Moudon** sind die Zusammenschlussparteien innerhalb desselben Marktkreises mit je einem Kiosk vertreten. In diesem lokalen Markt gibt es weder einen unabhängigen Kiosk noch einen Convenience-Shop. Somit besteht in diesem Markt nach dem Zusammenschluss kein aktueller Wettbewerb mehr. Zudem ist der potenzielle Wettbewerb aus analogen Gründen wie für den Markt Biel als schwach zu qualifizieren. Für den lokalen Markt Moudon dürfte dies aufgrund dessen Grösse mit lediglich rund 5'500 Einwohnern umso mehr gelten.

95. Schliesslich stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Zusammenschlussparteien bisher potenzielle Konkurrenten in den jeweiligen lokalen Märkten waren. Laut den Parteien lieferten sich LSDS und Valora bisher keine potenzielle Konkurrenz. LSDS habe keinerlei konkreten Pläne gehabt, innerhalb der nächsten drei Jahre in die Deutschschweiz oder das Tessin vorzudringen. Auch seitens von Valora würden keine konkreten Pläne be-

stehen, die Präsenz in der Romandie zu verstärken. Valora suche in der Romandie nicht aktiv nach Standorten, sondern bewerbe sich nur reaktiv und punktuell für mögliche Standorte des Formats «avec.», wenn solche z. B. infolge Umbau eines Bahnhofs auf den Markt kämen.

96. Mit einer Ausnahme beurteilten auch die befragten Marktteilnehmer eine Expansion von Valora in die Romandie bzw. eine mögliche Expansion von LSDS in die Deutschschweiz und das Tessin im Bereich Kiosk ohne Zusammenschluss eher als wenig wahrscheinlich, da die Standorte schon besetzt seien und Sprachbarrieren bestehen würden. Ein Marktteilnehmer vertrat hingegen die Ansicht, dass Valora ihre Tätigkeiten auch ohne die Übernahme von LSDS in der Westschweiz ausdehnen könnte. Denn Valora sei nicht nur regional verankert und bereits in der gesamten Schweiz ein Begriff. Als mögliche Expansionsbarriere nannte dieser Marktteilnehmer jedoch auch die Verfügbarkeit von Standorten.

97. Die Ausführungen der Parteien und die Einschätzungen der befragten Marktteilnehmer suggerieren, dass Valora bis anhin einen gewisse potenzielle Konkurrenz zu LSDS dargestellt haben könnte, jedoch wohl eher im Bereich der Convenience-Shops und nicht der Kioske.

98. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem nationalen hypothetischen Kioskmarkt sowie den lokalen hypothetischen Kioskmärkten Biel, Fribourg, La-Chaux-De-Fonds und Moudon vorliegen würden, wenn Kioske einen eigenständigen Produktmarkt darstellen würden. Diese Marktabgrenzung wurde indes verworfen (vgl. oben, Rz 23 ff.).

Beschaffungsmarkt für Lotterienprodukte

99. Die Veranstaltung von Lotterien ist in der Schweiz von Gesetzes wegen den Kantonen vorbehalten.⁵¹ In der Schweiz haben die Kantone zwei Gesellschaften gegründet, die als einzige Lotterien veranstalten dürfen. Die Kantone der Deutschschweiz und das Tessin haben diese Aufgabe der Genossenschaft Swisslos übertragen, die Westschweizer Kantone dem Verein Loterie Romande. Diese beiden Gesellschaften sind die einzigen Anbieter von Lotterien in der Schweiz. Sie legen den Preis der Lotterienprodukte fest. Die Anbieter von Lotterien können den Preis der Lotterienprodukte nicht frei bestimmen.

100. Einzelhändler (wie Valora und LSDS), welche die Lotterienprodukte im Auftrag der Swisslos und Loterie Romande den Konsumenten anbieten, werden mit einer einheitlichen Kommission pro Lotterienprodukt entschädigt. Die Kommission variiert laut Angaben der Parteien von [...] %. Durchschnittlich betrage sie rund [...] %. Grundsätzlich könne jeder Inhaber eines Kiosks, Convenience-Shops oder Detailhandelsgeschäfts Lotterienprodukte anbieten, soweit er den Erfordernissen der Swisslos bzw. Loterie Romande entspreche.

⁵⁰ Quelle: GfK, Detailhandel Schweiz 2014, 374.

⁵¹ Art. 1 und 5 des Bundesgesetzes vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten; SR 935.51.

101. Die nachfolgende Tabelle 5 zeigt die geschätzten Marktanteile der Wettbewerber auf dem Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte in der Schweiz auf.

Tabelle 5: Marktanteile auf dem Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2013

Unternehmen	Marktanteil
Valora	[20-30] %
LSDS	[0-10] %
Valora und LSDS	[30-40] %
Coop	[10-20] %
Internetangebote von Swisslos und Loterie Romande	[10-20] %
Post	[10-20] %
Andere Verkaufsstellen	[30-40] %

Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf Angaben von Swisslos und Loterie Romande. Für die Schätzungen wurde auf ein Gesamtmarktvolumen (d.h. gesamtes Kommissionsvolumen) in Höhe von [...] abgestellt. [...].

102. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf dem Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, da die Anbieter von Lotterierprodukten die Preise nicht beeinflussen können. Der Zusammenschluss kann lediglich zu einer Margenverschiebung zu Gunsten der Zusammenschlussparteien führen; dies zu Lasten von Duopolistinnen im Bereich der Lotterieveranstaltung, welchen nebst den Zusammenschlussparteien weitere Absatzkanäle zur Verfügung stehen.

Beschaffungsmärkte für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz und in der Romandie

103. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 41), stellt der Presseverkauf über den Gross- und Einzelhandel ein Kommissionsgeschäft dar. Bis zum Verkauf an den Endkunden verbleiben die Presseerzeugnisse im Eigentum der Verlage, welche den Endverkaufspreis für ihre Produkte verbindlich festlegen. Auf den Konsumentenpreis der

Presseerzeugnisse hat das Zusammenschlussvorhaben daher keinen direkten Einfluss.

104. Auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse stehen die verschiedenen Presseverkaufsstellen allerdings nicht in direktem Kontakt mit den Verlagen, sondern nur mit Pressegrosshändlern, die meist mehrere Verlage gleichzeitig vertreten. In der Schweiz sind derzeit nur zwei Pressegrosshändler tätig, die jeweils unterschiedliche Sprachregionen bedienen. Während der Pressegrosshandel in der Deutschschweiz und im Tessin durch das unabhängige Unternehmen 7Days Media Services organisiert wird, erbringt LSDS den Pressegrosshandel in der Romandie über «Naville Presse» selber (vgl. Rz 109 ff.).

105. Die nachfolgenden Tabellen zeigen die geschätzten Marktanteile der Wettbewerber auf den Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse in der Romandie und in der Deutschschweiz.

Tabelle 6: Marktanteile auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Romandie im Geschäftsjahr 2013

Unternehmen	Marktanteil
Valora	[0-10] %
LSDS	[40-50] %
Valora und LSDS	[40-50] %
Coop	[10-20] %
Tankstellenshops	[0-10] %
Migros	[0-10] %
Andere Verkaufsstellen	[30-40] %

Quelle: Schätzungen der Parteien aufgrund Schweizer Medien, medienbudget.ch 2012 und 2013.

Tabelle 7: Marktanteile im Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz im Geschäftsjahr 2013

Unternehmen	Marktanteil
Valora	[40-50] %
LSDS	0 %
Valora und LSDS	[40-50] %
Coop	[10-20] %
Volg	[0-10] %
Migros	[0-10] %
Socar	[0-10] %
Andere Verkaufsstellen	[30-40] %

Quelle: Schätzungen der Parteien aufgrund Schweizer Medien, medienbudget.ch 2012 und 2013.

106. Wie aus den vorstehenden Tabellen hervorgeht, wird das Zusammenschlussvorhaben einzig zu Marktanteilsadditionen auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Romandie führen.

107. Aufgrund der speziell gelagerten Marktsituation ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird. Mit der Pressegrossistin «Naville Presse» ist LSDS vor und nach der Transaktion die einzige Anbieterin auf dem relevanten Beschaffungsmarkt. Anstatt wie bislang rund [40-50] %, wird «Naville Presse» nach dem Zusammenschluss rund [40-50] % des Umsatzes mit konzerninternen Verkaufsstellen erwirtschaften.

108. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben weder auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Romandie noch auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt. Dies zum einen deshalb, weil die einzelnen Presseverkaufsstellen die Preise für Zeitungen und Zeitschriften nicht beeinflussen können, und zum anderen deshalb, weil auf den beiden Beschaffungsmärkten je nur eine Anbieterin tätig ist.

Markt für Pressegrosshandel in der Romandie

109. Laut Angaben der Parteien ist LSDS mit «Naville Presse» die derzeit einzige Pressegrosshändlerin in der Romandie. Die einzige andere Pressegrosshändlerin in der Schweiz ist 7Days Media Services, die aber ausschliesslich in der Deutschschweiz und im Tessin tätig ist.

110. Als einzige Pressegrosshändlerin verfügt «Naville Presse» in der Romandie über einen Marktanteil von nahezu 100 %. Diese starke Marktstellung kann auf die speziellen ökonomischen Eigenschaften des Pressevertriebs zurückgeführt werden, welche die WEKO im Rahmen der Untersuchung *Bahnhofkioske* festgestellt hat: Die Versorgung von Presseverkaufsstellen in einem bestimmten geografischen Gebiet kann kostenmässig

dadurch optimiert werden, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen wird (Bündelungsvorteile). Laut WEKO würden andere Belieferungssysteme pro Zeitung bzw. Zeitschrift oder pro Verlag in aller Regel höhere Kosten verursachen. Wie die physische Belieferung weise zudem auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierung, Rücknahme nicht verkaufter Exemplare) Eigenschaften auf, die die Annahme zulassen würden, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt werden. Die Leistungen im Bereich Pressegrosshandel würden deshalb Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.⁵²

111. Aufgrund der speziellen ökonomischen Charakteristika des Vertriebs von Presseerzeugnissen ist davon auszugehen, dass LSDS im Markt für Pressegrosshandel sowohl absatz- als auch beschaffungsseitig bereits heute über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Nachfolgend gilt es deshalb einzig zu prüfen, ob die marktbeherrschende Stellung von LSDS durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weiter verstärkt wird. Dies wäre dann der Fall, wenn Valora betreffend den Pressegrosshandel in der Romandie eine ernsthafte potenzielle Konkurrenz darstellen würde. Wie eingangs erwähnt (vgl. oben, Rz 2, vierter Punkt), ist die in der Deutschschweiz und im Tessin tätige 7Days Media Services jüngst aus dem vormaligen Pressegrosshandelsgeschäft von Valora entstanden. Seither ist Valora nicht mehr im Bereich Pressegrosshandel tätig und es bestehen auch keine Überlappungen mehr mit den Tätigkeiten von «Naville Presse». Ob Valora vor dem Verkauf ihres Pressegrosshandelsgeschäfts eine ernsthafte potenzielle Konkurrentin von «Naville Presse» gewesen ist, kann vorliegend offen bleiben.

⁵² Vgl. RPW 1999/3, 412 Rz 71, *Bahnhofkioske*.

