

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

**2017/1**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.17/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 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](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2017/1

**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 2017

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
B 4	Bundesgericht	
B 5	Bundesrat	
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
		A 1 Commission de la concurrence
		A 2 Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
		B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
		B 2 Commission de la concurrence
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions selon l'article 50 ss LCart
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
	7 Préavis	
	8 LMI	
	9 Divers	
	B 3 Tribunal administratif fédéral	
	B 4 Tribunal fédéral	
	B 5 Conseil fédéral	
	B 6 Surveillant des prix	
	B 7 Tribunaux cantonaux	
	B 8 Tribunal pénal fédéral	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
	C 1 Tribunaux cantonaux	
	C 2 Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
	D 1 Actes législatifs, communications	
	D 2 Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
	7 Preavvisi	
	8 LMI	
	9 Diversi	
	B 3 Tribunale amministrativo federale	
	B 4 Tribunale federale	
	B 5 Consiglio federale	
	B 6 Sorvegliante dei prezzi	
	B 7 Tribunali cantonali	
	B 8 Tribunale penale federale	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
	C 1 Tribunali cantonali	
	C 2 Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
	D 1 Atti legislativi, comunicazioni	
	D 2 Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b> <b>Rapports d'activité</b> <b>Rapporti d'attività</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2016 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2016 de la Commission de la concurrence (COMCO)	20
	3. Rapporto annuale 2016 della Commissione della concorrenza (COMCO)	39
	4. Annual Report 2016 of the Competition Commission	56
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Interconnect Peering	73
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Eflare	96
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Glencore plc/Canada Pension Plan Investment Board/Glencore Agriculture Limited	107
	2. Tech Data/Avnet TS	110
	3. Mubadala/IPIC	117
	4. Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services	119
	5. Canada Pension Plan Investment Board/Apax Partners LPP/GlobalLogic Holdings Limited	127
8.	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Gutachten vom 5. Dezember 2016 betreffend Zulassung von Ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone	130
	2. Raccomandazione del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone Ticino riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni	148
	3. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzu-lassung von ausserkantonalen Anbieterinnen	171
	4. Recommandation du 19 décembre 2016 concernant la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes	195
	5. Recommandation du 19 décembre 2016 concernant la pratique du canton de Vaud en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux	219
	6. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzu-lassung von ausserkantonalen Anbieterinnen	235
	7. Raccomandazione del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone di Vaud riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni	252
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	268
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	270

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

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

A 1.	1. Jahresbericht 2016 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

### Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorwort des Präsidenten</b>	<b>2</b>	3.7 Internationales	11
<b>2</b>	<b>Wichtigste Entscheide 2016</b>	<b>3</b>	3.8 Gesetzgebung	11
2.1	Entscheide der WEKO	3	3.8.1 Parlamentarische Vorstösse	11
2.2	Entscheide der Gerichte	4	3.8.2 Fair-Preis-Initiative	12
<b>3</b>	<b>Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen</b>	<b>5</b>	3.8.3 Modernisierung Zusammenschlusskontrolle	12
3.1	Bau	<b>5</b>	<b>4 Organisation und Statistik</b>	<b>12</b>
3.1.1	Submissionsabreden	5	4.1 WEKO und Sekretariat	12
3.1.2	Badzimmer / Sanitärgrosshandel	9	4.2 Statistik	14
3.1.3	Baustoffe und Deponien	6	<b>5 Digitalisierung der Wirtschaft</b>	<b>15</b>
3.1.4	Verzinkung	6	5.1 Netzwerkinfrastruktur	15
3.1.5	Weitere Bereiche	6	5.2 Online-Handel	16
3.2	Dienstleistungen	6	5.3 Digitale Plattformen	16
3.2.1	Finanzdienstleistungen	6	5.4 Big Data	17
3.2.2	Gesundheitswesen	6	5.5 „Sharing Economy“	18
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	7	5.6 Fazit	18
3.3	Infrastruktur	7		
3.3.1	Telekommunikation	7		
3.3.2	Medien	8		
3.3.3	Energie	8		
3.3.4	Weitere Bereiche	8		
3.4	Produktmärkte	8		
3.4.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	8		
3.4.2	Musikinstrumente	9		
3.4.3	Uhrenindustrie	9		
3.4.4	Automobilsektor	9		
3.4.5	Landwirtschaft	9		
3.4.6	Weitere Bereiche	9		
3.5	Binnenmarkt	10		
3.6	Ermittlungen	10		



## 1 Vorwort des Präsidenten

Die WEKO hat 2016 wichtige Entscheidungen getroffen, um den freien Wettbewerb sicherzustellen und Märkte offen zu halten. Zu den abgeschlossenen Untersuchungen zählen sowohl **aufwändige, komplexe Verfahren** als auch **kleinere Fälle mit Signalcharakter**, die eine präventive Wirkung entfalten sollen. Entsprechend den langjährigen Prioritäten der WEKO standen 2016 harte horizontale Kartelle, Marktabschottungen und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Fokus.

Im 2016 führte die WEKO in den **unterschiedlichsten Bereichen** der schweizerischen Wirtschaft kartellrechtliche Abklärungen durch. Dabei intervenierte sie namentlich im Bauwesen, auf den Finanzmärkten, im Gesundheitswesen, im Bereich Medien/Kommunikation, in der Konsumgüterindustrie und im Detailhandel, in der Uhrenindustrie sowie im Automobilsektor. Diese Vielfalt der von kartellrechtlichen Verfahren betroffenen Branchen verdeutlicht den umfassenden Anwendungsbereich des aktuellen Kartellgesetzes. Sonderregelungen für bestimmte Branchen, wie sie in verschiedenen politischen Vorstößen gefordert werden, stehen im Widerspruch zum generellen Charakter des Kartellgesetzes.

Mit seinem Leitscheid vom 28. Juni 2016 in Sachen **Gaba/Elmex** hat das Bundesgericht zwei Grundsatzfragen von grosser Tragweite für die weitere Anwendung des Kartellgesetzes durch die WEKO und die Gerichte geklärt. Das Gericht beantwortete lang umstrittene Fragen. So klärte es, wie die **Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen** zu prüfen ist und ob **Direktstrafverfügungen** auch verhängt werden können für harte Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb zwar nicht gänzlich beseitigen, aber immerhin erheblich beeinträchtigen. Das Urteil wird das Vorgehen der WEKO gegen harte horizontale Kartelle sowie Preisbindungen und Marktabschottungen in Vertriebsverträgen erleichtern, weil sie nicht mehr in jedem Einzelfall anhand von quantitativen Kriterien die Umsetzung und Auswirkungen von solchen Abreden nachweisen muss. Das Bundesgericht hat damit aber nicht ein per se-Verbot solcher Abreden statuiert. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist immer möglich, sofern die im Gesetz umschriebene Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt werden kann. Zudem dürften Bagatellfälle vorbehalten bleiben.

Die Wettbewerbsbehörden haben sich 2016 auch intensiv mit der **Digitalisierung der Wirtschaft** und den daraus folgenden wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen auseinandergesetzt, dies sowohl in Form grundsätzlicher Überlegungen und Analysen zum Thema als auch in der Fallpraxis. Die Beurteilung der Entwicklungen in der digitalen Ökonomie ist komplex; sie bietet Chancen, birgt jedoch auch Gefahren für den Wettbewerb. Fehlbeurteilungen können zu Regulierungen führen, die den Wettbewerb behindern statt für gleich lange Spiesse im Wettbewerb zu sorgen. Die Wettbewerbsbehörden stellen sich diesen neuen Herausforderungen und tragen den sich ändernden Rahmenbedingungen und den Eigenschaften der neuen Geschäftsmodelle Rechnung. Innovative Ge-

schäftsmodelle sind erwünscht. Die Wettbewerbsbehörden warnen dann, wenn sie Gefahren für den Wettbewerb sehen und greifen ein, wenn der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Dies zeigt ihre Praxis in den von der Digitalisierung betroffenen Branchen.

Prof. Dr. Vincent Martenet  
Präsident WEKO

## 2 Wichtigste Entscheide 2016

### 2.1 Entscheide der WEKO

Die WEKO büsste Swisscom mit Verfügung vom 9. Mai 2016 mit rund CHF 71 Millionen. Die WEKO stellte fest, dass Swisscom mit ihren Tochtergesellschaften bei der Live-Übertragung von Spielen der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft sowie von gewissen ausländischen Fussballmeisterschaften im **Pay-TV** marktbeherrschend ist, dies weil die Swisscom-Tochtergesellschaft Cinetrade langfristige und umfassende Exklusivrechte für die Übertragung von Sportinhalten im Schweizer Pay-TV hält. Swisscom hat diese Marktbeherrschung in mehrfacher Hinsicht missbraucht. So hat Swisscom einigen Konkurrenten jegliches Angebot für die Ausstrahlung von Live-Sport auf deren Plattform verweigert. Anderen Konkurrenten wie z.B. Cablecom hat Swisscom nur Zugang zu einem reduzierten Sportangebot gewährt. Weiter konnten Konkurrenten anders als Swisscom selbst ihren Kundinnen und Kunden Sportinhalte nur gekoppelt an das Basispaket von Teleclub anbieten. Mit diesen Verhaltensweisen hat sich Swisscom in unzulässiger Weise einen Vorteil im Wettbewerb unter den TV-Plattformen verschafft. Swisscom hat gegen den WEKO-Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erhoben.

Mit Entscheid vom 23. Mai 2016 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit der **General Electric Company (GE)** und ihren Töchtern, GE Healthcare GmbH (Deutschland) und GE Medical Systems (Schweiz) AG. Die gestützt auf eine Selbstanzeige von GE eröffnete Untersuchung zur Behinderung von Schweizer Direktimporten von GE **Ultraschallgeräten** zeigte, dass im Zeitraum von April 2008 bis zur Selbstanzeige im April 2014 zwischen GE Healthcare (Deutschland) und ihren Vertriebspartnern unzulässige Wettbewerbsabreden über einen absoluten Gebietsschutz vorlagen. In einer einvernehmlichen Regelung verpflichteten sich die beiden Töchter von GE, inskünftig auf Abreden zu verzichten, welche Verkäufe von deutschen Händlern an Schweizer Kundinnen und Kunden auf deren Kaufanfragen hin (sog. passive Verkäufe) ausschliessen. Sämtliche Verträge mit deutschen Vertriebspartnern sollten nötigenfalls entsprechend angepasst bzw. deren Wortlaut klargestellt werden. Auf eine Sanktion wurde infolge Selbstanzeige verzichtet.

Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 büsste die WEKO acht **Strassen- und Tiefbauunternehmen** mit Bussen von insgesamt rund CHF 5 Millionen. Diese hatten in den Bezirken **See-Gaster** (SG) sowie **March und Höfe** (SZ) zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen die Preise abgesprochen und bestimmt, wer den Zuschlag erhalten soll. Die Untersuchung wurde im April 2013 insbesondere aufgrund einer statistischen Analyse von Offertöffnungsprotokollen mit Hausdurchsuchungen eröffnet. Im Rahmen der festgestellten Absprachen hatten sich die Unternehmen bis Mitte 2009 regelmässig zu „Marktabklärungssitzungen“ getroffen. Dabei wurden von ihnen selbst erstellte, stetig aktualisierte Listen besprochen, auf welchen aktuelle Strassen- und Tiefbauprojekte von öffentlichen oder privaten Bauherren aufgeführt wa-

ren. Die acht Unternehmen tauschten sich über ihre jeweiligen Interessen für die Beschaffungen aus. Bestand Einigkeit, wurde jene Unternehmung bestimmt, die den Zuschlag erhalten soll. Die anderen Unternehmen boten ihre Leistung in der Folge zu höheren Offertpreisen an. Eine solche Manipulation der Aufteilung von Submissionen mittels Preisabreden ist volkswirtschaftlich besonders schädlich und stellt einen schweren Verstoß gegen das Kartellgesetz dar. Mehrere Unternehmen haben den Entscheid beim BVGer angefochten.

Die WEKO hielt mit Entscheid vom 24. Oktober 2016 an der 2013 getroffenen einvernehmlichen Regelung mit **The Swatch Group AG** (Swatch Group) unverändert fest. Diese beinhaltet einerseits eine Lieferpflicht bei mechanischen Uhrwerken, ermöglicht es der Swatch-Tochtergesellschaft ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) aber andererseits, die Lieferungen an Dritte bis Ende 2019 stufenweise zu reduzieren. Anstoss zu diesem Verfahren gab ein Gesuch der Swatch Group um Anpassung der einvernehmlichen Regelung. Die WEKO kam aufgrund einer umfassenden Marktbefragung zum Schluss, dass sich die Marktverhältnisse in die erwartete Richtung entwickeln. Die WEKO konnte keine wesentlichen Veränderungen feststellen, welche eine Anpassung der einvernehmlichen Regelung rechtfertigen würden. Die befragten Marktteilnehmer machten unter anderem geltend, dass der unveränderte Fortbestand der einvernehmlichen Regelung für die weitere Marktentwicklung entscheidend sei. Eine Anpassung des vereinbarten Lieferregimes zum jetzigen Zeitpunkt würde die Auf- und Ausbaupläne der Konkurrenten von ETA erheblich gefährden. Die WEKO teilte diese Einschätzungen. Das schwierige wirtschaftliche Umfeld, in dem sich die Uhrenindustrie im 2016 befand, war nach Ansicht der WEKO kein ausreichender Grund, die 2013 getroffene Regelung abzuändern.

Die WEKO erhob am 21. November 2016 gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM) **Beschwerde** gegen zwei Verfügungen, die gestützt auf das Tessiner Gesetz über die Gewerbebetriebe (**Legge sulle imprese artigianali, LIA**) erlassen wurden. Dieses ist seit 1. Februar 2016 in Kraft und verlangt von allen im Kanton Tessin tätigen Handwerksbetrieben, sich bis spätestens am 1. Oktober 2016 in einem Register einzutragen. Die Eintragung im Register ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, so etwa, dass der Geschäftsführer oder die Geschäftsführerin über bestimmte fachliche Qualifikationen und Berufserfahrungen verfügen und mindestens im 50 % Pensum tätig sein muss. Für die Eintragung in das Register werden eine Ersteintragungsgebühr sowie jährlich wiederkehrende Gebühren erhoben. Die zuständigen Tessiner Behörden haben erst im Oktober 2016 über die Zulassungsgesuche von ausserkantonalen Handwerksbetrieben entschieden und dabei das BGBM nicht angewendet. Nach Auffassung der WEKO sind die Registerpflicht, die Eintragungsvoraussetzungen sowie die Gebühren nicht mit dem BGBM vereinbar. Zudem erfolgt der Marktzugang gemäss LIA nicht in einem einfachen und raschen Verfahren. Deshalb erhob die WEKO gegen zwei dieser Verfügungen Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Tessin um die Frage gerichtlich beurteilen zu lassen.

In der Untersuchung betreffend die **Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen** hat die WEKO am 19. Dezember 2016 entschieden, dass die Galenica AG bzw. ihre Tochtergesellschaft im Bereich der Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen in der Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und, dass sie diese dazu missbraucht hat, um den Markteintritt von Konkurrenten zu verhindern und ihren Handelspartnern den Kauf zusätzlicher Leistungen aufzudrängen. Die beiden Unternehmen wurden mit einem Betrag in der Höhe von rund CHF 4,5 Millionen sanktioniert. Sie haben die Möglichkeit, den Entscheid ans BVGer weiterzuziehen.

Am 21. Dezember 2016 informierte die WEKO über ihre sieben ersten Verfügungen in den sogenannten **IBOR-Verfahren**. Diese gehen ursprünglich auf eine Untersuchung zurück, welche am 2. Februar 2012 eröffnet worden war. Während der Untersuchung hatte sich gezeigt, dass verschiedene Verhaltensweisen ohne sachlichen Zusammenhang zu unterscheiden sind, weswegen die Untersuchung in fünf separate Verfahren aufgeteilt wurde. Im Rahmen dieser fünf Untersuchungen sind insgesamt sieben Verfügungen erlassen worden:

- Schweizer Franken LIBOR: Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung und Sanktionen; Einstellung gegenüber Brokern. Das Verfahren ist damit abgeschlossen.
- Auf Schweizer Franken-Zinsderivaten berechneten Geld-Brief-Spannen: Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung und Sanktionen. Das Verfahren ist damit abgeschlossen.
- EURIBOR: Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung mit einem Teil der Parteien und Sanktionen. Das Verfahren läuft gegen mehrere Parteien weiter, welche keine einvernehmliche Regelung unterzeichnet haben.
- Yen LIBOR/Euroyen TIBOR: Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung mit einem Teil der Parteien und Sanktionen. Einstellung gegenüber japanischen Banken. Das Verfahren läuft gegen mehrere Parteien weiter, welche keine einvernehmliche Regelung unterzeichnet haben.
- Yen TIBOR-Verfahren: Einstellung gegenüber allen Parteien.

Die WEKO hat gesamthaft Sanktionen von CHF 99,1 Millionen auferlegt. Diese sehr komplexen Verfahren haben die Wettbewerbsbehörden seit der Untersuchungseröffnung mehr als vier Jahre lang intensiv beschäftigt. In dieser Zeit wurden über 9 Millionen Seiten elektronische und auch telefonische Kommunikation ausgewertet. In alle bisherigen IBOR-Verfahren waren gesamthaft 21 Parteien, 16 Banken und fünf Broker involviert. Mit den Verfügungen konnten drei der fünf Verfahren abgeschlossen werden, nur im EURIBOR-Verfahren und im Yen LIBOR/Euroyen TIBOR-Verfahren laufen die Untersuchungen gegen einzelne Banken oder Broker weiter. Mit dieser ersten Entscheidungsrunde konnte ein wichtiger Teil der Verfahren abgeschlossen werden.

## 2.2 Entscheide der Gerichte

Das Bundesgericht (BGer) wies in seinem **Grundsatzurteil** vom 28. Juni 2016 die Beschwerde der **Elmex**-Herstellerin Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals: **Gaba International AG**) im Zusammenhang mit der von der WEKO verhängten Sanktion über CHF 4,8 Millionen ab. Das Verbot von Parallelimporten in die Schweiz, das die Gaba International AG bis 2006 ihrer Lizenznehmerin in Österreich auferlegte, stellt demnach eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede dar. Dieser Verstoß gegen das KG durfte von der WEKO sanktioniert werden. Gemäss BGer gelten Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, aufgrund ihrer Qualität **grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung** des Wettbewerbs. Dies gilt grundsätzlich **unabhängig** von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig. Das BGer entschied im gleichen Urteil über eine weitere Grundsatzfrage betreffend Direktsanktionen gemäss Art. 49a KG im Fall von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. **Direktsanktionen** können demnach nicht nur bei Abreden verhängt werden, die den Wettbewerb beseitigen. Vielmehr ist eine direkte Sanktionierung auch möglich bei Abreden, bei denen die Vermutung einer gänzlichen Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird und bloss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann. Die schriftliche Begründung des Urteils steht noch aus.

Die WEKO hatte gegen die **Nikon AG** (Schweiz) im Jahr 2011 wegen der Behinderung von Parallelimporten eine Sanktion von rund CHF 12,5 Millionen ausgesprochen. Das BVGer wies mit Urteil vom 16. September 2016 die dagegen erhobene Beschwerde im Wesentlichen ab und korrigierte den Sanktionsbetrag wegen eines Versehens bei der Sanktionsbemessung durch die WEKO um eine halbe Million auf rund CHF 12 Millionen. Das BVGer erachtete es als erwiesen, dass die schweizerische Konzernniederlassung in den Jahren 2008 und 2009 Einfuhren (**Parallelimporte**) von Nikon-Produkten (Fotoapparate, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte) aus dem Ausland in die Schweiz behindert hat, wodurch der wirksame Wettbewerb in der Schweiz erheblich beeinträchtigt wurde. Dabei stützte sich das Gericht unter anderem auf die Gaba-Rechtsprechung des BGers zum Begriff der „Erheblichkeit“ einer Wettbewerbsbeeinträchtigung (siehe oben) und verzichtete auf eine quantitative Prüfung der Auswirkungen der vertraglichen Parallelimportverbote. Nikon hat auf einen Weiterzug des Urteils verzichtet, womit das Urteil vom 16. September 2016 rechtskräftig ist.

Das BVGer hob mit Urteil vom 24. November 2016 die Verfügung der WEKO in Sachen **Hallenstadion/Ticketcorner** auf. Starticket und Ticketportal hatten bei der WEKO ein wettbewerbswidriges Verhalten von Hallenstadion und Ticketcorner bei der Vermietung des Hallenstadions angezeigt. Das Hallenstadion hatte die Organisatoren von Publikumsveranstaltungen seit 2009 mittels einer sog. Ticketingklausel verpflichtet, den Ticketvertrieb zu mindestens 50 % an Ticketcorner zu übertragen. Hinter-

grund für dieses Vorgehen bildete eine Ticketing-Kooperationsabrede in einem Zusammenarbeitsvertrag zwischen Hallenstadion und Ticketcorner. Die WEKO hatte das Verfahren 2011 mangels Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eingestellt. Hiergegen hatten Starticket und Ticketportal Beschwerde erhoben. Nachdem die Beschwerdelegitimation der beiden Beschwerdeführerinnen in einem ersten mehrjährigen Verfahren durch das BGer bestätigt worden war, hat das BVGer die Beschwerde nun auch inhaltlich gutgeheissen. Es stellte fest, dass ausreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, (i) dass die Ticketing-Kooperationsabrede eine wettbewerbswidrige Abrede bildet, (ii) dass die Verwendung der Ticketingklausel durch das Hallenstadion ein marktmissbräuchliches Verhalten darstellt, und (iii) dass die Durchsetzung einer Verpflichtung zum Abschluss eines Ticketvertriebsvertrags durch die Veranstalter ein marktmissbräuchliches Verhalten von Ticketcorner darstellt. Die Angelegenheit wurde zur Neubeurteilung an die WEKO zurückgewiesen, weil einige Sachumstände einer verbindlichen Abklärung durch die Wettbewerbsbehörde bedürfen und eine allfällige Sanktionierung grundsätzlich in deren Ermessen steht.

Das BGer wies mit Urteil vom 26. Mai 2016 die Beschwerde der **Nikon AG** (Schweiz) betreffend Publikation des Entscheids der WEKO vom 28. November 2011 ab. Nikon hatte im Wesentlichen geltend gemacht, die Publikation der E-Mail-Korrespondenz zum Nachweis der Behinderung von Parallelimporten in der WEKO-Verfügung würde den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, das Persönlichkeitsrecht, die Geschäftsgeheimnisse von Nikon, das Datenschutzgesetz sowie die Unschuldsvermutung verletzen. Das BGer erachtete sämtliche vorgebrachten Rügen als unbegründet. Es hielt grundsätzlich fest, dass die WEKO ihre Verfügungen gestützt auf Art. 48 Abs. 1 KG veröffentlichen kann und angesichts des Zwecks der zitierten Bestimmung kein Grund ersichtlich sei, weshalb eine Publikation als solche rechtswidrig sein sollte. Weiter betonte das Gericht, Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen, seien im Lichte des objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht geheimhaltungswürdig gemäss Art. 25 Abs. 4 KG. Ihre Offenlegung erlaube dem Publikum, die Argumente der WEKO zu verstehen. Mit der Publikation der in der Untersuchung ermittelten E-Mail-Korrespondenz verletze die WEKO keine Geschäftsgeheimnisse von Nikon.

Am 23. August 2016 urteilte das BVGer über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die WEKO **Verfahrensakten an Kartellopfer herausgeben** darf. Dies vor dem Hintergrund, dass die WEKO am 22. April 2013 die Sanktionsverfügung in der Untersuchung Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich erlassen und in der Publikationsversion der Verfügung die Namen der Bauprojekte, auf welche sich die unzulässigen Wettbewerbsabreden bezogen, geschwärzt hatte. Damit ist für Beschaffungsstellen nicht ersichtlich, ob sie von Abreden betroffen sind oder nicht. Die WEKO erhielt deshalb Gesuche betreffend den Zugang zu ungeschwärzten Passagen der Verfügung und Untersuchungsakten. Die WEKO hiess die Gesuche am 8. September 2014 teilweise gut. Die dagegen erhobenen Beschwerden von Bauunternehmen hat das BVGer am 23. August 2016 abgewiesen. Diese Urteile wurden nicht angefochten. Die Verfügung der WEKO

bzw. die entsprechenden Urteile des BVGer vom 23. August 2016 stellen Leitentscheide zur Frage dar, ob und wenn ja inwieweit die WEKO Verfahrensakten an Kartellopfer herausgeben darf. Das BVGer hat den Entscheid der WEKO gestützt. Im Grundsatz erhalten Kartellopfer Zugang zu den Verfahrensakten (inkl. Verfügung) bzw. Auszügen daraus, sofern dadurch nicht Informationen aus Selbstanzeigen offengelegt werden. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass Beschaffungsstellen Zugang zu Auszügen der WEKO-Verfügung und Verfahrensakten erhalten, soweit sie in einer konkreten Beschaffung von einer Submissionsabrede betroffen waren und sofern damit nicht Informationen aus Selbstanzeigen aufgedeckt werden.

### 3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

#### 3.1 Bau

##### 3.1.1 Submissionsabreden

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung Bauleistungen Unterengadin gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Strassen- und Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten und führte Hausdurchsuchungen durch. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnte das Sekretariat die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten **Kanton Graubünden** und sieben weitere Unternehmen aus. Die Untersuchung wurde im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend, aus prozessökonomischen Gründen, in zehn Untersuchungen aufgeteilt. Die Ermittlungen schritten 2016 voran. Mehrere Zwischenverfügungen mussten erlassen werden, die teilweise vor BVGer hängig sind.

Die WEKO entschied am 8. Juli 2016, dass acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen haben und bestimmt haben, wer den Zuschlag erhalten soll (vgl. vorne 2.1). Ein Teil der Unternehmen hat den WEKO-Entscheid beim BVGer angefochten.

In Sachen **Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich** hat das BVGer am 23. August 2016 Leitentscheide darüber gefällt, ob und unter welchen Voraussetzungen die WEKO Verfahrensakten an Kartellopfer herausgeben darf. Die Urteile sind rechtskräftig (vgl. vorne 2.2).

In Sachen **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** haben diverse Parteien den Entscheid der WEKO vom 16. Dezember 2011 angefochten. Das Verfahren ist vor dem BVGer hängig.

##### 3.1.2 Badzimmer / Sanitär-grosshandel

In der am 22. November 2011 mit Hausdurchsuchungen eröffneten Untersuchung **Sanitär-grosshandel** hat die WEKO am 29. Juni 2015 gegen die Mitglieder eines Sanitär-grosshändlerkartells Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 80 Millionen verhängt. Die Begründung zum Entscheid wurde den Parteien Anfang 2016 zugestellt. Sämtliche Unternehmen haben gegen den Entscheid Beschwerde beim BVGer eingereicht. Damit ist der Entscheid nicht rechtskräftig.

Vier Parteien stellten sich gegen jegliche Publikation der WEKO-Verfügung und verlangten in dieser Sache eine anfechtbare Publikationsverfügung. Diese erliess die WEKO im November 2016. Eine wichtige Grundlage für die Publikationsverfügungen stellte das Urteil des BGer vom 26. Mai 2016 in Sachen Nikon AG dar, bei welchem sich das BGer eingehend mit der Frage der Publikation von WEKO-Entscheiden befasste (vgl. vorne 2.2). Sämtliche Parteien, die von der WEKO eine Publikationsverfügung erhalten haben, haben diese vor BVGer angefochten.

### 3.1.3 Baustoffe und Deponien

Am 12. Januar 2015 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen der **Baustoff- und Deponiebranche** im Kanton Bern und führte Hausdurchsuchungen durch. Es besteht der Verdacht, dass die betreffenden Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen getroffen haben. Weiter liegen Anhaltspunkte vor, dass die betreffenden Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und diese missbraucht haben, indem insbesondere Geschäftsbeziehungen mit Drittunternehmen verweigert und Handelspartner diskriminiert wurden sowie der Abschluss von Verträgen an die Bedingung gekoppelt wurde, zusätzliche Leistungen anzunehmen.

Am 19. Mai 2015 wurde die Untersuchung in Bezug auf den Vorwurf der Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Die Untersuchung wurde im November 2016 aus prozessökonomischen Gründen in zwei Untersuchungen aufgeteilt.

### 3.1.4 Verzinkung

Das Sekretariat der WEKO hat am 15. Februar 2016 eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen sowie den Verband der **Verzinkungsbranche** eröffnet. Es bestehen Anhaltspunkte für unzulässige Abreden, welche die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen und Preisbestandteilen für Verzinkungsverfahren und damit zusammenhängende Dienstleistungen sowie die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern und Gebieten betreffen.

### 3.1.5 Weitere Bereiche

In Sachen **Türprodukte** wurde der Entscheid der WEKO vom 17. November 2014 von einer Partei angefochten. Das Verfahren ist beim BVGer hängig.

In Sachen **Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren** hiess das BVGer im September 2014 die gegen den Entscheid der WEKO vom 4. November 2010 eingereichten Beschwerden gut. Die WEKO bzw. das WBF haben zwei der drei Urteile ans BGer weitergezogen. Das Verfahren vor BGer ist hängig.

## 3.2 Dienstleistungen

### 3.2.1 Finanzdienstleistungen

In den am 21. Dezember 2016 mitgeteilten Entscheiden in den **IBOR-Verfahren** (vgl. vorne 2.1) hat die WEKO Sanktionen von CHF 99,1 Millionen auferlegt. Mit den meisten Parteien konnte das Sekretariat einvernehmliche Regelungen abschliessen, die von der WEKO genehmigt

wurden. Einzig die Verfahren EURIBOR und Yen LIBOR/Euroyen TIBOR laufen noch weiter.

Die Untersuchungen zu möglichen Absprachen im **Devisenhandel (Forex)**, im **Edelmetallhandel** sowie im Bereich des **Leasing** befinden sich in der Ermittlungsphase, wenn auch in unterschiedlich fortgeschrittenen Stadien. In allen Untersuchungen sind grosse Mengen an elektronischer Kommunikation auszuwerten.

Im Berichtsjahr waren mehrere Fusionen zu beurteilen, namentlich diejenige von **Paymit/TWINT**, bei der sich die beiden grössten nationalen Akteure im Bereich elektronisches und mobiles Bezahlen zusammengeschlossen haben. Aufgrund der grossen Dynamik in diesen neuen Märkten und des Vorhandenseins anderer Anbieter wie z.B. Apple Pay sowie von Zusagen von Seiten Paymit/TWINT, das System offen und nicht-diskriminierend zu betreiben, wurde der Zusammenschluss im Rahmen einer vorläufigen Prüfung zugelassen.

Im Bereich der **Kreditkarten** war das Sekretariat involviert in die Umstellung des Systems der Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange Fees für Mastercard. Während bisher dafür die nationalen Issuer und Acquirer zuständig waren, setzt ab dem 1. Januar 2017 Mastercard diese Interchange Fees unilateral fest. Mastercard hat sich in einem Zusagenschreiben gegenüber den Wettbewerbsbehörden verpflichtet, die Obergrenzen, wie sie im Fall Kreditkarten-Interchange Fees II im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung (EVR III) festgelegt worden waren, einzuhalten. Die nächste Senkung der durchschnittlichen domestischen Interchange Fee auf 0,44 % ist gemäss EVR III auf den 1. August 2017 vorgesehen. Im Bereich der **Debitkarten** hat Mastercard eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG (Widerspruchsverfahren) eingereicht. Gemäss der Meldung plant MasterCard die Einführung einer Interchange Fee für Debitkarten (Maestro; Debit Mastercard), welche aber exklusiv für Transaktionen im elektronischen und mobilen Handel zur Anwendung gelangen soll. Die Frist für die Beurteilung läuft im April 2017 aus.

### 3.2.2 Gesundheitswesen

Am 19. Dezember 2016 hat die WEKO in der Untersuchung betreffend die **Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen** entschieden (vgl. vorne 2.1).

Im September 2016 wurde die Vorabklärung betreffend die **Rahmenverträge Krankentaggeldversicherung** zwischen verschiedenen Berufsverbänden bzw. deren Verbandsmitgliedern und drei Krankenversicherungsgesellschaften im Kanton Wallis ohne Folgen abgeschlossen. Die Vorabklärung des Sekretariats hat ergeben, dass die von den Arbeitgebern und den Versicherern gewählte Form der Zusammenarbeit unter folgenden Voraussetzungen nicht gegen das KG verstösst: (i) ein Abschluss des Rahmenvertrags muss für dritte Versicherungsgesellschaften, die zu einer Erfüllung der Vertragsbedingungen bereit sind, möglich sein; (ii) die Versicherungsgesellschaften teilen sich die Märkte weder geografisch noch nach Handelspartnern auf; (iii) die Mitglieder der Berufsverbände bleiben frei, dem Rahmenvertrag zuzustimmen und ihren Versicherer frei zu wählen; (iv) ein Abschluss

des Rahmenvertrags steht auch den Unternehmen offen, die nicht Mitglied des Berufsverbands sind.

### 3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Der Entscheid der WEKO vom 19. Oktober 2015 in Sachen Vertragsbedingungen von **Online-Buchungsplattformen** gegenüber Hotels ist seit Anfang 2016 rechtskräftig. Mit dem Verbot von sogenannten weiten Paritätsklauseln ist es Partnerhotels von Booking.com, HRS und Expedia nun erlaubt, unterschiedliche Preise und Verfügbarkeiten auf verschiedenen Buchungsplattformen anzubieten. Hingegen sind sogenannte enge Paritätsklauseln nicht von diesem Verbot erfasst. So verbieten Booking.com, HRS und Expedia ihren Partnerhotels nach wie vor, tiefere Preise auf den öffentlich zugänglichen Bereichen der eigenen Homepage anzubieten. Jedoch erlauben die aktuellen Regelungen ihren Partnerhotels, tiefere Preise bei Offline-Buchungen (z.B. per Telefon) und auf geschlossenen Mitgliederbereichen auf der hoteleigenen Homepage anzubieten. Die WEKO verfolgt entsprechende Entwicklungen im Inland wie auch auf internationaler Ebene. Die aktuellsten Entwicklungen bezüglich Paritätsklauseln erfolgen jedoch nicht auf kartellrechtlicher, sondern auf politischer Ebene. So wurde in Frankreich ein gesetzliches Verbot sämtlicher Preisparitätsklauseln gegenüber Hotels eingeführt, in Österreich tritt ein Verbot auf den 1. Januar 2017 in Kraft und in Italien wird ein entsprechendes Geschäft im Parlament behandelt. Auch in der Schweiz ist derzeit eine Motion mit entsprechendem Inhalt im Ständerat hängig (Motion Bischof 16.3902).

Im Jahr 2016 führte das Sekretariat im Bereich der **neuen Informations- und Kommunikationstechnologien** verschiedene Abklärungen durch. Anzeigen von Nutzern haben das Sekretariat darauf aufmerksam gemacht, dass der Instant-Messaging-Dienst **WhatsApp** das Weiterleiten von Links auf Konkurrenten blockiert. WhatsApp hat das problematische Verhalten im Rahmen eines Updates der mobilen Applikation angepasst. Die gegen **Google** eröffnete Vorabklärung betreffend die Bevorzugung der eigenen Suchdienstleistungen (z.B. Google Shopping) wurde weitergeführt. Die Wettbewerbsbehörden beobachten die Situation im Ausland: Die EU-Kommission hat Google in der Untersuchung betreffend die Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes und die Beschränkungen von Suchmaschinenwerbung durch Konkurrenten ihre Beschwerdepunkte im Juli 2016 mitgeteilt.

Die Marktbeobachtung betreffend die Entwickler-Kommissionen der elektronischen Vertriebsplattformen von mobilen Applikationen (**Play Store, App Store, Windows Store**) hat keine Hinweise auf mögliche Preisabsprachen zu Tage geführt.

Im Bereich der „**Sharing Economy**“ (vgl. hinten 5.5) hat das Sekretariat den Eintritt von Uber in den Schweizer Markt beobachtet. Dabei wurde ersichtlich, dass insbesondere im Kanton Genf eine hohe Konzentration des Marktes sowie mögliche Markteintrittsbarrieren für neue Konkurrenten bestehen.

Im Bereich von Flughafen-Dienstleistungen führt das Sekretariat eine Marktbeobachtung betreffend das **Valet Parking am Internationalen Flughafen in Genf** durch. Dies vor dem Hintergrund, dass die WEKO mit Verfügung vom 18. September 2006 festgestellt hatte, dass die Flughafen

Zürich AG (Unique) im Bereich Flughafen-Parking eine marktbeherrschende Stellung hat und diese missbraucht hat, indem sie sich weigerte, anderen Anbietern von Valet Parking-Dienstleistungen die notwendige Flughafeninfrastruktur zur Verfügung zu stellen und die Bewilligung zu erteilen.

Schliesslich hat das BVGer im November 2016 in Sachen **Hallenstadion/Ticketcorner** entschieden. Die Untersuchung betraf eine Ticketing-Kooperationsabrede zwischen dem Hallenstadion und Ticketcorner (vgl. vorne 2.2). Die Wettbewerbsbehörden werden den Fall im Lichte der Erwägungen des BVGer weiter abklären und neu beurteilen.

## 3.3 Infrastruktur

### 3.3.1 Telekommunikation

Gegen den Entscheid der WEKO vom 21. September 2015 im Bereich **Breitbandinternet** (Swisscom WAN-Anbindung) hat Swisscom im 2016 Beschwerde eingereicht. Die WEKO hatte Swisscom mit CHF 7,9 Millionen gebüsst, nachdem sie in der Untersuchung zum Schluss gelangte, dass Swisscom auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich marktbeherrschend war und diese Stellung bei der Ausschreibung zur Vernetzung der Poststandorte missbraucht hatte. Swisscom hatte die Ausschreibung gewonnen, da sie einen ca. 30 % tieferen Preis geboten hatte als die Wettbewerber, welche allesamt auf die Vorleistungen von Swisscom angewiesen waren. Bei dieser Ausschreibung hatte das Fernmeldunternehmen die den Wettbewerbern verrechneten Vorleistungspreise so hoch angesetzt, dass diese nicht mit dem Endkundenangebot von Swisscom konkurrieren konnten. Zudem hatte Swisscom mit dieser Preispolitik überhöhte Preise gegenüber der Post erzwungen.

Im März 2016 hat die WEKO die Untersuchung **Supermédia** gegen Naxoo AG eröffnet. Die Vorabklärung hatte Anhaltspunkte ergeben, dass Naxoo AG beim Kabelnetz in der Stadt Genf über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht hat. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob das Verhalten der Naxoo AG den Wettbewerb tatsächlich in unzulässiger Weise im Sinne des Kartellgesetzes beschränkt, indem Naxoo AG den Netzzugang für Dritte einschränkt oder verhindert. Es liegen Hinweise vor, wonach Dritten, bspw. Anbietern von satellitengestützten Dienstleistungen, der Netzzugang zu Liegenschaften durch die Naxoo AG erschwert oder verhindert wurde, obwohl der Zugang für die Übertragung von Dienstleistungen Dritter nötig ist.

Die Vorabklärung **Interconnect-Peering** wurde mit Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 eingestellt. Die Vorabklärung war eröffnet worden nachdem das Sekretariat im Zusammenhang mit der Erstellung eines Gutachtens für das BAKOM zur Frage einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom im Bereich IP-Interkonnektion auf Hinweise für eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gestossen war. Über IP-Interkonnektion wird der Zusammenschluss von grundsätzlich autonomen Rechnern gewährleistet. Swisscom hat die vom Sekretariat angeregten Anpassungen der Verträge vorgenommen, weshalb die Vorabklärung eingestellt werden konnte.

Das Urteil des BVGers in Sachen **Preispolitik ADSL** vom 14. September 2015 wurde von Swisscom an das BGer weitergezogen. Das BVGer hat gegenüber der Swisscom-Gruppe eine Sanktion in der Höhe von rund CHF 186 Millionen ausgesprochen und hat damit die Sanktion der WEKO im Wesentlichen bestätigt.

### 3.3.2 Medien

Mit Entscheid vom 24. Mai 2016 hat die WEKO die Untersuchung gegen Swisscom betreffend **Sport im Pay-TV** abgeschlossen und gegen Swisscom eine Sanktion von CHF 71,8 Millionen verhängt (vgl. vorne 2.1).

Die Vorabklärung **Goldbach Group TV- / Radiovermarktung** wurde bereits im November 2014 eingestellt. Nach wie vor strittig ist jedoch, inwieweit der Schlussbericht vom 12. November 2014 publiziert wird. Diesbezüglich sind zwei Verfahren vor dem BVGer hängig.

Parallel zur Untersuchung Sport im Pay-TV führte das Sekretariat unter dem Titel **Zentralvermarktung** eine Marktbeobachtung durch, in deren Rahmen es die Vergabe der Medienrechte der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft für die Periode ab Saison 2017/18 beobachtet und die Ausschreibungsverfahren vorgängig begleitet hat.

Die WEKO hatte zudem im Bereich Medien folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Beim Zusammenschlussvorhaben Tamedia / Adextra beabsichtigte die Tamedia AG, die alleinige Kontrolle über die Adextra AG zu erwerben. Bei 7Days Group / Güll Gesellschaften beabsichtigten die TK-Gruppe sowie die 7Days Group die Kontrolle über die beiden Schwesterngesellschaften Güll GmbH sowie Presse-Service Güll GmbH zu erwerben. Bei 7Days Media Services / Naville Dynapress, Presse-Import meldeten dieselben Parteien die Übernahme der bisher von der Valora kontrollierten Unternehmen Naville Distribution SA, Dynapress Marketing SA und Presse-Import SA. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Gegen die Verfügung der WEKO vom 27. Mai 2013 betreffend **Bücherpreise in der Romandie** sind Beschwerden beim BVGer hängig. Des Weiteren ist in diesem Fall strittig, inwieweit die Verfügung publiziert wird. Auch diesbezüglich ist das Verfahren vor dem BVGer hängig.

### 3.3.3 Energie

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Zudem beteiligt sich das Sekretariat in Arbeitsgruppen an der Ausgestaltung eines **Gasversorgungsgesetzes** sowie an der Revision des **Stromversorgungsgesetzes**.

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich der Energie den Unternehmenszusammenschluss **BKW / AEK** zu beurteilen. BKW beabsichtigte durch mehrere Käufe insgesamt 53,22 % des Aktienkapitals der AEK Energie AG zu erwerben um zusammen mit den bereits gehaltenen Aktien über 93,19 % des Aktienkapitals der AEK zu verfügen. Ziel war die Diversifizierung im Hinblick auf die Strommarktöffnung für alle Endkunden sowie die strukturellen Veränderungen im Zuge der Energiewende. Nach

der vorläufigen Prüfung des Vorhabens erfolgte die Freigabe durch die WEKO.

### 3.3.4 Weitere Bereiche

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, welche die Untersuchung Luftfracht abgeschlossen hat und mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Millionen sanktioniert wurden, hatten 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 ein Verfahren vor dem BVGer hängig.

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 wird geprüft, ob die Post gewisse Kundinnen und Kunden diskriminiert oder in anderer Weise benachteiligt. Es ist vorgesehen, den Verfahrensbeteiligten den Antrag Anfang 2017 zur Stellungnahme zuzustellen.

## 3.4 Produktmärkte

### 3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Im Bereich **Gerätebenzin** eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 31. Mai 2016 eine Untersuchung gegen die Husqvarna Schweiz AG und die Bucher AG Langenthal sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften. In der Untersuchung soll insbesondere geklärt werden, ob die Untersuchungsadressatinnen beim Vertrieb von Gerätebenzin der Marke Aspen ihre Preise gemeinsam festgesetzt und Kundinnen und Kunden untereinander aufgeteilt haben.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2016 sanktionierte die WEKO die australische Herstellerin und die Schweizer Generalimporteurin von **Eflare Warnblitzleuchten** mit einem Betrag von insgesamt rund CHF 33'000. Die beiden Unternehmen waren an einer unzulässigen vertikalen Gebietsschutzabrede über die Verhinderung eines Parallelimports von Eflare Warnblitzleuchten beteiligt. Gleichzeitig genehmigte die WEKO einvernehmliche Regelungen zwischen dem Sekretariat und beiden Untersuchungsadressatinnen. Die Herstellerin und die Generalimporteurin hatten sich in der einvernehmlichen Regelung verpflichtet, keine unzulässige Abrede über die Verhinderung von Parallelimporten mehr zu treffen.

Zur Abklärung der praktischen Relevanz der **Motion Hess** führte das Sekretariat eine Marktbefragung durch. In der Motion wurde der Bundesrat „beauftragt, Massnahmen zu treffen, dass Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiewerke usw. zu leisten, wenn diese direkt im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) eingekauft worden sind“ (Motion vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ [15.3631]). Gemäss der Marktbefragung sind die Hauptursachen für Leistungsverweigerungen auf direkt

importierten Produkten in verschiedenen Branchen vertragsrechtliche Haftungsrisiken und technische Handelshemmnisse. Die Marktbefragung ergab nur vereinzelt Hinweise auf Leistungsverweigerungen bei direkt importierten Produkten, die allenfalls auf Massnahmen der Hersteller oder Importeure zurückgeführt werden könnten. Diese betrafen allesamt die Verweigerung von Garantieleistungen infolge ungenügender Rückvergütung durch die Hersteller bzw. Importeure.

In Sachen **Gaba/Elmex** fällt das BGer am 28. Juni 2016 einen Leitescheid zur Beurteilung von Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Die schriftliche Urteilsbegründung steht noch aus (vgl. vorne 2.2). In Sachen **Nikon** bestätigte das BVGer am 16. September 2016 die Sanktionsverfügung der WEKO im Wesentlichen, das Urteil ist rechtskräftig (vgl. vorne 2.2). Zudem wies das BGer am 26. Mai 2016 die Beschwerde von **Nikon** gegen das Urteil des BVGer zur Frage der Publikation der Sanktionsverfügung ab (vgl. vorne 2.2). Die Beschwerde der WEKO gegen den Entscheid des BVGer in Sachen **Bergsportprodukte/Altimum SA** ist vor dem BGer hängig.

### 3.4.2 Musikinstrumente

Die Verfügung der WEKO vom 29. Juni 2015 in Sachen **Saiteninstrumente** ist in Rechtskraft erwachsen. Hingegen wurde die Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2015 in Sachen **Flügel und Klaviere** angefochten. Das Verfahren ist vor dem BVGer hängig.

### 3.4.3 Uhrenindustrie

Anfang 2016 ersuchte die **The Swatch Group AG** (Swatch Group) die WEKO um Anpassung der am 21. Oktober 2013 genehmigten einvernehmlichen Regelung. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), eine Tochtergesellschaft der Swatch Group, hatte sich in der einvernehmlichen Regelung dazu verpflichtet, bis Ende 2019 mechanische Uhrwerke an Drittkunden zu liefern. Gleichzeitig ermöglichte die einvernehmliche Regelung der ETA, die Lieferungen mechanischer Uhrwerke an Drittkunden bis zum Ablauf der Lieferverpflichtung stufenweise zu reduzieren. Die WEKO wies das Gesuch ab (vgl. vorne 2.1).

Infolge des Wiedererwägungsgesuchs der Swatch Group wurde die noch hängige Vorabklärung im Bereich **Nachverkaufsservice** vorübergehend zurückgestellt. Sie wird 2017 weitergeführt.

### 3.4.4 Automobilsektor

Am 1. Januar 2016 trat die **neue Bekanntmachung** über die wettbewerbsrechtliche **Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel** in Kraft. In diesem Zusammenhang führte das Sekretariat im Jahr 2016 Beratungen hinsichtlich der Anpassung von Vertriebsverträgen durch und beantwortete Anfragen von Marktbeteiligten und Privaten.

In Sachen **VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013** sind verschiedene Beschwerdeverfahren vor dem BVGer hängig. Gegen vier Händler hatte die WEKO wegen der Festsetzung von Preisen mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 Pauschalsanktionen in der Höhe von CHF 10'000 bis 320'000 verhängt. Drei Verfügungsadressaten hatten dagegen Beschwerde eingereicht. Diese sind beim BVGer

hängig. Gegenüber der einzigen Partei, die sich im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung mit dem Sekretariat verpflichtet hatte, ihr Verhalten anzupassen, war die Untersuchung frühzeitig abgeschlossen worden: Ein Vizepräsident der WEKO hatte mit Verfügung vom 8. August 2014 die einvernehmliche Regelung genehmigt. Mit Urteil vom 13. April 2016 erklärte das BVGer die Verfügung des Vizepräsidenten mangels dessen Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt jedoch für nichtig. Aufgrund dieses Urteils genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung mit Verfügung vom 6. Juni 2016. Gegen diese Verfügung haben zwei der an der einvernehmlichen Regelung nicht beteiligten Händler beim BVGer Beschwerde erhoben. Die Beschwerden sind ebenfalls hängig.

In einer Vorabklärung untersuchte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch die **AMAG Automobil- und Motoren AG** bestehen. Verschiedene Händler und Werkstätten der Marken des Volkswagen Konzerns hatten Anzeige erstattet weil die AMAG versuche, durch willkürliche und diskriminierende Massnahmen gegenüber ihren Handelspartnern ihre AMAG RETAIL-Betriebe besserzustellen und deren Position auf dem Detailhandelsmarkt zu stärken.

In Sachen **BMW** ist das Beschwerdeverfahren vor BGer hängig. Das BVGer hatte mit Urteil vom 13. November 2015 die Beschwerde von BMW gegen die Sanktionsverfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 abgewiesen. BMW hat das Urteil ans BGer weitergezogen.

### 3.4.5 Landwirtschaft

Das Sekretariat beteiligte sich an rund 80 Ämterkonsultationen zu landwirtschaftlichen Erlassentwürfen und Vorstössen aus dem Parlament. Es sprach sich dabei insbesondere für den **Abbau des Grenzschutzes** aus. Daneben gingen beim Sekretariat mehrere Anfragen zu landwirtschaftlichen Themenbereichen ein, welche zu Besprechungen und/oder Marktbeobachtungen führten.

### 3.4.6 Weitere Bereiche

Im Bereich der **Medizintechnik** wurde die Untersuchung GE Healthcare abgeschlossen (vgl. vorne 2.1).

Im Bereich **Rasenmäroboter** führte das Sekretariat die im Dezember 2015 eröffnete Untersuchung gegen Husqvarna weiter. Gegenstand der Untersuchung sind eine mögliche Einflussnahme auf die Wiederverkaufspreise ihrer Händler und eine mögliche Behinderung von Parallel- und Direktimporten.

Im Bereich **Fitnessgeräte** eröffnete das Sekretariat im September 2016 eine Vorabklärung gegen die Trisport AG. Dabei handelt es sich um die schweizerische Generalimporteurin von Produkten der Marke Kettler. Im Rahmen der Vorabklärung wurde geprüft, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden, namentlich die Vorgabe von Mindest- oder Festpreisen oder ein Verbot des Online-Handels, vorliegen.

Im Bereich **Badminton Federbälle** (sog. Shuttles) eröffnete das Sekretariat im Januar 2016 eine Vorabklärung gegen den Verband Swiss Badminton. Es waren mehrere Hinweise eingegangen, wonach der Verband seinen Mitgliedern vorschreibe, gewisse Spiele nur mit offiziellen Federbällen zu spielen, die lediglich bei den Schweizer



Importeuren erhältlich seien. Swiss Badminton hat sein Verhalten teilweise angepasst. Die Vorabklärung ergab keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und wurde daher eingestellt.

### 3.5 Binnenmarkt

Das Binnenmarktgesetz (BGBM) gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit sowie die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und kantonalen Beschaffungen.

Um zu überprüfen, ob die interkantonale Freizügigkeit gemäss BGBM grundsätzlich funktioniert, hat die WEKO in den Kantonen Bern, Waadt und Tessin eine **Untersuchung** durchgeführt. Dabei wurden die kantonalen Behörden aufgefordert, über die **Verwaltungspraxis betreffend die Zulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen** Auskunft zu geben. Im Fokus stand dabei die Zulassungspraxis für folgende Gewerbebranchen und Berufe: kantonal und bundesrechtlich geregelte Gesundheitsberufe, Sicherheitsdienst, Gastgewerbe, Kinderbetreuung, Treuhänder, Architekten und Ingenieure sowie Handwerksbetriebe. Die Untersuchung hat gezeigt, dass das BGBM nicht in allen Bereichen konsequent angewendet wird. Die WEKO hat den betroffenen Kantonen ihre Ergebnisse im Rahmen von Empfehlungen mitgeteilt. Die kantonalen Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, der WEKO von Amtes wegen marktzugangsbeschränkende Verfügungen mitzuteilen.

Der **Kanton Tessin** hat im Februar 2016 ein neues **Gesetz über die Gewerbebetriebe (LIA)** in Kraft gesetzt. Das LIA verlangt, dass alle im Kanton Tessin tätigen Handwerksbetriebe in einem Register eingetragen werden. Der Registereintrag ist mit persönlichen und fachlichen Voraussetzungen verbunden und gebührenpflichtig. Die WEKO ist der Auffassung, dass die Anwendung des LIA auf ausserkantonale Handwerksbetriebe nicht mit dem BGBM vereinbar ist, weshalb sie beim Verwaltungsgericht des Kantons Tessin Beschwerde erhoben hat (vgl. vorne 2.1).

Ein weiteres Beschwerdeverfahren betrifft die **Zulassung von multidisziplinären Anwaltskörperschaften**. Multidisziplinäre Anwalts-AG sind bundesrechtlich nicht explizit geregelt, weshalb sich eine kantonal unterschiedliche Praxis entwickelt hat. Im Kanton Zürich sind multidisziplinäre Anwalts-AG unter gewissen Voraussetzungen zugelassen. Gemäss dem Cour de Justice des Kantons Genf sind sie hingegen unzulässig und eine Anwalts-AG mit Sitz in Zürich hat auch keinen binnenmarktrechtlichen Anspruch auf Niederlassung im Kanton Genf. Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt verneint einen binnenmarktrechtlichen Anspruch, lässt aber multidisziplinäre Anwalts-AG nach eigenen Kriterien grundsätzlich zu. Die WEKO hat gegen die Urteile der Kantone Genf und Waadt Beschwerde geführt, um die Frage der Anwendung des BGBM höchststrichterlich klären zu lassen.

Auf dem Gebiet des **Taxiswesens** hat die WEKO eine Empfehlung zum Entwurf des Kantons Genf für ein neues Taxigesetz abgegeben. Gemäss BGBM muss gewährleistet sein, dass ausserkantonale Taxidienste jederzeit Kundinnen und Kunden auf Bestellung im Kanton Genf abholen und befördern können. Ausserkantonale Taxidienste, die regelmässig Kundinnen und Kunden im Kan-

ton Genf anwerben, benötigen eine Genfer Taxibewilligung, haben aber grundsätzlich Anspruch auf Anerkennung ihrer Herkunftsbewilligung.

Schliesslich hat die WEKO ein Gutachten über die Anwendung des BGBM auf das geplante **Konkordat über die privaten Sicherheitsdienste (KÜPS)** erstattet. Das Gutachten untersucht, unter welchen Voraussetzungen Sicherheitsdienste mit Sitz in Kantonen, die nicht Mitglied des KÜPS sind, im Konkordatsgebiet zugelassen werden müssen.

Im Bereich der öffentlichen **Beschaffung** hat die WEKO eine Beschwerde gegen die Auftragsvergabe über eine **Beratungsdienstleistung der Stadt Wil** eingereicht. Die Stadt Wil hat weder den Auftrag für eine Erstanalyse (unterhalb der Schwellenwerte) noch den Hauptberatungsauftrag (oberhalb der Schwellenwerte) öffentlich ausgeschrieben. Nach Auffassung der WEKO handelt es sich dabei um eine Umgehung des Vergaberechts.

Der **Kanton Freiburg** hat ein Gesetz über die **öffentliche Gemeinschaftsgastronomie** erlassen, wonach öffentliche Kantinen verpflichtet werden sollen, einen Anteil ihres Bedarfs an Nahrungsmitteln mit regionalen Produkten zu decken. Zweck dieser Bestimmung ist die Förderung der regionalen Landwirtschafts- und Verarbeitungsbetriebe sowie der Nachhaltigkeit. Die WEKO hat dem Regierungsrat empfohlen, auf dieses ortsbezogene Beschaffungskriterium zu verzichten und dem berechtigten Anliegen der nachhaltigen Beschaffung mit diskriminierungsfreien Beschaffungskriterien Rechnung zu tragen.

Im Bereich der Konzessionen stellt sich bis heute die Frage, ob die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM neben den Monopolkonzessionen unter gewissen Voraussetzungen auch für **Sondernutzungskonzessionen** gilt. Das Verwaltungsgericht des **Kantons Waadt** hat die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Konzessionen für Werbeplakatanschlagstellen auf öffentlichem Grund bestätigt. Das Urteil wurde an das BGer weitergezogen. Auf Einladung des BGers hat die WEKO eine ausführliche Stellungnahme zur Tragweite von Art. 2 Abs. 7 BGBM eingereicht. Das Urteil steht noch aus.

### 3.6 Ermittlungen

Das Berichtsjahr begann für das Kompetenzzentrum Ermittlungen (KompZ E) mit einer grossen Hausdurchsuchung zu Beginn der Untersuchung gegen verschiedene Verzinkereien in der Nord-, Ost- und Westschweiz. Daneben kam es zu einer kleineren Hausdurchsuchung bei einem Unternehmen im Fall Gerätebenzin. Zudem hat das KompZ E die Dienste bei der Datenaufbereitung und der anschliessenden Triage unterstützt. Bei der Triage der elektronischen Daten geht es insbesondere darum, dass das KompZ E und nicht das direkt involvierte Case Team die geschützte Anwaltskorrespondenz aussondert. Dank diesem Vorgehen kann in Absprache mit den Betroffenen normalerweise ein gerichtliches Entsiegelungsverfahren vermieden werden.

Neben diesen regulären Arbeiten war das KompZ E in den Erlass verschiedener Zwischenverfügungen involviert, welche namentlich den Bereich der Einvernahmen sowie der Bonusregelung betroffen haben. In drei Zwischenverfügungen in den Verfahren zu Bauleistungen im

Kanton Graubünden wurde auf Fragen bezüglich der verfahrensrechtlichen Rolle der befragten natürlichen Personen eingegangen und insbesondere festgehalten, dass ehemalige Organe und aktuelle Mitarbeitende ohne Organeigenschaft als Zeugen und nicht als Parteien einzuvernehmen sind. Gegen diese Zwischenverfügungen wurden Beschwerden eingereicht. Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts stehen noch aus. Im Bereich der Bonusregelung wurde ebenfalls in den Bündner Verfahren erstmals eine Verwendungsbeschränkung verfügt, welche bezüglich der Einsicht in Selbstanzeigeakten vorschreibt, dass alle so erhaltenen Informationen und Unterlagen nur zum Zweck der Verteidigung im kartellrechtlichen Verfahren vor der WEKO sowie in anschliessenden Rechtsmittelverfahren verwendet werden dürfen.

Die Schweiz war im 2016 Gastgeberin des jährlich stattfindenden Plenarmeetings der ECN Forensic IT Working Group (ECN FIT WG). Das zweitägige Meeting fand in Bern statt und bot rund 60 Experten aus EU- und EFTA-Staaten, aus der Türkei und Albanien sowie von der EU-Kommission und der EFTA Surveillance Authority Gelegenheit, sich über aktuelle Probleme und Entwicklungen im Bereich der Computerforensik auszutauschen. Die Schweiz nimmt seit 2005 an den Treffen der ECN FIT WG teil und konnte beim Aufbau des KompZ E stark vom dort versammelten Know-how profitieren.

Um es Whistleblowern zu erleichtern, mit ihren Informationen an die Wettbewerbsbehörden zu gelangen, wurde die Website der WEKO um eine Sektion für solche Informanten ergänzt ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Dokumentation > Whistleblowing). Potenzielle Informanten finden auf der Seite alle wichtigen Informationen rund um die anonyme bzw. vertrauliche Meldung von möglichen KG-Verstössen, z.B. die E-Mail-Adresse, an welche sie ihre Informationen senden können ([whistleblowing@weko.admin.ch](mailto:whistleblowing@weko.admin.ch)).

### 3.7 Internationales

**EU:** Die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU ist intensiv und läuft gut. Sie findet in dem Rahmen statt, wie er im Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte vorgesehen ist. Das Wettbewerbsabkommen war am 1. Dezember 2014 in Kraft getreten. Seither hat das Sekretariat in verschiedenen parallelen Untersuchungs- und Zusammenschlussverfahren die Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission kontaktiert, um verfahrens- und materiell-rechtliche Fragen zu erörtern (Art. 7 Abs. 2 Wettbewerbsabkommen). Solche Austausche finden regelmässig statt um sicherzustellen, dass sich in den parallelen Verfahren in Bern und Brüssel keine unnötigen Widersprüche ergeben. In Marktbeobachtungen und Vorabklärungen hat es diverse Kontakte gegeben um abzuklären, ob auf Seiten der EU ebenfalls ein kartellrechtliches Problem besteht oder um zusätzliche Informationen im Hinblick auf den weiteren Verlauf des Verfahrens einzuholen. Insgesamt erleichtert das Wettbewerbsabkommen die Durchsetzung des Kartellrechts in der Schweiz bei Sachverhalten, die auch vom EU-Wettbewerbsrecht erfasst werden.

**OECD:** Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den zwei jährlichen Treffen des Wettbewerbsausschusses der OECD teil. Dabei wurden in Zusammenar-

beit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst. Neben klassischen Themen zur Anwendung des Gesetzes wie Settlements oder Sanktionen wurden Themen in Zusammenhang mit neuen, digitalen Technologien weiter verfolgt. Nach Diskussionen zu Online-Plattformen im Hotelbuchungsbereich und bei Finanzdienstleistungen wurde der Einfluss der Technologie bei den Dienstleistungen von Anwälten und Notaren besprochen. Wichtige Themen dieses Berichtsjahres waren auch Big Data und Marktstudien.

**ICN:** Die WEKO und ihr Sekretariat verfolgten die Entwicklungen im Rahmen des International Competition Network (ICN). Das Sekretariat beantwortete einen Fragebogen zum Thema Sanktionierung für die Neuauflage des ICN-Berichts zum Thema Bussgelder. Das Sekretariat überarbeitete zudem das ICN „Anti-Cartel Enforcement Template“, welches auf der Website der WEKO aufgeschaltet ist. Die Kartell-Arbeitsgruppen „Legal Framework“ (Sub-Group 1) und „Cartel Enforcement“ (Sub-Group 2) führten mehrere Webinars durch. Der diesjährige Cartel-Workshop widmete sich dem Thema „Verbesserung der Kartellrechtsdurchsetzung“. Gastgeberin der ICN-Jahreskonferenz 2016 war Singapur.

**UNCTAD:** Das Sekretariat hat auch in diesem Jahr Aktivitäten des Compal-Kooperationsprogramms unterstützt. Zwei Personen aus El Salvador haben ein dreimonatiges Praktikum im Sekretariat absolviert.

## 3.8 Gesetzgebung

### 3.8.1 Parlamentarische Vorstösse

Der aktuelle Stand der nach dem Scheitern der geplanten KG-Revision im September 2014 eingereichten parlamentarischen Vorstösse zur punktuellen Revision präsentiert sich wie folgt:

- Die **Parlamentarische Initiative Hans Altherr** vom 25. September 2014 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ (14.449) möchte in Anlehnung an das deutsche Kartellrecht eine Bestimmung zur Bekämpfung des Missbrauchs von relativer Marktmacht ins KG aufnehmen. Die Kommissionen des Ständerats wie auch des Nationalrats haben der Pa.Iv. Folge gegeben und sind nun damit beschäftigt, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten.
- Die **Motion der SP-Fraktion** vom 24. September 2014 „Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz. Entschlackte Kartellgesetzrevision“ (14.3780) wurde vom Nationalrat abgelehnt und ist damit erledigt.
- Die **Motion Viola Amherd** vom 26. September 2014 „Für eine kleine Revision des Kartellgesetzes“ (14.3946) forderte vom Bundesrat die Vorlage der „unbestrittenen Artikel der gescheiterten Kartellgesetzrevision“. Sie wurde abgeschrieben, weil sie mehr als zwei Jahre hängig war. Damit ist sie erledigt.
- Die **Motion Hans Hess** vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) fordert den Bundesrat auf, Massnahmen zu treffen, dass Herstellerinnen und Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnerinnen

und -partnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im EWR eingekauft worden sind. Die Motion wurde von beiden Räten angenommen. Das Sekretariat klärte daraufhin ab, ob es sich bei der Verweigerung von Servicedienstleistungen durch ortsansässige Handwerker auf direkt aus dem EWR importierten Produkten um ein flächendeckendes Problem handelt (vgl. vorne 3.4.1).

- Die **Pa.IV. de Buman** vom 18. März 2016 „Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz“ (16.420) fordert eine Spezialregel für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften im KG. Sie ist im Erstrat (Nationalrat) noch nicht behandelt worden.
- Die **Pa.IV. de Buman** vom 30. September 2016 „Kleine Revision des Kartellgesetzes“ (16.473) verlangt, dass vier spezifische, in der gescheiterten Revision von 2014 unumstrittene Punkte wieder aufgenommen werden, nämlich die Zusammenschlusskontrolle für Unternehmen, das kartellrechtliche Zivilverfahren, die Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Sanktionsbemessung sowie das Widerspruchsverfahren. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.

Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 „Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie“ (16.3902) will den Bundesrat beauftragen, die notwendigen Gesetzesänderungen vorzulegen, um sogenannte Preisparitätsklauseln im Vertragsverhältnis zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels zu verbieten. Der Ständerat hat sie an die zuständige Kommission (WAK) zur Vorprüfung zugewiesen.

Die Federführung für die Begleitung dieser Vorstösse seitens der Verwaltung liegt beim SECO; das Sekretariat der WEKO ist in die Arbeiten involviert.

### 3.8.2 Fair-Preis-Initiative

Die am 20. September 2016 lancierte Fair-Preis-Initiative (genauer Titel: „Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preise“) verlangt vom Bund den Erlass „von Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Er trifft insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden“. Sie sieht mehrere konkrete Massnahmen vor, so namentlich gesetzliche Regeln für relativ marktmächtige Unternehmen, welche in der Schweiz höhere Preise setzen als im Ausland, sowie für den diskriminierungsfreien Einkauf im Online-Handel. Die Sammelfrist läuft bis am 20. März 2018.

### 3.8.3 Modernisierung Zusammenschlusskontrolle

Gestützt auf seinen Bericht über die Behinderung von Parallelimporten<sup>1</sup> beauftragte der Bundesrat das WBF, dem Bundesrat bis Ende 2017 eine Vernehmlassungsvorlage zur Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle im

Kartellgesetz zu unterbreiten. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die heutige Zusammenschlusskontrolle den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu wenig Rechnung trägt und die bisher im KG vorgesehene Prüfung der Marktbeherrschung durch den sog. SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) abgelöst werden könnte. Von diesem Wechsel erwartet der Bundesrat mittel- bis langfristig positive Auswirkungen auf das Wettbewerbsumfeld in der Schweiz.<sup>2</sup>

Die Federführung für die Erarbeitung der Vernehmlassungsvorlage seitens der Verwaltung liegt beim SECO; das Sekretariat der WEKO ist an den Arbeiten beteiligt.

## 4 Organisation und Statistik

### 4.1 WEKO und Sekretariat

Für die **Amtsperiode 2016–2019** wurden die folgenden zwölf **WEKO-Mitglieder** gewählt: Vincent Martenet, Präsident; Andreas Heinemann und Armin Schmutzler, Vizepräsidenten; Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Danièle Wüthrich-Meyer, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider.

Die Mitglieder der WEKO trafen sich 2016 zu 14 Plenarsitzungen. Die Anzahl der Entscheide in Untersuchungen und Zusammenschlüssen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergeben sich aus der Statistik (vgl. hinten 4.2).

An ihrer ersten Sitzung im 2016 bestellte die WEKO in Anwendung des neuen Geschäftsreglements vom 15. Juni 2015 (in Kraft seit 1. November 2015) die Mitglieder der zwei neuen **Kammern „Teilverfügungen“** und **„Unternehmenszusammenschlüsse“** (siehe dazu Jahresbericht 2015, RPW 2016/1, 11).

- Kammer **„Teilverfügungen“**: Vincent Martenet (Vorsitz), Andreas Kellerhals und Daniel Lampart.
- Kammer **„Unternehmenszusammenschlüsse“**: Vincent Martenet (Vorsitz), Andreas Heinemann und Armin Schmutzler.

Im **Sekretariat** sind zwei Schlüsselstellen im Direktionsstab neu besetzt worden. **Niklaus Wallimann** ist seit 1. September 2016 als neuer **Chefökonom** des Sekretariats tätig an Stelle des auf Ende Juni 2016 ausgetretenen Marc Blatter; **Stefan Renfer** ersetzte auf 1. Januar 2017 als neuer **Leiter Binnenmarkt** den per Ende 2016 ausgetretenen Nicolas Diebold.

<sup>1</sup> Behinderung von Parallelimporten, Bericht des Bundesrats vom 22. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3014 „Erleichterung der Zollabfertigung und Förderung von Parallelimporten dank Anerkennung weiterer Dokumente zur Erbringung des Ursprungsnachweises“ (nachfolgend: Bericht des Bundesrates vom 22.6.2016), <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/44557.pdf>> (14.12.2016).

<sup>2</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates vom 22.6.2016 (Fn 1), S. 41 f.

---

Ende des Jahres 2016 beschäftigte das **Sekretariat** 73 (Vorjahr 76) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 40 (Vorjahr 42) Prozent. Dies entspricht insgesamt 62,7 (Vorjahr 66,7) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 51 (Vorjahr 55) wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 44,4 Vollzeitstellen; Vorjahr 49,2); 9 (Vorjahr 8) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 9 (Vorjahr 8) Vollzeitstellen entspricht; 13 (Vorjahr 13) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 9,3 (Vorjahr 9,5) Vollzeitstellen.

---

## 4.2 Statistik

	2015	2016
<b>Untersuchungen</b>		
Während des Jahres geführt	30	32
davon Übernahmen vom Vorjahr	15	22
davon Eröffnungen	6	4
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	9	6
<b>Endentscheide</b>	7	9
davon einvernehmliche Regelungen	3	6
davon behördliche Anordnungen	2	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	6	8
davon Teilverfügungen	1	2
<b>Verfahrensleitende Verfügungen</b>	7	9
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	1	3
<b>Vorsorgliche Massnahmen</b>	0	0
<b>Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG</b>	0	0
<b>Vorabklärungen</b>		
Während des Jahres geführt	18	14
davon Übernahmen vom Vorjahr	14	11
davon Eröffnungen	4	3
<b>Abschlüsse</b>	7	6
davon mit Untersuchungseröffnung	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	2	3
davon ohne Folgen	4	1
<b>Andere Tätigkeiten</b>		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	0
<b>Erfolgte Beratungen</b>	17	27
<b>Abgeschlossene Marktbeobachtungen</b>	33	42
<b>BGÖ-Gesuche</b>	23	16
<b>Sonstige erledigte Anfragen</b>	685	683
<b>Zusammenschlüsse</b>		
<b>Meldungen</b>	29	22
Kein Einwand nach Vorprüfung	26	21
<b>Prüfungen</b>	3	1
<b>Entscheide der WEKO</b>	0	0
nach Vorprüfung	0	0
nach Prüfung	0	0
<b>Vorzeitiger Vollzug</b>	0	0
<b>Beschwerdeverfahren</b>		
<b>Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer</b>	24	39
<b>Urteile BVGer</b>	3	9
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	2	7
davon teilweiser Erfolg	0	0
<b>Urteile BGer</b>	2	2
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	2	2
davon teilweiser Erfolg	0	0
<b>Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)</b>	22	28
<b>Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.</b>		
Gutachten (Art. 15 KG)	0	0

Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	1
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	0
Nachkontrollen	0	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	281	278
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	8	8
<b>BGBM</b>		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	2	5
Gutachten (Art. 10 Abs. 1 BGBM)	1	1
Erläuterungen (Sekretariat)	45	46
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2bis BGBM)	1	7

Aus der Statistik und im Vergleich mit den Zahlen aus dem Jahr 2015 ergeben sich die folgenden Erkenntnisse:

- Die Anzahl der geführten Untersuchungen ist nochmals leicht gestiegen. Es sind zwar weniger neue Untersuchungen eröffnet worden, aber es sind nochmals Untersuchungen in mehrere separate Untersuchungen aufgeteilt worden.
- Die Anzahl Endentscheide der WEKO hat von sieben auf neun zugenommen, davon konnten sechs Untersuchungen mit einvernehmlicher Regelung abgeschlossen werden. In acht von neun Untersuchungen verhängte die WEKO Sanktionen von insgesamt rund CHF 171 Millionen.
- Die Anzahl Vorabklärungen ist weiter rückläufig. Im 2016 führte das Sekretariat noch deren 14 und konnte sechs abschliessen, davon zwei mit Untersuchungseröffnung.
- Zugenommen haben hingegen die Beratungen (von 17 auf 27) und die Marktbeobachtungen (von 33 auf 42). Diese Tätigkeiten sind teilweise sehr zeit- und ressourcenintensiv. Die Anzahl der sonstigen Anfragen (telefonische Auskünfte, Beantwortung von Bürgeranfragen, Weiterleitung an die zuständigen Behörden, etc.) ist mit 683 (gegenüber 685 im 2015) praktisch unverändert hoch geblieben.
- Rückläufig waren hingegen die Meldungen von Zusammenschlüssen von Unternehmen mit 22 Meldungen in diesem Jahr gegenüber 29 im Vorjahr. Im langjährigen Vergleich sind der Wettbewerbsbehörde nur im Jahr 2004 mit 21 noch weniger Zusammenschlüsse gemeldet worden. Diese Anzahl Meldungen dürfte sich mit der zunehmenden M&A-Aktivität wieder dem langjährigen Mittel von rund 30 Meldungen pro Jahr nähern.
- Noch einmal höher als im Vorjahr ist die Anzahl Beschwerdeverfahren vor BVGer und BGer. Hauptsächlich aufgrund von zahlreichen Beschwerden gegen Zwischenverfügungen der WEKO stieg deren Anzahl von 24 auf 39 an. Das BVGer hat zwar wesentlich mehr Urteile gefällt als im Jahr 2015, doch ist die Zunahme zu einem grossen Teil auf die Urteile zu Zwischenverfügungen der WEKO zurückzuführen. Ende 2016 sind 28 Beschwerdeverfahren vor BVGer und BGer hängig (gegenüber 22 Ende 2015).

- In Anwendung des BGBM hat die Anzahl Empfehlungen und Beschwerdeverfahren zugenommen. Aus drei Untersuchungen ergingen fünf Empfehlungen an Kantone und von den insgesamt sieben eingereichten Beschwerden betrafen drei den Kanton Tessin sowie drei die Zulassung einer Anwalts AG (siehe vorne 3.5).

## 5 Digitalisierung der Wirtschaft

Die Digitalisierung transformiert die Wirtschaft. Unternehmen entwickeln neue Geschäftsmodelle und verbessern ihre Prozesse. Konsumentinnen und Konsumenten haben ein breiteres Angebot zur Auswahl und profitieren von gesenkten Kosten durch tiefere Preise. Diesen Chancen der Digitalisierung stehen auch Gefahren für den Wettbewerb gegenüber. Neue Formen von Absprachen können die Entfaltung der Teilnehmer der neuen digitalen Ökonomie behindern. Marktbeherrschende Unternehmen können versuchen den Zugang zu den Ressourcen des Internets in missbräuchlicher Weise zu verschliessen. Ein Missverständnis der neuen Entwicklung kann zu Regulierungen führen, die den Wettbewerb behindern statt für gleich lange Spiesse im Wettbewerb zu sorgen.

Die WEKO hat sich 2016 intensiv mit der Digitalisierung der Wirtschaft befasst. Zum einen hat sie sich in grundsätzlicher Weise mit diesem Thema auseinandergesetzt, zum anderen wurde sie in verschiedenen Verfahren mit Fragestellungen der digitalen Wirtschaft konfrontiert. Die WEKO beobachtet die Entwicklungen in der digitalen Ökonomie. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser Entwicklungen ist komplex. Sie erfordert gewisse Erfahrungswerte, welche sich die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der laufenden Abklärungen aneignen. Die Wettbewerbsbehörden warnen dann, wenn sie Gefahren für den Wettbewerb sehen und greifen ein, wenn der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Dies zeigt ihre Praxis in den von der Digitalisierung betroffenen Branchen.

### 5.1 Netzwerkinfrastruktur

Eine gute Netzwerkinfrastruktur ist die Grundlage der digitalen Wirtschaft. Dabei muss sichergestellt sein, dass der Wettbewerb auf dem Netzwerk möglich bleibt, damit sich die besten Innovationen durchsetzen können. Für die Wettbewerbsbehörden stellt sich hier eine doppelte Herausforderung. Einerseits haben sie sicher zu stellen, dass der Wettbewerb nicht von Anfang an ausgeschlossen ist. Andererseits dürfen sie nicht den Anreizen für die Investitionen in die Infrastruktur im Weg stehen.