112. Aufgrund der von der WEKO festgestellten Charakteristika des Vertriebs von Presseerzeugnissen ist zudem davon auszugehen, dass eine potenzielle Konkurrentin nicht als eigentliche Wettbewerberin, sondern nur anstelle von «Neville Presse» in den Pressegrosshandelsmarkt der Romandie eintreten könnte. Da zwischen den Verlagen und «Neville Presse» langfristige Vertragsbeziehungen bestehen, dürfte es für eine Konkurrentin jedoch schwierig sein, innert der für eine effektive potenzielle Konkurrenz erforderlichen kurzen Frist in den Markt einzutreten.

113. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die marktbeherrschende Stellung von LSDS auf den betroffenen Märkten für Pressegrosshandel in der Romandie verstärken wird.

Fazit

114. Zusammenfassend ergeben sich für den lokalen Markt für Kioske und Convenience-Shops in Moudon geringfügige Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5. Abs. 2 BV) werden diese Anhaltspunkte nicht im Rahmen einer vertieften Prüfung nach Art. 10 KG weiterverfolgt.

115. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich auch auf dem hypothetischen Markt für Kioske Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben würde; dies auf nationaler Ebene und in vier lokalen Märkten. Allerdings ist eine solch enge Marktabgrenzung nicht sachgerecht.

116. Auf allen übrigen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten ergeben sich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

B.3.3 Nebenabreden

Vorbemerkungen

117. Die Parteien beantragen in ihrer Meldung die Prüfung verschiedener Nebenabreden.⁵³ Als Nebenabrede gelten Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen. 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.⁵⁴

118. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Wettbewerbsverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (EU-Bekanntmachung)⁵⁵, angelehnt. Demnach gilt, dass horizontale Wettbewerbsverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nicht als Wettbewerbsabreden qualifiziert werden müssen, wenn sie räumlich, sachlich und zeitlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem

vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.⁵⁶

119. 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.⁵⁷

120. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewissen 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.⁵⁸

121. Die von den Parteien gemeldeten Abreden umfassen ein [...] Wettbewerbsverbot und ein [...] Nutzungsrecht [...] zu Gunsten von Valora Schweiz AG (vgl. oben, Rz 11).

Wettbewerbsverbot

122. Wettbewerbsverbote stellen sicher, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, zu dem in der Regel sowohl materielle als auch immaterielle Werte wie der Geschäftswert des Unternehmens oder das Know-how des Veräusserers zählen. Derartige Verbote sind nicht nur mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden, sondern auch für dessen Durchführung notwendig, da ohne sie damit zu rechnen wäre, dass die Veräusserung des Unternehmens bzw. Unternehmensteils nicht vollzogen werden kann.⁵⁹

123. Wettbewerbsverbote dieser Art sind jedoch nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammen-

⁵³ Nebenabreden werden nicht von Amtes wegen geprüft (siehe dazu Ziff. II. 7 des Merkblatts und Meldeformulars „Meldung eines Zusammenschlussvorhabens“ vom 21.10.2014 (BBl 2014 8321), abrufbar unter: www.weko.ch >Dienstleistungen; siehe auch RPW 2012/1, 116 Rz 35, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*).

⁵⁴ RPW 2014/1, 312 Rz 44, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*.

⁵⁵ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005 S. 24 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

⁵⁶ RPW 2014/1, 312 f. Rz 45, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*.

⁵⁷ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 12.

⁵⁸ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 13.

⁵⁹ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 18.

schluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.⁶⁰ Zeitlich sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden.⁶¹ In räumlicher Hinsicht muss sich das Wettbewerbsverbot auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt werden muss. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.⁶² Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte und Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenden Unternehmens bilden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig betrachtet.⁶³ In persönlicher Hinsicht gilt die Regel, wonach Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.⁶⁴

124. Das zwischen den Veräusserinnen und der Valora Schweiz AG vereinbarte Wettbewerbsverbot (vgl. oben, Rz 11) erfüllt nicht alle dieser kumulativen Voraussetzungen, denn der räumliche Geltungsbereich des Wettbewerbsverbots beschränkt sich nicht auf das Gebiet, in dem die Veräusserinnen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten haben. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot erstreckt sich nämlich auf die ganze Schweiz, obwohl LSDS lediglich in der Romandie und – in geringem Umfang – entlang der Sprachgrenze zur Deutschschweiz tätig ist (vgl. oben, Rz 3). Gemäss Angaben der Parteien hatte LSDS auch keinerlei konkrete Pläne, innerhalb der nächsten [...] in die Deutschschweiz oder das Tessin vorzudringen. Eine solche geplante Expansion hätte rechtfertigen können, dass Wettbewerbsverbot auf die ganze Schweiz auszudehnen (vgl. oben, Rz 123).

125. Die Parteien sind der Ansicht, dass ein Wettbewerbsverbot, welches sich auf die ganze Schweiz erstreckt, als notwendige Nebenabrede zum Zusammenschluss zu qualifizieren ist, da die Tätigkeit der LSDS zumindest teilweise Märkte betreffe, die in ihrer räumlichen Dimension die ganze Schweiz umfassen. Die Parteien verweisen in diesem Zusammenhang auf die Absatz- und Beschaffungsmärkte für den Grosshandel von Konsumgütern, den Markt für Geldüberweisungen und den Markt für Drittkundenlogistik. Ausführungen zur Notwendigkeit einer schweizweiten Ausdehnung des Wettbewerbsverbots sind der Eingabe der Parteien nicht zu entnehmen.

126. Die räumliche Abgrenzung dieser Märkte im Rahmen der Marktdefinition ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass LSDS – abgesehen von Aktivitäten entlang der Sprachgrenze – in der Deutschschweiz und im Tessin nicht tätig war. Die zulässige räumliche Ausdehnung eines Wettbewerbsverbots misst sich nicht am „Markt“, in welchem der Veräusserer bisher tätig war, sondern am „Gebiet“, in welchem dieser tätig war.⁶⁵ Da in Gebieten, in welchen der Veräusserer bisher nicht aktiv war, keine Gefahr besteht, dass dieser seine frühere Kundenschaft unmittelbar nach der Unternehmensveräusserung wieder zurückgewinnen kann (weil eine solche Kundenschaft gar nicht besteht), ist eine über dieses Gebiet hinausgehende Einschränkung für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht erforderlich. Eine solche Begrenzung der Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbotes deckt sich mit der Vorgabe der EU-Bekanntmachung, unter verschiedenen Alternativen von Wettbewerbsbeschränkungen diejenige zu wählen, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁶⁶ Deshalb geht der räumliche Geltungsbereich des vereinbarten Wettbewerbsverbots über das zur Durchführung des Zusammenschlusses erforderliche Mass hinaus, sodass das geplante Wettbewerbsverbot nicht als Nebenabrede gilt, soweit es auch Gebiete ausserhalb der Romandie umfasst.

127. Würde sich das Wettbewerbsverbot hingegen auf die Romandie (inkl. Sprachgrenze zur Deutschschweiz) beschränken, wäre es als eine notwendige Nebenabrede zum Zusammenschluss zu qualifizieren:

- Mit LSDS wird nicht nur der Geschäftswert, sondern auch entsprechendes Know-how der LSDS auf Valora übertragen. Dieses betrifft die konkrete Tätigkeit der LSDS, wie insbesondere Lieferanten- und Kundenbeziehungen sowie die Ausgestaltung des Vertriebs. Somit ist das [...] Wettbewerbsverbot in zeitlicher Hinsicht gerechtfertigt.
- Sachlich betrifft das Wettbewerbsverbot die bisherige Tätigkeit der LSDS. Sie beschränkt sich somit auf den Geschäftsgegenstand des übertragenden Unternehmens.
- In persönlicher Hinsicht führt das Wettbewerbsverbot zu keiner Begünstigung der Veräusserer (Lagardère, Tamedia), sondern des Erwerbers (Valora).

⁶⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 19.

⁶¹ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 20; RPW 2014/1, 313 Rz 49, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*; RPW 2012/1, 116 Rz 38, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁶² Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 22.

⁶³ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 23.

⁶⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 17.

⁶⁵ Siehe dazu die EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 22, welche von „Gebiet“ und nicht von „Markt“ spricht.

⁶⁶ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 13 i.f.; siehe auch Entscheidung der Kommission vom 4.8.2000, COMP/M.1979, *CDC/Banco Urquijo/JV*, Rz 12 und 15 ff., in welcher die unmittelbare Verbundenheit mit der Durchführung des Zusammenschlusses nur für Gebiete anerkannt wurde, in welchen der Verkäufer bisher aktiv war (das war in diesem Fall Spanien und dies obwohl die räumliche Marktabgrenzung offengelassen wurde); im gleichen Sinn die Entscheidung der Kommission vom 29.7.1996 IV/M.769, *Norsk Hydro/Arnica* (Enichem Agricoltura), Rz 22 und 35 f.

128. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Wettbewerbsverbot nicht als notwendige Nebenabrede zum Zusammenschluss zu qualifizieren ist. Das Wettbewerbsverbot fällt somit nicht unter das Konzentrationsprivileg, soweit es über das Gebiet der Romandie hinausgeht. Grund hierfür ist, dass sich das zwischen den Veräusserinnen und der Valora Schweiz AG vereinbarte Wettbewerbsverbot in räumlicher Hinsicht nicht auf das Gebiet beschränkt, in dem die Veräusserinnen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten haben (Romandie inkl. Sprachgrenze zur Deutschschweiz), sondern sich auf die ganze Schweiz erstreckt.

Lizenzvereinbarung

129. Zusammen mit dem Unternehmen können auch Rechte an geistigem Eigentum oder Know-how übertragen werden, um dem Erwerber die volle Nutzung der übernommenen Vermögenswerte zu ermöglichen. Der Veräusserer kann aber auch das Eigentum an diesen Rechten für sich behalten wollen, um sie für andere als die übertragenen Geschäftstätigkeiten zu nutzen. In diesen Fällen schliessen Erwerber und Veräusserer normalerweise eine Lizenzvereinbarung, damit der Erwerber die übertragenen Vermögenswerte in vollem Umfang nutzen kann.⁶⁷ Lizenzen für Patente oder verwandte Rechte oder für Know-how können als für die Durchführung des Zusammenschlusses notwendig angesehen werden. Sie können auch als integraler Bestandteil des Zusammenschlusses betrachtet werden und müssen nicht in jedem Fall befristet sein.⁶⁸ Erteilt der Veräusserer dem Erwerber eine Lizenz, kann dem Veräusserer in der Lizenzvereinbarung unter denselben Voraussetzungen wie bei einem Wettbewerbsverbot im Falle der Veräusserung eines Geschäfts eine Gebietsbeschränkung auferlegt werden.⁶⁹ Beschränkungen in Lizenzvereinbarungen, die über die vorstehende beschriebenen Bestimmungen hinausgehen (z. B. Beschränkungen, die eher den Lizenzgeber schützen als den Lizenznehmer), sind für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.⁷⁰

130. Lagardère und Valora Schweiz AG haben im License Agreement vereinbart, dass Valora Schweiz AG die [...]. Diese Marken verwendet LSDS vor der Transaktion für gewisse Verkaufslokale. Die Vereinbarung soll laut Angaben der Parteien sicherstellen, dass der Wert des Kaufobjekts auf Valora übergeht. Ohne diese Vereinbarung müsste Valora für verschiedene Verkaufslokale gleichzeitig mit dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ein Rebranding vornehmen, da sonst die Markenrechte von Lagardère Services verletzt werden könnten.

131. Die Lizenzvereinbarung ist analog der Beurteilung des Wettbewerbsverbots nicht als notwendige Nebenabrede zu qualifizieren, weil sie sich in räumlicher Hinsicht auf die ganze Schweiz erstreckt und nicht auf die Romandie (inkl. Sprachgrenze zur Deutschschweiz) beschränkt (vgl. oben, Rz 124, 126).