In ihrer bisherigen Tätigkeit hatten die Wettbewerbsbehörden diesen Balanceakt bei Glasfaserkooperationen zu meistern. Mehrere regionale Energieversorgungsunternehmen und Swisscom vereinbarten die Zukunftstechnologie Glasfaser in einzelnen Schweizer Städten gemeinsam aufzubauen. Dabei konnten die Kooperationspartner das Investitionsrisiko teilen und die Baukosten durch die effiziente Nutzung von Kabelkanälen senken. Die Gefahr bestand darin, dass Vertragsklauseln einer „Layer 1-Exklusivität“ und Preiskontrollklauseln Preis- und Mengenabreden darstellen können, die den angestrebten Wettbewerb stark beeinträchtigen können. Die endgültige Beurteilung ob tatsächlich eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs in der Laufzeit von 30–40 Jahren der Verträge stattfinden wird, musste in Anbetracht der dynamischen Entwicklung digitaler Märkte offen bleiben. Falls sich zeigen wird, dass die Klauseln den Wettbewerb tatsächlich behindern, kann die WEKO korrigierend eingreifen. Mit der Überprüfung der Kooperationen stellten die Wettbewerbsbehörden sicher, dass der Wettbewerb spielen kann und die Rahmenbedingungen für die Nutzung der Netzwerke klar sind. Die Unternehmen können somit dafür sorgen, dass sie die Glasfasernetze wettbewerbskonform betreiben.

Der Zugang zum Wettbewerb im Bereich der Netzinfrastruktur bleibt aber weiterhin ein Thema. Das Sekretariat untersuchte im Jahr 2016 Verhaltensweisen im Bereich Interconnect-Peering, also der Kommunikation zwischen den Netzwerkanbietern. Auch dort bewährte sich der mahnende Ansatz, bei dem der Hinweis auf aus wettbewerblicher Sicht problematische Vereinbarungen zu einer Anpassung der Verträge führte. Aktuell setzt sich die WEKO in der Untersuchung Supermedia mit dem Kabelnetz der Stadt Genf auseinander. Dabei wird geprüft, ob die Naxoo AG über eine marktbeherrschende Stellung im Kabelnetz der Stadt Genf verfügt und diese den Netzzugang Dritter in missbräuchlicher Weise erschwert oder verhindert.

## 5.2 Online-Handel

Der Online-Handel wirkt sich positiv auf den Wettbewerb aus. Für die Konsumentinnen und Konsumenten fallen kaum Kosten an, wenn sie sich im Internet für ihre Kaufentscheidung informieren. Sie profitieren damit von einer höheren Transparenz und zudem von einem breiteren Angebot. Für die Händler vergrössert das Internet die (geografische) Reichweite. Der direkte Handel über das Internet reduziert die Distributionskosten und eröffnet Möglichkeiten für innovative Geschäftsmodelle.

Die WEKO steht daher Beschränkungen des Online-Handels sehr kritisch gegenüber. Bereits im Jahr 2011 fällte sie einen entsprechenden Leitentscheid. Sie hielt fest, dass Verbote von Verkäufen über Online-Shops, welche Hersteller ihren Vertriebspartnern auferlegen, grundsätzlich gegen das Kartellgesetz verstossen. Die WEKO sieht jedoch auch die Möglichkeit, dass Online-Verbote unter sehr restriktiven Voraussetzungen gerechtfertigt sein können. So kann es in einem selektiven Vertriebssystem gerechtfertigt sein, dem Online-Händler vorzuschreiben, die gleichen Voraussetzungen wie ein zugelassener Fachhändler zu erfüllen und ein physisches Verkaufsgeschäft zu betreiben. Die Online-Händler müssen aber in jedem

Fall frei sein, die Endverkaufspreise eigenständig festlegen zu können. Den Leitentscheid bekräftigte die WEKO auch im Jahr 2014 in der Verfügung gegenüber einer Herstellerin von Kaffeemaschinen, welche mit ihren Händlern unzulässige Abreden über den Verzicht auf Online-Handel vereinbarte.

## 5.3 Digitale Plattformen

Die Digitalisierung führt zu einem vermehrten Aufkommen von Plattformen wie Suchdiensten, Handels- und Vermittlungsseiten oder sozialen Netzwerken. Das Geschäftsmodell dieser digitalen Plattformen beruht darauf, unterschiedliche Kundengruppen zusammenzubringen. Dabei bestehen sogenannte indirekte Netzwerkeffekte, da die Teilnahme einer Kundengruppe von der Teilnahme der anderen Kundengruppe abhängt. Für Anbieter ist eine Plattform umso attraktiver, je mehr potenzielle Käufer und Käuferinnen sich dort finden lassen. Umgekehrt steigt die Attraktivität einer Plattform für Kaufinteressierte, je mehr Verkäufer und Verkäuferinnen dort ihr Angebot feilbieten.

Die indirekten Netzwerkeffekte beeinflussen die Preisgestaltung. Eine Plattform richtet ihre Preisstruktur danach aus, dass sie die beiden Kundengruppen zu einer optimalen Teilnahme an der Plattform bewegt. Dies kann bedeuten, dass eine Kundengruppe mit einem kostenlosen Zugang gelockt wird, damit die andere Kundengruppe sich für die Plattform interessiert. Für die Wettbewerbsbehörden bedeutet dies, dass sie bei ihrer Beurteilung des Wettbewerbs nicht nur auf Marktanteile gemessen in Umsätzen der Marktseiten abstellen kann, sondern auch die Teilnehmerzahl beider Seiten als Hinweis für die Stärke der Plattform heranziehen muss.

Eine weitere Konsequenz indirekter Netzwerkeffekte ist die Tendenz zu einer hohen Konzentration von Plattformmärkten. So lässt sich bei Suchmaschinen oder Hotelbuchungsplattformen eine sehr starke Stellung der führenden Anbieter beobachten. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass die Kundinnen und Kunden aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte gerade davon profitieren, wenn die andere Kundengruppe möglichst vollständig auf der Plattform präsent ist. Es gilt damit auch bei Plattformen die Regel, dass Marktmacht für sich genommen nicht schädlich ist. Erst wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht missbraucht oder bei einem Zusammenschluss die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs besteht, schreiten die Wettbewerbsbehörden ein.

In ihrer Praxis haben die Wettbewerbsbehörden regelmässig Plattformen zu beurteilen. Insbesondere bei Vermittlungsplattformen im Bereich von Anzeigen liessen sich vermehrt Zusammenschlüsse beobachten. Es ist eine Tendenz zu einer verstärkten Konzentration von Plattformmärkten ersichtlich. Die WEKO prüfte den Kauf der Online-Plattform Ricardo und die Übernahme der Stellen-Plattformen durch Tamedia im Jahr 2015 vertieft. Unter Berücksichtigung der Platfformeigenschaften gelangte die WEKO zwar zum Schluss, dass in beiden Fällen im Bereich der Stelleninserate von einer marktbeherrschenden Stellung von Tamedia bzw. JobCloud auszugehen war. Die Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs war für die beiden Vorhaben aber nicht zu erwarten, weshalb eine Intervention unter den gesetzlichen Vorgaben nicht angezeigt war.

Mit den digitalen Plattformen kommen auch neue Formen von Wettbewerbsbeschränkungen auf. Aufgrund der internationalen Präsenz der Plattformen beschäftigte sich die WEKO wie auch andere europäische Wettbewerbsbehörden mit Vertragsklauseln von Online-Buchungsplattformen für Hotels. Die in der Untersuchung beurteilten Paritätsklauseln verlangten von den Hotels, auf keinem anderen Vertriebskanal tiefere Preise festzulegen oder eine grössere Anzahl Zimmer anzubieten. Dies verhindert, dass die Hotels auf Vertriebskanälen mit tieferen Kommissionen vorteilhaftere Angebote unterbreiten. Damit schränken diese weiten Paritätsklauseln den Wettbewerb ein und die WEKO wertete deren Verwendung als Verstoss gegen das KG. Die Beurteilung von neu eingeführten engen Paritätsklauseln war mangels aussagekräftiger Erfahrungswerte noch nicht möglich. Die WEKO beobachtet die Entwicklungen weiterhin und wird bei Bedarf erneut eingreifen.

#### 5.4 Big Data

In der digitalen Ökonomie werden mit dem Begriff Big Data nicht nur „grosse Datenmengen“ beschrieben. Viel mehr wird damit auf Geschäftsmodelle hingewiesen, welche Daten als Rohstoff sammeln und nutzbar machen. Oft fallen in diesem Zusammenhang drei charakteristische „V's“ von Big Data: Volume, Velocity, Variety – also Menge, Geschwindigkeit, und Vielfalt. Unternehmen greifen auf grosse Mengen von Daten zu, welche mit einer hohen Geschwindigkeit in verschiedenen vermehrt digitalen Quellen (webbasierte Dienste, vernetzte Produkte wie bspw. Druckerlandschaften, digitalisierte Patientendaten etc.) generiert und erfasst werden. Die Verarbeitung dieser Daten bedarf schneller Prozessoren und geeigneter Algorithmen.

Ein wesentlicher Mehrwert von Big Data zeigt sich in der qualitativen Verbesserung von Produkten. Beispielsweise kann eine Anbieterin von Navigationssystemen die technischen Daten der Strassenverläufe mit der Bewegungsgeschwindigkeit ihrer Nutzer auf den Strassen verknüpfen. Erkennt das System, dass die Fahrgeschwindigkeit auf bestimmten Routen viel langsamer als gewöhnlich ist, schliesst der Algorithmus daraus, dass sich wohl ein Stau bildet. Darauf gestützt werden den Nutzerinnen und Nutzern alternative Wege mit flüssigerem Verkehr vorgeschlagen. Andere Beispiele betreffen das Zuschneiden eines Gutes auf die Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden. So lernen Suchmaschinen im Internet wie Google oder digitale Marktplätze wie Amazon aus dem Nutzerverhalten und richten die Suchergebnisse auf das Nutzerprofil aus.

Anhand dieser Beispiele zeigt sich bereits eine neu zu beachtende Eigenschaft in den Märkten mit Big Data. Die Nutzerinnen und Nutzer der Dienstleistungen bezahlen nicht (nur) mit Geld, sondern (auch) mit ihren Daten. Diese Daten können dann gerade von mehrseitigen Plattformen bspw. über das Angebot von zielgerichteten Werbemöglichkeiten monetarisiert werden. Für die Wettbewerbsbehörden bedeutet dies, dass sie in der Beurteilung der wirtschaftlichen Stellung von Unternehmen nicht nur auf Umsatzzahlen abstellen können, sondern auch den Datenflüssen Rechnung zu tragen haben.

Die neuen Möglichkeiten von Unternehmen mittels Big Data ihre Angebote an die Kunden anpassen zu können

eröffnen auch neue Möglichkeiten in der Preisgestaltung. Basierend auf einer grossen Anzahl kundenspezifischer Daten könnten personalisierte Preise offeriert werden wie bspw. individuelle Rabatte. Mit Daten verschiedener Zeitpunkte können Nachfragespitzen und -tiefs einfacher und schneller erkannt werden. Damit kann ein Unternehmen auf einen temporären Nachfrageüberhang mit höheren Preisen und bei einem Angebotsüberhang mit tieferen Preisen reagieren. Zudem lässt sich beobachten, dass eine solche datenbasierte Preissetzung in verschiedenen Branchen wie dem Flugverkehr, Online-Plattformen oder dem Hochfrequenzhandel in der Finanzindustrie mittels Algorithmen erfolgt. Diese Algorithmen reagieren nicht nur auf gesammelte Informationen über Kunden, sondern auch auf das beobachtete Verhalten anderer Unternehmen.

Für die Wettbewerbsbehörden ergeben sich aus diesen Möglichkeiten der Preissetzung neue Fragestellungen. Preisdifferenzierungen durch marktbeherrschende Unternehmen haben das Potential, sich behindernd oder ausbeutend auf mögliche Konkurrenten oder Nachfrager und Nachfragerinnen auszuwirken. Regelmässig zeigt sich jedoch, dass erst aufgrund einer Differenzierung weniger zahlungskräftige Kundengruppen mit gezielt tieferen Preisen erschlossen werden. Mit der automatisierten Preissetzung mit Algorithmen taucht einerseits die Frage auf, ob Computer Preisabsprachen treffen können oder bestimmte Programmierungen zu einem schädlichen abgestimmten Verhalten führen. Andererseits kann sich mittels automatischer Preissetzung der Wettbewerb um Kundinnen und Kunden intensivieren. Wie sich die Nutzung von Big Data letztlich auf den Wettbewerb auswirken wird, bleibt angesichts der vielen Möglichkeiten offen. Eine abschliessende Beurteilung aus kartellrechtlicher Sicht ist mangels aussagekräftiger Erfahrungswerte derzeit noch nicht möglich. Für die Wettbewerbsbehörden heisst dies, die wissenschaftliche Debatte zu verfolgen und weiterhin die Entwicklungen im Markt zu beobachten.

Big Data kann die im Zusammenhang mit Plattformmärkten typischen Netzwerkeffekte und damit die Tendenz zu konzentrierteren Märkten verstärken. Dies lässt sich auf zwei selbstverstärkende zirkuläre Mechanismen zurückführen. Mit grossen und gut verwertbaren Beständen an Nutzerdaten können Unternehmen ihre Produkte für die Nutzerinnen und Nutzer verbessern. Damit wird das Angebot auf der Nutzerseite attraktiver und führt so zu einem Anstieg von Nutzerinnen und Nutzern, was wiederum zu einer weiteren Verbesserung der Produkte führt. Auf der Refinanzierungsseite startet die Schleife ebenfalls mit vielen Nutzerdaten, welche auf dieser Seite bspw. zielgenauere und damit bessere Werbemöglichkeiten erlauben. Damit können höhere Werbeeinnahmen generiert werden, welche die Finanzierung weiterer Produktverbesserungen ermöglichen. Dies führt wiederum zu einem Anstieg der Nutzerinnen und Nutzer und damit einer grösseren Reichweite der Werbung und Verbesserung der Werbemöglichkeiten sowie des Angebots auf Nutzerseite.

Eine wesentliche Herausforderung der Wettbewerbsbehörden liegt in diesem Zusammenhang in der Einschätzung derartiger dynamischer Prozesse. Sie erhöhen das Potenzial für das Zustandekommen einer marktbeherrschenden Stellung von Unternehmen. Eine Marktbeherrschung an sich führt jedoch nicht zu einem Schaden für



die Volkswirtschaft. Netzwerkeffekte, welche durch Big Data verstärkt werden können, implizieren eine relativ höhere Konzentration von (mehrseitigen) Märkten. Aufgrund der Netzwerkeffekte könnte diese höhere Konzentration auch effizienter sein. Zudem kann Big Data eine Verbesserung von Produkten bewirken. Die Gefahr liegt erst im Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, wogegen die WEKO dann auch vorgehen kann. Daher ist es angebracht, voreilige Eingriffe in neu entstehende Märkte basierend auf der Nutzung von Daten zu vermeiden und der grundsätzlichen Dynamik dieser Märkte im Einzelfall sorgfältig Rechnung zu tragen.

In der Praxis verfolgt die WEKO daher eine vorsichtige Herangehensweise. Dies zeigte sich bei der Beurteilung des Gemeinschaftsunternehmens Admira von Swisscom, SRG und Ringier. Die WEKO hatte unter anderem die Wirkungen einer auf Nutzerdaten basierten zielgruppenspezifischen TV-Werbung auf den Wettbewerb zu beurteilen. Dabei handelt es sich um eine in der Schweiz neu entstehende Form der datengetriebenen Werbung, bei welcher die Marktentwicklung noch ungewiss ist. In ihrem Entscheid berücksichtigte die WEKO, die dynamischen Entwicklungen in den sich digitalisierenden und konvergierenden Medien- bzw. Werbemärkten. Sie entschied, dass der Zusammenschluss in der gemeldeten Form mit grosser Wahrscheinlichkeit in einem Betrachtungshorizont von zwei bis drei Jahren zu keiner marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die WEKO genehmigte den Zusammenschluss im Dezember 2015.

### 5.5 „Sharing Economy“

Die neuen Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft fordern etablierte Marktteilnehmer heraus. Der Fahrdienst Uber, das Übernachtungsportal Airbnb oder die Finanzierung über Crowdfunding erlauben es neuen Anbietern ihre Dienstleistungen erfolgreich auf den Markt zu bringen. Dies führt zu mehr Wettbewerb und ist daher grundsätzlich zu begrüssen. Eingesessene Anbieter weisen jedoch darauf hin, dass die Spiesse im Wettbewerb nicht gleich lang seien. Die neuen Anbieter, welche diese neuen Möglichkeiten nutzen würden, seien keinen Regulierungen unterworfen. So beschwert sich bspw. das Taxigewerbe, dass Fahrdienstanbieter auf Uber nicht die Nachweise erbringen würden, welche im Bundesgesetz über die Personenbeförderung vorgesehen seien.

Die WEKO ist nicht nur die Hüterin des Wettbewerbs, welche bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen einschreitet. Sie ist zugleich eine Fürsprecherin des Wettbewerbs, welche gegen mögliche Wettbewerbsverzerrungen Stellung bezieht. Gerade in dieser Rolle kommt es der WEKO zu, darauf hinzuweisen, dass die bestehenden Regulierungen nicht blindlings auf die neuen Formen der Wirtschaft angewandt, sondern kritisch hinterfragt werden sollten. Beispielsweise ist fraglich, ob es im digitalen Zeitalter mit Navigationssystemen erforderlich ist, von den Taxifahrern und Taxifahrerinnen einen Nachweis von Ortskenntnissen zu verlangen. Auch sind kommunal unterschiedliche Vorschriften zu überdenken. Diese behindern die Einführung von innovativen Geschäftsmodellen im Bereich der „Sharing Economy“, weil die Einhaltung von verschiedenen Regulierungen zu unnötig hohen Kos-

ten führt. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass Anbieter mit Sitz in der Schweiz, die ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben, diese Tätigkeit in der ganzen Schweiz nach Massgabe der Herkunftsvorschriften ausüben dürfen. Auf diesen Grundsatz des Binnenmarktgesetzes (Art. 2 Abs. 3 BGBM) können sich auch gewerbliche Anbieter im Bereich der „Sharing Economy“ berufen.

### 5.6 Fazit

Die Digitalisierung schafft neue Möglichkeiten des Wirtschaftens und bringt neue Geschäftsmodelle hervor. Diese Transformation der Wirtschaft führt zu Chancen wie auch Risiken für den Wettbewerb und zu neuen Herausforderungen für die Wettbewerbsbehörden.

Märkte weisen aufgrund der digitalen Transformation neue Eigenschaften auf, welche in der kartellrechtlichen Analyse berücksichtigt werden müssen. Neue Eigenschaften von Märkten zeigen sich vor allem bei digitalen Plattformen und den dabei bestehenden indirekten Netzwerkeffekten zwischen den verschiedenen Gruppen von Kundinnen und Kunden.

Bei Big Data schlägt sich dies darin nieder, dass nicht nur mit Geld, sondern auch mit den Daten bezahlt wird. Als Konsequenz daraus, sind bei der Beurteilung der Marktstärke eines Unternehmens die Präsenz auf mehreren Marktseiten und Datenflüsse in die Analyse miteinzubeziehen. In Bezug auf umsatzbasierte Aufgreifkriterien der Zusammenschlusskontrolle bedeutet dies, dass möglicherweise eine Fusion nicht kontrolliert wird, obwohl aufgrund der Kundendaten eine marktbeherrschende Stellung entstehen würde, welche den Wettbewerb möglicherweise beseitigt. Bei den in der digitalen Ökonomie typischen Netzwerkeffekten besteht eine Tendenz zu relativ höheren Konzentrationen in den Märkten, die möglicherweise effizient ist.

Bei der derzeitigen Zusammenschlusskontrolle können die Wettbewerbsbehörden die Effizienz im gleichen Markt nicht berücksichtigen. Daher begrüssen die Wettbewerbsbehörden eine Überprüfung alternativer Aufgreifschwelle und die Möglichkeit der Berücksichtigung von Effizienzgründen bei der Einführung eines SIEC-Test (vgl. vorne 3.8.3). Da die indirekten Netzwerkeffekte durch die Preissetzung der Plattform ausgeglichen werden, sind in der Internetökonomie nicht nur Preishöhen zu betrachten, sondern auch Preisstrukturen zu untersuchen.

Für die Wettbewerbsbehörden gilt es zu erkennen, wie digitale Innovationen den Wettbewerb fördern und welche neuen Verhaltensweisen den Wettbewerb behindern. Quellen neuartiger Wettbewerbsbehinderungen können Vertragsklauseln wie Plattformparitäten sein. Zu beobachten sind aber auch die Entwicklung der neuen Möglichkeiten in der kundenindividuellen Preisdifferenzierung und die Verwendung von Algorithmen in der Preissetzung.

Die neuen Angebotsformen beschäftigen die Wettbewerbsbehörden auch in ihrer Rolle der Fürsprecherin des Wettbewerbs. Mit der Transformation der Wirtschaft und des Wettbewerbs stellt sich die Frage, ob und wo Regulierungsbedarf besteht. Dabei ist auch zu hinterfragen, ob bestehende Regulierungen noch passen oder ob sie durch die Entstehung neuer Möglichkeiten überholt sind.

---

Es schadet dem Wettbewerb, wenn neue Geschäftsmodelle in alte aber nicht passende Regulierungskorsetts gezwängt werden. Die neuen Angebotsformen bieten die Gelegenheit auf überholte Regulierungen zu verzichten oder nötigenfalls neue, leichtere Regulierungen zu prüfen, welche sowohl für die traditionellen Formen des Wettbewerbs als auch für die digital transformierte Wirtschaft passen.

---

A 1.	<b>2. Rapport annuel 2016 de la Commission de la concurrence (COMCO)</b>
------	--

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Préface du président</b>	<b>21</b>	4.2	Statistique	33
<b>2</b>	<b>Décisions les plus importantes en 2016</b>	<b>22</b>	<b>5</b>	<b>Numérisation de l'économie</b>	<b>34</b>
2.1	Décisions de la COMCO	22	5.1	Infrastructure de réseau	34
2.2	Arrêts des tribunaux	23	5.2	Commerce en ligne	35
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b>	<b>24</b>	5.3	Plates-formes digitales	35
3.1	Construction	24	5.4	Big Data	36
3.1.1	Accords de soumission	24	5.5	„Sharing Economy“	37
3.1.2	Grossistes sanitaires	24	5.6	Conclusion	37
3.1.3	Gravier et décharges pour matériaux inertes	25			
3.1.4	Zinguerie	25			
3.1.5	Autres domaines	25			
3.2	Services	25			
3.2.1	Services financiers	25			
3.2.2	Santé	25			
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	26			
3.3	Infrastructures	26			
3.3.1	Télécommunications	26			
3.3.1	Médias	27			
3.3.2	Energie	27			
3.3.3	Autres domaines	27			
3.4	Produits	27			
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	27			
3.4.2	Instruments de musique	28			
3.4.3	Industrie horlogère	28			
3.4.4	Secteur automobile	28			
3.4.5	Agriculture	28			
3.4.6	Autres domaines	28			
3.5	Marché intérieur	29			
3.6	Investigations	30			
3.7	Relations Internationales	30			
3.8	Législation	30			
3.8.1	Interventions parlementaires	30			
3.8.2	Initiative pour des prix équitables	31			
3.8.3	Modernisation du contrôle des concentrations	31			
<b>4</b>	<b>Organisation et statistique</b>	<b>32</b>			
4.1	COMCO et Secrétariat	32			

## 1 Préface du président

La COMCO a pris des décisions importantes en 2016 afin d'assurer la libre concurrence et de garder les marchés ouverts. Parmi les enquêtes clôturées, on compte autant de **procédures importantes et complexes** que de **cas plus modestes donnant des signaux forts** et déployant un effet préventif. Conformément aux priorités de longue date de la COMCO, l'accent a été mis sur les cartels rigides horizontaux, les verrouillages du marché et les comportements abusifs d'entreprises dominantes.

En 2016, la COMCO a mené des investigations relevant du droit des cartels dans **différents domaines** de l'économie suisse. Dans ce cadre, elle est intervenue notamment dans la construction, sur les marchés financiers, dans la santé, dans le domaine des médias et de la communication, dans l'industrie des biens de consommation et dans le marché de détail, dans l'industrie horlogère ainsi que dans le secteur automobile. Cette variété dans les branches touchées par des procédures de droit de la concurrence illustre le champ d'application étendu de la Loi sur les cartels. Les dispositions spécifiques à des secteurs particuliers, comme elles ont été exigées à l'occasion de diverses interventions politiques, sont en contradiction avec le caractère général de la loi sur les cartels.

Dans sa décision de principe du 28 juin 2016 **Gaba/Elmex**, le Tribunal fédéral a clarifié deux problématiques fondamentales de grande portée pour l'application ultérieure de la Loi sur les cartels par la COMCO et les tribunaux. Le tribunal a répondu à des questions controversées de longue date. Il a ainsi expliqué la manière dont la **notabilité des restrictions à la concurrence** doit être examinée, et si des **sanctions directes** peuvent aussi être infligées à des accords rigides en matière de concurrence qui, même s'ils ne suppriment pas totalement la concurrence efficace, l'affectent tout de même de manière notable. Le jugement va faciliter l'intervention de la COMCO contre les cartels horizontaux rigides, ainsi que les fixations de prix et les verrouillages du marché dans les contrats de distributions, parce qu'elle n'aura plus à prouver la mise en œuvre et les effets de tels accords sur la base de critères quantitatifs dans chaque cas d'espèce. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas décidé d'une interdiction absolue de tels accords. Une justification pour des motifs d'efficacité économique est toujours possible, tant que la présomption légale de suppression de la concurrence peut être renversée. Les cas de moindre gravité peuvent de plus rester réservés.

Les autorités de la concurrence se sont aussi penchées sur la **numérisation de l'économie** et les questions de droit de la concurrence qui en découlent, tant sous la forme de réflexions de principe et d'analyses sur le thème que de cas pratiques. L'appréciation des développements dans l'économie digitale est complexe; cette dernière ouvre des opportunités, mais présente cependant aussi des dangers pour la concurrence. Des appréciations erronées peuvent mener à des réglementations entravant la concurrence, au lieu de permettre aux différents acteurs de lutter à armes égales. Les autorités de la concurrence reconnaissent ces nouveaux défis et tiennent compte des conditions-cadres changeantes et des spécificités des nouveaux modèles d'affaires. Des modèles

d'affaires innovants sont souhaitables. Les autorités de la concurrence mettent toutefois en garde quand elles perçoivent des dangers pour la concurrence et interviennent lorsque celle-ci est entravée. Cela ressort de leur pratique dans les branches concernées par la numérisation.

Vincent Martenet  
Président de la COMCO

## 2 Décisions les plus importantes en 2016

### 2.1 Décisions de la COMCO

A l'occasion de sa décision du 9 mai 2016, la COMCO a infligé à Swisscom une amende d'environ CHF 71 millions. La COMCO a constaté, que **Swisscom** et ses filiales occupaient une position dominante dans le domaine de la diffusion en direct par **Pay-TV** de matchs des championnats suisses de football et de hockey sur glace, ainsi que de certains championnats de football étrangers, ceci parce que la filiale de Swisscom Cinetrade disposait de droits exclusifs de longue durée et globaux pour la diffusion de contenus sportifs par Pay-TV suisse. Swisscom avait abusé de cette position dominante à plus d'un titre. Swisscom a abusé de cette position dominante à plus d'un titre. C'est ainsi que Swisscom a refusé toute offre à certains concurrents pour la diffusion sportive en direct sur leurs plateformes. A d'autres concurrents comme Cablecom, Swisscom n'a octroyé qu'un accès réduit aux contenus sportifs. De plus et à l'inverse de Swisscom, les concurrents ne pouvaient proposer des contenus sportifs à leurs clients que sous forme liée au bouquet de base de Teleclub. Par ce comportement, Swisscom s'est indûment procuré un avantage concurrentiel parmi les plateformes TV. Swisscom a recouru auprès de la décision de la COMCO auprès du Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a approuvé par décision du 23 mai 2016 un accord amiable avec la société **General Electric Company** (GE) et ses filiales GE Healthcare GmbH (Allemagne) et GE Medical Systems (Suisse) SA. L'enquête portant sur l'entrave à l'importation directe en Suisse d'**appareils à ultrasons** de GE et ouverte sur la base d'une auto-dénonciation de GE faisait apparaître que depuis avril 2008 et jusqu'au moment de l'auto-dénonciation en avril 2014, il existait entre GE Healthcare (Allemagne) et ses distributeurs des accords illicites en matière de concurrence portant sur une protection territoriale absolue. Par accord amiable, les deux filiales de GE se sont engagées à renoncer pour l'avenir à tout accord qui exclut les ventes de commerçants allemands à des clients suisses sur leur demande (ventes passives). Si nécessaire, tous les contrats conclus avec des distributeurs allemands devront être adaptés en conséquence, ou leur teneur devra être clarifiée. Il a été renoncé à toute sanction en raison de l'auto-dénonciation.

Par décision du 8 juillet 2016, la COMCO a sanctionné huit entreprises actives dans la **construction de routes et le génie civil** pour un montant total d'amendes d'environ CHF 5 millions de francs. Celles-ci s'étaient entendus sur les prix ainsi que sur la répartition de plusieurs centaines de soumissions entre 2002 et 2009 dans les districts de **See-Gaster** (SG), de **March et Höfe** (SZ). L'enquête de la COMCO a été ouverte en avril 2013 par des perquisitions suite notamment à une analyse statistique des procès-verbaux de soumissions. Dans le cadre de ces ententes, les entreprises susmentionnées se sont rencontrées régulièrement lors de « réunions d'études du marché ». Lors de ces réunions, elles ont discuté de listes, établies par elles-mêmes et régulièrement mises à jour pour ces réunions, qui contenaient les projets actuels, publics et privés, de construction de routes et de génie civil. Les huit entreprises ont échangé leurs intérêts

sur différents projets contenus dans ces listes. En cas d'accord, les entreprises ont désigné l'entreprise, qui devait remporter le marché. Les autres entreprises ont par conséquent soumis des offres plus hautes. Une telle coopération de répartition des soumissions par le biais d'accords sur les prix est particulièrement néfaste économiquement et représente une grave infraction à la loi sur les cartels. Plusieurs entreprises ont recouru contre la décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a maintenu inchangé, par décision du 24 octobre 2016, l'accord amiable passé avec **The Swatch Group AG** (Swatch Group). Cet accord prévoit une obligation de livrer les mouvements mécaniques mais permet à la filiale de Swatch Group, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), de réduire de manière échelonnée jusqu'en 2019 les livraisons aux entreprises tierces. Cet examen a été conduit suite à la demande de modification de Swatch Group de l'accord amiable. Les conclusions de la COMCO sont que les conditions actuelles du marché se développent dans la direction prévue. En revanche, la COMCO n'a pas constaté de modifications importantes sur le marché qui justifieraient une modification de l'accord amiable. L'élément important dans cette décision a été le sondage des acteurs du marché, qui ont exprimé en particulier que le maintien inchangé de l'accord amiable était décisif pour le développement du marché. Une modification du régime des livraisons aurait mis en péril de manière sensible, à l'heure actuelle, les plans d'entrée sur le marché ou d'expansion des concurrents d'Eta. La COMCO partage ce diagnostic. Le contexte économique difficile dans lequel l'industrie horlogère se trouve n'était pas une raison suffisante, selon la COMCO, pour modifier l'accord amiable de 2013.

La Commission de la concurrence (COMCO) a **recouru** le 21 novembre 2016 contre deux décisions prononcées en application de la loi tessinoise sur les entreprises artisanales (**Legge sulle imprese artigianali, LIA**). La loi tessinoise sur les entreprises artisanales est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2016 et exige de toutes les entreprises artisanales actives au Tessin de s'inscrire dans un registre jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2016 au plus tard. L'inscription dans le registre dépend d'une série de conditions, comme par exemple que l'entrepreneur doit disposer de qualifications professionnelles et d'expériences spécifiques, et être engagé à au moins 50 %. L'inscription engendre la perception d'un émolument d'inscription de même que d'une taxe annuelle. Les autorités compétentes tessinoises n'avaient pris leur décision sur les requêtes d'accès d'entreprises artisanales extracantonales qu'au mois d'octobre 2016 et, à cette occasion, n'avaient pas appliqué la LMI. Selon la COMCO, l'obligation de se faire enregistrer, les conditions d'inscription de même que les émoluments ne sont pas conformes à la LMI. De plus, l'accès au marché selon la LIA ne se déroule pas dans le cadre d'une procédure simple et rapide. En conséquence, la COMCO a décidé de faire recours contre deux de ces décisions et de faire trancher ses questions pas une instance judiciaire

Dans l'enquête relative à la **commercialisation d'informations sur les médicaments** électroniques nécessaires à la distribution, la COMCO a décidé le 19 décembre 2016 que Galenica AG, respectivement sa filiale

HCI Solutions AG ont abusé de leur position dominante en empêchant l'entrée de concurrents sur le marché et afin d'imposer à leurs partenaires commerciaux des prestations couplées. Les entreprises en question ont été sanctionnées pour un montant d'environ CHF 4,5 millions. Elles ont la possibilité de recourir auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le 21 décembre 2016, la COMCO a informé sur les sept premières décisions dans la **procédure intitulée IBOR**. Le déroulement de l'enquête, ouverte le 2 février 2012, a permis de démontrer que différents comportements sans lien concret entre eux peuvent être distingués, ce qui justifie que l'enquête ait été divisée en cinq procédures. Comme résumé ci-dessous, au total sept décisions ont été rendues concernant les cinq procédures.

- LIBOR francs suisses: approbation d'un accord amiable et sanctions; clôture sans suite de l'enquête contre intermédiaires financiers. La procédure est ainsi clôturée.
- Écarts de cotation (Spreads) des produits dérivés de taux d'intérêt en francs suisses: approbation d'un accord amiable et sanctions. La procédure est ainsi clôturée.
- EURIBOR: Approbation d'un accord amiable avec certaines parties et sanctions. L'enquête continue à l'encontre de plusieurs parties qui n'ont pas signé d'accord amiable.
- YEN LIBOR/Euroyen TIBOR: approbation d'un accord amiable avec certaines parties et sanctions; clôture sans suite de l'enquête contre les banques japonaises. L'enquête continue à l'encontre de plusieurs parties qui n'ont pas signé d'accord amiable.
- Cartel YEN TIBOR: Clôture sans suite de l'enquête contre toutes les parties.

L'ensemble des sanctions imposées par la COMCO dans ces cinq procédures se monte à un total de CHF 99.1 millions. Depuis l'ouverture de l'enquête, les autorités de la concurrence ont travaillé de façon intense pendant plus de quatre ans sur ces procédures très complexes. Le nombre de communications électroniques et téléphoniques analysées pendant cette période est estimé à plus de 9 millions de pages. Au total, 21 parties, dont 16 banques et 5 intermédiaires financiers, ont été impliquées dans les procédures IBOR. Grâce à ces décisions, trois des cinq procédures sont terminées. Dans les procédures EURIBOR et Yen LIBOR, les enquêtes se poursuivent contre certaines banques ou intermédiaires financiers. Avec ces premières décisions, une part importante de ces procédures est terminée.

## 2.2 Arrêts des tribunaux

Dans son **arrêt de principe** du 28 juin 2016, le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé par le producteur de la marque **Elmex**, Colgate-Palmolive Europe Sàrl (anciennement **Gaba International SA**), en lien avec la sanction d'un montant de CHF 4,8 millions que lui a infligée la COMCO. L'interdiction des importations parallèles en Suisse que Gaba International SA avait imposée à son preneur de licence autrichien jusqu'à 2006 constitue un accord illicite qui affecte de manière notable la concurrence. La COMCO avait le droit de sanctionner une telle

infraction à la loi sur les cartels. Selon le Tribunal fédéral, les accords sur les prix, les quantités et la répartition géographique, au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, **affectent en principe de manière notable** la concurrence sur la base du critère de la qualité, même lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace a été renversée. Cela vaut **indépendamment** de critères quantitatifs, comme la proportion de la part du marché dont disposent les participants. A moins d'être justifiés par des motifs d'efficacité économique, ces accords sont partant illicites. Le Tribunal fédéral a, de surcroît, tranché une question de principe concernant le prononcé de **sanctions directes**, selon l'art. 49a LCart, en cas d'accords aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Il a admis la possibilité d'infliger des sanctions directes non seulement en cas d'accords supprimant la concurrence efficace, mais aussi en présence d'accords illicites pour lesquels la présomption de suppression de la concurrence efficace a été renversée, mais qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique. La motivation écrite du jugement est encore attendue.

En 2011, la COMCO avait prononcé une sanction d'environ CHF 12,5 millions contre la société **Nikon AG** (Suisse) pour entrave aux importations parallèles. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté pour l'essentiel le recours interjeté contre cette décision et réduit le montant de la sanction d'un demi-million environ à environ CHF 12 millions. Il est selon lui établi que la filiale suisse du groupe a empêché au cours des années 2008 et 2009 l'importation de produits Nikon (appareils photo, objectifs interchangeables et flashes) en Suisse (**importations parallèles**), affectant ainsi de manière notable la concurrence efficace sur ce territoire. Le Tribunal s'est notamment fondé sur la jurisprudence GABA du Tribunal fédéral s'agissant de la notion d'affectation notable de la concurrence (voir ci-dessus) et a renoncé à un examen quantitatif des effets de l'interdiction contractuelle des importations parallèles. Nikon a renoncé à recourir contre le jugement, de telle sorte que le jugement du 16 septembre 2016 est entré en force.

Le Tribunal administratif fédéral a annulé par jugement du 24 novembre 2016 la décision de la Commission de la concurrence dans l'affaire **Hallenstadion / Ticketcorner**. Starticket et Ticketportal s'étaient plaintes auprès de la Commission de la concurrence de ce que le Hallentadion et Ticketcorner auraient eu un comportement contraire à la concurrence lors de la location du Hallenstadion. Depuis 2009, le Hallenstadion imposait aux organisateurs de manifestations publiques, au moyen d'une clause dite de ticketing, de confier au moins 50 % de la vente des billets à Ticketcorner. Ce procédé découlait d'un accord dit de coopération ticketing passé dans le cadre du contrat de collaboration conclu entre le Hallenstadion et Ticketcorner. L'enquête avait abouti à une décision de classement de la COMCO faute pour celle-ci d'avoir constaté un comportement illicite durant l'année 2011. Starticket et Ticketportal avaient formé recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Après que la qualité pour recourir des deux recourantes ait été reconnue par le Tribunal fédéral à la suite d'une première procédure ayant duré plusieurs années, le Tribunal administratif fédéral a également admis le recours de Starticket et Ticketportal sur

le fond. Il a constaté qu'il existe suffisamment d'éléments permettant d'admettre (i) que l'accord de coopération ticketing constitue un accord illicite en matière de concurrence, (ii) que l'usage de la clause ticketing par le Hallenstadion consiste en une pratique illicite d'entreprise ayant une position dominante et (iii) que l'exécution d'une obligation de contracter un contrat de vente de billets à la charge des organisateurs de manifestations publiques constitue une pratique illicite d'entreprise ayant une position dominante de la part de Ticketcorner. La cause a été renvoyée pour nouvelle décision à la COMCO dès lors que ces certains éléments nécessitaient d'être clarifiés et que le prononcé d'une éventuelle sanction relevait en principe du pouvoir d'appréciation de ladite commission.

Le Tribunal fédéral a rejeté par jugement du 26 mai 2016 le recours de **Nikon AG** (Suisse) concernant la **publication** de la décision de la COMCO du 28 novembre 2011. Nikon avait principalement avancé que la publication de la correspondance e-mail comme preuve de l'entrave aux importations parallèles dans la décision de la COMCO violait le principe de proportionnalité, les droits de la personnalité, les secrets d'affaire de Nikon, la loi sur la protection des données ainsi que la présomption d'innocence. Le Tribunal fédéral a considéré l'ensemble des griefs soulevés comme infondés. Il a retenu en principe, que la COMCO peut publier ses décisions sur la base de l'art. 48 al. 1 LCart. Vu le but de la disposition citée, il n'y avait aucune raison apparente pour que la publication en tant que telle soit illicite. Le Tribunal fédéral souligne plus loin que les faits constituant un comportement contraire au droit de la concurrence ne doivent pas être tenus secret, même eu égard à l'intérêt objectif au maintien du secret selon l'art. 25 al. 4 LCart. Leur publication permet au public de comprendre les arguments de la COMCO. La COMCO n'a pas violé les secrets d'affaires de Nikon en publiant la correspondance électronique obtenue dans le cadre de l'enquête.

Le 23 août 2016, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur la question de savoir si et à quelles conditions la COMCO pouvait **donner accès aux actes de procédure aux victimes de cartels**. Dans sa décision du 22 avril 2013 pour l'enquête sur la construction de routes et le génie civil dans le canton de Zürich, la COMCO avait noirci dans la publication de sa décision les noms des projets de constructions affectés par des accords illicites. Il n'était ainsi pas possible pour les autorités adjudicataires de savoir si elles avaient été touchées par des accords ou non. La COMCO a pour cette raison reçu des demandes d'accès aux passages non-noircis de la décision et aux actes de l'enquête. Le 8 septembre 2014, la COMCO a accepté en partie ces demandes. Les entreprises de construction ont recouru contre ces décisions auprès du Tribunal administratif fédéral, lequel a rejeté ces recours le 23 août 2016. Ce jugement n'a pas été attaqué. La décision de la COMCO respectivement le jugement correspondant du Tribunal administratif fédéral du 23 août 2016 constituent des décisions de principes sur la question de savoir si et dans quelle mesure la COMCO doit donner accès aux actes de procédure aux victimes de cartels. Le Tribunal administratif fédéral a soutenu la décision de la COMCO. En principe, la victime d'un cartel obtient l'accès aux actes de procédures (dont la décision) respective-

ment des extraits de ceux-ci, tant que ces actes ne dévoilent pas des informations issues d'une auto-dénonciation. Dans le cas concret, cela signifie que les autorités adjudicataires obtiennent l'accès aux extraits de la décision de la COMCO et aux actes de procédure, dans la mesure où elles ont été touchées par un cartel de soumission lors d'une adjudication et dans la mesure où aucune information issue de l'auto-dénonciation n'est révélée par ce procédé.

### 3 Activités dans les différents secteurs

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Accords de soumission

L'enquête en Basse-Engadine contre différentes entreprises actives dans les domaines de la construction de routes, de bâtiments ainsi que le génie civil et les marchés y relatifs a été ouverte par des perquisitions le 30 octobre 2012. Sur la base des premiers résultats de l'investigation, l'enquête a été élargie le 22 avril 2013 à l'ensemble du **canton des Grisons** et à l'encontre de sept autres entreprises. L'enquête a été une nouvelle fois étendue à d'autres entreprises en 2015 et a été divisée, pour des raisons d'économie de procédure, en dix enquêtes. Les investigations ont progressé en 2016. Plusieurs décisions incidentes ont dû être rendues. Les parties ont fait recours contre ces décisions incidentes, recours qui sont en partie pendants devant le Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a constaté, par décision du 8 juillet 2016, que huit entreprises actives dans la construction des routes et le génie civil dans les districts de **See-Gaster (SG)** et de **March et Höfe (SZ)** se sont entendues de manière illicite sur les prix et ont désigné celle qui devait remporter le marché. Ces accords illicites ont eu lieu entre 2002 et 2009 et touchent plusieurs centaines de soumissions (voir 2.1 ci-dessus). Plusieurs entreprises ont fait recours contre la décision de la COMCO devant le Tribunal administratif fédéral.

Dans le cas de la **construction des routes et du génie civil dans le canton de Zurich**, le Tribunal administratif fédéral a rendu une décision de principe le 23 août 2016 sur la question de savoir si la COMCO doit donner accès aux actes de procédure aux victimes de cartels et, dans l'affirmative, sous quelles conditions. Les décisions sont entrées en force.

Dans le cas de la **construction des routes et du génie civil dans le canton d'Argovie**, plusieurs parties ont fait recours contre la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 (DPC 2012/2, 270 ss). La procédure est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

##### 3.1.2 Grossistes sanitaires

Dans le cas des **grossistes de la branche sanitaire**, ouvert par des perquisitions le 22 novembre 2011, la COMCO a imposé par décision du 29 juin 2015 des amendes d'un montant global de CHF 80 millions. La décision motivée a été notifiée aux parties au début de l'année 2016. Toutes les parties ont fait recours contre la décision, qui n'est par conséquent pas entrée en force.

Quatre parties se sont opposées à toute publication de la décision de la COMCO et ont demandé une décision attaquable concernant la publication. La COMCO a rendu

cette décision en novembre 2016. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26 mai 2016 dans l'affaire NIKON pose les fondements concernant la publication des décisions de la COMCO car le Tribunal traite de manière approfondie cette question dans cet arrêt (voir 2.2 ci-dessus). Toutes les parties qui ont reçu une décision de publication de la COMCO ont fait recours devant le Tribunal administratif fédéral.

### 3.1.3 Gravier et décharges pour matériaux inertes

Le 12 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert par des perquisitions une enquête contre diverses entreprises de **gravier et de décharges pour matériaux inertes dans le canton de Berne**. Les entreprises concernées sont soupçonnées d'avoir passé des accords sur les prix, sur les quantités et sur la répartition de territoires. De plus, ces entreprises disposeraient d'une position dominante et en auraient abusé en refusant des relations commerciales avec des entreprises tierces, en exerçant des discriminations ainsi qu'en subordonnant la conclusion de contrats à l'acceptation d'autres prestations.

L'enquête a été élargie le 19 avril 2015 à une entreprise supplémentaire pour ce qui touche aux accords sur les prix, sur les quantités et sur la répartition de territoires. Dans le cadre de l'enquête, il doit être déterminé si des restrictions illicites existent. L'enquête a été divisée en deux enquêtes pour des raisons d'économie de procédure.

### 3.1.4 Zinguerie

Le Secrétariat a ouvert le 15 février 2016 une enquête contre plusieurs entreprises et l'association de la **branche de la zinguerie**. Le Secrétariat a connaissance d'éventuels accords. Il existe des indices que ces accords, qui concernent la fixation directe ou indirecte du prix et des éléments du prix des procédures de zinguerie et les prestations de service associées ainsi que la répartition des marchés selon les clients ou les territoires, pourraient constituer des accords illicites.

### 3.1.5 Autres domaines

Dans le cas des **éléments de portes**, une partie a interjeté recours contre la décision de la COMCO du 17 novembre 2014 (DPC 2015/2, 246 ss). La procédure est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Dans le cas des **ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres**, le Tribunal administratif a donné droit au recours contre la décision de la COMCO du 4 novembre 2010 (DPC 2014/3, 548 ss, 589 ss, 610 ss). La COMCO resp. le DFE ont fait recours contre deux des trois jugements devant le Tribunal fédéral. La procédure est pendante devant le Tribunal fédéral.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Dans les décisions communiquées le 21 décembre 2016, la COMCO a prononcé des sanctions d'un montant total de CHF 99.1 millions dans la **procédure IBOR** (voir 2.1 ci-dessus). Le Secrétariat a pu conclure des accords

amicales avec la majorité des parties. Ces derniers ont été ensuite approuvés par la COMCO. Seules les procédures EURIBOR et Yen LIBOR/Euroyen TIBOR ne sont pas encore clôturées.

Les enquêtes sur de possibles atteintes à la concurrence dans le **marché des changes (Forex)**, dans les **métaux précieux** et dans les **services de leasing** sont en cours, à des stades d'avancement différents. Dans toutes ces enquêtes, de grandes quantités d'informations électroniques doivent être analysées.

Au cours de l'année sous revue, plusieurs cas de fusion ont été examinés, en particulier celui de **Paymit/TWINT** dans lequel les deux plus importants acteurs nationaux dans le secteur des paiements électroniques mobiles ont fusionné. Compte tenu du dynamisme de ces nouveaux marchés, de la présence d'autres prestataires de service comme Apple Pay et des engagements de Paymit/TWINT d'exploiter leur système de manière ouverte et non-discriminatoire, la fusion a été autorisée dans le cadre d'un examen préalable.

Dans le domaine des **cartes de crédit**, le Secrétariat a été impliqué dans la réorganisation du système de fixation des commissions de transaction « Interchange » de MasterCard. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017, MasterCard peut fixer unilatéralement les commissions d'Interchange, alors qu'auparavant les émetteurs et les acquéreurs nationaux avaient cette compétence. Dans le cadre d'un accord amiable (EVR III), MasterCard a confirmé aux autorités de la concurrence que le plafond fixé pour les frais d'Interchange serait respecté. Le prochain abaissement de la commission domestique moyenne d'Interchange à 0.44 % aura lieu à partir du 1<sup>er</sup> août 2017. Concernant les cartes de débit, Mastercard a fait une annonce selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart (procédure d'opposition). Selon cette annonce, Mastercard a prévu l'introduction d'une commission d'Interchange pour les cartes de débit (Maestro et Mastercard Debit) destinée exclusivement aux achats sur Internet et aux paiements mobiles. Le délai pour l'appréciation de cette procédure d'opposition court jusqu'en avril 2017.

### 3.2.2 Santé

Le 19 décembre 2016 la COMCO a pris sa décision dans l'enquête relative à la **commercialisation d'informations sur les médicaments** électroniques nécessaires à la distribution (vgl. vorne 2.1).

En septembre 2016, l'enquête préalable ouverte dans le canton du Valais concernant des **contrats-cadre d'assurance perte de gain** conclus entre des associations professionnelles, respectivement leurs membres, et trois assureurs-maladie a été clôturée sans suite. En effet, l'analyse du Secrétariat a montré que la forme de coopération choisie par les employeurs et les assureurs ne contrevenait pas aux dispositions de la LCart aussi longtemps que: (i) la signature du contrat-cadre reste ouverte à tout autre assureur qui accepte de remplir les conditions requises; (ii) les assureurs ne se répartissent pas le marché au niveau géographique ou sur la base des partenaires commerciaux; (iii) les membres des associations restent libres



de choisir d'adhérer au contrat-cadre et de choisir librement leur assureur; (iv) l'adhésion est ouverte aussi à des entreprises non membres de l'association.

### 3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

La décision du 19 octobre 2015 de la COMCO dans le cas des **clauses contractuelles de plateformes de réservation d'hôtels** est entrée en force. En raison de l'interdiction des clauses de parité élargies, les hôtels partenaires de Booking.com, HRS et Expedia ont désormais la possibilité d'offrir leurs services à des prix différents suivant les plateformes, de même que de varier la disponibilité des chambres. Les clauses restreintes ne sont en revanche pas interdites. Booking.com, HRS et Expedia interdisent à cet égard à leurs partenaires, comme par le passé, d'offrir leurs services à des prix plus bas sur leur propre site internet, en accès public. Cependant, la réglementation actuelle permet de procéder à des rabais lors de réservations offline (p.ex. par téléphone) ou sur des parties privatives de leur site internet, réservées à un cercle particulier de membres. Le Secrétariat suit l'évolution de la situation, tant en Suisse qu'à l'étranger. Les développements récents en matière de clauses de parité ne relèvent pas du domaine du droit des cartels, mais ont eu lieu au niveau politique. En France par exemple, une interdiction légale de l'ensemble des clauses de parité à l'égard des hôtels a été introduite. En Autriche, une telle interdiction entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2017 et en Italie, une pareille affaire est actuellement pendante devant le Parlement. En Suisse également, la motion Bischof 16.3902 demandant la suppression de clauses de parité a été déposée et est traitée actuellement par le Conseil des Etats.

Durant l'année 2016, le Secrétariat a été actif dans le domaine des **nouvelles technologiques de l'information et de la communication**. Des plaintes provenant d'utilisateurs ont rendu le Secrétariat attentif au blocage par le service de messagerie **WhatsApp** de l'envoi de certains liens vers les concurrents. L'observation de marché menée suite à ces plaintes a pu être clôturée, en raison de la correction du problème via une mise à jour de l'application. L'enquête préalable ouverte à l'encontre de **Google** concernant notamment la préférence donnée à ses propres services de recherche (p.ex. « Google Shopping ») a été poursuivie. En l'état, l'autorité observe la situation à l'étranger, où une enquête est également ouverte auprès des autorités de l'Union européenne. La Commission européenne a procédé à la communication des griefs en juillet 2016.

L'observation de marché menée dans le domaine des commissions imposées par les plateformes de distribution d'applications mobiles (**Play Store, App Store, Windows Store**) pour les développeurs n'a pas permis de mettre en évidence d'indices d'un accord sur les prix.

Dans le domaine de l'**économie participative** (« **Sharing Economy** », voir 5.5), le Secrétariat analyse le phénomène et les développements de ce paradigme économique. De façon concrète, le Secrétariat observe l'entrée d'Uber sur le marché suisse, en particulier dans le canton de Genève, où il a été rendu attentif à une forte concentration du marché et à de possibles obstacles à l'entrée de nouveaux concurrents.

Dans le domaine des services aéroportuaires, le Secrétariat mène actuellement une observation de marché concernant les services de **Valet Parking à l'Aéroport International de Genève (AIG)**. La COMCO avait constaté dans sa décision du 18 septembre 2006 que la société Aéroport de Zurich AG (Unique) possédait une position dominante dans le domaine du parking d'aéroport dont elle a abusé en refusant de donner l'accès à d'autres fournisseurs de services de Valet Parking aux infrastructures de l'aéroport ainsi que de leur octroyer une autorisation.

Enfin, en novembre 2016, le Tribunal administratif fédéral a rendu sa décision dans l'affaire de la **distribution de billets au Hallenstadion de Zurich**. Ce cas portait sur un contrat conclu entre l'entreprise TicketCorner et le Hallenstadion (voir 2.2 ci-dessus). Les autorités de la concurrence vont réexaminer le cas à la lumière des considérants du Tribunal administratif fédéral.

## 3.3 Infrastructures

### 3.3.1 Télécommunications

Swisscom a recouru contre la décision de la COMCO du 21 septembre 2015 rendue dans le domaine des **connexions à haut débit** (*Swisscom WAN-Anbindung*). La COMCO a amendé Swisscom à hauteur de CHF 7,9 millions. L'enquête était arrivée à la conclusion que sur le marché des connexions à haut débit pour la clientèle commerciale, Swisscom occupait une position dominante et qu'elle a abusé de cette position lors de la soumission de la mise en réseau des sites postaux. Swisscom avait remporté l'appel d'offres en proposant un prix environ 30 % inférieur à celui des concurrents, qui dépendaient tous des prestations préalables de Swisscom. Lors de cette soumission, l'entreprise de télécommunication a fixé le prix des prestations préalables à un niveau tel que les concurrents ne pouvaient rivaliser avec l'offre de Swisscom. En outre et par sa politique de prix, Swisscom a imposé des prix excessifs à la Poste.

En mars 2016, la COMCO a ouvert l'enquête **Supermédi**a contre Naxoo SA. L'enquête préalable avait mis en évidence des indices d'une restriction illicite à la concurrence par le fait que Naxoo SA détiendrait une position dominante sur le télé-réseau en Ville de Genève, et abuserait de cette position. L'enquête vise à déterminer si le comportement de Naxoo SA constitue effectivement des restrictions illicites à la concurrence au sens de la LCart, dans le sens où Naxoo SA restreindrait ou empêcherait l'accès de sociétés tierces au réseau. Il existe des indices que des sociétés tierces, fournissant par exemple des services satellitaires, ont été entravées ou empêchées par Naxoo SA d'accéder aux réseaux internes des immeubles, alors que cet accès est nécessaire pour la transmission de ces services tiers.

Il a été mis un terme à l'enquête préalable **Interconnect-Peering (IP)-Interconnection** par rapport final du 12 décembre 2016. L'enquête préalable avait été ouverte après que le Secrétariat ait été confronté – dans le cadre de la rédaction d'un avis pour l'OFCOM relatif à une position dominante de Swisscom dans le domaine de l'interconnexion-IP – à des indices d'une éventuelle restriction illicite à la concurrence. L'interconnexion-IP permet la connexion d'ordinateurs en principe autonomes. Swisscom a

entrepris les adaptations contractuelles suite aux recommandations émises par le Secrétariat, raison pour laquelle l'enquête préalable a pu être clôturée.

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 14 septembre 2015 en l'affaire **politique de prix dans l'ADSL** a été porté devant le Tribunal fédéral par Swisscom. Le Tribunal administratif fédéral a prononcé à l'encontre du groupe Swisscom une sanction d'environ CHF 186 millions, et ainsi confirmé en grande partie la sanction de la COMCO.

### 3.3.1 Médias

Par décision du 24 mai 2016, la COMCO a clôturé l'enquête **sport à la télévision payante** (*Sport im Pay-TV*) dirigée contre Swisscom, et prononcé à son encontre une sanction de CHF 71,8 millions (voir 2.1 ci-dessus).

Il a été mis un terme à l'enquête préalable **Goldbach Group TV / Radiovermarktung** en novembre 2014 déjà. La question de savoir dans quelle mesure le rapport final du 12 novembre 2014 doit être publié est cependant toujours litigieuse à ce jour. Deux procédures sont pendantes devant le TAF à ce sujet.

Parallèlement à l'enquête **sport à la télévision payante** (*Sport im Pay-TV*), le Secrétariat a mené une observation de marché sous le titre **vente centralisée** (*Zentralvermarktung*), dans le cadre de laquelle il a surveillé l'attribution des droits médiatiques des championnats suisses de football et de hockey sur glace pour la période à compter de la saison 2017/18. Il a également accompagné la procédure d'appel d'offres au préalable.

En outre, la COMCO a eu à examiner les **concentrations d'entreprises** suivantes dans le domaine des médias: concernant la concentration Tamedia / Adextra, Tamedia SA envisageait d'acquérir le contrôle exclusif d'Adextra SA. Concernant 7Days Group / Güll Gesellschaften, TK-Gruppe ainsi que 7Days Group envisageaient d'acquérir le contrôle sur les deux sociétés-sœurs Güll Sàrl ainsi que Presse-Service Güll Sàrl. En ce qui concerne 7Days Media Services / Naville, Dynapress, Presse-Import, les mêmes parties ont notifié l'acquisition de Naville Distribution SA, Dynapress Marketing SA et Presse-Import SA, sociétés contrôlées jusqu'alors par Valora. Toutes ces concentrations ont été autorisées par la COMCO suite à un examen préalable.

En ce qui concerne la décision de la COMCO du 27 mai 2013 portant sur le **prix des livres en Romandie**, plusieurs recours sont pendants devant le Tribunal administratif fédéral. La mesure dans laquelle la décision doit être publiée est également litigieuse dans cette affaire. La procédure est aussi pendante devant le Tribunal administratif fédéral à ce sujet.

### 3.3.2 Energie

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat dans le cadre de procédures de consultation des offices, respectivement la COMCO dans le cadre de procédures de consultation et d'auditions, ont été invités à prendre position à plusieurs reprises. En outre, le Secrétariat a pris part à des groupes de travail s'attendant à l'élaboration d'une **loi sur l'approvisionnement en gaz ainsi qu'à la révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité**.

En outre dans le domaine de l'énergie, la COMCO a examiné la concentration **BKW / AEK**. Par plusieurs achats, BKW entendait acquérir au total 53,22 % du capital-actions de AEK Energie SA, afin de disposer de plus de 93,19 % du capital-actions de AEK en comptant les actions déjà détenues. Le but était la diversification dans l'optique de l'ouverture du marché de l'électricité pour tous les clients finaux ainsi que des réformes structurelles engendrées par le tournant énergétique. L'autorisation de la concentration a été donnée par la COMCO après examen préalable.

### 3.3.3 Autres domaines

Le recours dans le cas du **fret aérien** est en outre toujours pendant devant le Tribunal administratif fédéral. En effet, plusieurs parties ont recouru contre la décision de la COMCO du 2 décembre 2013 condamnant onze compagnies aériennes à payer au total environ CHF 11 millions d'amende pour avoir conclu des accords horizontaux sur les prix. La mesure dans laquelle la décision du 2 décembre 2013 doit être publiée est également litigieuse dans cette affaire. La procédure est aussi pendante devant le Tribunal administratif fédéral à ce sujet.

L'enquête ouverte en juillet 2013 relative au **système de tarification des envois de courrier postal pour la clientèle d'affaires** est très avancée. Elle traite en particulier la question de savoir si la Poste a entravé ses concurrents sur le marché par la façon dont elle structure et applique son système de prix, notamment en rendant plus difficile, voire impossible à ses clients commerciaux l'accès aux prestations de ses concurrents. L'enquête examine également si la Poste a discriminé ou désavantagé certains clients d'une autre manière. Il est prévu que la proposition de décision soit envoyée aux parties à la procédure début 2017 pour prise de position.

## 3.4 Produits

### 3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Dans le domaine de l'**essence alkylée**, la Commission de la concurrence (COMCO) a ouvert le 31 mai 2016 une enquête à l'encontre de Husqvarna Schweiz SA et Bucher SA Langenthal ainsi que leurs sociétés liées. L'enquête a principalement pour base des indices selon lesquels les sociétés visées par l'enquête ont fixé conjointement leurs prix et se sont réparties la clientèle lors de la commercialisation d'essence alkylée de la marque Aspen.

La COMCO a sanctionné par décision du 19 décembre 2016 le producteur et l'importateur général suisse des **fanons de signalisation Eflare** pour un montant total d'environ CHF 33'000. Les deux entreprises étaient parties à un accord vertical de répartition territoriale illicite en matière de concurrence empêchant les importations parallèles des fanons de signalisation Eflare. La COMCO a en même temps approuvé un accord amiable entre le Secrétariat et les deux entreprises visées par l'enquête. Le producteur et l'importateur général s'engagent par l'accord amiable à ne plus conclure d'accord illicite empêchant les importations parallèles dans le futur.

Le Secrétariat a mené une étude de marché en vue d'évaluer la pertinence de la **Motion Hess**. Cette motion

charge le Conseil fédéral « de faire en sorte que les fabricants de produits indiquent expressément dans les contrats de distribution qu'ils autorisent leurs distributeurs suisses à effectuer notamment tous travaux d'installation, d'entretien ou de garantie pour leurs produits même lorsque ceux-ci ont été achetés directement dans l'Espace économique européen » (motion du 18 juin 2015 « Pour une application effective du principe du « Cassis de Dijon » » [15.3631]). Selon l'étude de marché, les causes principales des refus d'intervention sur les produits importés directement dans diverses branches sont les risques de responsabilité contractuelle et des obstacles techniques. L'étude de marché n'a révélé que des refus isolés de traiter des produits directement importés, qui pouvaient éventuellement être dus à des mesures du producteur ou de l'importateur. Celles-ci concernaient toutes des refus de prestations de garantie en raison de ristournes insuffisantes de la part du producteur, respectivement de l'importateur.

Le Tribunal fédéral a rendu le 28 juin 2016 une décision de principe dans l'appréciation des accords de répartition géographique au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, dans le cadre du cas **Gaba / Elmex**. La motivation écrite du jugement doit encore être rendue (voir 2.2 ci-dessus). Dans l'affaire **Nikon**, le Tribunal administratif fédéral a confirmé pour l'essentiel la décision de la COMCO sur les sanctions le 16 septembre 2016, le jugement est entré en force (voir 2.2 ci-dessus). En outre, le Tribunal fédéral a rejeté le 26 mai 2016 le recours de Nikon contre le jugement du Tribunal administratif fédéral sur la question de la publication de la décision de sanction (voir 2.2 ci-dessus). Le recours de la COMCO contre la décision du Tribunal administratif fédéral dans le cas des **articles de sports de montagne** est pendant devant le Tribunal fédéral.

### 3.4.2 Instruments de musique

La décision de la COMCO du 29 juin 2015 dans l'affaire **instruments à cordes** est entrée en force. La décision de la COMCO du 14 décembre 2015 dans l'affaire **pianos et pianos à queue** a, elle, été contestée. La procédure est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

### 3.4.3 Industrie horlogère

Au début de l'année 2016, **The Swatch Group SA** (Swatch Group) a requis à la COMCO une adaptation de l'accord amiable autorisé du 21 octobre 2013. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), une filiale de Swatch Group, s'était engagée dans l'accord amiable à livrer des mouvements mécaniques aux entreprises tierces jusqu'en 2019. L'accord amiable permettait en outre à ETA de réduire de manière échelonnée jusqu'en 2019 les livraisons aux entreprises tierces. La COMCO a rejeté la demande (voir 2.1 ci-dessus).

Suite à la demande de réexamen de Swatch Group, l'enquête préalable dans le domaine du **service après-vente**, encore en cours, a été suspendue. Elle sera poursuivie en 2017.

### 3.4.4 Secteur automobile

La **nouvelle communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile** est entrée en force le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Dans ce con-

texte, le Secrétariat a mené durant l'année 2016 une consultation en vue de l'adaptation des contrats de distributions et a répondu aux questions d'acteurs du marché comme de privés.

Dans l'affaire des **réunions régionales de l'Association des partenaires du groupe Volkswagen (VPVW)**, plusieurs procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral restent pendantes. La COMCO avait imposé des sanctions forfaitaires à hauteur de CHF 10'000 jusqu'à 32'000 par décision du 19 octobre 2015 à quatre commerçants en raison de la fixation de prix. Trois destinataires de cette décision ont recouru contre celle-ci. Les recours sont pendants devant le Tribunal administratif fédéral. L'enquête avait été clôturée plus tôt à l'égard de la seule partie, qui s'était engagée à adapter son comportement dans le cadre d'un accord amiable avec le Secrétariat: Un vice-président de la COMCO avait approuvé l'accord amiable par décision du 8 août 2014. Par jugement du 13 avril 2016, le Tribunal administratif fédéral a déclaré la décision du vice-président nulle en raison de son absence de compétence et de pouvoir de décision de manière générale. En raison de ce jugement, la COMCO a approuvé l'accord amiable par décision du 6 juin 2016. Cette décision a fait l'objet de recours auprès du Tribunal administratif fédéral par deux commerçants qui n'étaient pas parties à l'accord amiable. Les recours sont pendants.

Dans une enquête préalable, le Secrétariat a examiné l'existence d'indice d'une restriction illicite à la concurrence par **AMAG Automobil- und Motoren AG**. Plusieurs revendeurs et ateliers des marques du groupe Volkswagen se sont plaints qu'AMAG essayait d'avantager ses filiales AMAG RETAIL et de renforcer leur position sur le commerce de détail, par le biais de mesures arbitraires et discriminatoires envers ses partenaires commerciaux.

Dans le cas **BMW**, la procédure de recours est pendante devant le Tribunal fédéral. Dans son arrêt du 13 novembre 2015, le Tribunal administratif fédéral avait rejeté le recours de BMW contre la décision de la COMCO du 7 mai 2012. BMW a contesté le jugement auprès du Tribunal fédéral.

### 3.4.5 Agriculture

Le Secrétariat a participé à environ 80 consultations des offices sur des projets d'actes normatifs concernant l'agriculture et des interventions parlementaires. Il s'y est en particulier prononcé en faveur de la **réduction de la protection douanière**. Parallèlement, plusieurs questions concernant l'agriculture sont parvenues au Secrétariat, lesquelles ont donné lieu à des discussions et/ou à des observations de marché.

### 3.4.6 Autres domaines

Dans le domaine des **techniques médicales**, l'enquête GE Healthcare a été clôturée (voir 2.1 ci-dessus).

Dans le domaine des **machines de jardin**, le Secrétariat a poursuivi l'enquête ouverte en décembre 2015 à l'encontre d'Husqvarna. L'objet de l'enquête vise à déterminer une éventuelle prise d'influence du fabricant sur les prix de revente des distributeurs et une éventuelle obstruction des importations parallèles et directes.

Dans le domaine des **appareils de fitness**, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à l'encontre de Trisport AG, qui est l'importateur général des produits de la marque Kettler en Suisse. L'objet de l'enquête vise à déterminer s'il existe des indices pour un accord illicite, notamment des exigences de prix minimaux ou fixes, ou une interdiction du commerce en ligne.

Dans le domaine des **volants de Badminton** (Shuttles), le Secrétariat a ouvert en janvier 2016 une enquête préalable à l'encontre de l'association Swiss Badminton. Des indications avaient été reçues selon lesquelles l'association imposait à ses membres de ne jouer certains matchs qu'avec des volants officiels, qui ne pouvaient être obtenus qu'auprès de l'importateur suisse. L'enquête préalable n'a dévoilé aucun indice d'un accord illicite en matière de concurrence et, partant, a été clôturée.

### 3.5 Marché intérieur

La Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit la libre circulation intercantonale de même que la publication des projets de concessions et des marchés publics.

Afin de vérifier si la libre circulation intercantonale conforme à la LMI fonctionnait, la COMCO a mené une **enquête** dans les cantons de Berne, Vaud et du Tessin. Dans ce cadre, les autorités cantonales ont été priées de renseigner la COMCO sur leur **pratique administrative concernant l'admission des offreurs extracantonaux**. Les secteurs et professions suivantes ont particulièrement fait l'objet des investigations: professions médicales régies par le droit fédéral et par le droit cantonal, services de sécurité privés, restauration, garde d'enfants, fiduciaires, architectes et ingénieurs de même qu'artisanat. L'enquête a montré que la LMI n'est pas appliquée de manière conséquente dans tous les domaines. La COMCO a communiqué les résultats des enquêtes par le biais de recommandations. Les autorités cantonales ont l'obligation de transmettre d'office à la COMCO leurs décisions qui restreignent l'accès au marché.

Le canton du Tessin a mis en vigueur une nouvelle **loi sur les professions artisanales (LIA)**. Cette loi exige que toutes les entreprises artisanales actives au Tessin soient inscrites dans un registre. L'inscription à ce registre est payante et soumise au respect de conditions personnelles et professionnelles. La COMCO est d'avis que l'application de la LIA aux artisans extracantonaux n'est pas conforme à la LMI. En conséquence, elle a déposé des recours contre des décisions rendues en application de la LIA (voir 2.1 ci-dessus).

D'autres procédures de recours concernent l'**octroi d'agrément pour des avocats employés par des études pluridisciplinaires d'avocats organisées sous la forme de sociétés anonymes**. Ces formes d'études d'avocats ne sont pas régies explicitement par le droit fédéral, raison pour laquelle des pratiques cantonales divergentes se sont développées. Dans le canton de Zurich cette forme de l'activité d'avocat est admise à certaines conditions. Selon la Cour de Justice de la République et canton de Genève cette organisation n'est pas admissible et une étude pluridisciplinaire d'avocats organisée sous la forme d'une société anonyme dont le siège est à Zurich ne dispose pas du droit de s'établir dans la République et canton de Genève conformément à la LMI. La Cour de

droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud a également nié l'application du droit du marché intérieur, mais a admis une étude pluridisciplinaire d'avocats organisée sous la forme d'une société anonyme selon ses propres critères. La COMCO a fait recours contre les jugements de ces deux tribunaux afin de faire trancher la question de l'application de la LMI par notre Haute Cour.

Dans le domaine des **services de taxi**, la COMCO a émis une recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'État de la République et canton de Genève concernant un projet de nouvelle loi. Selon la LMI, il doit être garanti que les services de taxi extracantonaux puissent en tout temps venir chercher un client sur le territoire genevois suite à une commande et le déposer à la destination de son choix. Les services de taxi extracantonaux qui entendent exercer régulièrement dans le canton de Genève doivent obtenir une autorisation genevoise, mais ont en principe le droit à la reconnaissance de l'autorisation délivrée par le canton de provenance.

Finalement, la COMCO a rédigé une expertise sur l'application de la LMI en regard du **Concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées (CPSP/KÜPS)**. Cette expertise examine à quelles conditions des services de sécurité privés ayant un siège dans un canton qui n'a pas adhéré au CPSP doivent être admis dans l'espace concordataire.

Dans le domaine des **marchés publics**, la COMCO a déposé un recours contre l'adjudication d'un **mandat de conseil par la ville de Wil/SG**. Cette dernière n'a pas publié le marché ni pour l'analyse préliminaire (en dessous des seuils), ni pour le mandat principal de conseil (au-dessus des seuils). De l'avis de la COMCO, il s'agit d'une manœuvre visant à éviter l'application du droit des marchés publics.

Le **canton de Fribourg** a adopté une **loi sur la restauration collective publique** qui oblige les restaurants et autres établissements publics liés à l'État fribourgeois à couvrir une partie de leurs besoins en nourriture par l'achat de produits régionaux. Le but de la disposition topique était de favoriser l'agriculture et l'industrie de transformation régionale de même que le développement durable. La COMCO a recommandé au Conseil d'État fribourgeois de renoncer à ce critère d'achat lié à la provenance géographique et de tenir compte de cet intérêt légitime à des achats respectueux du développement durable d'une manière non discriminatoire.

Dans le domaine des **concessions** se posait jusqu'à présent la question de savoir si l'obligation de publier au sens de l'art. 2 al. 7 LMI s'appliquait, outre aux concessions de monopole, aussi aux **concessions d'usage exclusif**. La Cour de droit administratif et public du **Tribunal cantonal vaudois** a confirmé l'application de cette disposition aux concessions pour les surfaces d'affichage publicitaire sur le domaine public. Le jugement a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Sur invitation de ce dernier, la COMCO a pu déposer une prise de position détaillée quant à la portée de l'art. 2 al. 7 LMI. La procédure est en cours.

### 3.6 Investigations

Pour le centre de compétences investigations, l'année qui fait l'objet de ce rapport a commencé avec une grosse perquisition marquant l'ouverture de l'enquête contre diverses zingeries dans le nord, l'est et l'ouest de la Suisse. À côté de cela, une perquisition plus petite a été menée dans l'affaire de l'essence alkylée. De plus, le centre de compétences investigations a soutenu les services dans le traitement des données et le tri de celles-ci. Au niveau du tri des données électroniques, le but consiste en ce que le centre de compétences investigations, et non pas la Case Team impliquée, trie la correspondance protégée par le secret de l'avocat. Grâce à cette façon de faire, un dialogue avec les personnes concernées peut normalement éviter une procédure de levée des scellés devant le juge.

À côté de ces travaux ordinaires, le centre de compétences investigations a été impliqué dans la publication de diverses décisions intermédiaires, qui concernaient notamment le domaine des accords amiables ainsi que du programme de clémence. Dans trois décisions intermédiaires dans les procédures sur les constructions dans le canton des Grisons s'est posée la question du rôle dans la procédure des personnes physiques interrogées, et il a été retenu en particulier que les anciens organes de même que les collaborateurs actuels sans position d'organe devait être entendus en tant que témoins et non pas de parties. Il a été fait recours contre ces décisions intermédiaires. Les jugements du Tribunal administratif fédéral sont encore attendus. Dans le domaine des programmes de clémence, une restriction d'utilisation a été ordonnée dans les procédures des Grisons pour la première fois. Selon celle-ci, toutes les informations et la documentation obtenues en consultant des actes d'autodénonciation ne peuvent être utilisées que dans le but de se défendre dans une procédure de droit des cartels devant la COMCO (et dans le cadre de moyen de droits ultérieures).

Pour le centre de compétences investigations, le point d'orgue de l'année a été la tenue de la séance plénière du ECN FIT WG (ECN Forensic IT Working Group) à Berne. À l'occasion de cette réunion de deux jours, environ 60 experts d'Etats de l'UE et de l'AELE, de Turquie et d'Albanie, ainsi que de la Commission européenne et de l'Autorité de surveillance AELE ont échangé sur des problèmes actuels et des développements dans le domaine de l'informatique légale. La Suisse participe depuis 2005 aux réunions du ECN FIT WG et a pu, grâce à l'intervention du centre de compétences investigations, profiter fortement du Know-How qui y était rassemblé, de telle sorte qu'il était temps de pour elle d'apporter une contribution active à ce groupe en organisant la séance plénière.

En vue de supprimer les barrières s'élevant contre les lanceurs d'alertes qui souhaiteraient contacter les autorités de la concurrence, une section a été aménagée pour ces derniers sur le site internet de la COMCO. En plus d'une adresse e-mail spécifique ([whistleblowing@comco.admin.ch](mailto:whistleblowing@comco.admin.ch)), on y trouve de nombreuses informations utiles pour des lanceurs d'alertes potentiels, et notamment les conditions encadrant une telle dénonciation.

### 3.7 Relations Internationales

UE: La coopération des autorités de la concurrence de la Suisse et de l'UE est intensive et fonctionne bien. Elle se déroule dans le cadre prévu par l'Accord entre la Suisse et l'UE concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (Accord sur la concurrence). Celui-ci est entré en force le 1<sup>er</sup> décembre 2014. Depuis, le Secrétariat a contacté la direction générale de la concurrence de la Commission européenne dans diverses enquêtes et procédures de concentrations parallèles, pour discuter de questions de procédures et de droit matériel (art. 7 al. 2 de l'Accord sur la concurrence). De tels échanges ont lieu régulièrement pour s'assurer d'éviter des résultats inutilement contradictoire dans les procédures menées parallèlement à Berne et à Bruxelles. Dans les observations de marché et les enquêtes préalables, il y a eu divers contacts pour éclaircir si du côté de l'UE il existait aussi un problème de droit des cartels ou pour obtenir plus d'informations pour la suite de la procédure. Dans l'ensemble, l'Accord sur la concurrence facilite la mise en œuvre du droit des cartels en Suisse pour les cas qui tombent aussi sous le droit européen de la concurrence.

OCDE: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à la réunion biennale du comité « concurrence » de l'OCDE. A cette occasion, plusieurs contributions ont été rédigées en collaboration avec le SECO. A côté des thèmes classiques sur l'application de la loi, comme les accords ou les sanctions, des sujets en lien avec les nouvelles technologies digitales ont été traités. Après les plates-formes en ligne dans le domaine des réservations d'hôtels et des services financiers, les discussions ont porté sur l'influence de la technologie sur les services des avocats et des notaires. Les autres thèmes importants de cet exercice ont été le Big Data et les études de marchés.

ICN: la COMCO et le Secrétariat suivent les développements au sein de l'International Competition Network. Le Secrétariat a répondu à un questionnaire concernant la sanction, pour la nouvelle édition du rapport de l'ICN sur le thème des amendes. Le Secrétariat a de plus révisé le « Anti-Cartel Enforcement Template » de l'ICN, lequel est accessible sur le site internet de la COMCO. Dans le domaine des cartels, le sous-groupe 1 « Legal Framework » et le sous-groupe 2 « Cartel Enforcement » ont mené plusieurs séminaires en ligne. Cette année, le Cartel-Workshop a été consacré à « l'amélioration de l'application du droit des cartels ». La conférence annuelle de l'ICN a eu lieu à Singapour.

CNUCED: Le Secrétariat a cette année encore soutenu les activités du programme de coopération COMPAL. Deux personnes originaires du Salvador ont effectué un stage de trois mois auprès du Secrétariat.

### 3.8 Législation

#### 3.8.1 Interventions parlementaires

L'état actuel des interventions parlementaires déposées suite à l'échec de la révision de la LCart en septembre 2014 visant la modification de points particuliers se présente comme suit:

- **L'initiative parlementaire Hans Altherr** du 25 septembre 2014 « Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse » (14.449) souhaite introduire dans la LCart, à l'instar du droit cartellaire allemand, une disposition qui permettrait de lutter contre les abus de puissance relative de marché. Les commissions du Conseil national et du Conseil des Etats ont donné suite à cette initiative parlementaire et sont actuellement en train d'élaborer un projet de loi.
- **La Motion du Groupe socialiste** du 24 septembre 2014 « Lutte contre les prix élevés en Suisse. Présenter une version élaguée de la révision de la loi sur les cartels » (14.3780) a été rejetée par le Conseil national et est ainsi liquidée.
- **La Motion Viola Amherd** du 26 septembre 2014 « pour une révision allégée de la Loi sur les cartels » (14.3946) demande au Conseil fédéral de présenter un projet contenant les « articles non contestés de la révision de la LCart qui a été rejetée ». Comme elle est restée pendante durant plus de deux ans, celle-ci a été classée. Elle est ainsi liquidée.
- **La Motion Hans Hess** du 18 juin 2015 « Pour une application effective du principe du Cassis-de-Dijon » (15.3631) charge le Conseil fédéral de faire en sorte que les fabricants de produits indiquent expressément dans les contrats de distribution qu'ils autorisent leurs distributeurs suisses à effectuer notamment tous travaux d'installation, d'entretien ou de garantie pour leurs produits même lorsque ceux-ci ont été achetés directement dans l'Espace économique européen. La motion a été acceptée par les deux Conseils. Dans ce contexte, le Secrétariat a vérifié si le refus de prestations par des ouvriers locaux sur des produits directement importés depuis l'Espace économique européen constituait un problème répandu (voir 3.4.1 ci-dessus).
- **L'initiative parlementaire de Buman** du 18 mars 2016 « Pour un prix des revues plus raisonnable en Suisse » demande une règle spéciale pour la fixation des prix des journaux et des revues dans la LCart. Elle n'a pas encore été traitée par les conseils.
- **L'initiative parlementaire de Buman** du 30 septembre 2016 « Petite révision de la loi sur les cartels » demande que quatre points spécifiques, qui étaient largement incontestés dans la révision échouée de la LCart en 2014, soient adoptés, à savoir le contrôle des concentrations d'entreprises, la procédure civile du droit des cartels, la prise en compte de programmes de conformité (Compliance-programme) dans le calcul du montant de la sanction ainsi que la procédure d'opposition. Elle n'a pas encore été traitée par les conseils.

**La motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a pour but de charger le Conseil fédéral de soumettre les modifications

législatives nécessaires à l'interdiction des clauses de parité tarifaire dans la relation contractuelle entre les hôtels et les plates-formes de réservation en ligne. Elle a été acceptée par la commission compétente (CER) et sera traitée par les conseils.

Du point de vue administratif, la responsabilité du suivi de ces interventions revient au SECO; le Secrétariat est impliqué dans les travaux.

### 3.8.2 Initiative pour des prix équitables

L'initiative « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables », lancée le 20 septembre 2016, demande que « la Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence ». Cette initiative charge en outre la Confédération de prendre « en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger, et d'empêcher toute forme de limitation de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché ». L'initiative prévoit plusieurs mesures concrètes, comme par exemple des dispositions légales pour les entreprises ayant une position dominante relative, qui fixent des prix plus hauts en Suisse qu'à l'étranger, de même que pour la non-discrimination en matière d'achats dans le commerce en ligne. Le délai imparti pour la récolte des signatures court jusqu'au 20 mars 2018.

### 3.8.3 Modernisation du contrôle des concentrations

Sur la base de son rapport sur les entraves aux importations parallèles<sup>1</sup>, le Conseil fédéral a chargé le DEFR de lui soumettre d'ici fin 2017 un projet (à mettre en consultation) en vue de moderniser le contrôle des fusions dans la Loi sur les cartels. Le Conseil fédéral est d'avis que le système de contrôle actuel des concentrations d'entreprises tient trop peu compte des effets négatifs et positifs des fusions et que le test de dominance prévu jusque-là par la LCart pourrait être remplacé par le test SIEC (Significant Impediment to Effective Competition). Le Conseil fédéral attend de ce changement un effet positif sur la concurrence en Suisse à moyen et long termes.<sup>2</sup>

Du point de vue administratif, la responsabilité de l'élaboration du projet de consultation interventions revient au SECO; le Secrétariat est impliqué dans les travaux.

<sup>1</sup> Entraves aux importations parallèles, Rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016 en réponse au postulat 14.3014 «Simplifier les formalités douanières et favoriser les importations parallèles grâce à la reconnaissance d'autres documents permettant d'attester de l'origine d'un produit» (ci-après: rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016), < <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/44558.pdf> > (24.02.2016).

<sup>2</sup> Cf. Rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016 (n. 1), p. 42.

## 4 Organisation et statistique

### 4.1 COMCO et Secrétariat

Pour la **période du mandat 2016-2019**, les douze **membres de la COMCO** suivants ont été choisis: Vincent Martenet, Président; Andreas Heinemann et Armin Schmutzler, Vice-présidents; Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Danièle Wüthrich-Meyer, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider.

Les membres de la COMCO ont tenu 14 séances plénières en 2016. Le nombre de décisions prises dans le cadre des enquêtes et des opérations de concentrations selon la Loi sur les cartels ainsi qu'en application de la Loi sur le marché intérieur ressort de la statistique (voir 4.2).

Lors de sa première séance de 2016 et en application du nouveau règlement interne du 15 juin 2015 (en force depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2015), la COMCO a désigné les membres des deux nouvelles **chambres « pour les décisions partielles »** et **« pour les concentrations d'entreprises »** (voir à ce sujet le rapport annuel 2015, DPC 2016/1, 11).

- **Chambre pour les décisions partielles:** Vincent Martenet (présidence), Andreas Kellerhals et Daniel Lampart.
- **Chambre pour les concentrations d'entreprises:** Vincent Martenet (présidence), Andreas Heinemann et Armin Schmutzler.

Deux postes clés de la direction ont été renouvelés au sein du Secrétariat. **Niklaus Wallimann** est le nouvel **économiste en chef** du Secrétariat depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2016, en remplacement de Marc Blatter, qui s'est retiré fin juin 2016; le 1<sup>er</sup> janvier 2017, **Stefan Renfer** a remplacé Nicolas Diebold, lequel s'est retiré à la fin de l'année 2016, en tant que nouveau **chef du service du marché intérieur**.

Fin 2016, le **Secrétariat** employait 73 (année précédente 76) personnes (à temps plein et à temps partiel), avec un pourcentage de femmes de 40 % (année précédente: 42). Cela correspond à un total de 62.7 emplois en équivalence plein temps (EPT, année précédente: 66.7). Le personnel était réparti comme suit: 51 (année précédente: 55) membres du personnel académique (y.c. la direction, ce qui correspond à 44.4 EPT contre 49.2 l'année précédente); 9 stagiaires scientifiques (contre 8 lors de l'exercice précédent), représentant 9 EPT (exercice précédent: 8); 13 employés du service Ressources et Logistique, correspondant à 9.3 EPT (contre 9.5 l'année précédente).

## 4.2 Statistique

	2015	2016
<b>Enquêtes</b>		
Menées durant l'année	30	32
dont reprises de l'année précédente	15	22
dont ouvertes durant l'année	6	4
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	9	6
<b>Décisions</b>	7	9
dont accords amiables	3	6
dont décisions de l'autorité	2	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	6	8
dont décisions partielles	1	2
<b>Décisions de procédures</b>	7	9
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	1	3
<b>Mesures provisionnelles</b>	0	0
Procédures où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss. LCart	0	0
<b>Enquêtes préalables</b>		
menées durant l'année	18	14
reprises de l'année précédente	14	11
ouvertes durant l'année	4	3
<b>Clôtures</b>	7	6
dont ouvertures d'enquêtes	1	2
dont adaptation du comportement	2	3
dont sans suite	4	1
<b>Autres activités</b>		
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	2	0
<b>Conseils</b>	17	27
<b>Observations de marché</b>	33	42
<b>Demandes LTrans</b>	23	16
<b>Autres demandes traitées</b>	685	683
<b>Concentrations</b>		
<b>Notifications</b>	29	22
Pas d'intervention après examen préalable	26	21
<b>Examens</b>	3	1
<b>Décisions de la COMCO</b>	0	0
après examen préalable	0	0
après examen	0	0
<b>Exécution provisoire</b>	0	0
<b>Procédures de recours</b>		
Total des recours auprès du TAF et du TF	24	39
<b>Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)</b>	3	9
dont succès des autorités de la concurrence	2	7
dont succès partiel	0	0
<b>Arrêts du Tribunal fédéral (TF)</b>	2	2
dont succès des autorités de la concurrence	2	2
dont succès partiel	0	0
<b>Pendants en fin d'année (auprès du TAF et du TF)</b>	22	28
<b>Avis, recommandations et prises de position, etc.</b>		



Avis (art. 15 LCart)	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	1
Prises de position (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPr ou 11a LTV)	0	0
Suivi des affaires	0	0
Communications (art. 6 LCart)	1	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	281	278
Consultations (art. 46 Al. 2 LCart.)	8	8
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	2	5
Avis (art. 10 I LMI)	1	1
Conseils (Secrétariat)	45	46
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	1	7

D'après les statistiques, et par rapport aux chiffres de l'année précédente, les constatations suivantes peuvent être tirées:

- Le nombre d'enquête a à nouveau légèrement augmenté. Il y a certes eu moins de nouvelles enquêtes qui ont été ouvertes, mais d'autres, déjà ouvertes, ont été divisées en plusieurs enquêtes séparées.
- Le nombre de décisions finales de la COMCO a augmenté de sept à neuf. Parmi celles-ci, six enquêtes ont pu être clôturées avec un accord amiable. Dans huit des neufs enquêtes, la COMCO a infligé des sanctions pour un total d'environ CHF 171 millions.
- Le nombre d'enquêtes préalables a encore diminué. En 2016, le Secrétariat a mené quatorze d'entre elles et en a clôturé six, dont deux par des ouvertures d'enquêtes.
- Le nombre de conseils a par contre augmenté (de dix-sept à vingt-sept), de même que celui des observations de marché (de trente-trois à quarante-deux). Ces activités demandent parfois un engagement très important en temps comme en d'autres ressources. Le nombre d'autres requêtes (renseignements téléphoniques, réponses à des questions de citoyens, transferts aux autorités compétentes, etc.), à savoir de 683 (contre 685 en 2015), est resté élevé et n'a quasiment pas varié.
- Quant aux annonces de concentrations d'entreprises, celles-ci ont baissé à vingt-deux contre vingt-neuf l'an passé. En comparant sur le long terme, seule l'année 2004 a connu moins d'annonces, avec vingt-et-une d'entre elles. Le nombre d'annonces devrait toutefois s'approcher d'environ trente annonces par année à long terme avec la reprise de l'activité M&A.
- Le nombre de recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral a de nouveau augmenté par rapport à l'année précédente. L'augmentation de leur nombre de vingt-quatre à trente-neuf est principalement due aux nombreux recours portés contre des décisions incidentes. Le Tribunal administratif fédéral a certes rendu significativement plus d'arrêts qu'en 2015, mais cette augmen-

tation est en grande partie due aux jugements portant sur des décisions incidentes de la COMCO. Fin 2016, vingt-huit recours étaient pendants devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral (contre vingt-deux fin 2015).

- Le nombre de recommandations et de procédures de plainte en application de la LMI a augmenté. Des trois enquêtes ont débouchés sur cinq recommandations aux cantons et des sept plaintes reçues au total, trois concernaient le canton du Tessin et trois l'autorisation d'une SA d'avocats (voir 3.5 ci-dessus).

## 5 Numérisation de l'économie

La numérisation transforme l'économie. Les entreprises développent de nouveaux modèles d'affaires et améliorent leurs procédures. Les consommateurs bénéficient d'un plus large choix d'offres et profitent de prix plus bas. A ces opportunités ouvertes par la numérisation s'opposent certains risques pour la concurrence. Des nouvelles formes d'accords peuvent entraver le développement des acteurs de la nouvelle économie digitale. Les entreprises dominantes peuvent essayer de verrouiller de façon abusive l'accès aux ressources d'internet. Des appréciations erronées peuvent mener à des réglementations entravant la concurrence, au lieu de permettre aux différents acteurs d'y lutter à armes égales.

En 2016, la COMCO a traité de façon intensive de la numérisation de l'économie. D'une part, elle a mené des réflexions de principe sur ce thème. Elle y a d'autre part été confrontée lors de diverses procédures. La COMCO observe les développements dans l'économie digitale. L'appréciation de ceux-ci sous l'angle du droit de la concurrence est complexe, celle-ci demande de l'expérience amassée par les autorités de la concurrence dans le cadre des investigations en cours. Les autorités de la concurrence mettent toutefois en garde quand elles perçoivent des dangers pour la concurrence et interviennent lorsque celle-ci est entravée. Cela ressort de leur pratique dans les branches concernées par la numérisation.

### 5.1 Infrastructure de réseau

Une bonne infrastructure de réseau constitue la base de l'économie digitale. On doit pour cela s'assurer que la concurrence sur le réseau reste possible afin que les meilleures innovations puissent y avoir lieu. Les autorités de

la concurrence sont alors confrontées à une double exigence. Elles doivent d'une part s'assurer que la concurrence ne soit pas exclue, d'autre part, elles ne doivent pas former un obstacle aux incitations à investir dans les infrastructures.

Les autorités de la concurrence ont déjà dû maîtriser cet exercice d'équilibriste dans le cadre de la coopération dans le domaine de la fibre optique. Plusieurs entreprises régionales de distribution d'énergie et Swisscom avaient convenu d'installer ensemble la technologie novatrice de la fibre optique dans certaines villes Suisses. Les partenaires pouvaient ainsi se répartir les risques d'investissement et réduire les coûts de construction à travers l'usage efficient des conduits de câbles. Le danger provenait des clauses d'exclusivité sur le « layer 1 » et des clauses de contrôle des prix contenues dans le contrat. Ces clauses pouvaient constituer des accords sur les prix et les quantités, risquant ainsi de compromettre fortement la concurrence visée. Compte tenu du développement dynamique des marchés digitaux, la question de l'existence d'une entrave à la concurrence durant la durée de validité de 30-40 ans du contrat a dû rester ouverte. S'il s'avère que des clauses compromettent effectivement la concurrence, la COMCO peut intervenir pour corriger cela. En examinant ces collaborations, les autorités de la concurrence se sont assurées que la concurrence pouvait jouer et que les conditions-cadres pour l'utilisation du réseau étaient claires. Les entreprises peuvent ainsi contribuer à exploiter le réseau de la fibre optique de manière conforme à la concurrence.

L'accès à la concurrence dans le domaine de l'infrastructure de réseau reste toutefois un sujet d'actualité. Le Secrétariat a examiné en 2016 les comportements ainsi que la communication entre les fournisseurs de réseau dans le domaine de l'« Interconnect-Peering ». Là aussi, un avertissement sur le caractère problématique de certaines conventions du point de vue du droit des cartels a conduit à une adaptation des contrats en cause. En ce moment, la COMCO se penche sur le réseau câblé de la ville de Genève dans l'enquête Supermédia. Il y est examiné si Naxoo SA détient une position dominante sur le réseau câblé de la ville de Genève et utilise celle-ci de manière à gêner ou empêcher l'accès au réseau par des tiers de façon abusive.

## 5.2 Commerce en ligne

Le commerce en ligne a des effets positifs sur la concurrence. Le fait de chercher de meilleurs prix sur internet ne coûte rien aux consommateurs, ils profitent ainsi d'une plus grande transparence et d'une offre plus large. Pour les commerçants, internet étend leur portée (géographique). Le commerce direct via internet réduit les coûts de distribution et ouvre des possibilités pour des modèles d'affaires innovants.

Partant, la COMCO tient une position très critique envers les restrictions au commerce en ligne. En 2011 déjà, elle avait adopté une décision de principe en ce sens. Elle y avait indiqué que les interdictions des ventes via des boutiques en ligne imposées par les producteurs à leurs partenaires de distribution contreviennent en principe à la Loi sur les cartels. La COMCO prévoit cependant aussi la possibilité que l'interdiction des ventes en ligne puisse être justifiée sous certaines conditions très restrictives.

Ainsi, au sein d'un réseau de distribution sélective, il peut être justifié d'imposer aux commerçants en ligne qu'ils remplissent les mêmes conditions qu'un revendeur autorisé et qu'ils disposent d'un lieu de vente physique. Toutefois, les commerçants en ligne doivent être libres dans tous les cas de fixer le prix de vente final de manière indépendante. La COMCO a confirmé sa décision de principe en 2014 dans une décision à l'encontre d'un producteur qui avait convenu de façon illicite avec ses revendeurs de renoncer à vendre ses machines à café en ligne.

## 5.3 Plates-formes digitales

La numérisation mène à des apparitions plus fréquentes de plates-formes telles que des services de recherches, des sites de commerce et d'intermédiation ou des réseaux sociaux en ligne. Le modèle d'affaires de ces plates-formes digitales repose sur la réunion de différents groupes de clients. Il existe par là des effets de réseau indirects étant donné que la présence d'un groupe de client dépend de celle d'un autre groupe de clients. Pour les vendeurs, l'attractivité d'une plate-forme dépend du nombre d'acheteurs potentiels qu'ils peuvent y trouver. A l'inverse, plus il y a de vendeurs sur une plate-forme, plus l'attractivité de celle-ci augmente aux yeux des acheteurs.

Les effets de réseaux indirects influencent la fixation des prix. Une plate-forme dirige sa structure de prix de façon à ce que la présence des deux groupes de clients sur cette plate-forme soit optimale. Cela peut signifier qu'un des groupes de clients bénéficie d'un accès non-payant à la plate-forme, de manière à ce que l'autre groupe de clients s'intéresse à celle-ci. Pour les autorités de la concurrence, cela implique qu'elles ne peuvent pas appuyer leur appréciation de la concurrence sur des parts de marchés mesurées en chiffres d'affaires réalisés sur le marché, mais doivent aussi prendre en compte l'importance de la présence des deux groupes de clients comme indication de la force de la plate-forme.

Une autre conséquence des effets de réseaux indirects est la tendance à une haute concentration sur les marchés de plates-formes. On peut ainsi observer que, parmi les moteurs de recherche ou les plates-formes de réservation d'hôtels, les fournisseurs principaux jouissent d'une position très forte. Il faut encore prendre en considération qu'en raison des effets de réseau indirects, la présence la plus complète possible d'un groupe de clients est un avantage pour l'autre groupe. La règle voulant que le pouvoir sur le marché ne soit pas dommageable en tant que tel s'applique aussi aux plates-formes. C'est seulement dans le cas où une entreprise en position dominante abuse de son pouvoir sur le marché ou qu'il existe, dans le cadre d'une concentration d'entreprise, la possibilité d'une suppression de la concurrence, que les autorités de la concurrence interviennent.

Dans leur pratique, les autorités de la concurrence doivent régulièrement évaluer des plates-formes. Les opérations de concentrations, en particulier celles qui concernent les plates-formes d'intermédiation dans le domaine des annonces, sont de plus en plus nombreuses. On observe une tendance à une concentration renforcée des marchés des plates-formes. La COMCO a analysé de façon approfondie l'achat de la plate-forme en ligne Ricardo et la reprise de plates-formes d'emplois par Tamedia en 2015. En prenant en compte les particularités des plates-

formes concernées, la COMCO a considéré qu'il fallait reconnaître à Tamedia, respectivement à JobCloud, une position dominante dans le domaine des offres d'emplois. Le risque d'une suppression de la concurrence efficace a toutefois été écarté dans les deux cas, raison pour laquelle il n'y avait pas lieu d'intervenir selon les prescriptions légales.

De nouvelles formes de restrictions de la concurrence apparaissent avec les plates-formes digitales. En raison de la présence internationale des plates-formes, la COMCO, comme d'autres autorités européennes de la concurrence, s'est penchée sur des clauses contractuelles de plates-formes de réservation en ligne pour des hôtels. Les clauses de parité appréciées dans l'enquête exigeaient des hôtels qu'ils ne fixent pas de prix plus bas sur un autre canal ou qu'ils proposent un plus grand nombre de chambres. Cela empêchait que les hôtels soumettent des offres plus avantageuses sur des canaux de distribution avec des commissions plus basses. Ces clauses de parités élargies restreignent ainsi la concurrence et la COMCO a jugé que l'utilisation de celles-ci constituait une violation de la LCart. Faute d'expérience suffisante, l'appréciation des nouvelles clauses de parité restreintes n'était pas encore possible. La COMCO va continuer d'observer les développements et interviendra à nouveau si nécessaire.

#### 5.4 Big Data

Dans l'économie digitale, le concept de Big Data ne décrit pas seulement des « grosses quantités d'informations ». Il s'agit plus de modèles d'affaires qui réunissent des données comme du matériel brut et les rendent utilisables. On rencontre souvent dans ce contexte trois « V's » caractéristiques des Big Data: Volume, Velocity, Variety – quantité, rapidité et multiplicité. Les entreprises accèdent à de grosses quantités de données générées très rapidement à travers des sources digitales diverses et nombreuses (services web, produits interconnectés, respectivement parcs d'imprimantes, dossiers numérisés de patients, etc.) et saisies. Le traitement de ces données nécessite des processeurs rapides et des algorithmes appropriés.

L'amélioration qualitative des produits constitue une plus-value essentielle des Big Data. Par exemple, un fournisseur de systèmes de navigation peut connecter les données techniques des tracés des routes avec la rapidité de mouvement de ses utilisateurs sur la route. Si le système reconnaît que la vitesse de déplacement sur une certaine route est beaucoup plus basse que d'habitude, l'algorithme en conclut l'existence d'un embouteillage. Sur cette base, des trajets alternatifs avec un trafic plus fluide seront proposés aux utilisateurs. D'autres exemples concernent la conception d'un bien selon les besoins des clients. Ainsi, les moteurs de recherches tels que Google ou des marchés en ligne comme Amazon apprennent des comportements de leurs utilisateurs et ajustent les résultats des recherches au profil de l'utilisateur.

On perçoit déjà à travers ces exemples une nouvelle propriété à prendre en compte dans les marchés utilisant les Big Data. Les utilisateurs des services ne paient pas (seulement) avec de l'argent, mais (aussi) avec leurs données. Les plates-formes multilatérales peuvent ensuite monétariser ces données, par exemple en offrant des

possibilités de publicités ciblées. Pour les autorités de la concurrence, cela signifie qu'elles ne doivent pas apprécier la position économique des entreprises sur la seule base de leurs chiffres d'affaires, mais aussi prendre en compte les flux de données.

Les nouvelles possibilités offertes aux entreprises d'adapter leurs offres grâce aux Big Data ouvrent aussi des nouvelles possibilités dans la fixation des prix. Des prix personnalisés, tels que des rabais individuels, peuvent être offerts sur la base d'un grand nombre de données spécifiques aux clients. Les pics et les baisses de la demande peuvent être reconnus plus simplement et rapidement grâce à des données collectées à différents moments. Ainsi, une entreprise peut réagir avec des prix plus hauts en cas d'un excédent de demandes temporaire et avec des prix plus bas en cas d'un excédent du côté de l'offre. On observe de plus qu'une telle fixation des prix basée sur des données intervient au moyen d'algorithmes dans différentes branches comme le trafic aérien, les plates-formes en ligne ou les transactions à haute fréquence dans le secteur financier. Ces algorithmes ne réagissent pas seulement aux informations collectées sur les clients, mais aussi aux comportements observés chez les autres entreprises.

Pour les autorités de la concurrence, de nouvelles questions émergent de ces possibilités de fixation de prix. Les différenciations de prix par une entreprise dominante peuvent potentiellement déployer des effets d'entrave ou d'exploitation sur des concurrents ou sur les demandeurs et demandeuses potentiels. On observe cependant régulièrement que des groupes de clients disposant d'un pouvoir d'achat moindre sont ciblés en particulier par des prix plus bas. Avec la fixation automatique des prix se pose d'un côté la question de savoir si des ordinateurs peuvent conclure des accords sur les prix ou si certaines programmations peuvent conduire à des pratiques concertées nuisibles. De l'autre côté, la concurrence pour obtenir des clients peut s'intensifier. La façon dont l'usage des Big Data influencera en fin de compte la concurrence reste ouverte en raison des nombreuses possibilités. Un jugement définitif du point de vue du droit des cartels n'est pour l'instant pas possible, faute d'expérience suffisante. Pour les autorités de la concurrence, cela signifie qu'elles devront suivre les débats scientifiques et continuer à observer les développements sur le marché.

Les Big Data peuvent renforcer les effets de réseaux typiques liés aux marchés de plates-formes et ainsi renforcer la tendance à des marchés concentrés. Cela découle de deux mécanismes circulaires qui s'intensifient entre eux. Avec une grande collection de données d'utilisateurs pouvant être bien exploitée, les entreprises peuvent améliorer leurs produits pour leurs utilisateurs. L'offre devient ainsi plus attractive pour ces derniers, ce qui conduit à une augmentation de leur nombre, ce qui a nouveau amène à une nouvelle amélioration des produits. Du point de vue du refinancement, la boucle commence aussi avec de nombreuses données sur les utilisateurs, qui permettent par exemple des publicités mieux ciblées et ainsi plus efficaces de ce côté. Des recettes publicitaires plus élevées peuvent ainsi être générées permettant le financement de nouvelles améliorations des produits. Cela amène à nouveau à une hausse du nombre d'utilisateurs, et ainsi à une plus grande portée de la publicité et une

amélioration des possibilités de publicités ainsi que de l'offre du point de vue des utilisateurs.

L'appréciation de tels processus dynamiques constitue un enjeu essentiel pour les autorités de la concurrence. Ils augmentent le potentiel des entreprises d'atteindre une position dominante. Une position dominante en tant que telle ne conduit toutefois pas à une nuisance pour l'économie. Les effets de réseau, qui peuvent être amplifiés par les Big Data, impliquent une concentration relativement supérieure des marchés (multilatéraux). En raison des effets de réseau, cette plus haute concentration pourrait aussi être plus efficiente. Les Big Data peuvent aussi entraîner une amélioration des produits et une utilisation accrue. Le danger se trouve seulement dans l'abus d'une position dominante, contre lequel la COMCO peut aussi intervenir. Il est ainsi suggéré d'éviter les immiscions hâtives dans les nouveaux marchés basés sur l'utilisation de données et de tenir compte de la dynamique de ces marchés dans les cas d'espèce.

Dans la pratique, la COMCO adopte ainsi une approche prudente. Cela s'observe dans l'appréciation de l'entreprise collective Admira fondée par Swisscom, SRG et Ringier. La COMCO devait entre autres juger des effets sur la concurrence d'une publicité télévisée ciblée sur la base de données d'utilisateurs. Il s'agit là d'une nouvelle forme de publicité basée sur les données en Suisse, dont le développement du marché est encore incertain. Dans sa décision, la COMCO a observé les développements dynamiques dans les marchés des médias, respectivement des publicités, lesquels se numérisent et convergent. Elle a décidé que l'opération de concentration telle qu'elle avait été annoncée ne conduirait pas dans l'horizon temporel de deux à trois ans à une position dominante permettant de supprimer la concurrence efficace. La COMCO a approuvé l'opération de concentration en décembre 2015.

### 5.5 „Sharing Economy“

Les nouveaux modèles d'affaires de l'économie digitale défient les acteurs établis sur le marché. Le service de transport Uber, le portail d'hébergement Airbnb ou le financement par Crowdfunding permettent à de nouveaux prestataires de commercialiser leurs services avec succès. Cela amène plus de concurrence et doit donc en principe être salué. Les prestataires établis dénoncent toutefois que tous les acteurs de la concurrence n'y luttent pas à armes égales. Les nouveaux prestataires, qui utilisent ces nouvelles possibilités, ne seraient soumis à aucune régulation. Ainsi, les taxis dénoncent que les chauffeurs Uber échappent aux exigences gouvernant le transport de personnes.

La COMCO n'est pas seulement la protectrice de la concurrence intervenant en cas de restrictions illicites à celle-ci. Elle est aussi une ambassadrice de la concurrence prenant position contre les distorsions de celle-ci. C'est précisément dans ce rôle qu'elle doit souligner qu'une lutte à armes égales sert plus la concurrence que l'application aveugle de vieilles réglementations aux nouvelles formes de l'économie. Il faut donc porter un regard critique sur les réglementations existantes. Ainsi, il faudra se demander si, à l'ère digitale et avec les systèmes de navigation, il est nécessaire d'exiger des chauffeurs de taxis une preuve de leurs connaissances géographiques.

Il faudra aussi réfléchir au bienfondé des différences de législations entre communes. Celles-ci entravent l'introduction de modèles d'affaires dans le domaine de la « Sharing Economy », parce que le respect de réglementations différentes mène à des coûts élevés inutiles. Il est également à noter que les fournisseurs ayant leur siège en Suisse et qui déploient légalement leur activité depuis leur lieu de provenance peuvent pratiquer cette activité sur l'ensemble du territoire suisse conformément aux prescriptions du lieu de provenance. Les prestataires professionnels dans le domaine de la « Sharing Economy » peuvent aussi invoquer ce principe dans la Loi sur le marché intérieur (art. 2 al. 3 LMI).

### 5.6 Conclusion

La numérisation crée de nouvelles possibilités pour la vie économique et produit de nouveaux modèles d'affaires. Cette transformation entraîne des opportunités comme des risques pour la concurrence, ainsi que des nouveaux défis pour les autorités de la concurrence.

En raison de la transformation digitale, les marchés présentent de nouvelles caractéristiques qui doivent être observées dans l'analyse en droit des cartels. Ces nouvelles caractéristiques s'observent en premier lieu sur les plates-formes digitales et les effets de réseau indirects que l'on y trouve entre les différents groupes de clients.

L'influence des Big Data se reflète dans les paiements, qui ne sont désormais plus effectués qu'avec de l'argent, mais aussi avec des données. Cela a pour conséquence qu'il faut prendre en compte les activités sur plusieurs côtés du marché et les flux de données dans l'analyse du pouvoir sur le marché. Du fait que les critères d'intervention pour le contrôle des concentrations sont basés sur les chiffres d'affaires, il est possible qu'une fusion ne soit pas contrôlée, malgré qu'en raison des données des clients, il en découle une position dominante qui pourrait supprimer la concurrence. En raison des effets de réseau typiques dans l'économie digitale, il existe une tendance à une concentration dans ces marchés relativement plus haute, tendance qui peut s'avérer potentiellement efficiente.

Le contrôle actuel des concentrations ne permet pas aux autorités de la concurrence de prendre en considération l'efficacité dans le même marché. Ainsi, les autorités de la concurrence saluent l'examen de l'introduction de papiers d'engagements alternatifs et la possibilité de prendre en considération l'efficacité par l'introduction d'un test SIEC (Significant Impediment of effective competition). Comme les effets de réseau indirects sont compensés par la fixation des prix de la plate-forme, on ne doit pas seulement prendre en compte le niveau des prix dans l'économie d'internet, mais il faut aussi analyser les structures de ceux-ci.

Les autorités de la concurrence doivent reconnaître comment les innovations digitales favorisent la concurrence et quels nouveaux comportements l'entravent. Les sources de ces nouvelles restrictions à la concurrence peuvent être des clauses contractuelles comme des parités de plates-formes. Il faut aussi observer le développement de nouvelles possibilités dans l'individualisation des prix et l'utilisation d'algorithmes pour la fixation de ceux-ci.

---

Les nouvelles formes d'offres occupent aussi les autorités de la concurrence dans leur rôle d'ambassadrices de la concurrence. Avec la transformation de l'économie et de la concurrence se pose la question de savoir si et où il est nécessaire de réglementer. Dans ce contexte, il est aussi nécessaire de se demander si les réglementations en place sont encore adaptées ou si celles-ci sont dépassées par les nouvelles possibilités.

Enfermer des nouveaux modèles d'affaires dans un cadre réglementaire vieux et inadapté nuit à la concurrence. Les nouvelles formes d'offres sont l'occasion de renoncer à des réglementations dépassées ou, si besoin, d'en considérer de nouvelles, plus légères, qui puissent s'appliquer tant aux formes traditionnelles de la concurrence qu'à l'économie digitale.

---

A 1.	<b>3. Rapporto annuale 2016 della Commissione della concorrenza (COMCO)</b>
------	---

## Indice

<b>1</b>	<b>Prefazione del presidente</b>	<b>40</b>	4.2	Statistica	51
<b>2</b>	<b>Principali decisioni del 2016</b>	<b>41</b>	<b>5</b>	<b>Digitalizzazione dell'economia</b>	<b>52</b>
2.1	Decisioni della COMCO	41	5.1	Infrastruttura di rete	52
2.2	Decisioni dei tribunali	42	5.2	Commercio online	53
<b>3</b>	<b>Attività nei vari ambiti economici</b>	<b>43</b>	5.3	Piattaforme digitali	53
3.1	Costruzione	43	5.4	Big data	54
3.1.1	Accordi di appalto	43	5.5	«Sharing economy»	55
3.1.2	Grossisti di impianti sanitari	43	5.6	Conclusione	55
3.1.3	Materiali edili e discariche	43			
3.1.4	Zincherie	43			
3.1.5	Altri ambiti	44			
3.2	Servizi	44			
3.2.1	Servizi finanziari	44			
3.2.2	Sistema sanitario	44			
3.2.3	Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali	44			
3.3	Infrastruttura	45			
3.3.1	Telecomunicazione	45			
3.3.2	Media	45			
3.3.3	Energia	46			
3.3.4	Altri ambiti	46			
3.4	Produzione	46			
3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	46			
3.4.2	Strumenti musicali	46			
3.4.3	Industria orologiera	46			
3.4.4	Settore automobilistico	46			
3.4.5	Agricoltura	47			
3.4.6	Altri ambiti	47			
3.5	Mercato interno	47			
3.6	Indagini	48			
3.7	Affari internazionali	48			
3.8	Legislazione	49			
3.8.1	Interventi parlamentari	49			
3.8.2	Iniziativa popolare per prezzi equi	49			
3.8.3	Modernizzazione del controllo delle concentrazioni	50			
<b>4</b>	<b>Organizzazione e statistica</b>	<b>50</b>			
4.1	COMCO e Segreteria	50			

## 1 Prefazione del presidente

Nel 2016 la COMCO ha preso decisioni importanti per garantire la libera concorrenza e preservare l'apertura dei mercati. Tra le inchieste concluse si annoverano sia procedure **ampie e complesse sia casi minori a carattere simbolico**, che possono avere un effetto preventivo. In linea con le sue priorità a lungo termine, nel 2016 la COMCO si è concentrata sui cartelli orizzontali hard core, sugli isolamenti del mercato e sui comportamenti abusivi da parte di imprese che dominano il mercato.

Nell'anno in rassegna la COMCO ha compiuto accertamenti secondo il diritto dei cartelli negli **ambiti più svariati** dell'economia svizzera. È intervenuta in particolare nel settore edile, sui mercati finanziari, nel settore sanitario, nel settore dei media e della comunicazione, nell'industria dei beni di consumo e nel commercio al dettaglio, nell'industria orologiera e nel settore automobilistico. Questa varietà di settori dimostra l'ampiezza del campo d'applicazione della legge sui cartelli (LCart) vigente. Disposizioni speciali per determinati ambiti, come quelle richieste in vari interventi parlamentari, sono incompatibili con il carattere generale della LCart.

Con la decisione di principio del 28 giugno 2016 riguardante la causa **Gaba/Elmex**, il Tribunale federale ha chiarito due questioni di fondo da tempo controverse e di ampia portata per la futura applicazione della LCart da parte della COMCO e dei tribunali. Nello specifico, il Tribunale federale ha chiarito come stabilire **la gravità** delle limitazioni della concorrenza e se si possono pronunciare **sanzioni dirette** per gli accordi che non impediscono interamente la concorrenza efficace, ma che la compromettono comunque in modo notevole. La sentenza semplificherà la procedura della COMCO contro i cartelli orizzontali hard core, le imposizioni di prezzi e gli isolamenti del mercato nei contratti di distribuzione, visto che non dovrà più dimostrare in ogni singolo caso, sulla base di criteri quantitativi, l'attuazione e le ripercussioni di tali accordi. Tuttavia, il Tribunale federale non li ha vietati in assoluto: restano tuttora giustificabili da motivi di efficienza economica se è possibile confutare la presunzione di soppressione della concorrenza descritta nella legge. Sono inoltre fatti salvi i casi di importanza esigua.

Nel 2016 le autorità della concorrenza si sono occupate intensamente anche della **digitalizzazione dell'economia** e delle questioni di diritto dei cartelli a esse connesse, sia sotto forma di riflessioni di fondo e di analisi, sia di casi concreti. La valutazione degli sviluppi nell'economia digitale è complessa; pur offrendo varie opportunità, nasconde anche dei pericoli per la concorrenza. Valutazioni errate possono comportare regolamentazioni altrettanto errate, che ostacolano la concorrenza anziché garantire la parità di condizioni. Le autorità in materia di concorrenza affrontano queste nuove sfide tenendo conto del cambiamento delle condizioni quadro e delle peculiarità dei nuovi modelli commerciali: le innovazioni sono di fatto gradite. Le autorità in questione si esprimono quando intravedono eventuali pericoli per la concorrenza e intervengono quando quest'ultima viene intralciata, come dimostra la loro prassi nei settori toccati dalla digitalizzazione.

Prof. Dott. Vincent Martenet  
Presidente COMCO

## 2 Principali decisioni del 2016

### 2.1 Decisioni della COMCO

Il 9 maggio 2016 la COMCO ha inflitto a **Swisscom** una multa di circa 71 milioni di franchi dopo aver constatato che il gruppo, insieme alle sue affiliate, occupa una posizione dominante per quel che concerne la trasmissione in diretta delle partite dei campionati svizzeri di calcio e di hockey e di alcuni campionati di calcio stranieri sulla **pay TV**. Cinetrade, una delle società del gruppo, detiene infatti diritti esclusivi globali e a lungo termine per la trasmissione di contenuti sportivi sulla pay TV svizzera. Swisscom ha abusato della sua posizione dominante sul mercato sotto diversi aspetti. Ad alcuni concorrenti ha negato qualsiasi offerta per la trasmissione di eventi sportivi in diretta sulla loro piattaforma, mentre ad altri (tra cui Cablecom) ha dato accesso solo a un'offerta ridotta. Diversamente dalla Swisscom stessa, inoltre, i suoi concorrenti potevano offrire contenuti sportivi solo in associazione con il pacchetto di base di Teleclub. Con queste pratiche Swisscom si è assicurata in maniera illecita un vantaggio concorrenziale tra le piattaforme televisive. Swisscom ha presentato ricorso contro la decisione della COMCO dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TAF).

Il 23 maggio 2016 la COMCO ha approvato la conciliazione con la **General Electric Company (GE)** e le sue affiliate GE Healthcare GmbH (Deutschland) e GE Medical Systems (Schweiz) AG. Avviata a seguito dell'autodenuncia di GE, l'inchiesta sugli ostacoli alle importazioni dirette in Svizzera di **apparecchi ecografici** di GE ha portato alla luce che da aprile 2008 ad aprile 2014 (mese dell'autodenuncia) esistevano accordi illeciti in materia di concorrenza tra GE Healthcare (Deutschland) e i suoi distributori, volti a creare una protezione territoriale assoluta. Mediante una conciliazione entrambe le affiliate di GE si sono impegnate a non stipulare in futuro accordi che neghino agli operatori tedeschi la possibilità di vendere i loro prodotti a clienti svizzeri, su richiesta di questi ultimi (le cosiddette «vendite passive»). All'occorrenza i contratti con rivenditori tedeschi devono essere adeguati o precisati. Trattandosi di un'autodenuncia, non è stata pronunciata alcuna sanzione.

L'8 luglio 2016 la COMCO ha inflitto multe per un totale di circa 5 milioni di franchi a otto **aziende della costruzione stradale e del genio civile** che, tra il 2002 e il 2009, hanno concordato in anticipo i prezzi per le gare d'appalto nei distretti di **See-Gaster (SG)** e **March und Höfe (SZ)**, stabilendo anche chi avrebbe ottenuto l'aggiudicazione. L'inchiesta era stata avviata nell'aprile del 2013 con perquisizioni domiciliari in seguito a un'analisi statistica dei verbali di apertura delle offerte. Fino alla metà del 2009 le aziende si incontravano regolarmente nell'ambito di riunioni di «analisi del mercato» e, in base a liste da loro redatte e costantemente aggiornate, esaminavano i progetti di committenti pubblici o privati. Le otto aziende comunicavano tra di loro l'interesse per i vari appalti. Se tutte erano d'accordo, stabilivano anche chi di loro avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, di conseguenza le altre aziende presentavano offerte a prezzi più alti. Una manipolazione degli appalti di questo genere mediante accordi sui prezzi è particolarmente dannosa per l'economia e rappresenta

una grave violazione della LCart. Diverse aziende hanno impugnato la decisione dinanzi al TAF.

Il 24 ottobre 2016 la COMCO ha confermato, lasciandola invariata, la conciliazione del 2013 con **The Swatch Group SA (Swatch Group)**, che prevede l'obbligo di fornitura dei movimenti meccanici, ma consente al tempo stesso a ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), un'affiliate di Swatch Group, di ridurre gradualmente entro la fine del 2019 le forniture a terzi. Nell'anno in rassegna Swatch Group ha chiesto un adeguamento della conciliazione. Sulla scorta di un'ampia indagine di mercato, la COMCO ha constatato che il mercato sta evolvendo nella direzione prevista e non ha rilevato alcun cambiamento sostanziale che possa giustificare una modifica della conciliazione. Gli operatori interpellati hanno sottolineato che per l'ulteriore sviluppo del mercato è determinante mantenere la conciliazione nella sua forma attuale e che un adeguamento del regime di fornitura comprometterebbe notevolmente i piani di sviluppo dei concorrenti di ETA. La COMCO condivide questo parere; il difficile contesto economico in cui si è trovata l'industria orologiera nel 2016 non è un motivo sufficiente per modificare il disciplinamento adottato nel 2013.

Il 21 novembre 2016 la COMCO ha presentato ricorso, in virtù della legge sul mercato interno (LMI), contro due decisioni emanate in applicazione della **legge del Canton Ticino sulle imprese artigianali, LIA**. Il testo, in vigore dal 1° febbraio 2016, prevede che tutte le imprese artigianali attive nel Cantone si iscrivano in un apposito albo entro il 1° ottobre 2016. L'iscrizione all'albo è associata a una serie di requisiti, ad esempio il titolare deve avere determinate qualifiche ed esperienze professionali e un tasso di occupazione di almeno il 50 per cento. L'iscrizione all'albo comporta il pagamento di una tassa annuale e di una tassa una tantum per l'iscrizione stessa. Le autorità cantonali competenti hanno deciso solo lo scorso ottobre in merito alle domande di ammissione di imprese artigianali extracantonali e non hanno applicato la LMI. La COMCO ritiene che l'obbligo di iscrizione all'albo, i requisiti per l'iscrizione e le relative tasse non siano compatibili con la LMI. Inoltre, in base alla LIA, la procedura di accesso al mercato non è né semplice né rapida. La COMCO ha quindi presentato ricorso contro queste due decisioni dinanzi al Tribunale amministrativo del Canton Ticino per far dirimere la questione.

Per quanto riguarda l'inchiesta sulla **commercializzazione di informazioni elettroniche sui farmaci** necessarie per la distribuzione in Svizzera, il 19 dicembre 2016 la COMCO ha deciso che Galenica AG e la sua filiale HCl Solutions AG hanno abusato della loro posizione dominante impedendo ai concorrenti l'ingresso sul mercato e imponendo ai loro partner prestazioni combinate (*bundling*). Le aziende in questione sono state sanzionate per un totale di circa 4,5 milioni di franchi, ma hanno la possibilità di presentare ricorso al TAF.

Il 21 dicembre 2016 la COMCO ha reso note le sue prime sette decisioni nelle cosiddette procedure **IBOR**. Queste ultime risalgono a un'inchiesta avviata il 2 febbraio 2012 durante la quale erano emerse varie pratiche distinte le



une dalle altre, per cui l'inchiesta è stata suddivisa in cinque procedure separate, nell'ambito delle quali sono state emanate sette decisioni:

- Franco svizzero LIBOR: approvazione di una conciliazione e sanzioni; sospensione della procedura contro i broker. La procedura è conclusa.
- Differenziali (spread) calcolati sui derivati su tassi d'interesse in franchi svizzeri: approvazione di una conciliazione e sanzioni. La procedura è conclusa.
- EURIBOR: approvazione di una conciliazione con alcune delle parti e sanzioni. La procedura è ancora in corso contro le parti che non hanno firmato la conciliazione.
- Yen LIBOR/Euroyen TIBOR: approvazione di una conciliazione con alcune delle parti e sanzioni; sospensione della procedura nei confronti della banche giapponesi. La procedura è ancora in corso contro le parti che non hanno firmato la conciliazione.
- Yen TIBOR: sospensione della procedura nei confronti di tutte le parti.

La COMCO ha emanato sanzioni per un totale di 99,1 milioni di franchi. Le autorità in materia di concorrenza si sono occupate intensamente di queste procedure molto complesse per più di quattro anni. In questo lasso di tempo sono stati analizzati più di 9 milioni di pagine di comunicazioni elettroniche e telefoniche. In tutte le procedure IBOR condotte finora erano coinvolte 21 parti, 16 banche e 5 broker. Tre delle cinque procedure sono state concluse con una decisione, mentre le procedure EURIBOR e Yen LIBOR/Euroyen TIBOR sono ancora in corso contro alcune banche o broker. Questo primo round di decisioni ha permesso di concludere una parte importante delle procedure.

## 2.2 Decisioni dei tribunali

Con la **sentenza di principio** del 28 giugno 2016 il Tribunale federale (TF) ha respinto il ricorso della produttrice di **Elmex**, la Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ex **Gaba International AG**) contro la sanzione della COMCO di oltre 4,8 milioni di franchi. Il divieto alle importazioni parallele in Svizzera che Gaba International AG aveva imposto fino al 2006 al titolare della licenza austriaca rappresenta dunque un accordo illecito che **intralcia notevolmente la concorrenza**. La COMCO aveva il diritto di sanzionare questa violazione della LCart. Secondo il TF, la fattispecie di accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone ai sensi dell'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart sussiste anche quando la presunzione di soppressione della concorrenza efficace può essere confutata se gli accordi, per loro natura, intralciano notevolmente la concorrenza. Ciò vale **a prescindere** da criteri quantitativi quali la quota di mercato dei partecipanti. Accordi di questo genere sono illeciti, a meno che non siano giustificati da motivi di efficienza economica. Il TF ha chiarito nella stessa sentenza un'altra questione di principio riguardante le sanzioni dirette secondo l'articolo 49a LCart nel caso degli accordi secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart. Le **sanzioni dirette** possono essere emanate non solo in presenza di accordi che impediscono la concorrenza, ma anche quando la presunzione di soppressione

della concorrenza efficace può essere confutata, ma sussiste comunque un notevole intralcio alla concorrenza non giustificato da motivi di efficienza economica. Le motivazioni scritte della sentenza non sono ancora state rese note.

Nel 2011 la COMCO aveva imposto a **Nikon AG** (Schweiz) una sanzione di circa 12,5 milioni di franchi per aver impedito le importazioni parallele. Il 16 settembre 2016 il TF ha respinto in sostanza il ricorso presentato e ha corretto una svista della COMCO nel calcolo della sanzione. L'importo riveduto è inferiore di quasi mezzo milione rispetto a quello iniziale. Il TF ha considerato appurato che tra il 2008 e il 2009 la filiale svizzera del gruppo ha ostacolato le **importazioni parallele** dall'estero dei prodotti Nikon (apparecchi fotografici, obiettivi e flash), compromettendo notevolmente il buon funzionamento della concorrenza in Svizzera. Il tribunale si è basato tra l'altro sulla giurisprudenza Gaba per quanto riguarda il livello di gravità dell'intralcio alla concorrenza (vedi sopra) e non ha compiuto un'analisi quantitativa delle ripercussioni derivanti dal divieto contrattuale di effettuare importazioni parallele. Nikon non ha presentato ricorso, per cui la sentenza del 16 settembre 2016 è passata in giudicato.

Con la sentenza del 24 novembre 2016 il TAF ha sospeso la decisione della COMCO riguardante il caso **Hallenstadion/Ticketcorner**. Starticket e Ticketportal avevano segnalato alla COMCO una pratica anticoncorrenziale di Ticketcorner e Hallenstadion nell'affittare quest'ultimo. Dal 2009 Hallenstadion obbligava gli organizzatori di manifestazioni pubbliche a trasferire, mediante una cosiddetta clausola di ticketing, almeno il 50 per cento della vendita di biglietti a Ticketcorner. A monte di questa procedura vi era un accordo di cooperazione nel ticketing previsto in un contratto di cooperazione tra Hallenstadion e Ticketcorner. Nel 2011 la COMCO aveva sospeso la procedura per mancanza di indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Starticket e Ticketportal hanno però presentato ricorso. Dopo che, in una prima procedura pluriennale il TF aveva confermato la legittimità del ricorso delle due ricorrenti, il TAF ha confermato il ricorso anche sul piano dei contenuti. È emerso che esistono indizi sufficienti secondo cui (i) l'accordo di cooperazione in materia di ticketing costituisce un accordo anticoncorrenziale, (ii) l'utilizzo della clausola di ticketing da parte di Hallenstadion rappresenta un comportamento abusivo e (iii) l'imposizione da parte di Ticketcorner di un obbligo in sede di stipula di un contratto di vendita di biglietti è un comportamento abusivo. La questione è stata rinviata alla COMCO che dovrà riesaminarla perché alcune fattispecie richiedono l'accertamento vincolante dell'autorità in materia di concorrenza e un'eventuale sanzione rientra nel suo potere discrezionale.

Con la sentenza del 26 maggio 2016 il TF ha respinto il ricorso di **Nikon AG** (Schweiz) riguardante la *pubblicazione* della decisione della COMCO del 28 novembre 2011. In sostanza, secondo Nikon, la pubblicazione della corrispondenza elettronica per dimostrare che le importazioni parallele sono state ostacolate viola il principio di proporzionalità, il diritto della personalità, il proprio segreto d'ufficio, la legge sulla protezione dei dati nonché la presunzione d'innocenza. Il TF ha considerato immotivate tutte le contestazioni avanzate, stabilendo che la COMCO

può pubblicare le sue decisioni in base all'articolo 48 capoverso 1 LCart e, considerato lo scopo della disposizione citata, non ci sono motivi per cui la loro pubblicazione, in quanto tale, debba essere considerata illecita. Il tribunale ha inoltre sottolineato che i fatti citati a dimostrazione di un comportamento contrario al diritto dei cartelli non rientrano nel segreto d'affari di cui all'articolo 25 capoverso 4 LCart, per cui possono essere rivelati. La loro pubblicazione consente al pubblico di capire le argomentazioni della COMCO. Pubblicando la corrispondenza elettronica oggetto dell'inchiesta la COMCO non viola alcun segreto d'ufficio di Nikon.

Il 23 agosto 2016 il TAF ha stabilito se e a quali condizioni la COMCO può **trasmettere gli atti procedurali alle vittime dei cartelli**. Ciò deriva dal fatto che il 22 aprile 2013 la COMCO aveva emanato una sanzione nell'ambito dell'inchiesta sul settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Zurigo e, nel pubblicare la decisione, aveva reso irriconoscibili i nomi dei progetti edili oggetto di accordi illeciti. In questo modo gli enti aggiudicatori non potevano sapere se il problema degli accordi illeciti li riguardasse o meno. Alcuni di loro hanno dunque chiesto alla COMCO di poter consultare i passaggi oscurati e gli atti dell'inchiesta. L'8 settembre 2014 la COMCO ha accolto alcune di queste domande. I ricorsi presentati contro questa decisione da alcune imprese edili sono stati respinti dal TAF lo scorso 23 agosto. Queste sentenze non sono state impugnate. La decisione della COMCO e le sentenze del TAF del 23 agosto 2016 rappresentano decisioni di principio riguardanti la questione se e a quali condizioni la COMCO può trasmettere gli atti procedurali alle vittime di cartelli. Il TAF ha appoggiato la decisione della COMCO. In linea di massima le vittime di cartelli possono accedere agli atti procedurali (compresa la decisione) e agli estratti, purché non vengano divulgate in tal modo informazioni contenute nelle autodenunce. Nel caso specifico ciò significa che gli enti aggiudicatori possono accedere agli estratti della decisione della COMCO e ricevere gli atti procedurali, a condizione che siano stati vittime di un accordo illecito e che non vengano rivelate informazioni contenute nelle autodenunce.

### 3 Attività nei vari ambiti economici

#### 3.1 Costruzione

##### 3.1.1 Accordi di appalto

Il 30 ottobre 2012 è stata avviata con perquisizioni nella Bassa Engadina l'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nel settore della costruzione, dell'ingegneria civile, della pavimentazione stradale e nei mercati a monte. In seguito ai primi accertamenti, il 22 aprile 2013 la Segreteria ha esteso l'inchiesta ad altre sette imprese e a tutto il **Cantone dei Grigioni**. Nel novembre 2015 l'inchiesta è stata nuovamente estesa e per motivi di economia processuale è stata suddivisa in dieci inchieste. Nel 2016 sono proseguiti gli accertamenti e sono state emane diverse decisioni incidentali, alcune delle quali sono pendenti dinanzi al TAF.

L'8 luglio 2016 la COMCO ha stabilito che tra il 2002 e 2009 le otto imprese dei distretti di **See-Gaster (SG) e March und Höfe (SZ)** hanno concordato i prezzi in diverse centinaia di gare d'appalto, stabilendo anche chi avrebbe ottenuto l'aggiudicazione (cfr. 2.1). Alcune di loro

hanno impugnato la decisione della COMCO dinanzi al TAF.

Per quanto riguarda l'inchiesta nel **settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Zurigo**, il 23 agosto 2016 il TAF ha emanato decisioni di principio sulla questione se e a quali condizioni la COMCO può trasmettere gli atti procedurali alle vittime di cartelli. Le sentenze sono passate in giudicato (cfr. 2.2).

Per quanto riguarda l'inchiesta nel **settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia**, molte imprese hanno impugnato la decisione della COMCO del 16 dicembre 2011 (DPC 2012/2, pag. 270 segg.). La procedura è pendente dinanzi al TAF.

##### 3.1.2 Grossisti di impianti sanitari

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha inflitto multe per un ammontare di 80 milioni di franchi ai membri di un cartello di **grossisti di impianti sanitari**. L'inchiesta era stata avviata con perquisizioni il 22 novembre 2011 in relazione al caso «**grossisti di impianti sanitari**». Le motivazioni della decisione sono state inviate alle parti all'inizio del 2016. Tutte le imprese hanno presentato ricorso contro la decisione dinanzi al TAF, la decisione non è ancora passata in giudicato.

Quattro parti si sono opposte a qualsiasi forma di pubblicazione della decisione della COMCO e hanno richiesto una decisione impugnabile, che la COMCO ha emanato nel mese di novembre. Una base importante per le decisioni in materia di pubblicazione è stata la sentenza del TF del 26 maggio 2016 riguardo alla causa Nikon AG, nella quale il TF si è occupato in modo approfondito della pubblicazione delle decisioni della COMCO (cfr. 2.2). Tutte le parti che hanno ricevuto una decisione della COMCO in materia di pubblicazione hanno presentato ricorso dinanzi al TAF.

##### 3.1.3 Materiali edili e discariche

Il 12 gennaio 2015 la Segreteria ha avviato un'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nel settore dei **materiali edili e delle discariche** nel Cantone di Berna e ha effettuato perquisizioni. Le imprese in questione sono sospettate di aver concluso accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone. Stando agli indizi, queste imprese occuperebbero una posizione dominante sul mercato e ne avrebbero abusato, in particolare rifiutando relazioni commerciali con imprese terze, discriminando partner commerciali e subordinando la conclusione di contratti all'accettazione di ulteriori prestazioni.

Il 19 maggio 2015 l'inchiesta è stata estesa a un'altra azienda; si tratterà di verificare se sussistono effettivamente limitazioni illecite della concorrenza. Nel novembre del 2016 l'inchiesta è stata suddivisa in due parti per motivi di economia processuale.

##### 3.1.4 Zincherie

Il 15 febbraio 2016 la Segreteria della COMCO ha avviato un'inchiesta contro alcune zincherie e contro **l'associazione di categoria**. Si presume l'esistenza di accordi illeciti sulla definizione diretta o indiretta di prezzi e di componenti di prezzi per la procedura di zincatura e le prestazioni ad essa legate nonché sulla ripartizione del mercato per zone e per partner commerciali.

### 3.1.5 Altri ambiti

La decisione della COMCO del 17 novembre 2014 relativa alla ferramenta per porte (DPC 2015/2, pag. 246 segg.) è stata impugnata da una delle parti. La procedura è pendente dinanzi al TAF.

Per quanto riguarda gli **articoli di ferramenta per finestre e portefinestre**, nel settembre del 2014 il TAF ha accolto i ricorsi presentati contro la decisione della COMCO del 4 novembre 2010 (DPC 2010/4, pag. 717 segg.) (DPC 2014/3, pag. 548 segg., 589 segg., 610 segg.). La COMCO e il DEFR hanno impugnato due delle tre sentenze e la procedura dinanzi al TF è pendente.

## 3.2 Servizi

### 3.2.1 Servizi finanziari

Nelle decisioni comunicate il 21 dicembre 2016 riguardo alle **procedure IBOR** (cfr. 2.1), la COMCO ha inflitto sanzioni per un totale di 99,1 milioni. La Segreteria ha stipulato una conciliazione, approvata dalla COMCO, con molte delle parti. Solo le procedure EURIBOR e Yen LIBOR/Euroyen TIBOR sono ancora in corso.

Le inchieste nell'ambito del **commercio delle valute (Forex)**, del **commercio di metalli preziosi** e del **leasing automobilistico** sono nella fase di accertamento, anche se in stadi di avanzamento diversi. In tutte e tre le inchieste devono essere valutate grandi quantità di informazioni elettroniche.

Nell'anno in rassegna sono state valutate molte fusioni, in particolare quella di **Paymit/TWINT**, che ha accorpato i due principali operatori nazionali per i pagamenti elettronici e mobili. Considerando il grande dinamismo su questi nuovi mercati, l'esistenza di altri operatori quali Apple Pay e la promessa di Paymit/TWINT di tenere il sistema aperto e di gestirlo in maniera non discriminatoria, la concentrazione è stata autorizzata al termine di un esame preliminare.

Per quanto riguarda le **carte di credito**, la Segreteria è stata coinvolta nel cambiamento di sistema per la fissazione delle commissioni d'interscambio specifiche per settori e transazioni della Mastercard. Finora la competenza era degli *issuer* e degli *acquirer* nazionali, ma dal 1° gennaio 2017 è Mastercard a fissare unilateralmente queste commissioni d'interscambio (*interchange fee*). La società in questione si è impegnata, in una lettera indirizzata alle autorità della concorrenza, a rispettare i limiti massimi stabiliti nell'ambito di una conciliazione (testo III). Secondo questo documento, la prossima riduzione della commissione media d'interscambio allo 0,44 per cento è prevista per il 1° agosto 2017. Per quanto concerne il settore delle carte di debito, Mastercard ha presentato una notifica secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart (procedura di opposizione) in cui dichiara che sta progettando l'introduzione di una commissione d'interscambio per le **carte di debito** (Maestro, Debit Mastercard) da applicare esclusivamente alle transazioni nel commercio elettronico e nel *mobile commerce*. Il termine per la valutazione scade nel mese di aprile del 2017.

### 3.2.2 Sistema sanitario

Il 19 dicembre 2016 la COMCO ha preso una decisione riguardo all'inchiesta sulla **commercializzazione di informazioni** elettroniche sui farmaci, necessarie per la distribuzione (cfr. 2.1).

Nel settembre del 2016 l'inchiesta preliminare avviata nel Cantone del Vallese sui **contratti quadro di assicurazione per perdita di guadagno** stipulati tra le associazioni professionali, ovvero i loro membri, e tre assicuratori malattia si è conclusa senza seguito. L'analisi della Segreteria ha rilevato che la forma di cooperazione scelta dai datori di lavoro e dagli assicuratori non contravviene alle disposizioni della LCart purché: (i) la firma del contratto quadro resti aperta a ogni altro assicuratore che accetti di soddisfare le condizioni richieste; (ii) gli assicuratori non si ripartiscano il mercato a livello geografico o in base ai partner commerciali; (iii) i membri delle associazioni restino liberi di scegliere se aderire al contratto quadro e di scegliere il loro assicuratore; (iv) l'adesione sia aperta anche alle imprese che non fanno parte dell'associazione.

### 3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

La decisione della COMCO del 19 ottobre 2015 sulle **clausole contrattuali delle piattaforme di prenotazione di hotel** è passata in giudicato. Ora che sono state abolite le clausole di parità tariffaria ampia, gli hotel partner di Booking.com, HRS e Expedia hanno la possibilità di offrire i loro servizi a prezzi diversi a seconda della piattaforma e di variare la disponibilità delle camere. Le cosiddette clausole di parità tariffaria ristretta non sono invece vietate: Booking.com, HRS ed Expedia impediscono tuttora ai rispettivi partner di offrire i loro servizi a prezzi più bassi sul proprio sito Internet liberamente accessibile. La regolamentazione attuale permette tuttavia di concedere sconti in caso di prenotazioni offline (p. es. per telefono) o su parti riservate del loro sito, sia in Svizzera che all'estero. La Segreteria segue l'evoluzione della situazione, a livello sia nazionale che internazionale. Gli sviluppi recenti in materia di clausole di parità tariffaria non rientrano nel diritto in materia di cartelli, ma sono avvenuti a livello politico. In Francia, ad esempio, è stato introdotto un divieto legale per tutte le clausole di parità nei confronti degli alberghi. In Austria un divieto di questo genere è entrato in vigore il 1° gennaio 2017, mentre in Italia una questione analoga è pendente in Parlamento. In Svizzera il Consiglio degli Stati sta trattando la mozione Bischof 16.3902, che chiede la soppressione di tali clausole.

Nel 2016 la Segreteria è stata attiva nel settore delle **nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione**. Alcuni utenti le hanno segnalato che il servizio di messaggia **WhatsApp** blocca l'invio di determinati link verso i concorrenti. L'osservazione di mercato condotta in seguito a questi reclami è stata conclusa, perché il problema è stato corretto tramite un aggiornamento dell'applicazione. L'inchiesta preliminare avviata nei confronti di **Google** riguardante in particolare la preferenza data ai propri servizi di ricerca (p. es. «Google Shopping») è continuata. Al momento l'autorità osserva la situazione

all'estero, dove è stata aperta un'inchiesta anche presso le autorità dell'Unione europea. La Commissione europea ha proceduto alla cosiddetta comunicazione degli addebiti nel luglio 2016.

L'osservazione del mercato condotta nel settore delle commissioni imposte dalle piattaforme di distribuzione delle applicazioni mobili (**Play Store, App Store, Windows Store**) per gli sviluppatori non ha permesso di rilevare indizi di un accordo sui prezzi.

Nel settore dell'**economia condivisa** («**sharing economy**», cfr. 5.5), la Segreteria analizza il fenomeno e segue gli sviluppi di questo paradigma economico. Nello specifico, osserva l'ingresso di **Uber** sul mercato svizzero, in particolare nel Cantone di Ginevra, dove è stata segnalata una forte concentrazione del mercato e possibili ostacoli all'ingresso di nuovi concorrenti.

Nel settore dei servizi aeroportuali la Segreteria sta osservando il mercato dei servizi di **Valet Parking all'Aeroporto internazionale di Ginevra (AIG)** per analizzare l'offerta, analogamente a quanto avvenuto nell'ambito di un'inchiesta precedente sugli stessi servizi all'aeroporto di Zurigo.

Infine, nel novembre del 2016, il Tribunale amministrativo federale ha emanato una decisione in merito alla «**distribuzione di biglietti all'Hallenstadion di Zurigo**». Questo caso riguardava un contratto concluso tra TicketCorner e Hallenstadion (cfr. 2.2). Le autorità della concorrenza riesamineranno il caso alla luce dei considerandi del TAF.

### 3.3 Infrastruttura

#### 3.3.1 Telecomunicazione

Per quanto riguarda **Internet a banda larga**, Swisscom ha presentato ricorso contro la decisione della COMCO del 21 settembre 2015 (connessione alla rete WAN della Swisscom), che le aveva inflitto una sanzione di 7,9 milioni di franchi. L'inchiesta era giunta alla conclusione che Swisscom deteneva una posizione dominante sul mercato delle connessioni a banda larga e ne aveva abusato nelle gare d'appalto per la connessione delle sedi della Posta. Swisscom si era aggiudicata l'appalto offrendo un prezzo inferiore di circa il 30 per cento rispetto ai concorrenti, i quali dovevano ricorrere alle sue prestazioni preliminari. Durante la gara, l'impresa di telecomunicazioni aveva chiesto per le sue prestazioni prezzi talmente elevati che gli altri fornitori non potevano competere con la sua offerta. Con questa politica, Swisscom ha imposto prezzi eccessivi anche alla Posta.

Nel marzo del 2016 la COMCO ha avviato l'inchiesta **Supermédia** contro Naxoo AG. Da un'inchiesta preliminare erano emersi indizi secondo cui Naxoo AG occuperebbe una posizione dominante sul mercato della rete via cavo nella città di Ginevra e ne avrebbe abusato. Nell'ambito dell'inchiesta si dovrà chiarire se il comportamento di Naxoo AG ha effettivamente limitato in modo illecito la concorrenza secondo la LCart, ostacolando o impedendo a terzi l'accesso alla rete. Stando agli indizi, Naxoo AG avrebbe ostacolato o impedito a terzi, ad esempio ai fornitori di servizi satellitari, di accedere alla rete di alcuni

immobili, sebbene ciò sia necessario affinché i concorrenti possano trasmettere i loro servizi.

L'inchiesta preliminare **Interconnect-Peering** è stata sospesa con il rapporto finale del 12 dicembre 2016. L'inchiesta aveva preso avvio dopo che la Segreteria – in concomitanza con la redazione di una perizia per l'UFCOM sull'eventuale posizione dominante di Swisscom nel settore dell'*interconnect-peering (IP)-interconnection* (il sistema che consente la comunicazione tra computer interconnessi tramite Internet) – aveva rilevato indizi di una limitazione della concorrenza potenzialmente illecita. Questi servizi IP permettono di interconnettere computer sostanzialmente autonomi. Swisscom ha modificato i contratti come suggerito dalla Segreteria, per cui l'inchiesta preliminare è stata sospesa.

Per quanto riguarda infine **la politica dei prezzi ADSL**, Swisscom ha impugnato dinanzi al TF la sentenza del TAF del 14 settembre 2015 che le infligge una multa di circa 186 milioni confermando sostanzialmente la sanzione della COMCO.

#### 3.3.2 Media

Con la decisione del 24 maggio 2016 la COMCO ha concluso l'inchiesta contro Swisscom sulla **trasmissione di contenuti sportivi tramite pay TV** emanando una sanzione di 71,8 milioni di franchi (cfr. 2.1).

L'inchiesta preliminare **Gruppo Goldbach TV / commercializzazione radiofonica** è già stata sospesa nel novembre del 2014. Tuttavia, la pubblicazione del rapporto finale del 12 novembre 2014 è ancora controversa; due procedure in merito sono pendenti dinanzi al TAF.

Parallelamente all'inchiesta sulla diffusione di eventi sportivi tramite pay TV e dopo aver seguito la procedura d'appalto, la Segreteria ha condotto un'osservazione di mercato denominata «**commercializzazione centrale**», volta ad esaminare l'attribuzione dei diritti mediatici dei campionati svizzeri di calcio e di hockey su ghiaccio dalla stagione 2017/18 in poi.

Nel settore dei media la COMCO ha dovuto esaminare i seguenti **progetti di fusione aziendale**: con la concentrazione Tamedia / Adextra l'intenzione di Tamedia AG era di acquisire il controllo esclusivo di Adextra AG. Nel caso delle società 7Days Group / Güll, il gruppo TK e il gruppo 7Days Group volevano assicurarsi il controllo sulle due affiliate Güll GmbH e Presse-Service Güll GmbH. Per quanto riguarda 7Days Media Services / Naville Dynapress, Presse-Import, le parti hanno notificato l'acquisizione delle imprese Naville Distribution SA, Dynapress Marketing SA e Presse-Import SA, prima controllate da Valora. Dopo un esame preliminare, la COMCO ha approvato tutti i progetti di fusione.

Dinanzi al TAF sono pendenti i ricorsi contro la decisione della COMCO del 27 maggio 2013 riguardante i **prezzi dei libri nella Svizzera romanda**. In questo caso, inoltre, la pubblicazione della decisione stessa è controversa; la procedura al riguardo è pendente dinanzi al TAF.

### 3.3.3 Energia

Nel settore dell'energia la Segreteria e la COMCO sono state invitate più volte a prendere posizione nell'ambito, rispettivamente, di consultazioni degli uffici e di procedure di consultazione. La Segreteria ha inoltre partecipato a gruppi di lavoro riguardanti la **legge sull'approvvigionamento di gas** e alla revisione della **legge sull'approvvigionamento elettrico**.

La COMCO, infine, ha dovuto valutare la fusione **BKW / AEK**. BKW intendeva acquisire complessivamente il 53,22 per cento del capitale azionario di AEK Energie AG per raggiungere, con le azioni già in suo possesso, il 93,19 per cento del capitale azionario di AEK. L'obiettivo era la diversificazione in vista dell'apertura del mercato dell'elettricità a tutti i clienti finali e dei cambiamenti strutturali legati alla svolta energetica. Al termine dell'esame preliminare la COMCO ha approvato il progetto.

### 3.3.4 Altri ambiti

Il ricorso nel caso del **trasporto aereo di merci** rimane pendente dinanzi al TAF. Diverse parti avevano presentato ricorso contro la decisione del 2 dicembre 2013 che ha inflitto a 11 compagnie aeree una multa per un totale di 11 milioni di franchi per aver concluso accordi orizzontali sui prezzi. In questo caso si tratta anche di stabilire se e in che misura pubblicare la decisione del 2 dicembre 2013. È pendente dinanzi al TAF anche la procedura a questo riguardo.

L'inchiesta avviata nel luglio 2013 sul **sistema di prezzi della Posta applicato ai clienti aziendali per la spedizione di lettere** si trova a uno stadio avanzato. Essa esamina in particolare se questo sistema di prezzi abbia ostacolato i concorrenti, ad esempio rendendo difficile o addirittura impossibile ai clienti aziendali di acquistare servizi da altri operatori. L'inchiesta intende inoltre chiarire se la Posta ha discriminato o penalizzato in altro modo determinati clienti. La proposta di decisione sarà probabilmente inviata alle parti all'inizio del 2017.

## 3.4 Produzione

### 3.4.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Nel settore del **carburante alchilato** il 31 maggio 2016 le autorità in materia di concorrenza hanno avviato un'inchiesta contro Husqvarna Schweiz AG e Bucher AG Langenthal e le loro società consociate. L'inchiesta deve chiarire in particolare se queste società hanno stabilito di comune accordo i prezzi della benzina alchilata della marca Aspen e si sono spartite tra di loro la clientela.

Con la decisione del 19 dicembre 2016 la COMCO ha sanzionato la produttrice australiana e la società importatrice svizzera delle **segnalazioni luminose Eflare** con una multa che ammonta complessivamente a circa 33 000 franchi. Le due imprese hanno partecipato a un accordo illecito di protezione territoriale verticale che impediva l'importazione parallela di segnalazioni luminose di Eflare. Nel contempo, la COMCO ha approvato la conciliazione tra la Segreteria e le due società. La produttrice e l'importatrice generale si sono impegnate a non stipulare più accordi illeciti che impediscano le importazioni parallele.

Per chiarire la rilevanza pratica della **mozione Hess** la Segreteria ha condotto un'indagine di mercato. Nella mozione il Consiglio federale è stato «incaricato di adottare misure affinché i produttori possano consentire espressamente per contratto ai rivenditori in Svizzera di effettuare lavori di installazione, manutenzione e in garanzia ecc. per i loro prodotti anche quando sono stati acquistati direttamente nello Spazio economico europeo (SEE)» (mozione del 18 giugno 2015 *Rendere più efficace il principio «Cassis de Dijon»* [15.3631]). In base all'indagine di mercato, le cause principali per cui in vari settori vengono negate determinate prestazioni per i prodotti importati sono i rischi di responsabilità del diritto contrattuale e gli ostacoli tecnici al commercio. L'indagine ha portato alla luce solo alcuni indizi di negazione di prestazioni, riconducibili tutt'al più a misure adottate dai produttori o dagli importatori. Questi indizi riguardavano esclusivamente il rifiuto di fornire prestazioni di garanzia in seguito a rimborsi insufficienti da parte dei produttori o degli importatori.

Per quanto riguarda la questione **Gaba/Elmex**, il 28 giugno 2016 il TF ha emanato una decisione di principio per la valutazione degli accordi territoriali ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart. La motivazione scritta non è ancora stata resa (cfr. 2.2). Riguardo alla causa **Nikon**, il 16 settembre 2016 il TAF ha confermato sostanzialmente la decisione della COMCO; la sentenza è passata in giudicato (cfr. 2.2). Il 26 maggio 2016 il TF ha respinto il ricorso di Nikon sulla questione della pubblicazione della decisione di sanzione (cfr. 2.2). Il ricorso della COMCO contro la decisione del TAF nella causa **articoli sportivi da montagna/Altimum SA** è pendente dinanzi al TF.

### 3.4.2 Strumenti musicali

La decisione della COMCO del 29 giugno 2015 sugli **strumenti a corda** è passata in giudicato. La decisione della COMCO del 14 dicembre 2015 riguardante l'inchiesta sui **pianoforti** è stata invece impugnata e la procedura è pendente dinanzi al TAF.

### 3.4.3 Industria orologiera

All'inizio del 2016 **The Swatch Group SA** (gruppo Swatch) ha chiesto alla COMCO l'adeguamento della conciliazione del 21 ottobre 2013. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), un'affiliata del Gruppo Swatch, si era impegnata a fornire i movimenti meccanici a terzi fino alla fine del 2019. Al contempo la conciliazione permette all'ETA di ridurre gradualmente le forniture a clienti terzi fino alla scadenza dell'obbligo di fornitura. La COMCO ha respinto la richiesta (cfr. 2.1).

In seguito alla domanda di riesame del Gruppo Swatch, l'inchiesta preliminare ancora pendente nel settore del **servizio postvendita** è stata temporaneamente sospesa e verrà proseguita nel 2017.