132. Würde sich die Lizenzvereinbarung hingegen auf die Romandie (inkl. Sprachgrenze zur Deutschschweiz)

beschränken, wäre sie als eine notwendige Nebenabrede zum Zusammenschluss zu qualifizieren:

- Zeitlich beschränkt sich die Vereinbarung auf [...]. Da Lagardère aufgrund des erwähnten Wettbewerbsverbots während der gleichen Zeitperiode die LSDS ohnehin nicht konkurrenzieren darf, hat das [...] Nutzungsrecht [...] keinen weitergehenden Einfluss auf den Wettbewerb als das Wettbewerbsverbot selber.
- Sachlich beschränkt sich die Lizenzvereinbarung auf [...], unter denen LSDS vor der Transaktion Verkaufsstellen betreibt. Sie betreffen deshalb den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens.
- Persönlich gilt die Lizenzvereinbarung zugunsten der Käuferin (Valora) und zulasten der Verkäuferin (Lagardère). Sie geht deshalb nicht darüber hinaus, was für die Übertragung des Werts von LSDS auf Valora erforderlich ist.

133. Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Lizenzvereinbarung nicht als notwendige Nebenabrede zum Zusammenschluss zu qualifizieren ist und somit nicht unter das Konzentrationsprivileg fällt, soweit sie über das Gebiet der Romandie hinausgeht. Grund hierfür ist, dass sich die Lizenzvereinbarung in räumlicher Hinsicht nicht auf das Gebiet beschränkt, in dem die Veräusserinnen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten haben (Romandie inkl. Sprachgrenze zur Deutschschweiz), sondern sich auf die ganze Schweiz erstreckt.

B.3.4 Ergebnis

134. Zusammenfassend ergeben sich für den lokalen Markt für Kioske und Convenience-Shops in Moudon geringfügige Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) werden diese Anhaltspunkte nicht im Rahmen einer vertieften Prüfung nach Art. 10 KG weiterverfolgt. Auf allen übrigen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten ergeben sich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

135. Die gemeldeten Nebenabreden sind keine notwendigen Nebenabreden zum Zusammenschluss, soweit sie über das Gebiet der Romandie hinausgehen. Sie fallen daher nicht unter das Konzentrationsprivileg.

⁶⁷ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 27.

⁶⁸ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 28.

⁶⁹ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 29.

⁷⁰ EU-Bekanntmachung (Fn 55), Rz 30.

B 2.3

8. Swisscom AG/Sixt SE

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. Februar 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. Februar 2015

A Sachverhalt

1. Am 15. Januar 2015 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die **Swisscom AG** (nachfolgend Swisscom) und die Sixt SE (nachfolgend Sixt) die Gründung eines gemeinsam kontrollierten Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, der **Managed Mobility AG** (nachfolgend Managed Mobility), welche in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (nachfolgend Vertragsgebiet) Flottenmanagement-Dienstleistungen gegenüber Drittkunden, Swisscom und Sixt erbringen soll. Direkt involvierte Tochtergesellschaften sind von Seiten der Swisscom die BFM Business Fleet Management und von Seiten der Sixt die Sixt Leasing (Schweiz) AG.

2. Swisscom mit Sitz in Ittigen ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11). In der Schweiz sind Swisscom und ihre Konzerngesellschaften in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie, IT, Internet und TV tätig. Swisscom verfügt über eine eigene Fahrzeugflotte, deren immatrikulierte Halterin und Eigentümerin die **BFM Business Fleet Management AG** (nachfolgend BFM) ist. BFM ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Ittigen. Sie gehört zur Swisscom-Gruppe und hat zum Zweck die Erbringung von Mobilitätsdienstleistungen (Strasse, Schiene, Luft), den Handel mit und den Import von Fahrzeugen und Zubehör aller Art, die Erbringung von Reparatur- und Serviceleistungen für Fahrzeuge, das Management und den Betrieb von Fahrzeugflotten sowie die Erbringung aller mit den vorstehenden Aktivitäten zusammenhängenden Dienstleistungen im In- und Ausland.

3. Sixt mit Sitz in Pullach im Isartal (Deutschland) ist eine Europäische Aktiengesellschaft nach europäischem Recht. Sie hat zum Zweck die Vermietung und Verwertung von Fahrzeugen, Flugzeugen und Mobilien sowie die Führung, Übernahme, Verwaltung und Betreuung von Gesellschaften und Beteiligungen, insbesondere solcher mit einem ähnlichen Unternehmensgegenstand. Sie fungiert als Konzernmuttergesellschaft des Sixt-Konzerns und ist für die strategische und finanzielle Steuerung der Gruppe verantwortlich. Zudem erfüllt sie,

namentlich in den Geschäftsbereichen Autovermietung und Leasing, verschiedene Finanzierungsfunktionen. Das operative Geschäft wird von Gesellschaften im In- und Ausland verantwortet. In der Schweiz ist Sixt in den Bereichen Leasing, Autovermietung und Limousinenservice tätig, wobei für den Bereich Leasing die **Sixt Leasing (Schweiz) AG**, eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Basel, zuständig ist. Deren Tätigkeitsbereich ist die Vermittlung, der Kauf und Verkauf sowie die Finanzierung und Vermietung von Fahrzeugen aller Art. Sie bietet dabei auch sogenanntes „Full-Service-Leasing“ an, welches neben dem Leasing auch Managementdienstleistungen beinhaltet. Diese Dienstleistungen werden unter anderem auch für den gesamten Fuhrpark eines Kunden gesondert erbracht. Sixt Leasing (Schweiz) AG hat sich insbesondere auf das Flottenleasinggeschäft für Geschäftskunden spezialisiert.

4. Zweck der Gründung der **Managed Mobility** ist die Erbringung von Managementdienstleistungen für die Gründerunternehmen, der Zugang zu neuen Kunden im Vertragsgebiet und damit das Management von zusätzlichen Fuhrparks, die Erzielung von Skaleneffekten durch eine höhere Zahl von Geschäftsvorfällen, die Erbringung optimierter Fuhrparkmanagement-Leistungen sowie die Erhöhung des Gewinns im Bereich Fuhrparkmanagement über die Akquisition von Drittkunden. Managed Mobility wird ihre Aktivität auf die Managementdienstleistungen für Flotten beschränken und nicht als Leasinggeberin auf dem Markt auftreten. Sie wird auch über keine eigene Fahrzeugflotte verfügen. Ihr Tätigkeitsfeld wird folglich folgende Dienstleistungen umfassen: Unterhaltsmanagement, Rechnungsprüfung, Zahlungsmanagement, Schadensmanagement und Assistance, Finanzierungs-, Kaufs- und Verkaufsberatung von Fahrzeugen und First Level Support.

5. Das Zusammenschlussvorhaben ist unter der Fallnummer COMP/M.7485 gleichzeitig auch der Europäischen Kommission gemeldet worden.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

6. 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

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. 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).

9. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein neu zu gründendes Unternehmen erlangen, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen erstens „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“ (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4); sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) und zweitens „in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen“ (Art. 2 Abs. 2 VKU).

10. Im vorliegend zu beurteilenden Fall liegt somit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes vor, wenn i) das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam von Swisscom (über BFM) und Sixt (über Sixt Leasing (Schweiz) AG) kontrolliert wird, ii) dem Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionscharakter zukommt und iii) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.

Erwerb der Kontrolle über ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen

11. Swisscom und Sixt beabsichtigen mit dem Zusammenschluss die Gründung eines Joint Venture, der Managed Mobility. Es ist vorgesehen, dass Swisscom und Sixt stimmen- und kapitalmässig [...] an der Managed Mobility halten werden. Der Verwaltungsrat wird aus mindestens [...] Mitgliedern bestehen, wovon [...] von Swisscom [...] Sixt nominiert wird. [...]. Die strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen können daher nur durch Kooperation der Unternehmen erfolgen. Swisscom und Sixt werden somit die gemeinsame Kontrolle über ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen übernehmen.

Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

12. Gemäss Praxis der WEKO liegt ein Vollfunktionsunternehmen dann vor, wenn es (i) als Nachfrager oder Anbieter am Markt und (ii) als selbständige wirtschaftliche Einheit auftritt, (iii) auf Dauer angelegt ist und (iv) über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen verfügt.¹

13. Es ist vorgesehen, dass die Managed Mobility im Vertragsgebiet Fuhrparkmanagement-Dienstleistungen gegenüber Dritten, Swisscom sowie Sixt zu marktüblichen Bedingungen anbieten wird. Diese Dienstleistungen umfassen insbesondere [...]. Die Managed Mobility wird folglich für diese Dienstleistungen als Anbieterin auf dem Markt auftreten.

14. Die Managed Mobility wird im Geschäftsfeld des Flottenmanagements, d.h. gegenüber Kunden, die einzig

solche Dienstleistungen nachfragen, als selbständige wirtschaftliche Einheit, unter eigenem Namen, unabhängig von den Parteien auf dem Markt auftreten. Sie wird eine eigene Geschäftspolitik verfolgen. [...]. Somit wird das Gemeinschaftsunternehmen als eigenständige wirtschaftliche Einheit aktiv und unabhängig im Markt tätig sein.

15. Die Managed Mobility ist auf Dauer angelegt. [...].

16. Die Parteien geben an, dass die Managed Mobility über eigenes Personal verfügen wird, [...].

17. Aufgrund der obigen von den Parteien gemachten Angaben ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt.

Einbringen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

18. Das Erfordernis nach Art. 2 Abs. 2 VKU, Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, wird in der Praxis der WEKO weit ausgelegt. Hierbei genügt bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-How.²

19. Dieses Erfordernis ist im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt, da – wie bereits erwähnt – die BFM sowie die Sixt Leasing (Schweiz) AG [...] in die Managed Mobility überführen werden. Und auch die [...] in das geplante Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden.

Fazit

20. Die Voraussetzungen der gemeinsamen Kontrolle, des Vorliegens eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens und des Einfließens der Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen sind erfüllt. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU bzw. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 VKU vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

21. 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

22. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

¹ RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

² RPW 2013/2, 245 Rz 27 m.v.V., *Orell Füssli/Thalia*.

23. Die beteiligten Unternehmen erzielten 2013 weltweit Umsätze von [...] (Swisscom-Gruppe [...]; Sixt-Gruppe [...]). Auf die Schweiz entfiel seitens der Swisscom-Gruppe ein Umsatz von [...] und seitens der Sixt-Gruppe [...].

24. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

25. 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).

26. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevanter Markt

27. 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). 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).

28. Die Managed Mobility wird Flottenmanagement-Dienstleistungen gegenüber Drittkunden, Swisscom und Sixt in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein erbringen, jedoch nicht als Leasinggeberin am Markt auftreten. Ihre Geschäftstätigkeiten werden lediglich dienstleistungs- und servicebezogen sein.

29. Im Rahmen früherer Beurteilungen von Zusammenschlussvorhaben hat die Wettbewerbskommission mehrheitlich dazu tendiert, innerhalb des Marktes für Leasing einen separaten nationalen Markt für Automobil-Leasing zu betrachten, welcher vom Mobilien- sowie dem Immobilien-Leasing abzugrenzen sei. Dieser Markt für Automobil-Leasing umfasse das Leasing von Fahrzeugen sowohl an Privatkunden als auch an Unternehmen, wobei Einzel- oder Flottenleasing möglich sei.³ Innerhalb des Flottenleasings finden sich die Geschäftstätigkeiten Leasing und Flottenmanagement.