### 3.4.4 Settore automobilistico

Il 1° gennaio 2016 è entrata in vigore la **nuova** Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli. In questo contesto la Segreteria ha effettuato consulenze sull'adeguamento dei contratti di vendita e ha risposto a richieste di informazioni di privati e di operatori del mercato.

Per quanto riguarda gli incontri regionali dell'**Associazione degli agenti del gruppo Volkswagen** (VPVW) diverse procedure di ricorso sono pendenti dinanzi al TAF. Il 19 ottobre 2015 la COMCO ha inflitto sanzioni forfetarie tra 10 000 e 320 000 franchi ai concessionari che si sono accordati sui prezzi. Tre di essi hanno presentato ricorso e le procedure sono attualmente pendenti dinanzi al TAF. Un'unica parte si è impegnata, nell'ambito di una conciliazione con la Segreteria, ad adeguare il suo comportamento; l'inchiesta a suo carico è dunque stata chiusa in anticipo. L'8 agosto 2014 un vicepresidente della COMCO aveva approvato la conciliazione. Con la sentenza del 13 aprile 2016 il TAF ha però considerato nulla la decisione del vicepresidente per mancanza di competenza al riguardo e di potere decisionale in generale. In base a questa sentenza la COMCO ha approvato la conciliazione con la decisione del 6 giugno 2016. Due dei concessionari che non hanno aderito alla conciliazione hanno presentato ricorso dinanzi al TAF; la procedura è però ancora pendente.

In un'inchiesta preliminare la Segreteria ha esaminato se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza da parte di **AMAG Automobili e motori SA**. Diversi concessionari e officine avevano sporto denuncia perché AMAG avrebbe cercato, tramite misure discriminatorie e arbitrarie nei confronti degli altri partner commerciali, di favorire le sue concessionarie e di rafforzare la propria posizione sul mercato del commercio al dettaglio.

Per quanto riguarda l'inchiesta **BMW**, la procedura di ricorso è pendente dinanzi al TF. BMW ha presentato ricorso dinanzi al TF dopo che il TAF, con sentenza del 13 novembre 2015, aveva respinto il suo ricorso contro la decisione della COMCO del 7 maggio 2012.

### 3.4.5 Agricoltura

La Segreteria ha partecipato a circa 80 consultazioni degli uffici su progetti legislativi in materia di agricoltura e interventi parlamentari. In particolare si è espressa a favore della **soppressione della protezione doganale**. Ha inoltre ricevuto molte richieste di informazioni su temi inerenti all'agricoltura, sfociate in colloqui e/o osservazioni di mercato.

### 3.4.6 Altri ambiti

Nel settore della **tecnica medica** è stata conclusa l'inchiesta GE Healthcare (cfr. 2.1).

Per quanto riguarda i **robot tosaerba**, la Segreteria ha proseguito l'inchiesta contro Husqvarna avviata nel dicembre del 2015. L'obiettivo dell'inchiesta è stabilire se il fabbricante ha influito sui prezzi di rivendita dei distributori e ostacolato le importazioni dirette e parallele.

Nel settore delle **attrezzature per il fitness**, nel settembre del 2016 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare nei confronti di Trisport AG, l'importatrice svizzera dei prodotti della marca Kettler, durante la quale ha esaminato se sussistono indizi di accordi illeciti in materia di concorrenza, in particolare per quanto riguarda l'imposizione di prezzi fissi o minimi e il divieto di vendere i prodotti online.

Quanto ai **volani da badminton** (i cosiddetti *shuttle*), nel gennaio del 2016 la Segreteria ha avviato un'inchiesta

contro l'associazione Swiss Badminton dopo aver ricevuto varie segnalazioni secondo cui l'associazione obbligherebbe i suoi membri a giocare determinate partite solo con gli *shuttle* ufficiali, acquistabili unicamente presso gli importatori svizzeri. Swiss Badminton ha in parte adeguato il proprio comportamento. L'inchiesta preliminare è stata sospesa perché non sono emersi indizi di limitazioni illecite della concorrenza.

## 3.5 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce la libera circolazione intercantionale e la messa a concorso pubblica di concessioni e appalti cantonali.

Per verificare se in linea di massima la libera circolazione cantonale secondo la LMI funziona, la COMCO ha condotto un'analisi nei Cantoni di Berna, Vaud e del Ticino nell'ambito della quale le autorità cantonali sono state invitate a fornire informazioni sulla loro **prassi amministrativa** concernente l'ammissione di **offerenti extracantonali**. L'attenzione è stata rivolta ai settori seguenti: professioni sanitarie disciplinate a livello cantonale e federale, servizi di sicurezza, ristorazione, custodia di bambini, società fiduciarie, studi di architettura e ingegneria e aziende artigianali. L'analisi ha evidenziato che la LMI non viene attuata coerentemente in tutti i settori. La COMCO ha comunicato i suoi risultati ai Cantoni interessati sotto forma di raccomandazioni. Le autorità amministrative cantonali sono tenute a comunicare d'ufficio alla COMCO ogni decisione che abbia per effetto una limitazione dell'accesso al mercato.

Nel mese di febbraio 2016 è entrata in vigore in **Ticino** la nuova **legge sulle imprese artigianali (LIA)**, in base alla quale tutte le imprese artigianali attive nel Cantone devono essere iscritte in un apposito albo. L'iscrizione è vincolata a determinati requisiti personali e professionali ed è soggetta a una tassa. Ritenendo che l'applicazione della LIA alle imprese artigianali extracantonali non sia compatibile con la LMI, la COMCO ha presentato ricorso presso il Tribunale amministrativo del Cantone del Ticino (cfr. 2.1)

Un'altra procedura di ricorso riguarda l'ammissione delle **società multidisciplinari di avvocati**. A livello federale queste società anonime di avvocati non sono disciplinate esplicitamente, per cui si sono sviluppate prassi cantonali diverse. Nel Cantone di Zurigo, ad esempio, la loro ammissione è vincolata a determinate condizioni. Secondo la *Cour de Justice* del Cantone di Ginevra, invece, tali SA non sono ammissibili, per cui una società con sede a Zurigo non ha il diritto di stabilirsi nel Cantone di Ginevra facendo appello alla legislazione sul mercato interno. La COMCO ha presentato ricorso contro le decisioni dei Cantoni di Ginevra e Vaud nell'intento di chiarire questa questione sull'applicazione della LMI dinanzi alla massima istanza giudiziaria.

Per quanto riguarda il settore dei taxi, la COMCO ha sottoposto al Cantone di Ginevra una raccomandazione concernente il progetto di una nuova legge. Secondo la LMI occorre garantire che i servizi extracantonali di trasporto professionale di persone possano, su richiesta, andare a prendere e trasportare clienti nel Cantone di Ginevra in qualsiasi momento. I servizi di taxi extracantonali che si rivolgono regolarmente a clienti nel Cantone di Ginevra

devono richiedere un'autorizzazione alle autorità ginevrine, ma in linea di massima hanno diritto al riconoscimento della loro autorizzazione originaria.

Infine, la COMCO ha realizzato una perizia sull'applicazione della LMI al previsto **concordato sui servizi di sicurezza privati**. La perizia esamina a quali condizioni le imprese di sicurezza ubicate in Cantoni che non hanno aderito al concordato devono poter offrire i loro servizi sul territorio del concordato.

Nel settore degli **appalti** pubblici la COMCO ha presentato ricorso contro l'assegnazione di un **mandato di consulenza da parte della città di Wil**. Quest'ultima non aveva messo a concorso né il mandato per una prima analisi (inferiore al valore soglia) né il mandato principale (superiore al valore soglia). Secondo la COMCO si tratta di un aggiramento del diritto in materia di appalti pubblici.

Il **Cantone di Friburgo** ha emanato una legge sulla **ristorazione collettiva pubblica**, in base alla quale le mense pubbliche sono obbligate a coprire una parte della loro offerta alimentare con prodotti della regione. Questa disposizione punta a sostenere le aziende agricole e di trasformazione locali e a promuovere la sostenibilità. La COMCO ha raccomandato all'esecutivo cantonale friburghese di rinunciare a questo criterio locale e di promuovere la questione dell'approvvigionamento sostenibile, del tutto giustificata, attraverso criteri non discriminatori.

Nell'ambito delle concessioni è tuttora lecito chiedersi se l'obbligo di svolgere concorsi secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI valga non soltanto per le concessioni di monopolio ma, a determinate condizioni, anche per le **concessioni di utilizzo particolare**. Il Tribunale amministrativo del **Cantone di Vaud** ha confermato l'applicabilità dell'articolo 2 capoverso 7 LMI all'assegnazione di concessioni per l'affissione di manifesti pubblicitari su suolo pubblico. La sentenza è stata impugnata dinanzi al Tribunale federale. Su invito di quest'ultimo, la COMCO ha presentato un'approfondita presa di posizione sulla portata dell'articolo 2 capoverso 7 LMI. La sentenza non è ancora stata emessa.

### 3.6 Indagini

Per il Centro di competenza «indagini» (di seguito denominato «CCI» ai fini del presente testo) l'anno in rassegna è iniziato con una grossa perquisizione, in esordio di indagine, di diverse zincherie della Svizzera settentrionale, orientale e occidentale. È inoltre stata svolta una perquisizione di minore portata presso un'azienda coinvolta nel caso della benzina alchilata per piccoli apparecchi a motore. Il CCI ha inoltre affiancato i servizi nell'elaborazione e nello smistamento dei dati. A questo proposito è particolarmente importante che lo spoglio della corrispondenza protetta dal segreto professionale degli avvocati sia effettuata dal CCI e non dal Case Team direttamente coinvolto. In questo modo, e d'intesa con gli interessati, si può solitamente evitare un procedimento giuridico di dissigillamento.

Oltre a questi lavori ordinari, il CCI ha anche partecipato all'emanazione di diverse decisioni incidentali concernenti in particolare l'ambito degli interrogatori e del programma di clemenza. In tre di queste decisioni su procedure in materia di prestazioni edili nel Cantone dei Grigioni è stata

sollevata la questione del ruolo delle persone fisiche interrogate nella procedura ed è stato stabilito che gli ex-organismi e i collaboratori non appartenenti a un organo non possono essere sentiti come parti in causa, bensì come testimoni. Queste decisioni incidentali sono state impugnate; le sentenze del Tribunale amministrativo federale non sono ancora state emanate. Quanto al programma di clemenza, è stata disposta per la prima volta una restrizione d'uso, sempre a riguardo delle procedure grigionesi, che permette di utilizzare le informazioni e i documenti ottenuti attraverso la consultazione degli atti di autodenucia unicamente a scopi di difesa nell'ambito di procedure in materia di cartelli dinanzi alla COMCO (e nelle procedure di ricorso correlate).

Per il CCI il momento culminante dell'anno è stato lo svolgimento dell'incontro plenario annuale di due giorni dell'ECN-FIT WG (ECN Forensic IT Working Group) a Berna. In questa occasione, una sessantina di esperti provenienti dagli Stati dell'UE/AELS, dalla Turchia e dall'Albania e diversi rappresentanti della Commissione UE e dell'autorità di sorveglianza dell'AELS si sono scambiati informazioni e opinioni sugli attuali problemi e sviluppi nel campo dell'informatica forense. Per la Svizzera, che partecipa a questi incontri dal 2005 e che nell'istituire il CCI ha già ampiamente beneficiato del know-how acquisito all'interno di questo gruppo di lavoro, l'organizzazione dell'incontro plenario in qualità di Paese ospitante è stata un'occasione per sdebitarsi, fornendo un contributo attivo a favore dell'organismo in questione.

Per ridurre la soglia di inibizione per i potenziali *whistleblower* che vorrebbero rivolgersi alla COMCO, il sito internet della COMCO è stato integrato con un'apposita sezione dedicata a questi informatori. La sezione, che dispone di un proprio indirizzo e-mail (*whistleblowing@comco.admin.ch*), offre informazioni utili per potenziali whistleblower, in particolare sulle condizioni quadro che disciplinano questo tipo di denuncia.

### 3.7 Affari internazionali

**UE:** La cooperazione tra le autorità della concorrenza svizzere e quelle dell'UE è intensa e proficua. Si svolge secondo le modalità delineate nell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e l'Unione europea concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza. Da quando l'Accordo è entrato in vigore, il 1° dicembre 2014, la Segreteria ha contattato più volte la Direzione generale della concorrenza della Commissione UE nell'ambito di procedure d'inchiesta e di concentrazione parallele per chiarire questioni di diritto procedurale e materiale (art. 7 cpv. 2 Accordo sulla concorrenza). Questi scambi si svolgono regolarmente per garantire che le procedure parallele in corso a Berna e Bruxelles non diano adito a inutili contraddizioni. Nel corso di osservazioni del mercato e accertamenti preliminari sono intercorsi numerosi contatti per chiarire se anche per l'UE sussistono problemi in materia di diritto dei cartelli o per raccogliere maggiori informazioni in vista del proseguimento di una procedura. Nel complesso, l'Accordo sulla concorrenza facilita l'esecuzione della legislazione sui cartelli in Svizzera nelle fattispecie contemplate anche dal diritto europeo.

**OCSE:** alcuni rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai due incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE e, in queste occasioni, hanno redatto diversi contributi in collaborazione con la SECO. Oltre a trattare i classici strumenti d'esecuzione della legge, come i settlement o le sanzioni, sono state approfondite alcune tematiche concernenti le nuove tecnologie digitali. Dopo aver discusso delle piattaforme internet per la prenotazione di alberghi e di servizi finanziari, l'attenzione è stata rivolta all'influsso delle nuove tecnologie sulle prestazioni di avvocati e notai. Tra i principali temi dell'anno in rassegna vanno citati anche la raccolta e la gestione di ingenti volumi di dati («big data») e gli studi di mercato.

**ICN:** la COMCO e la Segreteria seguono gli sviluppi presso l'ICN (International Competition Network). Per la nuova edizione del rapporto ICN sulle multe, la Segreteria ha risposto a un questionario in materia di sanzioni. La Segreteria ha inoltre rielaborato l'«Anti-Cartel Enforcement Template» dell'ICN, pubblicato sul sito della COMCO. Nel settore dei cartelli, i gruppi di lavoro «Legal Framework» (sottogruppo1) e «Cartel Enforcement» (sottogruppo 2) hanno tenuto diversi seminari web. Il Cartel-Workshop di quest'anno era dedicato a come migliorare l'applicazione del diritto dei cartelli. Nel 2016 la conferenza annuale dell'ICN si è svolta a Singapore.

**UNCTAD:** anche nel 2016 la Segreteria ha sostenuto una serie di attività del programma di cooperazione Compal. Due persone provenienti da El Salvador hanno svolto uno stage di 3 mesi presso la Segreteria.

### 3.8 Legislazione

#### 3.8.1 Interventi parlamentari

Lo stato attuale degli interventi parlamentari presentati dopo il fallimento della prevista revisione della LCart, nel settembre del 2014, e intesi a ritoccare tale legge in alcuni punti è il seguente:

- L'**iniziativa parlamentare Hans Altherr** del 25 settembre 2014 «Prezzi all'importazione eccessivi. Abolizione dell'obbligo di acquisto in Svizzera» (14.449) intende introdurre nella LCart, sul modello del diritto dei cartelli tedesco, una disposizione che consentirebbe di contrastare gli abusi risultanti da un dominio relativo del mercato. Le Commissioni del Consiglio degli Stati e del Consiglio nazionale hanno dato seguito a quest'iniziativa parlamentare e stanno attualmente elaborando un progetto di legge.
- La **mozione del Gruppo socialista** del 24 settembre 2014 «Lotta contro la situazione dei prezzi elevati in Svizzera. Revisione alleggerita della legge federale sui cartelli» (14.3780) è stata respinta dal Consiglio nazionale ed è quindi liquidata.
- La **mozione Viola Amherd** del 26 settembre 2014 «Lieve revisione della legge federale sui cartelli» (14.3946) chiedeva al Consiglio federale di elaborare un progetto contenente gli articoli non contestati della revisione della LCart respinta. Tolta di ruolo perché pendente per più di due anni, la mozione è liquidata.

- La **mozione Hans Hess** del 18 giugno 2015 «Rendere più efficace il principio «Cassis de Dijon» (15.3631) incarica il Consiglio federale di adottare misure affinché i produttori possano consentire espressamente per contratto ai rivenditori in Svizzera di effettuare lavori di installazione, manutenzione e in garanzia ecc. per i loro prodotti anche

quando sono stati acquistati direttamente nello spazio economico europeo (SEE). La mozione è stata accolta da entrambe le Camere federali. In seguito, la Segreteria ha esaminato se il rifiuto degli artigiani locali di fornire prestazioni di servizio su prodotti importati direttamente dal SEE rappresenta un problema di ampia portata o meno (cfr. 3.4.1).

- L'**iniziativa parlamentare de Buman** del 18 marzo 2016 «Per un prezzo delle riviste più ragionevole in Svizzera» (16.420) chiede che sia introdotta nella LCart una disposizione ad hoc per i prezzi fissi di giornali e riviste. L'iniziativa non è ancora stata trattata dalla prima Camera (Consiglio nazionale).
- L'**iniziativa parlamentare de Buman** del 30 settembre 2016 «Piccola revisione della legge sui cartelli» (16.473) chiede che siano ripresi 4 temi specifici, ampiamente incontestati nell'ambito della fallita revisione del 2014, vale a dire il controllo delle concentrazioni di imprese, la procedura civile del diritto dei cartelli, la presa in considerazione dei programmi di compliance nel determinare le sanzioni e, infine, l'ottimizzazione della procedura di opposizione. L'iniziativa non è ancora stata trattata dalle Camere federali.
- La **mozione Bischof** del 30 settembre 2016 «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione online a scapito degli albergatori» (16.3902) chiede al Consiglio federale di presentare le modifiche legislative necessarie per vietare le cosiddette clausole di parità tariffaria nei rapporti contrattuali tra le piattaforme di prenotazione online e gli alberghi. Il Consiglio degli Stati l'ha assegnata per esame preliminare alla commissione competente (CET).

Da parte dell'Amministrazione, la responsabilità di seguire questi interventi è affidata alla SECO; la Segreteria della COMCO è coinvolta nei lavori.

#### 3.8.2 Iniziativa popolare per prezzi equi

L'iniziativa popolare per prezzi equi, lanciata il 20 settembre 2016 (titolo per esteso: «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi»), chiede che la Confederazione emani «prescrizioni contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi di cartelli e di altre forme di limitazione della concorrenza. Prende in particolare provvedimenti che garantiscano l'acquisto senza discriminazioni di beni e servizi all'estero e impediscano alle imprese che hanno una posizione di potere sul mercato di limitare la concorrenza mediante pratiche unilaterali». L'iniziativa prevede una serie di misure concrete, tra cui norme di legge per imprese con una posizione di dominio relativo che praticano in Svizzera prezzi più elevati rispetto all'estero e per



un commercio online esente da discriminazioni. Il termine per la raccolta delle firme scade il 20 marzo 2018.

### 3.8.3 Modernizzazione del controllo delle concentrazioni

Basandosi sul suo rapporto sulle limitazioni alle importazioni parallele<sup>1</sup>, il Consiglio federale ha incaricato il DEFR di presentargli entro la fine del 2017 un progetto sulla modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese nella LCart. Il Consiglio federale ritiene che la normativa vigente non tenga sufficientemente conto degli effetti sia positivi sia negativi delle concentrazioni e che la prevista verifica dell'eventuale posizione di mercato dominante attraverso il cosiddetto SIEC-Test (*Significant Impediment to Effective Competition*) andrebbe sostituita. Il Consiglio federale è del parere che un cambiamento del genere possa produrre a medio - lungo termine effetti positivi sulla concorrenza in Svizzera.<sup>2</sup>

Da parte dell'Amministrazione, la responsabilità di elaborare il progetto per consultazione è della SECO; la Segreteria della COMCO partecipa ai lavori.

## 4 Organizzazione e statistica

### 4.1 COMCO e Segreteria

Per il **mandato 2016 2019** sono stati nominati i seguenti **12 membri della COMCO**: Vincent Martenet, presidente; Andreas Heinemann e Armin Schmutzler, vicepresidenti; Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Danièle Wüthrich-Meyer, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrike Schneider.

Nel 2016 i membri della COMCO hanno tenuto 14 sedute plenarie. Il numero di decisioni prese in merito a inchieste e concentrazioni secondo la LCart e in applicazione della LMI è riportato nella statistica (cfr. 4.2).

Nella prima seduta del 2016 e in applicazione del nuovo regolamento interno del giugno 2015 (in vigore dal 1° novembre 2015), la COMCO ha designato i membri delle due nuove **camere «per le decisioni parziali» e «per le concentrazioni di imprese»** (cfr. rapporto annuale 2015, DPC 2016/1, 11).

- Camera **per le decisioni parziali**: Vincent Martenet (presidenza), Andreas Kellerhals e Daniel Lampart.
- Camera **per le concentrazioni di imprese**: Vincent Martenet (presidenza), Andreas Heinemann e Armin Schmutzler.

Nella **Segreteria** sono stati rinnovati due posti chiave della direzione. Dal 1° settembre 2016 **Niklaus Wallimann** è il nuovo **capoeconomista** della Segreteria, che ha sostituito Marc Blatter, ritiratosi a fine giugno 2016; il 1° gennaio 2017 **Stefan Renfer** ha sostituito Nicolas Diebold, ritiratosi alla fine del 2016, in qualità di nuovo **capo del servizio del mercato interno**.

Alla fine del 2016 la **Segreteria** impiegava 73 (anno precedente: 76) collaboratori (a tempo pieno e a tempo parziale), con una quota di donne del 40 per cento (anno precedente: 42). Ciò corrisponde a un totale di 62,7 equivalenti a tempo pieno (ETP, anno precedente: 66,7). Il personale era ripartito come segue: 51 (anno precedente:

55) collaboratori scientifici (incl. la direzione), pari a 44,4 ETP (anno precedente: 49,2); 9 (anno precedente: 8) stagisti scientifici, pari a 9 ETP (anno precedente: 8); 13 collaboratori del servizio Risorse e logistica, pari a 9,3 ETP (anno precedente: 9,5).

<sup>1</sup> *Behinderung von Parallelimporten*, rapporto del Consiglio federale del 22 giugno 2016 in adempimento del postulato 14.3014 «Semplificazione delle formalità doganali e promozione delle importazioni parallele grazie al riconoscimento di altri documenti attestanti l'origine di un prodotto» (di seguito: rapporto del Consiglio federale del 22.6.2016) <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/44557.pdf> (14.12.2016).

<sup>2</sup> Cfr. Rapporto del Consiglio federale del 22.6.2016 (nota a piè di pagina 1), pag. 41 segg.

## 4.2 Statistica

	2015	2016
<b>Inchieste</b>		
Eseguite nel corso dell'anno	30	32
riprese dall'anno precedente	15	22
avviate ex-novo	6	4
nuove inchieste nell'ambito di un'inchiesta suddivisa in diverse inchieste	9	6
<b>Decisioni finali</b>	7	9
di cui conciliazioni	3	6
di cui ordini delle autorità	2	2
di cui sanzioni secondo l'49a cpv. 1 LCart	6	8
di cui decisioni parziali	1	2
<b>Decisioni incidentali</b>	7	9
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	1	3
Misure cautelari	0	0
<b>Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart</b>	0	0
<b>Inchieste preliminari</b>		
Eseguite nel corso dell'anno	18	14
di cui riprese dall'anno precedente	14	11
di cui avviate ex-novo	4	3
<b>Inchieste chiuse</b>	7	6
di cui con apertura di un'inchiesta	1	2
di cui con adeguamento del comportamento	2	3
di cui senza seguito	4	1
<b>Altre attività</b>		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	2	0
Consulenze	17	27
Osservazioni del mercato concluse	33	42
Domande LTras	23	16
Altre richieste evase	685	683
<b>Concentrazioni</b>		
Annunci	29	22
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	26	21
Esami	3	1
<b>Decisioni della COMCO</b>	0	0
dopo l'esame preliminare	0	0
dopo l'esame	0	0
Esecuzione anticipata	0	0
<b>Procedure di ricorso</b>		
Procedure di ricorso totali dinanzi al TAF e al TF	24	39
<b>Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)</b>	3	9
vinte dall'autorità della concorrenza	2	7
vinte solo in parte	0	0
<b>Sentenze del Tribunale federale (TF)</b>	2	2
vinte dall'autorità della concorrenza	2	2
vinte solo in parte	0	0
Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF o al TF)	22	28
<b>Pareri, raccomandazioni, preavvisi, ecc.</b>		
Pareri (art. 15 LCart)	0	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	1

Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPr o 11a LTC)	0	0
Monitoraggi	0	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	281	278
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	8	8
LMI		
Raccomandazioni / indagini (art. 8 LMI)	2	5
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	1	1
Consulenze (Segreteria)	45	46
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	1	7

La statistica e il confronto con i dati del 2015 permettono di giungere alle seguenti conclusioni:

- Il numero delle inchieste condotte è di nuovo leggermente aumentato. Sebbene le nuove inchieste aperte siano diminuite, altre già aperte sono state suddivise in più inchieste separate.
- Il numero di decisioni finali della COMCO è aumentato da sette a nove. Fra queste, sei inchieste sono state chiuse con una conciliazione. In otto delle nove inchieste la COMCO ha inflitto sanzioni per un totale di circa 171 milioni di franchi.
- Il numero di inchieste preliminari è ancora diminuito. Nel 2016 la Segreteria ne ha condotte 14 e ne ha chiuse sei, di cui due con l'apertura di inchieste.
- Il numero delle consulenze è invece aumentato (da 17 a 27), come anche quello delle osservazioni del mercato (da 33 a 42). Queste attività richiedono talvolta un onere molto importante in termini di tempo e di risorse. Il numero di altre richieste (informazioni telefoniche, risposte a domande di cittadini, trasmissione alle autorità competenti, ecc.), pari a 683 (contro 685 nel 2015), è rimasto elevato e pressoché invariato.
- Gli annunci di concentrazioni di imprese sono diminuiti a 22 contro i 29 dell'anno precedente. Nel confronto a lungo termine, solo nel 2004 gli annunci pervenuti erano stati ancora di meno (21). A lungo termine, con la ripresa dell'attività M&A, il loro numero dovrebbe tuttavia avvicinarsi a 30 annunci all'anno.
- Il numero di ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TAF) e al Tribunale federale (TF) è di nuovo aumentato rispetto all'anno precedente. Il loro aumento da 24 a 39 è dovuto principalmente ai numerosi ricorsi interposti contro decisioni incidentali della COMCO. Il TAF ha pronunciato un maggior numero di sentenze rispetto al 2015, ma ciò è dovuto in gran parte alle sentenze su decisioni incidentali della COMCO. Alla fine del 2016 erano pendenti dinanzi al TAF e al TF 28 ricorsi (contro 22 a fine 2015).
- Il numero di raccomandazioni e di procedure di ricorso in applicazione della LMI è aumentato. Tre inchieste sono sfociate in cinque raccomandazioni ai Cantoni e, dei sette ricorsi presentati in totale, tre

riguardavano il Canton Ticino e tre l'autorizzazione di una SA di avvocati (cfr. 3.5).

## 5 Digitalizzazione dell'economia

La digitalizzazione trasforma l'economia. Le imprese sviluppano nuovi modelli commerciali e migliorano i loro processi, mentre i consumatori beneficiano di una più ampia scelta di offerte e approfittano di prezzi più bassi. Con le opportunità derivanti dalla digitalizzazione si presentano però anche dei rischi per la concorrenza. Nuove forme di accordi possono impedire l'affermazione degli attori della nuova economia digitale. Le imprese che dominano il mercato possono tentare di bloccare in modo abusivo l'accesso alle risorse di Internet. Un'interpretazione sbagliata delle nuove tendenze, anziché permettere ai vari attori di combattere ad armi pari, può dare adito a regolamentazioni che ostacolano la concorrenza.

Nel 2016 la COMCO ha svolto un'intensa attività legata alla digitalizzazione dell'economia, sia approfondendo questioni di principio sia intervenendo in varie procedure su questo tema. La COMCO osserva gli sviluppi dell'economia digitale. Per poter valutare la situazione in tutta la sua complessità nell'ottica del diritto della concorrenza, essa necessita dell'esperienza acquisita dalle autorità della concorrenza nel quadro degli accertamenti in corso. Le autorità della concorrenza mettono poi in guardia contro i potenziali rischi e intervengono in caso di abusi. Questo è quanto emerge dalla prassi dei settori interessati dalla digitalizzazione.

### 5.1 Infrastruttura di rete

Una buona infrastruttura di rete costituisce la base dell'economia digitale. Affinché le migliori innovazioni possano affermarsi, è necessario assicurarsi che la concorrenza in rete resti possibile. Le autorità della concorrenza devono perciò agire su due fronti: da un lato devono garantire che la concorrenza non sia esclusa a priori, dall'altro devono cercare di non ostacolare gli incentivi agli investimenti nell'infrastruttura.

In passato le autorità della concorrenza hanno già svolto questo esercizio di «equilibrio» nell'ambito della cooperazione nel settore delle fibre ottiche. Varie imprese regionali di fornitura elettrica e Swisscom avevano deciso di sviluppare insieme in alcune città svizzere questa tecnologia innovatrice. I partner potevano così suddividersi il rischio d'investimento e ridurre i costi di costruzione attraverso uno sfruttamento efficiente dei canali per i cavi. Il pericolo risiedeva nelle clausole di esclusiva sul «layer 1» e nelle clausole di controllo dei prezzi e dei quantitativi

contenute nel contratto. Queste clausole potevano costituire degli accordi sui prezzi e sui quantitativi, che rischiavano di pregiudicare fortemente la concorrenza. Considerata l'evoluzione dinamica dei mercati digitali, non si è potuto stabilire se nel periodo di validità di 30-40 anni del contratto la concorrenza ne risulterà ostacolata. Se si constaterà che queste clausole pregiudicano effettivamente la concorrenza, la COMCO potrà adottare provvedimenti correttivi. Esaminando queste collaborazioni, le autorità si sono assicurate che la concorrenza potesse funzionare e che le condizioni quadro per l'utilizzo delle reti fossero ben definite. Le imprese possono quindi provvedere a gestire in modo conforme le reti delle fibre ottiche.

L'accesso alla concorrenza nel settore dell'infrastruttura di rete rimane comunque un tema d'attualità. Nel 2016 la Segreteria ha analizzato le pratiche e la comunicazione tra i fornitori di rete nel settore dell'*interconnect-peering*. Anche in questo caso un avvertimento sul carattere problematico di alcune convenzioni dal punto di vista del diritto dei cartelli ha portato a un adeguamento dei contratti in questione. Attualmente la COMCO sta esaminando la situazione della rete via cavo della città di Ginevra nell'inchiesta Supermedia per verificare se Naxoo SA detiene una posizione dominante sulla rete cittadina e se ne avvale per ostacolare o impedire in modo abusivo l'accesso di terzi alla rete.

## 5.2 Commercio online

Il commercio online si ripercuote positivamente sulla concorrenza. Su Internet i clienti possono cercare gratuitamente prezzi migliori, beneficiando inoltre di una maggiore trasparenza e di una più ampia offerta, mentre i commercianti possono estendere il loro raggio d'azione (geografico). Il commercio diretto via Internet riduce i costi di distribuzione e apre la possibilità di applicare modelli commerciali innovativi.

La COMCO assume pertanto una posizione molto critica di fronte alle restrizioni del commercio online. Già nel 2011 aveva adottato una decisione di principio in tal senso indicando che, in linea di principio, i divieti di vendita tramite negozi online imposti dai produttori ai loro partner distributori sono contrari alla LCart. La COMCO prevede però anche la possibilità che il divieto di vendita online possa essere giustificato a condizioni molto restrittive. Di conseguenza, in un sistema di distribuzione selettivo, può essere giustificato imporre ai rivenditori online di adempiere gli stessi requisiti previsti per un rivenditore autorizzato e di avere un negozio «reale». I rivenditori online devono però essere liberi di stabilire autonomamente i prezzi di vendita al pubblico. Nel 2014 la COMCO ha confermato la decisione di principio nei confronti di un produttore che aveva convenuto in modo illecito con i suoi rivenditori di non vendere online le sue macchine per il caffè.

## 5.3 Piattaforme digitali

La digitalizzazione porta alla comparsa sempre più frequente di piattaforme quali servizi di ricerca, siti commerciali e di intermediazione o social network. Il modello commerciale di queste piattaforme digitali si fonda sull'idea di riunire diversi gruppi di clienti. In questo modo si innescano degli effetti di rete indiretti, per cui la presenza di

un gruppo dipende da quella di un altro gruppo. Per i venditori l'attrattiva di una piattaforma dipende dal numero di potenziali acquirenti che può trovarvi. Viceversa, più venditori ci sono su una piattaforma, più la sua attrattiva aumenta agli occhi degli acquirenti.

Gli effetti di rete indiretti influenzano la definizione dei prezzi. Una piattaforma imposta la sua struttura dei prezzi in modo che la presenza di entrambi i gruppi di clienti sia ottimale. Questo può implicare che un gruppo benefici di un accesso gratuito alla piattaforma affinché l'altro gruppo si interessi a quest'ultima. Per le autorità della concorrenza ne consegue che non possono basare la loro valutazione soltanto su quote di mercato calcolate in cifre d'affari realizzate sul mercato, ma devono considerare anche la portata della presenza dei due gruppi di clienti come indice della forza della piattaforma.

Un'altra conseguenza degli effetti di rete indiretti è la tendenza a un'alta concentrazione sui mercati delle piattaforme. Si può così osservare che, fra i motori di ricerca o le piattaforme di prenotazione per alberghi, i principali fornitori occupano una posizione molto forte. Va tuttavia considerato che, in seguito agli effetti di rete indiretti, la presenza più completa possibile di un gruppo di clienti costituisce un vantaggio per l'altro gruppo. La regola secondo cui il potere di mercato non è di per sé dannoso si applica anche alle piattaforme. Le autorità della concorrenza intervengono solo se un'impresa che occupa una posizione dominante abusa del suo potere sul mercato o se, nel caso di una concentrazione di imprese, vi è il rischio che la concorrenza venga eliminata.

Nella loro pratica, le autorità della concorrenza sono regolarmente chiamate a valutare delle piattaforme. Le operazioni di concentrazione, in particolare quelle riguardanti piattaforme di intermediazione nel settore degli annunci, sono in continua crescita. Si osserva una tendenza a una maggiore concentrazione sui mercati delle piattaforme. La COMCO ha esaminato in modo approfondito l'acquisto della piattaforma online Ricardo e il rilevamento di borse del lavoro da parte di Tamedia nel 2015. Tenuto conto delle caratteristiche delle piattaforme in questione, ha concluso che sia Tamedia che JobCloud detenevano effettivamente una posizione dominante nel settore degli annunci di lavoro. In entrambi i casi, tuttavia, il rischio di un'eliminazione della concorrenza efficace ha potuto essere escluso, ragione per cui non si è ritenuto opportuno intervenire secondo le prescrizioni legali.

Con la diffusione delle piattaforme digitali, compaiono anche nuove forme di limitazione della concorrenza. In seguito alla presenza internazionale delle piattaforme, la COMCO, come altre autorità europee preposte alla concorrenza, si è occupata delle clausole contrattuali di piattaforme per la prenotazione online di alberghi. Le clausole di parità esaminate nel corso dell'inchiesta vietavano agli alberghi di fissare prezzi più bassi o di mettere a disposizione un maggior numero di camere su altri canali, impedendo loro di proporre offerte più vantaggiose su canali di distribuzione con commissioni inferiori. Queste clausole di parità estese limitano la concorrenza, per cui la COMCO ha ritenuto che la loro applicazione costituisca una violazione della LCart. Le nuove clausole di parità ristretta non sono state ancora valutate per mancanza di sufficienti

esperienze. La COMCO continuerà a monitorare gli sviluppi e se necessario interverrà di nuovo.

#### 5.4 Big data

Nell'economia digitale la nozione di «big data» non indica unicamente «grandi quantità di dati», ma si riferisce piuttosto a modelli commerciali che raccolgono i dati come materia prima e li rendono utilizzabili. In questo contesto si incontrano spesso le caratteristiche tre «v» di big data: volume, velocità e varietà. Le imprese accedono a grandi quantità di dati generati e registrati molto rapidamente attraverso varie fonti, sempre più spesso digitali (servizi web, prodotti interconnessi come parchi stampanti, dati digitalizzati di pazienti ecc.). L'elaborazione di questi dati richiede processori rapidi e appositi algoritmi.

Il miglioramento qualitativo dei prodotti costituisce un valore aggiunto essenziale dei big data. Un fornitore di sistemi di navigazione, ad esempio, può collegare i dati tecnici dei tracciati stradali con la velocità di movimento dei suoi utenti sulle strade. Se il sistema rileva che la velocità di guida su determinate strade è molto più lenta del normale, l'algoritmo ne desume che si è formata una colonna. Su questa base vengono proposti agli utenti tragitti alternativi con un traffico più scorrevole. Altri esempi riguardano la concezione di un bene secondo le esigenze dei clienti. In questo caso i motori di ricerca internet come Google o i mercati digitali come Amazon memorizzano il comportamento degli utenti e adeguano i risultati delle ricerche al loro profilo.

Questi esempi delineano già una nuova caratteristica da considerare nei mercati che utilizzano i big data. Gli utenti dei servizi non pagano (soltanto) in contanti, ma (anche) con i loro dati. Le piattaforme multilaterali possono in seguito monetizzare questi dati, ad esempio offrendo pubblicità mirate. Per le autorità della concorrenza ciò significa che non possono valutare la posizione economica delle imprese riferendosi soltanto alle cifre d'affari, ma devono tenere conto anche dei flussi di dati.

Le nuove possibilità che ne derivano per le imprese di adeguare le loro offerte ai clienti tramite big data aprono nuove possibilità anche nella definizione dei prezzi. Sfruttando un'ampia base di dati specifici sui clienti, si possono offrire prezzi personalizzati, del tipo sconti individuali. I picchi e i minimi della domanda possono essere individuati più facilmente e rapidamente grazie alla serie di dati acquisiti in momenti diversi. Un'impresa può così reagire a un'eccedenza temporanea della domanda aumentando i prezzi e abbassandoli nel caso di un'eccedenza dell'offerta. Si rileva inoltre che in molti settori – come il traffico aereo, le piattaforme online o le transazioni ad alta frequenza nel settore finanziario – la fissazione dei prezzi in base ai dati avviene tramite algoritmi. Questi algoritmi non reagiscono soltanto alle informazioni acquisite sui clienti, ma anche al comportamento osservato presso altre imprese.

Queste possibilità di fissazione dei prezzi pongono le autorità della concorrenza di fronte a nuovi interrogativi. Le differenziazioni di prezzo da parte di imprese che dominano il mercato implicano il rischio che potenziali concorrenti o clienti vengano ostacolati o sfruttati. Si osserva tuttavia regolarmente che i gruppi di clienti con un basso potere d'acquisto vengono attirati in particolare con prezzi

più bassi. La fissazione automatica dei prezzi porta a chiedersi, da un lato, se i computer possano concludere accordi sui prezzi o se alcune programmazioni possano indurre pratiche concordate dannose. D'altro lato, la concorrenza per l'acquisizione di clienti può intensificare la concorrenza. Alla luce dei molteplici scenari possibili, non è dato sapere quali ripercussioni avrà in ultima analisi l'utilizzo dei big data. In mancanza di sufficienti esperienze, attualmente non si può formulare un giudizio definitivo dal punto di vista del diritto dei cartelli. Le autorità della concorrenza dovranno perciò seguire i dibattiti scientifici e continuare a monitorare gli sviluppi sul mercato.

I big data possono rafforzare gli effetti di rete tipici dei mercati delle piattaforme e quindi la tendenza a una concentrazione dei mercati. Questa dinamica è riconducibile a due meccanismi circolari che si intensificano a vicenda. Sfruttando ampie basi di dati ben fruibili, le imprese possono migliorare i loro prodotti per gli utenti. L'offerta diventa più interessante per questi ultimi, che tendono ad aumentare, con un conseguente ulteriore miglioramento dei prodotti. Anche dal punto di vista del rifinanziamento il ciclo inizia con una grande quantità di dati sugli utenti, che consentono ad esempio una pubblicità più mirata e dunque più efficace da questo lato. Si possono allora incrementare gli introiti pubblicitari, che permettono di finanziare altri miglioramenti dei prodotti. Si assiste così di nuovo a un aumento degli utenti e quindi a un maggiore impatto della pubblicità e a un miglioramento delle possibilità di promozione e dell'offerta dal punto di vista degli utenti.

La valutazione di tali processi dinamici rappresenta per le autorità della concorrenza una sfida fondamentale. Questi processi rafforzano le probabilità che un'impresa raggiunga una posizione dominante. Il predominio sul mercato di per sé non comporta un danno per l'economia. Gli effetti di rete che possono essere amplificati dai big data implicano una concentrazione relativamente superiore dei mercati (multilaterali). In seguito agli effetti di rete, questa maggiore concentrazione può anche rivelarsi più efficace. I big data possono inoltre indurre un miglioramento dei prodotti e una maggiore utilità. Il rischio contro il quale la COMCO può intervenire risiede essenzialmente nell'abuso di una posizione dominante. È dunque opportuno evitare interferenze affrettate nei nuovi mercati basati sull'utilizzo di dati e tenere accuratamente conto della dinamica di questi mercati nei casi specifici.

Nella pratica, la COMCO adotta pertanto un approccio prudente, come è avvenuto per l'impresa comune Admira fondata da Swisscom, SSR e Ringier. La COMCO è stata chiamata in questo caso a giudicare, tra l'altro, gli effetti sulla concorrenza di una pubblicità televisiva mirata sulla base di dati degli utenti. Si tratta di una nuova forma di pubblicità basata sui dati comparsa in Svizzera, la cui evoluzione sul mercato è ancora incerta. Nella sua decisione la COMCO ha osservato gli sviluppi dinamici nei mercati convergenti e digitalizzati dei media e della pubblicità. Nel caso specifico ha stabilito che con ogni probabilità la concentrazione, così come è stata annunciata, non sarebbe sfociata, nei due o tre anni successivi, in una posizione dominante sul mercato in grado di eliminare la concorrenza efficace. La COMCO ha pertanto approvato la fusione nel dicembre 2015.

## 5.5 «Sharing economy»

I nuovi modelli commerciali dell'economia digitale comportano delle sfide anche per gli attori affermati sul mercato. Il servizio di trasporti Uber, il portale di pernottamenti Airbnb o il finanziamento tramite *crowdfunding* consentono ai nuovi fornitori di commercializzare con successo i loro servizi. Queste modalità incrementano la concorrenza e in linea di principio sono benvenute. Gli operatori «tradizionali» presenti sul territorio denunciano tuttavia che gli attori della concorrenza non combattono tutti ad armi pari. I nuovi operatori che sfruttano queste possibilità non sarebbero sottoposti ad alcuna norma. I taxisti, ad esempio, denunciano che gli autisti di Uber sfuggono ai requisiti previsti nel trasporto di viaggiatori.

La COMCO, oltre a dover tutelare la concorrenza intervenendo nei casi di ostacoli illeciti, deve anche fungere da portavoce prendendo posizione contro eventuali distorsioni della stessa. Proprio in questo ruolo è tenuta a ricordare che una lotta ad armi pari rende un miglior servizio alla concorrenza che non la cieca applicazione di vecchie regolamentazioni alle nuove forme dell'economia. Occorre pertanto mantenere uno sguardo critico sulle disposizioni vigenti e chiedersi se, nell'era digitale, con i suoi sistemi di navigazione, abbia ancora senso pretendere dai taxisti un attestato delle loro conoscenze geografiche. Bisognerà inoltre riflettere sulla fondatezza delle diverse legislazioni comunali, che impediscono l'introduzione di modelli commerciali innovativi nel settore della «sharing economy», perché il rispetto di regolamentazioni diverse implica costi inutilmente elevati. Va anche rilevato che i fornitori con sede in Svizzera che svolgono legittimamente la loro attività nel luogo d'origine possono svolgere la stessa attività su tutto il territorio svizzero conformemente alle prescrizioni del luogo d'origine. A questo principio della legge federale sul mercato interno (art. 2 cpv. 3 LMI) possono appellarsi anche gli operatori commerciali del settore della «sharing economy».

## 5.6 Conclusione

La digitalizzazione crea nuove possibilità per l'attività economica e produce nuovi modelli commerciali. Questa trasformazione comporta opportunità e rischi per la concorrenza, e quindi nuove sfide per le autorità della concorrenza.

Con la trasformazione digitale i mercati assumono nuove caratteristiche che non vanno trascurate nell'analisi effettuata secondo il diritto dei cartelli. Queste nuove caratte-

ristiche si manifestano soprattutto nelle piattaforme digitali e negli effetti di rete indiretti che ne risultano tra i vari gruppi di clienti.

L'influenza dei big data si riflette nei pagamenti, non più effettuati solo in contanti ma anche sotto forma di dati. Di conseguenza, per valutare il potere sul mercato, si devono considerare le attività su diversi fronti del mercato e i flussi di dati. Poiché i criteri d'intervento per il controllo delle fusioni si basano sulle cifre d'affari, è possibile che una fusione non venga controllata anche se, stando ai dati dei clienti, ne deriverebbe una posizione dominante sul mercato che potrebbe eliminare la concorrenza. In seguito agli effetti di rete tipici dell'economia digitale, si rileva una tendenza a una concentrazione relativamente più elevata su questi mercati, che può risultare potenzialmente efficiente.

L'attuale sistema di controllo delle concentrazioni non consente alle autorità della concorrenza di considerarne l'efficienza sullo stesso mercato. Per questo motivo, esse approvano il fatto che vengano prese in esame soglie d'intervento alternative e che si possa tenere conto dei motivi di efficienza mediante l'introduzione di un test SIEC (cfr. 3.8.3). Poiché gli effetti di rete indiretti vengono compensati dalla fissazione dei prezzi della piattaforma, nell'economia di Internet non vanno considerati unicamente i livelli dei prezzi ma occorre anche analizzarne le strutture.

Le autorità della concorrenza devono capire in che modo le innovazioni digitali favoriscono la concorrenza e quali nuovi comportamenti la ostacolano. Clausole contrattuali come quelle di parità tra le piattaforme possono essere fonte di nuove limitazioni della concorrenza. Vanno inoltre tenuti sotto controllo lo sviluppo di nuove possibilità nell'individualizzazione dei prezzi e l'utilizzo di algoritmi per la loro fissazione.

Le autorità in questione devono occuparsi delle nuove forme di offerta anche nel loro ruolo di portavoce della concorrenza. Con la trasformazione dell'economia, si pone la questione della necessità o meno di regolamentare e in quali casi. In tale contesto bisogna anche chiedersi se le regolamentazioni vigenti siano ancora adeguate o se siano superate dalle nuove possibilità. Rinchiudere i nuovi modelli commerciali in un quadro normativo vecchio e inadatto nuoce alla concorrenza. Le nuove forme di offerta sono un'occasione per rinunciare a prescrizioni superate o, se necessario, per considerarne di nuove, più snelle, che possano applicarsi sia alle forme di concorrenza tradizionali che all'economia digitale.

A 1.	<b>4. Annual Report 2016 of the Competition Commission</b>
------	--

## Table of Contents

<b>1</b>	<b>Foreword from the President</b>	<b>57</b>	<b>5</b>	<b>Digitalisation of the economy</b>	<b>69</b>
<b>2</b>	<b>Most important decisions of 2016</b>	<b>58</b>	5.1	Network infrastructure	69
2.1	Decisions by the Competition Commission	58	5.2	Online trading	70
2.2	Decisions in the courts	59	5.3	Digital platforms	70
<b>3</b>	<b>Activities in individual sectors</b>	<b>60</b>	5.4	Big Data	71
3.1	Construction	60	5.5	“The Sharing Economy”	72
3.1.1	Bid rigging	60	5.6	Conclusion	72
3.1.2	Bathrooms / Wholesalers of sanitary facilities	60			
3.1.3	Building materials and landfills	61			
3.1.4	Galvanising	61			
3.1.5	Further sectors	61			
3.2	Services	61			
3.2.1	Financial services	61			
3.2.2	Health care	61			
3.2.3	Liberal professions and other services	61			
3.3	Infrastructure	62			
3.3.1	Telecommunications	62			
3.3.2	Media	62			
3.3.3	Energy	63			
3.3.4	Other sectors	63			
3.4	Product markets	63			
3.4.1	Consumer goods industry and retail trade	63			
3.4.2	Musical instruments	64			
3.4.3	Watch industry	64			
3.4.4	Automotive sector	64			
3.4.5	Agriculture	64			
3.4.6	Other sectors	64			
3.5	Internal market	64			
3.6	Investigations	65			
3.7	International	66			
3.8	Legislation	66			
3.8.1	Parliamentary proposals	66			
3.8.2	Fair Price Initiative	67			
3.8.3	Modernisation of merger control procedures	67			
<b>4</b>	<b>Organisation and Statistics</b>	<b>67</b>			
4.1	Competition Commission and Secretariat	67			
4.2	Statistics	68			

## 1 Foreword from the President

In 2016, the Competition Commission took some significant decisions in order to guarantee free competition and keep markets open. The investigations that were completed included both **complex, time-consuming proceedings** and **smaller cases with signal character**, which should act as a deterrent. In line with the Competition Commission's priorities over many years, in 2016 the focus was on hard horizontal cartels, market foreclosures and improper practices by dominant companies.

2016 also saw the Competition Commission conduct competition law investigations in **the widest range of sectors** of the Swiss economy. In particular, it intervened in the construction industry, financial markets, health care, media and communication, the consumer goods industry and the retail trade, the watch industry and in the automotive sector. The diversity of industries affected by competition law proceedings is a clear indication of the comprehensive scope of the current Cartel Act. Special arrangements for specific sectors, as demanded in various political proposals, stand contrary to general character of the Cartel Act.

In its landmark decision of 28 June 2016 in the case of **Gaba/Elmex**, the Federal Supreme Court settled two fundamental issues of major importance to the future application of the Cartel Act by the Competition Commission and the courts. The court provided answers to long disputed questions. It clarified how the **seriousness of restraints of competition** should be assessed and whether **direct sanctions** may also be imposed in the case of hard agreements affecting competition that do not entirely eliminate effective competition, but nonetheless do considerable harm. The related judgment will facilitate Competition Commission proceedings against hard horizontal cartels as well as price fixing agreements and market foreclosures in distribution agreements, because the Commission will no longer have to prove the implementation and effects of such agreements in each individual case on the basis of quantitative criteria. The Federal Supreme Court, however, did not prohibit such agreements per se. They may still be justified on grounds of economic efficiency, provided the statutory presumption that competition will be eliminated can be rebutted. Moreover, the judgment does not necessarily apply to trivial cases.

In 2016, the competition authorities also conducted a detailed examination of the **digitalisation of the economy** and the resultant competition law issues, both in the form of a theoretical appraisal and analysis of the matter and by studying specific cases. Assessing the developments in the digital economy is complicated: the digital economy offers opportunities, but also harbours risks for competition. Misjudgements can lead to regulations that obstruct competition rather than provide a level playing field. The competition authorities are confronting these new challenges and taking account of the changing conditions and characteristics of the new business models. Innovative business models are highly desirable, but the competition authorities will issue warnings if they identify risks to competition, and intervene if competition is being restricted. This is demonstrated by the Competition Commission's practices in the sectors affected by digitalisation.

Prof. Dr. Vincent Martenet  
President of the Competition Commission



## 2 Most important decisions of 2016

### 2.1 Decisions by the Competition Commission

In a ruling dated 9 May 2016, the Competition Commission fined **Swisscom** around CHF 71 million. The Commission found that in the **Pay TV** market, Swisscom and its subsidiaries dominate the market for the live broadcasting of matches in the Swiss football and ice hockey championships and of certain foreign football competitions. This is because the Swisscom subsidiary Cinetrade holds long-term, comprehensive and exclusive rights to transmit sports events on Swiss Pay TV. Swisscom has abused its market dominance in several respects. It has refused to allow a number of competitors to offer any live sports coverage on its platform. Other competitors, such as Cablecom, have only been allowed access to a reduced range of sports. In addition, in contrast to Swisscom, competitors have only been allowed to offer their customers sports coverage if it is coupled with the basic Teleclub package. Thanks to these practices, Swisscom has gained an unlawful advantage in competition among TV platforms. Swisscom has appealed to the Federal Administrative Court against the Competition Commission decision.

In a decision dated 23 May 2016, the Competition Commission approved an amicable settlement with the **General Electric Company (GE)** and its subsidiaries, GE Healthcare GmbH (Germany) and GE Medical Systems (Switzerland) AG. The investigation into the obstruction of Swiss direct imports of **GE ultrasound scanners**, which was based on a voluntary report by GE itself, revealed that in the period from April 2008 until the voluntary report was made in April 2014 there were unlawful agreements affecting competition between GE Healthcare (Germany) and its sales partners relating to absolute territorial protection. In an amicable settlement, GE's two subsidiaries undertook not to enter into any agreements in future that prohibit sales by German dealers to Swiss clients in response to their sales enquiries (known as passive sales). All contracts with German sales partners should if necessary be amended accordingly or their wording should be made clearer. No sanction was imposed because the investigation was based on a voluntary report.

In a ruling dated 8 July 2016, the Competition Commission fined eight **road construction and civil engineering companies** a total of around CHF 5 million. The companies had agreed on bids and determined who was to be awarded contracts in connection with several hundred invitations to tender in the districts of **See-Gaster** in canton St Gallen and **March and Höfe** in canton Schwyz between 2002 and 2009. The investigation began in April 2013 with searches of premises, largely based on a statistical analysis of minutes of bid opening procedures. As part of the arrangements that were uncovered, the companies had until mid-2009 met regularly for "market assessment meetings". At these meetings they discussed lists that they had compiled themselves and continuously updated on the road and civil engineering projects that were being carried out for public or private clients. The eight companies discussed the projects that they were each interested in. If they reached agreement, a decision

was taken on which company should be awarded the contract. The other companies submitted bids offering their services at higher prices. This type of manipulation in the award of contracts by means of price-fixing agreements is especially harmful in economic terms and constitutes a serious breach of the Cartel Act. Several companies have appealed the decision to the Federal Administrative Court.

In a decision dated 24 October 2016, the Competition Commission adhered to the amicable settlement 2013 reached with **The Swatch Group AG** (Swatch Group) in 2013 without making any changes. The settlement involves a duty to supply mechanical watch movements, but at the same time allows the Swatch Group subsidiary ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA) to gradually reduce the supplies made to third parties until the end of 2019. The impetus for these proceedings was a request from Swatch Group for an amendment to the amicable settlement. The Competition Commission concluded on the basis of a comprehensive market survey that market conditions are developing in the expected direction. The Competition Commission could not identify any substantial changes that would justify an amendment of the amicable settlement. The market participants interviewed however claimed inter alia that the continuation of amicable settlement unchanged was essential to further market development. An amendment of the current supply arrangement would place the development and expansion plans of ETA's competitors at considerable risk. The Competition Commission agreed with these assessments. It took the view that the difficult economic environment that the watch industry faced in 2016 was an insufficient reason to amend the settlement reached in 2013.

On the basis of the Internal Market Act (IMA), on 21 November 2016 the Competition Commission filed an **appeal** against two rulings issued in connection with the Ticino Act on commercial enterprises (**Legge sulle imprese artigiane, LIA**). This act has been in force since 1 February 2016 and requires all handicraft businesses operating in the canton of Ticino to register by 1 October 2016 at the latest. Registration is tied to a series of conditions, including the requirement that managers must have specific professional qualifications and professional experience and work at least 50% of the week. An initial registration fee and recurrent annual fees are charged for registration. The responsible Ticino authorities only decided in October 2016 on the licence applications filed by handicraft businesses from other cantons and did not apply the IMA when doing so. In the opinion of the Competition Commission, the obligation to register, the registration requirements and the fees are incompatible with the IMA. In addition there is no simple and quick procedure for access to the market under the LIA. As a result, the Competition Commission appealed against two of these rulings to the administrative court of the Canton of the Ticino in order to have a judicial assessment of the issue.

In the investigation into the **commercialisation of electronic medical information** required for distribution, the Competition Commission decided on 19 December 2016 that Galenica AG, and in particular its branch HCI Solutions AG abused their dominant position by preventing competitors from accessing the market and in order to

make their commercial partners accept combinations of services. The companies in question have been ordered to pay sanctions amounting to some CHF 4.5 million. They may challenge the decision in the Federal Administrative Court.

On 21 December 2016, the Competition Commission reported on its first seven rulings in the **IBOR proceedings**. These originate from an investigation that was opened on 2 February 2012. The investigation revealed that various practices without any factual connection had to be distinguished, with the result that the investigation was divided into five separate cases. In total, seven rulings have been issued in relation to these five investigations:

- Swiss franc LIBOR: An amicable settlement and sanctions were approved; the case against the brokers was abandoned. The proceedings have thus been concluded.
- Bid-ask spreads based on Swiss franc-interest rate derivatives: An amicable settlement and sanctions were approved. The proceedings have thus been concluded.
- EURIBOR: An amicable settlement with certain parties and sanctions were approved. Proceedings are continuing against several parties who have not signed the amicable settlement.
- Yen LIBOR/Euroyen TIBOR: An amicable settlement with some of the parties and sanctions were approved. The case against the Japanese banks was abandoned. The proceedings are continuing against several parties who have not signed an amicable settlement.
- Yen TIBOR proceedings: The case was abandoned against all parties.

The Competition Commission imposed sanctions amounting to CHF 99.1 million. Since the investigation was opened, this very complex series of cases has occupied the competition authorities intensively for more than four years. In this period, over 9 million pages of electronic and telephone communications were analysed. A total of 21 parties, 16 banks and 5 brokers have been involved in the various IBOR cases so far. The rulings have enabled three of the five cases to be concluded; it is only in the EURIBOR case and in the Yen LIBOR/Euroyen TIBOR case that investigations into individual banks or brokers are still ongoing. With this first round of decisions, it has been possible to conclude a significant portion of the proceedings.

## 2.2 Decisions in the courts

In its **landmark decision** of 28 June 2016, the Federal Supreme Court rejected the appeal by the **Elmex** manufacturer Colgate-Palmolive Europe Sàrl (formerly **Gaba International AG**) relating to the sanction of CHF 4.8 million imposed by the Competition Commission. The prohibition of parallel imports into Switzerland which Gaba International AG imposed on its licensees in Austria until 2006 was thus an unlawful agreement that significantly restricted competition. The Competition Commission was entitled to impose sanctions for this breach of the Cartel Act. The Federal Supreme Court held that agreements on prices, quantities and territories as mentioned in Article 5

paragraphs 3 and 4 of the Cartel Act, due to their very nature, **in principle constitute a significant restriction** of competition even if the presumption of the elimination of competition can be rebutted. This is basically the case **regardless of** quantitative criteria such as the size of the market share held by the undertakings concerned. Agreements of this type are therefore unlawful unless they can be justified on the grounds of economic efficiency. The Federal Supreme Court decided in the same judgment on a further fundamental issue relating to **direct sanctions** under Article 49a of the Cartel Act in the case of agreements under Article 5 paragraphs 3 and 4 of the Cartel Act. Direct sanctions may not only be imposed in cases of agreements that eliminate competition; they are also possible for agreements where the presumption of a total elimination of competition is rebutted and there is simply a significant restriction of competition which cannot be justified on grounds of efficiency. The written statement of the grounds for the judgment has still to be issued.

In 2011, the Competition Commission imposed a sanction of around CHF 12.5 million on **Nikon AG** (Switzerland) for preventing parallel imports. In a judgment dated 16 September 2016, the Federal Administrative Court essentially rejected the appeal filed against this decision, but revised the sanction due to an error made in its assessment by the Competition Commission, reducing the amount by half a million francs to around CHF 12 million. The Federal Administrative Court held that it was proven that the Swiss branch of the group in 2008 and 2009 prevented the **parallel import** of Nikon products (cameras, interchangeable lenses and flashlight apparatus) from abroad into Switzerland, thus significantly restricting the effective competition in Switzerland. In reaching its decision, the court relied in part on the legal precedent set in the Gaba case by the Federal Supreme Court on the definition of the “seriousness” of a restriction of competition (see above) and dispensed with a quantitative examination of the effects of the contractual ban on parallel imports. Nikon decided not to file a further appeal against the judgment, with the result that the judgment of 16 September 2016 is now legally binding.

In a judgment dated 24 November 2016, the Federal Administrative Court overturned the Competition Commission ruling in the **Hallenstadion/Ticketcorner** case. Starticket and Ticketportal had reported Hallenstadion and Ticketcorner to the Competition Commission for alleged anti-competitive conduct in relation to the hiring of the Hallenstadion. In terms of a ticketing clause, the Hallenstadion had since 2009 required the organisers of public events to allow Ticketcorner to sell at least 50% of the tickets. The background to this requirement lay in a ticketing cooperation clause in a cooperation agreement between Hallenstadion and Ticketcorner. The Competition Commission abandoned the case in 2011, having failed to find any indications of an unlawful restraint of competition. Starticket and Ticketportal appealed against this decision. After the two appellants’ right to appeal was confirmed by the Federal Supreme Court in preliminary proceedings lasting several years, the Federal Administrative Court has now upheld the appeal on its merits. It held that there were adequate indications (i) that the ticketing cooperation agreement is an anti-competitive agreement, (ii) that the ticketing clause by the Hallenstadion amounts to

abusive conduct in the market, and (iii) that enforcing an obligation for promoters to conclude a ticket sales agreement constitutes abusive conduct in the market by Ticketcorner. The matter has been referred back to the Competition Commission for reassessment because certain factual circumstances require a binding investigation by the competition authority, and the Commission is basically responsible for deciding on whether any sanctions should be imposed.

In a judgment dated 26 May 2016, the Federal Supreme Court rejected the appeal by **Nikon AG** (Switzerland) relating to the **publication** of the Competition Commission decision of 28 November 2011. Nikon had essentially claimed that the publication of e-mail correspondence in order to substantiate a ban on the prevention of parallel imports in the Competition Commission ruling would be a violation of the principle of proportionality, the law on personal privacy, Nikon's trade secrets, the Data Protection Act and the presumption of innocence. The Federal Supreme Court regarded all these arguments as unjustified. It held in principle that the Competition Commission can publish its rulings based on Article 48 paragraph 1 of the Cartel Act and that, given the purpose of the said provision, there was no reason why publication as such should be unlawful. In addition, the court stressed that there was no objective interest in treating evidence of conduct in breach of competition law as confidential under Article 25 paragraph 4 of the Cartel Act. Its disclosure allows the public to understand the Competition Commission's arguments. The Competition Commission did not infringe any of Nikon's trade secrets by publishing the e-mail correspondence examined in the investigation.

On 23 August 2016, the Federal Administrative Court ruled on the question of whether and on what terms the Competition Commission is permitted to hand over **case files to victims of cartels**. The background to this was that on 22 April 2013, the Competition issued its ruling on sanctions in the investigation into road construction and civil engineering in the canton of Zurich and in the published version of the ruling redacted the names of the construction projects affected by unlawful agreements affecting competition. This meant that it was not clear to procurement agencies whether they were affected by the agreements or not. As a result, the Competition Commission received requests for access to the unredacted passages in the ruling and the investigation files. On 8 September 2014, the Competition Commission granted certain of these requests. The appeals filed against this by the construction companies were rejected by the Federal Administrative Court on 23 August 2016. These judgments have not been challenged. The ruling of the Competition Commission and the related judgments of the Federal Administrative Court of 23 August 2016 represent landmark decisions on the question of whether and if so to what extent the Competition Commission may disclose case information to victims of cartels. The Federal Administrative Court upheld the Competition Commission's decision. In principle, victims of cartels should be allowed access to case files (including the ruling) or to extracts from them, provided no information from voluntary admissions is disclosed. In relation to this specific case, this means that procurement agencies will be given access to extracts from the Competition Commission ruling and the

case files provided they were affected by a bidding agreement in a specific procurement process and provided no voluntary admissions are disclosed.

### 3 Activities in individual sectors

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Bid rigging

On 30 October 2012, the Secretariat opened the Lower Engadin construction services investigation into various companies in the sectors for structural and civil engineering, road construction and surfacing work together with their upstream markets and conducted searches. Based on its initial results, the Secretariat extended the investigation on 22 April 2013 to cover the entire canton of Graubünden and to include seven further companies. In November 2015, the investigation was further extended to include additional companies and thereafter, for reasons of procedural economy, divided into ten investigations. Further progress was made with the investigations in 2016. Several interim rulings had to be issued, some of which are still the object of appeals pending before Federal Administrative Court.

On 8 July 2016, the Competition Commission decided that the eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster in St Gallen and March and Höfe in Schwyz** had between 2002 and 2009 agreed on bids and determined who was to be awarded contracts in connection with several hundred invitations to tender (see above 2.1). Certain companies have challenged the Competition Commission decision in the Federal Administrative Court.

In the cases relating to **road construction and civil engineering in the canton of Zurich**, the Federal Administrative Court on 23 August 2016 issued landmark rulings on whether and subject to what requirements the Competition Commission may hand over case files to victims of cartels. The judgments are legally binding (see above 2.2).

In the cases relating to **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**, various parties have challenged the Competition Commission decision of 16 December 2011 (RPW 2012/2, S. 270 ff.). The proceedings are pending before the Federal Administrative Court.

##### 3.1.2 Bathrooms / Wholesalers of sanitary facilities

In the investigation into **wholesalers of sanitary facilities**, which began on 22 November 2011 with a search of premises, the Competition Commission on 29 June 2015 imposed fines totalling CHF 80 million on the members of a cartel of sanitary facility wholesalers. The written grounds for the decision were sent to the parties at the start of 2016. All the companies have appealed to the Federal Administrative Court against the decision. Accordingly, the decision is not legally binding.

Four parties opposed any publication of the Competition Commission ruling and demanded a contestable ruling on publication. The Competition Commission issued this ruling in November 2016. A significant precedent for the publication ruling was the judgment by the Federal Supreme Court on 26 May 2016 in the case of Nikon AG, in which the Federal Supreme Court considered in detail the issue

of the publication of Competition Commission decisions (see above 2.2). All parties that have received a ruling on publication from the Competition Commission have challenged the ruling in the Federal Administrative Court.

### 3.1.3 Building materials and landfills

On 12 January 2015, the Secretariat opened an investigation into various companies in the **building materials and landfill industry in the canton of Bern** and carried out searches. It is suspected that the companies concerned entered into price, quantity and territorial agreements. In addition, there are indications that these companies hold a dominant position which they have abused by refusing to do business with third companies and by discriminating against business partners, and by concluding contracts on the condition that additional services are accepted.

On 19 May 2015, the investigation relating to the allegation of agreements on prices, quantities and territories was extended to include a further company. The investigation, which aims to establish whether there are actually any unlawful restraints of competition, was divided in November 2016 into two separate investigations for reasons of procedural economy.

### 3.1.4 Galvanising

On 15 February 2016, the Secretariat of the Competition Commission opened an investigation into various companies and the federation for the **galvanising industry**. There are indications of unlawful agreements involving direct or indirect fixing of prices and components of prices for galvanising processes and related services as well as the division of markets on the basis of customers and territories.

### 3.1.5 Further sectors

In the case relating to **door products**, the decision of the Competition Commission of 17 November 2014 has been challenged by one of the parties. The appeal is pending before the Federal Administrative Court.

In the case relating to **builders' supplies for windows and French doors**, the Federal Administrative Court in September 2014 upheld the appeals against the Competition Commission decision of 4 November 2010. The Competition Commission and the EAER have challenged two of the three appeal judgments in the Federal Supreme Court. The case is pending before the Federal Supreme Court.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Financial services

In the decisions in the **IBOR cases** (see above 2.1), announced on 21 December 2016, the Competition Commission imposed sanctions of CHF 99.1 million. The Secretariat successfully reached amicable settlements with most of the parties, which were approved by the Competition Commission. Only the cases of EURIBOR and Yen LIBOR/Euroyen TIBOR are still ongoing.

The cases relating to possible arrangements in **foreign exchange dealing (Forex)**, in **precious metal trading** and in the **leasing** sector are currently in the investigation phase, albeit with different degrees of progress being

made. In all the investigations, large numbers of electronic communications have to be evaluated.

In the report year, several merger plans had to be assessed, in particular that of **Paymit/TWINT**, which involved a merger between the two largest national players in the sector for electronic and mobile payments. Due to the strong momentum in these new markets, the existence of other providers, such as Apple Pay, and assurances from Paymit/TWINT that they will operate their system openly and in a non-discriminatory manner, the merger was approved at the preliminary assessment stage.

In relation to **credit cards**, the Secretariat was involved in the changeover in the system for determining the sector- and transaction-specific interchange fees for Mastercard. While the national issuers and acquirers were previously responsible, from 1 January 2017 Mastercard will set the interchange fees unilaterally. Mastercard undertook in a written assurance to the competition authorities to comply with the upper limits laid down in an amicable settlement (CRO III) in the Credit Card Interchange Fees II case. The next reduction in the average domestic interchange fee to 0.44 % is planned for 1 August 2017 in accordance with CRO III. In relation to **debit cards**, Mastercard submitted notification in terms of Article 49a paragraph 3 letter a of the Cartel Act (objection procedure). According to the notification, MasterCard is planning to introduce an interchange fee for debit cards (Maestro; Debit Mastercard), but it will apply exclusively to electronic and mobile transactions. The deadline for the assessment expires in April 2017.

### 3.2.2 Health care

On 19 December 2016, the Competition Commission issued its decision in the investigation into the **commercialisation of electronic medical information** required for distribution (see above 2.1).

In September 2016, the preliminary investigation opened in the canton of Valais into the **framework contracts for loss of earnings insurance** concluded between professional associations, their members, and three health insurance companies was closed without action being taken. The analysis carried out by the Secretariat showed that the form of cooperation chosen by the employers and the insurers did not infringe the provisions of the Cartel Act provided: (i) any other insurer that agrees to meet the required conditions may sign the framework agreement; (ii) the insurers do not divide up the market in geographical terms or on the basis of their commercial partners; (iii) the members of the associations are free to choose whether to accept the framework agreement or to choose their own insurer; and (iv) companies that are not members of the association may also be covered by the contract.

### 3.2.3 Liberal professions and other services

The Competition Commission decision of 19 October 2015 in the case relating to contractual conditions for online booking platforms for hotels has been legally binding since the beginning of 2016. With the prohibition of what are known as broad parity clauses, partner hotels of Booking.com, HRS and Expedia are now permitted to offer a variety of prices and availabilities on different booking platforms. On the other hand, narrow parity clauses

are not covered by this ban. As a result, Booking.com, HRS and Expedia still prevent their partner hotels from offering lower prices on the publicly accessible pages of their own websites. However the current arrangement allows their partner hotels to offer lower prices for offline bookings (e.g. by telephone) and on restricted access member pages on their own websites. The Competition Commission is monitoring related developments in Switzerland and abroad. The latest developments in relation to parity clauses however are not taking place in the field of competition law, but at a political level. In France, a statutory prohibition of all price parity clauses relating to hotels has been introduced, in Austria a ban comes into force on 1 January 2017 and in Italy a similar proposal is being debated in parliament. In Switzerland as well, a motion containing related proposals is currently pending in the Council of States.

In the course of 2016, the Secretariat was active in the field of **new information and communication technologies**. The Secretariat's attention was drawn by user complaints to the **WhatsApp** messaging service's policy of blocking users from sending certain links to competitors. The market monitoring procedure conducted in response to the complaints was concluded when the problem was resolved by updating the application. The preliminary investigation opened into **Google** relating in particular to the preference given to its own search services (e.g. Google Shopping) has been continued. At present, the authority is monitoring the situation abroad, where an investigation has also been opened by the EU authorities. The European Commission issued a statement of objections in July 2016.

The market monitoring procedure into the fees that programmers are charged by the distribution platforms for mobile phone applications (**Play Store, App Store, Windows Store**) did not uncover any evidence of agreements on prices.

In relation to the "**sharing economy**" (see 5.5), the Secretariat is analysing this economic paradigm and monitoring it as it develops. In specific terms, the Secretariat is observing **Uber's** entry to the Swiss market, particularly in the canton of Geneva, where it has become aware of a high degree of market concentration and of potential entry barriers for new competitors.

In relation to airport services, the Secretariat is currently monitoring the market for **valet parking services at Geneva International Airport** with the aim of analysing the services offered at the airport, in a similar manner to a previous investigation relating to the same services at Zurich Airport.

Finally, in November 2016, the Federal Administrative Court issued its decision in the case relating to **sales of tickets for the Zurich Hallenstadion**. This case focuses on a contract concluded between the company TicketCorner and the Hallenstadion (see above 2.2). The competition authorities intend to re-examine the case in the light of grounds given for the decision taken by the Federal Administrative Court.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Telecommunications

In 2016, Swisscom filed an appeal against the decision of the Competition Commission of 21 September 2015 relating to **broadband internet** (Swisscom WAN connection). The Competition Commission had fined Swisscom CHF 7.9 million. The investigation reached the conclusion that Swisscom held a dominant position for business customers in the market for broadband connections and had abused this position in the bidding process for the SwissPost office network. Swisscom had won the contract because it offered a price that was around 30% lower than its competitors, which were all reliant on advance services from Swisscom. In the bidding process, Swisscom set the advance service prices charged to its competitors at such a high level that they could not compete with Swisscom's offer to the end customer. In addition, Swisscom had used this pricing policy to make SwissPost pay excessive prices.

In March 2016, the Competition Commission opened the **Supermédia** investigation into Naxoo AG. The preliminary investigation had revealed indications that Naxoo AG held a dominant position in relation to the cable network in the city of Geneva and that it had abused this position. The investigation aims to establish whether Naxoo AG's conduct actually restricted competition in an unlawful manner in terms of the Cartel Act, i.e. that Naxoo AG restricted or prevented third parties from accessing the network. There is evidence that Naxoo AG restricted or prevented third parties, such as suppliers of satellite-based services, from gaining access to the network for properties, even though access is necessary in order to transmit third parties' services.

The preliminary investigation into **Interconnect-Peering** was closed, with a final report dated 12 December 2016. The preliminary investigation was opened after the Secretariat came across evidence of a possible unlawful restraint of competition when preparing an opinion for OFCOM on the issue of a dominant position held by Swisscom in relation to IP interconnection. IP interconnection is used to connect computers that are not normally part of a network. Swisscom made the amendments to the contracts that the Secretariat proposed, with the result that the preliminary investigation could be terminated.

Swisscom has appealed the judgment of the Federal Administrative Court of 14 September 2015 in the case relating to **ADSL pricing policy** to the Federal Supreme Court. The Federal Administrative Court had imposed a sanction amounting to around CHF 186 million against the Swisscom Group, thereby confirming the sanction imposed by the Competition Commission in its essential terms.

#### 3.3.2 Media

In a decision dated 24 May 2016, the Competition Commission concluded the investigation into Swisscom relating to **sport on pay TV** and imposed a sanction of CHF 71.8 million on Swisscom (see above 2.1).

Although the preliminary investigation into the **Goldbach Group TV/Radio marketing** was terminated back in November 2014, there is still a dispute over the extent to which the final report of 12 November 2014 can be published. Two cases are pending before the Federal Administrative Court in relation to this matter.

In parallel to the investigation into sport on pay TV, the Secretariat has been conducting market monitoring procedures under the title **Central Marketing** in which it is observing the bidding procedure and award of media rights for the Swiss football and ice hockey championships for the period beginning with the 2017/18 season.

In relation to the media, the Competition Commission also had to assess the following **company mergers**: in the planned merger between Tamedia and Adextra, Tamedia AG planned to acquire exclusive control of Adextra AG. In the 7Days Group / Güll Gesellschaften case, the TK-group and the 7Days Group planned to take control of the two sister companies Güll GmbH and Presse-Service Güll GmbH. In the case relating to 7Days Media Services / Naville Dynapress, Presse-Import, the same parties announced the takeover of Naville Distribution SA, Dynapress Marketing SA and Presse-Import SA, companies previously controlled by Valora. All these mergers were approved by the Competition Commission at the preliminary assessment stage.

Appeals are pending before the Federal Administrative Court against the Competition Commission ruling of 27 May 2013 relating to **book pricing in the French-speaking part of Switzerland**. In addition there is a dispute in this case over the extent to which the ruling may be published. In relation to this, proceedings are also pending before the Federal Administrative Court.

### 3.3.3 Energy

Opinions were requested in connection with electricity on several occasions from the Secretariat in the course of office consultation procedures and from the Competition Commission in the course of consultation procedures and hearings. In addition, the Secretariat took part in working groups on the planning of a **gas supply network** and on the revision of the **Electricity Supply Act**.

Also in relation to energy, the Competition Commission had to assess the **BKW / AEK** merger. BKW planned to acquire 53.22 % of the share capital of AEK Energie AG through several purchases, which when combined with its existing shareholding would mean it would own 93.19 % of AEK's share capital. The aim was diversification in anticipation of the liberalisation of the electricity market for all end customers and structural changes in the course of the energy transition. The Competition Commission approved the plan after a preliminary assessment.

### 3.3.4 Other sectors

Appeal proceedings before the Federal Administrative Court remain pending in the **air freight** case. Various parties have filed appeals against the ruling of 2 December 2013, which concluded the air freight investigation and which resulted in eleven airlines receiving fines totalling CHF 11 million for concluding horizontal price-fixing agreements. The dispute in this case also concerns the

issue of whether or to what extent the ruling of 2 December 2013 should be published. A case is also pending in relation to this matter before the Federal Administrative Court.

Considerable progress was made with the investigation into the **business customer pricing system for letter post services**, which was opened in July 2013. Here the main issue is whether SwissPost is obstructing competitors by structuring and applying its pricing system in such a way, for example, that business customers find it difficult or even impossible to obtain services from SwissPost's competitors. It will also be examined whether Swiss Post has discriminated against certain customers or placed them at a disadvantage in other ways. It is planned to send the draft decision to the parties to the proceedings at the start of 2017 for their comments.

## 3.4 Product markets

### 3.4.1 Consumer goods industry and retail trade

In connection with **engine fuel**, on 31 May 2016 the competition authorities opened an investigation into Husqvarna Schweiz AG and Bucher AG Langenthal and affiliated group companies. The investigation primarily aims to clarify whether the companies under investigation colluded in setting prices for the sale of engine fuel under the trademark Aspen and in allocating themselves customers.

In a ruling dated 19 December 2016, the Competition Commission imposed sanctions of around CHF 33,000 on the Australian manufacturer and the Swiss exclusive importer of **Eflare safety beacons**. The two companies were involved in an unlawful vertical territory protection arrangement in order to prevent parallel imports of Eflare safety beacons. At the same time, the Competition Commission approved amicable settlements between the Secretariat and both the companies under investigation. The manufacturer and the exclusive importer undertook in the amicable settlement not to enter into any more unlawful agreements to prevent parallel imports.

In order to clarify the practical relevance of the **Hess Motion**, the Secretariat conducted a market survey. In the motion, the Federal Council has been "instructed to take measures so that manufacturers of products must expressly permit their sales partners in Switzerland in the distribution agreements to carry out installation, maintenance or guarantee works etc. for their products, if these have been purchased directly in the European Economic Area" (Motion of 18 June 2015 "For a more effective Cassis-de-Dijon principle" [15.3631]). According to the market survey, the main reasons for refusing to provide services related to directly imported products in various sectors are contractual liability risks and technical trade barriers. The market survey revealed only sporadic indications of refusals to provide services in respect of directly imported products that could be attributed to measures taken by manufacturers or importers. They all related to the refusal to provide warranty services because of inadequate reimbursement of costs by the manufacturers or importers.

In the **Gaba/Elmex** case, the Federal Supreme Court on 28 June 2016 issued a landmark decision on assessment of territorial agreements under Article 5 paragraph 4 of the Cartel Act. The written opinion has still to be issued (see

above 2.2). In the **Nikon** case, the Federal Administrative Court on 16 September 2016 upheld the essential points of the Competition Commission's ruling on sanctions and the corresponding judgment is now legally binding (see above 2.2). In addition, the Federal Supreme Court on 26 May 2016 rejected the appeal by Nikon against the judgment of the Federal Administrative Court on the issue of publishing the ruling on sanctions (see above 2.2). The Competition Commission's appeal against the decision of the Federal Administrative Court in the case relating to **alpine sports products/Altimum SA** is pending before the Federal Supreme Court.

### 3.4.2 Musical instruments

The Competition Commission ruling of 29 June 2015 in the case relating to **stringed instruments** is now legally binding. However the Competition Commission ruling of 14 December 2015 in the case relating to **grand pianos and pianos** has been challenged. The appeal is pending before the Federal Administrative Court.

### 3.4.3 Watch industry

At the start of 2016, **The Swatch Group AG** requested the Competition Commission to amend the amicable settlement approved on 21 October 2013. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), a subsidiary of The Swatch Group, had undertaken in the amicable settlement to supply mechanical watch movements to third-party customers until the end of 2019. At the same time, the amicable settlement allowed ETA to gradually reduce supplies of mechanical watch movements to third-party customers until the expiry the obligation to supply. The Competition Commission rejected the request (see above 2.1).

Following a request for reconsideration from The Swatch Group, the still pending preliminary investigation in relation to **after-sales services** was temporarily suspended. It will be continued in 2017.

### 3.4.4 Automotive sector

On 1 January 2016, the **new notice** on the competition law treatment of **vertical agreements in the automobile trade** came into force. In this connection, the Secretariat provided advice in 2016 on the amendment of distribution agreements and answered enquiries from market participants and members of the public.

In the case relating to the **VW Partners Association Gatherings/Project Repo 2013**, various appeal proceedings are pending before the Federal Administrative Court. In a ruling dated 19 October 2015, the Competition Commission imposed flat-rate sanctions ranging from CHF 10,000 to 320,000 on four dealers for price-fixing. Three of these dealers have filed appeals, which are pending before the Federal Administrative Court. The investigation was concluded ahead of schedule against the one party that had undertaken in terms of an amicable settlement with the Secretariat to adapt its conduct: a vice president of the Competition Commission approved the amicable settlement in a ruling dated 8 August 2014. However, in a judgment dated 13 April 2016, the Federal Administrative Court declared the ruling by the vice president to be null and void because he lacked jurisdiction and general decision-making powers. In response to this judgment, the

Competition Commission approved the amicable settlement in a new ruling dated 6 June 2016. Two dealers not involved in the amicable settlement have appealed against the ruling to the Federal Administrative Court. These appeals are also pending.

In a preliminary investigation, the Secretariat examined whether there is any evidence of an unlawful restraint of competition by **AMAG Automobil- und Motoren AG**. Various dealers and workshops for brands in the Volkswagen Group had filed complaints alleging that AMAG was trying through arbitrary and discriminatory measures to secure better treatment for its AMAG RETAIL businesses in dealings with its commercial partners and to strengthen its position in the retail trade market.

In the case relating to **BMW**, appeal proceedings are pending before the Federal Supreme Court. In a judgment dated 13 November 2015, the Federal Administrative Court rejected BMW's appeal against the Competition Commission's ruling on sanctions of 7 May 2012. BMW has appealed this judgment to the Federal Supreme Court.

### 3.4.5 Agriculture

The Secretariat participated in around 80 office consultation procedures on draft legislation and parliamentary proposals on agriculture matters. In particular, it advocated a **reduction in border controls**. In addition, the Secretariat received several enquiries relating to agriculture matters, which led to meetings and/or market monitoring procedures.

### 3.4.6 Other sectors

In relation to **medical technology**, the investigation into GE Healthcare was concluded (see above 2.1).

In relation to **robot lawnmowers**, the Secretariat continued the investigation into Husqvarna opened in December 2015. The subjects of the investigation are a possible exertion of influence over the retail prices charged by its dealers and the possible prevention of parallel and direct imports.

In relation to **fitness machines**, the Secretariat opened a preliminary investigation in September 2016 into Trisport AG, the Swiss exclusive importer for the Kettler brand of products. The preliminary investigation will examine whether there are any indications of unlawful agreements affecting competition, in particular a requirement for minimum or fixed prices or a ban on online trading.

In relation to **badminton shuttlecocks**, the Secretariat opened a preliminary investigation in January 2016 into the Swiss Badminton Association. Several reports had been received that the association was insisting that its members play only with official shuttlecocks in certain matches; these shuttlecocks are only available from their Swiss importers. Swiss Badminton has adapted its conduct to some extent. The preliminary investigation revealed no indication of unlawful restraints of competition and was therefore concluded.

## 3.5 Internal market

The Internal Market Act (IMA) governs intercantonal freedom of movement and the public bidding processes for concessions and cantonal procurements.

In order to verify whether intercantonal freedom of movement in accordance with IMA is basically functioning, the Competition Commission carried out an **investigation** in the cantons of Bern, Vaud and Ticino. The cantonal authorities were requested to provide information on the **administrative practices relating to the authorisation of suppliers from outside their canton**. The focus was on the authorisation practices for the following branches of industry and professions: medical professions regulated under cantonal and federal law, security companies, the hotel and catering industry, childcare, fiduciaries, architects, engineers and handicraft businesses. The investigation revealed that the IMA is applied consistently in all sectors. The Competition Commission notified the cantons concerned of their results in the form of recommendations. The cantonal administrative authorities are under an obligation to inform the Competition Commission ex officio of rulings restricting market access.

In February 2016, the **Canton of Ticino** introduced a new **Commercial Enterprises Act (LIA)**. The LIA requires that all handicraft businesses operating in the canton of Ticino be registered. Registration is dependent on certain personal and professional requirements and subject to a fee. The Competition Commission is of the opinion that the IMA does not permit the LIA to apply to handicraft businesses from other cantons; as a result, it has filed an appeal with the Administrative Court of the Canton of Ticino (see above 2.1).

A further appeal relates to the **authorisation of multi-disciplinary law companies**. Multi-disciplinary law companies are not expressly regulated under federal law, with the result that differing practices have developed among the cantons. In the canton of Zurich, multi-disciplinary law companies are permitted, subject to certain requirements. According to the Cour de Justice in the canton of Geneva, however, they are unlawful, with the result that a law company registered in Zurich has no right under the law of the internal market to open a branch in the canton of Geneva. The administrative court of the canton of Vaud has also rejected any internal market right, but has held that multi-disciplinary law companies are permitted in principle according to its own criteria. The Competition Commission has appealed against the judgments in the cantons of Geneva and Vaud in order to have this issue relating to the application of the IMA clarified by the appeal court.

In the **taxi business**, the Competition Commission issued a recommendation on the Canton of Geneva's draft of a new Taxi Act. Under the IMA, there must be a guarantee that taxi companies from other cantons can at any time accept orders to pick up and transport customers in the canton of Geneva. Taxi companies from other cantons that regularly solicit customers in the canton of Geneva require a Geneva taxi licence, but in principle have the right to have their licence from their place of origin recognised.

Lastly the Competition Commission provided an expert opinion on the application of the IMA to the planned **intercantonal agreement on the private security companies (APSC)**. The expert opinion examines the requirements that apply for security companies registered in cantons that are not parties to the APSC to be licensed in the cantons in which the agreement applies.

In relation to public **procurement**, the Competition Commission filed an appeal against the **award of a consultancy contract by the town of Wil**. Wil did not issue a public invitation for bids for the contract for an initial analysis (below the threshold) nor for the main consultancy contract (above the threshold). In the view of the Competition Commission, this amounted to a circumvention of procurement law.

The **Canton of Fribourg** has introduced an act on public canteens under which **public canteens** will be required to buy regional produce to cover a share of their food requirements. The aim of this provision is to promote regional farms and processing businesses and to encourage sustainability. The Competition Commission recommended that the cantonal government should not introduce this location-specific procurement criterion and should take account of the legitimate concerns relating to sustainable procurement by introducing non-discriminatory procurement criteria.

In relation to concessions, the question has arisen of whether the obligation to invite bids under Article 2 paragraph 7 IMA also applies, subject to certain requirements, to **special use concessions** in addition to monopoly concessions. The administrative court in the canton of **Vaud** confirmed the application of Article 2 paragraph 7 IMA to the award of concessions for advertising hoardings on public land. This judgment was appealed to the Federal Supreme Court. At the invitation of the Federal Supreme Court, the Competition Commission submitted a detailed opinion on the scope of Article 2 paragraph 7 IMA. The Supreme Court has yet to issue its judgment.

### 3.6 Investigations

The report year began for the Competence Centre for Investigations (CompC I) with a major search of premises to start the investigation into various galvanising plants in northern, eastern and western Switzerland. A smaller scale search was also carried out at a company connected with the engine fuel case. In addition, the CompC I supported services in the processing of data and in the subsequent triage. In the triage of the electronic data in particular, the procedure is for the CompC I to single out confidential lawyers' correspondence rather than the case team directly involved. Thanks to process, it is usually possible, in consultation with the parties concerned, to avoid court proceedings for removing the seals on documents.

In addition to this regular work, the CompC I was involved in issuing various interim rulings relating in particular to interviews with witnesses and the bonus system. In three interim rulings in the case relating to construction services in the canton of Graubünden, the procedure for interviewing people were reviewed; in particular, it was decided that former company officers and current employees who are not company officers should be interviewed as witnesses and not as parties. Appeals have been filed against these interim rulings, but have yet to be decided by the Federal Administrative Court. In relation to the bonus system, and again in the Graubünden case, a restriction on use was ordered for the first time, which requires that when inspecting files relating to voluntary reports, any information and documents received in this manner may only be used by the defence in competition



law proceedings before the Competition Commission (or in subsequent appeal proceedings).

The highlight of the year for the CompC I was hosting the annual plenary meeting of the ECN FIT WG (ECN Forensic IT Working Group) in Bern. At this two-day meeting in Bern, some 60 experts from EU and EFTA states, Turkey and Albania, as well as from the EU Commission and the EFTA Surveillance Authority discussed current problems and developments in computer forensics. Switzerland has taken part in meetings of the ECN FIT WG since 2005 and benefited considerably when setting up the CompC I from the expertise that it had gained from these meetings, with the result that it was an appropriate time to make an active contribution to the Working Group by hosting the plenary meeting.

In order to make it easier for whistle-blowers who would like to contact the competition authorities, a new section has been added to the Competition Commission website for those who wish to provide information in confidence. In addition to a specific e-mail address (whistleblowing@comco.admin.ch), the webpage also provides a substantial amount of useful information for potential whistle-blowers, and in particular on the general terms that apply when making this type of report.

### 3.7 International

**EU:** The competition authorities in Switzerland and the EU cooperate extensively and efficiently within the framework of the agreement between Switzerland and the EU on cooperation in applying their respective competition laws. The Competition Agreement came into force on 1 December 2014. Since then, the Secretariat has contacted the Directorate-General for Competition of the EU Commission in relation to various parallel investigations and merger cases, in order to discuss issues of procedure and substantive law (Art. 7 para. 2 Competition Agreement). These exchanges take place regularly in order to ensure that there are no unnecessary inconsistencies between parallel procedures in Bern and Brussels. In market monitoring procedures and preliminary investigations, contact has been made on numerous occasions in order to clarify whether similar competition law problems exist in the EU or in order to obtain further information that could assist as the cases progress. Overall, the Competition Agreement facilitates the enforcement of competition law in Switzerland in the cases that also involve issues of EU competition law.

**OECD:** Representatives of the Competition Commission and of the Secretariat attended the two annual meetings of the OECD Competition Committee, making various contributions which had been prepared in cooperation with the SECO. In addition to regular topics relating to the application of the law, such as settlements or sanctions, issues connected with new digital technologies were considered. Following discussions on online platforms for booking hotels and for financial services, the influence of technology on the services provided by lawyers and notaries was discussed. Other important topics in this reporting year included Big Data and market studies.

**ICN:** The Competition Commission and the Secretariat monitored developments in the International Competition Network. The Secretariat answered a questionnaire on

the subject of sanctions for the latest edition of the ICN report on the subject of fines. The Secretariat also revised the ICN anti-cartel enforcement template, which is now available on the Competition Commission website. The cartel working groups on legal framework (Sub-Group 1) and cartel enforcement (Sub-Group 2) held several webinars. The cartel workshop this year was devoted to the subject of "Improving the enforcement of cartel law". Singapore hosted the ICN annual conference in 2016.

**UNCTAD:** The Secretariat again supported the activities of the Compal cooperation programme this year. Two people from El Salvador each completed a three-month internship in the Secretariat.

## 3.8 Legislation

### 3.8.1 Parliamentary proposals

Following the rejection of the planned reform of the Cartel Act in September 2014, the current status of the parliamentary proposals submitted in order to revise specific points of competition law is as follows:

- The **Hans Altherr parliamentary initiative** of 25 September 2014 "Excessive import prices. End compulsory procurement on the domestic market" (14.449) plans in the style of German cartel law to introduce a provision into the Cartel Act on combating the abuse of relative market power. The committees of the Council of States and the National Council have approved the parliamentary initiative and are now in the course of drafting the new legislation.
- The **Social Democratic Group motion** of 24 September 2014 "Fight Switzerland's status as the island of high prices. A streamlined revision of the Cartel Act" (14.3780) was rejected by National Council and the matter is therefore regarded as concluded.
- The **Viola Amherd motion** of 26 September 2014 "For a minor revision of the Cartel Act" (14.3946) calls on the Federal Council to re-submit the "uncontested articles in the failed revision of the Cartel Act". The motion was abandoned because it had been pending for more than two years, and has therefore been concluded.
- The **Hans Hess motion** of 18 June 2015 "For a more effective Cassis de Dijon principle" (15.3631) requires the Federal Council to take measures to ensure that manufacturers expressly permit their sales partners in Switzerland in their distribution agreements to carry out installation, maintenance or guarantee work, etc. for their products as well if these have been purchased directly in the European Economic Area. The motion has been approved by both chambers of the Federal Assembly. The Secretariat examined whether the refusal to provide maintenance services by local tradesmen in relation to products imported directly from the European Economic Area is widespread problem (see above 3.4.1).
- The **Buman Parliamentary Initiative** of 18 March 2016 "For appropriate periodical prices in Switzerland" (16.420) calls for specific provision on price

fixing for newspapers and magazines in the Cartel Act. It has still to be debated in the first chamber (National Council).

- The **Buman Parliamentary Initiative** of 30 September 2016 “Minor revision to the Cartel Act” (16.473) demands that four specific undisputed points in the rejected revision of 2014 be reintroduced, namely the merger control procedure for companies, civil proceedings on competition law matters, the consideration of compliance programmes when assessing sanctions, and the objection procedure. It has not yet been debated in parliament.

The **Bischof Motion** of 30 September 2016 “Ban adhesion contracts for online booking platforms for the hotel industry” (16.3902) aims to instruct the Federal Council to prepare amendments to the law that will prohibit price parity clauses in contracts between online booking platforms and hotels. The Council of States has referred the motion to the relevant committee (the Economic Affairs and Taxation Committee) for preliminary examination.

The State Secretariat for Economic Affairs (SECO) has overall responsibility for these proposals within the administration; the Secretariat of the Competition Commission is involved in the work.

### 3.8.2 Fair Price Initiative

The Fair Price Initiative was launched on 20 September 2016 (official title: “Put an end to Switzerland as an island of high prices – for fair prices”) and calls for the federal government to enact “regulations against the economically or socially harmful effects of cartels and other restraints of competition. The government should in particular take measures to guarantee the non-discriminatory procurement of goods and services abroad and to prevent restraints of competition that are caused by the unilateral conduct of companies with significant market power”. It calls for several specific measures, in particular statutory rules for companies with relative market power that set higher prices in Switzerland than abroad, and on non-discriminatory purchases in online trading. The deadline for collecting signatures expires on 20 March 2018.

### 3.8.3 Modernisation of merger control procedures

Based on its report on preventing parallel imports,<sup>1</sup> the Federal Council instructed the EAER to prepare a consultation bill by the end of 2017 on modernising the merger control procedures in the Cartel Act. The Federal Council takes the view that the current merger control procedures take too little account of the negative and positive effects of mergers, and that the test for market dominance currently provided for in the Cartel Act could be replaced by the SIEC (Significant Impediment to Effective Competition) test. The Federal Council expects this change to have positive effects in the medium to long term on the competitive environment in Switzerland.<sup>2</sup>

SECO has overall responsibility for drafting the bill to be submitted for consultation; the Secretariat of the Competition Commission is also involved in this work.

## 4 Organisation and Statistics

### 4.1 Competition Commission and Secretariat

The following twelve **Competition Commission members** have been elected for the **2016-2019 term of office**: Vincent Martenet, President; Andreas Heinemann and Armin Schmutzler, vice presidents; Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Danièle Wüthrich-Meyer, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider.

The members the Competition Commission met in 2016 for 14 plenary sessions. The number of decisions in investigations and mergers under the Cartel Act and in application of the Internal Market Act can be seen in the statistics (see 4.2).

At its first meeting in 2016 and pursuant to the new internal rules of procedure of 15 June 2015 which have been in force since 1 November 2015, the Competition Commission appointed the members of the new **Chamber for part-rulings** and **Chamber for company mergers** (see Annual Report 2015, RPW 2016/1, 11).

- Chamber for **part-rulings**: Vincent Martenet (President), Andreas Kellerhals and Daniel Lampart.
- Chamber for **company mergers**: Vincent Martenet (President), Andreas Heinemann and Armin Schmutzler.

In the **Secretariat**, two key positions in the management staff have been filled. **Niklaus Wallimann** has since 1 September 2016 been the new **Chief Economist** in the Secretariat, replacing Marc Blatter who left at the end of June 2016; and on 1 January 2017 **Stefan Renfer** became the new **head of the Competence Centre for the Internal Market**, replacing Nicolas Diebold, who left at the end of 2016.

At the end of 2015, the **Secretariat** employed 73 (previous year 76) staff members (full-time and part-time), 40 per cent of whom were women (previous year 42%). This corresponds to a total of 62.7 (previous year 66.7) full-time positions. The staff was made up as follows: 51 specialist officers (including the executive management; this corresponds to 44.4 full-time positions; previous year 49.2); 9 (previous year 8) specialist trainees, which corresponds to 9 (previous year 8) full-time positions; 13 members of staff in the Resources and Logistics Division, which corresponds to 9.3 (previous year 9.5) full-time positions.

<sup>1</sup> Behinderung von Parallelimporten, Bericht des Bundesrats vom 22. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3014 „Erleichterung der Zollabfertigung und Förderung von Parallelimporten dank Anerkennung weiterer Dokumente zur Erbringung des Ursprungsnachweises“ (nachfolgend: Bericht des Bundesrates vom 22.6.2016), <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/44557.pdf>> (14.12.2016).

<sup>2</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates vom 22.6.2016 (Fn 1), S. 41 f.

## 4.2 Statistics

	2015	2016
<b>Investigations</b>		
Conducted during the year	30	32
Carried forward from previous year	15	22
Investigations opened	6	4
New investigations from divided investigations	9	6
<b>Final decisions</b>	7	9
Amicable settlements	3	6
Administrative rulings	2	2
Sanctions under art. 49a para. 1 Cartel Act	6	8
Part-rulings	1	2
Procedural rulings	7	9
Other rulings (publication, costs, searches, etc.)	1	3
Precautionary measures	0	0
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	0	0
<b>Preliminary investigations</b>		
Conducted during the year	18	14
Carried forward from previous year	14	11
Opened	4	3
Concluded	7	6
Investigations opened	1	2
Modification of conduct	2	3
No consequences	4	1
<b>Other activities</b>		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	2	0
Advice	17	27
Market monitoring	33	42
Freedom of information applications	23	16
Other enquiries	685	683
<b>Mergers</b>		
Notifications	29	22
No objection after preliminary examination	26	21
Investigations	3	1
Decisions of the Competition Commission	0	0
After preliminary examination	0	0
After investigation	0	0
Early implementation	0	0
<b>Appeal proceedings</b>		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	24	39
Judgments of the Federal Administrative Court	3	9
Success for the competition authority	2	7
Partial success	0	0
Judgments of the Federal Supreme Court	2	2
Success for the competition authority	2	2
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	22	28
Expert reports, recommendations and opinions etc.		

Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	0	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	1
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	0	0
Follow-up checks	0	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	1	0
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	281	278
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	8	8
<b>IMA</b>		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	2	5
Expert reports (Art. 10 I IMA)	1	1
Explanatory reports (Secretariat)	45	46
Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	1	7

A glance at the statistics and a comparison with the figures from 2015 reveals the following:

- The number of investigations carried out shows a further small increase. Although fewer new investigations were opened, once again certain cases were divided into several separate investigations.
- The number of final decisions taken by the Competition Commission rose from seven to nine, six investigations being concluded with amicable settlements. In eight of the nine investigations, the Competition Commission imposed sanctions totalling around CHF 171 million.
- The number of preliminary investigations fell again. In 2016, the Secretariat conducted 14 of these and was able to conclude six of them, including two by opening an investigation.
- The provision of advice has on the other hand increased (from 17 cases to 27) as have market monitoring procedures (from 33 to 42). These activities are in some cases very time-consuming and certainly not to be underestimated from the point of view of resources expenditure. The number of other enquiries (telephone information, answering enquiries from members of the public, passing enquiries on to the responsible authorities, etc.) has remained high but practically unchanged, at 683 in comparison with 685 in 2015.
- However, there was a fall in the number of notifications of company mergers, with 22 reports this year in contrast to 29 the previous year. A long-term comparison shows that it was only in 2004 that the competition authority received fewer notifications of mergers: in that year, 21 were notified. With increasing M&A activity, the number of notifications is likely to return to the long term average of around 30 reports a year.
- Higher again than in the previous year is the number of appeal proceedings before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court. Their number rose from 24 to 39, mainly as a result of numerous appeals against interim rulings by the Competition Commission. Although the Federal Administrative Court issued significantly more judgments than in 2015, the increase is largely due to the judgments relating to interim rulings by the

Competition Commission. At the end of 2016, 28 appeals were pending before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court (in contrast to 22 at the end of 2015).

- In application of the IMA, the number recommendations and appeal proceedings increased. Three investigations led to five recommendations being issued to cantons and from the seven appeals filed, three related to the canton of Ticino and three to the authorisation of law companies (see above 3.5).

## 5 Digitalisation of the economy

Digitalisation is transforming the economy. Companies are developing new business models and improving their services. Consumers now have a wider range to choose from and benefit from reduced costs and lower prices. However, the opportunities that digitalisation brings are also accompanied by risks to competition. New types of agreements may prevent participants in the new digital economy from developing as they might wish. Dominant companies can improperly attempt to restrict access to internet resources. Misunderstanding new developments could lead to regulations that limit competition rather than create a level playing field.

In 2016, the Competition Commission conducted a detailed examination of the digitalisation of the economy. On the one hand, it considered the fundamentals of this topic, while on the other it was confronted with a number of challenges pertaining to the digital economy in various cases that it dealt with. The Competition Commission is monitoring developments in the digital economy. The competition law assessment of these developments is complicated, requiring certain empirical values which the competition authorities are gathering during the ongoing investigations. The competition authorities will issue a warning if they see risks to competition and intervene if they perceive competition to be restricted. This is shown by their practices in the industries affected by digitalisation.

### 5.1 Network infrastructure

A good network infrastructure is the basis for the digital economy. Competition within the network must be ensured in order to guarantee the success of the best new innovations. Here, the competition authorities are presented with a double challenge. On the one hand they must make sure that competition is not excluded from the

outset. On the other, they must not stand in the way of incentives for investing in infrastructure.

In cases so far, the competition authorities has had to perform this balancing act in relation to fibre-optic cooperation projects. Several regional energy supply companies and Swisscom agreed to cooperate in installing fibre optics in individual Swiss cities. Partners were able to share the investment risks and lower the construction costs through the efficient use of cable ducts. The danger was that contract clauses could represent a “Layer 1 exclusivity” and that price control clauses could amount to price and quantity agreements that would seriously restrict potential competition. A final assessment of whether a restriction of competition would actually occur within the 30-40 year term of the contracts could not, in view of the dynamic development of digital markets, be made. If it becomes apparent that the clauses actually limit competition, the Competition Commission can intervene to correct the situation. By monitoring cooperation, the competition authorities have ensured that the competition can operate and that the general conditions for using the networks are clear. The companies can thus make sure that they run the optical fibre networks without stifling competition.

However, access to competition in relation to network infrastructure remains an issue. The Secretariat investigated practices in the field of interconnect peering – communication between network providers – in 2016. Here too an admonitory approach, in which indicating potentially problematic agreements led to the amendment of contracts, proved its worth. Currently, the Competition Commission is focusing on the cable network in the city of Geneva in the Supermedia investigation. The aim is to determine whether Naxoo AG holds a dominant position over Geneva’s cable network and whether third parties’ access to the network is being improperly restricted or prevented.

## 5.2 Online trading

Online trading has a positive effect on competition. Consumers barely face any costs if they use the Internet to make a purchase decision. They benefit from greater transparency and from a broader offer. For distributors, the internet increases their (geographical) reach. Direct trading via the Internet reduces distribution costs and brings opportunities for innovative business models.

The Competition Commission is therefore very critical of restrictions on online trading. As early as 2011, it reached a landmark decision, stating that bans on online sales that certain manufacturers impose on their distributors violate the Cartel Act. However, the Competition Commission also recognises that under certain very restrictive conditions, online bans could be justified. In a selective sales network it can be justified to require online traders to adhere to the same rules as licensed specialised dealers and operate a physical sales outlet. However, online traders must always be free to set their retail prices autonomously. The Competition Commission reaffirmed this landmark decision in 2014 with the ruling against a manufacturer who had unlawfully agreed with its distributors that they could not sell its coffee machines online.

## 5.3 Digital platforms

Digitalisation has led to the increased emergence of platforms such as search services, trading and exchange sites, and social networks. The business model of these digital platforms is based on bringing differing customer groups together. Certain indirect network effects are created by the fact that the participation of one customer group depends on the participation of another. For suppliers, a platform becomes more attractive if there are more potential customers to be found there. Conversely, the attractiveness of a platform to customers increases with the number of sellers making their offers on it.

These indirect network effects influence pricing. A platform organises its price structure in such a way as to encourage optimum participation from the two customer groups. This can mean that one customer group is enticed by free access in order to increase interest from the other customer group. For the competition authorities, this means that they must include in their competition assessment not only market share measured in the turnover on each side of the market, but also the number of participants from both sides as an indicator of the strength of the platform.

A further consequence of indirect network effects is the tendency towards a high concentration of platform markets. For example, the very strong position of leading suppliers can be observed in the case of search engines or hotel booking platforms. Here however it must be remembered that customers actually benefit as a result of indirect network effects if the other customer group is comprehensively represented on the platform. As a rule, in the case of online platforms, market power in its own right is not harmful. Only if a dominant company abuses its market power, or, in the case of a merger, a risk of the elimination of the competition arises, will the competition authorities intervene.

The competition authorities regularly assess platforms as part of their activities. Advertising placement platforms in particular have increasingly been the subject of mergers. A tendency towards a growing concentration of platform markets has become apparent. The Competition Commission closely examined Tamedia’s purchase of the online platform Ricardo and its takeover of job platforms in 2015. Taking account of platform-related trends, the Competition Commission reached the conclusion that in both cases it could be assumed that Tamedia, or more precisely JobCloud, was in a dominant position in relation to job advertisements. However, it was not expected that either merger would eliminate effective competition, with the result that any intervention under the statutory terms was deemed unnecessary.

With digital platforms, new types of restraints on competition emerge. As a result of the international reach of these platforms, the Competition Commission, like other European competition authorities, addressed the contract clauses used by online booking platforms for hotels. The parity clauses evaluated in the investigation required the hotels not to offer lower prices or more rooms on other sales channels. This prevents the hotels from offering better deals on sales channels with lower commission rates.

Therefore, these parity clauses restrict competition and the Competition Commission ruled that they violated the Cartel Act. The assessment of newly introduced, stricter parity clauses has not yet been possible in the absence of meaningful empirical data. The Competition Commission continues to monitor the developments and will intervene again if required.

#### 5.4 Big Data

In digital economics, the term “Big Data” is not just used to describe “large volumes of data”. More often it is used to refer to business models that collect data as raw material and make it useable. These models usually connect the three characteristic ‘Vs’ of Big Data: volume, velocity and variety. Companies access large volumes of data, which can then be generated and recorded at high speed by various increasingly digitalised sources (web-based services, interconnected products such as printer systems, digitalised patient data, etc.). The processing of this data requires fast processors and suitable algorithms.

The essential added value of Big Data is reflected in the qualitative improvement of products. For example, a provider of navigation systems can combine the technical data of road networks with the driving speed of their users. If the system realises that the user’s speed on a certain stretch of road is much slower than usual, the algorithm concludes that there must be a traffic jam. Based on this, the system proposes alternative routes with less traffic congestion. Another example is the tailoring of a product to the needs of a customer. Internet search engines such as Google or digital market places like Amazon learn from the user’s usage pattern and target search results towards the user profile.

These examples demonstrate an important new characteristic within the markets using Big Data. Users of services pay not (only) with money, but (also) with their data. This data can be monetised by multi-purpose websites through the offer of targeted advertising, for example. For the competition authorities, this means that they cannot simply base their assessment of the economic position of a company on turnover figures, but must also take data streams into account.

The new opportunities for companies to adapt their offers to customer demand by means of Big Data also open new pricing possibilities. Based on a large volume of customer-specific data, personalised prices, such as individual rebates, could be offered. With the help of data from different points in time, demand highs and lows can be identified more easily and more quickly. A company can use this data to set higher prices in anticipation of a temporary rise in demand, and set lower prices in the event of a supply surplus. In addition, it is apparent that data-based pricing of this type is done by algorithms in various sectors such as civil aviation, online platforms or high frequency trading in the finance industry. These algorithms react not just to information collected on customers, but also to the observed activities of other companies.

For the competition authorities, these pricing possibilities raise new questions. Price differentiation by dominant companies has the potential to be restrictive or exploitative of potential competitors or consumers. However, it is often the case that certain goods and services can only

be offered to less wealthy customer groups with the aid of price differentiation and selectively lowered rates. Automated pricing by algorithms on the one hand raises the question of whether computers can make dubious pricing arrangements or whether specific programming can lead to harmful coordinated conduct. On the other hand, automatic pricing can intensify the competition for customers. Ultimately, in view of the many opportunities that it brings, it remains hard to determine how Big Data will affect competition. At present, a conclusive assessment from a competition law perspective is not yet possible, in the absence of meaningful empirical data. The competition authorities must continue to follow the scientific debate and to monitor developments in the market.

Big Data can increase the influence of the network effects typical to platform markets, and with them the tendency towards concentrated markets. This can be attributed to two self-reinforcing circular mechanisms. Companies can improve their products for users with the aid of large and easily useable user data collections. This makes the offers more attractive to users and results in an increase in customers, which in turn leads to a further improvement in products. On the refinancing side, the process likewise begins with large amounts of user data, which enables more precisely targeted and therefore better advertising opportunities. This can generate higher advertising revenue, which can fund additional product improvements. In turn this attracts more users and increases the reach of advertising, improving advertising options and offers to the users.

This type of dynamic process presents a fundamental challenge to the competition authorities. It increases the potential for one company to attain a dominant position. Market dominance in itself however does not damage the national economy. Network effects, which can be increased by Big Data, imply a relatively higher concentration of (multilateral) markets. This higher concentration could be made more efficient as a result of the network effects. In addition, Big Data can help bring about an improvement in products and increased benefits. The danger lies in the abuse of a dominant position, against which the Competition Commission can take appropriate measures. Therefore it would be best to avoid overhasty interference in developing Big Data markets and to carefully consider the fundamental dynamics of these markets in individual cases.

In practice, therefore, the Competition Commission is taking a cautious approach. This was evidenced in the assessment of the Admira joint venture, undertaken by Swisscom, SRG and Ringier. The Competition Commission had, inter alia, to assess the effects on competition of user-data-based, target-audience-specific TV advertising. This is a form of data-driven advertising which is new to Switzerland and its market development is still uncertain. In its decision, the Competition Commission took account of the dynamic developments in the digitalising and converging media and advertising markets. It decided that the merger in its reported form would most probably not lead to a market dominant, competition-eliminating position within the observation period of the next 2-3 years. The Competition Commission approved the merger in December 2015.

## 5.5 “The Sharing Economy”

The new business models of the digital economy challenge established market participants. The taxi service Uber, the accommodation portal Airbnb or crowdfunding sites enable new suppliers to successfully bring their services to the market. This leads to more competition and in principle should therefore be welcomed. Established suppliers however point out that the market is not entirely a level playing field. They claim that new suppliers taking advantage of these new opportunities are not subject to any regulation. For example, the taxi industry is complaining that drivers working for Uber do not hold the qualifications normally required of taxi drivers.

The Competition Commission is not just a guardian of competition which intervenes in the case of unlawful restraints on competition. It is at the same time a champion of competition, defending the market against possible restrictions of competition. It is in this role that the Competition Commission is required to make it clear that a level playing field for all is more beneficial to competition than the indiscriminate application of old regulations to new developments in the economy. Thus the existing regulations must be critically scrutinised. For example, it should be considered whether, in a digital era with navigation systems, taxi drivers should be required to have local geographical knowledge. Likewise, differing local regulations must be reassessed. These hamper the introduction of innovative business models as part of the Sharing Economy, because compliance with different regulatory systems leads to unnecessarily high costs. It is also important to mention that suppliers based in Switzerland that conduct their business lawfully locally are entitled to pursue this activity throughout Switzerland in accordance with the terms of the rules on origin. Commercial and industrial suppliers may rely on this principle of the Internal Market Act (Art. 2 para. 3 IMA) in relation to the Sharing Economy.

## 5.6 Conclusion

Digitalisation has created new opportunities for business and has generated new business models. As a result, it

has brought new challenges for the competition authorities.

Markets are displaying new characteristics as a result of the digital transformation which must be taken into account in any competition law analysis. New characteristics in markets are primarily visible in digital websites and their indirect network effects among the various groups of customers.

In the case of Big Data this manifests itself in the fact that customers pay not only with money, but also with data. As a result of this, an assessment of the market strength of a company must also take account of presence on multiple market sites and in multiple data streams. In relation to turnover-based criteria for the merger control procedure, this means that a merger could still be approved even though a dominant position that might eliminate competition may occur as a result of customer data. The network effects typical of digital economics bring a tendency towards relatively higher concentrations in the markets, which could be more efficient.

Under the current merger control procedures, the competition authorities cannot consider efficiency within the same market. The competition authorities therefore welcome an evaluation of alternative regulation thresholds and the possibility of considering efficiency reasons by introducing an SIEC Test (Significant impediment of effective competition). As indirect network effects can be mitigated by pricing on the platform, price structures as well as price levels must be considered in the internet economy.

However, while the ways in which digital innovations encourage competition must be recognised, at the same time new practices that restrict competition must be identified. Contract clauses such as platform parities could be a source of new restraints on competition. The development of new opportunities in customer-specific price discrimination and the use of pricing algorithms must also be monitored.

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis

### Pratique administrative

### Prassi amministrativa

#### B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

#### Secrétariat de la Commission de la concurrence

#### Segretaria della Commissione della concorrenza

B 1	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Interconnect Peering</b>

*Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Interconnect Peering wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG*

#### A Sachverhalt

1. Das Internet ist ein weltweiter Verbund von Rechnern über Netzwerkverbindungen. Zur Koordinierung der weltweiten Verbindung der angeschlossenen Rechner schliessen die verschiedenen Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) Verträge betreffend den Datenaustausch ab und schliessen ihre Netzwerke an sogenannten Netzwerkzugangspunkten zusammen. Hierbei haben sich die beiden Vertragstypen Peering und Transit im Markt etabliert. Mit Peering-Verträgen vereinbaren die ISP den weitgehend kostenfreien Zusammenschluss der Netze zum Datenaustausch zwischen ihren beiden Netzen. Mit Transit-Verträgen fragt ein ISP einen Zugang zum Internet bei einem anderen ISP nach. Der anbietende ISP muss durch weitere Peering- und Transit-Verträge mit anderen ISP den Zugang zum Internet gewährleisten.

2. Die Vorabklärung hat zum Ziel, die Auswirkungen des IP-Transitabkommens zwischen Swisscom und der Deutschen Telekom AG (nachfolgend: DTAG) auf den Zugang zum Endkundenmarkt von Swisscom zu analysieren. Insbesondere soll die Frage geklärt werden, ob aus der Ausgestaltung des Abkommens Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG abgeleitet werden können.

3. Die Vorabklärung stützt sich primär auf die im Rahmen des Gutachtensauftrages vom Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) erhaltenen Unterlagen. In diesen Unterlagen befinden sich insbesondere eine Fragebogenserie, die vom BAKOM durchgeführt wurde, sowie die möglicherweise kartellrechtlich problematischen Verträge zwischen Swisscom und DTAG betreffend IP-Transit. Das für das BAKOM erstellte Gutachten dient

ebenfalls als Basis für die Vorabklärung. Des Weiteren wird auf öffentlich zugängliche Informationen abgestellt.

#### A.1 Verfahrensgeschichte

4. Am 28. März 2013 reichte Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend: ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) betreffend Interkonnektion ein.

5. Ist im Rahmen von fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM gemäss Art. 11a Abs. 2 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO). Die WEKO gibt ihre Stellungnahme gemäss Art. 72 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) innert vier Wochen ab.

6. Am 18. November 2014 wurde die WEKO vom BAKOM zur Stellungnahme im betreffenden Zugangsverfahren ersucht. Mit diesem Schreiben wurden dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) ein Befundpapier des BAKOM sowie die Unterlagen einer zuvor erfolgten Marktbefragung seitens des BAKOM zugestellt.

7. Das auf diese Konsultation hin erstellte Gutachten vom 15. Dezember 2014 der WEKO (nachfolgend: Gutachten) wurde dem BAKOM am 18. Dezember 2014 zugestellt.

8. Im Rahmen des erwähnten Gutachtens stiess das Sekretariat auf möglicherweise kartellrechtlich problematische Vertragsklauseln zwischen Swisscom und DTAG betreffend IP-Transit.

9. Aufgrund der möglicherweise kartellrechtlich problematischen Verträge hat das Sekretariat am 23. April 2015 eine Vorabklärung nach Art. 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eröffnet, um Abklärungen betreffend den Vertragsinhalt hinsichtlich möglicher Wettbewerbsbeschränkungen vorzunehmen.



10. Mit Schreiben vom 24. April 2015 wurden Swisscom und DTAG die Eröffnung der Vorabklärung mitgeteilt, inklusive Aufforderung zur Stellungnahme. Ebenso wurden das BAKOM und das Bundeskartellamt (Deutschland) über die Eröffnung dieser Vorabklärung informiert.

11. Das Zugangsverfahren vor der COMCO wurde Ende April 2015 vom BAKOM bis auf Weiteres sistiert, solange die Vorabklärung der WEKO andauert.

12. Am 11. Mai 2015 stellte Init7 das Gesuch als Partei gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in die Vorabklärung einbezogen zu werden.

13. Das Gesuch von Init7 wurde gleichentags vom Sekretariat abgelehnt, mit Verweis auf die Möglichkeit, in einer allfälligen späteren formellen Untersuchung nach Art. 27 KG die Beteiligung gemäss Art. 43 Abs. 1 KG erneut anmelden zu können.

14. Mit Schreiben vom 18. Mai 2015 nahm die Swisscom zum Gutachten der WEKO Stellung (siehe oben Punkt 4).

15. Am 29. Mai 2015 fand in den Räumlichkeiten der WEKO ein Gespräch mit Vertretern von DTAG zum Thema Einschätzung der aktuellen Marktstruktur und Marktentwicklungen im Bereich Interconnect Peering statt.

16. Am 15. Juli 2015 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit Vertretern von Swisscom statt.

17. Mit Schreiben vom 25. August 2015 teilte DTAG mit, dass die gemäss dem Gutachten möglicherweise kartellrechtlich problematischen Vertragsklauseln aus dem erwähnten IP-Transitabkommen teilweise gestrichen bzw. angepasst wurden.

18. Mit Schreiben vom 4. September 2015 teilte Swisscom mit, dass auch auf die übrigen möglicherweise kartellrechtlich problematischen Vertragsklauseln verzichtet würde.

19. Mit Schreiben des Sekretariats vom 15. September 2015 wurde die Swisscom aufgefordert, die angepassten Vertragsdokumente sobald vorhanden einzureichen.

20. Mit Schreiben des Sekretariats vom 8. Januar 2016 wurde die Swisscom aufgefordert, die angepassten Vertragsdokumente bis spätestens am 22. Januar 2016 einzureichen.

21. Mit Schreiben von Swisscom vom 20. Januar 2016 wurden dem Sekretariat die angepassten, jedoch noch nicht unterzeichneten Vertragsdokumente übermittelt.

22. Mit Schreiben von Swisscom vom 5. Februar 2016 wurden dem Sekretariat die angepassten und von den Vertragsparteien unterzeichneten Vertragsdokumente übermittelt.

## A.2 Grundlagen

### A.2.1 Die Architektur des Internets

23. Das Internet ist ein weltweiter Verbund von Rechnernetzwerken (Autonome Systeme, nachfolgend: AS), die über die von Internet Service Providern (ISP) bereitgestellte Infrastruktur miteinander verbunden sind und so Daten austauschen.

24. Gemäss OECD bestand diese Infrastruktur im Jahr 2011 aus etwa 5'000 unabhängigen ISP, die im Wesentlichen entweder basierend auf Transit- oder Peering-Vereinbarungen miteinander Daten austauschen.<sup>1</sup> Diese vergleichsweise einfachen und grösstenteils informellen Vertragsbeziehungen bilden bis heute das Rückgrat des Internets. Die Strukturen des Internets entstanden weitgehend ohne zentrale Organisation oder staatliche Regulierung.

25. Das Internet lässt sich als ein hierarchisches System beschreiben. Diese hierarchische Struktur ist allerdings nicht in einem formellen Regelwerk festgehalten, sondern es handelt sich hierbei eher um ein Branchenverständnis. Bei der Einstufung als Tier-1, -2 oder -3-Netz handelt es sich nicht um eine einvernehmlich zugesprochene Qualifikation, sondern um eine Selbsteinschätzung der Netzbetreiber, welche von anderen Netzbetreibern mehr oder weniger stark akzeptiert wird.

26. Tier-1-ISP betreiben im Wesentlichen eigene grosse Netzwerkinfrastrukturen mit einer Vielzahl von Internetnutzern, Content- und Diensteanbietern sowie einen globalen Internet Backbone. Ein Tier-1-ISP kann über seine Peering-Vereinbarungen weltweit sämtliche Netzwerke erreichen, ohne Transit einkaufen zu müssen. Die Verbindung zum Internet kann ein Tier-1-ISP über seine Peeringverbindungen mit anderen Tier-1-ISP sicherstellen. Wichtige ISP dieser Kategorie sind AT&T, Verizon und Level3 in den USA oder Deutsche Telekom, TeliaSonera und Télécom Italia in Europa.<sup>2</sup>

27. Bei Tier-2-ISP handelt es sich gemäss Branchenverständnis um mittelgrosse meist nationale ISP, welche den Grossteil ihres Datenverkehrs über Peering abwickeln, gleichzeitig aber noch Transit bei einem oder mehreren Tier-1-ISP einkaufen, um ihren Kunden den Zugang zum weltweiten Internet zu ermöglichen. Swisscom ist ein typischer Tier-2-ISP.<sup>3</sup>

28. Tier-3-ISP sind kleinere regionale Betreiber, die für die Anbindung an das Internet auf Transit angewiesen sind und höchstens untereinander Peering-Vereinbarungen geschlossen haben.

<sup>1</sup> Vgl. DENNIS WELLER/BILL WOODCOCK, Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges, OECD Digital Economy Papers, No. 207, 2013, S. 14.

<sup>2</sup> <[https://de.wikipedia.org/wiki/Tier\\_\(Netzwerke\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Tier_(Netzwerke))> (besucht am 4. März 2016).

<sup>3</sup> Vgl. Stellungnahme von Swisscom vom 6. November 2013, 6 & 13.

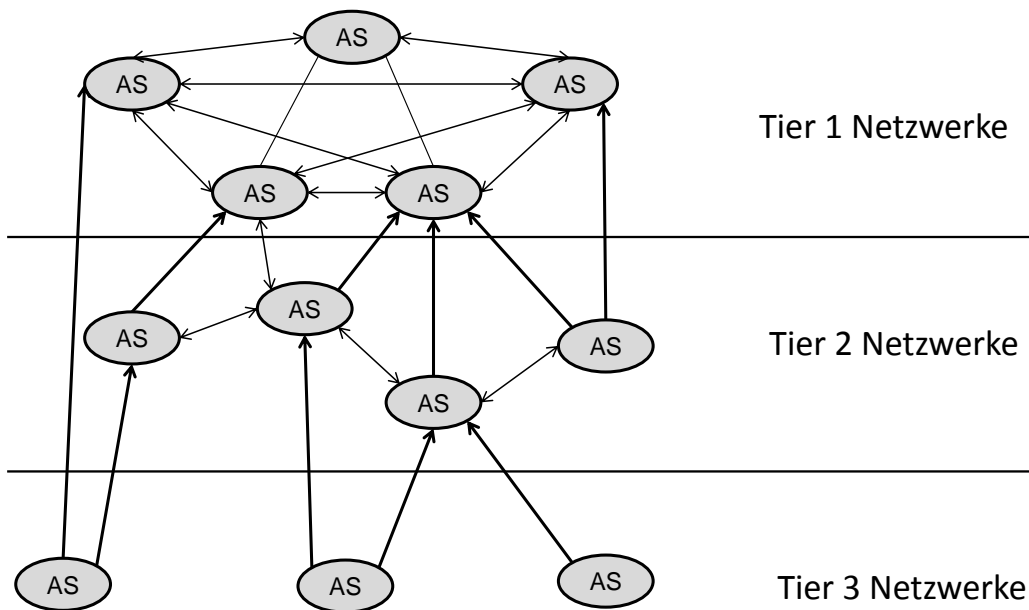


Abbildung 1: Die Architektur des Internets. Doppelpfeile: Peering; Einfachpfeile: Transit.

29. Im „Kern“ des Internets befindet sich eine Gruppe grosser Tier-1-ISP, welche untereinander Daten über „Zero Settlement Peering“ austauschen. Alle anderen ISP sind zumindest teilweise auf Transit angewiesen. Um die über Transit ausgetauschte Datenmenge und somit die Transitkosten zu reduzieren, betreiben Tier-2-ISP ebenfalls untereinander „Zero Settlement Peering“. Diese Kostenersparnisse erlauben es den Tier-2-ISP auch selbst Transit anzubieten.

### A.2.2 Formen der IP-Interkonnektion

30. Als Formen für die Interkonnektion unterscheidet man grob die beiden Kategorien Peering und Transit.

31. Beim Peering schliessen sich zwei AS zum Zweck des direkten Datenaustausches zusammen. Hierbei können verschiedene Formen von Peering-Vereinbarungen beobachtet werden. Von Zero Settlement Peering spricht man, wenn jedes AS die ihm aus der Datenübertragung entstehenden Kosten selbst trägt und es somit unabhängig von den Verkehrsströmen zu keinen gegenseitigen Zahlungen kommt. Entsprechend kommt es beim Paid Peering unter bestimmten Bedingungen (z.B. bei der Überschreitung eines gewissen Verhältnisses zwischen eingehender und ausgehender Datenmenge, sog. Ratio) zu Zahlungen zwischen den ISP.

32. Die OECD untersuchte im Jahr 2013 142'000 Peering-Abkommen und fand, dass 99.5 Prozent der Abkommen ohne schriftlichen Vertrag und ohne gegenseitige Kostenverrechnung (sog. Zero Settlement Peering) abgeschlossen wurden.<sup>4</sup> Peering stellt aufgrund der extrem tiefen Transaktionskosten eine sehr effiziente Art des Datenaustausches bzw. der IP-Interkonnektion dar. Im Bericht der OECD wird Peering denn auch als die wertgenerierende Basis des Internets bezeichnet.<sup>5</sup>

33. In der Peering Policy definiert ein AS allgemeine Bedingungen, damit ein Peering-Abkommen abgeschlossen werden kann. Solche Bedingungen betreffen beispiels-

weise ein Minimum an Datenverkehr, gewisse Sicherheits- und Qualitätsstandards oder Anforderungen an die geographische Abdeckung des Peering-Partners. Grössere ISP haben zuletzt häufig verlangt, dass das Verhältnis zwischen ausgehender und eingehender Datenmenge (die sog. Ratio) einen gewissen Schwellenwert nicht überschreitet.<sup>6</sup> Für den Fall, dass die Peering Policy nicht erfüllt wird, besteht meistens die Möglichkeit für ein Paid Peering, d.h. für die Netzzusammenschaltung zu bezahlen.

34. Ist bei einem AS die nötige Infrastruktur für ein Peering nicht vorhanden oder können sich die AS nicht auf ein Peering-Abkommen und die damit verbundene Netzzusammenschaltung einigen, bleibt die Möglichkeit, Transit bei einem anderen AS zu beziehen. Der Transitanbieter garantiert auf der Basis seiner eigenen Transit- und Peering-Abkommen den Zugang zum Internet. Hat ein Transitanbieter beispielsweise mit einem Peering-Partner nur ein geringes Datenvolumen vereinbart, so kann er den Zugang zu seinem Peering-Partner über Transit anbieten, es kann aber aufgrund von Überbuchungen zu Qualitätseinbussen kommen. Da die Qualität des Transits je nach Transitanbieter und Ziel-Netzwerk stark variieren kann, beziehen viele AS bei mehreren Anbietern Transit. Dadurch können sie einerseits von regionalen Peering-Schwerpunkten einzelner Anbieter profitieren; andererseits haben sie dadurch eine redundante Verbindung zum Internet, über die sie bei Überlastung einer Route den Datenverkehr umleiten können.

<sup>4</sup> Vgl. DENNIS WELLER/BILL WOODCOCK, Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges, OECD Digital Economy Papers, No. 207, 2013, 6 & Annex 1, 62.

<sup>5</sup> Vgl. DENNIS WELLER/BILL WOODCOCK, Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges, OECD Digital Economy Papers, No. 207, 2013, Annex 1, 61. Wörtlich: „the value-creation engine of the internet“.

<sup>6</sup> Vgl. PEYMAN FARATIN/DAVID CLARK/STEVEN BAUER/WILLIAM LEHR/PATRICK GILMORE/ARTHUR BERGER, The Growing Complexity of Internet, Interconnection. Communications & Strategies, 72/4, 2008, 56.

35. In technischer Hinsicht ist der Zusammenschluss von zwei Netzen basierend auf Transit- und Peering-Abkommen weitgehend identisch. Jedoch muss der Transitanbieter zusätzlich die Interkonnektion in die Netze aller Welt sicherstellen. Für die Transitanbieter, die keinen Tier-1 Status haben, entstehen damit zusätzliche Kosten für den Einkauf von Transitdiensten, welche über die direkte IP-Interkonnektion basierend auf Peering-Abkommen hinausgehen. Bei Transitverträgen wird in der Regel vom Anbieter nach Transit ein bestimmtes Entgelt für die Durchleitung von Daten verlangt.

### A.2.3 Zusammenspiel von Transit und Peering auf dem Markt der IP-Interkonnektion

36. Zur Veranschaulichung, wie das Zusammenspiel von Transit und Peering bei IP-Interkonnektion grundsätzlich wirkt, dient folgendes Beispiel: ISP 1 bietet seinen Kunden Internetzugänge an und stellt fest, dass ein grosser Teil des Datenverkehrs mit ISP 2 stattfindet, zu welchem ISP 1 allerdings keine kostenfreie Peering-Vereinbarung unterhält. Somit werden die Daten über ein Transit-Abkommen mit ISP 3 zu ISP 2 geleitet. ISP 1 hat grundsätzlich Interesse daran, via Zero Settlement Peering (keine gegenseitige Kostenverrechnung) mit dem ISP 2 zu peeren. ISP 2 hat mit ISP 3 eine Peering-Vereinbarung geschlossen und mit ISP 4 eine Transit-Vereinbarung. ISP 1 hat ebenfalls eine Transit-Vereinbarung mit ISP 4.

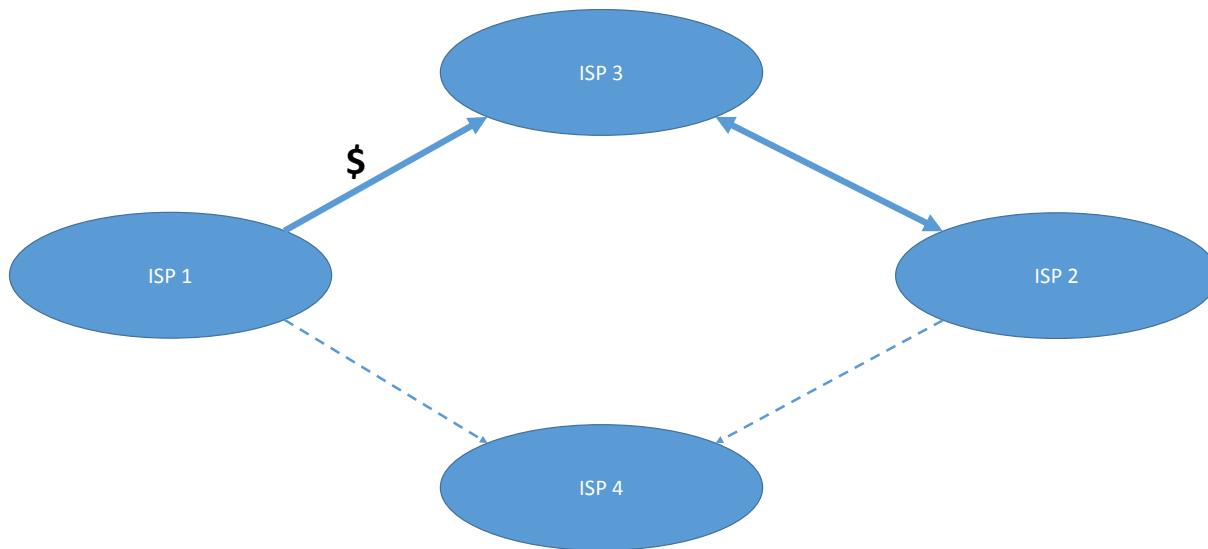


Abbildung 2: Zusammenspiel Transit-Peering-Vereinbarungen (1)

37. Um nun ISP 2 davon zu überzeugen, mit ISP 1 eine Peering-Vereinbarung zu schliessen und die beiden Netze direkt zusammenzuschliessen, kann ISP 1 den Datenverkehr zu ISP 2 über ISP 4 propagieren. Dies hat zur

Folge, dass nun neu auch ISP 2 für den Datenaustausch mit ISP 1 Transitgebühren an ISP 4 zu entrichten hat, während vorher der Datenaustausch mit ISP 1 über ISP 3 für ISP 2 kostenlos war.

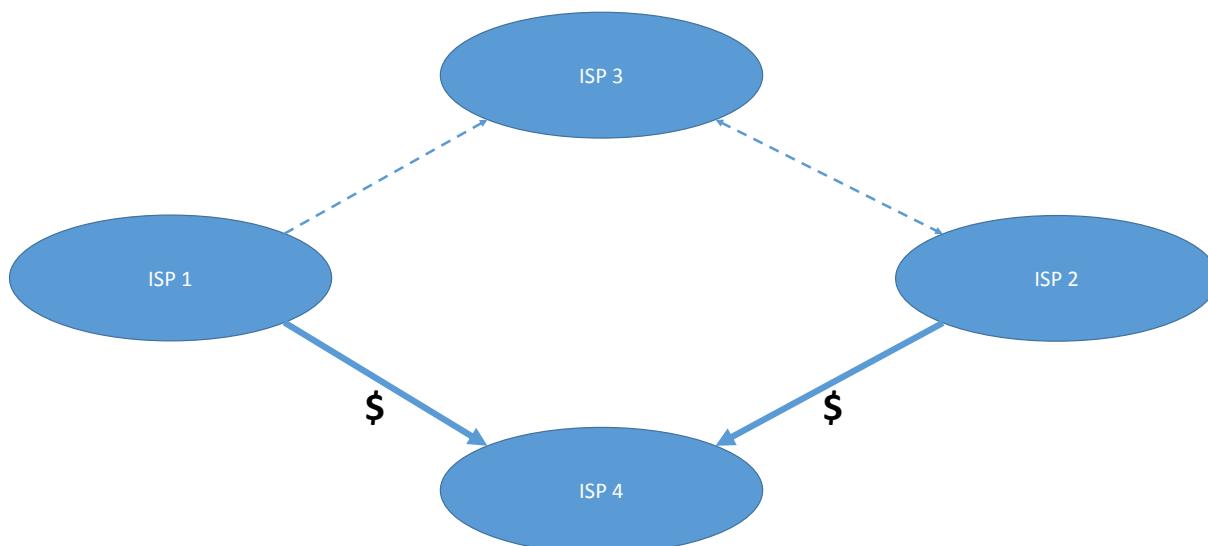


Abbildung 3: Zusammenspiel Transit-Peering-Vereinbarungen (2)

38. Aufgrund der geänderten Situation ist es neu für beide ISP wirtschaftlicher, direkt miteinander zu peeren, da beide die Transitgebühren, die zu einem dritten ISP fließen, sparen können.

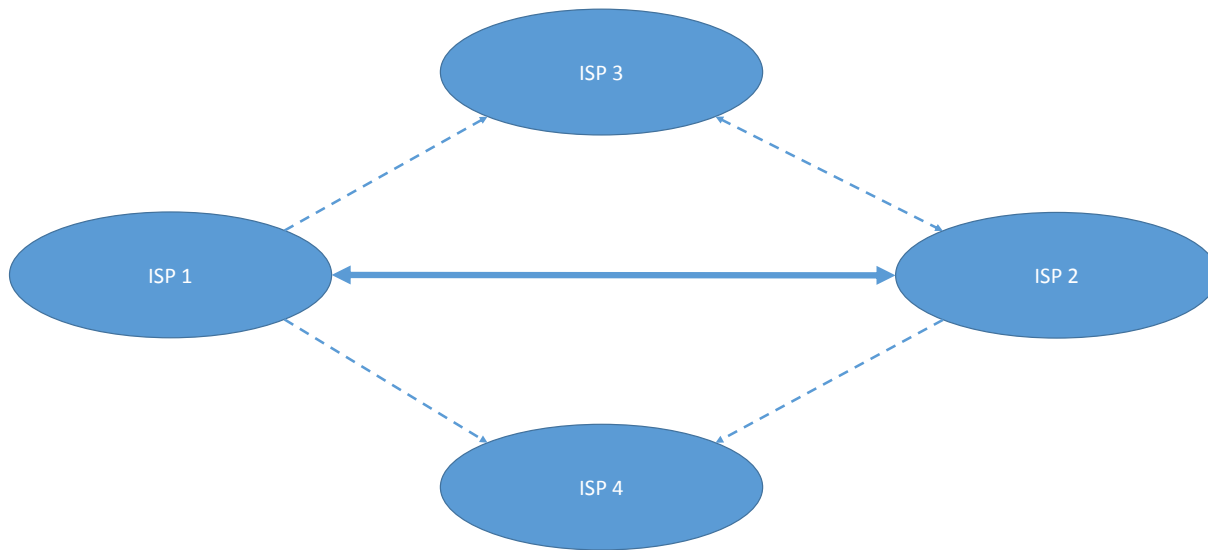


Abbildung 4: Zusammenspiel Transit-Peering-Vereinbarungen (3)

39. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dieses Zusammenspiel durch die Vertragsvereinbarungen zwischen Swisscom und DTAG beeinträchtigt werden kann.

#### A.2.4 Das Transitabkommen zwischen Swisscom und DTAG

40. Da Swisscom über ihre eigenen Transitkunden und Peering-Vereinbarungen keinen Zugang zu sämtlichen im Internet angeschlossenen AS hat (also keinen Tier-1-Status besitzt), muss Swisscom, um ihren Kunden den Zugang zum gesamten Internet gewährleisten zu können, selbst Transit einkaufen.

41. Zu diesem Zweck wurde am 9. Januar 2013 zwischen Swisscom und DTAG ein nicht marktübliches Abkommen geschlossen, welches sowohl Elemente eines Peering-Abkommens, als auch eines Transitabkommens mit Umsatzbeteiligung (Revenue Share) beinhaltete (sog. hybrides Abkommen).

42. Dies umfasste insbesondere die nachfolgenden Vertragsbestimmungen:

- a. Swisscom verpflichtet sich gegenüber DTAG, mindestens [...] % ihres Transitverkehrs über die DTAG abzuwickeln (im Originalwortlaut: „The PTS [=DTAG] becomes a prime IP Transit provider of Swisscom for the whole duration of the contract with target traffic of at least [...] % of Swisscom's Internet Transit Traffic.“).<sup>7</sup>
- b. Gemäss Ziff. 3.5. des IP Transit Termination Manual bestimmen die Vertragspartner gemeinsam, ob einem bisherigen Kunden von DTAG mit mehr als [...] Mbps Traffic ins Netz von Swisscom direkte Interkonnektion mit Swisscom gewährt wird (in Originalwortlaut: „jointly agree“).

- c. Weiter sieht das Abkommen vor, dass sich Swisscom und DTAG sowohl Kosten als auch Einnahmen aus dem Traffic ins Swisscom-Netz [...] teilen (im Originalwortlaut: „The PTS shares the revenue associated with the traffic delivered to Swisscom.“ und „Swisscom in principle receives [...] % revenue share from the IP traffic delivered from the PTS AS to Swisscom AS (Transit traffic from PTS perspective). In addition, the PTS also agrees to refund Swisscom [...] % of the transit costs invoiced to Swisscom by the PTS through the standard IP Transit Contract.“).<sup>8</sup>

43. Im Rahmen seiner Vorabklärung kam das Sekretariat der WEKO zum Schluss, dass diese Vertragsklauseln das in Abschnitt A.2.3 beschriebene Zusammenspiel beeinträchtigen könnte und aufgrund dieser Vertragsklauseln möglicherweise Wettbewerbsbeschränkungen resultieren könnten. In diesem Rahmen hat das Sekretariat anlässlich einer Sitzung mit DTAG (vgl. Rz 15) und mit Swisscom (vgl. Rz 16) im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG angeregt diese Vertragsklauseln abzuändern.

44. Am 27. Januar 2016 schlossen Swisscom und DTAG neue Verträge ab, welche ebenfalls sowohl eine Transit- als auch eine Peeringkomponente beinhalteten, wobei die oben genannten Vertragsklauseln a-c nicht mehr Bestandteil der Verträge waren.

<sup>7</sup> Ziff. 2.2. IP Transit Termination Manual.

<sup>8</sup> Ziff. 2.3. und 4.1. IP Transit Termination Manual.

45. In dem von Swisscom der DTAG angebotenen und von dieser akzeptierten Peering-Vertrag legen Swisscom und DTAG im Wesentlichen die Bedingungen für ein Paid Peering fest, wobei bis zu einer Ratio von 2:1 (outbound:inbound in das Swisscom-Netz) keine Kosten verrechnet werden.<sup>9</sup> Wird die Ratio überschritten, so verrechnet Swisscom DTAG Kosten in Höhe von EUR [...] pro Mbps.

46. In dem mit der DTAG bestehenden Transitvertrag haben Swisscom und DTAG den Anhang „Service Description“ mit dem Anhang „Service Description on IP Transit for Swisscom“ ersetzt. Demnach wird neu für Transitdienstleistungen, die Swisscom bei DTAG nachfragt, ein Preis von EUR [...] pro Mbps in Rechnung gestellt. Die übrigen Vertragsbestimmungen a-c des ursprünglichen Vertrags wurden ersatzlos gestrichen.

47. Im Ergebnis entsprechen die angepassten Vertragsdokumente, soweit durch Vergleich mit anderen Anbietern ersichtlich und laut Aussage der Swisscom, einem branchenüblichen Abkommen.<sup>10</sup>

48. Bezüglich der Wirkung der angepassten Vertragsdokumente kann gesagt werden, dass durch Wegfall der problematischen Klauseln einerseits nicht mehr länger die Pflicht und andererseits das Interesse besteht, so viel Transitverkehr ins Swisscom-Netz wie möglich über die DTAG zu leiten, da die [...] %-Klausel und auch der Revenue Share weggefallen sind. Durch Wegfall der „jointly agree“-Klausel wird einem ISP, der einen Vertrag mit Swisscom schliessen will, diese Wahl nicht mehr aufgrund eines theoretisch möglichen Vetorechts verunmöglicht.

49. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass durch Wegfall der ursprünglichen Vertragsklauseln die vom Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung geäusserten Bedenken betreffend einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung durch das Befolgen der angeregten Massnahmen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG ausgeräumt werden konnten.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

50. 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).

51. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl Swisscom wie auch die DTAG sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

52. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend eingegangen.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

53. 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).

54. Fraglich ist, inwieweit die Vorschriften des FMG eine staatliche Preisordnung im Bereich der IP-Interkonnektion zwischen Providern begründen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten Konkurrenten auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Interkonnektion gewähren.

55. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die fragliche Bestimmung keine vorbehaltene Vorschrift dar, welche Wettbewerb nicht zuliesse. Diese besondere sektorische Regelung tritt zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzu und schliesst diese nicht aus. FMG und KG kommen somit parallel nach den jeweiligen Kriterien zur Anwendung.<sup>11</sup>

56. Im Ergebnis liegen damit keine vorbehaltenen Vorschriften vor, welche die Anwendung des KG nicht zulassen würden.

## **B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden**

57. 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.

### **B.3.1 Wettbewerbsabrede**

58. 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).

59. Eine Wettbewerbsabrede kann demnach drei Formen annehmen, nämlich eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung, eine rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen. Diesen drei Erscheinungsformen ist gemeinsam, dass ihnen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen zugrunde liegt.

60. Beim vorliegenden Transitabkommen zwischen Swisscom und DTAG handelt es sich um einen Vertrag zwischen zwei kommerziellen Anbietern, daher ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken gegeben. Bei dem zwischen Swisscom und DTAG geschlossenen Vertrag handelt es sich um eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung, die ohne Zwänge von aussen und folglich mit freiem Willen eingegangen wurde.

<sup>9</sup> Vertrag zw. Swisscom und DTAG, Abschnitt 10.3.

<sup>10</sup> Siehe Peering Policy von AT & T, AOL, Cablecom; ausserdem: Folien der Swisscom zur „New SC-DTAG Relationship“ vom 11.1.2016.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007, E. 3.2.

61. Swisscom und DTAG bieten Dritten einen Zugang zu den Endkunden von Swisscom bzw. über Transitabkommen einen Zugang zum Internet an. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ist insbesondere der Zugang zu den Endkunden von Swisscom via IP-Interkonnektion relevant.<sup>12</sup> In diesem Umfeld tritt DTAG als Transitanbieter grundsätzlich als Konkurrent von Swisscom auf und stellt einen alternativen Zugang zum Swisscom-Netz via Transit bereit.<sup>13</sup> Ein Vertrag zwischen Swisscom und DTAG, welcher einen Einfluss auf den Zugang zur IP-Interkonnektion mit Swisscom und damit auf die wirtschaftliche Tätigkeit der miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen Swisscom und DTAG hat, könnte daher als horizontale Wettbewerbsabrede qualifiziert werden.

62. Schliesslich gilt es zu prüfen, ob die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Sowohl für das Bezwecken als auch für das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung genügt für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG, dass der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die subjektive Absicht der an der Abrede beteiligten Unternehmen ist dabei nicht relevant.<sup>14</sup> Die Wettbewerbsbeschränkung manifestiert sich über die Beschränkung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter, wie bspw. der Preis, die Menge, die Art und Qualität eines Produktes respektive einer Leistung, die Beratung, die Lieferbedingungen etc.<sup>15</sup>

63. Durch die ursprünglichen Vertragsklauseln (siehe oben Ziff. 42 ff.) besteht die Möglichkeit, dass der Wettbewerb zwischen Swisscom und DTAG beim Preis, bei der Menge und im Gebiet eingeschränkt werden könnte, indem Swisscom und DTAG auf einen Teil ihrer unternehmerische Handlungsfreiheit verzichten und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränken. Als Beispiel sei der Verzicht auf den Abschluss von Zero Settlement Peerings genannt.

64. Zusammenfassend ist daher die ursprüngliche vertragliche Beziehung zwischen Swisscom und DTAG, welche die oben erwähnten Klauseln beinhaltet, möglicherweise als Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

65. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen, unzulässig. Sie können gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG auch nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

66. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird bei folgenden Abreden eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb stehen:

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

67. Die Analyse der WEKO im Rahmen des Gutachtersauftrags des BAKOM ergab, dass der Bezug von Transit bei der DTAG ein Substitut für eine direkte Verbindung (über Peering oder Transit bei Swisscom) darstellt, um die Endkunden im Netz von Swisscom zu erreichen. Damit stehen Swisscom und DTAG tatsächlich, aber auch der Möglichkeit nach, miteinander im Wettbewerb.

68. Mittels Anpassung der Vertragsdokumente wurden die fraglichen Klauseln entfernt (siehe oben Rz 44 ff.).

69. Um festzustellen, ob durch die Vertragsklauseln eine Abrede vorlag, gemäss welcher der wirksamen Wettbewerb beseitigt bzw. eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt werden konnte, ist nach einer Qualifikation der Abreden als Wettbewerbsabreden der relevante Markt abzugrenzen.

70. Im Folgenden wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ursprünglichen Klauseln (siehe oben Rz 42 ff.) auf dem relevanten Markt der IP-Interkonnektion mit Swisscom als Wettbewerbsabreden qualifiziert werden können, für welche gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

71. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet bei a.) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, b.) bei Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie c.) bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

### B.3.1.1 Preisabrede

72. Die ursprüngliche vertragliche Vereinbarung, wonach Swisscom von den von DTAG eingenommenen Transitgebühren für den Verkehr, der ins Swisscom-Netz geleitet wurde, einen Gewinnanteil von [...] % erhielt (Revenue Share), könnte dazu führen, dass Swisscom keinen Anreiz mehr hatte, mit Dritten kostenfreie Peering-Verträge abzuschliessen, da hierdurch für Swisscom der Transit via DTAG keine Kosten mehr verursachte, sondern gewinnbringend sein konnte. M.a.W. konnte die Wettbewerbssituation möglicherweise in dem Sinne verändert worden sein, als dass das Zusammenspiel zwischen Transit und Peering (siehe oben A.2.3) nicht mehr umfassend funktionierte, da ein ISP durch die Umleitung von Datenverkehr über die Transitverbindung via DTAG keinen Anreiz mehr schaffen konnte, eine direkte Peeringvereinbarung abzuschliessen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Swisscom andere ISP nicht zwingen konnte, ihren Datenverkehr über DTAG zu leiten, sondern die Route über DTAG lediglich präferieren konnte. Der an einem kostenfreien Peering mit der Swisscom interessierte ISP konnte aufgrund der Vereinbarung zwischen Swisscom und DTAG durch die Nachfrage nach entgeltlichem Transit via DTAG damit Swisscom keine Kosten verursachen. Vielmehr konnte Swisscom aufgrund des

<sup>12</sup> Siehe auch Gutachten S. 42.

<sup>13</sup> Gutachten S. 51.

<sup>14</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG, (Fn 1), Art. 4 Abs. 1 KG N 70 ff.

<sup>15</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 1), Art. 4 Abs. 1 KG N 63.

Revenue Share vom Transitentgelt des ISP ebenfalls profitieren. Somit waren die Möglichkeiten eines ISP, der Datenverkehr mit Swisscom austauschen wollte eingeschränkt, über den entgeltlichen Transit via DTAG einen Preisdruck auf Swisscom auszuüben. Um weiterhin einen Preisdruck auf Swisscom via Transitvertrag bei einem Dritten ISP ausüben zu können, musste er eine Transitverbindung mit einem ISP wählen, für welche Swisscom Transitkosten zu entrichten hatte, wie z. B. gegenüber France Télécom. Somit könnte die Vereinbarung zum Revenue Share eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

73. Weiter könnte durch die vertragliche Vereinbarung die Preissetzung von DTAG in dem Sinne beeinflusst worden sein, als dass DTAG für denjenigen Transitverkehr, der ins Netz von Swisscom eingespeist wurde, aufgrund des Revenue Share nur noch [...] % des Umsatzes zur Verfügung stand. Wenn [...] % der Transitgebühren an Swisscom flossen, könnte dieser Anteil für die Kostendeckung von DTAG gefehlt haben. Zudem bezahlte Swisscom für diesen Teil des Transitverkehrs keine Transitgebühren. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Kosten dem Transitzkunden der DTAG überwältigt wurden, was zu einer Preiserhöhung hätte führen können. Eine solche Erhöhung des Preisniveaus hätte wie ein Mindestpreis wirken können, der von DTAG nicht unterschritten werden konnte und der höher war, als derjenige Preis, der unter einem herkömmlichen Transitvertrag resultiert hätten. Sollte der mit anderen ISP, welche hauptsächlich Datenverkehr ins Swisscom-Netz leiteten, geschlossene Transitvertrag von anderen Transitverträgen wesentlich abgewichen sein, könnten Anhaltspunkte bestehen, dass die Klauseln zum Revenue Share im Ergebnis eine Abrede zwischen Swisscom und DTAG über Mindestpreise gegenüber den Transitzkunden der DTAG gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dargestellt haben. Dies könnte gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zur Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen.