30. Ob dieser Tendenz gefolgt werden soll und der Markt für Leasing in die Märkte Automobil-Leasing, Mobilien-Leasing und Immobilien-Leasing zu unterteilen ist, respektive ob dieser in der Vergangenheit tendenziell berücksichtigte Markt für Automobil-Leasing allenfalls selbst weiter zu segmentieren ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da der zu beurteilende Zusammenschluss unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.⁴ Swisscom ist im Markt für Automobil-Leasing nicht aktiv. Der Marktanteil von Sixt wird in diesem Markt auf unter

[0-5 %] geschätzt. Auch bei engerer Marktabgrenzung, beispielsweise unter Berücksichtigung eines nationalen Marktes für Flotten-Leasing, lägen die Marktanteile von Swisscom ebenfalls bei [0-5 %], diejenigen von Sixt immer noch deutlich unter [0-5 %]. Und auch bei engster Marktabgrenzung, unter Annahme eines nationalen Marktes für Fuhrparkmanagement-Dienstleistungen, lägen die geschätzten Marktanteile der Parteien basierend auf der Anzahl abgeschlossener Verträge für Fuhrparkmanagement bei [0-5 %] für Swisscom und bei deutlich unter [0-5 %] für Sixt. [...].

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

31. 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.

32. Die Märkte, auf denen Swisscom tätig ist, auf welchen jedoch weder Sixt noch das geplante Gemeinschaftsunternehmen tätig ist respektive sein wird, werden nicht näher beschrieben, da diese Märkte vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht berührt sind. Dies gilt auch für Märkte in denen Swisscom einen Marktanteil von über 30 % aufweist, da die Parteien folgendes bestätigt haben: Die Sixt ist auf keinem im Verhältnis zu diesen betroffenen Märkten vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig. [...]. Die Unternehmen verfügen [...] auf diesen Märkten und die Parteien bestätigen, nicht auf demselben sachlichen Markt tätig zu sein.

33. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Wie in Rz 30 ausgeführt, führt das Zusammenschlussvorhaben selbst bei engster Marktabgrenzung nicht dazu, dass der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen in der Schweiz auf über 20 % zu liegen käme. Eine Marktanteilsaddition ist von vornherein ausgeschlossen, da es bei den Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen keine Überschneidungen gibt. Genauso wenig verfügt eines der beteiligten Unternehmen über einen Marktanteil von über 30 % im relevanten Markt.

C Nebenabreden

34. Nebenabreden werden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle beurteilt, falls sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar zusammenhängen und in diesem Zusammenhang notwendig,

³ Vgl. RPW 2012/1, 122 Rz 17 ff., *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safral Luxembourg SA* i.V.m. RPW 2009/1, 73 Rz 58 ff., *BNP Paribas/Entités Fortis SA* und RPW 2007/1, 85 Rz 19 ff., *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

⁴ Vgl. hierzu unten, B.4.2.

d.h. verhältnismässig, sind. Die Beurteilung solcher Nebenabreden fällt abschliessend unter Art. 9 und 10 KG. Abreden, die die kumulativen Bedingungen des unmittelbaren Zusammenhangs und der Notwendigkeit erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen, 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.⁵

35. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung⁶ gerichtet.⁷

36. Wettbewerbsabreden sind nur dann Nebenabreden, wenn sie mit der Durchführung des Zusammenschlusses 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, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁸

37. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Nebenabrede der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.⁹ 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 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.¹⁰

38. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung vorgesehen sind. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sein und für diese als notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.¹¹ Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen abgesetzt bzw.

erbracht haben.¹² Dieselben Grundsätze gelten auch für Abwerbverbote.¹³

39. Bezüglich Nebenabreden gilt, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen.¹⁴ Die Zusammenschlussparteien verstehen gemäss Meldung folgende Vereinbarungen als Nebenabreden, welche sie als notwendige Geschäfts- und Vertrauensgrundlagen für die Zusammenarbeit betrachten.

40. [...].

41. Das Konkurrenzverbot sowie diese von den Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen sind als Nebenabreden im oben genannten Sinne zu qualifizieren und fallen unter das Konzentrationsprivileg.

D Ergebnis

42. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Für die Feststellung der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ist insbesondere ausschlaggebend, dass der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Swisscom und Sixt über die Managed Mobility zu keinen Marktanteilsadditionen führt, und dass selbst bei engster Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte identifiziert werden können. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind folglich nicht gegeben.

⁵ RPW 2014/1, 301 Rz 55, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; vgl. auch RPW 2012/1, 115 Rz 29 m.w.V., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁶ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 056/3 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend EU-Bekanntmachung).

⁷ RPW 2014/1, 301 Rz 56, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁸ RPW 2014/1, 301 Rz 57, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; EU-Bekanntmachung (Fn 6), Rz 12.

⁹ EU-Bekanntmachung (Fn 6), Rz 13.

¹⁰ RPW 2014/1, 301 Rz 58, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

¹¹ RPW 2013/4, 673 Rz 92, 95, *Mediaspectrum, Inc./Publigruppe S.A./xentive sa*.

¹² EU-Bekanntmachung (Fn 9), Rz 37.

¹³ RPW 2013/4, 673 Rz 92, 95, *Mediaspectrum, Inc./Publigruppe S.A./xentive sa*; EU-Bekanntmachung (Fn 9), Rz 41.

¹⁴ Meldeformular, Ziff. 7, <<http://www.weko.admin.ch/dienstleistungen/00106/index.html?lang=de>>

B 2.3

9. Anglo American/BHP Billiton/Samancor

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Dezember 2014

1. Am 5. Dezember 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine gemeinsame Meldung der Anglo American plc (nachfolgend: Anglo American) und der BHP Billiton über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den geplanten Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Anglo American und BHP Billiton (nachfolgend gemeinsam auch: Parteien) über Samancor Holdings Proprietary Limited (nachfolgend: Samancor Holdings), Groote Eylandt Mining Company Pty (nachfolgend: GEMCO), Samancor AG (nachfolgend: SAMAG) und deren jeweiligen Tochtergesellschaften (nachfolgend gemeinsam: Samancor), welche gegenwärtig von BHP Billiton alleine kontrolliert werden.

2. Anglo American ist eine in England und Wales eingetragene, börsennotierte Gesellschaft, welche weder alleine noch gemeinsam von einer anderen Gesellschaft kontrolliert wird. Anglo American ist eines der weltweit grössten Bergbauunternehmen, dessen Geschäftstätigkeiten sich über Südafrika, Süd- und Nordamerika, Europa, Asien und Australien erstrecken. Ihr Portfolio an Minenanlagen und natürlichen Ressourcen umfasst Platinmetalle, Diamanten, Kupfer, Eisenerz und Mangan (durch Samancor; vgl. unten, Rz 4), Hütten- und Kraftwerkskohle, Niobium und Nickel. Anglo American hat ebenfalls Beteiligungen an anderen Bergbau- und Industrieunternehmen. Von den durch Anglo American kontrollierten Gesellschaften haben die Folgenden ihren Sitz in der Schweiz: Schweizer Zweigniederlassung der De Beers S.A. mit Sitz in Luzern; De Beers Centenary AG mit Sitz in Luzern;¹ Element Six SA (nicht aktiv) mit Sitz in Carouge und PGI SA mit Sitz in Lausanne.

3. BHP Billiton² wird von keiner anderen Gesellschaft kontrolliert. Sie ist als sog. ASX Dual Listed Company strukturiert und besteht aus der BHP Billiton Limited mit Sitz in Melbourne, Australien, und der BHP Billiton Plc mit Sitz in London, Vereinigtes Königreich, welche beide börsennotiert sind.³ BHP Billiton ist ein global diversifiziertes Rohstoffunternehmen, dessen Geschäftsmodell auf Bündelungen von Rohstoffen, sog. Businesses, basiert. Diese Businesses sind Folgende: Erdöl und Kali; Kupfer (Abbau von Kupfer, Silber, Blei, Zink, Molybdän, Uran und Gold); Eisenerz; Kohle; Aluminium, Mangan (durch Samancor; vgl. unten, Rz 4) und Nickel.⁴ Von den durch BHP Billiton kontrollierten Gesellschaften verfügt lediglich die BHP Billiton Marketing AG, zentrale Ver-

triebs- und Vermarktungsgesellschaft der BHP Billiton, über einen Sitz in der Schweiz (Baar, Zug).

4. Samancor ist in der Produktion und Lieferung von Manganerz und Manganlegierungen aus Produktionsstätten in Südafrika und Australien tätig. In Südafrika erfolgen die Aktivitäten von Samancor über die Samancor Manganese Proprietary Limited (nachfolgend: Samancor Manganese), welche eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Samancor Holdings ist und eine Beteiligung von 74 % an der Hotazel Manganese Mines Proprietary Limited hält, die Manganminen betreibt und im Bereich Manganlegierungen tätig ist.⁵ In Australien ist Samancor im Bereich Manganerz über GEMCO und im Bereich Manganlegierungen über eine Tochtergesellschaft von GEMCO, die Tasmanian Electro Metallurgical Company, tätig. SAMAG mit Sitz in Baar ist die einzige in der Schweiz domizilierte Einheit von Samancor. SAMAG ist eine zentrale Vertriebsgesellschaft, die sich auf die Vermarktung und den Verkauf von Manganerz und Manganlegierungen spezialisiert hat.

5. Laut Meldung bestehen keine horizontalen Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten von Samancor und den Aktivitäten der Parteien, da weder Anglo American noch BHP Billiton in den Bereichen Manganerz und Manganlegierungen tätig sind. Des Weiteren bestehen gemäss Meldung keine vertikalen Beziehungen zwischen den Parteien und Samancor, da weder Anglo American noch BHP Billiton in vor- oder nachgelagerten Märkten derer, in welchen Samancor aktiv ist, tätig sind. Vorliegend werden daher lediglich diejenigen relevanten Märkte definiert, in welchen die Zielgesellschaft, d.h. Samancor, tätig ist.

6. Mangan, ein silberfarbenedes Metall, welches in seinen physischen und chemischen Eigenschaften dem Eisen ähnelt, ist das viertmeist verwendete Metall nach Eisen, Aluminium und Kupfer. Manganerz wird im Wesentlichen zur Herstellung von Manganlegierungen benötigt, welche wiederum hauptsächlich in der Stahlproduktion verwendet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die WEKO keine Marktabgrenzungen im Bereich Manganerz und Manganlegierungen vorgenommen. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat sich in früheren Entscheiden bereits mit Manganerz auseinandergesetzt. Im Entscheid BHP/Billiton hielt die EU-Kommission fest, dass die engste, mögliche sachliche

¹ Anglo American hat eine Beteiligung von 85 % an der in der Produktion von und im Handel mit Diamanten tätigen De Beers. Vgl. <<http://www.angloamerican.com/products/diamonds>> (15.12.2014).

² Vgl. dazu auch Case No COMP/M.2413 (2001), *BHP/Billiton*.

³ Die zwei Einheiten existieren als separate Gesellschaften, sind jedoch als Unternehmensgruppe unter der Bezeichnung BHP Billiton tätig.

⁴ Vgl. <<http://www.bhpbilliton.com/home/businesses/Pages/default.aspx>> (15.12.2014).