### B.3.1.2 Mengenabrede

74. Die vertragliche Pflicht, mindestens [...] % ihres Transitverkehrs über DTAG abzuwickeln, hätte andere ISP in der Wahl ihrer präferierten Route einschränken können, um Daten an Swisscom zu schicken, denn die Swisscom propagierte als Folge den Zugang zu ihren Endkunden via Transit über DTAG. Hierbei hätte Swisscom die Route über DTAG allerdings nicht erzwingen, sondern nur propagieren und damit die Wahrscheinlichkeit erhöhen können, dass der Datenverkehr auch tatsächlich über DTAG ins Swisscom-Netz geleitet wurde. Die Vereinbarung zwischen Swisscom und DTAG hätte daher bewirken können, dass ein bestimmtes Datenvolumen zwischen Swisscom und DTAG ausgetauscht wurde, bei gleichzeitiger Reduktion des Datenvolumens, welches über andere Anbieter (z.B. France Télécom) geleitet wurde. M.a.W. hätte das dem Wettbewerb ausgesetzte Datenvolumen potenziell künstlich verknappert werden können. Zudem hätte hierdurch für Swisscom der Anreiz sinken können mit anderen ISP kostenfreie Peering-Verträge abzuschliessen, so dass auch aufgrund der vertraglichen Vereinbarung indirekt eine Beschränkung des kostenfreien Peerings mit Swisscom hätte resultieren können. Es bestehen daher Anhaltspunkte, dass die entsprechende

Vertragsklausel als Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG qualifiziert werden kann.

### B.3.1.3 Gebietsabrede

75. Die vertragliche Vereinbarung, dass einem bisherigen Kunden von DTAG, der einen Traffic von mehr als [...] Mbit/s ins Netz von Swisscom leitete, nur nach Rücksprache eine direkte Interkonnektion angeboten werden konnte („jointly agree“), hätte als Vetorecht der DTAG bezüglich direktem Zugang zum Swisscom-Netz angesehen werden können. Hierdurch hätte für Swisscom und DTAG die Möglichkeit bestanden, zu koordinieren, welcher ISP wie Zugang zum Swisscom-Netz erhalten hätte, indem die Wahl zwischen Peering und Transit via DTAG hätte eingeschränkt werden können. Hieraus hätte eine Aufteilung der Kunden zwischen Swisscom und DTAG resultieren können. Es bestanden daher Anhaltspunkte, dass die fragliche Klausel als Abrede über die Aufteilung von Kunden bzw. Märkten gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren gewesen wäre.

76. In Erwägung des bisher Angeführten hätte bei einer entsprechenden Qualifikation der ursprünglichen Vertragsklauseln die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet werden können.

### B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

77. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

78. Zusätzlich wird neben der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt das Zusammenspiel mit dem benachbarten Markt und den nachgelagerten Märkten näher betrachtet, da sich diese gegenseitig beeinflussen.

#### B.3.2.1 Relevanter Markt

##### B.3.2.1.1 Der sachlich relevante Markt

79. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4, der hier analog anzuwenden ist). Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarkt-konzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Daneben bestehen weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit von Waren und Dienstleistungen aus der Nachfragesicht. Dabei ist jedoch stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al. / WEKO, m. w. Hinweisen.

80. Bei der IP-Interkonnektion besteht bisher noch kein regulatorischer Eingriff. Die heute im Internet weitgehend geltenden Bedingungen der IP-Interkonnektion sind daher das Resultat kommerzieller Verhandlungen zwischen den Marktteilnehmern.

81. Für die Zwecke des vorliegenden Schlussberichts bezieht sich die Marktabgrenzung auf den von der Marktgegenseite (Fernmeldediensteanbieter, Content-Anbieter etc.) nachgefragten Zugang zu den Endkunden von Swisscom über IP-Interkonnektion. Hierzu werden zunächst die von Swisscom bereitgestellten Möglichkeiten der Interkonnektion beschrieben.

#### **B.3.2.1.1.1 Direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom als Ausgangsprodukt**

82. Ausgangspunkt für die hier vorzunehmende Marktabgrenzung ist die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom, die von der Marktgegenseite nachgefragt wird. Mit der Interkonnektion werden letztendlich die Endkunden von ISP miteinander verbunden, so dass die für das Internet typische any-to-any Verbindung (Zugang zum weltweiten Netz) entstehen kann. Die IP-Interkonnektion mit Swisscom ermöglicht den Zugang zu den Endkunden von Swisscom. Dafür hat Swisscom als Netzeigentümerin ein technisches Monopol inne.

83. Die direkte Netzzusammenschaltung mit Swisscom kann über verschiedene Formen von Peering („Zero Settlement Peering“, „IC-Peering“ und „Paid Peering“) oder dem Bezug von Transit bei Swisscom erfolgen. Diese einzelnen Formen der direkten IP-Interkonnektion sind (bei gleicher Kapazität) bezüglich der Qualität der Datenübertragung absolut gleichwertig. Bei den unterschiedlichen Formen von Peering von Swisscom handelt es sich um differenzierte Produkte, wobei Paid Peering von Swisscom meistens Unternehmen nachfragen, welche die Bedingungen der Peering Policy für ein „Zero Settlement Peering“ von Swisscom nicht erfüllen. Die Marktgegenseite wählt das Produkt, das ihren Bedürfnissen und Möglichkeiten entspricht.

84. Diese Möglichkeiten werden weitgehend von Swisscom in deren Peering Policy festgelegt. Swisscom kann durch die Peering Policy die Nachfrager nach IP-Interkonnektion zu verschiedenen Produkten („Zero Settlement Peering“, „Paid Peering“ etc.) selektionieren, die sich in erster Linie im Preis unterscheiden. Dieser Preisunterschied könnte dafür sprechen, dass diese Produkte nicht dem gleichen Markt zuzurechnen sind. Die Preise und Bedingungen der Netzzusammenschaltung sind allerdings nicht in erster Linie Ausdruck einer differenzierten Nachfrage, sondern der Marktstellung von Swisscom. Dass es Swisscom gelingt, die Nachfrage auf differenzierte Produkte aufzuteilen, ändert daher nichts daran, dass das nachgefragte Gut die IP-Interkonnektion mit Swisscom ist.

85. Transit von Swisscom ist eine kostenpflichtige Form des Netzzugangs, wobei der Preis pro Mbps in der Regel höher liegt als beim Paid Peering.<sup>17</sup> Während Peering nur die Verbindung mit einem bestimmten Netzwerk sicherstellt, garantiert Transit die Verbindung mit dem gesamten Internet. Peering und Transit sind daher, wenn überhaupt, nur einseitig substituierbar. Das heisst, in einem möglichen Markt für universelle Internetkonnektivität kann das

Peering mit einem einzelnen Netzwerk kein Substitut für Transit darstellen. Umgekehrt besteht allerdings die Möglichkeit, dass Transit ein Substitut für eine einzelne Peeringverbindung darstellt, da jede Transitverbindung quasi auch ein (Paid) Peering zum Transitanbieter beinhaltet. In den meisten Fällen werden Peering und Transit allerdings komplementär eingesetzt: Transit sichert den Zugang zum Internet, während gleichzeitig zu einzelnen Netzwerken ein direktes Peering besteht, um Kosten zu sparen.

86. „Zero Settlement Peering“ ist nicht gratis.<sup>18</sup> Aufgrund der hohen Fixkosten (für Erschliessung, Hardware, Räumlichkeiten, Strom etc.)<sup>19</sup> sinken die Stückkosten stark mit der ausgetauschten Datenmenge. Die Stückkosten für Transit sinken ebenfalls, weshalb ein AS durch die Aggregation des Datenverkehrs in das Internet von Skalenerträgen profitieren kann. Für marginale Datenvolumina lohnt es sich nicht zu peeren. Für ein AS lohnt sich Peering daher nur, wenn die Kosten (pro Mbps) für Peering unter den Kosten für Transit (pro Mbps) liegen. In Abbildung 5 ist dieser Punkt durch den Schnittpunkt der beiden Kurven (Peering- und Transitpreis) gegeben. In diesem Bereich (abhängig von weiteren Faktoren) ist Transit bei Swisscom durchaus ein Substitut für ein direktes Peering mit Swisscom. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn das Peering mit Swisscom vordergründig gratis ist.

87. Swisscom setzt die Grenze, ab der sich für sie Peering lohnt, in ihrer Peering Policy bei 50 Mbps für Public-Peering und 300 Mbps für Private Peering. Die Vorabklärung hat keine Hinweise darauf ergeben, dass die Werte strategisch gewählt wurden, um gewisse Kunden auszuschliessen.

<sup>17</sup> Marktbefragung Swisscom: Beilage 6.

<sup>18</sup> BEREC, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, 2012, 22.

<sup>19</sup> Vgl. auch Befundpapier, 13 f.



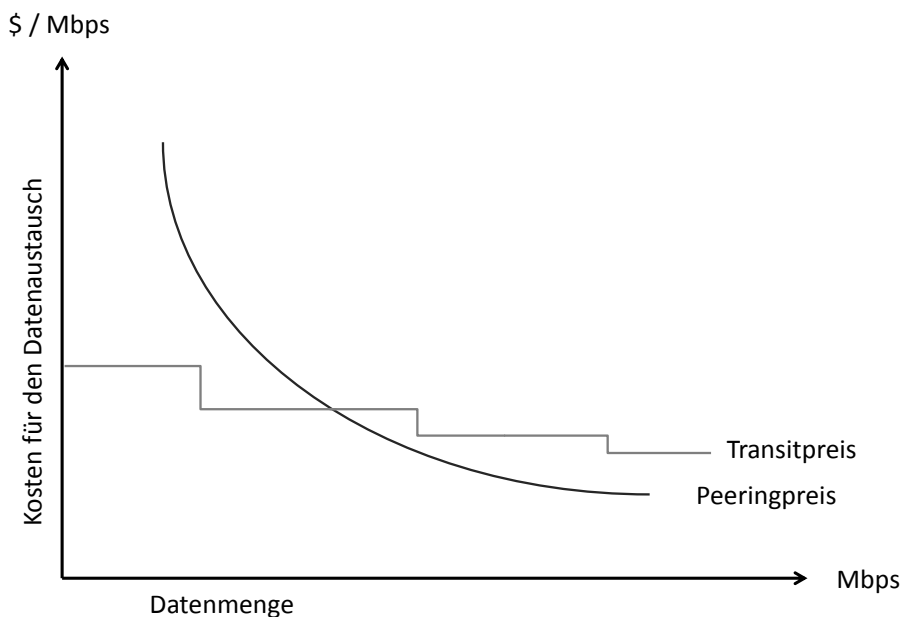


Abbildung 5: Die Kosten von Peering und Transit.

88. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass das Ausgangsprodukt für die vorliegende Markt- abgrenzung die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom ist. Die unterschiedlichen, von Swisscom angebotenen, Mög- lichkeiten der Netzzusammenschaltung widerspiegeln entweder die Marktstellung von Swisscom oder unter- schiedliche Preis-Kosten-Verhältnisse. In beiden Fällen rechtfertigt es sich nicht, diese als unterschiedliche Pro- dukte zu behandeln.

#### B.3.2.1.1.2 Marktgegenseite

89. Gemäss Art. 3 Bst. e FMG umfasst die Interkonnek- tion die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinn und stellt eine notwendige Voraussetzung dafür dar, dass Informationen zwischen Kommunikationsnetzen ausgetauscht werden können. Daraus wird ersichtlich, dass ins- besondere Fernmeldediensteanbieterinnen (nachfolgend: FDA) mit eigener Netzinfrastruktur IP-Interkonnektion nachfragen. Im Internet stellt jedes AS ein eigenständiges Netz dar, das Interkonnektion mit einem anderen AS nachfragt. Die Marktgegenseite von Swisscom sind des- halb vorerst alle AS, insbesondere ISP, Content- und Diensteanbieter und Transitanbieter, die den direkten Zu- gang zu den Endkunden von Swisscom nachfragen oder potentiell nachfragen könnten.

90. Eine besondere Rolle kommt den CDN zu, die eben- falls eine Anbindung ans Netz von Swisscom nachfragen: zum einen fragen sie Interkonnektion nach, um ihre Cache-Server mit Content zu füllen; zum anderen wollen sie diesen Content von den Cache-Servern an die End- kunden von Swisscom senden. Der Datenverkehr ist da- her im Normalfall vollkommen einseitig. Für die Verbin- dung von Host- bzw. Content-Server mit dem Swisscom- Netz sowie für die Verbindung der Cache-Server mit Swisscom-Endkunden fragen CDN wie jedes andere AS IP-Interkonnektion nach. Ein CDN mit entsprechender Backbone-Infrastruktur kann daher ebenfalls als Marktge- genseite von Swisscom betrachtet werden.

91. Aufgrund der Netzstruktur des Internets, können ISP und CDN gleichzeitig Marktgegenseite und Wettbewerber von Swisscom sein. Ein Peering-Partner von Swisscom fragt einerseits als Marktgegenseite IP-Interkonnektion bei Swisscom nach. Aufgrund seiner Anbindung an das Swisscom-Netz kann er andererseits auch im Wettbe- werb mit Swisscom seinen Transitkunden den Zugang zum Swisscom-Netz anbieten. Gleichermassen fragt ein CDN als Marktgegenseite den Zugang zum Swisscom- Netz nach, den es grundsätzlich im Wettbewerb mit Swisscom seinen Endkunden anbietet.

#### B.3.2.1.1.3 Kriterien für die Markt- abgrenzung

92. Der sachlich relevante Markt muss aus Sicht der Marktgegenseite von Swisscom abgegrenzt werden, die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom nachfragt. Swisscom hat für den Zugang zu seinen Endkunden als Netzeigentümer ein technisches Monopol. Die Architektur des Internets erlaubt es aber der Marktgegenseite, den Zugang zum Netz von Swisscom auch über weitere An- bieter zu erhalten. Als nicht Tier-1-ISP muss Swisscom Transit einkaufen, um seinen Kunden den Anschluss an das Internet zu gewährleisten. Der Zugang zum Swisscom-Netz kann daher auch über einen Transit- anbieter von Swisscom erreicht werden. Sämtliche direkten oder indirekten Verbindungen mit dem Transit- anbieter er- lauben folglich ebenfalls den Zugang zu den Endkunden von Swisscom. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Datenaustausch über einen Peering-Partner von Swisscom abzuwickeln. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes muss daher geprüft werden, welche Möglichkeiten der indirekten IP-Interkonnektion von der Marktgegenseite als Substitut für einen direkten Zugang zum Swisscom-Netz angesehen werden.

93. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass für die Markt- abgrenzung der Transit-Vertrag zwischen Swisscom und der DTAG nicht berücksichtigt werden darf. Für die Markt- abgrenzung ist einzig entscheidend, ob gewisse Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der

Marktgegenseite miteinander im Wettbewerb stehen, unabhängig von allfälligen Vereinbarungen potentieller Konkurrenten, diesen Wettbewerb allenfalls einzuschränken.

a) *Hypothetischer Monopolisten-Test*

94. Für die Beantwortung der Frage, welche Möglichkeiten der indirekten IP-Interkonnektion von der Marktgegenseite als Substitut für einen direkten Zugang zum Swisscom-Netz angesehen werden, kann die Logik des hypothetischen Monopolisten-Tests (HM-Test) herangezogen werden. Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine geringfügige Preiserhöhung von 5 bis 10 % für das Peering für einen hypothetischen Monopolisten profitabel wäre. Direktes Peering und eine Verbindung über den Transitanbieter können beispielsweise dem gleichen Markt zugeordnet werden, wenn als Reaktion auf eine solche Preiserhöhung genügend Datenverkehr über Transit ins Swisscom-Netz gesendet werden kann, um die Preiserhöhung insgesamt nicht profitabel zu machen.

95. Wie bereits erwähnt, ist auch ein „Zero Settlement Peering“ nicht gratis. Vielmehr verrechnen die Partner einander keine Zahlungen, da sie davon ausgehen, dass sich diese gegenseitig ausgleichen. Die Kosten für Racks, Erschliessung, Kollokation etc. entstehen unabhängig davon, in welche Richtung die Daten (inbound oder outbound) tatsächlich fliessen. Ein „Zero Settlement Peering“ kommt daher nur zustande, wenn die Unternehmen gleichgerichtete Interessen haben. Ein Preismechanismus ist in diesem Fall nicht nötig.

96. Nach Einschätzung des Sekretariats generieren grosse Eyeball-ISP immer stark unausgeglichene Datenverkehr. Endkunden fragen im Durchschnitt mehr

Down- als Upload nach, da das Datenvolumen von nachgefragtem Content das Datenvolumen der Nachfrage nach diesem Content normalerweise um ein Vielfaches übersteigt. Die Schweizer-Internetanbieter bieten deshalb den Endkunden üblicherweise eine Up- und Download Ratio von 1 zu 5 an.<sup>20</sup> Aufgrund dieses Profils hat aber auch bei Datenaustausch zwischen zwei Eyeball-ISP grundsätzlich immer der ISP mit der grösseren Anzahl an Endkunden den höheren Inbound-Verkehr. Eine unausgeglichene Ratio ist daher der IP-Interkonnektion immanent.

97. Mit der Änderung der Peering Policy hat Swisscom als das grösste Eyeball-Netzwerk der Schweiz die Preise einseitig erhöht. Gemäss der neuen Peering Policy von Swisscom kostet Datenverkehr jenseits der Ratio pro zusätzliches Mbps etwa 3 Franken. Dies kommt einer Preiserhöhung gleich, die denjenigen trifft, der die Ratio in eine Richtung überschreitet. Es trifft insbesondere diejenigen Nachfrager nach IP-Interkonnektion mit Swisscom, die einen strukturell asymmetrischen Datenverkehr mit Swisscom aufweisen.<sup>21</sup> Aufgrund der speziellen Konstellation ist eine relative Quantifizierung dieser Preiserhöhung kaum möglich, doch es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Swisscom für einen Teil der Marktteilnehmer<sup>22</sup> eine geringfügige und dauerhafte Preiserhöhung im Sinne des Hypothetischen Monopolisten-Tests durchgeführt hat. Diese können entweder die Preiserhöhung akzeptieren, d.h. den neuen Preis bezahlen, bzw. auf ein anderes (kostenpflichtiges) Swisscom-Produkt wechseln oder auf eine indirekte Form des Netzzugangs ausweichen.<sup>23</sup> Bei der nachfolgenden Marktsegmentierung wird diese Preiserhöhung berücksichtigt werden.

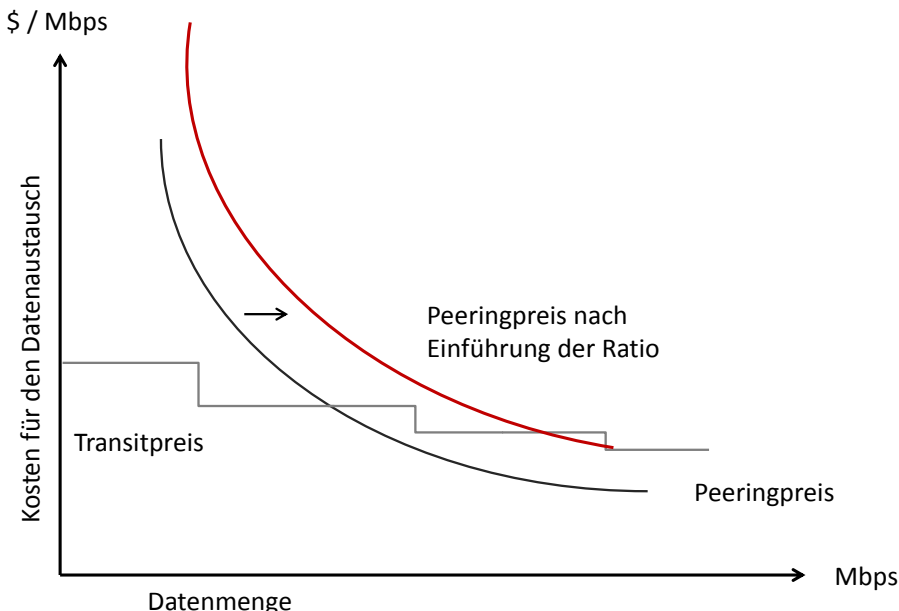


Abbildung 6: Kosten von Peering nach Einführung der Ratio (sofern die Ratio überschritten wird).

<sup>20</sup> Swisscom bietet z.B. bei den Vivo-Paketen die Profile XL (300/60 Mbps) L (100/30 Mbps) und M (40/6 Mbps) an <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/internet/angebote.html>> (besucht am 28.10.2014).

<sup>21</sup> Vgl. Befundpapier BAKOM, S. 37.

<sup>22</sup> Nicht betroffen sind höchstwahrscheinlich sämtliche Schweizer Eyeball-ISP, die ein ähnliches Verkehrsprofil wie Swisscom aufweisen.

<sup>23</sup> Die Logik des HM-Tests verlangt, dass der Markt zum Zeitpunkt der angenommenen Preiserhöhung wettbewerblich ist (Cellophane Fallacy). Diese Annahme ist vorliegend durchaus realistisch, da vor Einführung der Ratio keine signifikanten Wettbewerbsbeschränkungen feststellbar sind.

98. Vorliegend handelt es sich um einen Markt mit stark differenzierten Produkten, die häufig nur unvollständige Substitute darstellen, jedoch trotzdem einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben. Die binäre Struktur der Marktabgrenzung (ein Produkt ist entweder im oder ausserhalb des relevanten Marktes) führt dazu, dass keine trennscharfe Grenze gezogen werden kann.

#### b) Qualitätskriterien

99. Für die Beurteilung der Substituierbarkeit von verschiedenen Formen bzw. Routen der IP-Interkonnektion ist zudem von Bedeutung, ob diese qualitativ hinreichende Substitute darstellen. Die wichtigsten Qualitätsmerkmale für eine end-to-end Verbindung sind die Wahrscheinlichkeit, dass ein Datenpaket verloren geht (packet loss) sowie der Mittelwert und die Varianz der Verzögerung (latency und jitter). Eine weitere wichtige Grösse bei der Qualitätsberechnung ist die Paketumlaufzeit (Round Trip Time; nachfolgend: RTT), welche die mittlere Zeit angibt, die ein Datenpaket benötigt, um von der Quelle zum Ziel und wieder zurück zu gelangen. Packet Loss hat im Übrigen auch direkte Auswirkungen auf die RTT, da verlorene Pakete erneut angefordert und gesendet werden müssen.

100. Eine direkte Netzanbindung ist im Allgemeinen qualitativ besser als eine indirekte Netzanbindung. Grundsätzlich gilt, dass die Qualität einer end-to-end Verbindung mit der Anzahl der Hops abnimmt (pro Router wird eine Paketverzögerung von 2 bis 10 Millisekunden – nachfolgend: ms – angenommen). Weiter hängt die Qualität von der Kapazität der einzelnen Interkonnektionspunkte ab. Eine end-to-end Verbindung kann qualitativ immer nur so gut sein wie ihr schwächstes Glied. Gemäss Marktbefragung kann eine sehr gute Datenübertragungsqualität gewährleistet werden, wenn die Auslastung eines Links unter 75 % (95 Perzentil) liegt.<sup>24</sup>

101. Ein weiterer wichtiger Faktor stellt die Anzahl der Drittnetze dar, welche die Daten vom Sender zum Empfänger durchlaufen. Je grösser deren Anzahl, umso schwieriger wird es, für Sender und/oder Empfänger die Qualität der Datenübertragung zu kontrollieren und zu garantieren. Dies ist auch ein Grund für den grossen Erfolg der CDN in den letzten Jahren, die eine direkte Datenübertragung ins Zielnetz anbieten. Schliesslich ist noch die geographische Distanz zu berücksichtigen, die zu einer leichten Verzögerung führt. Diese wird aber insbesondere bei der Frage der räumlichen Marktabgrenzung von Bedeutung sein (siehe unten).

102. Nach Angaben von Swisscom können die meisten wichtigen Dienste (E-Commerce, Lineares TV, Gaming und Realtime Materialwirtschaft) mit einer RTT von unter 50 ms angeboten werden; Sprachübertragung und nicht-lineare Videos benötigen unter 100 ms.<sup>25</sup> Es besteht kein Anlass, diese Angaben von Swisscom anzuzweifeln. Dabei ist allerdings zu beachten, dass es sich wohl um RTT ohne Anschlussnetz handelt.<sup>26</sup> Für die Datenübertragung in den Anschlussnetzen muss jeweils noch eine Verzögerung von je 15 ms addiert werden.<sup>27</sup>

103. Das BAKOM hat in seinem Befundpapier eine Analyse verschiedener indirekter Verbindungen mit Swisscom bezüglich Qualität nach technischen Gesichts-

punkten vorgenommen. Dabei verwendete es den Qualitätsstandard Y.1541 der International Telecommunication Union (nachfolgend: ITU) aus dem Jahre 2011. Diese Befunde werden nachfolgend für die technische Beurteilung der Übertragungsqualität einer Route verwendet.<sup>28</sup>

#### B.3.2.1.1.4 Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Swisscom

##### a) Transit und Peering: Verkehrsströme

104. Zunächst ist festzuhalten, dass die any-to-any Netzstruktur des Internets dazu führt, dass der Zugang zu den Endkunden von Swisscom über das Internet ständig garantiert ist. Auch nach Änderung der Peering-Policy durch Swisscom (Einführung der Ratio) bleibt der Zugang zu den Endkunden von Swisscom bestehen. Es bestehen dafür folgende Möglichkeiten:

- Die Marktgegenseite leitet Traffic selbst über Transit in das Netz von Swisscom. So gab beispielsweise der Schweizer ISP [...] im Rahmen der Marktbefragung an, dass er zwar einen IC-Peering Vertrag mit Swisscom unterschrieben habe, aber durch BGP tuning sicherstelle, dass die Ratio von 2 zu 1 nicht überschritten werde. Daraus folge aber ein nicht optimales Routing mit Qualitätseinbussen.<sup>29</sup>
- Swisscom beschränkt den Zugang zu seinen Endkunden (partial peering). Der Entsprechende Verkehr wird über eine Transitverbindung in das Netz von Swisscom umgeleitet. Aktuell führt Swisscom solche Massnahmen bei [...] von [...] Peering-Partnern durch.<sup>30</sup> Die Privatkunden von Swisscom können nur über einen Transitanbieter von Swisscom erreicht werden. Der Verlauf des Datenverkehrs lässt vermuten, dass Swisscom den Verkehr wenn immer möglich über die DTAG leitet.
- Swisscom leitet inbound Datenverkehr jenseits der Ratio über eine Transitverbindung in das eigene Netz. Swisscom betreibt aktuell für [...] Unternehmen sogenanntes „active traffic management“ (ATM).<sup>31</sup> Auch hier ist zu vermuten, dass Swisscom vornehmlich die Transitroute über die DTAG nutzt.

105. Für die meisten ISP bedeutet die neue Peering Policy daher eine Preiserhöhung für die Datenmenge jenseits der Ratio um den Preis für ein marktübliches Transitangebot: Jedes Datenpaket jenseits der Ratio wird zu einem marktüblichen Transitpreis ins Swisscom-Netz geleitet.

106. Es stellt sich die Frage, welche Transitanbieter in qualitativer und preislicher Hinsicht als Substitute zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom in Frage kommen. Die Marktbefragung ergab, dass [...], [...], [...] und

<sup>24</sup> Marktbefragung: Mittelwert der Antworten auf Frage D.1.

<sup>25</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 05.02.2014, Antwort auf Frage 8.

<sup>26</sup> Vgl. die entsprechenden RTT in den vierteljährlichen Berichten von CNlab; Marktbefragung Swisscom, Nachbefragung: Beilage 26, IBB-Berichte.

<sup>27</sup> Vgl. Befundpapier 28 f.

<sup>28</sup> Befundpapier, 27 ff.

<sup>29</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage C.3.

<sup>30</sup> Marktbefragung Swisscom: Antwort auf Frage B.6, Beilage 5.

<sup>31</sup> Marktbefragung Swisscom: Antwort auf Frage B.6, Beilage 5.

[...] die am häufigsten gewählten Transitanbieter sind.<sup>32</sup> Alle befragten ISP beziehen bei mindestens einem dieser Anbieter Transit. [...] bietet als Transitanbieter von Swisscom eine direkte Verbindung ins Swisscom-Netz an. [...] und [...] sind als Tier-1-ISP Peering-Partner [...] d.h. die Verbindung zu Swisscom ist über zwei Drittnetze und wenige Hops möglich. Alle befragten Unternehmen können daher ihren Traffic grundsätzlich ohne Wechsel des Transitanbieters über höchstens zwei Anbieter (Transitanbieter von Swisscom und Peering-Partner des Transitanbieters) mit Swisscom austauschen.

107. Init7 ist aufgrund der Verpflichtung von Swisscom, Init7 während der Dauer des Zugangsverfahrens unentgeltlich den Datenaustausch zu gewähren, ebenfalls direkt mit Swisscom verbunden. Diese Verbindung zu Swisscom darf aber für die vorzunehmende Marktabgrenzung keine Rolle spielen, da sie nicht die tatsächlichen Marktverhältnisse widerspiegelt und erst aufgrund einer behördlichen Anweisung möglich ist.

108. Die Marktbefragung ergab, dass bei der Wahl des Transitanbieters nicht die Verbindung zu einem bestimmten Netz (z. B. Swisscom) im Vordergrund steht.<sup>33</sup> Auch der Preis für die Verbindung scheint im Bereich des internationalen Transits wichtiger zu sein als eine Verbindung zu einem einzelnen Netz.<sup>34</sup> Daraus ergibt sich, dass die meisten Marktteilnehmer nicht den Transitanbieter wechseln würden, um eine alternative Verbindung ins Swisscom-Netz zu erhalten. Die für die Marktabgrenzung entscheidende Frage ist daher vorerst, ob die alternativen Angebote der – von den Marktteilnehmern aufgrund anderer Faktoren gewählten – Transitanbieter verhindern können, dass Swisscom den Preis für direkte IP-Interkonnektion profitabel erhöht.

#### b) *Transit und Peering: Preise*

109. Die Preise für Transitdienstleistungen sind nach Angaben der Marktteilnehmer in den letzten Jahren gefallen.<sup>35</sup> Auch sonst gibt es keinerlei Hinweise, dass in einem möglichen Markt für universelle Internetanbindung kein Wettbewerb herrschen würde. Tendenziell sind die grösseren Tier-1-ISP etwas teurer als kleinere Anbieter, insgesamt sind die Preisunterschiede pro Mbps, insbesondere bei höheren Bandbreiten, allerdings gering.

110. Ein disziplinierender Effekt kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Transitanbieter für den Zugang zu den Endkunden keine Vorleistung bezahlt. Dies gilt zum einen für die Transitanbieter von Swisscom (hier zahlt Swisscom für den Zugang zum Internet), zum anderen für Peering-Partner von Swisscom, die ein „Zero Settlement Peering“ erhalten. Eine weitere Möglichkeit Transit zu beziehen besteht bei einem Peering-Partner eines Transitanbieters von Swisscom.

111. Ein Teil der Anbieter, die einen alternativen (indirekten) Zugang zum Swisscom-Netz bereitstellen können, beziehen bei Swisscom oder bei einem Transitanbieter von Swisscom einen bezahlten Netzzugang als Vorleistung (Transit oder Paid Peering). Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie als potentielle Wettbewerber von Swisscom ähnlichen Restriktionen unterworfen sind wie ein AS, das direkt bei Swisscom einen bezahlten Netzzugang bezieht. Trotzdem können sie unter Umständen ei-

nen gewissen disziplinierenden Effekt auf Swisscom ausüben, sofern sie aufgrund der Aggregation von Kapazität und der Ausnutzung von Skaleneffekten, bzw. der daraus resultierenden Verhandlungsmacht, besonders vorteilhafte Bedingungen aushandeln konnten.

112. Transit bei einem Drittanbieter kann in preislicher Hinsicht ohne Weiteres als ein Substitut zur kostenpflichtigen IP-Interkonnektion mit Swisscom (Paid Peering oder Transit) betrachtet werden. Sofern die Qualität der Datenübertragung gewährleistet ist, sind die Preisunterschiede pro Mbps gering.

113. Transit bei einem Drittanbieter erscheint allerdings aufgrund des grossen Preisunterschiedes, bzw. der unterschiedlichen Preisstruktur, vorerst nicht ein Substitut für ein „Zero Settlement Peering“ mit Swisscom darzustellen. Dazu ist allerdings Folgendes anzuführen:

- Ein ISP, dessen Datenprofil im Datenaustausch mit Swisscom regelmässig die Ratio überschreitet, kann diesen Anteil über Transit ins Netz von Swisscom leiten. Die Preise pro Mbps für Datenverkehr jenseits der Ratio und Transit ist bei vielen Transitanbietern vergleichbar, zumal für diesen Datenverkehr normalerweise kein zusätzlicher Vertrag abgeschlossen werden muss.
- Wie bereits dargelegt, stellen Transit und Peering für eine gewisse Datenmenge auch preislich ein Substitut dar. Unter Umständen lohnt sich dann ein vollständiges Depeering, sofern die Kostenersparnisse aufgrund der wegfallenden Verbindungs- und Hardwarekosten sowie der garantierten Servicequalität gross genug sind. Im Rahmen der Marktbefragung haben nur wenige Marktteilnehmer angegeben, dass Transit in preislicher Hinsicht kein hinreichendes Substitut für ein direktes Peering sein kann.<sup>36</sup>
- Eine Preiserhöhung bei der direkten IP-Interkonnektion bedeutet, sofern der Datenverkehr alternativ über einen Transitanbieter von Swisscom geroutet wird, zusätzliche Kosten für Swisscom beim Transiteinkauf. Sofern über einen Peering-Partner von Swisscom geroutet wird („Zero Settlement Peering“), kann Swisscom ebenfalls keine zusätzlichen Einnahmen erzielen.

114. Ein hypothetischer Monopolist Swisscom könnte folglich seine Preise nicht profitabel erhöhen, da der Datenverkehr über die Transitanbieter geroutet werden kann und er hierbei unter den im Internet geltenden Standardbedingungen keine Erträge erzielen kann. Im Gegenteil: eine solche Preiserhöhung würde sich normalerweise (bei einem branchenüblichen Transitabkommen) finanziell negativ auswirken, da Swisscom für jedes Datenpaket, das über einen Transitanbieter geroutet würde, ein Entgelt entrichten müsste (vgl. Kapitel A.2.3).

<sup>32</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.7.

<sup>33</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.7.

<sup>34</sup> Marktbefragung Sunrise: Antwort auf Frage B.10.

<sup>35</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.6.

<sup>36</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B 10. [...], [...], [...], [...] und [...].

c) *Die Qualität des Zugangs zu Swisscom über Transitanbieter*

115. Grosse Unterschiede bestehen gemäss Marktbefragung bezüglich der Qualität einer Transitverbindung für einen bestimmten Verwendungszweck. Oft wird der Transitanbieter beispielsweise aufgrund einer besonders guten Verbindung in eine gewisse geographische Region gewählt.<sup>37</sup> Vorliegend ist die entscheidende Frage, ob eine Transitverbindung in qualitativer Hinsicht ein hinreichendes Substitut zu einer direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellen kann. Zunächst werden deshalb die Transitrouten über die Transitanbieter von Swisscom analysiert. Dabei kann Transit direkt beim Transitanbieter oder einem Peering-Partner des Transitanbieters eingekauft werden. Anschliessend werden Transitrouten über Peering-Partner und über Transitkunden von Swisscom betrachtet.

116. Eine direkte Verbindung zum Transitanbieter von Swisscom sollte grundsätzlich eine qualitativ hochwertige Netzanbindung ermöglichen. Die Analyse des BAKOM ergab, dass die beiden Transitanbieter DTAG und France Télécom aus technischer Hinsicht eine sehr gute Alternative zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellen.<sup>38</sup> Swisscom verfügt mit der DTAG über sehr grosse Transitzkapazität, die in der zweiten Hälfte 2013 nochmals erheblich ausgebaut wurde. Heute stehen [...] Gbps [...]

zur Verfügung. Diese Kapazität war auch in Spitzenzeiten nie annähernd ausgelastet (maximale Auslastung [...] %). Bei France Télécom bezieht Swisscom [...] Gbps, was eine vergleichbar grosse Transitzkapazität darstellt. France Télécom und Swisscom verfügen über 6 Austauschnoten (davon zwei in der Schweiz). Diese Verbindung wurde in der Vergangenheit noch weniger ausgelastet als die Verbindung zur DTAG (maximale Auslastung [...] %).

117. Die Analyse der tatsächlichen Verkehrsströme spricht im Übrigen dafür, dass der Transitkanal mit France Télécom in erster Linie als redundante Anbindung Verwendung findet bzw. dass Swisscom den Transitverkehr wenn immer möglich (wie ursprünglich vertraglich mit der DTAG vereinbart) über die DTAG routet. Daher kommt der Transitkanal von France Télécom in der Regel nur dann zum Tragen, wenn die Route über DTAG nicht zur Verfügung steht.<sup>39</sup>

118. In Übereinstimmung mit der Analyse des BAKOM ist daher davon auszugehen, dass aufgrund der vorhandenen Kapazitäten zwischen der Swisscom und ihren Transitanbietern keinerlei Datenstau zu erwarten ist. Dafür sprechen im Übrigen auch die von der DTAG und France Télécom im Service Level Agreement festgeschriebenen Qualitätsgarantien.

	RTT innerhalb Europa	Packet Loss
DTAG	Max. [...] ms	Max. [...] %
France Télécom	<[...] ms im Durchschnitt	<[...] % im Durchschnitt

Tabelle 1: Garantierte Qualität der Transitanbieter von Swisscom gemäss Service Level Agreement.<sup>40</sup>

d) *Transit bei einem Transitanbieter von Swisscom*

119. Transit wird per Definition nur von kleineren Marktteilnehmern (Tier-2 und Tier-3-ISP etc.) bezogen. Die Marktbefragung ergab, dass eine Mehrheit der befragten Marktteilnehmer eine direkte Verbindung über Transit mit einem Transitanbieter von Swisscom als Substitut für ein direktes Peering mit Swisscom betrachtet (21 von 32).<sup>41</sup> Die Einschätzung der Marktteilnehmer, dass eine direkte Verbindung mit der DTAG z. B. über Transit eine Alternative zu einer direkten Verbindung darstellt, ist nachvollziehbar: als Tier-2-ISP ist Swisscom grundsätzlich auf eine gute Anbindung an das Internet über Transit angewiesen. Swisscom hat deshalb ein grosses Interesse eine qualitativ einwandfreie Verbindung mit den Transitprovidern bereitzustellen. Aufgrund der vorhandenen Kapazitäten und der tatsächlichen Datenströme wird nachfolgend in erster Linie Transit über die DTAG als mögliche Alternative zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom in Betracht gezogen.

120. Bezüglich der Unternehmen, welche Transit bei der DTAG qualitativ nicht als Substitut zu einer direkten Verbindung mit Swisscom betrachten, ist anzumerken, dass es sich um eine sehr heterogene Gruppe handelt.<sup>42</sup> Insbesondere sind es nicht in erster Linie Unternehmen, die

aufgrund der übertragenen Daten besonders hohe Ansprüche an die Übertragungsqualität stellen würden.<sup>43</sup> Von den befragten Streaming-Anbietern gab keiner an, dass eine solche Verbindung qualitativ nicht genügen würde, es gab aber auch nur ein Unternehmen, das angab sie genüge. Überraschenderweise gab die Mehrheit der Streaming-Anbieter schlicht keine Antwort.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.7.

<sup>38</sup> BAKOM Befundpapier 65 f. Reliance Telecom ist als Spezialanbieter für die vorliegende Analyse unerheblich.

<sup>39</sup> Vgl. auch Marktbefragung Swisscom: Antwort auf Frage B.9.

<sup>40</sup> Befundpapier.

<sup>41</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B 10.

<sup>42</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage C 2.

<sup>43</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage C 2. [...] ist zwar in erster Linie Content Provider, die Antworten erfolgten allerdings in Unkenntnis der Situation in der Schweiz (vgl. Marktbefragung [...], Antwort auf Frage C.1.) und ist auch inkonsistent, da Transit beim Peering Partner von Swisscom als qualitative Verbindung zu Swisscom betrachtet wird (vgl. Marktbefragung Apple Inc., Antwort auf Frage C.2.).

<sup>44</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage C „fehlend“ oder „weiss nicht“.

121. Ein wichtiges Indiz dafür, dass Transit bei der DTAG in qualitativer Hinsicht ein Substitut zu einer direkten Verbindung mit Swisscom darstellt, ist das Verhalten des Video-Streaming-Anbieters Netflix. [...]. Als Netflix im September 2014 sein Angebot in der Schweiz startete, konnten die Endkunden von Swisscom dieses offensichtlich ohne nennenswerte Probleme beziehen. Netflix veröffentlicht auch regelmässig die Messung der Verbindungsqualität. Demnach bewegt sich Swisscom im nationalen Vergleich mit 3.71 Mbps zwar unter dem Durchschnitt, im internationalen Vergleich ist dieser Wert allerdings ein Spitzenplatz. In den USA, dem Stammland von Netflix, kommt der schnellste Anbieter (Verizon) auf 3.17 Mbps.<sup>45</sup>

122. Zusammenfassend kann daher (unter der Voraussetzung, dass der Vertrag zwischen DTAG und Swisscom nicht besteht) festgehalten werden, dass der Einkauf von Transit (und mit gewissen Einschränkungen auch von Paid Peering) bei einem Transitanbieter von Swisscom ein hinreichendes Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellt, um dem gleichen sachlich relevanten Markt zugerechnet zu werden.

e) *Transit bei einem Peering-Partner eines Transitanbieters von Swisscom*

123. Ein Peering mit einem Transitanbieter von Swisscom kommt aufgrund deren restriktiven Peering Policy eigentlich nur für Tier-1-ISP in Frage. Sofern diese mit der DTAG oder France Télécom ein „Zero Settlement Peering“ vereinbart haben, verursacht die neue Peering Policy von Swisscom vorerst keine Kosten, da sie den Datenaustausch mit Swisscom ohne Weiteres über diesen Kanal abwickeln können. Es sind vorderhand weder qualitative noch preisliche Faktoren ersichtlich, weshalb ein Peering mit einem Transitanbieter von Swisscom kein Substitut zu einer direkten Verbindung darstellen sollte.

124. Der [...] ISP [...] (nachfolgend: [...]), dem zumindest regional (in Europa) ein Tier-1 Status zukommt, gab beispielsweise im Rahmen der Marktbefragung an, dass [...] zuerst einen Ratio basierten Vertrag mit Swisscom unterzeichnet habe, diesen aber kündigte, als vermehrt Traffic über [...] geroutet wurde und sich somit die Ratio verschlechterte. [...] konnte das Abkommen aufgrund seiner Peering-Verbindungen zu den Transitanbietern von Swisscom kündigen.<sup>46</sup>

125. Ein Tier-1-ISP muss aber unter Umständen seine Peering-Verbindung zum Transitanbieter von Swisscom ausbauen. Dabei ist zu beachten, dass auch die Transitanbieter von Swisscom in ihrer Peering Policy die Einhaltung einer Ratio festlegen ([...]). Es ist zu vermuten, dass Swisscom bewusst zwei europäische Eyeball-ISP als Transitanbieter gewählt hat (im Gegensatz zu [...]), dem wichtigsten Transitanbieter vor der Einführung der Ratio), um einem unbeschränkten Netzzugang über den Transitanbieter vorzubeugen. Swisscom gab denn auch an, dass gemeinsame Werte (z. B. bezüglich der Peering Policy) die Zusammenarbeit mit den Transitanbietern erleichtern würden.<sup>47</sup>

126. Tier-1-ISP müssen deshalb unter Umständen ihr Routing anpassen oder zusätzliches Paid Peering einkaufen. So gab [...] im Rahmen der Marktbefragung an, nach der Kündigung des Transitabkommens mit Swisscom monatlich zusätzlich [...] Euro für Paid Peering mit einem

Transitanbieter von Swisscom bezahlen zu müssen.<sup>48</sup> Trotzdem gab [...] an, gegenwärtig mit der Verbindung zu Swisscom in qualitativer Hinsicht unzufrieden zu sein.<sup>49</sup> Dazu ist anzumerken, dass Paid Peering beim Transitanbieter zwar einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben könnte, aufgrund des grossen Preisunterschiedes für die grundsätzlich gleiche Dienstleistung – bei gleichen Fixkosten für die Hardware und Kollokation – erscheint dies allerdings unwahrscheinlich. Ein Tier-1-ISP wird folglich für zusätzliche Transitkapazität nur ein konkurrenzfähiges Angebot machen können, wenn er beim Peering mit einem Transitanbieter nicht selbst durch dessen Ratio-Anforderung eingeschränkt ist. Der Einkauf von Transit beim Transitanbieter kommt für einen Tier-1-ISP nicht in Frage, da er in diesem Fall den Tier-1 Status verlieren würde.

127. Die Qualität der „Zero Settlement Peerings“ zwischen Tier-1-ISP und den Transitanbietern von Swisscom hat in der Vergangenheit regelmässig zu Beschwerden Anlass gegeben. So bemerkte [...] (einer der weltweit grössten Backbone-Betreiber) im Rahmen der Marktbefragung, dass es in der Möglichkeit die Übertragungsqualität beim Peering mit der DTAG und France Télécom durch Kapazitätsanpassung anzupassen, eingeschränkt ist.<sup>50</sup> Diesbezüglich hat die EU-Kommission im Juli 2013 auch eine Untersuchung gegen einige der grössten europäischen ISP eröffnet. Gemäss Presseartikeln richtet sich die Untersuchung auch gegen die Transitanbieter von Swisscom, die DTAG und France Télécom. Gemäss EU-Kommission bestanden Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: AEUV). Den europäischen ISP wurde insbesondere vorgeworfen, den Datenverkehr zu den grossen (contentlastigen) US-amerikanischen ISP missbräuchlich zu drosseln.<sup>51</sup> Im Oktober 2014 hat die EU-Kommission das Verfahren mit der Begründung eingestellt, dass die beobachteten Verhaltensweisen keinen Verstoss gegen das europäische Wettbewerbsrecht darstellen würden. Offensichtlich war die Qualität dieser Verbindung aber beeinträchtigt. Die EU-Kommission kündigte daher an, den Sektor weiterhin zu beobachten.<sup>52</sup> Für die vorliegende Fragestellung ist entscheidend, dass die Qualität des „Zero Settlement Peerings“ mit den Transitanbietern von Swisscom von den Tier-1-ISP unter Umständen nicht hinreichend kontrolliert und beeinflusst werden kann.

<sup>45</sup> <<http://ispspeedindex.netflix.com/switzerland>> (besucht am 20.10.2014).

<sup>46</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage C.1.

<sup>47</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 05.02.2014, Antwort auf Frage 6.c.

<sup>48</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage C.4.

<sup>49</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage D.3.

<sup>50</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage D.3.

<sup>51</sup> Mitteilung der EU Kommission vom 11.07.2013; Die Welt vom 11.07.2013, abrufbar unter: <<http://www.welt.de/wirtschaft/article117963991/Bei-Europas-Telekom-Riesen-ist-die-EU-unpatriotisch.html>> (besucht am 19.09.2014).

<sup>52</sup> Mitteilung der EU-Kommission vom 03.10.2014.

128. Aus Sicht der Tier-1-ISP ist daher vorerst „Zero Settlement Peering“ bei einem Transitanbieter von Swisscom das einzige hinreichende Substitut zu einem direkten „Zero Settlement Peering“ bei Swisscom. Dieses kann aber nur solange eine disziplinierende Wettbewerbswirkung ausüben, als die Ratio zu den Transitanbietern ein „Zero Settlement Peering“ noch zulässt. Für darüber hinaus anfallenden Inbound-Verkehr sieht sich ein Tier-1-ISP den gleichen Restriktionen ausgesetzt wie bei einer direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom. Aus Sicht von Tier-1-ISP als Marktgegenseite von Swisscom stellt der Weg über einen Transitanbieter von Swisscom also nur

ein eingeschränktes Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom dar.

129. Es stellt sich nun die Frage, inwiefern der Einkauf von Transit bei einem Peering-Partner eines Transitanbieters von Swisscom ein Substitut für eine direkte IP-Interkonnektion darstellt. Die Analyse des BAKOM identifizierte aus technischer Perspektive sieben Peering-Partner der DTAG und fünf Peering-Partner von France Télécom, die in Europa Transit anbieten und eine genügend grosse Kapazität aufweisen:<sup>53</sup>

DTAG		France Télécom	
Peering Partner	Kapazität (Gbps)	Peering Partner	Kapazität (Gbps)
TeliaSonera	[...]	Level3	[...]
Level3	[...]	Tata	[...]
NTT Communications	[...]	TeliaSonera	[...]
Tata Communications	[...]	Sprint	[...]
Cogent	[...]	China Telecom	[...]
Telefonica	[...]		
Abovenet	[...]		

Tabelle 2: Peering Partner der Transitanbieter von Swisscom.

130. Zu Tabelle 2 ist anzumerken, dass im Rahmen der Marktbefragung [...], sowie die US-amerikanischen ISP [...] und [...] von keinem Akteur als Transitanbieter genannt wurden.<sup>54</sup> Der [...] ISP [...] sowie der [...] ISP [...] wurden nur einmal, nämlich vom Hosting Anbieter [...] u.a. neben [...] als Transitanbieter gewählt.<sup>55</sup> Es ist nicht davon auszugehen, dass diesen Transitanbietern eine Bedeutung für die Bereitstellung von Internetanbindung in Europa zukommt.

131. Daher verbleiben als mögliche Alternativen für die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom die Transitanbieter Level3, TeliaSonera und Cogent, denen in einem Schweizer Kontext auch eine gewisse Bedeutung zukommt.<sup>56</sup> Wie bereits erwähnt, routet Swisscom, wenn immer möglich, Transitverkehr über die DTAG. Vorliegend ist folglich in erster Linie die Verbindung zur DTAG relevant. Die DTAG hatte es allerdings im Rahmen der Marktbefragung verweigert, Angaben über Qualität und Auslastung dieser Peering-Verbindungen zu machen.<sup>57</sup>

132. Für die Beurteilung, ob die Route über einen Peering-Partner eines Transitanbieters von Swisscom zum sachlich relevanten Markt gehört, muss daher auf Hinweise aus der Marktbefragung zurückgegriffen werden. Es ist zum einen bekannt, dass die Transitanbieter von Swisscom für das Peering mit ihnen ebenfalls eine ausgeglichene Ratio fordern; zum andern gibt es verschiedene Anhaltspunkte dafür, dass es bei diesen Verbindungen verschiedentlich zu Problemen bezüglich Kapazitätsausbau [...] kam. Die grossen europäischen Eyeball-ISP (u.a. die Transitanbieter von Swisscom) beklagen sich zudem regelmässig, dass CDA nicht bereit seien, für den

von ihnen verursachten Datenverkehr zu bezahlen.<sup>58</sup> Über das Peering von [...] und [...] mit France Télécom ist zudem bekannt, dass es in Spitzenzeiten sehr stark beansprucht ist (bis zu 100 % der vorhandenen Kapazität, 95 Perzentil), was für eine unterlassene Kapazitätserweiterung spricht.<sup>59</sup>

133. Insgesamt ergibt sich ein Bild, dass bei der Frage des Ausbaus und der Qualität der Peering-Verbindungen mit den Transitanbietern von Swisscom nicht mehr parallele Interessen der Peering-Partner vorherrschen, sondern diese Verbindungen und ihre gegenwärtige Ausgestaltung als „Zero Settlement Peering“ regelmässig in Frage gestellt werden. In der heutigen Peering Umgebung stellt daher jede Verbindung über ein „Zero Settlement Peering“ einen möglichen Engpass dar, der die Qualität des Datenaustausches vermindern kann. Eine solche Verbindung kann aufgrund restriktiver Peering Policies (beispielsweise wenn die Ratio beim Peering mit

<sup>53</sup> Befundpapier, 68 f.

<sup>54</sup> [...] hat auch ein Peering Abkommen mit der Swisscom. Die Möglichkeiten von [...], ein Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom anzubieten, werden weiter hinten diskutiert.

<sup>55</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.7.

<sup>56</sup> Vgl. Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B 10.

<sup>57</sup> Marktbefragung DTAG: Antwort auf Frage C.3.

<sup>58</sup> U.a. Marktbefragung Deutsche Telecom: Antwort auf Frage E.3.

<sup>59</sup> Marktbefragung [...]: Annex 3 und 4.

dem Transitanbieter überschritten wird), möglicher Probleme beim Kapazitätsausbau und allenfalls künstlicher Drosselung nicht genügend kontrolliert werden. Für Dritte, die beim Peering-Partner des Transitanbieters von Swisscom Transit beziehen, bedeutet dies eine konstante Unsicherheit bezüglich der Erreichbarkeit von Swisscom im Speziellen und nationalen Eyeball-Netzen im Allgemeinen. Ohne Preismechanismus fehlen dem Peering-Partner häufig die Anreize, eine aus der Sicht des Nachfragers hinreichende Qualität beim Peering-Partner durchzusetzen. Ein Tier-1-ISP wird aufgrund von Problemen beim Peering mit der DTAG auch kaum seinen Tier-1-Status gefährden, um für einen Transitkunden genügend Kapazität in Richtung Swisscom bereit zu stellen. Zudem erfolgt eine solchen Verbindung über zwei Drittnetze, was im Durchschnitt zu mehr Latenzzeit und packet loss führt.

134. Eine Verbindung zum Swisscom-Netz, die indirekt über ein „Zero Settlement Peering“ beim Transitanbieter erfolgt, stellt daher in den meisten Fällen kein hinreichendes Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom dar, um dem gleichen sachlich relevanten Markt zugerechnet zu werden. Gleichermassen kann es ausgeschlossen werden, dass jeder noch weitere Pfad über einen Transitanbieter ins Swisscom-Netz zum gleichen sachlich relevanten Markt gehört. Im Rahmen der Marktbefragung gaben nur 7 Marktteilnehmer an, dass Transit bei einem Peering-Partner eines Transitanbieters von Swisscom eine Alternative zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstelle. Alle 21 Marktteilnehmer, die ein solches Transitangebot nicht als Alternative betrachten, führen qualitative Gründe dafür an.<sup>60</sup> Weiter ergab die Marktbefragung, dass praktisch alle Marktteilnehmer, die Transit bei [...] (15), [...] (9) oder [...] (6) beziehen, gleichzeitig noch eine direkte (kostenpflichtige) Verbindung mit der Swisscom oder der DTAG aufrechterhalten.<sup>61</sup> Der [...] ISP [...] ([...]) unterzeichnete im Februar 2013 sogar eine neue Paid Peering-Vereinbarung „zu einem verflucht hohen Preis“, obwohl er bereits Transit bei [...] bezog.<sup>62</sup>

#### f) Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom

135. Der Einkauf von Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom ermöglicht ebenfalls einen relativ direkten Zugang zum Swisscom-Netz. Das Beispiel von Init7 macht deutlich, dass Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom in qualitativer Hinsicht als Substitut zu einer direkten Peering-Verbindung mit Swisscom betrachtet werden kann. Init7 hat beispielsweise für Zattoo über mehrere Jahre den Zugang zu den Endkunden von Swisscom sichergestellt.

136. Bei der Marktbefragung gab nur knapp die Hälfte der Unternehmen an, dass sie Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom als Substitut für ein direktes Peering betrachten (16 von 31).<sup>63</sup> Dies ist wohl auch auf die Änderung der Peering Policy von Swisscom zurückzuführen, die potentiellen Transitanbietern von Dritten im direkten Peering zusätzliche Restriktionen auferlegt. Die Verbindung zu einem Peering-Partner von Swisscom unterliegt grundsätzlich den gleichen Restriktionen wie ein direktes Peering mit Swisscom. Eine Ratio bedingte Preiserhöhung beim direkten Peering wird folglich in der Regel auf die Kunden des Peering-Partners abgewälzt. Schon deshalb kann eine Verbindung mit einem Peering-Partner

von Swisscom oft kein disziplinierendes Substitut sein. Zudem gilt wiederum, dass der Transitnachfrager unter Umständen keine hinreichende Kontrolle über das „Zero Settlement Peering“ hat.

137. Das Beispiel von Init7 veranschaulicht diesen Fall, war doch die Qualität der Transit- und Hosting-Produkte nach der Änderung der Peering Policy durch Swisscom von grosser Unsicherheit geprägt. Dies bewegte einige Kunden zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen.<sup>64</sup> Zattoo konnte seinen Datenverkehr vor Juni 2012 über Init7 (aus der Sicht von Swisscom „gratis“) ins Swisscom-Netz leiten. Solange aber Zattoo über das Peering von Init7 mit dem Swisscom-Netz verbunden war, gab es für Zattoo keinen Grund, den Anbieter zu wechseln. Erst als Swisscom die neue Peering Policy durchzusetzen begann und die Verbindung mit Init7 drosselte, wechselte Zattoo den Anbieter. [...] Init7 konnte zwar aufgrund der vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten vorsorglichen Massnahmen weiterhin den Datenaustausch mit Swisscom über ein „Zero Settlement Peering“ durchführen, die Unsicherheit über diese Verbindung führte aber zum Strategiewechsel von Zattoo. Die Verbindung zum Swisscom-Netz über einen Peering Partner war offensichtlich nicht länger ein Substitut für die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom. Im Juni 2013 unterzeichnete Zattoo schliesslich einen Paid Peering-Vertrag mit Swisscom.<sup>65</sup>

138. Das BAKOM identifizierte im Rahmen der technischen Analyse mehrere Peering-Partner von Swisscom, die grundsätzlich im Stande wären, Transit als Alternative für eine direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom anzubieten.<sup>67</sup> Dazu ist allerdings anzumerken, dass nur wenige Peering-Partner tatsächlich als Transitanbieter in Frage kämen:

- [...] und die [...] beziehen Paid Peering. Sie können als reine Wiederverkäufer keinen Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben.
- [...] und [...] haben zwar ungenutzte Kapazitäten, sie weisen allerdings zeitweise eine Ratio im Datenverkehr mit Swisscom von über 2 zu 1 aus, weshalb sie für zusätzlichen inbound Verkehr ebenfalls als Wiederverkäufer agieren.
- Für die beiden [...] Anbieter [...] und [...] ist nicht ersichtlich, dass sie im Markt als Transitanbieter auftreten. Jedenfalls spielen sie in einem Schweizer Kontext gemäss Marktbefragung keine Rolle als Transitanbieter.

<sup>60</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frag B.10.

<sup>61</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frag B.7.

<sup>62</sup> Marktbefragung [...]: Antworten auf die Fragen B.7 und B.9.

<sup>63</sup> Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage B.10.

<sup>64</sup> Marktbefragung Init7: Antwort auf Frage C.3.

<sup>65</sup> Marktbefragung Swisscom, Nachbefragung: Beilage 26, IBB-Bericht 1. Quartal 2011.

<sup>66</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 06.11.2013, Beilagen: IP Puls Transit / Peering Vertrag von Zattoo.

<sup>67</sup> Befundpapier, 66 ff.



139. Schliesslich verfügen [...] und [...] nur über eine beschränkte Kapazität beim Peering mit Swisscom.<sup>68</sup> Sie können daher nicht ohne Weiteres zusätzlichen Transitverkehr ins Swisscom-Netz leiten. [...] hätte als Tier-1-Anbieter aber die Möglichkeit, das Peering mit Swisscom auszubauen oder Datenverkehr über das Peering mit der DTAG zu leiten.

140. Nur ein Ausgleich der Datenströme zwischen Transitkunden und Peering-Partnern (der Transitkunde generiert z. B. viel Inbound- und der Peering-Partner viel Outbound-Traffic) könnte theoretisch zu einer ausgeglichenen Ratio führen. Angesichts des klassischen Eyeball-Profiles von Swisscom ist dies für die meisten ISP unwahrscheinlich. Unter den Peering Partnern von Swisscom gibt es zur Zeit nur ein Unternehmen, das genügend Peering- und Ratio-Kapazität aufweist und als Transitanbieter im Schweizer Kontext tatsächlich eine Rolle spielt, nämlich [...] (bzw. [...]), die als Schweizer Eyeball-ISP grundsätzlich ähnliche Verkehrsströme wie Swisscom aufweist. Vier Unternehmen ([...], [...], [...] sowie die [...]) gaben an, dass sie die Endkunden von Swisscom über Transit von [...] erreichen. Transit bei [...] kann folglich einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben und ist daher (trotz der Unsicherheiten über das Peering mit Swisscom) dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen. Ob auch Telefonica zum sachlich relevanten Markt gehört, kann offengelassen werden, da es (wie weiter unten aufgezeigt wird) keinen nennenswerten Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom hat.

141. Es kann daher festgehalten werden, dass Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom aufgrund der restriktiven Peering Policy von Swisscom nur in Ausnahmefällen ein hinreichendes Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellt.

*g) Indirekte IP-Interkonnektion über einen Transitkunden von Swisscom*

142. Ein Transitkunde von Swisscom kann seinen Kunden ebenfalls den Zugang zum Swisscom-Netz anbieten. Transitkunden von Swisscom sind meist kleinere Schweizer ISP sowie Content- und Diensteanbieter mit geringer oder keiner Backbone-Kapazität. Andere ISP, die mit diesen verbunden sind, können theoretisch auch Daten mit der Swisscom austauschen. Dazu ist anzumerken, dass es sich dabei in preislicher Hinsicht weniger um ein Substitut für einen direkten Zugang zum Swisscom-Netz handelt als vielmehr um dessen Wiederverkauf. Nur wenn ein Transitkunde von Swisscom kurzfristig Kapazitäten frei hat und die beiden ISP bereits über ein Peering verbunden sind, könnte der Transitkunde diese Überschusskapazität seinen Kunden weitergeben. Ansonsten muss der Transitkunde von Swisscom zusätzliche Transitzkapazität kaufen und diese weiterverkaufen. Eine solche Verbindung zum Swisscom-Netz ist nicht dazu geeignet, einen hypothetischen Monopolisten Swisscom daran zu hindern, eine geringfügige und dauerhafte Preiserhöhung durchzuführen.

143. In der Stellungnahme vom 13. Mai 2013 behauptet Swisscom, das Unternehmen tv factory habe beim Auftreten von Schwierigkeiten im Peering mit Init7 problemlos den Verkehr über Ticinocom (einem Transitkunden von Swisscom) routen können.<sup>69</sup> Die tv factory selbst gab im Rahmen der Marktbefragung allerdings an, dass nur mit

einer direkten Verbindung zu den „Lebensadern“ (Swisscom und [...]) die nötige Qualität erreicht werden könne.<sup>70</sup> Damit deutet tv factory an, dass die Verbindung über einen relativ kleinen Transit-Kunden von Swisscom zu Swisscom auch qualitativ nicht als hinreichendes Substitut gelten kann. Langfristig hätte die tv factory die Transitzkapazität von Ticinocom wohl nicht beanspruchen können, ohne dass Ticinocom die Kapazität hätte erhöhen müssen. Kurz darauf unterzeichnete tv factory jedenfalls einen Paid Peering-Vertrag mit Swisscom, um nicht mehr von den Routen über Init7 oder Ticinocom abhängig zu sein.<sup>71</sup>

*h) Indirekte IP-Interkonnektion über ein CDN*

144. Insbesondere für CDA stellen CDN eine weitere Möglichkeit dar, Daten an die Endkunden von Swisscom zu übermitteln. CDN werden für Inhalte verwendet, die keine Übertragung in Echtzeit benötigen, wie Video (z. B. Youtube), Audiodateien (z. B. Spotify) und Textdokumente (z. B. SSRN<sup>72</sup>). Eine grosse Bedeutung kommt den CDN auch für die Updates der grossen Software-Unternehmen zu (z. B. Microsoft, Apple, Adobe). Die Anfrage der Endkunden wird an einen Host-Server gerichtet, der den Cache-Server anweist, den nachgefragten Content zu senden. Neben [...] hat gegenwärtig nur [...] eigene Caches im Swisscom-Netz installiert. [...] verkauft die Anbindung an das Swisscom-Netz insbesondere an grosse CDA und Software-Unternehmen (u.a. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...]<sup>73</sup>). Dafür bezahlt [...] neben Housing auch Transit für die IP-Interkonnektion.

145. Es ist unbestritten, dass CDN wie [...] eine sehr gute Datenübertragung anbieten, sofern sie im Zielnetz ihre Caches installiert haben. Der grössere Teil des Datenverkehrs von [...] und weiterer grosser CDN (u. a. [...], [...], [...]) erreicht das Swisscom-Netz allerdings über Caches im Netz der DTAG. Die Qualität dieser Verbindung ist – wie weiter oben dargelegt – ebenfalls sehr gut und dazu geeignet, über sie ein Substitut für die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom anzubieten. Gemäss Befundpapier des BAKOM verfügen gegenwärtig die CDN [...], [...], [...], [...] und [...] über genügend Kapazität, um zusätzlichen Datenverkehr in das Swisscom-Netz zu übermitteln.<sup>74</sup>

146. Die Antworten aus der Marktbefragung ergeben kein einheitliches Bild und können aufgrund der geringen Anzahl auch nicht als repräsentativ angesehen werden. Immerhin zeigen die Antworten, dass CDN für bestimmte Inhalte eine qualitativ hochstehende Alternative zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellen. Von den 12 befragten CDA gaben 6 an, dass CDN keine Alternative zu einem direkten Peering mit Swisscom darstellen; 4 CDA erachten CDN als hinreichende Alternative; zwei CDA betreiben selbst ein eigenes CDN.<sup>75</sup>

<sup>68</sup> Befundpapier, 64.

<sup>69</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 13.05.2013, Rz 24.

<sup>70</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage B.6.

<sup>71</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 06.11.2013, IP Plus Transit / Peering Vertrag vom 17.12.2012.

<sup>72</sup> Social Science Research Network <<http://www.ssrn.com/>>.

<sup>73</sup> Marktbefragung Swisscom, Nachbefragung: Beilage 26, IBB-Bericht 1. Quartal 2012.

<sup>74</sup> Vgl. Befundpapier 68.

<sup>75</sup> Vgl. Marktbefragung: Aggregierte Antworten auf Frage D.6; vgl. auch Befundpapier, 37.

147. CDN können aber nur für bestimmte Inhalte und nur für einen Teil des Verkehrs genutzt werden. Gemäss der Qualitätsklassen der ITU können die Dienste, die den höchsten Qualitätsstandard verlangen (Klasse 0 und 1; z. B. Telefonie und Videokonferenzen), nicht über CDN verbreitet werden.<sup>76</sup> Im Hinblick auf die Verbreitung von Live-TV gab [...] an, dass CDN hauptsächlich zur Auslieferung in weniger wichtige Netzwerke und als Backup genutzt würden, da sie zu Peakzeiten nicht die gewünschte Qualität erzielen würden.<sup>77</sup>

148. Für die Beurteilung, ob eine indirekte IP-Interkonnektion über ein CDN ein hinreichendes Substitut zu einer direkten Anbindung ans Swisscom-Netz darstellt, ist auch zu berücksichtigen, dass ein CDN selbst IP-Interkonnektion als Vorleistung nachfragen und bezahlen muss. Swisscom kontrolliert diese Verbindung und verlangt (ausser im Fall von [...]) [...]. Ebenso müssen die CDN im Netz der DTAG für ihren Datenverkehr bezahlen. CDN agieren daher höchstens als Wiederverkäufer von IP-Interkonnektion, sie können aber unter Umständen aufgrund der starken Aggregation für gewisse Dienste eine Alternative zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom anbieten.

149. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die indirekte IP-Interkonnektion über CDN für gewisse Dienste ein Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom darstellen kann. Die Beschränkung auf gewisse Dienste und Funktionen sowie die Notwendigkeit eine Vorleistung zu beziehen, schränken sie allerdings in ihrem Spielraum stark ein, ein solches Substitut tatsächlich anzubieten. Insgesamt vermögen CDN daher nicht genügend Wettbewerbsdruck auszuüben, um dem relevanten Markt zugerechnet werden zu können.

#### *j) Praxis ausländischer Behörden*

150. Die EU-Kommission hat die Märkte für IP-Interkonnektion noch keiner umfassenden Analyse unterzogen. Gemäss Empfehlung der EU-Kommission kommen sie aber nicht für eine Vorabregulierung in Frage. Aus der Sicht der EU-Kommission bestehen auf diesen Märkten folglich keine strukturellen Wettbewerbshindernisse.<sup>78</sup> Auch in der neusten Liste der für ex ante Regulierung prädestinierten Märkte (vom 9. Oktober 2014) werden die Märkte für IP-Interkonnektion nicht aufgeführt. Dabei stützt sich die EU-Kommission auf eine Studie der Beratungsfirma ECORYS, die zum Schluss kommt, dass solange ISP auf Transit angewiesen sind, die dadurch entstehenden Kosten die ISP disziplinieren würden.<sup>79</sup>

151. In einem Fall hat sich die EU-Kommission dezidiert für eine Marktabgrenzung ausgesprochen, die für die IP-Interkonnektion über die direkte Netzanbindung über Peering hinausgeht. Die polnische Regulierungsbehörde hatte einerseits einen Markt für IP-Peering mit Telekomunikacja Polska, andererseits einen Markt für IP-Transit abgegrenzt. Die EU-Kommission widersprach dieser Einschätzung, da der Markt für „IP traffic exchange“ breiter sei und für andere Anbieter von Transit (ausser Telekomunikacja Polska) offen stünde.<sup>80</sup>

152. Ähnlich argumentierte die französische Autorité de la Concurrence im September 2012 in einem Fall, als sie die IP-Interkonnektion zwischen France Télécom und Cogent beurteilen musste. Die Autorité de la Concurrence

kam zum Schluss, dass ein direkter Zugang zu den Endkunden von France Télécom über Peering grundsätzlich durch einen indirekten Zugang über Transit substituiert werden kann.<sup>81</sup> Diese Marktabgrenzung wurde im Dezember 2013 vom Cour d'Appel de Paris bestätigt.<sup>82</sup>

#### *j) Fazit*

153. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom und Transit beim Transitanbieter von Swisscom aus der Sicht der Marktgegenseite Alternativen beim Datenaustausch mit Swisscom darstellen und folglich dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind. In der heutigen Peering-Umgebung stellt dagegen jede Verbindung mit Swisscom, die an einer Stelle über ein nicht direkt kontrolliertes „Zero Settlement Peering“ abgewickelt wird, einen möglichen Engpass dar. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die direkte IP-Interkonnektion mit Swisscom sowie die indirekte Anbindung über Transit beim Transitanbieter von Swisscom, insbesondere über die DTAG. Zudem gehören die Transitangebote einzelner Peering-Partner von Swisscom zum relevanten Markt. Die Marktabgrenzung besagt daher, dass ein hypothetischer Monopolist, der sowohl den direkten als auch den indirekten Zugang zum Swisscom-Netz (über Transit) kontrolliert, eine geringfügige und dauerhafte Preiserhöhung profitabel durchsetzen könnte.

154. Im Vergleich mit der Analyse des BAKOM grenzt die WEKO in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 den sachlich relevanten Markt enger ab. Dies ist zum einen auf die unterschiedliche Bewertung der Peering-Verbindungen zwischen den Transitanbietern von Swisscom und Tier-1-ISP zurückzuführen; zum anderen schätzt die WEKO die Möglichkeiten der CDN ein Substitut zur direkten IP-Interkonnektion mit Swisscom anzubieten, anders ein. Der relevante Markt weist aber unscharfe Grenzen auf, was dazu führt, dass einzelne Anbieter aufgrund einer besonderen Konstellation (wie z. B. [...]) einen alternativen Zugang zum Swisscom Netz anbieten können. Es kann an dieser Stelle auch erwähnt werden, dass der sachlich relevante Markt vor dem Paradigmenwechsel beim Peering bzw. der verbreiteten Einführung einer Ratio vermutlich grösser ausgefallen wäre, da ein offenes Peering beim Transitanbieter grundsätzlich einen hinreichend guten Zugang zum Swisscom-Netz ermöglicht.

<sup>76</sup> ITU-T Y.1541, Network performance objectives for IP-based services, 12, vgl. auch Befundpapier, 29 f.

<sup>77</sup> Marktbefragung [...]: Antwort auf Frage D.6. Leider musste der Internet-TV-Anbieter [...] die entsprechende Frage nicht beantworten. [...] nutzt für die Übertragung ihres TV-Streams die Dienste von [...].

<sup>78</sup> Empfehlung EU-Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI L 344, 65.

<sup>79</sup> Vgl. ECORYS, Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation, report for DG Connect, 2013, 266.

<sup>80</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 5. März 2010, IP/10/240.

<sup>81</sup> Autorité de la Concurrence, Décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet, Rz 59 ff.

<sup>82</sup> Cour d'Appel de Paris, arrête du 19 décembre 2013, no 202.

### B.3.2.1.2. Der räumlich relevante Markt

155. 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).

156. Die den sachlich relevanten Markt umfassende Ware ist IP-Interkonnektion mit Swisscom, entweder direkt oder indirekt über eine kommerzielle Anbindung an den Transitanbieter. Sie kann an allen Internetknoten erfolgen, an denen Swisscom oder die DTAG präsent sind. Swisscom und DTAG haben vereinbart, dass der Datenverkehr möglichst ohne Umwege in das Netz von Swisscom geleitet wird. Der räumlich relevante Markt umfasst daher vorerst die geographische Ausdehnung des Internet-Backbones von Swisscom und der DTAG.

157. Es stellt sich aber die Frage, ob jeder Internetknoten weltweit, an dem entweder die Swisscom oder die DTAG präsent sind, zum relevanten Markt gehört. Entscheidend für die Beurteilung dieser Frage ist die Paketumlaufzeit (RTT)<sup>83</sup>, die angibt, wie lange ein Datenpaket braucht, um von einer Quelle zum Ziel und wieder zurück zur Quelle zu gelangen. Nach Angaben von Swisscom benötigen die meisten Contentdienste (E-Commerce, Lineares TV, Gaming und Realtime Materialwirtschaft) eine RTT von unter 50 ms; Sprachübertragung und nicht-lineare Video benötigen unter 100 ms.<sup>84</sup> Es gibt keinen Anlass, diese Angaben von Swisscom anzuzweifeln.

158. Swisscom lässt jedes Quartal durch die Firma CNlab Qualitätsmessungen für ihr Netz durchführen. Gemäss dieser Messungen werden Werte von unter 100 ms zumindest an allen Internetknoten innerhalb von Europa erreicht. Der räumlich relevante Markt umfasst daher sämtliche Internetknoten, an denen die Swisscom oder die DTAG innerhalb von Europa Interkonnektion anbieten.

### B.3.2.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

159. Um zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, sind die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt zu prüfen. Es ist daher zu analysieren, ob trotz Bestehen der Abreden ausreichend Aussenwettbewerb und Innenwettbewerb besteht, so dass auf den betrachteten Märkten von einem gewissen Mass an Wettbewerb ausgegangen werden kann.

#### B.3.2.2.1. Aussenwettbewerb

160. Als Wettbewerber im relevanten Markt kommen in erster Linie Unternehmen in Frage, die einen qualitativ sehr guten Zugang zu den Endkunden von Swisscom anbieten können und dafür keine kommerziellen Vorleistungen von Swisscom beziehen müssen. Diese Kriterien erfüllen in erster Linie die Transitanbieter und Peering-Partner von Swisscom. Ein gewisser Wettbewerbsdruck könnte auch von den Contentanbietern ausgehen, sofern sie aufgrund von Skalenerträgen bzw. ihrer Verhandlungsmacht gute Bedingungen für den Zugang zum Swisscom-Netz aushandeln.

161. Neben der DTAG bezog Swisscom bei Reliance und France Télécom Transit (Stand 2013). Die Kapazität bei Reliance war mit nur [...] Gbps allerdings sehr gering. Gemäss Swisscom diente die Transitverbindung mit Reliance

in erster Linie dazu, die Anbindung an den asiatischen Raum sicherzustellen. Es war nicht davon auszugehen, dass Reliance im relevanten Markt tatsächlich als Wettbewerber von Swisscom auftritt.

162. Bei France Télécom bezog Swisscom eine Transitzkapazität von [...] Gbps im Rahmen eines branchenüblichen Transitabkommens. Tatsächlich wurde die Route über France Télécom ins Swisscom-Netz von Dritten für nur etwa [...] % ihres Transitverkehrs genutzt. Das zur Diskussion stehende, ursprüngliche Transitabkommen mit der DTAG verpflichtete Swisscom dazu, den meisten Verkehr (mindestens [...] %) über die DTAG zu präferieren. Aufgrund des Revenue Shares hatte Swisscom zudem Anreize, den Datenverkehr über Transit bei der DTAG zu präferieren. Die Transitverbindung mit France Télécom kam daher insbesondere zum Tragen, wenn die Route über die DTAG nicht zur Verfügung stand oder die Route über France Télécom von Dritten bewusst und unter Umgehung von DTAG gewählt wurde. Sie war deshalb als zusätzliche Transit-Verbindung zu betrachten, von der ein potenzieller Wettbewerbsdruck im relevanten Markt ausgehen konnte. Damit bestand mit der Transit-Verbindung ein alternativer Zugang zu den Endkunden von Swisscom, weshalb die mögliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden könnte.

163. Gemäss Marktabgrenzung ermöglicht der Einkauf von Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom ebenfalls einen relativ direkten Zugang zum Swisscom-Netz. Das Beispiel von Init7 macht deutlich, dass Transit bei einem Peering-Partner von Swisscom in qualitativer Hinsicht als Substitut zu einer direkten Peering-Verbindung mit Swisscom betrachtet werden kann. Init7 hat beispielsweise für Zattoo über mehrere Jahre den Zugang zu den Endkunden von Swisscom sichergestellt. Es muss aber berücksichtigt werden, dass Swisscom aus technischer Sicht grundsätzlich die Peering-Abkommen kontrollieren kann bzw. diese nach Belieben drosseln oder gar kündigen kann. Unklar ist derzeit, ob sich eine FDA auf die fernmelderechtliche Regulierung betreffend die Interkonnektion gemäss Art. 11 f. des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) berufen kann. Ein solches Interkonnektionsverfahren ist derzeit für Init7 hängig.

164. Zudem ist gemäss Peering-Policy von Swisscom ein Peering-Partner aufgrund der von Swisscom verlangten Ratio beim Datenverkehr (outbound zu inbound 2:1) nicht frei, ohne Weiteres zusätzlichen Datenverkehr ins Swisscom-Netz zu schicken. Nur ein Ausgleich der Datenströme zwischen Transitzkunden und Peering-Partnern (der Transitzkunde generiert z. B. viel Inbound- und der Peering-Partner viel Outbound-Traffic) könnte theoretisch zu einer relativ ausgeglichenen Ratio führen. Angesichts des klassischen Eyeball-Profiles von Swisscom ist dies für die meisten ISP allerdings unwahrscheinlich. Unter den Peering-Partnern von Swisscom wies nur UPC Cablecom genügend Peering-Kapazität bei einer ausgeglichenen

<sup>83</sup> Latency entspricht der halben RTT.

<sup>84</sup> Stellungnahme von Swisscom vom 05.02.2014, Antwort auf Frage 8.

Ratio auf. Vier Unternehmen ([...], [...], [...] sowie [...]) gaben im Rahmen der Marktbefragung an, dass sie die Endkunden von Swisscom über Transit von [...] erreichen. Transit bei [...] hätte folglich (trotz der Unsicherheiten über das Peering mit Swisscom) einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben können. Die Marktanteile von [...] auf dem relevanten Markt waren mit unter 2 % allerdings als marginal zu betrachten.

165. CDN gehören nicht zum relevanten Markt, da sie den Zugang zum Swisscom-Netz nur für gewisse Dienste und Funktionen anbieten können und dafür noch auf eine Vorleistung von Swisscom angewiesen sind. Contentanbieter können aber für gewisse Inhalte, die keine Übertragung in Echtzeit benötigen, wie beispielsweise Videodateien (z.B. Youtube), Audiodateien (z.B. Spotify) und Software-Updates (z.B. Windows-Update), eine sehr gute Übertragungsqualität anbieten. Dabei handelt es sich im Übrigen meist um Inhalte, die eine sehr unausgeglichene Ratio verursachen. Sofern Contentanbieter als Aggregatoren von Daten bei der Interkonnektion mit den Zielnetzen von hohen Skalenerträgen profitieren können, hätten sie durchaus das Potential, die Abredepartner zukünftig einem gewissen Wettbewerbsdruck auszusetzen. Im Zeitraum, in welchem das Vertragsverhältnis zwischen DTAG und Swisscom bestand, war dies allerdings noch nicht der Fall.

166. Alle für den Datenverkehr ins Swisscom-Netz relevanten Contentanbieter hatten ihre Cache-Server entweder direkt im Swisscom-Netz ([...] und [...]) oder im Netz der DTAG ([...], [...], [...], [...] und [...]). Über die Bedingungen der Interkonnektion der Contentanbieter im Netz der DTAG war nichts bekannt. [...] hatte Cache Server im Netz von Swisscom, bezahlte für deren Interkonnektion [...].<sup>85</sup> Es ist daher nicht davon auszugehen, dass [...] Wettbewerbsdruck auf die Abredepartner ausüben konnte. Vielmehr gelang es den Abredepartnern aufgrund des Transitabkommens, eine möglicherweise starke Verhandlungsposition der Contentanbieter zu schwächen. Dies zeigte das Beispiel [...], der im Rahmen der Verhandlungen mit Swisscom damit drohte, den Datenverkehr ins Swisscom-Netz über Transit bei der DTAG auszutauschen. Swisscom hatte allerdings aufgrund des Transitabkommens mit der DTAG keine Anreize, ein besseres Angebot zu unterbreiten: Swisscom verdiente am Transit mit und muss keine eigene Peering-Infrastruktur aufbauen. Swisscom konnte das von [...] unterbreitete Angebot daher ohne Weiteres ausschlagen. [...] bot allerdings seine Contentdienste nicht Dritten an und Dritte konnten sich bei ihren Verhandlungen mit Swisscom nicht auf die Interkonnektionsbedingungen von [...] berufen. Somit entfalteten die zwischen [...] und Swisscom vereinbarten Interkonnektionsbedingungen keine Drittwirkung und es resultierte hieraus kein disziplinierender Wettbewerbsdruck auf die Abredeparteien.

167. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass unter den ursprünglichen Vertragsklauseln nur wenig tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand. Da [...] % des externen Datenvolumens über DTAG zu Swisscom geleitet wurde, muss der tatsächliche Aussenwettbewerb als gering angesehen werden.

168. Durch Wegfall der problematischen Klauseln besteht seitens Swisscom nicht mehr länger die Pflicht und andererseits das Interesse daran, so viel Transitverkehr ins Swisscom-Netz wie möglich über die DTAG leiten zu lassen, da sowohl die [...] %-Klauseln, als auch der Revenue Share weggefallen sind.

169. Es ist in der Folge anzunehmen, dass vermehrt Transitverkehr ins Swisscom-Netz über andere ISP geleitet wird, was für den Aussenwettbewerb förderlich ist. Ebenfalls wird der Wegfall der „jointly agree“-Klausel, und damit des gegenseitigen Vetorechts bezüglich direktem Peering mit dem Swisscom-Netz, mutmasslich zu mehr Peering-Abkommen zwischen Swisscom und interessierten ISP führen, denen bisher die Wahl zwischen Peering und Transit verunmöglicht wurde.

#### **B.3.2.2.2. Innenwettbewerb**

170. Das ursprüngliche Transitabkommen zwischen Swisscom und der DTAG vermochte nicht sämtliche Wettbewerbsparameter zwischen den Vertragspartnern gleichzurichten. Beide Partner hatten beispielsweise immer noch gewisse Anreize, sich gegenseitig Kunden auf dem relevanten Markt abzuwerben. Diese Anreize waren allerdings stark abgeschwächt. Die DTAG konnte beispielsweise einem Unternehmen für den Zugang zum Swisscom-Netz ein sehr kompetitives Paid Peering Angebot unterbreiten, sie musste allerdings immer [...] ihrer Einnahmen an Swisscom abliefern. Umgekehrt hatte Swisscom aufgrund des Transitabkommens mit der DTAG keine Möglichkeit, der DTAG im Wettbewerb Kunden abzuwerben. Die DTAG konnte dann ihr vertraglich vereinbartes Vetorecht ausüben. Insgesamt war daher der Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt als sehr schwach einzuschätzen.

171. Im Übrigen bestand durch die ursprünglichen Vertragsklauseln das Interesse der Swisscom, möglichst viel ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten, da sie mittels Revenue Share davon profitierte. Diese Förderung des Transitverkehrs bei der DTAG war auch vertraglich so festgehalten ([...] %-Klausel). Desweiteren konnte die „jointly agree“-Klausel eine Entfaltung des Innenwettbewerbs einschränken, da die DTAG mittels Vetorecht einem bisherigen Kunden den direkten Zugang zum Swisscom-Netz möglicherweise unterbunden werden konnte.

172. Somit konnte unter den ursprünglichen Vertragsklauseln nur von einem stark eingeschränkten Innenwettbewerb ausgegangen werden.

#### **B.3.2.3 Zwischenergebnis**

173. Im Ergebnis kann gesagt werden, dass Anhaltspunkte dafür bestanden, dass das Transitabkommen zwischen Swisscom und DTAG in seiner ursprünglichen Form hätte geeignet sein können, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 KG sowie im Sinne von Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 KG erheblich zu beeinträchtigen.

<sup>85</sup> Vgl. Gutachten vom 15. Dezember 2014 in Sachen Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG betreffend 553.1-0021: Interconnect Peering, Rz 98 und 167.

### B.3.3 Ergebnis

174. Trotz der Vertragsklauseln konnte die indirekt betroffene Unternehmung Init7 kostenfreies Peering mit Swisscom aufrechterhalten, indem sie bei der COMCOM ein Interkonkonnktionsverfahren nach FMG angestrengt hat und aufgrund der verabschiedeten vorsorglichen Massnahmen weiterhin die Konditionen eines Zero Settlement Peerings erhält. Diese Möglichkeit stand grundsätzlich sämtlichen Fernmeldediensteanbietern offen, so dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen der Vereinbarung als gering eingestuft werden können. Daher konnte das Sekretariat durch die Intervention die möglicherweise bestehende Wettbewerbsbeschränkung durch die Anregung von Massnahmen beseitigen, ohne dass sie gegenüber den potenziell geschädigten Unternehmen eine besondere Wirkung entfalten hat, wenn sich diese mittels Interkonkonnktionsverfahren an die COMCOM gewendet haben.

175. DTAG und Swisscom haben im Rahmen der Vorabklärung kooperiert und auf Anregung des Sekretariats ihre Verträge bereits im Stadium der Vorabklärung freiwillig angepasst, so dass in Hinblick auf die zukünftige Wettbewerbssituation ein Eingreifen der WEKO nicht mehr angezeigt ist. Da der vorliegende Schlussbericht zudem publiziert wird, erscheint es unwahrscheinlich, dass DTAG und Swisscom in Zukunft eine solche Verhaltensweise erneut praktizieren werden.

176. Aufgrund der technischen Komplexität der Materie und der noch zu treffenden Untersuchungsmassnahmen für Detailabklärungen im Hinblick auf eine kartellrechtliche Verurteilung, wäre mit einem Untersuchungsverfahren zu rechnen, welches einen relativ hohen Arbeitsaufwand verursachen würde. Zudem wäre die Qualifikation der vertraglichen Vereinbarung als Wettbewerbsabrede noch im Detail zu prüfen, weshalb ein möglicher Verfahrensausgang zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar ist. Damit stünde der vorliegend im Rahmen einer Untersuchung zu leistende Aufwand in keinem adäquaten Verhältnis zu einer zusätzlichen Präventivwirkung, welche durch einen möglichen Untersuchungsabschluss mit Verwaltungsstrafsanktion zu erzielen wäre.

177. Im Hinblick auf die kartellrechtliche Rechtsfortbildung erscheint eine gerichtliche Überprüfung des vorliegenden Falls ebenfalls wenig interessant, da zur Beurteilung von Wettbewerbsabreden bereits eine reichhaltige Praxis besteht und eine gerichtliche Überprüfung der vorliegenden Abreden wenig zur kartellrechtlichen Rechtsfortbildung leisten würde. Zudem veröffentlicht das Sekretariat seine Erkenntnisse aus den Vorabklärungen im Rahmen eines Schlussberichts, wenn dies für die Praxis der Wettbewerbsbehörden von Bedeutung ist (Art. 35 Abs. 2 des Geschäftsreglements vom 15. Juni 2015 der Wettbewerbskommission). Der vorliegend relevante Sachverhalt wurde im Schlussbericht detailliert umschrieben und wird veröffentlicht, so dass der zusätzliche Erkenntnisgewinn in einem anzustrebenden Untersuchungsverfahren im Hinblick auf eine Generalprävention sowie die kartellrechtliche Rechtsfortbildung als gering eingestuft werden kann.

178. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass aufgrund der vergleichsweise geringen Umsätze,

die im Bereich IP-Interkonnktion erzielt werden, der Tatsache, dass die bedenkliche Verhaltensweise eingestellt wurde, und aufgrund der für die vollständige Beurteilung des massgeblichen Sachverhalts voraussichtlich zu unternehmenden Untersuchungshandlungen sowie aufgrund des geringen Interesses an der kartellrechtlichen Rechtsfortbildung im vorliegenden Fall die Eröffnung einer Untersuchung unverhältnismässig erscheint.

179. Das Sekretariat beschliesst daher im jetzigen Zeitpunkt auf die Eröffnung einer Untersuchung zu verzichten und die Vorabklärung einzustellen. Weitere Abklärungen und die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums bleiben vorbehalten, falls sich Swisscom und DTAG nicht entsprechend der in diesem Schlussbericht beschriebenen Darstellung verhalten sollten, oder sich sonstige Hinweise ergeben sollten, wonach dennoch ein öffentliches Interesse an der Weiterverfolgung des Sachverhaltes bestehen würde. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn trotz des Wegfalls der fraglichen Vertragsklauseln weiterhin Wettbewerbsbeschränkungen spürbar wären. Das Sekretariat wird den Markt daher weiterhin beobachten und behält sich die Eröffnung einer Untersuchung zu einem späteren Zeitpunkt vor.

### C Kosten

180. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG<sup>86</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

181. Im Vorabklärungen nach Art. 26 KG besteht eine Gebührensspflicht (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG), wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Verfahrensbeteiligten unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheidung des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Vorliegend haben die beteiligten Unternehmen das Verfahren durch ihr Verhalten ausgelöst und auf Anregung des Sekretariats ihr möglicherweise wettbewerbsbeschränkendes und vom Sekretariat beanstandetes Verhalten eingestellt. Daher kann im vorliegenden Fall auf das Unterliegerprinzip geschlossen werden und eine Gebührensspflicht der Adressatinnen ist zu bejahen (Entscheidung des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1).

182. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

183. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 90.50 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF [...].

<sup>86</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

**D Schlussfolgerungen**

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

1. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen,
2. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit,
3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren,
4. beschliesst, der Swisscom (Schweiz) AG und der Deutschen Telekom AG die Kosten für das Vorabklärungsverfahren in Höhe von [...] Franken unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Eflare</b>

*Verfügung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Eflare wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen 1. Eflare Corporation Pty Ltd, in Victoria, Australien, vertreten durch [...], 2. Waseg-Handel GmbH, in Eggersriet, vertreten durch [...].*

### A. Verfahren

#### A.1. Sachverhalt und Gegenstand der Untersuchung

1. Am 11. Februar 2015 erteilte das Bundesamt für Rüstung (nachfolgend: Armasuisse)<sup>1</sup> der Waseg-Handel GmbH mit Sitz in Eggersriet (nachfolgend: Waseg) den Zuschlag für die Lieferung von Warnblitzleuchten der Marke Eflare im Wert von ca. CHF 1.26 Mio.<sup>2</sup> Die Eflare Warnblitzleuchten werden von der australischen Firma Eflare Corporation Pty Ltd (nachfolgend: Eflare) hergestellt und nach Europa vertrieben. Eflare hätte mit der Lieferung von ca. 3'800 Sets à vier Warnblitzleuchten an Waseg einen Grosshandelsumsatz von rund CHF [...] erzielt.<sup>3</sup>

2. Gemäss dem Verfahrensentscheid der Armasuisse vom 15. Dezember 2014 im Beschaffungsverfahren kamen für die Armasuisse zum einen nur Warnblitzleuchten von Eflare und zum anderen nur ein Bezug bei der Waseg in Frage.<sup>4</sup> Gestützt darauf wählte sie die Verfahrensart der freihändigen Vergabe und verzichtete auf eine Ausschreibung.<sup>5</sup> Sie begründete diesen Entscheid damit, dass sich die Warnblitzleuchten im Einsatz der Militärpolizei bewährt hätten und es sich um eine Folgebeschaffung handle.<sup>6</sup> In Bezug auf den Anbieter hielt sie fest, dass nur die Waseg in Frage komme, da diese die Generalvertretung für die Schweiz habe.<sup>7</sup> Armasuisse verwies dabei auf eine Bestätigung von Eflare, wonach Waseg für den Vertrieb von Eflare Warnblitzleuchten in der Schweiz exklusiv zuständig sei.<sup>8</sup>

3. Gemäss einem schriftlichen Dokument habe Eflare der Waseg in der Schweiz das exklusive Vertriebsrecht für Eflare Warnblitzleuchten eingeräumt.<sup>9</sup> Eflare liefere ihre Produkte aber nicht direkt an Waseg.<sup>10</sup> Waseg beziehe die Eflare Produkte via die Zeichentechnik Herbert Rosenbaum mit Sitz in Deutschland (nachfolgend: Rosenbaum).<sup>11</sup> Dies nach Angaben von Eflare u.a. deshalb, weil

die Mitarbeiter von Waseg kein Englisch sprächen.<sup>12</sup> Zudem seien die üblichen Bestellungen von Waseg im Verhältnis zu den Transportkosten zu gering.<sup>13</sup> Rosenbaum sei die „Master-Distributorin“ für Deutschland, Österreich und die Schweiz.<sup>14</sup>

4. Die [...] Anzeigerin [mit Sitz in der Schweiz] wäre gemäss eigener Aussage ebenfalls in der Lage gewesen, bei der Armasuisse ein Angebot einzureichen, nachdem sie Eflare Warnblitzleuchten in der Vergangenheit bereits mehrmals bei [...] [einer ausländischen Händlerin] bezogen habe.<sup>15</sup> [Diese ausländische Händlerin] ist gemäss Herstellerangaben die offizielle Vertriebspartnerin von Eflare [im betreffenden Land].<sup>16</sup>

5. Vor diesem Hintergrund hat die Anzeigerin das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) im Beschaffungsverfahren mit Vergaberechtsbeschwerde vom 11. März 2015 darum ersucht, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Armasuisse anzuweisen, den Auftrag auszuschreiben.<sup>17</sup> Das BVGer hat die Beschwerde teilweise gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache an die Vergabestelle zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen prüfe,

<sup>1</sup> Das Bundesamt für Rüstung (Armasuisse) ist das Kompetenzzentrum des Bundes für die Beschaffung von technologisch komplexen Systemen und Materialien, für Rüstungstechnologie und für die Immobilien des VBS (<www.ar.admin.ch> unter Über Armasuisse [19.12.2016]).

<sup>2</sup> SIMAP-Projekt-ID 123069, Publikation vom 20.2.2015 (www.simap.ch, [...]).

<sup>3</sup> Umsatzzahlen Eflare [...], Wechselkurs AUD/CHF 0.72 vom 11.2.2015 (historische Wechselkurse gemäss SNB, https://data.snb.ch).

<sup>4</sup> Stellungnahme Armasuisse [...].

<sup>5</sup> Eingabe der Armasuisse vom 18.5.2015 [...].

<sup>6</sup> Stellungnahme Armasuisse [...].

<sup>7</sup> Stellungnahme Armasuisse [...].

<sup>8</sup> Stellungnahme Armasuisse [...].

<sup>9</sup> Appointment of Waseg as exclusive distributor for the sale and distribution of Eflare Hazard Warning Safety Beacons and Accessories in Switzerland [...]; Ausdruck der Website von Eflare [...].

<sup>10</sup> Stellungnahme Eflare, [...].

<sup>11</sup> Parteieinvernahme Waseg, [...].

<sup>12</sup> Stellungnahme Eflare, [...].

<sup>13</sup> Stellungnahme Eflare, [...].

<sup>14</sup> Stellungnahme Eflare, [...].

<sup>15</sup> Anzeige [...]; E-Mail von [...] vom 18.5.2015 [...].

<sup>16</sup> Ausdruck der Website von Eflare [...].

<sup>17</sup> Anzeige [...].

ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt seien oder nicht, bevor sie erneut darüber entscheide, ob der Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren oder aber freihändig zu vergeben sei.<sup>18</sup>

6. Zur Erstellung eines Angebots für den Auftrag der Armasuisse fragte die Anzeigerin [ihre ausländische Lieferantin] am 12. März 2015 um Abgabe eines entsprechenden Angebots an.<sup>19</sup> Die ausländische Lieferantin wandte sich ihrerseits mit einer entsprechenden Offertanfrage an Eflare.<sup>20</sup>

7. Der Verkaufsleiter von Eflare erkundigte sich via Rosenbaum bei Waseg, wie er auf die Offertanfrage [der ausländischen Händlerin] reagieren solle.<sup>21</sup> Waseg vertrat den Standpunkt, dass die Anzeigerin die Eflare Warnblitzleuchten in jedem Fall bei ihr beziehen müsse.<sup>22</sup> Sie bat Eflare deshalb via Rosenbaum darum, [der ausländischen Händlerin] – unter Verweis auf ihr exklusives Vertriebsrecht in der Schweiz (vgl. Rz 3) – kein Angebot abzugeben.<sup>23</sup> Diesem Wunsch kam Eflare in der Folge nach:

8. Mit E-Mail vom 20. April 2015 bedankte sich Eflare bei [der ausländischen Händlerin] für die Offertanfrage und wies die [ausländische Händlerin] zugleich darauf hin, dass sie über das exklusive Vertriebsrecht für [das ihr zugewiesene Land] verfüge und die Lieferanfrage, welche [die ausländische Händlerin] aus der Schweiz erhalten habe, durch Waseg zu beantworten sei, welche über das exklusive Vertriebsrecht für die Schweiz verfüge.<sup>24</sup> Die [ausländische Händlerin] informierte die Anzeigerin, Eflare stelle sich auf den Standpunkt, dass die Bestellung von Armasuisse durch Waseg abzuwickeln sei.<sup>25</sup>

9. An dieser Vereinbarung zwischen Waseg und Eflare (über die Nichtbelieferung [der ausländischen Händlerin]) war auf der Seite von Eflare ein Mitglied der Geschäftsleitung beteiligt.<sup>26</sup> Auf der Seite von Waseg hatte ein Mitglied der Geschäftsleitung zumindest Kenntnis über die Vereinbarung.<sup>27</sup>

10. Weil die Anzeigerin die Eflare Warnblitzleuchten nicht bei der [ausländischen Händlerin] beziehen und damit nicht parallelimportieren konnte, zeigte sie diesen Sachverhalt dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat und WEKO) an.<sup>28</sup> Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob zwischen Eflare und Waseg eine vertikale Abrede über einen absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG<sup>29</sup> vorliegt.

11. Eflare hat auf dem europäischen Markt in den letzten drei Jahren jeweils Warnblitzleuchten im Wert von AUD [...] verkauft.<sup>30</sup> In den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016<sup>32</sup> hat Eflare mit dem Verkauf von Warnblitzleuchten in der Schweiz einen Umsatz von insgesamt rund CHF [...] erzielt.<sup>33</sup>

12. Waseg hat in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 einen Gesamtumsatz (d.h. Verkäufe sämtlicher Produkte inkl. Warnblitzleuchten von Eflare) von CHF [...] erzielt.<sup>34</sup> Mit dem Verkauf von Eflare Warnblitzleuchten hat Waseg in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 einen Gesamtumsatz von CHF [...] erzielt.<sup>35</sup>

## A.2. Prozessgeschichte

13. Die vorliegende Untersuchung gegenüber Waseg und Eflare wurde am 22. September 2015 eröffnet.<sup>36</sup> Bei

Waseg fanden am 23. September 2015 eine Hausdurchsuchung sowie eine Parteieinvernahme und am 25. November 2015 noch einmal eine Hausdurchsuchung statt.<sup>37</sup> Eflare wurde die Möglichkeit eingeräumt, zum Gegenstand der Untersuchung schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>38</sup> Eflare reichte am 30. November 2015 eine entsprechende Stellungnahme ein.<sup>39</sup>

14. Die Armasuisse wurde gestützt auf die Amtshilfe nach Art. 41 KG aufgefordert, Fragen im Zusammenhang mit der Beschaffung der Eflare Warnblitzleuchten zu beantworten sowie sämtliche Korrespondenz mit Eflare und Waseg betreffend den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung einzureichen.<sup>40</sup> Armasuisse kam diesen Anforderungen mit entsprechenden Eingaben nach.<sup>41</sup>

15. Am 27. Juni 2016 hat das Sekretariat beiden Parteien das vorläufige Beweisergebnis präsentiert und ihnen sämtliche Verfahrensakten mit einem Aktenverzeichnis elektronisch zugestellt.<sup>42</sup>

16. Im Anschluss an die Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses meldeten beide Parteien ihr Interesse an einer einvernehmlichen Regelung nach Art. 29 KG an. Am 28. August 2016 unterzeichnete Eflare die Rahmenbedingungen des Sekretariats für die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung und am 6. September 2016 erklärte sich auch Waseg mit den Rahmenbedingungen einverstanden.<sup>43</sup> Am 19. September 2016 kam es zwischen Eflare und dem Sekretariat zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung.<sup>44</sup> Am 3. Oktober 2016 schloss das Sekretariat eine dem Sinn nach vergleichbare einvernehmliche Regelung mit Waseg ab.<sup>45</sup>

<sup>18</sup> Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7.10.2015 i.S. X AG/Armasuisse [...].

<sup>19</sup> Anzeige [...].

<sup>20</sup> E-Mail vom 31.3.2015, Anzeige [...].

<sup>21</sup> E-Mail vom 17.4.2015 [...].

<sup>22</sup> E-Mail vom 17.4.2015 [...].

<sup>23</sup> E-Mail vom 17.4.2015 [...].

<sup>24</sup> E-Mail vom 20.4.2015 [...].

<sup>25</sup> E-Mail vom 21.4.2015 [...].

<sup>26</sup> E-Mail vom 20.4.2015 [...].

<sup>27</sup> E-Mail vom 17.4.2015 [...].

<sup>28</sup> Anzeige [...].

<sup>29</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>30</sup> Auf der Basis des durchschnittlichen historischen Wechselkurses für die Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016 von 0.78 AUD/CHF entspricht dies rund CHF [...] (SNB, <https://data.snb.ch>).

<sup>31</sup> [...].

<sup>32</sup> Die Geschäftsjahre von Eflare dauern jeweils vom 1. Juli bis 30. Juni [...].

<sup>33</sup> Umsatzzahlen [...], für die Umrechnung wurde auf folgende historischen Wechselkurse AUD/CHF abgestellt: Juli 2013/Juni 2014 = 0.83; Juli 2014/Juni 2015 = 0.79; Juli 2015/Juni 2016 = 0.71 (SNB, <https://data.snb.ch>).

<sup>34</sup> [...].

<sup>35</sup> [...].

<sup>36</sup> [...].

<sup>37</sup> [...].

<sup>38</sup> [...].

<sup>39</sup> [...].

<sup>40</sup> [...].

<sup>41</sup> [...].

<sup>42</sup> [...].

<sup>43</sup> [...].

<sup>44</sup> [...].

<sup>45</sup> [...].



17. [...].<sup>46</sup>

18. [...].<sup>47</sup>

19. Am 4. November 2016 liess das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die WEKO zukommen und räumte ihnen die Möglichkeit ein, dazu Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG).<sup>48</sup> Eflare reichte am 21. November 2016 eine Stellungnahme ein; Waseg liess sich am 25. November 2016 vernehmen.<sup>49</sup>

20. Eflare bezog sich in der Stellungnahme auf [...] und stellte den Antrag, [...]. Die WEKO geht auf diesen Antrag bei der Sanktionierung ein (vgl. Rz 99).

21. Waseg beantragte in der Stellungnahme, [...]. Die WEKO geht auf diese Anträge beim Nachweis der Abrede bzw. bei der Sanktionierung und den Kosten ein (vgl. Rz 33, 76, 87, 114).

22. Auf die Möglichkeit von der WEKO angehört zu werden (Art. 30 Abs. 2 KG) haben die Parteien verzichtet.

## B. Erwägungen

### B.1. Geltungsbereich

#### B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

23. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Eflare und Waseg sind Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und werden daher vom persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst.

#### B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

24. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, haben Eflare und Waseg eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Nichtbelieferung einer Konkurrentin von Waseg getroffen. Der sachliche Geltungsbereich ist daher auch erfüllt.

#### B.1.3. Örtlicher Geltungsbereich

25. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, wirkt sich die zwischen der australischen Eflare und der schweizerischen Waseg getroffene Wettbewerbsabrede in der Schweiz aus. Folglich ist das Kartellgesetz auch in örtlicher Hinsicht anwendbar.

### B.2. Vorbehaltene Vorschriften

26. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede

27. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effi-

zienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

#### B.3.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

28. 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).

29. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.<sup>50</sup>

30. Zu lit. a) ist anzumerken, dass die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit desselben unerheblich sind.<sup>51</sup> Aus kartellrechtlicher Sicht sind Vereinbarungen, ob nun erzwingbar oder nicht, und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleichwertig. Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.<sup>52</sup> Eine hinreichende Koordination liegt vor, wenn die Wettbewerbsteilnehmer bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.<sup>53</sup>

31. Zu lit. b) ist anzumerken, dass es sich bei „bezwecken“ resp. „bewirken“ um alternative Tatbestandsmerkmale handelt.<sup>54</sup> Es ist somit nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.<sup>55</sup>

32. Vorliegend hat Eflare sich am 17. April 2015 via Rosenbaum bei Waseg erkundigt, wie sie auf eine Offertanfrage [einer ausländischen Händlerin] zum Verkauf von

<sup>46</sup> [...].

<sup>47</sup> [...].

<sup>48</sup> [...].

<sup>49</sup> [...].

<sup>50</sup> So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

<sup>51</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

<sup>52</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

<sup>53</sup> BGE 129 II 18, 27 E. 6.3; RPW 2005/1, 192 Rz 6, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito/Weko*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 101; Urteil des EuGH vom 14.7.1972, Rs. 52/69 *Geigy/Kommission*, Slg. 1972, Römische Zahl-787 Rz 26.

<sup>54</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>55</sup> Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

ca. 3'800 Sets à vier Eflare Warnblitzleuchten reagieren soll (vgl. Rz 7). Waseg stellte sich auf den Standpunkt, dass die Anzeigerin die Eflare Warnblitzleuchten in jedem Fall bei ihr beziehen müsse. Waseg bat Eflare via Rosenbaum, [der ausländischen Händlerin] – unter Hinweis auf ihr exklusives Vertriebsrecht in der Schweiz (vgl. Rz 3) – kein Angebot abzugeben (vgl. Rz 7). In der Folge teilte Eflare [der ausländischen Händlerin] mit, dass diese Bestellung durch ihre Schweizer bzw. deutschen Distributoren abgewickelt werde. Die Bestellung sei für die Schweizer Armee bestimmt und die Schweizer bzw. deutschen Distributoren würden seit ein paar Jahren mit ihr daran arbeiten. [Die ausländische Händlerin] erhielt somit kein Angebot und konnte der Anzeigerin ihrerseits kein Angebot unterbreiten (vgl. Rz 6). Das heisst, dass Eflare dem Wunsch von Waseg auf Nichtbelieferung [der ausländischen Händlerin] nachkam. Damit lag zwischen Waseg und Eflare ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor, Wasegs Verkaufsgebiet im Hinblick auf die Beschaffung von Eflare Warnblitzleuchten durch die Armasuisse vor Intrabrand-Wettbewerb über andere bzw. ausländische Vertriebskanäle zu schützen. Folglich bestand zwischen Eflare und Waseg eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Da die beiden Unternehmen als Herstellerin und Händlerin auf verschiedenen Marktstufen tätig sind, handelt es sich um eine vertikale Abrede (Ziff. 1 VertBek<sup>56</sup>).

33. Waseg bringt in ihrer Stellungnahme (vgl. Rz 20) im Wesentlichen vor, dass dieser Sachverhalt falsch gewürdigt worden und die Annahme einer unzulässigen Abrede „im Mindesten mehr als fraglich“ sei. Einerseits stellt sich Waseg auf den Standpunkt, dass das Sekretariat seine Beurteilung „zur grossen Mehrheit“ aufgrund der vom BVGer erhobenen Beweise und rechtlichen Würdigung vorgenommen habe. Die Beurteilung des Sekretariats beruhe auf einer Auslegung, die erst durch die Aufhebung der Zuschlagsverfügung durch das BVGer möglich geworden sei. Waseg habe nicht die Absicht gehabt, „generell die Abgabe eines Angebots gegenüber [der ausländischen Händlerin] verhindern zu wollen.“ Ausserdem stellt Waseg den Kausalzusammenhang zwischen der Vereinbarung über eine Nichtbelieferung [der ausländischen Händlerin] und der tatsächlich verweigerten Belieferung in Frage.<sup>57</sup>

34. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die vorliegende Verfügung nicht auf Beweismittel stützt, die vom BVGer erhoben wurden. Vorliegend wurde einzig im Zusammenhang mit der Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl. Rz 43) und für Informationen betreffend das Nachfrageverhalten der Armasuisse auf das Urteil des BVGer verwiesen, nicht hingegen im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung des Verhaltens von Waseg und Eflare. Auch die rechtliche Würdigung erfolgt unabhängig vom Umstand, dass das BVGer die Zuschlagsverfügung aufgehoben hat. Denn selbst wenn das BVGer die Vergaberechtsbeschwerde abgewiesen hätte und der Zuschlag an die Waseg im freihändigen Verfahren in Rechtskraft erwachsen wäre, wäre die Abrede zwischen Waseg und Eflare über die Nichtbelieferung der [ausländischen Händlerin] zur Verhinderung eines Parallelimports durch die Anzeigerin kartellrechtlich gleich zu würdigen gewesen, wie es vorliegend getan wird.

35. Waseg macht sinngemäss geltend, sie habe Eflare nur vor dem Hintergrund gebeten, [der ausländischen Händlerin] kein Angebot abzugeben, dass zu diesem Zeitpunkt kein offenes Ausschreibungsverfahren der Armasuisse existierte und es im Falle eines rechtsgültigen Zuschlags an Waseg im freihändigen Verfahren sinnlos gewesen wäre, [der ausländischen Händlerin] ein Angebot abzugeben.<sup>58</sup> Waseg scheint sich mit diesen Ausführungen auf den Standpunkt zu stellen, dass eine Vereinbarung über die Nichtbelieferung [der ausländischen Händlerin] durch Eflare im Zeitfenster zwischen der Zuschlagsverfügung und ihrer Aufhebung kartellrechtlich unbedenklich sei. Aber auch eine solche Vereinbarung erfüllt die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG.

36. Zudem war gerade vor dem Hintergrund des nicht rechtskräftigen Zuschlags an Waseg und einer möglichen offenen Ausschreibung ein Angebot an [die ausländische Händlerin] – auch aus der damaligen Perspektive der Waseg – durchaus nicht „absolut sinnlos“.<sup>59</sup> [Die ausländische Händlerin] beabsichtigte ja gerade, sich am noch offenen (da angefochten) Beschaffungsprozess zu beteiligen, was durch die Abrede gerade verhindert wurde. Dass Waseg auch ausserhalb dieses Zeitfensters „generell die Abgabe eines Angebots gegenüber [der ausländischen Händlerin]“ habe verhindern wollen, wirft die WEKO der Waseg gar nicht vor (vgl. Rz 68). Kartellrechtlich relevant ist einzig, dass die Herstellerin auf Wunsch der Generalimporteurin hin ihre Vertriebspartnerin in [einem bestimmten Land] nicht beliefert hat, um einen möglichen Parallelimport der Anzeigerin aus [dem betreffenden Land] zu verhindern (vgl. Rz 41). Mit anderen Worten hängt die Würdigung der Abrede zwischen der Herstellerin und der Generalimporteurin nicht davon ab, ob und wie der Auftrag tatsächlich vergeben wird. Denn dies liegt nicht in der Macht der Abredepartner. Der Umstand, dass der Auftrag vorliegend nicht vergeben wurde und die beiden Abredepartner mit dem Auftrag folglich noch keinen Umsatz erzielt haben, wird bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses berücksichtigt (vgl. Rz 68, 75).

37. Zum Einwand, es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen der Vereinbarung zwischen Eflare und Waseg (über die Nichtbelieferung [der ausländischen Händlerin]) und der Weigerung von Eflare, gegenüber [der ausländischen Händlerin] ein Angebot abzugeben, ist Folgendes zu sagen: Erstens besteht dieser Kausalzusammenhang nach Auffassung der WEKO durchaus. Denn hätte Eflare unabhängig von Waseg entschieden, [die ausländische Händlerin] nicht zu beliefern, hätte sie bei Waseg nicht nachzufragen brauchen, wie sie auf die Anfrage [der ausländischen Händlerin] reagieren soll. Zweitens setzt eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG keinen solchen Kausalzusammenhang voraus, sondern genügt das Vorliegen einer Vereinbarung. Andernfalls könnten die Abredepartner immer geltend machen, sie hätten zwar eine Abrede getroffen, aber dann doch nicht gestützt auf diese Abrede, sondern aus eigener Überzeugung gehandelt.

<sup>56</sup> Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

<sup>57</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 8 ff. [...].

<sup>58</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 8 ff. [...].

<sup>59</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 8.2. b [...].

38. Für die WEKO steht deshalb fest, dass Eflare auf Wunsch von Waseg gegenüber [der ausländischen Händlerin] kein Angebot abgegeben hat, um einen Parallelimport durch die Anzeigerin zu verhindern. Somit kam zwischen Eflare und Waseg eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zustande.

### **B.3.2. Vertikale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG**

39. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

#### **B.3.2.1. Vertikale Abrede über absoluten Gebietschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG**

40. Eine vertikale Gebietsabrede erfüllt den Vermutungstatbestand insbesondere dann, wenn sie ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden zum Gegenstand hat (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Ziff. 3 VertBek). Es handelt sich in solchen Fällen um absoluten Gebietschutz.

41. Eflare hat Waseg in der Schweiz das exklusive Vertriebsrecht für Eflare Warnblitzleuchten eingeräumt (vgl. Rz 3). Zudem bestand zwischen Eflare und Waseg eine Abrede über die Nichtbelieferung der für [ein bestimmtes Land] zuständigen Händlerin [...] zur gezielten Verhinderung eines Parallelimports durch die schweizerische Anzeigerin respektive zur Verhinderung eines passiven Verkaufs [der ausländischen Händlerin] an die Anzeigerin. Damit lag eine vertikale Abrede über einen absoluten Gebietschutz vor und es greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

#### **B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung**

42. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek). Um beurteilen zu können, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegend widerlegt werden kann, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen.

##### **B.3.2.2.1. Relevante Märkte**

43. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>60</sup>

44. Der *sachliche Markt* umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3

Bst. a VKU<sup>61</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>62</sup> Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>63</sup> Der *räumliche Markt* umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>64</sup>

45. Daher ist für die vorliegende Beurteilung auf die Nachfrage der Armasuisse im Rahmen ihrer Beschaffung abzustellen. Gemäss dem Verfahrensentscheid der Armasuisse vom 15. Dezember 2014 zur vorliegend fraglichen Beschaffung kamen für die Armasuisse zum einen nur Warnblitzleuchten von Eflare und zum anderen nur ein Bezug bei der Waseg in Frage (vgl. Rz 2). Daraus lässt sich schliessen, dass die Marktgegenseite bei der Beschaffung von einem sehr spezifischen Bedarf ausgegangen ist. Im Beschaffungsverfahren vor dem BVGer (vgl. Rz 5) konnte Armasuisse jedoch nicht nachweisen, dass sie sich hinreichend mit den Eigenschaften auseinandergesetzt hat und nicht (entgegen dem Vergaberecht) produktfixiert war.<sup>65</sup> Das BVGer hob den Zuschlag an Waseg auf, weil sich die Armasuisse nicht mit der Frage auseinandergesetzt hatte, ob die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt waren.<sup>66</sup> Somit bestehen zwei mögliche sachlich relevante Märkte: Eflare Warnblitzleuchten (falls andere Warnblitzleuchten für die Armasuisse keine Substitute darstellen) oder Warnblitzleuchten (d.h. auch solche anderer Hersteller als Eflare). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich vorliegend selbst dann um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede, wenn von einem sachlichen Markt für Warnblitzleuchten und in räumlicher Hinsicht von einem über die Schweiz hinausgehenden Markt ausgegangen wird. Weil die genaue Marktabgrenzung vorliegend keinen Einfluss auf die Feststellung der Unzulässigkeit und die Sanktionierung der Abrede hat, kann sie offen bleiben.

##### **B.3.2.2.2. Keine Beseitigung, aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

46. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* gelten Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies gilt – sofern es nicht ein eigentlicher Bagatellfall ist – unabhängig von quantitativen Kriterien wie der

<sup>60</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>61</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>62</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>63</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

<sup>64</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>65</sup> Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7.10.2015, E.2.3-2.5 [...], X AG/Armasuisse.

<sup>66</sup> Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7.10.2015, E.2.6 [...], X AG/Armasuisse.

Grösse des Marktanteils der beteiligten Unternehmen. Entsprechende Abreden sind somit vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig.<sup>67</sup>

47. Vorliegend handelt es sich um eine Abrede über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. In Bezug auf die die Vergabe des fraglichen Auftrags durch die Armasuisse ist kein Wettbewerb unter den Anbietern ersichtlich. Dies liegt daran, dass die Armasuisse wegen dem exklusiven Vertriebsrecht von Waseg den Auftrag freihändig an die Waseg vergeben und nicht im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben hat (vgl. Rz 2 und 5). Folglich konnten Konkurrenten der Waseg oder von Eflare der Armasuisse gar keine Angebote unterbreiten. Allerdings hat die Anzeigerin (eine Konkurrentin von Waseg) gegen die freihändige Vergabe erfolgreich Beschwerde erhoben und die Zuschlagsverfügung an Waseg wurde aufgehoben. Das Verhalten der Anzeigerin hatte also einen Einfluss auf den konkreten Beschaffungsmarkt. Damit erscheint der Wettbewerb vorliegend nicht beseitigt zu sein. Hingegen wird der Wettbewerb durch die vertikale Gebietsschutzabrede zwischen Eflare und Waseg im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Rz 46) aufgrund ihrer Qualität erheblich beeinträchtigt (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Ein Bagatellfall liegt nicht vor. Auf eine Prüfung quantitativer Kriterien kann insofern verzichtet werden.

48. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich.

49. Es liegt somit eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vor.

#### B.4. Massnahmen

50. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 51 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 57 ff.).

##### B.4.1. Einvernehmliche Regelung

51. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen.<sup>68</sup> Anstelle der einseitigen Anordnung von Massnahmen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.<sup>69</sup>

52. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit beiden Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. Rz 16).

53. Die mit Eflare am 19. September 2016 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„1. Eflare verpflichtet sich, inskünftig mit ihren Vertriebspartnern keine Vereinbarungen zu treffen, wonach Verkäufe durch Vertriebspartner ausserhalb der Schweiz an Händler (Parallelimporte) oder Endkunden (Direktimporte) in der Schweiz, auf deren Lieferanfrage hin (passive Verkäufe), ausgeschlossen werden.

2. Zudem verpflichtet sich Eflare, mit ihren Vertriebspartnern keine Informationen über den Bestimmungsort von Waren auszutauschen, um passive Verkäufe in die Schweiz zu verhindern.“

54. Die mit Waseg am 3. Oktober 2016 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„1. Waseg verpflichtet sich, inskünftig mit den Herstellern/Lieferanten der von ihr vertriebenen Waren keine Vereinbarungen zu treffen, wonach Verkäufe in die Schweiz durch ausländische Vertriebspartner der Hersteller/Lieferanten an Händler (Parallelimporte) oder Endkunden und Endkundinnen (Direktimporte) in der Schweiz, auf deren Anfrage hin (passive Verkäufe), ausgeschlossen werden.

2. Zudem verpflichtet sich Waseg, mit den Herstellern/Lieferanten der von ihr vertriebenen Waren keine Informationen über den Bestimmungsort der Waren auszutauschen, um passive Verkäufe in die Schweiz zu verhindern.“

55. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

56. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28.6.2016 zum noch unveröffentlichten Urteil vom 28.6.2016 (2C\_180/2014) i.S. Gaba/Elemex, <[www.bger.ch/press-news-2c\\_180\\_2014-t.pdf](http://www.bger.ch/press-news-2c_180_2014-t.pdf)> (19.12.2016).

<sup>68</sup> BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 58 f.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (= RPW 2013/1, 122 ff.; nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>70</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

#### B.4.2. Sanktionierung

57. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden Tatbestandsvariante setzt Folgendes voraus: Erstens die Beteiligung an einer vertikalen Abrede über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sowie zweitens die Unzulässigkeit dieser Abrede.<sup>71</sup>

58. Zu präzisieren ist, dass auch solche Abreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, aber „nur“ zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führen, unzulässig und folglich direkt sanktionierbar sind, sofern sie nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt sind.<sup>72</sup>

59. Vorliegend waren Eflare und Waseg an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt (vgl. Rz 49). Folglich erfüllen beide Parteien die Voraussetzungen für eine Sanktionierung.

##### B.4.2.1. Vorwerfbarkeit

60. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>73</sup>, welcher das BVGer gefolgt ist<sup>74</sup>, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

61. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>75</sup>

62. Vorliegend waren sowohl auf der Seite von Eflare als auch auf der Seite von Waseg Mitglieder der Geschäftsleitung an der Abrede beteiligt bzw. über die Abrede in Kenntnis (vgl. Rz 9). Folglich ist der Kartellrechtsverstoss beiden Parteien vorwerfbar.

##### B.4.2.2. Bemessung

63. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

64. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG<sup>76</sup> näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die

Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>77</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>78</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>79</sup>

##### B.4.2.2.1. Konkrete Sanktionsberechnung

65. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

###### (i) Basisbetrag

66. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

###### I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

67. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat.

<sup>71</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

<sup>72</sup> Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28.6.2016 zum noch unveröffentlichten Urteil vom 28.6.2016 (2C\_180/2014) i.S. *Gaba/Elmex*, <[www.bger.ch/press-news-2c\\_180\\_2014-t.pdf](http://www.bger.ch/press-news-2c_180_2014-t.pdf)> (19.12.2016).

<sup>73</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>74</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

<sup>75</sup> RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

<sup>76</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>78</sup> Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>79</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

68. Vorliegend stellt die WEKO auf den Umsatz ab, den die Abredepartner *mit dem Beschaffungsauftrag der Armasuisse* erzielt hätten. Es wäre zwar denkbar auf den Umsatz abzustellen, den die Abredepartner mit den Produkten des sachlich relevanten Marktes in den letzten drei Jahren effektiv erzielt haben (vgl. Rz 11, 12). Jedoch erscheint dies aus folgenden Gründen nicht sachgerecht: Erstens ist für die vorliegende Beurteilung von einem relevanten Markt auszugehen, der sich über den Beschaffungsauftrag der Armasuisse definiert (vgl. Rz 45). Auf diesem Markt haben die Abredepartner aber keinen Umsatz erzielt, denn das BVGer hat die Zuschlagsverfügung aufgehoben (vgl. Rz 5). Zweitens betraf die vorliegend zu sanktionierende Gebietsschutzabrede zwischen Eflare und Waseg nur die Verhinderung eines Parallelimports im Rahmen eines konkreten Beschaffungsauftrags der Armasuisse und nicht die Verhinderung von Parallelimporten im Allgemeinen (vgl. Rz 32 ff., 41). Daher ist für die Berechnung der Obergrenze des Basisbetrags auf den Umsatz abzustellen, den die beiden Unternehmen *mit diesem Beschaffungsauftrag* erzielt hätten. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Beschaffung und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des kartellrechtsverletzenden Verhaltens.<sup>80</sup>

69. Eflare hätte mit dem Auftrag einen Grosshandelsumsatz von CHF [...] erzielt (vgl. Rz 1). Damit beträgt die obere Grenze des Basisbetrags für Eflare CHF [...].

70. Waseg hätte mit der Lieferung einen Einzelhandelsumsatz von CHF [...] erzielt (vgl. Rz 1). Folglich beträgt die obere Grenze des Basisbetrags für Waseg CHF [...].

## II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

71. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Art und Schwere des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG<sup>81</sup>, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

72. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG stellen in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Die Möglichkeit, Direkt- und/oder Parallelimporte tätigen zu können, wird sowohl in der Praxis der WEKO<sup>82</sup> als auch in der Praxis der Europäischen Kommission<sup>83</sup> als besonders schutzwürdig angesehen.

73. Eflare und Waseg haben sich an einer unzulässigen Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt hat (vgl. Rz 47 ff.). Gemäss der Praxis der WEKO zu diesen Abreden wäre der Verstoss grundsätzlich als mittelschwer zu beurteilen.<sup>84</sup>

74. Bei der Würdigung von horizontalen Submissionsabreden qualifizierte die WEKO eine Abrede über ein später abgebrochenes Projekt als schweren Verstoss.<sup>85</sup> Allerdings ging die WEKO in diesem Fall von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus.

75. Vorliegend berücksichtigt die WEKO bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses insbesondere folgende Elemente, die für einen vergleichsweise weniger schweren Verstoss sprechen: Erstens wurde der wirksame Wettbewerb durch die Abrede nicht beseitigt (vgl. Rz 47).

Zweitens haben Eflare und Waseg mit dem Beschaffungsauftrag noch keinen Umsatz erzielt (vgl. Rz 5, 68). Aus diesen Gründen legt die WEKO den Basisbetrag vorliegend auf 3 % des Umsatzes fest, den die Parteien mit dem Auftrag erzielt hätten.

76. Der Basisbetrag für Eflare beträgt folglich CHF [...], jener für Waseg CHF [...].

77. Waseg beantragt in ihrer Stellungnahme, der Basisbetrag sei infolge der konkreten Umstände der Sachverhalts- und Beweiswürdigung angemessen zu reduzieren (vgl. Rz 19, 21).

78. Waseg begründet dies u.a. damit, dass die WEKO das E-Mail der Waseg vom 17. April 2015 aus dem Zusammenhang gerissen und falsch interpretiert habe.<sup>86</sup> Zu diesem Einwand hat sich die WEKO bereits weiter oben geäussert (vgl. Rz 33 ff.).

79. Waseg begründet ihren Antrag weiter damit, dass sie mit dem Auftrag gar keinen Gewinn erzielt habe.<sup>87</sup> Wie bereits erwähnt, wurde vorliegend berücksichtigt, dass die Abredepartner keinen Umsatz erzielt haben (vgl. Rz 68, 75). Der Basisbetrag wurde auf 3 % des Umsatzes festgelegt, den die Parteien mit dem Auftrag erzielt hätten. Dabei handelt es sich im Vergleich zu anderen, vergleichbaren Fällen um einen tiefen Basisbetrag (vgl. Rz 72-75). Mit dem vergleichsweise tiefen Basisbetrag trägt die WEKO insbesondere dem Umstand Rechnung, dass Waseg und Eflare mit dem fraglichen Auftrag weder Umsatz noch Gewinn erzielt haben.

## (ii) Dauer des Verstosses

80. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

81. Vorliegend ist kein Zuschlag für die Dauer vorzunehmen.

## (iii) Erschwerende und mildernde Umstände

82. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

<sup>80</sup> RPW 2013/4, 618 Rz 956 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; siehe auch RPW 2006/4, 663 Rz 246 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*.

<sup>81</sup> Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung; <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, *Gaba*; Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 11.2.2 ff., *BMW/WEKO* (noch nicht rechtskräftig); Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 9.2.6, *Nikon/WEKO*.

<sup>83</sup> Vgl. LANGEN/BUNTE-NOLTE, Art. 81 N 525 ff.; PETER STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2009.

<sup>84</sup> Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 14.4.3 *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 11.2.2 ff., *BMW/WEKO* (noch nicht rechtskräftig); Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 9.2.6, *Nikon/WEKO*.

<sup>85</sup> RPW 2013/4, 623 Rz 969, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>86</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 8 ff. [...].

<sup>87</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 9 ff. [...].

### III. Mutmasslicher Gewinn

83. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

84. Vorliegend wurde der mutmassliche Gewinn, den die Abredepartner erzielt hätten bereits beim Basisbetrag berücksichtigt (vgl. Rz 68, 75).

### IV. Kooperatives Verhalten

85. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt.

86. Vorliegend haben beide Parteien sehr gut mit dem Sekretariat kooperiert, indem sie sämtliche Fragen zum Gegenstand des Verfahrens umgehend beantwortet, die geforderten Dokumente rasch eingereicht und so zu einem effizienten Verfahren beigetragen haben. Zudem konnte das Sekretariat mit beiden Parteien rasch eine einvernehmliche Regelung erzielen (vgl. Rz 16 und 53). Daher reduziert die WEKO den Basisbetrag beider Parteien infolge guter Kooperation um 15 % und infolge Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung um weitere 20 %, folglich um insgesamt 35 %.

87. Waseg macht in der Stellungnahme geltend, die Kooperationsbereitschaft der Waseg sei mit 15 % Reduktion nicht gebührend honoriert worden, nachdem das Sekretariat mündlich eine Reduktion von 20 % in Aussicht gestellt habe.<sup>88</sup> Hierzu ist zu sagen, dass es sich bei der durch das Sekretariat in Aussicht gestellten Reduktion des Basisbetrags um 20 % infolge Kooperation um die mögliche Maximalreduktion handelt, welche gemäss Praxis der WEKO z.B. dann zur Anwendung kommt, wenn die Kooperation die Qualität einer Selbstanzeige annimmt.<sup>89</sup>

### V. Weitere erschwerende/mildernde Umstände

88. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

89. Es sind keine weiteren erschwerenden/mildernden Umstände ersichtlich.

#### B.4.2.2.2. Maximalsanktion

90. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,<sup>90</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>91</sup> Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsbe-

rechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

91. Eflare hat in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 in der Schweiz einen Umsatz von rund CHF [...] erzielt (vgl. Rz 11). Folglich beträgt die Maximalsanktion für Eflare CHF [...].

92. Waseg hat in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...] erzielt (vgl. Rz 12). Die Maximalsanktion für Waseg beträgt damit CHF [...].

#### B.4.2.2.3. Subsumtion und Ergebnis

93. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses legt die WEKO den Basisbetrag vorliegend auf 3 % des Umsatzes fest, den die Parteien mit dem Auftrag erzielt hätten (vgl. Rz 71 ff.). Zudem honoriert die WEKO die gute Kooperation und den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit einer Reduktion des Basisbetrags von insgesamt 35 % (vgl. Rz 86).

##### (i) Eflare

94. Unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO für Eflare eine Sanktion von CHF 8'728 für angemessen. Diese konkrete Sanktion überschreitet die Maximalsanktion von CHF [...] nicht (vgl. Rz 91).

##### (ii) Waseg

95. Unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO für Waseg eine Sanktion von CHF 24'590 für angemessen. Diese konkrete Sanktion überschreitet die Maximalsanktion von CHF [...] nicht (vgl. Rz 92).

#### B.4.2.3. Verhältnismässigkeitsprüfung

96. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.<sup>92</sup> Eine Belastung ist dann für ein Unternehmen finanziell nicht mehr tragbar, wenn durch eine solche Belastung der Geschäftsbetrieb nicht mehr fortgeführt werden kann und das Unternehmen als Wettbewerber vom Markt ausscheidet.

97. [...]

98. [...]

(i) [...]

99. [...].

<sup>88</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff.11 ff. [...].

<sup>89</sup> RPW 2014/4, 703 Rz 250, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

<sup>90</sup> Vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2037.

<sup>91</sup> Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (19.12.2016).

<sup>92</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hw. *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

100. [...] <sup>93</sup> [...] <sup>94</sup> [...] <sup>95</sup>

101. [...] <sup>96</sup> [...].

102. [...] <sup>97</sup> [...] <sup>98</sup> [...] <sup>99</sup> [...] <sup>100</sup> [...].

103. [...] <sup>101</sup> [...].

104. [...].

(ii) [...]

105. [...] <sup>102</sup> [...].

106. [...].

#### B.4.2.4. Ergebnis

107. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO folgende Verwaltungssanktionen für angemessen:

(i) Eflare Corporation Pty Ltd: CHF 8'728.

(ii) Waseg Handel GmbH: CHF 24'590.

#### B.4.3. Weitere Anordnungen/Beschlagnahmte Dokumente und kopierte elektronische Daten

108. Die anlässlich der Hausdurchsuchungen bei den durchsuchten Gesellschaften beschlagnahmten Papierdokumente sowie die kopierten elektronischen Daten sind nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung gegenüber allen Parteien der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben respektive zu löschen.

#### C. Kosten

109. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>103</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

110. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

111. Die Gebühren werden den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt.

112. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

113. Vorliegend beläuft sich die Gebühr auf CHF 80'000. Die Eflare und Waseg zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF 40'000. [...]

114. Waseg macht in ihrer Stellungnahme geltend, bei den Verfahrenskosten sei zu berücksichtigen, dass sie kein Verschulden daran trage, dass eine zweite Hausdurchsuchung habe durchgeführt werden müssen und es anlässlich eines Termins zur Akteneinsicht infolge technischer Schwierigkeiten zu unnützen Vertretungskosten gekommen sei.<sup>104</sup> Hierzu ist zu sagen, dass die zweite Hausdurchsuchung nötig war, weil sich bei der Sichtung der anlässlich der ersten Hausdurchsuchung beschlagnahmten elektronischen Daten gezeigt hat, dass E-Mails

fehlten, von deren Existenz das Sekretariat bereits Kenntnis hatte. Die fraglichen E-Mails konnten anlässlich der zweiten Hausdurchsuchung beschlagnahmt werden. Bei dem von Waseg angesprochenen Termin zur Akteneinsicht, bei dem es zu technischen Schwierigkeiten gekommen sei, handelt es sich um eben diesen Termin zur Sichtung der elektronischen Daten, die anlässlich der ersten Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden waren. Weil sich während der Sichtung zeigte, dass im untersuchungsrelevanten Zeitraum kaum E-Mails vorhanden waren, wurde der Sichtungstermin mit dem Rechtsvertreter von Waseg abgebrochen. Vor diesem Hintergrund erachtet es die WEKO nicht als angebracht, die Verfahrenskosten gegenüber Waseg zu reduzieren.

#### D. Ergebnis

115. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

116. Zwischen Eflare und Waseg bestand eine vertikale Wettbewerbsabrede über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. Rz 28 ff. und 40 ff.). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden (vgl. Rz 47). Die vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz beeinträchtigte den Wettbewerb auf dem relevanten Markt aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 47). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 48). Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 49).

117. Die WEKO genehmigt die von den Parteien mit dem Sekretariat vereinbarten einvernehmlichen Regelungen, in denen diese sich verpflichten, keine Abreden über die Verhinderung von passiven Verkäufen an Händler oder Endkunden und Endkundinnen in der Schweiz zu vereinbaren, im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG (vgl. Rz 53 und 54).

118. Eflare und Waseg werden für ihre Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 116) gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert (vgl. Rz 57 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Belastung mit folgenden Sanktionen für angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 107 ff.): Eflare Corporation Pty Ltd CHF 8'728; Waseg-Handel GmbH CHF 24'590.

119. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben Eflare und Waseg je die Hälfte der Verfahrenskosten, d.h. CHF 40'000, zu tragen. [...]

<sup>93</sup> [...].

<sup>94</sup> [...].

<sup>95</sup> [...].

<sup>96</sup> [...].

<sup>97</sup> [...].

<sup>98</sup> [...].

<sup>99</sup> [...].

<sup>100</sup> [...].

<sup>101</sup> [...].

<sup>102</sup> [...].

<sup>103</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>104</sup> Stellungnahme Waseg vom 25.11.2016, Ziff. 12 ff. [...].



## E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgenden einvernehmlichen Regelungen:
  - 1.1. Die zwischen der Eflare Corporation Pty Ltd und dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. September 2016:
 

„1. Eflare verpflichtet sich, inskünftig mit ihren Vertriebspartnern keine Vereinbarungen zu treffen, wonach Verkäufe durch Vertriebspartner ausserhalb der Schweiz an Händler (Parallelimporte) oder Endkunden und Endkundinnen (Direktimporte) in der Schweiz, auf deren Lieferanfrage hin (passive Verkäufe), ausgeschlossen werden.

2. Zudem verpflichtet sich Eflare, mit ihren Vertriebspartnern keine Informationen über den Bestimmungsort von Waren auszutauschen, um passive Verkäufe in die Schweiz zu verhindern.“
  - 1.2. Die zwischen der Waseg-Handel GmbH und dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 3. Oktober 2016:
 

„1. Waseg verpflichtet sich, inskünftig mit den Herstellern/Lieferanten der von ihr vertriebenen Waren keine Vereinbarungen zu treffen, wonach Verkäufe in die Schweiz durch ausländische Vertriebspartner der Hersteller/Lieferanten an Händler (Parallelimporte) oder Endkunden und Endkundinnen (Direktimporte) in der Schweiz, auf deren Anfrage hin (passive Verkäufe), ausgeschlossen werden.

2. Zudem verpflichtet sich Waseg, mit den Herstellern/Lieferanten der von ihr vertriebenen Waren keine Informationen über den Bestimmungsort der Waren auszutauschen, um passive Verkäufe in die Schweiz zu verhindern.“
2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Abrede über absoluten Gebietsschutz mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 

- Eflare Corporation Pty Ltd	CHF 8'728
- Waseg-Handel GmbH	CHF 24'590
3. Die Verfahrenskosten von CHF 80'000 werden Eflare und Waseg zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 40'000, auferlegt. [...]
4. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten elektronischen Daten gelöscht.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen:
  - Eflare Corporation Pty Ltd, in Victoria, Australien vertreten durch [...]
  - Waseg-Handel GmbH, in Eggersriet vertreten durch [...]
6. Die Verfügung geht (nach Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen der Parteien) in Kopie an:
  - [...] (Anzeiger)
  - [...] (Vergabestelle)

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Glencore plc/Canada Pension Plan Investment Board/Glencore Agriculture Limited</b>

*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 9. November 2016*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. November 2016*

1. Am 14. Oktober 2016 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Canada Pension Plan Investment Board, 39,99 % der Aktien an der Glencore Agriculture Limited von der Glencore plc, der bisherigen alleinigen Aktionärin der Glencore Agriculture Limited, zu übernehmen und so die gemeinsame Kontrolle mit der Glencore plc über die Glencore Agriculture Limited zu erlangen.

2. Glencore plc (nachfolgend: Glencore), eine in Saint Helier, Jersey, Grossbritannien, registrierte Gesellschaft mit Sitz in Baar, Schweiz, liefert weltweit ein breites Spektrum an Rohstoffen und Rohmaterialien, darunter Metalle, Mineralien, Öl und Ölprodukte, Kohle und Landwirtschaftsprodukte. Das Geschäft von Glencore ist in drei Segmente gegliedert: (a) Energieerzeugnisse, (b) Metalle und Mineralien und (c) Agrarprodukte.

3. Das Agrarproduktegeschäft von Glencore wird durch die zur Glencore-Gruppe gehörende Glencore Agriculture Limited (nachfolgend: Glencore Agri) mit Sitz in St. Helier, Jersey, Grossbritannien, dem Zielunternehmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, geleitet. Glencore Agri ist in drei Produktedivisionen gegliedert: Getreide, Ölsaaten und andere Produkte. Zur Division „andere Produkte“ gehören (a) Verarbeitungsbetriebe wie Weizen- und Reismühlen und die Zuckerproduktion, (b) Handelstätigkeiten wie das physische Handeln mit Rohzucker, raffiniertem Zucker und Baumwolle und (c) Landwirtschaftsbetriebe. In der Schweiz ist Glencore Agri vorwiegend im Bereich des physischen Handels mit Getreide, Ölsaaten und Ölsaatenzwischenprodukte, Baumwolle und Zucker tätig.

4. Der Canada Pension Plan Investment Board (nachfolgend: CPPIB) mit Sitz in Toronto, Kanada, ist eine Investment Management Gesellschaft, welche die Mittel des Canada Pension Plan verwaltet. Der CPPIB hat begrenzte Geschäftstätigkeiten im Agrarsektor sowie den daran angrenzenden Sektoren.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 28. Oktober 2016 von der Europäischen Kommission freigegeben.<sup>1</sup> In verschiedenen weiteren Ländern wurde das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bereits von den dortigen Wettbewerbsbehörden genehmigt, so in Australien<sup>2</sup>, Brasilien, China, Kanada, Neuseeland, Philippinen, Serbien, Südafrika, Südkorea, der Türkei und der Ukraine.

6. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG<sup>3</sup> dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU<sup>4</sup>).

7. Vor Abschluss des Zusammenschlussvorhabens wird Glencore Agri vollständig durch Glencore via deren Tochtergesellschaft Danelo Limited gehalten. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben und einer zusätzlichen Transaktion betreffend die Venus Investment Limited Partnership<sup>5</sup> erhält die Glencore Agri drei zusätzliche Aktionäre: der CPPIB, der seine Aktien an Glencore Agri via seine Tochtergesellschaft CPPIB Monroe Canada Inc. hält, die Venus Investment Limited Partnership, eine Tochtergesellschaft der British Columbia Investment Management Corporation (nachfolgend: bcIMC), und die Estera Trust (Jersey) Limited (nachfolgend: EBT), welche gegründet wurde, um bestimmte Vergütungsvereinbarungen betreffend Manager und andere Arbeitnehmer zu erfüllen.

8. [...].

9. Der Verwaltungsrat der Glencore Agri umfasst sechs Mitglieder. [...].

10. [...].

<sup>1</sup> Vgl. COMP/M.8208, CPPIB/Glencore/Glencore Agri.

<sup>2</sup> Vgl. <[www.accc.gov.au/media-release/accc-will-not-oppose-proposed-acquisitions-of-interests-in-glencore-agriculture](http://www.accc.gov.au/media-release/accc-will-not-oppose-proposed-acquisitions-of-interests-in-glencore-agriculture)> (14.10.2016).

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

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

<sup>5</sup> Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist nicht durch diese zusätzliche Transaktion bedingt, letztere Transaktion ist jedoch durch den Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bedingt.

11. CPPIB erlangt durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die gemeinsame Kontrolle an Glencore Agri, womit es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU handelt. bcIMC dagegen erlangt durch die erwähnte zusätzliche Transaktion keine Kontrolle an der Glencore Agri.

12. Als beteiligte Unternehmen bei der Erlangung der Kontrolle gelten die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU), vorliegend somit Glencore und CPPIB als kontrollierende Unternehmen und Glencore Agri als kontrolliertes Unternehmen. Wie aus den schweizweiten und weltweiten Umsätzen der beteiligten Unternehmen (Glencore Group ohne Glencore Agri, CPPIB Group und Glencore Agri) im Jahr 2015 und dem jeweiligen schweizweiten und weltweiten Total dieser Umsätze hervorgeht,<sup>6</sup> sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht.

13. Wie bereits in Rz 3 erwähnt, ist Glencore Agri, die Zielgesellschaft beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben, in der Schweiz vorwiegend im Bereich des physischen Handels mit Getreide, Ölsaaten und Ölsaatenzwischenprodukten, Baumwolle und Zucker tätig.

14. In ihrem Entscheid *Cargill/Copersucar* befasste sich die WEKO mit der Marktabgrenzung im Bereich des Zuckerhandels.<sup>7</sup> In jenem Entscheid ging sie von einem Markt für den physischen Handel mit Zucker und einem Markt für den Handel mit auf Zucker basierenden Derivaten aus, liess die genaue sachliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen.<sup>8</sup> Räumlich grenzte sie diese Märkte weltweit ab, liess die genaue räumliche Abgrenzung schliesslich aber offen.<sup>9</sup>

15. Die EU-Kommission hat sich in verschiedenen Entscheiden mit Märkten, welche den physischen Handel mit den in Rz 13 genannten Produkten resp. Produktgruppen resp. Teile davon betreffen, befasst. So wies sie beispielsweise in ihrem Entscheid *Cargill/Continental Grain* Marktanteile der kumulierten Verkäufe der Zusammenschlussparteien an Drittparteien für den physischen Handel mit Roggen, Gerste und Mais aus,<sup>10</sup> während sie in ihrem Entscheid *BayWa AG/RWA* von einem einheitlichen Getreidemarkt (auf Handels- und Beschaffungsebene) für Weizen, Roggen, Gerste, Hafer und Mais ausgegangen war.<sup>11</sup> In ihrem Entscheid *BayWa/Cefetra* wies die EU-Kommission darauf hin, dass sie bisher offen gelassen hatte, ob der physische Handel mit Ölsaaten-Zwischenprodukten, insbesondere Ölsaatenschrote, als von Ölsaaten gesonderte Märkte zu betrachten sind und liess es auch für den Entscheid *BayWa/Cefetra* offen.<sup>12</sup>

16. Vorliegend kann auf eine genauere Abgrenzung der relevanten Märkte sowohl in sachlicher als auch räumlicher Hinsicht verzichtet werden. Vorliegend wird denn auch ausdrücklich offen gelassen, ob die in Rz 18 genannten Märkte sachlich enger oder weiter abzugrenzen sind und ob diese Märkte räumlich enger zu fassen sind als weltweit.

17. Gemäss Auskunft der Parteien führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder zu einer horizontalen Überschneidung zwischen den Tätigkeiten des CPPIB und der Glencore Agri noch bestehen horizontale Überschneidungen zwischen den Aktivitäten von Glencore und

Glencore Agri. Somit führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu betroffenen Märkten aufgrund eines gemeinsamen Marktanteils von CPPIB und Glencore Agri oder von Glencore und Glencore Agri auf 20 Prozent oder mehr, also aufgrund einer Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, und nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufgrund horizontaler Effekte.

18. Das Zielunternehmen, Glencore Agri, verfügt beim physischen Handel mit Getreide, beim physischen Handel mit Ölsaaten und deren Zwischenprodukten, beim physischen Handel mit Baumwolle, beim physischen Handel bzw. Vertrieb von Zucker und beim physischen Handel mit Bio-Diesel für das Jahr 2015 jeweils über weltweite Marktanteile von unter [0–10] %, <sup>13</sup> während Glencore (ohne Glencore Agri) und CPPIB, wie auch aus Rz 17 hervorgeht, in diesen Märkten nicht tätig sind. Die Parteien des Zusammenschlussvorhabens gehen davon aus, dass die Marktanteile für die Schweiz bezüglich diese vorgenannten Bereiche nicht wesentlich von den weltweiten abweichen.

19. In keinem relevanten Markt hält Glencore Agri gemäss den Parteien einen Marktanteil von 30 Prozent oder mehr. Das Zusammenschlussvorhaben führt gemäss Auskunft der Parteien zudem nicht zu vertikalen Beziehungen zwischen CPPIB und Glencore Agri in der Schweiz.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> Die Umsätze sind für das Geschäftsjahr 2015, welches für die Glencore Group und Glencore Agri am 31. Dezember 2015 endete und für die CPPIB Group am 31. März 2016.

<sup>7</sup> RPW 2014/4, 733 f. Rz 45 ff., *Cargill/Copersucar*.

<sup>8</sup> In jenem Entscheid wies die WEKO darauf hin, dass sie in ihrem Entscheid *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy* festgehalten hatte, dass der physische Handel mit Rohstoffen und der nicht-physische Handel mit Rohstoffderivaten separate sachlich relevante Märkte darstellen (RPW 2014/4, 733 Rz 46 und Fn 22, *Cargill/Copersucar*, mit Verweis auf RPW 2007/4, 640 Rz 6 ff., *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy*). Auch im Entscheid *Mercuria Energy/Rohstoffhandelsgeschäft der J.P. Morgan Chase & Co.* unterschied die WEKO zwischen dem physischen und nicht-physischen Rohstoffhandel (RPW 2014/3, 539 Rz 5, *Mercuria Energy/Rohstoffhandelsgeschäft der J.P. Morgan Chase & Co.*).

<sup>9</sup> RPW 2014/4, 734 Rz 59, *Cargill/Copersucar*. In jenem Entscheid wird darauf hingewiesen, dass die WEKO im Fall *ED&F Man Group/Volcafé Gruppe*, welcher den Grosshandel mit grünem Kaffee betraf, von einem weltweiten Markt ausgegangen war, die räumliche Abgrenzung aber schliesslich offen liess (RPW 2014/4, 733 Rz 55 und Fn 28 mit Verweis auf RPW 2004/4, 1124 Rz 19 f., *ED&F Man Group/Volcafé Gruppe*).

<sup>10</sup> IV/M.1376, Rz 13, *Cargill/Continental Grain*.

<sup>11</sup> IV/M.1362, Rz 32 f., *BayWa AG/RWA*.

<sup>12</sup> COMP/M.6740, Rz 12 ff. Fn 14, *BayWa/Cefetra*, mit Verweis auf COMP/M.6383, *Cargill/Korofrance*.

<sup>13</sup> Die für die weltweiten Marktanteile verwendeten Gesamtmarktschätzungen basieren auf Daten der Online-Datenbank des United States Department of Agriculture (USDA) und der Datenbank Oilworlds (für Bio-Diesel).

<sup>14</sup> In der EU allerdings ist der CPPIB an einem Unternehmen beteiligt, welche mehrere Häfen in Grossbritannien besitzt und bewirtschaftet. Dies führt zu einer vertikalen Beziehung mit Märkten, in welche Glencore Agri involviert ist, nämlich diejenigen bezüglich den physischen Handel mit Getreide und mit Ölsaaten und Ölsaatenzwischenprodukten.

20. Die Parteien bestätigen, dass für alle Parteien – Glencore, Glencore Agri und CPPIB – bei jeder plausiblen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung die Vorgaben gemäss Rz 9 des Dokuments „Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen“, vom 25. März 2009 (Version 3 vom 19. September 2014),<sup>15</sup> nicht erfüllt sind. Das bedeutet, für sämtliche, allfällige vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte ohne Anteilsadditionen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, auf welchen ein beteiligtes Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 30 % tätig ist („betroffener Markt“), sind für jedes der jeweils anderen beteiligten Unternehmen sämtliche nachfolgend genannten Kriterien nicht erfüllt:

- Es ist auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig;
- es plant einen Eintritt in diesen betroffenen Markt oder hat diese Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt;
- es verfügt über geistige Eigentumsrechte auf diesem betroffenen Markt und
- es ist zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig.

21. Aufgrund dieser Bestätigung seitens der Parteien ist davon auszugehen, dass vorliegendes Zusammenschlussvorhaben bezüglich nichthorizontaler Effekte zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt. Deshalb wird vorliegend sowohl auf die Nennung dieser allfälligen betroffenen Märkte ohne Marktanteilsadditionen als auch auf eine Analyse dieser Märkte verzichtet.

22. Die vorläufige Prüfung ergibt aus vorgängig dargelegten 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.

---

<sup>15</sup> Vgl. <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen, Dokument "Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen" (3.11.16).

B 2.3

**2. Tech Data/Avnet TS**

*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 11. Januar 2017*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Januar 2017*

**A Sachverhalt**

1. Am 12. Dezember 2016 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Tech Data Corporation den Geschäftsbereich Avnet Technology Solutions (nachfolgend: Avnet TS) von der Avnet Inc. zu erwerben.<sup>1</sup>

2. Am 16. Dezember 2016 wurde der Europäischen Kommission unter der Fallnummer COMP/M.8248 ein Meldungsentwurf betreffend das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

**A.1 Die Unternehmen****A.1.1 Tech Data-Gruppe (nachfolgend: Tech Data)**

3. Die Tech Data Corporation ist eine an der NASDAQ kotierte und nach US-amerikanischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Clearwater, Florida, USA. Es handelt sich dabei um die Konzernmuttergesellschaft der Tech Data-Gruppe.

4. Unter den Firmen Tech Data Schweiz GmbH sowie Tech Data International Sàrl sind zwei Tochtergesellschaften innerhalb der Tech Data-Gruppe in der Schweiz domiziliert.

5. Tech Data ist im Wholesale-Vertrieb von IT-Produkten und Verbraucherelektronik tätig und bietet ein breites Angebot an technischen und geschäftsbezogenen Unterstützungsleistungen an (Logistikdienstleistungen, Kundenservice, technische Unterstützung und Ausbildung, Vertriebsunterstützung, Finanzdienstleistungen, strategische Beratungsdienstleistungen, Verkaufstraining).

**A.1.2 Avnet-Gruppe (nachfolgend: Avnet)**

6. Die Avnet Inc. ist eine an der New York Stock Exchange und nach US-amerikanischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Phoenix, Arizona, USA.

7. Unter der Firma Avnet AG ist ausserdem eine Tochtergesellschaft innerhalb der Avnet-Gruppe in der Schweiz domiziliert. Zusätzlich zu dieser Tochtergesellschaft erzielte das Technology Solutions (TS)-Geschäft von Avnets belgischer Tochtergesellschaft Avnet Europe Comm. VA im Jahr 2015 Umsätze mit Verkäufen in die Schweiz. Ebenfalls im Jahr 2015 erzielte das TS-Geschäft von Avnet Europe Comm. VA Umsätze ausserhalb der Schweiz, wobei der Endnutzer des Equipments in der Schweiz ansässig war.

8. Avnet ist im Vertrieb von elektronischen Komponenten, Computerprodukten und Technologiedienstleistungen tätig und besteht aus zwei operativen Geschäftsbereichen, wobei die Unternehmenssparte für Technology Solutions (nachfolgend: Avnet TS) im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben das Kaufobjekt darstellt.

**A.2 Das Zusammenschlussvorhaben**

9. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist geplant, dass die Tech Data die alleinige Kontrolle über die Avnet TS übernimmt. Sämtliche Aktiven und Passiven der Avnet TS werden dabei auf zwei neu zu gründende Gesellschaften übertragen (die NewCo US und eine andere Neugründung). Die Tech Data wird anschliessend (direkt oder indirekt) 100% der Aktien an den beiden neu zu gründenden Gesellschaften und demzufolge auch der Avnet TS halten.