⁵ Samancor Manganese hat zudem eine Beteiligung von [...] % an der Majestic Silver Trading 40 Proprietary Limited, welche ihrerseits eine Beteiligung von 51 % an der im Abbau und der Produktion von Manganerz tätigen United Manganese of Kalahari Proprietary Limited hält.

Marktabgrenzung ein Markt für Manganerz (als ein von den Märkten für Mangan und für Manganlegierungen zu unterscheidender Markt) zu sein scheint.⁶ Im Entscheid Eramet/Tinfos unterschied die EU-Kommission zwei Haupttypen von Manganerz nach ihrem Manganengehalt, nämlich hochwertiges (high-grade) und geringhaltiges (low-grade) Manganerz, wobei sie festhielt, dass geringhaltige Erze ohne exzessive Kosten aufgewertet können und alle Manganerze die gleichen Anwendungsbereiche haben. Folglich erachtete die EU-Kommission – im Einklang mit dem früheren Entscheid BHP/Billiton – die Abgrenzung eines einzigen Produktmarktes für Manganerz als angebracht.⁷ In casu kann zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens von einem Markt für Manganerz ausgegangen werden. Angesichts der Nichtexistenz sowohl horizontaler als auch vertikaler Überschneidungen zwischen den Aktivitäten der Parteien und den Tätigkeiten von Samancor kann die genaue sachliche Marktabgrenzung betreffend Manganerz jedoch offengelassen werden.

7. Die EU-Kommission deutete im Entscheid BHP/Billiton bezüglich Manganlegierungen an, dass als engste, mögliche relevante Produktmärkte der Markt für Ferromangan mit hohem Kohlenstoffgehalt, der Markt für Ferromangan mit mittlerem/niedrigen Kohlenstoffgehalt und der Markt für Siliziummangan definiert werden könnten.⁸ Auch in der Entscheidung Eramet/Tinfos erwog die EU-Kommission zwischen diesen drei Legierungsarten zu unterscheiden. Sie hielt auch fest, dass sie im früheren Entscheid Groupement Européen du Manganèse von der Austauschbarkeit zwischen Ferromangan und Siliziummangan ausgegangen ist. In der gleichen Art haben die damaligen Parteien im Fall Eramet/Tinfos vorgebracht, dass Ferromangan mit hohem Kohlenstoffgehalt und Siliziummangan sowohl nachfrage- wie auch angebotsseitig austauschbar seien. Die EU-Kommission liess die genaue sachliche Marktabgrenzung letztlich mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.⁹ Vorliegend kann die genaue sachliche Marktabgrenzung in Bezug auf Manganlegierungen offengelassen werden, da sich das Ergebnis vorliegender Analyse nicht ändert, auch wenn die sachlich relevanten Märkte nach Legierungsarten abgegrenzt werden. Zudem entstehen durch das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen, da sich die Aktivitäten der Parteien und die Tätigkeiten von Samancor nicht überschneiden.

8. Die EU-Kommission hielt betreffend die räumliche Abgrenzung der Märkte für Manganerz und für Manganlegierungen (vgl. oben, Rz 6 bzw. Rz 7) in den bisherigen Entscheiden fest, dass diese Produkte in einer beschränkten Anzahl von Gebieten produziert und weltweit an Stahlproduzenten und andere Abnehmer verkauft werden, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung mangels Einfluss auf das Ergebnis jedoch offen.¹⁰ Im Entscheid Eramet/Tinfos anerkannte die EU-Kommission, dass starke Anzeichen für globale Märkte für Manganerz und für Manganlegierungen bestehen. Vorliegend kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da diese das Ergebnis der Analyse nicht beeinflusst und weder horizontale noch vertikale Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien und den Aktivitäten von Samancor bestehen.

9. Die volumenmässigen Marktanteile von Samancor in den weltweiten Märkten für Manganerz und für Manganlegierungen betragen im Jahr 2013 [10-20] % bzw. [0-10] %. Bei einer allfälligen Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte nach Legierungsart liegen die weltweiten Marktanteile von Samancor für Ferromangan mit hohem Kohlenstoffgehalt bei [5-15] %, für Ferromangan mit tiefem/mittlerem Kohlenstoffgehalt bei [0-10] % und für Siliziummangan bei [0-10] %. Die Anteile von Samancor bleiben damit unter den Schwellenwerten von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

10. Samancor liefert weder Manganerz noch Manganlegierungen physisch in die Schweiz; die in der Schweiz ansässigen Kunden von Samancor sind hauptsächlich Händler, welche die Manganerzeugnisse an Kunden ausserhalb der Schweiz verkaufen. Manganerz wird nach Wissensstand der Parteien weder von Produzenten noch von Händlern physisch in die Schweiz geliefert und den Parteien sind in der Schweiz keine Raffineriekapazitäten bekannt, die Manganlegierungen herstellen könnten. Manganlegierungen werden gemäss Meldung in der Schweiz in geringen Mengen verbraucht; im Jahr 2013 waren dies ca. 6'400 t Siliziummangan und ca. 7'800 t Ferromangan mit hohem Kohlenstoffgehalt.¹¹ Den Parteien sind allerdings sowohl die Lieferanten wie auch die Endkunden in der Schweiz unbekannt.

11. Nach Angaben von BHP Billiton verfügt BHP Billiton in keinem Produktmarkt über einen Anteil von [...] % oder mehr in der Schweiz. Gemäss Anglo American verfügt Anglo American in keinem Produktmarkt über einen Anteil von [...] % oder mehr mit Lieferungen an Kunden in der Schweiz, mit der möglichen Ausnahme von Diamanten. Da weder BHP Billiton noch Samancor in diesem Bereich tätig sind, entstehen in casu keine Marktanteilsadditionen.

12. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in der Schweiz, da durch dieses keine Marktanteilsadditionen und keine betroffenen Märkte entstehen. Weder Anglo American noch BHP Billiton sind in den gleichen Märkten wie Samancor oder in einem diesen vor- oder nachgelagerten Markt tätig. 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 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sind daher nicht gegeben.

⁶ Case No COMP/M.2413 (2001), Rz 22, *BHP/Billiton*.

⁷ Case No COMP/M.5179 (2008), Rz 12 f., *Eramet/Tinfos*.

⁸ Case No COMP/M.2413 (2001), Rz 22, *BHP/Billiton*.

⁹ Case No COMP/M.5179 (2008), Rz 14 ff., *Eramet/Tinfos*.

¹⁰ Case No COMP/M.2413 (2001), Rz 23, *BHP/Billiton*; Case No COMP/M.5179 (2008), Rz 18 ff., *Eramet/Tinfos*.

¹¹ Dies entspricht zusammen weniger als 0,1 % des weltweiten Verbrauchs an Manganlegierungen. Quelle laut Meldung: International Manganese Institute, <<http://www.manganese.org/>>.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 2 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale

C 2	1. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Januar 2015 – Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)
-----	---

Urteil vom 28. Januar 2015 des Bundesgerichts in Sachen Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Bern (Beschwerdeführer) gegen Eli Lilly (Suisse) SA, in Vernier, vertreten durch [...] und Wettbewerbskommission in Bern betreffend Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen betreffend Cialis, Levitra und Viagra), Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Pfizer AG (Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer); diese sind (nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; zu den Stofflisten und Kategorien vgl. Art. 20 i.V.m. Art. 23-27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 hat das Sekretariat gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123) eröffnet. Am 2. November 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv verfügt:

„1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichende und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt [...] werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation].“

C.

Die Sanktionsverfügung hat Eli Lilly am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Dieses hat am 3. Dezember 2013 folgenden Entscheid gefällt:

„1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufgehoben.

2. Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von [...] auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von [...] verrechnet. Der Restbetrag von [...] wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine leicht reduzierte Parteientschädigung von Fr. 50'000.-- (inkl. MWST) zugesprochen.

4. [Mitteilung].“

Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme.

D.

Am 24. Januar 2014 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 (B-360/2010) aufzuheben und die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes für anwendbar zu erklären sowie die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das WBF vertritt die Auffassung, dass keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG vorhanden seien.

E.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie stellte zudem folgenden Verfahrens Antrag: „Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Falle einer Entscheidungspublikation offen zu legen“. Die Vorinstanz, die WEKO, das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

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 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (BGE 127 II 32 E. 1b S. 35 f.; a.A. - rein teleologisch argumentierend - z.B. Peter Hänni/Andreas Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, Rz. 478 m.w.H.).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. 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. Die WEKO hat in ihrer Sanktionsverfügung festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen habe und somit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege, weshalb diese entsprechend Art. 49a KG sanktioniert werde. Sie ortete den kartellrechtlichen Verstoss in der Veröffentlichung der Publikumspreisempfehlung und deren gleichzeitigen Befolgung durch Apotheken und selbstdispensierende Ärzte; angesichts der gleichgerichteten Interessenlage von Pharmaherstellerinnen und Verkäufern hätte sich die Verhaltensabstimmung wie ein Festpreis ausgewirkt. Die Vorinstanz ist demgegenüber davon ausgegangen, dass Vorschriften vorliegen würden, welche nach Art. 3 Abs. 1 KG dem KG vorgehen würden. Der Beschwerdeführer vertritt wiederum die Position der WEKO. Die Beschwerdegegnerin stimmt dagegen mit der vorinstanzlichen Auffassung überein.

2.2. Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b).

2.2.1. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch „die sichtbare Hand des Rechts“ (Ernst-Joachim Mestmäcker, 1978) ersetzt wird, allerdings nur soweit als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1994 I 468, 537 f. [nachfolgend: Botschaft KG]; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N. 279 f.; PATRIK DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2008, S. 282 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, S. 28 f.; Markus Schott, Staat und Wettbewerb, 2010, S. 519; GERMAN GRÜNIGER, Nachfragemacht des Staats im Kartellrecht, 2003, S. 189 Rz. 511; RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, 2000, S. 166 ff.; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2012, Rz. 581; JÜRIG BORER, Kommentar KG, in: Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl. 2011, N. 2 i.f., 5 ad Art. 3; VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 29 ff., insbes. 32 ad Art. 3 Abs. 1 LCart; RETO JACOBS, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in: Poledna/Jacobs [Hrsg.], Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, 2010, S. 1 ff., 5 N. 8; PETER MÜNCH, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK KG], 2010, N. 6 ff. ad Art. 3 Abs. 1). Insofern ist nicht nur zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, wieweit sie dies tun (vgl. MÜNCH, a.a.O., N. 6 ad Art. 3 Abs. 1).

2.2.2. Für die Beurteilung der Reichweite sind nur solche staatliche Regulierungen zu berücksichtigen, welche darauf abzielen, ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs („Marktersatz durch Normen“: WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, 1994, S. 273; RENTSCH, a.a.O., S. 179 f. FN 784) zu korrigieren (vgl. Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.80; MÜNCH, a.a.O., N. 7 i.f. ad Art. 3 Abs. 1; BORER, a.a.O., N. 4 ad Art. 3; RENTSCH, a.a.O., S. 164, 179 i.f.; OLIVIER SCHALLER/CHRISTOPH TAGMANN, Kartellrecht und öffentliches Recht - neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, AJP 2004, 704 ff., 707 lk. Sp.; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 8 f. ad Art. 3 Abs. 1 LCart; siehe auch Botschaft KG, BBI 1994 I 539). Der Begriff des Marktversagens findet sich nicht in Art. 3 Abs. 1 KG; die Botschaft führt für die Begründung des Vorbehalts nach Art. 3 Abs. 1 Ingress KG dazu aus: „Die [staatlichen] Eingriffe erfolgen [...] in Bereichen, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag“ (Botschaft KG, BBI 1994 I 537). Marktversagen besteht demnach dann, wenn Fehlleistungen der marktwirtschaftlichen Steuerung vorliegen, die zu Wohlfahrtsverlusten führen (vgl. RENÉ L. FREY, Wirtschaft, Staat und Wohlfahrt, 11. Aufl. 2002, S. 291 m.w.H.; KINGA GUDZEK, Binnenmarkt, unverfälschter Wettbewerb und Marktversagen, 2012, S. 74; INGO SCHMIDT, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Eine interdisziplinäre Einführung, 9. Aufl. 2012, S. 44-59 i.V.m. S. 14-30; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rz. 5, § 4 Rz. 84 und § 27 Rz. 2; siehe auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, 1996 [1. Lieferung] und 1997 [2. Lieferung], N. 13 ad Art. 3). Sozial unerwünschte Verteilungen sind dann gegeben, wenn „das Marktsystem nicht in der Lage ist, höherstehenden Interessen [...] Rechnung zu tragen“ (Botschaft KG, BBI 1994 I 538; siehe auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 1.80). Auch hier erfolgen staatliche Eingriffe. Wann ein Marktversagen bzw. sozial unerwünschte Verteilungen vorliegen, bestimmt der Gesetzgeber.

2.2.3. Entsprechend der Intention der Revision und des Wortlauts („soweit ... nicht zulassen“) des Kartellgesetzes von 1995 ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Dasselbe ergibt sich entsprechend der Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und 96 Abs. 1 BV) auch aus dem Zweck und der verfassungskonformen Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516; Botschaft KG, BBI 1994 I 536; BORER, a.a.O., N. 5 ad Art. 3; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 39 ad Art. 3 Abs. 1 LCart; JACOBS, a.a.O., Rz. 8; GRÜNIGER, a.a.O., Rz. 517; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 1.84). Ein Ausschluss ist deshalb nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (vgl. z.B. BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516; RENTSCH, a.a.O., S. 176 f., 209; MÜNCH, a.a.O., N. 4 ad Art. 3 Abs. 1; so klar bereits Botschaft KG, BBI 1994 I 537). Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG anwendbar.

2.2.4. Die Reichweite des Ausschlusses von Wettbewerb ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.2 S. 515; MÜNCH, a.a.O. N. 7 ad Art. 3 Abs. 1; BORER, a.a.O., N. 4 ad Art. 3; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 17 ad Art. 3 Abs. 1 LCart). Es ist zu prüfen, ob das Gesetz den Wettbewerb ausschliessen wollte. Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente eruierte Normsinn (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.2 i.f. S. 515); es geht mithin um die Auslegung einer generell-abstrakten Norm, die für einen bestimmten Markt für Waren oder Leistungen möglicherweise Anwendung finden soll (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 278).

2.2.5. Vorschriften, welche vorbehalten werden, sind generell-abstrakte Vorschriften. Das sind zum einen die referendumpflichtigen Gesetze, zum anderen Verordnungen, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügen (vgl. etwa MÜNCH, a.a.O., N. 10 ad Art. 3 Abs. 1).

Im vorliegenden Fall nennt die Vorinstanz Bundeserlasse, welche vorbehalten sind; es besteht diesbezüglich kein Anlass, kantonale oder kommunale Vorschriften in Betracht zu ziehen; es ist deshalb nicht zu prüfen, ob auch solche vorbehalten werden (in diesem Sinne BGE 129 II 497 E. 3.3.4 S. 516 mit der herrschenden Lehre; a.A. JACOBS, a.a.O., passim).

2.2.6. Sind Vorschriften vorbehalten, besteht die Rechtsfolge darin, dass die vorbehaltenen Vorschriften Anwendung finden und das KG zurückzustehen hat (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 281).

2.2.7. Zusammengefasst ist festzuhalten: Art. 3 Abs. 1 KG ist im Grund genommen nichts anderes als - angesichts vielschichtiger Problemlagen im Bereich des Marktversagens bzw. sozial unerwünschter Verteilungen (vgl. Botschaft KG, BBI 1994 I 539) - eine komplizierte Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des KG (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 1.87; als einfacheres Beispiel etwa Art. 2 ChemG [SR 813.1]). Die Verwaltungsbehörden und die Gerichte haben deshalb nicht zu beurteilen, ob im konkreten Bereich bzw. im konkreten Fall tatsächlich ein Marktversagen vorliegt (vgl. WEBER, a.a.O., S. 46; ZÄCH, a.a.O., N. 281; SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 14 ad Art. 3).

2.3.

2.3.1. Der Kartellgesetzgeber hat bereits auf Gesetzesebene die vorbehaltenen Vorschriften mit zwei Beispielen konkretisiert: zum einen mit Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG); eine solche liegt dann vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften festgelegt werden (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; ZÄCH, a.a.O., N. 284; MÜNCH, a.a.O., N. 15 ad Art. 3 Abs. 1; ROMINA CARCAGNI/MICHAEL TREIS/ANGELA DURRER/PETRA HANSELMANN, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Handkommentar, 2007, N. 4 ad Art. 3; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 36 ff. ad Art. 3 Abs. 1 LCart); staatliche Markt- und Preisordnungen schliessen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig aus (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 8 ad Art. 3); zum an-

deren mit Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Entscheidend ist dabei, dass solchen Unternehmen durch rechtliche Vorschriften eine wettbewerbliche Sonderstellung zukommt (vgl. ZÄCH, a.a.O., N. 287 i.f.; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 40 ff. ad Art. 3 Abs. 1 LCart). Besondere Rechte sind insbesondere staatliche Monopole und Regale (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 515).

2.3.2. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass nur die beiden Ausnahmen des lit. a und b gegeben seien (vgl. etwa MÜNCH, a.a.O., N. 13 ad Art. 3 Abs. 1; SCHOTT, a.a.O., Rz. 846 i.f.; RENTSCH, a.a.O., S. 216; SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 12 ad Art. 3). Die Vorinstanz stellt demgegenüber eine weitere Kategorie fest: Es bestünden auch gesundheitspolizeiliche Ausnahmebereiche, die in ihrer Regulierungsdichte gewisse Formen wirksamen Wettbewerbs faktisch unmöglich machen können und deshalb ebenfalls als vorbehaltene Normen zu gelten hätten.

2.4.

2.4.1. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 KG sind normtheoretisch zwei Arten von Normen zu unterscheiden: zum einen Normen, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen; es liegt eine klassische Normkollision vor; zum anderen Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen; es liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor (vgl. zum Ganzen KLAUS F. RÖHL/HANS CHRISTIAN RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 596 ff.; JAN C. JOERDEN, Logik im Recht, 2005, S. 123 ff.; ROLF WANK, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008 S. 96 ff. bzw. 100 f.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 112; KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87 ff., 91 und 155; HANSJÖRG SEILER, in: Kommentar USG, N. 12 ff. ad Art. 3; zur Normkollision HANS KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen, 1990, S. 99 ff.; DIRK HECKMANN, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 142 f.). Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen (auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen ist Wettbewerb bzw. Modifikationen des Wettbewerbs [bis zum Ausschluss] vorgesehen), wenn also eine Normkollision vorliegt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 1; MARC AMSTUTZ, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996, S. 883 ff., 885; SCHOTT, a.a.O., Rz. 846); diesbezüglich ist zu entscheiden, ob die wettbewerbsausschliessenden Normen oder das KG Anwendung findet. Art. 3 Abs. 1 KG hat sich für jene entschieden.

Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 S. 207; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3 i.f.; MARTENET/CARRON, a.a.O., N. 22 ad Art. 3 Abs. 1 LCart;

siehe auch RENTSCH, a.a.O., S. 201). Sie haben demzufolge nicht eine preis- und wettbewerbsrechtliche Ordnung zum Regelungsgegenstand, sondern eine andere Ordnung (als Beispiel: BGE 137 II 199: Fernmelderecht neben Kartellrecht). Die Normen, welche zum KG hinzutreten, müssen deshalb nicht vorbehalten werden, da sie ohnehin unabhängig vom KG Anwendung finden.

Da nur wettbewerbsmodifizierende Normen in Konflikt mit dem KG kommen können, muss nur zwischen diesen eine Lösung gefunden werden. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, welche zum KG hinzutreten, stellen insofern keine neue Kategorie der in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern sind Normen, welche parallel zum KG anwendbar sind und auch vollumfängliche Anwendbarkeit zwecks Erfüllung ihres Verfassungsauftrags (z.B. Gesundheitsschutz) erheischen.

Auch wenn parallel anwendbare Normen nicht vorbehalten sind, ist es theoretisch nicht ausgeschlossen, dass diese „wettbewerbsbindernd“ sein können. Allerdings bilden die parallel anwendbaren Normen in der Regel die Rahmenordnung, innerhalb derer Wettbewerb stattzufinden hat. In jedem Fall wird die parallele Ordnung nicht vorbehalten; diese und das KG sind beide anwendbar und im Einzelfall ist zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können (dazu SEILER, a.a.O., N. 14 petit ad Art. 3).

2.4.2. Methodisch ist deshalb zunächst zu prüfen, ob neben dem KG Vorschriften für einen bestimmten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen vorliegen und ob der Sinn dieser Normen Wettbewerb nicht zulässt. Wenn dies zutrifft, ist zu evaluieren, ob die konkrete Ware bzw. Leistung überhaupt unter diese Vorschrift fällt (z.B. stellt die Ware ein Heilmittel dar, wenn die vorbehaltene Vorschrift eine heilmittelwettbewerbsrechtliche Vorschrift wäre). Es ist indessen nicht zu prüfen, ob die konkrete Handlung mit einer bestimmten Ware in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst; dies ist Gegenstand des 2. Kapitels des KG (Art. 5 ff. KG). Sofern der Sinn der neben dem KG anwendbaren Norm nicht wettbewerbsrechtlicher Natur ist, ist diese neben dem KG ohne weiteres anwendbar.

3.

3.1. Als vorbehaltene Vorschriften nennt die Vorinstanz Vorschriften des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) und der Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV; SR 812.212.5), insbesondere Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG und dessen Konkretisierung in der AWV.

3.2. Bevor die Vorinstanz sich mit der Frage der vorbehaltenen Normen näher auseinandergesetzt hat, ging sie auf die strittige Abgrenzung des relevanten Marktes ein.

Dies ist indes nicht notwendig. Zwar spricht Art. 3 Abs. 1 KG von „einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen“. Der Markt ist indes im Hinblick auf die vorbehaltene Norm zu bestimmen, und diese regelt nur in generell-abstrakter Weise den Umgang mit einer Ware (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 278). Das HMG spricht deshalb grundsätzlich nicht von Medikamenten gegen erektile Dysfunktionen, sondern von Arzneimitteln, von Medizinprodukten, von verschreibungspflichtigen oder nicht

verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Die Bestimmung des relevanten Marktes knüpft an die Sicht der Marktgegenseite an (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 S. 93) und fokussiert somit auf einen strittigen Einzelfall. Bei den vorbehaltenen Normen geht es dagegen - wie bereits ausgeführt - nicht um einen Einzelfall, sondern um generell-abstrakte Normen, mit welchen die Kollisionen zwischen mehreren Normen, welche den gleichen Sachverhalt unterschiedlich beurteilen, aufgelöst werden sollen.

3.3. Die Vorinstanz sieht in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG eine vorbehaltene Vorschrift. Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG lautet:

² Unzulässig ist Publikumswerbung für Arzneimittel, die:

a. nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen;

Art. 32 HMG handelt von der unzulässigen Werbung und findet sich im 5. Abschnitt (Werbung und Preisvergleiche) des 2. Kapitels, das von Arzneimitteln handelt. In Art. 31 HMG ist der Grundsatz der Werbung enthalten.

3.3.1. Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, dass es sich bei den von der Vorinstanz angerufenen Normen nicht um eine Kollisionsnorm handelt; vielmehr stehe das HMG in positiver Normenkonkurrenz zum KG; dabei sei jenes mit dem Wettbewerb nicht schlichtweg nicht vereinbar, weshalb keinesfalls von vorbehaltenen Normen gesprochen werden könne.

3.3.2. Nach dem Wortlaut ergibt sich, dass Publikumswerbung für Arzneimittel unzulässig ist, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Es handelt sich um Werbung, die sich an die Öffentlichkeit richtet; diese ist untersagt bei Arzneimitteln, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Nach dem Wortlaut ist es naheliegend, dass das Publikumsverbot mit dem Gesundheitsschutz zusammenhängt; es gilt nur bei Arzneimitteln, die ärztlich verschrieben werden.

3.3.3. Der Bundesrat begründete das Publikumsverbot für rezeptpflichtige Arzneimittel nach Art. 32 Abs. 2 lit. a E-HMG (= Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG) damit, dass Patienten aufgrund der Werbebotschaften die für die Verschreibung und Abgabe verantwortlichen Fachpersonen derart beeinflussen würden, dass diese ihren Entscheid nicht mehr gestützt auf ihr Fachwissen, sondern gemäss der durch die Werbung bei den Patienten erzeugten Erwartungen fällen würde (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG] vom 1. März 1999 [nachfolgend: Botschaft HMG], BBl 1999 III 3453, 3518; siehe auch URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittel-Werbeverordnung, Handkommentar, 2006, N. 5 ad Art. 14; Urteil 2A.20/2007 vom 9. Mai 2007 E. 4). Insofern handelt es sich dabei klarerweise nur um ein gesundheitspolizeiliches Postulat. Bestätigt wird dies auch in den bundesrätlichen Ausführungen zum Zweck des HMG. Mit dem Verbot irreführender Werbung „soll verhindert werden, dass die Konsumentin oder der Konsument falsche Erwartungen beispielsweise an die Qualität, die Wirksamkeit, die Zusammensetzung oder auch die Unbedenklichkeit eines Heilmittels hat“ (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 5 ad Art. 14). In Bezug auf den Zweck des Gesetzes äussert sich sodann der Bundesrat explizit zum Verhältnis zum Wettbewerbsrecht: „es soll der freie

Markt spielen, wobei die Rahmenbedingungen durch die Wettbewerbsbehörde überwacht werden sollen“ (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485).

3.3.4. In Bezug auf das teleologische Argument ist vorab darauf hinzuweisen, dass - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - aus dem Zweckartikel des HMG nicht geschlossen werden kann, dass das HMG keine wettbewerbsausschliessende Norm enthält. Der Zweck des Gesetzes muss mit dem Zweck einer einzelnen Norm nicht übereinstimmen, jener kann diesem gar entgegenstehen (vgl. prägnant ERNST HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, 1993, S. 217 Rz. 90 f.). Massgebend ist deshalb hier die von der Vorinstanz angerufene Norm.

Aus teleologischer Sicht werden die bisherigen Erkenntnisse bestätigt: Art. 32 HMG konkretisiert die Vorgaben des Zweckartikels (Art. 1 HMG; vgl. URS JAISLI, in: Eichenberger/Jaisli/Richli [Hrsg.], Basler Kommentar Heilmittelgesetz, 2006 [BSK HMG], N. 1 ad Art. 32; siehe auch EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 5 ad Art. 1; dieselbe, Werbung für Heilmittel, in: Poledna, Gesundheit und Werbung, 2005, S. 61 ff., 64 f.). Das Publikumsverbot für rezeptpflichtige Arzneimittel basiert auf dem Schutz der öffentlichen Gesundheit (vgl. BGE 129 V 32 E. 6.4.1 S. 48) und dem Schutz der Konsumenten vor Täuschung über Qualität, Wirksamkeit und Sicherheit von Arzneimitteln (vgl. Urteil 2A.607/2005 vom 23. Juni 2006 E. 2, in: sic! 2007, S. 126 ff.; URS JAISLI, BSK HMG, a.a.O., N. 17 ad Art. 31; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 44 ad Art. 2; siehe auch bereits zum alten, kantonalen Recht BGE 123 I 201 E. 4 S. 205 f.). Dementsprechend hat das HMG auch folgerichtig darauf verzichtet, Regelungen gegen überhöhte Preise und der so genannten Preisbindung zweiter Hand (= d.h. die Einhaltung des gleichen Endverkaufspreises durch alle Detailgeschäfte) einzuführen (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485). Insofern ist also - wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht - gestützt auf Art. 32 HMG eine Preisbindung zwischen den Verkaufsstellen für verschreibungspflichtige Arzneimittel (Art. 24 Abs. 1 lit. b sowie lit. a i.V.m. Art. 30 HMG: Apotheken und selbstdispensierende Ärzte) nicht gewollt, vielmehr soll zwischen diesen Preiswettbewerb herrschen. Verdeutlicht wird diese durch Art. 1 HMG gegebene Ausrichtung des Art. 32 HMG auf den Gesundheits- und Täuschungsschutz auch dadurch, dass der Bundesrat und das Parlament die im Vorentwurf enthaltene Wettbewerbsregelungen nicht übernommen haben und den Geltungsbereich ausdrücklich auf den erwähnten Gesundheitsschutz eingegrenzt haben (vgl. URS JAISLI, BSK HMG, a.a.O., N. 2 ad Vor Art. 31-33; siehe auch Botschaft HMG, BBl 1999 III 3457).

3.3.5. Art. 32 HMG, welcher die unzulässige Werbung regelt, stellt die Ausnahmeregelung dar; der Grundsatz der Werbung findet sich in Art. 31 HMG:

¹ Grundsätzlich zulässig ist:

a. Werbung für alle Arten von Arzneimitteln, sofern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben;

b. Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel.

² Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel.

³ Er kann zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung die Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen beschränken oder verbieten sowie für die grenzüberschreitende Werbung Bestimmungen erlassen.

Mit dem systematischen Element wird bestätigt, was der Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG bereits nahegelegt hat: Werbung ist grundsätzlich zulässig; Ausnahmen davon ergeben sich aus Gründen des Gesundheitsschutzes, was mit Art. 31 Abs. 3 HMG zusätzlich bestätigt wird. Durch die ausdrückliche Nennung der „Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel“ (Art. 31 Abs. 1 lit. b HMG) bestimmt Art. 31 HMG, dass Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel unzulässig ist (e contrario Argument). Das Verbot hängt insofern mit der Verschreibung von Arzneimitteln zusammen; Patienten sollen nicht durch Werbung beeinflusst werden, um den Verschreibenden wiederum zu beeinflussen. Im systematischen Element bestätigen sich die bisherigen Ausführungen. Aus der verfassungskonformen Auslegung ergeben sich sodann keine neuen Erkenntnisse.

3.3.6. Auch die AWW enthält keine Wettbewerbsnormen. Sie konkretisiert den Begriff der Werbung (Art. 2 AWW) und regelt die Anforderungen an die verschiedenen Werbungen. Im Bezug auf die Publikumswerbung bezeichnet sie die verschiedenen Arten (Art. 15 AWW), die Anforderungen (Art. 16 AWW), die Beschränkungen (Art. 17 ff. AWW) sowie die unzulässigen Werbeelemente (Art. 22 AWW). Abgesehen davon müsste bereits die Delegationsgrundlage (Art. 31 ff. HMG) eine Wettbewerbsnorm sein, was - wie dargelegt - nicht zutrifft.

3.3.7. Nebenbei zieht die Vorinstanz in Betracht, allerdings ohne dies abschliessend zu begründen, dass ein Konglomerat aus verschiedenen Normen, die das Arzt-Patientenverhältnis umschreiben, ebenfalls eine vorbehaltene Norm darstellen könnte. Aber auch hier gilt: Bei allen Normen handelt es sich entweder um gesundheitspolizeiliche Vorschriften oder um Vorschriften zum Schutz des Konsumenten bzw. zum Schutz von Treu und Glauben und somit nicht um Wettbewerbsnormen.

3.3.8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das HMG und die darauf gestützte AWW keine „Wettbewerbsnormen“ im eigentlichen Sinn enthalten; insofern ist das HMG eine zum KG parallele Normenordnung, die den Sachverhalt im Gegensatz zum KG nach anderen, d.h. gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten regelt, weshalb positive Normenkonkurrenz vorliegt und es sich dabei um keine vorbehaltenen Normen i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG handelt. Dasselbe würde in Bezug auf die Normen gelten, welche das Arzt-Patientenverhältnis umschreiben.

4.

4.1. Diese Auffassung teilt die Vorinstanz nicht: Diese geht davon aus, dass das in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG (i.V.m. Art. 14 und 21 AWW) verankerte Publikumsverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes im Ergebnis eine praktisch preiswettbewerbsfreie Sphäre schaffe, was zweifellos einen einschneidenden Eingriff in

den Wettbewerb, insbesondere in die Wirtschaftsfreiheit bedeute. So erlaube das aus gesundheitspolizeilichen Gründen eingeführte Publikumsverbot keine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten und lasse keine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz herstellen, welche aber unabdingbare Voraussetzung eines wirksamen Intra-brand Preiswettbewerbs unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten wäre. Sinnvoller Intra-brand Preiswettbewerb erscheine bereits im Ansatz illusorisch. Dafür spreche auch der Umstand, dass der Bundesrat in Art. 31 Abs. 2 HMG beauftragt werde, die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu regeln; denn dieser bisher noch nicht umgesetzte Auftrag könne sinnvollerweise nur als Korrektiv gegen fehlenden Preiswettbewerb verstanden werden. Ob damit bereits von einer vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen sei, könne indes offengelassen werden, wenn die Wirkung des Publikumsverbot vor dem Hintergrund des „Schamfaktors“ beleuchtet werde. Dieser sei als wettbewerbserschwerende psychologische Grösse ein Parameter von nicht zu unterschätzender Relevanz. Ein ärztliches Rezept für Medikamente gegen erektile Dysfunktion werde vom Patienten in der Regel als schamerregendes „Attest“ seiner „Impotenz“ oder gar als „Unzulänglichkeiten als Mann“ aufgefasst, weshalb die Möglichkeit dieser Patienten, nach dem Preis bei Apotheken oder selbstdispensierenden Ärzten nachzufragen, um sich so ein Bild über die Preisverhältnisse und eine allfällige Rabattbereitschaft der „Verkaufsstellen“ machen zu können, vernachlässigt werden könne. Der Restwettbewerb, wonach Patienten „herumtelefonieren“ könnten, könne wohl kaum ernsthaft als Preiswettbewerb bezeichnet werden. Insgesamt dürfte der Schamfaktor deshalb regelmässig dazu führen, dass die ohnehin schon aufgrund des Werbeverbots äusserst stark eingeschränkte Preistransparenz durch das Konsumentenverhalten nochmals eingeschränkt werde, so dass wohl kaum mehr ausreichende Preistransparenz vorliegen dürfte, weshalb das KG in der strittigen Konstellation nicht anwendbar sei, was der angefochtenen Verfügung die Grundlage entziehe.

4.2. Dieser Argumentation ist neben der bereits oben dargelegten Auslegung auch aus folgenden Gründen nicht zu folgen:

4.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Wettbewerbsausschluss bzw. die „Verunmöglichung“ oder Verminderung des Wettbewerbs aus dem Normsinn der nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Norm ergeben muss. Ein „Schamfaktor“ als wettbewerbsausschliessendes Element ist deshalb nur dann relevant, wenn sich dieses aus der Norm zumindest ableiten lässt. Dies trifft nicht zu: Die von der Vorinstanz genannten Bestimmungen regeln die Werbung, näherhin das Publikumsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Adressat dieser Regelung ist, wer Arzneimittel in Verkehr bringt und nicht der Patient. Mit dem Publikumsverbot soll zudem nicht in irgendeiner Form Scham ausgelöst, gefördert oder verstärkt werden. Das Publikumsverbot hat vielmehr den Schutz der Patienten im Blick (vgl. BGE 129 V 32 E. 6.4.1 i.f. S. 48): Die von Werbebotschaften beeinflussten Patienten sol-

len nicht derart auf die für die Verschreibung und Abgabe verantwortlichen Fachpersonen einwirken können, dass diese ihren Entscheid nicht mehr gestützt auf ihr Fachwissen, sondern gemäss der durch die Werbung bei den Patienten erzeugten Erwartungen fällen (vgl. z.B. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 5 ad Art. 14). Dass der Patient - nach Auffassung der Vorinstanz - Scham empfindet, ist deshalb nicht Folge der Norm, sondern Folge seiner erektilen Dysfunktion in Verbindung mit seiner psychischen Konstitution. Insofern ist der „Schamfaktor“ eine empirische Erscheinung, die allenfalls das Funktionieren des Wettbewerbs einschränken könnte, aber keineswegs eine wettbewerbsausschliessende Norm.

4.2.2. Die Vorinstanz behandelt die Frage der vorbehaltenen Norm nach Art. 3 Abs. 1 KG implizit weitgehend als Vorfrage zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 f. KG. Wie bereits mehrfach dargelegt, ist im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 KG jedoch nicht zu prüfen, ob die konkrete Handlung mit einer bestimmten Ware in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst; dies ist Gegenstand des 2. Kapitels des KG (Art. 5 ff. KG).

4.2.3. Wettbewerb liegt dann vor, wenn die Nachfrageseite Wahl- und Ausweichmöglichkeiten in Bezug auf die angebotene Ware hat, sie also unter mehreren Angeboten auswählen kann; die Angebotsseite versucht deshalb, ein Angebot zu unterbreiten, das ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis aufweist als die Angebote der Konkurrenten (vgl. SCHMIDT, a.a.O., S. 1 f.; ZÄCH, a.a.O., N. 10; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 1.1 ff.).

Nach Auffassung der Vorinstanz schaffe das Verbot der Publikumswerbung praktisch eine preiswettbewerbsfreie Sphäre, es erlaube keine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten und daher lasse sich keine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz herstellen.

Mit dem Verbot der Publikumswerbung fehlt zwar der Angebotsseite eines ihrer wirksamsten Instrumente, um ihre Angebote bekannt zu machen, und die Nachfrageseite hat demzufolge geringeres Wissen (nur bezüglich Preis) über die Angebote. Damit geht indes - wie bereits dargelegt - kein Wettbewerbsausschluss einher; der Wettbewerb ist lediglich weniger breit. Dies zeigt sich u.a. auch an Folgendem: Verkaufskataloge und Preisliste (Art. 1 Abs. 2 lit b AWV), welche einen Überblick über die Preise der Arzneimittel geben sowie elementare Bestandteile jeder Handelstätigkeit und unerlässliche Hilfsmittel für den Verkauf sind, fallen nicht unter die Publikumswerbung. Sie stellen aus arzneimittelrechtlicher Sicht Arzneimittelwerbung dar, da sie dazu dienen, den Absatz der angebotenen Produkte zu fördern (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 27 f. ad Art. 1). Diese Werbung ist zulässig, wenn die medizinischen Angaben, d.h. Angaben zu Eigenschaften, Anwendungsgebieten und Wirkungen des erwähnten Arzneimittels, fehlen, was bei verschreibungspflichtigen Medikamenten nicht relevant ist, da Patienten über diese Angaben durch den Arzt ohnehin informiert werden. Sodann besteht auch die Möglichkeit nach Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV über Gesundheit oder über Krankheiten in allgemeiner Art zu informieren, sofern weder direkt noch indi-

rekt auf bestimmte Arzneimittel Bezug genommen wird (dazu Urteil 2A.63/2006 vom 10. August 2006 E. 3.6.4 i.f.). Ferner fällt das blosses Bekanntmachen im Sinne einer Mitteilung nicht unter die Werbung (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., N. 8 ad Art. 2). Anbieter können mit diesen Instrumenten Nachfrager informieren und diese können sich damit über die verschiedenen Angebote informieren. Schliesslich bestehen auch noch - wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt - verschiedene Möglichkeiten, dass Patienten (anonym) Angebote einholen können, was im Übrigen nicht nur bei Medikamenten gegen erektile Dysfunktionen erfolgt.

4.2.4. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, wonach Art. 31 Abs. 2 HMG sinnvollerweise nur als Korrektiv gegen fehlenden Preiswettbewerb verstanden werden könne, spricht Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 2 HMG gerade für den Wettbewerb. Trotz des Publikumsverbotssolls soll das Publikum über Informationen verfügen dürfen, damit es vom Wettbewerb profitieren kann. Der Patient soll ohne grosse Suchkosten mögliche Preisunterschiede von Arzneimitteln ermitteln können. So sollen namentlich auch die Krankenkassen ihre Versicherten auf günstige Bezugsquellen aufmerksam machen dürfen. Absatz 2 hält deshalb die Zulässigkeit von Preisvergleichen bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch für den Fall fest, dass diese Art Werbung sich ans Publikum richtet (Botschaft HMG, BBI 1999 III 3517). Da in diesem Fall allerdings die Gefahr besteht, dass unter dem Deckmantel von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel Werbung gemacht und das Publikum dadurch getäuscht werde, hat der Gesetzgeber den Bundesrat beauftragt, die Voraussetzungen zu regeln (vgl. JAISLI, a.a.O., N. 41 ad Art. 31; Botschaft HMG, BBI 1999 III 3517). Art. 31 Abs. 2 HMG bildet insofern keine wettbewerbsrechtliche Regel, sondern bezweckt Konsumentenschutz (vgl. JAISLI, a.a.O., N. 41 ad Art. 31).

4.2.5. Insofern besteht - zusammenfassend - durchaus Wettbewerb; angesichts einer gesundheitsrechtlichen Rahmenordnung sind die Möglichkeiten allerdings nicht so breit wie in einem weniger regulierten Markt; Wettbewerb wird damit aber nicht ausgeschlossen und die Auffassung der Vorinstanz kann nicht bestätigt werden; das Kartellgesetz ist anwendbar.

5.

Die Beschwerdegegnerin vertritt im Wesentlichen die Auffassung der Vorinstanz. Dabei verkennt sie zum einen, dass es sich bei den vorbehaltenen Normen nicht um einen Einzelfallentscheid handelt, ob Wettbewerb faktisch besteht (siehe oben E. 2.2.7 und 4.2.2). Bezeichnend ist diesbezüglich auch, dass sie - wie im Übrigen auch die Vorinstanz - für ihre Argumentation vielfach auf die Argumentationen der WEKO für die Frage der Wettbewerbsabreden, also auf Kriterien des konkreten Falls zurückgreift. Insofern ist auch die Unterstützung der vorinstanzlichen Auffassung in Bezug auf den Schamfaktor verfehlt. Zum anderen verkennt sie auch den Unterschied zwischen Normkollision und positiver Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation.

Die Beschwerdegegnerin ist sodann der Auffassung, dass das Bundesgericht in der Sache selbst entscheiden könne. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Strittig ist

eine Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG, was - wie das Bundesgericht kürzlich dargelegt hat (BGE 139 I 72) - die Beachtung verschiedener Verfahrensanforderungen, insbesondere auch Bestimmungen der EMRK, und Sachverhaltsabklärungen und -überprüfungen verlangt. Das Bundesgericht als letzte Instanz kann gar nicht alle Anforderungen erfüllen; es darf deshalb noch nicht entscheiden, weshalb die Sache an die Vorinstanz zu neuem, beförderlich zu erlassenden Entscheid zurückzuweisen ist.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin trägt die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. [...] werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände 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
		I	
B		IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BA	Bundesamt	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BB	Bundesbeschluss	J	
BBI	Bundesblatt	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BG	Bundesgesetz	JdT	Journal des Tribunaux
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	K	
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KG	Kartellgesetz
BGer	Bundesgericht	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	L	
BR	Bundesrat	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BV	Bundesverfassung	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
C		LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CC	Code civil	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Communauté Européenne	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CE	Conseil des Etats	LF	Loi fédérale / Legge federale
CF	Conseil fédéral	LL	Legge federale sul lavoro
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
CO	Code des obligations	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
Cost.	Costituzione federale	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CPS	Code pénal suisse	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
cst.	Constitution fédérale	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
D		LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	M	
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	N	
DG	Direction Générale (UE)	O	
E		O	Ordonnance
EU	Europäische Union	OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
F		OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FF	Feuille fédérale		
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 78
Abrede 3 ff., 8 f., 12, 16 ff., 36, 53, 76, 78ff., 89, 99, 101, 103 ff., 122 ff., 131 f., 132
Acquiring -
Anhörung -
Apotheker/innen 131
Ärzte(-Verband) 131 f., 135 ff.
- B**
- Banken 5, 100
Befristung des Entscheids -
Breitbanddienste -
Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 4
Domestic Interchange Fee 61
- E**
- Effizienzgründe -
Effizienzprüfung -
Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung 3 ff., 13
Erheblichkeit -
Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
Interchange Fee 4 f., 41, 43, 59 ff.
Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 81 ff., 88, 90, 101, 106, 126, 130
Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
Krankenversicherer -
Kreditkarten 3 ff.
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 76
marktbeherrschende Stellung 3, 6 f., 82 ff., 86 f., 92, 101, 103, 106 f., 121 f., 127 ff.
Marktgegenseite 101 f., 107, 111 f., 127, 135
Marktorganisation -
Marktstruktur -
Marktzutrittsschranken 2, 16
Meldepflicht 81 ff., 86, 101, 106, 126 f.
Missbrauch 3, 6., 14, 85
- N**
- Netzwerk 6, 78, 88
Netzwerkkosten -
Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
potenzieller Wettbewerb -
Preisabrede 3 ff., 8, 79
Preisbindung zweiter Hand 135
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 3, 7
Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 3, 11, 13 ff., 131
Senkung Herstellkosten -
Submission 2, 4 f., 11, 15 ff., 63
Submissionskartell 2, 11, 15
- T**
- Tarife -
Tarifvertrag -
Tierärzte/innen -
Transparenzmassnahmen -
- U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 2 ff., 79, 121, 131

W

unzulässige Wettbewerbsabrede 78 ff., 131 f.

Wettbewerb um den Markt -

V

X

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Y

Veröffentlichung 1, 15, 132, 140

Z

Verschulden -

Zahlungsmittel 5

Vierparteiensysteme -

zweiseitige Märkte -

vorbehaltene Vorschriften 78, 126, 132, 134

vorgezogene Recyclinggebühren -