10. Ziel des Zusammenschlussvorhabens sei, die komplementären Unternehmensstrategien kombinieren zu können und dadurch einen Mehrwert für Hersteller und Wiederverkäufer zu schaffen. Ausserdem soll eine ausgewogenere geografische Ausrichtung erreicht werden.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

11. 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 Abs. 1 KG).

**B.1.1 Unternehmen**

12. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen gemäss Praxis der WEKO die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Meldung des Zusammenschlussvorhabens Tech Data/Avnet's Technology Solutions Business vom 12. Dezember 2016 (nachfolgend: Meldung).

<sup>2</sup> Vgl. unter vielen: RPW 2015/3, 462 Rz 22, Kirschner/Valora Warenlogistik AG.

13. Folglich sind sowohl die Tech Data-Gruppe, als auch die Avnet-Gruppe als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

14. Neben der Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen gilt als Unternehmenszusammenschluss auch 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).

15. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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 VKU). Als Mittel der Kontrolle kommen insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens, sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren, infrage (Art. 1 Bst. a und b VKU).

16. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist geplant, dass sämtliche Aktiven und Passiven der Avnet TS auf zwei neu zu gründende Gesellschaften übertragen werden (die NewCo US und eine andere Neugründung). Die Tech Data wird anschliessend (direkt oder indirekt) 100% der Anteile an den beiden neu zu gründenden Gesellschaften und demzufolge auch der Avnet TS halten.

17. Entscheidend für eine Aussage über die Kontrollverhältnisse ist immer die kartellrechtliche Kontrolle, nicht die Beteiligungshöhe. Man kann jedoch davon ausgehen, dass mit einer 100%-Beteiligung auch regelmässig die alleinige Kontrolle im Sinne des Kartellgesetzes verbunden ist (vgl. Art. 963 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht]; SR 220). Im Ergebnis liegt damit eine Kontrollübernahme der Avnet TS durch die Tech Data im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

18. Vom Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ist die engere Qualifikation als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU abzugrenzen. Als beteiligtes Unternehmen gelten danach die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (nicht aber der Veräusserer eines Unternehmensteils).

19. Ist der Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [nachfolgend: VKU; SR 251.4]).<sup>3</sup>

20. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass die Tech Data die Unternehmenssparte für Technology Solutions („Avnet TS“) von der Avnet übernimmt. Vorgängig wurde festgehalten, dass nach Vollzug der geplanten Transaktion der Tech Data die alleinige Kontrolle über die Avnet TS (als Unternehmenssparte der Avnet) zukommen würde. Als am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen gelten somit vorliegend die Tech Data als kontrollierendes Unternehmen, sowie die Avnet TS als kontrolliertes Unternehmen.

### 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 Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

23. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 präsentieren sich wie folgt:

	Schweiz	Weltweit
Tech Data	[...]	25'500'000'000
Avnet TS	[...]	10'100'000'000

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (in CHF).

24. Damit sind im Ergebnis die Aufgreifkriterien nach Art. 9 Abs. 1 KG erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben somit als meldepflichtig zu qualifizieren.

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2007/3, 454 Rz 7, *Tech Data/Actebis*.

## 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

#### B.4.1.1 Sachlich 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).

28. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Vertrieb von IT-Produkten wobei man grundsätzlich den direkten und den indirekten Vertrieb unterscheidet:

29. Beim *direkten Vertrieb* überspringen die Hersteller die Zwischenhändler und beliefern die Endkunden als Verkäufer direkt.<sup>4</sup>

30. Beim *indirekten Vertrieb* gelangen die Produkte über sog. Wholesale-Distributoren und/oder Wiederverkäufer an die Endkunden. Von einem einstufigen (*one-tier*) Vertrieb spricht man, wenn die Hersteller an Wiederverkäufer verkaufen, welche anschliessend an die Endkunden verkaufen. Bei einem zweistufigen (*two-tier*) Vertrieb ist zwischen Hersteller und Wiederverkäufer ein Wholesale-Distributor zwischengeschaltet. Wiederverkäufer können dabei gleichzeitig sowohl im einstufigen wie auch im zweistufigen Vertrieb tätig sein.<sup>5</sup> Tech Data stellt im vorliegenden Fall einen solchen Wholesale-Distributor dar.

31. Wiederverkäufer, welche *value-added-distribution services* (sog. VAD) anbieten, werden als *value-added reseller* (sog. VAR) bezeichnet. Unter VAD versteht man Dienstleistungen, die zusätzlich zum und mit dem verkauften IT-Produkt angeboten werden (z.B. Beratungsdienstleistungen oder Kundendienstleistungen). Avnet TS ist vor allem in diesem Bereich tätig.

32. Die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass der *Markt für den Vertrieb sämtlicher Elektronikprodukte via Hersteller, Distributor, Wiederverkäufer und Einzelhändler* den sachlich relevanten Markt darstelle. Begründet wird dies mit der Ähnlichkeit im Vertrieb von Elektronikprodukten, der Möglichkeit der Distributoren unterschiedliche Elektronikprodukte zu vertreiben, der fortschreitenden Konvergenz von Elektronikprodukten und der Erwartungshaltung der Kunden, sämtliche Elektronikprodukte aus einer Hand beziehen zu können (*one-stop-shop* Modell).

33. Subsidiär wird von den Zusammenschlussparteien die Meinung vertreten, dass der sachlich relevante Markt zumindest den *Gesamtvertrieb von IT-Produkten* (d.h. direkter und indirekter Vertrieb) umfasse.

34. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis keine definitive Marktabgrenzung im Bereich des Vertriebs von IT-Produkten vorgenommen, wobei der sachlich relevante Markt gemäss bisheriger Praxis zumindest alle Formen des *indirekten Vertriebs von IT-Produkten* umfasst (d.h. ein- und zweistufiger Vertrieb, siehe oben Rz 30). Die WEKO prüfte alternativ auch eine engere sachliche Abgrenzung, welche ausschliesslich den *zweistufigen indirekten Vertrieb via Wholesale-Distributoren* umfasst, kam jedoch zum Schluss, dass eine solche zu eng wäre. Ebenfalls wurde ein *Markt für den Gesamtvertrieb von IT-Produkten* (direkter und indirekter Vertrieb) als Alternative aufgeführt.<sup>6</sup> Im Übrigen erscheine es nicht sachgerecht, den Markt nach verschiedenen IT-Produkten aufzuteilen.<sup>7</sup>

35. Die EU-Kommission grenzt praxisgemäss einen *Markt für den Grosshandel mit IT-Produkten* ab. Offen gelassen wurden jeweils die Fragen, ob der Markt weiter nach Produktkategorien zu unterteilen ist, und ob der Direktvertrieb Teil des sachlichen Markts darstellt.

36. Eine definitive sachliche Marktabgrenzung kann auch im vorliegenden Fall offen gelassen werden, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

#### B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

37. 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).

38. Die Zusammenschlussparteien gehen von einem *europaweiten räumlichen Markt* aus. Begründet wird dies mit europaweit gleichen Preislisten, minimalen Investitionen, die nötig sind um in benachbarte Länder zu expandieren und der Zunahme von Cloud-Diensten, welche unabhängig von Landesgrenzen agieren.

39. Die WEKO hat in ihrer Praxis keine definitive räumliche Marktabgrenzung vorgenommen, hielt jedoch bisher fest, dass der Markt *räumlich zumindest national* abzugrenzen ist.<sup>8</sup>

40. Die EU-Kommission scheint in ihrer Praxis den räumlichen Markt ebenfalls *zumindest national* abzugrenzen, wobei teilweise auch eine *europaweite* Abgrenzung vertreten wird. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung wurde im Ergebnis jeweils offen gelassen.<sup>10</sup>

41. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch vorliegend offen gelassen werden.

<sup>4</sup> RPW 2007/3, 456 Rz 22, *Tech Data/Actebis*.

<sup>5</sup> RPW 2007/3, 456 Rz 22, *Tech Data/Actebis*.

<sup>6</sup> RPW 2007/3, 456 Rz 23 ff., *Tech Data/Actebis*.

<sup>7</sup> RPW 2007/3, 456 Rz 21, *Tech Data/Actebis*; RPW 2014/3, 547 Rz 17, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.I.*

<sup>8</sup> Beispielhaft COMP/M.7708, ALSO/PCF; COMP/M.7189, ALSO/ALPHA INTERNATIONAL.

<sup>9</sup> RPW 2007/3, 457 Rz 27, *Tech Data/Actebis*; RPW 2014/3, 547 Rz 19, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.I.*

<sup>10</sup> Beispielhaft COMP/M.7708, ALSO/PCF; COMP/M.7189, ALSO/ALPHA INTERNATIONAL.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

42. 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 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.

43. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den je nach Abgrenzung (siehe oben Rz 27 ff.) relevanten Märkten sind in unten stehenden Tabellen aufgeführt:

		Tech Data	Avnet TS	Marktanteile kumuliert
		Marktanteil in %	Marktanteil in %	
Gesamtmarkt für den Vertrieb von IT-Produkten	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
	Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
Indirekter Vertrieb von IT-Produkten	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
	Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Gesamtmarkt für den Vertrieb von IT-Produkten resp. für den indirekten Vertrieb von IT-Produkten.

	Produktkategorie		Tech Data	Avnet TS	Marktanteile kumuliert
			Marktanteil in %	Marktanteil in %	
Gesamtmarkt für den Vertrieb von IT-Produkten	Devices	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
	Enterprise Network	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %
	Enterprise Storage	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %
	Feature Phone	Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %
		Europa	[...] %	[...] %	[0-5] %
	Hardcopy Peripheral	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
	High End and Midrange Enterprise Servers	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
	Infrastructure	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
	PC Monitor	Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %



	Personal Computer	Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
	Smartphone	Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[0-5] %	
	Software	Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[0-5] %	
	Tablet	Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %	
	Volume Servers	Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
	Indirekter Vertrieb von IT-Produkten	Devices	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %
			Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %
Enterprise Network		Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
Enterprise Storage		Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
Feature Phone		Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %	
Hardcopy Peripheral		Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %	
High End and Midrange Enterprise Servers		Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
Infrastructure		Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
PC Monitor		Schweiz	[...] %	[...] %	[10-20] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
Personal Computer		Schweiz	[...] %	[...] %	[20-30] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %	
Smartphone		Schweiz	[...] %	[...] %	[0-5] %	
		Europa	[...] %	[...] %	[0-5] %	
Software	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %		
	Europa	[...] %	[...] %	[5-10] %		
Tablet	Schweiz	[...] %	[...] %	[5-10] %		

		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %
	<b>Volume Servers</b>	<b>Schweiz</b>	[...] %	[...] %	[20-30] %
		Europa	[...] %	[...] %	[10-20] %

Tabelle 3: Marktanteile der beteiligten Unternehmen pro Produktkategorie.

44. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass einzig der *nationale Markt für den indirekten Vertrieb von Volume Servers* einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen könnte, sollte der Markt engst möglich abgegrenzt werden. Eine solche sachliche Marktabgrenzung nach einzelnen Produktkategorien ist aber vorliegend eher nicht sachgerecht (siehe oben Rz 34). Trotzdem ist der Vollständigkeit halber der betroffene Markt in der Folge einer näheren Prüfung zu unterziehen.

### B.4.3 Nationaler Markt für den indirekten Vertrieb von Volume Servers

#### I. Aktueller Wettbewerb

45. Gemäss den Zusammenschlussparteien werden bei den angegebenen Marktanteilen Tätigkeiten in Zusammenhang mit Cloud-Diensten nicht berücksichtigt. Cloud-

Zusammenschlussparteien (kumuliert)	ALSO	Ingram	Arrow
[20-30] %	[20-30] %	[5-10] %	[0-5] %

Tabelle 4: Marktanteile der wichtigsten Mitwettbewerber im Markt für den indirekten Vertrieb von Volume Servers in der Schweiz in %.

47. Gemäss Parteiangaben gibt es in der IT-Distribution keine relevanten Kapazitätsbeschränkungen. Wettbewerber könnten rasch und mit minimalem Aufwand zusätzliches Volumen gewinnen. Hersteller oder Konsumenten, die zurzeit in einem Geschäftsverhältnis mit den Zusammenschlussparteien stünden, könnten ihre Geschäftsbeziehungen sofort auf einen anderen Anbieter übertragen.

48. Hersteller von IT-Produkten können ihre Produkte auch direkt an die Endkunden vertreiben und dabei Preise festsetzen. Wiederverkäufer können ihre Produkte direkt beim Hersteller beziehen (was einem einstufigen Vertrieb entspricht, siehe oben Rz 30). Den Wholesale-Distributoren komme somit höchstens eine geringfügige Preissetzungsmacht zu.

49. Laut den Zusammenschlussparteien zeichne sich der Markt für den Vertrieb von IT-Produkten durch eine Mehrzahl von IT-Distributoren aus, welche ähnliche Produkte anbieten und weithin gleich starken Wettbewerbsdruck auf die anderen Marktteilnehmer ausüben würden. Wettbewerbsvorteile könnten allenfalls über eine grössere globale Erreichbarkeit oder ein erweitertes Angebot erlangt werden. Im Übrigen seien sowohl die Hersteller- als auch die Kundenportfolios der Zusammenschlussparteien zu weiten Teilen komplementär.

Dienste würden aber besonders nahe Substitute für das traditionelle Speichern auf Hardware-Basis und Servern darstellen. In einem die Cloud-Dienste umfassenden Markt würden die Marktanteile wesentlich tiefer ausfallen und wahrscheinlich mit jedem Jahr signifikant abnehmen.

46. Im indirekten Vertrieb von IT-Produkten seien zahlreiche starke Wettbewerber tätig, die Alternativen zum nach Vollzug des Zusammenschlusses entstandenen Unternehmen darstellten. So kommen laut den Zusammenschlussparteien beim indirekten Vertrieb von Volume Servers in der Schweiz den drei wichtigsten Mitwettbewerbern geschätzt folgende Marktanteile zu:

50. Es gibt keinen Grund, diese Angaben anzuzweifeln. Im Ergebnis ist auch nach erfolgtem Zusammenschluss von einem funktionierenden aktuellen Wettbewerb auszugehen. Unter diesen Umständen erübrigen sich Ausführungen zum potentiellen Wettbewerb.

#### B.4.4 Nebenabreden

51. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> RPW 2016/1, 290 Rz 50, *Tamedia/Adextra*.

52. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung)<sup>12</sup>, gerichtet.<sup>13</sup>

53. 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.<sup>14</sup>

54. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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.<sup>15</sup>

55. Vorliegend sind zwei Nebenabreden für die Genehmigung im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens vorgesehen.

56. Einerseits verpflichten sich die Zusammenschlussparteien, [...] (*Abwerbeverbot*).

57. Ausserdem darf sich [...] (*Konkurrenzverbot*).

58. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.<sup>16</sup>

59. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich 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 zu werden braucht. 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.<sup>17</sup>

60. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. 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 erachtet.<sup>18</sup>

61. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.<sup>19</sup>

62. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.<sup>20</sup>

63. Die in der Meldung genannten Konkurrenz- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

#### B.4.5 Ergebnis

64. Selbst wenn die Marktabgrenzung engst möglich erfolgt, was vorliegend nicht sachgerecht erscheint, bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem nationalen Markt für den indirekten Vertrieb von Volume Servers eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

65. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass der geplante Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>12</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 ff.

<sup>13</sup> RPW 2016/1, 290 Rz 51, *Tamedia/Adextra*.

<sup>14</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>15</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2012/1, 139 f. Rz 18 ff., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>17</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

<sup>18</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

<sup>19</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

<sup>20</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

B 2.3

**3. Mubadala/IPIC**

*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 21. November 2016*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. November 2016*

1. Am 31. Oktober 2016 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Fusion zwischen International Petroleum Investment Company P.J.S.C. (nachfolgend: IPIC) mit Sitz in Abu Dhabi, und Mubadala Development Company P.J.S.C. (nachfolgend: Mubadala) mit Sitz in Abu Dhabi. Das Zusammenschlussvorhaben wird nachfolgend als „die Transaktion“ bezeichnet.

2. IPIC ist eine staatliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Abu Dhabi mit Schwerpunkt auf globale Investitionen in Industrien mit Bezug zum Energiesektor. Die Regierung von Abu Dhabi ist auch die einzige Aktionärin von IPIC, allerdings ist IPIC, gemäss Angaben der Parteien, als unabhängige und eigenständige Einheit tätig und wird im Sinne der EU-Fusionskontrolle nicht von der Regierung in Abu Dhabi kontrolliert. Insbesondere werden die Investitionsentscheide von IPIC unabhängig von der Regierung von Abu Dhabi durch den IPIC Verwaltungsrat oder, unter dessen Aufsicht, vom Management getroffen. Derzeit hält IPIC weltweit primär Investitionen im Energiesektor, welche unterschiedliche Aspekte der Erdöl- und Erdgasversorgung betreffen, darunter die Exploration, Entwicklung und Produktion, den Transport per Pipeline und Tanker, den Verkauf von Erdgas auf Einzelhandelsstufe und die petrochemische Produktion. IPIC ist der WEKO aus einem früheren Verfahren bekannt.<sup>1</sup>

3. Mubadala ist eine staatliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Abu Dhabi mit Schwerpunkt auf Investitionen und Entwicklung in einer Vielzahl von Industrien. Die Regierung von Abu Dhabi ist die einzige Aktionärin von Mubadala, allerdings wird Mubadala im Sinne der EU-Fusionskontrolle nicht von der Regierung in Abu Dhabi kontrolliert. Die Investitionsentscheide von Mubadala werden vom Mubadala-Verwaltungsrat oder, unter dessen Aufsicht, vom Management getroffen. Derzeit verfügt Mubadala über weltweite Investitionen in einem breiten Spektrum strategischer Sektoren inklusive Energie, Versorgung, Immobilien, öffentlich-private Partnerschaften, Luftfahrt, Grundstoffindustrien („basic industries“) und Dienstleistungen. Mubadala ist in den Bereichen (1) Technologie & Industrie, (2) Luftfahrt & Ingenieurleistungen, (3) Energie und (4) aufstrebende Sektoren tätig. Mubadala ist der WEKO bereits aus früheren Transaktionen bekannt.<sup>2</sup>

4. Ziel der Transaktion ist es, ein fusioniertes Unternehmen zu gründen, welches besser in der Lage sein wird, Wachstum in mehreren Sektoren zu realisieren, darunter

derjenigen bezüglich Energie und Versorgung, Technologie, Luftfahrt, Industrie, Gesundheitswesen, Immobilien und Finanzinvestitionen. IPIC und Mubadala werden derzeit als unabhängige Einheiten betrieben, trotz ihrer gemeinsamen Aktionärin, der Regierung von Abu Dhabi. Die Transaktion folge, gemäss Angaben der Parteien, der Erkenntnis, dass IPIC und Mubadala komplementäre Investitionsportfolios, insbesondere bezüglich Erdöl und Erdgas, halten. Im Ergebnis werde das fusionierte Unternehmen besser in der Lage sein in Erdöl- und Erdgasinfrastruktur zu investieren.

5. Die Transaktion betrifft die Fusion von IPIC und Mubadala, zwei vormals unabhängige Unternehmen, welche nach der Transaktion als eine einzige wirtschaftliche Einheit vom neu zu gründenden Unternehmen „TopCo“ betrieben werden. Die Transaktion ist ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG.<sup>3</sup>

6. Im Hinblick auf eine sachliche Marktabgrenzung hat die WEKO sich in bisherigen Entscheiden bereits mit Mineralölprodukten, deren Herstellung und Vertrieb, auseinandergesetzt und separate sachlich relevante Märkte für die Herstellung und den Vertrieb raffinierter Mineralölprodukte definiert. Diese Märkte wurden weiter unterteilt in Treibstoffe, Flugbenzin, Heizöl, Schmierstoffe und Bitumen.<sup>4</sup> Hingegen hat die WEKO noch keine Märkte für „vorgelagerte“ Aspekte von Erdöl- und Erdgasaktivitäten wie etwa Exploration und Entwicklung von Erdöl- und Erdgasaktivitäten definiert.

7. Die EU-Kommission hat in früheren Entscheiden die „vorgelagerten“ Aspekte von Erdöl- und Erdgasaktivitäten in die folgenden Teilmärkte unterteilt: (i) Exploration<sup>5</sup>, (ii) Entwicklung, Produktion und Grosshandel<sup>6</sup> und (iii)

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2009/1, 91 ff., *Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.*

<sup>2</sup> RPW 2008/1, 124 ff., *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 2008/4, 717, *Tata Limited et al./Piaggio*; RPW 2009/3, 237 ff., *Volkswagen AG/Fleet Investments B.V./LeasePlan Corporation N.V.*; RPW 2012/2, 426 ff., *Sony/Mubadala – EMI MP*; RPW 2013/3, 398, *MDC Industry Holding Company LLC/DUBAL Holding LLC/Emirates Global Aluminium PJSC betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Emirates Global Aluminium PJSC.*

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2003/1, 161 ff. Rz. 10, *Tamoil Distribution SA/TotalFinan-Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.*; RPW 2002/3, 467 ff., Rz 10 ff., *BP/E.ON*; RPW 2014/1, 305 Rz 6, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*; RPW 2014/4, 726 ff., *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* und RPW 2015/2, 325 ff. Rz 7, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG.*

<sup>5</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*; Case M.6910 *Gazprom / Wintershall / Target Companies*; Case COMP/M.6801 *Rosneft / TNK-BP*; Case COMP/M.5585 *Centrica / Venture Production*; Case COMP/M.4545 *Statoil / Hydro.*

<sup>6</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*; Case COMP/M.6910 *Gazprom / Wintershall / Target Companies*; Case COMP/M.6801 *Rosneft / TNK-BP*; Case COMP/M.5585 *Centrica / Venture Production*; Case COMP/M.4545 *Statoil / Hydro.*

Transport per (a) Pipeline oder (b) Tanker<sup>7</sup>. Diese sachliche Abgrenzung von Märkten, die andern Märkten vorgelegt sind, gelten in gleichem Masse für Erdöl und Erdgas mit der Ausnahme des Transports, welcher weiter unterteilt wird, je nachdem, ob Erdöl oder Erdgas transportiert wird.

8. Im vorliegenden Fall wird für die Analyse von einem sachlich relevanten Markt für Erdöl- und Erdgasexploration ausgegangen. Es kann aber letztlich offen gelassen werden, ob dieser enger, also in weitere Teilmärkte (beispielsweise in separate Märkte für die Erdöl- und Erdgasexploration), oder weiter zu fassen ist, da dies das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

9. Für die räumliche Marktabgrenzung ist die EU-Kommission in früheren Entscheiden betreffend diese „vorgelegerten“ Aspekte von Erdöl und Erdgas davon ausgegangen, dass der Teilmarkt für die Exploration von Erdöl- und Erdgasreserven eine weltweite Ausdehnung hat<sup>8</sup>, der Markt für die Entwicklung, Produktion und Grosshandel von Erdgas eine nationale oder regionale Ausdehnung hat<sup>9</sup> und dass die Märkte für den Transport von Rohöl oder Erdgas per Pipeline national oder regional abhängig vom Standort der Pipeline sind oder dass sich diese mindestens so weit wie die Terminals auf der in Frage stehenden Pipeline ausdehnen könnten.<sup>10</sup>

10. Wie in Rz 6 ausgeführt, hat die WEKO bisher keine sachlich relevanten Märkte zu Bereichen, welche vielen anderen Erdöl- und Erdgasaktivitäten (beispielsweise jenen Aktivitäten auf Märkten der Rz 9) vorgelagert sind, wie etwa die Exploration und Entwicklung von Erdöl- und Erdgasaktivitäten, abgegrenzt. Dementsprechend wurde in der Schweiz für solche Aktivitäten auch noch keine räumliche Abgrenzung vorgenommen.

11. Für den sachlich relevanten Markt für Erdöl- und Erdgasexploration ist von einem weltweiten räumlichen Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung dieser Märkte kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse auch bei einer den EWR und die Schweiz umfassenden bzw. auch bei einer rein nationalen Abgrenzung nicht ändert.

12. Um die voraussichtliche Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in den betroffenen Märkten zu analysieren, werden gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU 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.

13. Bei einer weltweiten räumlichen Marktabgrenzung müssen sinngemäss nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen werden, in welchen der gemeinsame Marktanteil weltweit von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil weltweit von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. sinngemäss 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.

14. Die Transaktion wird, gemäss Angaben der Parteien, zu keinen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten führen. Es gibt lediglich minimale horizontale Überlappungen zwischen IPIC und Mubadala im Markt für die Erdöl- und Erdgasexploration auf weltweiter Ebene, jedoch keine Überlappungen, falls man die Märkte räumlich auf die Schweiz oder die Schweiz und den EWR abgrenzen würde. Auf weltweiter Basis weisen IPIC und Mubadala für das Jahr 2015 einen kombinierten Marktanteil von weniger als [0-10] % auf und konkurrieren mit einer Anzahl von grossen, vertikal integrierten Wettbewerbern, darunter Exxon Mobil Corporation, BP p.l.c., Gazprom, Royal Dutch Shell plc, Chevron Corporation, Rosneft, Petrobras, Lukoil, Total S.A., PetroChina Company Limited und Statoil ASA.

15. Wie in Rz 14 ausgeführt, gibt es vorliegend keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, dies auch nicht bei einer sinn gemässen Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU für weltweit abzugrenzende Märkte.

16. Im Ergebnis ergibt die vorläufige Prüfung aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>7</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*; Case COMP/M.2745 *Shell / Enterprise Oil*; Case COMP/M.1573 *Norsk Hydro/Saga*.

<sup>8</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*; Case COMP/M.6910 *Gazprom / Wintershall / Target Companies*; Case COMP/M.6801 *Rosneft / TNK-BP*; Case COMP/M.5585 *Centrica / Venture Production*; Case COMP/M.4545 *Statoil / Hydro*.

<sup>9</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*.

<sup>10</sup> Case COMP/M.7631 *Royal Dutch Shell/BG Group*; Case COMP/M.2745 *Shell / Enterprise Oil*.

B 2.3

**4. Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services**

*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. Oktober 2016*

**A Sachverhalt**

1. Am 12. September 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Computer Sciences Corporation die alleinige Kontrolle über die Hewlett Packard Enterprise Services, die Division für Unternehmensdienstleistungen der Hewlett Packard Enterprise Company, zu erwerben.

2. Die **Computer Sciences Corporation** (nachfolgend **CSC**) ist eine nach US Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Tysons, USA. CSC ist ein multinationales Unternehmen mit 66'000 Angestellten und ist an der New Yorker Börse kotiert.

3. CSC bietet branchenübergreifende Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnologie an. Zu den Kunden von CSC gehören private Unternehmen sowie Staaten und Behörden.

4. Die **Hewlett Packard Enterprise Company** (nachfolgend **HPE**) ist eine nach US Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Palo Alto, USA.

5. HPE ist ein führender globaler Anbieter von Technologielösungen zur Optimierung traditioneller IT durch sichere, cloud-fähige und mobile Lösungen. Am 1. November 2015 trennte sich HP Inc. (früher bekannt als "Hewlett-Packard Company" oder "HP Co".) von HPE, die nun als unabhängige börsenkotierte Gesellschaft figuriert. Abgesehen vom Zielgeschäft der Enterprise Services hat HPE Geschäftsaktivitäten in den Segmenten Enterprise Group, Software, Finanzdienstleistungen und Corporate Investments.

6. **Hewlett Packard Enterprise Services** (nachfolgend **HPES**) ist die Division für Unternehmensdienstleistungen der HPE. HPES ist eine nach US Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Palo Alto, USA.

7. HPES erbringt Dienstleistungen im Bereich Technologieberatung, -outsourcing und -support über verschiedene Infrastrukturen, Anwendungen und Businessprozessdomains an im Rahmen von traditionellen und strategischen Angeboten von Unternehmensdienstleistungen. Zu diesen Dienstleistungen gehören Analyse, Datenmanagement, Sicherheit und Cloud-Dienstleistungen.

8. Vor Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird HPES auf eine neu zu gründende Tochtergesellschaft der HPE, die **HP Sub**, übertragen. CSC hat für die Zwecke des Zusammenschlussvorhabens eine neue

hundertprozentige Tochtergesellschaft (**NewCo**) gegründet. Bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird NewCo mit der HP Sub fusionieren. Nach der Fusion von HP Sub und NewCo wird die fortbestehende Gesellschaft, NewCo, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der CSC darstellen.

9. Bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden Aktionäre von HPE (von denen einige bereits Aktien an CSC halten) mindestens 50.1 % der Aktien von CSC als Gegenleistung erhalten. Es ist die Absicht der Parteien, dass – nach Berücksichtigung von Überlappungen bei der Eigentümerschaft<sup>1</sup> – sowohl die Aktionäre von CSC wie diejenigen von HPE nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mehr als 50 % des ausgegebenen und ausstehenden Aktienkapitals von CSC halten werden. Dies wird allerdings nicht zum Erwerb der Kontrolle über CSC durch Aktionäre von HPE führen, da die Aktien von HPE auf eine Vielzahl von Aktionären verteilt sind.

10. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird kein Unternehmen alleinige oder gemeinsame Kontrolle über CSC i.S. von Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ausüben.

11. Als Gründe für den Zusammenschluss geben die Parteien an, dass die Geschäfte von CSC und HPES komplementär seien und Kunden daher effizienter bedient werden könnten. Des Weiteren würden auch der Kundendienst und IT Operations, Anwendungsentwicklung und Modernisierung gestärkt sowie in Innovation, Forschung und Entwicklung investiert.

12. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. August 2016 der Europäischen Kommission im vereinfachten Verfahren gemeldet. Mit Entscheid vom 19. September 2016 hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben bewilligt.

13. Mit Schreiben vom 21. November 2016 haben die Parteien informiert, dass das Zusammenschlussvorhaben bislang nicht vollzogen und dass eine Änderung der Transaktionsstruktur beschlossen worden ist. Ursprünglich war geplant, dass HPE vor Vollzug des Zusammenschlusses eine Reorganisation vornimmt, im Rahmen derer HPES an eine hundertprozentige Tochtergesellschaft, **HP Spinco** (HP Spinco entspricht der oben beschriebenen HP Sub), übertragen wird.

<sup>1</sup> Verschiedene Aktionäre werden zum Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens Aktien sowohl von HPE als auch von CSC halten. Aufgrund dieser Überlappungen können (bisherige) Aktionäre von HPE und CSC nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens kumuliert je über 50 % der Anteile an CSC halten.

14. Nach alter Transaktionsstruktur war vorgesehen, dass bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens HPES eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von CSC würde. Nach neuer Transaktionsstruktur wird nun nicht mehr HPES eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von CSC werden, sondern CSC ihrerseits eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von HPES.

15. Nach der neuen Transaktionsstruktur wird die Organisation der Leitung genau so bleiben wie bisher. Der einzige Unterschied ist, dass die oberste Gesellschaft des Unternehmens nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens HP Spinco statt CSC sein wird. Nach wie vor wird Folgendes zutreffen: (i) HPE wird keinen Einfluss und keine Kontrolle über diejenigen Direktoren haben, die HP Spinco anfänglich auswählt; und (ii) die Unternehmensleitung von CSC und HPES nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird durch den CEO von CSC bestimmt.

16. Die endgültige Eigentümerstruktur wird auch genau so bleiben wie bisher. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden 100 % des ausstehenden Aktienkapitals von HP Spinco von den bestehenden Aktionären von CSC und HPE gehalten. CSC-Aktionäre werden bei Vollzug höchstens 49.9 % der Anteile an HPES als Entschädigung für das Zusammenschlussvorhaben erwerben, soweit Überlappungen in der Aktionärserschaft vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nicht berücksichtigt werden.

17. Schliesslich wird die neue Transaktionsstruktur die Überschneidungen und Marktanteile (die bereits alle Überschneidungen zwischen CSC und HPES berücksichtigen) nicht verändern. Die Änderung der Transaktionsstruktur führt zu keinen neuen betroffenen Märkten und hat auch anderweitig keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

18. 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

2015	CSC	HPES	Zusammen
Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Weltweit	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

Quelle: Angabe der Parteien

26. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

19. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. 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).

21. 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 bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmten Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 VKU).

22. Aufgrund des oben geschilderten Zusammenschlussvorhabens (vgl. Rz 8 ff.) wird CSC alleinige Kontrolle über HPES im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 1 VKU übernehmen.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Meldepflicht

24. 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 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

25. CSC und HPES erzielten 2015 folgende Umsätze:

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

27. 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).

28. 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 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

29. 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).

30. Die vom Zusammenschluss betroffenen Parteien erbringen beide IT-Dienstleistungen. CSC ist zusätzlich im Bereich der Software tätig. HPES bietet hingegen keine Software an.

##### B.4.1.1 IT-Dienstleistungen

31. In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission und des „IT Service Market Definition Guide“ des Industrieanalysten Gartner Inc. hat die WEKO erwogen den IT-Sektor in Teilmärkte nach der Funktionalität der IT-Dienstleistungen sowie der Branche der Kunden zu unterteilen. Von einer definitiven Marktabgrenzung wurde jedoch abgesehen.<sup>2</sup>

32. Die Teilmärkte nach der Funktionalität gemäss aktuellem Gartner IT-Dienstleistungsbericht werden nachfolgend aufgeführt und kurz erklärt:

- **IT Consulting** bezieht sich auf Beratungsdienstleistungen für Kunden, um diese darin zu unterstützen, die Effektivität von Geschäftsprozessen und Technologien zu verbessern, um definierte Geschäftsziele zu erreichen.
- **Implementierung** bezieht sich auf die Umsetzung einer bestimmten IT-Strategie (z.B. Design und Management von Datenumwandlungsprojekten und Softwareprüfung).
- **IT Outsourcing Services** bezieht sich auf den Prozess des Managements, der Implementierung und Verwaltung eines IT-Systems im Auftrag eines Kunden.<sup>3</sup>
- **Business Process Outsourcing** ist die Vergabe von einem oder mehreren IT-intensiven Geschäftsprozessen an einen Drittanbieter. Der Drittanbieter wird den ausgegliederten Geschäftsprozess besitzen, leiten und verwalten. Normalerweise geschieht dies als Massnahme zur Kostensenkung für Aufgaben, die ein Unternehmen zwar benötigt, auf die es aber nicht angewiesen ist, um seine Marktposition zu erhalten.
- **Software Support** umfasst technischen Support oder Wiederherstellungsdienstleistungen (break/fix services) für bestimmte Softwareprodukte. Software-support kann als ein Teil eines langfristigen

Technologievertrages oder in Form der ereignisbasierten Unterstützung zur Verfügung gestellt werden. Die Dienstleistungen schliessen normalerweise die Fehlerbeseitigung auf Distanz (entweder über das Telefon oder durch Onlinekommunikationen), Installationen neuer Produkte und Installationen von Produktaktualisierungen ein.

- **Hardware Support** bezieht sich auf Dienstleistungen für die physische Reparatur oder die Optimierung der Hardware einschliesslich der Installation, Vertragswartung und ereignisbasierten Unterstützung.

33. Die Branchen werden durch den aktuellen Gartner IT-Dienstleistungsbericht wie folgt unterteilt:

- Bankwesen und Wertpapiere
- Kommunikation
- Medien und Dienstleistungen
- Ausbildung
- Behörden
- Gesundheitsdienstleister
- Versicherung
- Herstellung und Bodenschätze
- Einzelhandel
- Transport
- Energie
- Grosshandel

34. Die definitive Marktabgrenzung im Bereich IT-Dienstleistungen und seiner Teilmärkte kann vorliegend offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktabgrenzung im IT-Dienstleistungsbereich zu keinem betroffenen Markt führt.

##### B.4.1.2 Software

35. Die WEKO hat in der Vorabklärung SAP Wartungspreiserhöhung den Markt ERP-Software erwogen, hat von einer definitiven Marktabgrenzung jedoch abgesehen.

<sup>2</sup>RPW 2013/2, 265 Rz 28, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>3</sup>Die EU Kommission versteht unter IT Outsourcing die auf täglicher Basis erfolgte Bereitstellung des Managements und des Betriebs von Datenverarbeitung und Prozessen einschliesslich der Infrastruktur und Geschäftsanwendungen (COMP/IM.7458, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*).



37. Auch vorliegend kann die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da lediglich CSC im Softwarebereich tätig ist. Somit kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen und die Marktanteile von CSC liegen auch bei engst möglicher Abgrenzung unter 30 %, so dass keine betroffenen Märkte vorliegen.

#### **B.4.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte**

38. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

##### **B.4.2.1 IT-Dienstleistungen**

39. Im Bereich IT-Services ist die WEKO bisher grundsätzlich von nationalen Märkten ausgegangen.<sup>7</sup> Im Fall Accenture AG/Systor AG hielt die WEKO fest, dass aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens der räumlich relevante Markt unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte.<sup>8</sup> Die definitive Marktabgrenzung wurde in diesem wie auch im Fall Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation<sup>9</sup> jedoch offen gelassen.<sup>10</sup>

40. Auch im vorliegenden Fall kann von einer definitiven räumlichen Marktabgrenzung abgesehen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Marktabgrenzung unbedenklich ist.

##### **B.4.2.2 Software**

41. Obwohl Anzeichen für eine Internationalisierung bestehen, hat die WEKO im Fall SAP Wartungspreiserhöhung einen nationalen Markt erwogen.<sup>11</sup>

42. Vorliegend kann die räumliche Marktabgrenzung wiederum offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung davon ausgegangen werden kann, dass das Zusammenschlussvorhaben unproblematisch ist.

#### **B.4.3 Märkte im Bereich der IT-Dienstleistungen**

43. 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.

44. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien vor und nach dem Zusammenschluss für den Bereich der IT-Dienstleistungen insgesamt und für die verschiedenen Segmentierungen nach Funktionalität und Branche:

<sup>4</sup> COMP/M.7458, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*; COMP/M.6237, *Computer Sciences Corporation/iSoft Group*.

<sup>5</sup> COMP/M.6237, *Computer Sciences Corporation/iSoft Group*; COMP/M.5904, *SAP/Sybase*; COMP/M.5763, *Dassault Systems/IBM DS PLM Softwaregeschäft*.

<sup>6</sup> COMP/M.5763, *Dassault Systems/IBM DS PLM Software Business*; COMP/M.5904, *SAP/Sybase*.

<sup>7</sup> RPW 2001/4, 757 Rz 25 f., *Swisscom/AGI IT Services*; RPW 2002/4, 633 Rz 21 f., *IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zürich*.

<sup>8</sup> RPW 2003/2, 301 Rz 25, *Accenture AG/Systor AG*.

<sup>9</sup> RPW 2009/2, 162 Rz 47 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

<sup>10</sup> RPW 2013/2, 268 Rz 48, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

<sup>11</sup> RPW 2010/3, 440 Rz 46, *SAP Wartungspreiserhöhung*.

**Tabelle 1:** Geschätzte Marktanteile in % im Bereich der **IT-Dienstleistungen** in der Schweiz im Jahr 2015

Sachlich relevanter Markt	Mögliche Segmentierungskriterien	Mögliche Segmentierung	CSC (%)	HPES (%)	Addierte Marktanteile (%)	
IT Dienstleistungen	Alle Segmente		[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>	
	Funktionalität	IT Consulting		[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
		Implementierung		[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
		IT Outsourcing		[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
		Business Process Outsourcing		[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
		Software Support	nicht aktiv		[0-5]	<b>[0-5]</b>
		Hardware Support	nicht aktiv		[10-20]	<b>[10-20]</b>
		Bereich	Bankwesen und Wertpapier		[0-5]	[0-5]
	Kommunikationen, Medien und Dienstleistungen			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Ausbildung		nicht aktiv		[0-10]	<b>[0-10]</b>
	Behörden			[0-5]	[0-10]	<b>[0-10]</b>
	Gesundheitsdienstleister			[0-5]	[0-10]	<b>[0-10]</b>
	Versicherung			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Herstellung und Bodenschätze			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Einzelhandel			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Transport			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Energie			[0-5]	[0-5]	<b>[0-5]</b>
	Grosshandel		nicht aktiv		[0-5]	<b>[0-5]</b>

Quelle: Gartner IT-Dienstleistungsbericht 2015

45. Der Tabelle kann entnommen werden, dass die Marktanteilsadditionen im Bereich der IT-Dienstleistungen eher gering sind. Des Weiteren liegen die Marktanteile unter 20 %, weshalb im Bereich von IT-Dienstleistungen keine betroffenen Märkte vorliegen.

#### **B.4.4 Märkte im Bereich von Software**

46. Der nachfolgenden Tabelle können die Marktanteile von CSC im Softwarebereich im Jahr 2015 in der Schweiz in den möglichen Segmentierungen entnommen werden.<sup>12</sup> HPES bietet keine Software an und somit kommt es auch zu keinen Marktanteilsadditionen.

<sup>12</sup> Die Marktanteile von CSC 2015 beziehen sich auf den EWR Raum. Die Parteien geben an, nicht über Marktanteile in der Schweiz zu verfügen. Sie bestätigen jedoch, dass sich die Marktanteile in der Schweiz nicht wesentlich von den Marktanteilen im EWR unterscheiden.

**Tabelle 2:** Geschätzte Marktanteile im **Softwarebereich** in % in der Schweiz im Jahr 2015, basierend auf den Marktanteilen im EWR Raum:

Unterteilung nach Funktionalität und Branche im Softwarebereich	Mögliche Segmentierung	CSC (%)
Funktionalität	Infrastructure software	[0–5]
	Middleware	[0–5]
	Application software and office software	[0–5]
	Operating/browser software	[0–5]
Branche	Gesundheitsdienstleistungen	[10–20]
	Versicherung	[0–5]
	Bankdienstleistungen	[0–5]

Quelle: Gartner Enterprise IT Spending 2014 und Schätzungen der Parteien

47. Wie unter Rz 46 erwähnt, ist lediglich CSC im Bereich von Software tätig. Es liegen somit keine Marktanteiladditionen vor. Zudem liegen die Marktanteile von CSC unter 30 %. Es liegen somit wiederum keine betroffenen Märkte vor.

48. Zu erwähnen bleibt noch, dass zwischen CSC als Softwareanbieter und HPES als IT-Dienstleister eine Vertikalbeziehung besteht. IT-Dienstleister arbeiten oft mit Anbietern von Software zusammen, um ihre globalen Dienstleistungen anzubieten. Der IT-Dienstleister schliesst einen Vertrag mit einem Kunden über die Erbringung bestimmter IT-Dienstleistungen ab und wird dann einen Vertrag mit einem Softwareanbieter abschliessen müssen, um den Vertrag mit seinem Kunden erfüllen zu können.

49. Vorliegend gibt die Vertikalbeziehung keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken, da die Marktanteile von CSC im Softwarebereich und HPES im Bereich von IT-Dienstleistungen tief sind.

#### B.4.4.1 Zwischenergebnis

50. Selbst bei engster Marktabgrenzung sind die kumulierten Marktanteile der Parteien im IT-Dienstleistungsbe-  
reich unter 20 %. Im Softwarebereich ist nur CSC tätig. Deren Marktanteile liegen selbst bei engster Marktabgrenzung weit unter 30 %. Somit liegt in keinem der beiden Märkte ein betroffener Markt vor.

51. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten der IT-Dienstleistungen und im Bereich Software eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

52. Zwischen CSC und HPES bestehen vertikale Beziehungen, welche jedoch aufgrund der tiefen Marktanteile nicht zu Abschottungen führen.

#### B.5 Nebenabrede – Konkurrenzverbot

53. Zu prüfen ist weiter, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

54. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind<sup>13</sup>, angelehnt.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

<sup>14</sup> RPW 2014/1, 312 f. Rz 44 ff., *Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG*; RPW 2013/1, 99 Rz 54 f., *Publigroup/ImproveDigital*.

55. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich 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 zu werden braucht. 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.<sup>15</sup>

56. In sachlicher Hinsicht müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. 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 erachtet.<sup>16</sup>

57. Zeitlich erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für dessen Durchführung notwendig, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden.<sup>17</sup>

58. Zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens vereinbarte Einschränkungen können entweder den Erwerber oder den Veräusserer begünstigen. Allgemein hat der Erwerber ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer, weil er die Sicherheit braucht, dass er den vollen Wert des übernommenen Geschäfts erwirbt. Es gilt grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit dem Zusammenschluss 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.<sup>18</sup>

59. Die Parteien haben folgende Nebenabreden getroffen:

60. CSC und HPES verpflichten sich und ihre jeweiligen Tochtergesellschaften während [...] nach dem Distribution Date<sup>19</sup> HPE nicht in Bezug auf Aktivitäten zu konkurrieren, die vor dem Distribution Datum ausschliesslich durch HPE ausgeübt wurden (mit Ausnahme des HPES-Geschäfts) (die HPE Exklusivitäten).

61. Zudem sollen HPE und ihre Tochtergesellschaften während [...] keine Tätigkeiten ausüben, die unmittelbar vor dem Distribution Date ausschliesslich durch HPES ausgeübt wurden.<sup>20</sup>

62. Das Wettbewerbsverbot sieht auch gewisse Ausnahmen vor. So werden CSC und HPE und ihre jeweiligen verbundenen Gesellschaften nicht daran gehindert, Geschäftstätigkeiten auszuüben, die CSC und HPE und ihre jeweiligen Tochtergesellschaften vor dem Distribution Date bereits ausübten (abgesehen von den HPE/HPES

Exklusivitäten), oder Akquisitionen zu tätigen von (a) [...] % oder weniger der Anteile an irgendeiner Gesellschaft oder (ii) jeder Gesellschaft, die weniger als [...] % ihrer Umsätze mit HPE resp. HPES Exklusivitäten erzielt oder (iii) jeder Gesellschaft, deren Umsätze mit HPE resp. HPES Exklusivitäten weniger als [...] % der Umsätze von CSC resp. HPE betragen, sofern die Umsätze von HPE/HPES Aktivitäten aller Gesellschaften, die von CSC oder HPE erworben werden, während dieser Zeit von [...] insgesamt nicht [...] % der Konzernumsätze der jeweiligen Käuferin betragen.

63. Unabhängig vom Vorstehenden findet das Wettbewerbsverbot zudem keine Anwendung auf Partnerschaften, Allianzen oder ähnliche Vereinbarungen mit irgendwelchen Gesellschaften, die den gegenwärtig bestehenden gleichen.

64. Die Parteien begründen das Konkurrenzverbot damit, dass Interessen der Aktionäre sowohl von HPE als auch von CSC dadurch geschützt würden. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens würden die Aktionäre von HPE und CSC je mindestens 50,1 % der Aktien an CSC halten (nach Berücksichtigung von Überlappungen in der Aktionärserschaft). Vor diesem Hintergrund gleiche das Zusammenschlussvorhaben eher einer Fusion als einer Kontrollübernahme. Aufgrund der Tatsache, dass das Wettbewerbsverbot zweiseitig sei, spiegle sich darin die Tatsache wieder, dass die berechtigten Interessen der gegenwärtigen Aktionäre beider „fusionierenden“ Unternehmen geschützt würden, wie es bei Fusionen dem üblichen Vorgehen entsprechen würde:

- Berechtigte Interessen der gegenwärtigen Aktionäre von HPE würden dadurch geschützt, dass bestimmte Tätigkeiten von CSC/HPES nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens beschränkt würden (HPE-Exklusivitäten);
- Berechtigte Interessen der gegenwärtigen Aktionäre von CSC würden dadurch geschützt, indem bestimmte Tätigkeiten von HPE nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens beschränkt würden (HPES-Exklusivitäten).

<sup>15</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 22.

<sup>16</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 23.

<sup>17</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 20.

<sup>18</sup> EU-Bekanntmachung, Rz 17.

<sup>19</sup> Das Distribution Date ist definiert als das Datum, an dem HPE alle ausgegebenen und ausstehenden Aktien von HPES an die Inhaber von ausstehenden HPE Aktien verteilt.

<sup>20</sup> Einschliesslich (i) Unterhalt und Erstellung resp. Wiedererstellung von massgeschneiderten Kundenapplikationen (ausschliesslich Cloud-Anwendungen und solche Anwendungsdienstleistungen, in denen HPE – durch andere Unternehmensteile als HPES – heute tätig ist), (ii) Outsourcing von Geschäftsprozessen und Dienstleistungen mit Bezug zu Geschäftsprozessen, (iii) IT-Outsourcing und Hosten von Cloud-Infrastruktur für Unternehmenskunden und (iv) Arbeitsplatzdienstleistungen wie sie gegenwärtig durch HPES erbracht werden (die HPES Exklusivitäten; im Separation and Distribution Agreement bezeichnet als Everett Exclusive Activities).

65. Das Wettbewerbsverbot sei auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt, die zur Zeit ausschliesslich von HPE bzw. HPES ausgeübt würden. Es beziehe sich nicht auf Tätigkeiten, in denen die Parteien bei Vollzug des Zusammenschlusses nicht aktiv seien. Das zweiseitige Konkurrenzverbot erlaube eine klare Trennung von HPE und HPES und würde die Unternehmen in ihren Tätigkeiten nicht darüber hinaus beschränken. Zudem sei das Konkurrenzverbot lediglich auf [...] beschränkt.

66. Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot ist in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Die Nebenabreden sind mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und notwendig und fallen für die Dauer von [...] unter das Konzentrationsprivileg.

## **C Ergebnis**

67. Auch nach engst möglicher Marktabgrenzung liegen keine betroffenen Märkte vor. Die gemeinsamen Marktanteile der Parteien im IT-Dienstleistungsbereich liegen unter 20 %. Im Bereich der Software ist HPES nicht tätig und die Marktanteile von CSC liegen weit unter 30 %. Zwar liegen vertikale Beziehungen zwischen CSC und HPES vor, diese geben jedoch keinen Anlass zu Marktverschliessungseffekten.

68. 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.

B 2.3	<b>5. Canada Pension Plan Investment Board/Apax Partners LPP/GlobalLogic Holdings Limited</b>
-------	---

*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 23. Februar 2017*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. März 2017*

1. Am 9. Februar hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb einer Beteiligung an, und gemeinsamer Kontrolle über GlobalLogic (nachfolgend: GL) durch Canadian Pension Plan Investment Board (nachfolgend: CPPIB) via CPPIB Holding. CPPIB wird von den Apax Partners LPP (nachfolgend: AP) Funds, die aktuell ca. 91 % an GL halten, indirekt ca. 48 % der Aktien der GL erwerben. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden CPPIB und die AP Funds je 48 % halten. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden AP und CPPIB gemeinsame Kontrolle über GL erwerben, da beide jeweils 48 % der Aktien an GL halten werden.

2. CPPIB ist eine professionelle Investment Management Gesellschaft, welche die Vermögenswerte des kanadischen Pensionsplans investiert und ihren Sitz in Toronto, Ontario, Kanada, hat. Die CPPIB ist eine kanadische Staatsgesellschaft (sog. Kronengesellschaft: "Canadian Federal Crown corporation"), welche im Dezember 1997 durch einen Parlamentsbeschluss, das Gesetz über die Canada Pension Plan Investment Board, geschaffen wurde. Als professionelle Investment Management Gesellschaft ist es das langfristige Ziel von CPPIB, zur finanziellen Stärke des CPP beizutragen, indem Vermögenswerte, welche nicht für die Zahlung von Beiträgen benötigt werden, im besten Interesse von 19 Millionen kanadischen Beitragszahlern und Leistungsempfängern angelegt und Gewinne ohne ungebührliche Verlustrisiken maximiert werden. Ausgestattet mit einem Mandat der Bundes- und Provinzregierungen, ist CPPIB dem Parlament sowie den Finanzministern auf Bundes- und Provinzebene, welche als Verwalter des CPP fungieren, zur Rechenschaft verpflichtet.

3. AP ist eine Limited Liability Partnership nach dem Recht des Vereinigten Königreichs mit Sitz in London, Vereinigtes Königreich. Sie ist die Muttergesellschaft einer Mehrzahl von Rechtssubjekten, welche Dienstleistungen im Bereich der Anlageberatung für Kapitalbeteiligungsfonds, die in unterschiedliche Branchen investieren, erbringen („AP Funds“).

4. GL ist eine in Jersey inkorporierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung („private company, limited by shares“). GL ist die Muttergesellschaft der GL Group. In der Schweiz verfügt GL über keine Tochtergesellschaften.

5. GL ist ein weltweiter Anbieter von Softwareentwicklungs-Dienstleistungen (auch als "Implementierung" bezeichnet) und dazugehöriger Beratung. Der Hauptsitz der Gesellschaft befindet sich im Silicon Valley, jedoch betreibt sie auf der ganzen Welt Design-Studios und Technikzentren, welche den Kunden über den vollständigen Lebenszyklus Produktentwicklungs-Dienstleistungen und -Umgebungen ("labs") anbieten. GL bietet ausgelagerte Produktentwicklungs-Dienstleistungen für Unternehmen in verschiedenen Branchen an, u.a. in den Bereichen High-Tech, Kommunikation und Medien, Gesundheitswesen, Automobil, Industrie, Finanzwesen und Detailhandel.

6. CPPIB sucht nach Investitionsmöglichkeiten, die stabile Cash Flows generieren und gleichzeitig angemessene Wachstumschancen ermöglichen. Nach Ansicht von CPPIB entspricht das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesen Zielvorgaben und passt zum langfristigen Mandat von CPPIB, im Interesse der CPP Beitragszahler und Begünstigten zu investieren und die Renditen ohne übermässiges Verlustrisiko zu maximieren. Aus Sicht der AP Funds repräsentiert das Zusammenschlussvorhaben eine teilweise Realisation ihres Investments in GL.

7. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb einer Beteiligung an, und gemeinsamer Kontrolle über GL durch CPPIB via CPPIB Holding. CPPIB wird von den AP Funds – die aktuell ca. 91 % an GL halten – indirekt ca. 48 % der GL Aktien erwerben. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden CPPIB und die AP Funds je 48 % halten.

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 7. März 2017 von der Europäischen Kommission freigegeben.<sup>1</sup>

9. Wie bereits ausgeführt, bietet GL in der Schweiz Dienstleistungen im Bereich Softwareentwicklung (Implementierung) an. Die Meldung und die folgende Marktabgrenzung beziehen sich auf diese Tätigkeiten und enthalten keine Ausführungen zu den Geschäftsaktivitäten von GL ohne relevanten Bezug zur Schweiz.

10. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis IT-Dienstleistungen grundsätzlich aufgrund (i) der Funktionalität der Dienstleistungen und (ii) der verschiedenen Branchen, in denen die Kunden tätig sind, segmentiert. Die EU-Kommission hat auch einen allumfassenden Markt für IT-Dienstleistungen in Betracht gezogen<sup>2</sup> und die Markttüchtigkeit hat bestätigt, dass zu einem gewissen Masse eine angebotsseitige Substituierbarkeit besteht, insbesondere zwischen grossen Anbietern einer Reihe von IT-Dienstleistungen. In Übereinstimmung mit der Praxis der EU-Kommission hat die WEKO eine Segmentierung von IT-Dienstleistungen nach ihrer Funktionalität und den verschiedenen Branchen erwogen.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Vgl. COMP/M.8380, CPPIB/APAX/GL.

<sup>2</sup> Entscheidung der EU-Kommission vom 13. Oktober 2008, COMP/M.5301 - CAP GEMINI/BAS, Rz. 12.

<sup>3</sup> RPW 2013/4, 662 f. Rz 54 ff. *Mediaspectrum, Inc./Publigruppe S.A./xentive sa.*

11. In Bezug auf die Funktionalität folgt die EU-Kommission grundsätzlich der von der Gartner Group vorgeschlagenen Segmentierung,<sup>4</sup> welche zwischen (i) Beratung, (ii) Umsetzung inkl. Softwareentwicklung, (iii) IT-Outsourcing, (iv) Business Process Outsourcing, (v) Software Support, (vi) Hardware Support und (vii) Ausbildung und Schulung unterscheidet.<sup>5</sup> Die WEKO hat IT-Dienstleistungen in Übereinstimmung mit der EU-Kommission unterteilt.<sup>6</sup>

12. Da GL fast ausschliesslich in der Softwareentwicklung (Implementierung) tätig ist, beschränken sich die weiteren Ausführungen auf diesen Bereich.

13. Dienstleistungen im Bereich Softwareentwicklung (Implementierung) können als projektbasierte Dienstleistungen zur Entwicklung und kundenspezifischen Anpassung von IT-Lösungen, Assets und Prozessen und deren Integration in bestehende Applikationen, Infrastrukturen und Prozesse definiert werden.<sup>7</sup>

14. Die Parteien erachten den Markt für IT-Dienstleistungen, insbesondere das Segment Softwareentwicklung (Implementierung), als den sachlich relevanten Markt. Die Parteien sind aber der Ansicht, dass die exakte Marktabgrenzung im vorliegenden Fall offengelassen werden

kann, weil keine horizontale Überschneidungen oder vertikale Beziehungen zwischen den Parteien bestehen.

15. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts kann im vorliegenden Fall indes offengelassen werden, da sich aufgrund der vernachlässigbaren Marktpräsenz der Zielgesellschaft in der Schweiz und aufgrund der Tatsache, dass keine horizontalen oder vertikalen Beziehungen zwischen CPPIB und der Zielgesellschaft bestehen, selbst unter der engst möglichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken ergeben.

16. Deshalb kann vorliegend auf eine genauere Abgrenzung der relevanten Märkte sowohl in sachlicher als auch räumlicher Hinsicht verzichtet werden. Vorliegend wird denn auch ausdrücklich offen gelassen, ob die in Tabelle 1 ausgewiesenen Märkte sachlich enger oder weiter abzugrenzen sind.

17. Die nachfolgende Übersicht basiert auf dem Gartner Report<sup>8</sup> und enthält Schätzungen des Marktanteils der GL Group (und, der Vollständigkeit halber, der weiteren durch die AP Funds kontrollierten IT-Dienstleistungs-Unternehmen) sowie ihrer wichtigsten Konkurrenten:

**Tabelle 1: Software development (Implementation) services worldwide – 2015**

Name of Provider	Weltweiter Marktanteil
Accenture	[0-10] %
IBM	[0-10] %
Lockheed Martin	[0-10] %
Fujitsu	[0-10] %
Capgemini	[0-10] %
Hitachi	[0-10] %
NTT Data	[0-10] %
Deloitte	[0-10] %
NEC	[0-10] %
Infosys	[0-10] %
EVERY (Gartner)	[0-10] %
Gruppo Engineering (Gartner)	[0-10] %
GlobalLogic	[0-10] %

<sup>4</sup>Die Gartner Group ist eine unabhängige, in der Branchenanalyse tätige Unternehmung, welche auf die IT- Branche spezialisiert ist. Sie sammelt Marktinformationen und erstellt Reports, in welchen der IT- Dienstleistungsmarkt in unterschiedliche Segmente unterteilt wird.

<sup>5</sup> Entscheidung der EU-Kommission vom 15. Dezember 2014, COMP/M.7458 - IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa, Rz. 16.

<sup>6</sup> RPW 2013/4, 662 f. Rz 54 ff. *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa.*

<sup>7</sup> Market Derinitions and Methodology, Gartner, Ref. G00270646, S. 22.

<sup>8</sup> Gartner IT services 2015, April 2016.

18. Der geschätzte Marktanteil der GL Group gemäss der Marktabgrenzung von Gartner<sup>9</sup> belief sich für das Jahr 2015 auf [0-10]% und lag somit deutlich unter 20 % (vgl. untenstehende Übersicht):

**Tabelle 2: Software development (Implementation) services CH – 2015**

Name of Provider	CH Marktanteil
Swisscom AG	[10-20] %
Accenture	[0-10] %
IBM	[0-10] %
SAP	[0-10] %
Infosys	[0-10] %
Cognizant	[0-10] %
ELCA	[0-10] %
EPAM	[0-10] %
Wipro	[0-10] %
Tech Mahindra	[0-10] %
EVERY (Gartner)	[0-10] %
Gruppo Engineering (Gartner)	[0-10] %
GlobalLogic	[0-10] %

19. Die geschätzten Marktanteile von GL in der Schweiz in den Jahren 2014 und 2013 waren ebenfalls deutlich unter 20 %.

20. Weder CPPIB, noch einer der von ihr kontrollierten Portfoliogesellschaften sind im Bereich der Softwareentwicklung (Implementierung) tätig, weshalb das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Erhöhung des Marktanteils führen wird.

21. Die vorläufige Prüfung ergibt aus vorgängig dargelegten 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.

<sup>9</sup> Market Definition and Methodology, Gartner, Ref G00270646, S. 22.



B 2	<b>8. BGBM LMI LMI</b>
B 2.8	<b>1. Gutachten vom 5. Dezember 2016 betreffend Zulassung von Ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone</b>

*Gutachten vom 5. Dezember 2016 in Sachen Gutachtensauftrag gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM betreffend Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone zuhanden-Kommission des Konkordats über Private Sicherheitsdienstleistungen*

## 1 Übersicht

1. Die Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienstleistungen ist bis heute kantonal geregelt. Während in den Westschweizer Kantonen Freiburg, Jura, Genf, Neuenburg, Waadt und Wallis mit dem Concordat sur les entreprises de sécurité vom 18. Oktober 1996 (nachfolgend: CES) seit 1996 eine einheitliche Regelung besteht, gelten in den übrigen Kantonen bis heute sehr unterschiedliche Regelungen. Die divergierenden kantonalen Regelungen führen im Ergebnis zu Freizügigkeitshindernissen, indem Anbieterinnen privater Sicherheitsdienstleistungen im interkantonalen Verkehr unterschiedlich umfassenden resp. dichten Regelungen unterstehen und teilweise nur unter Auflagen in anderen Kantonen tätig sein können. Diese Freizügigkeitshindernisse sollen durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) abgebaut werden.<sup>1</sup> Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann unter anderem eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes erstatten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).

2. In Hinblick auf die wachsende Bedeutung der privaten Sicherheitsdienstleistungen und die von Kanton zu Kanton stark divergierenden Regelungen, hat die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (nachfolgend: KKJPD) zwecks Qualitätssicherung und Rechtsvereinheitlichung im Jahr 2010 das Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (nachfolgend: KÜPS) erlassen, welches mit Stand vom 8. Februar 2016 von den zehn Konkordatskantonen Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt, Graubünden, Nidwalden, St. Gallen, Solothurn, Thurgau, Tessin und Uri ratifiziert wurde.<sup>2</sup> Das KÜPS enthält Bestimmungen über die

Zulassung von privaten Sicherheitsunternehmen und ihre Mitarbeitenden, sowie über die Geschäftsführung und über die Aus- und Weiterbildung von Sicherheitsangestellten. Die Inkraftsetzung ist für den 1. Januar 2017 vorgesehen.<sup>3</sup> Im Auftrag der KKJPD erarbeitet die Kommission des KÜPS das Ausführungsrecht. Der Steuerausschuss der KÜPS (nachfolgend: Steuerausschuss), der sich aus nicht stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern und Angehörigen der Bewilligungsbehörden zusammensetzt, befasst sich u.a. mit den Auswirkungen des BGBM auf die künftige Bewilligungspraxis im Konkordatsgebiet.<sup>4</sup>

3. Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen mit Sitz ausserhalb des geographischen Geltungsbereichs des KÜPS haben gestützt auf das BGBM unter gewissen Voraussetzungen Zugang zum Konkordatsgebiet (siehe hinten Kap. 5 ff.). Entsprechend müssen die Bestimmungen des KÜPS binnenmarktrechtskonform ausgestaltet sein. Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 wurde die WEKO vom Steuerausschuss um Begutachtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGBM ersucht, um die im KÜPS vorgesehene Praxis bezüglich Bearbeitung von Gesuchen von Personen und Sicherheitsunternehmen aus Nichtmitgliederkantonen auf die Übereinstimmung mit dem BGBM überprüfen zu lassen.<sup>5</sup> Neben dem bereits erwähnten Gutachtensauftrag (siehe dazu vorne Fn 2) wurde zu diesem Zweck auch eine Übersicht über die Gesetzesbestimmungen betreffend Sicherheitsdienstleistungsanbieter in den einzelnen Kantonen und deren Anerkennung bzw. Nicht-Anerkennung in den KÜPS-Kantonen (nachfolgend: Übersichtstabelle) und die Empfehlung der Konkordatskommission vom 20.06.2016 betreffend polizeiliche Leumundsabklärungen

<sup>1</sup> Siehe zur Bedeutung des BGBM auf dem Gebiet der Sicherheitsdienstleistungen auch RPW 2013/4, 848 ff., *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

<sup>2</sup> Antrag vom 20. Juni 2016 auf Begutachtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 BGBM zum Ausführungsrecht des Konkordats über Private Sicherheitsdienstleistungen der KKJPD (nachfolgend: Gutachtensauftrag), Ziff. 1.; Erläuterungen zum Konkordat vom 12. November 2010 über private Sicherheitsdienstleistungen (nachfolgend: Erläuterungen), Ziff. I.3; siehe dazu auch Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010; Ratifikation durch die Kantone, erhältlich unter <[https://www.kkjpd.ch/?action=get\\_file&language=de&id=60&resource\\_link\\_id=946](https://www.kkjpd.ch/?action=get_file&language=de&id=60&resource_link_id=946)> (besucht am 22.8.2016).

<sup>3</sup> Siehe <<https://www.kkjpd.ch/de/themen/private-sicherheitsunternehmen>> (besucht am 27.6.2016).

<sup>4</sup> Gutachtensauftrag, Einleitung.

<sup>5</sup> Gutachtensauftrag, Einleitung.

nach Art. 5 Abs. 1 Bst. d und e (nachfolgend: Empfehlung Leumundsabklärung) eingereicht. Mit Schreiben vom 1. Juli 2016 wurden ausserdem diverse Dokumente betreffend Aus- und Weiterbildungskonzept des KÜPS nachgereicht (siehe dazu hinten Rz 27 ff.).

4. Im Gutachtensauftrag wird die WEKO unter anderem ersucht, der Konkordatskommission und den kantonalen Bewilligungsbehörden bei der Erarbeitung von rechts-gänglichen Bewilligungsverfahren bei Gesuchstellenden mit Wohnsitz im Ausland behilflich zu sein.<sup>6</sup> Vorweg ist dazu festzuhalten, dass diese Frage und die damit verbundene Anwendung des Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA; SR 0.142.112.681) nicht in die Zuständigkeit der WEKO fällt, weshalb auf den Antrag nicht eingegangen werden kann. Das Sekretariat der WEKO hat den Steuerausschuss bezüglich diesen Punkt auf das zuständige Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation verwiesen.

5. Einleitend werden die Ergebnisse und Empfehlungen, die sich aus dem vorliegenden Gutachten ergeben, in einer Übersicht aufgezeigt (Kapitel 2). Es folgt auf einige grundlegende binnenmarktrechtliche Ausführungen (Kapitel 3) eine Darstellung der Zulassungspraxis nach dem KÜPS (Kapitel 4). Um die Frage der Zulassung zum KÜPS-Gebiet mittels BGBM beurteilen zu können, bietet es sich an, zwischen Anbieterinnen aus Kantonen mit gleichwertigen und solchen mit ungleichwertigen Regelungen zu unterscheiden (Kapitel 5 und 6). Anschliessend wird in je separaten Kapiteln auf den Einsatz von Dienst-hunden (Kapitel 7) und auf die Betriebsbewilligung für Sicherheitsunternehmen (Kapitel 8) eingegangen. Zum Schluss widmet sich ein Kapitel der Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Kapitel 9).

## 2 Zusammenfassung der Ergebnisse

### 2.1 Dienstleistungsfreiheit

6. Zusammenfassend lässt sich für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM folgendes festhalten:

#### 2.1.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

- Die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, Gesuchstellende mit CES-Bewilligung sowie Gesuchstellende aus den Kantonen Basel-Landschaft und Schaffhausen aufgrund gleichwertiger Vorschriften (Art. 2 Abs. 5 BGBM) ohne Auflagen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer am Herkunftsort ausgestellten Erstbewilligung zuzulassen, ist mit dem BGBM vereinbar (siehe hinten Rz 50-59).
- Ein formloses Zugangsverfahren, wie es Variante (a) für Gesuchstellende aus den CES-Kantonen vorsieht, wäre binnenmarktrechtlich zu begrüssen. Eine Auflage nach Variante (c) muss den Anforderungen von Art. 3 BGBM genügen (siehe hinten Rz 56). Es wird empfohlen, ein formloses Zugangsverfahren gemäss Variante (a) durchzuführen.

#### 2.1.2 Kanton Aargau

- Selbstständigerwerbende und Geschäftsführer, die Inhaber einer aargauischen Bewilligung sind, erhalten aufgrund gleichwertiger Vorschriften (Art. 2 Abs. 5 BGBM) Marktzugang ohne Auflagen (siehe hinten Rz 66). Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum CES verwiesen werden (siehe hinten Rz 53 ff.).
- Aus dem Kanton Aargau entsandte Sicherheitsangestellte werden trotz gleichwertiger Zulassungsvoraussetzungen erst zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen. Das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung ist in diesem Fall ausnahmsweise mit dem BGBM vereinbar, da das KÜPS im Gegensatz zum Kanton Aargau eine zeitliche Befristung der Bewilligung und mithin eine periodische Überprüfung der persönlichen Voraussetzungen vorsieht (siehe hinten Rz 65 f.).
- Aufgrund von Art. 3 Abs. 4 BGBM, der ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, wird jedoch empfohlen, dass die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und amtshilfeweise selber und auf eigene Kosten überprüfen, ob der Gesuchsteller die persönlichen Voraussetzungen nach Aargauer Recht aktuell erfüllt (siehe hinten Rz 71).

#### 2.1.3 Kantone Luzern und Obwalden

- Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende aus den Kantonen Luzern und Obwalden werden zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen und zudem eine lückenlose Berufstätigkeit von mindestens fünf Jahren nachweisen (siehe hinten Rz 81).
- Das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung ist trotz Gleichwertigkeit der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen ausnahmsweise mit dem BGBM vereinbar, da das KÜPS im Gegensatz zu den Herkunftskantonen eine zeitliche Befristung der Bewilligung und mithin eine periodische Überprüfung der persönlichen Voraussetzungen vorsieht. Da Art. 3 Abs. 4 BGBM ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, wird betreffend Unbedenklichkeitserklärung wiederum empfohlen, dass die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und die Gültigkeit der Erstbewilligung selber überprüfen (siehe hinten Rz 90).

<sup>6</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2; siehe auch Erläuterungen, Ziff. I.1.

- Aufgrund von ungleichwertigen fachlichen Zulassungsvoraussetzungen kann das KÜPS den Nachweis über eine hinreichende Berufserfahrung verlangen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM); fraglich ist allerdings, welche Anforderungen an die Dauer der Berufserfahrung gestellt werden können. In Erwägung der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des BGBM von 2005 wird empfohlen, eine Berufserfahrung von drei statt fünf Jahren zu verlangen (siehe hinten Rz 85 ff.).

### 2.1.4 Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich

- Gesuchstellende aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht erhalten unter der Voraussetzung Zugang zum KÜPS-Gebiet, dass bei der zuständigen Behörde am Wohnort eine amtliche Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS beantragt werden muss, deren Resultat der zuständigen KÜPS-Bewilligungsbehörde schriftlich mitzuteilen ist. Weiter wird eine lückenlose Berufstätigkeit während der letzten fünf Jahre verlangt, welche durch entsprechende Arbeitszeugnisse resp. Arbeitsbestätigungen belegt werden muss (siehe hinten Rz 92 f.).
- Aufgrund von ungleichwertigen persönlichen Zulassungsvoraussetzungen ist die Auflage zur Vornahme einer amtlichen Leumundsüberprüfung nach Massgabe der KÜPS-Empfehlung gemäss Art. 3 BGBM gerechtfertigt (siehe hinten Rz 99).
- Aufgrund von ungleichwertigen fachlichen Zulassungsvoraussetzungen kann das KÜPS den Nachweis für eine hinreichende Berufserfahrung verlangen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM), wobei nach Auffassung der WEKO wie erwähnt eine Berufserfahrung von drei Jahren ausreicht, um den hinreichenden Schutz der öffentlichen Interessen zu gewährleisten (siehe hinten Rz 97).

## 2.2 Einsatz von Diensthunden

7. Betreffend den Einsatz von Diensthunden lässt sich folgendes festhalten:

### 2.2.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

- Gesuchstellenden aus den CES-Kantonen inkl. Basel-Landschaft, wird mit einer gültigen Bewilligung als Sicherheitsangestellte, solchen aus dem Kanton Schaffhausen mit Ausbildungsabschluss, Marktzugang gewährt, was binnenmarktrechtlich zu begrüssen ist (siehe hinten Rz 103).

### 2.2.2 Kantone ohne Regelung

- Für Gesuchstellende aus Kantonen ohne gleichwertige Regelung ist gemäss Gutachtensauftrag vorgesehen, dass sie eine KÜPS-Bewilligung erlangen und entsprechend die im KÜPS vorgesehenen Bestimmungen für Hundeführer beachten müssen. Die Anwendung der KÜPS-Vorschriften auf Gesuchstellende aus Kantonen ohne Regelung betreffend Hunde und Hundeführer ist nach den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM grundsätzlich gerechtfertigt. Zu beachten ist jedoch immer, dass im Einzelfall gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM die

Berufserfahrung der Gesuchstellenden in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen ist, andernfalls eine Auflage im konkreten Fall unverhältnismässig wäre (siehe hinten Rz 105 ff.).

## 2.3 Betriebsbewilligung für Sicherheitsunternehmen

8. Für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM lässt sich folgendes festhalten:

- Gemäss KÜPS ist vorgesehen, dass auswärtigen Sicherheitsunternehmen, die gestützt auf das BGBM um eine Betriebsbewilligung ersuchen, m.a.W. eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen möchten, die Beachtung der Ausführungsbestimmungen zur betrieblichen Aus- und Weiterbildung des KÜPS zur Auflage gemacht wird. Solche marktzugangsbeschränkenden Auflagen sind nur möglich, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten (siehe hinten Rz 116 f.).

### 2.3.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft, Schaffhausen, Aargau und Obwalden

- Die CES-Kantone, sowie die Kantone Basel-Landschaft, Schaffhausen, Aargau und Obwalden sehen im Vergleich mit dem KÜPS gleichwertige Aus- und Weiterbildungsvorschriften vor. Die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM scheitert und es bleibt folglich kein Platz für Auflagen. Eine Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage wäre binnenmarktrechtlich nicht zulässig (siehe hinten Rz 118 ff.). Es wird entsprechend empfohlen, auf die Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage zu verzichten.

### 2.3.2 Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus, Zürich und Luzern

- Die Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus, Zürich und Luzern sehen im Vergleich mit dem KÜPS ungleichwertige Regelungen vor. Die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM dürfte gelingen. Die Unterstellung von Gesuchstellenden aus den genannten Herkunftsorten unter die KÜPS-Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung in Form einer Auflage hält den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM stand und ist somit binnenmarktrechtlich zulässig (siehe hinten Rz 123 ff.).

## 2.4 Kostenlosigkeit des Verfahrens

9. In Zusammenhang mit dem Anspruch auf ein **kostenloses Verfahren** gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM lässt sich folgendes festhalten:

- Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, die Kosten für die Beschaffung und den Unterhalt einer elektronischen Verwaltungs- und Trainingsplattform (VTP) sowie für die Erteilung einer Bewilligung

oder die Durchführung einer Prüfung mittels Gebühren auch externen Gesuchstellenden aufzuerlegen (siehe hinten Rz 128 f.).

- Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in bestimmten Ausnahmefällen gerechtfertigt; eine solche Ausnahme liegt nicht vor. Mangels einer Unterscheidungsmöglichkeit zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung, und aufgrund des Umstands, dass Art. 3 Abs. 4 BGBM als Verfahrensvorschrift nicht mittels Art. 3 Abs. 1 BGBM beschränkt werden kann, wäre eine Gebührenerhebung bei den externen Gesuchstellenden nicht binnenmarktrechtskonform (siehe hinten Rz 129 ff.). Es wird daher empfohlen, auf die Gebührenerhebung bei externen Gesuchstellenden zu verzichten.

### 3 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 3.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

10. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>7</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das **Herkunftsprinzip** gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:<sup>8</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit:* Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung der Anbieterin.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit:* Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstiniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstiniederlassung aufgegeben wird.

11. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

12. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die durch das jeweilige Konkordatsmitglied bezeichnete zuständige Stelle<sup>9</sup> für das Konkordatsgebiet des KÜPS (Bestimmungsort)<sup>10</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige kantonale Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten

Marktzugangsregelungen und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die KÜPS-Vorschriften (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.<sup>11</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregelungen muss die zuständige kantonale Behörde darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Art. 3 BGBM** erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>12</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin gewährleistet ist.<sup>13</sup>

13. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Art. 4 BGBM zu beachten. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen.

<sup>7</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

<sup>8</sup> Zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

<sup>9</sup> Gemäss den Erläuterungen zu Artikel 7 Absatz 1 werden Bewilligungen nach dem KÜPS nicht durch ein Konkordatsgremium erteilt, sondern durch die einzelnen Kantone, welche jeweils eine zuständige Stelle bezeichnen.

<sup>10</sup> Als „Bestimmungsort“ wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, wo ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

<sup>11</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 17 f.; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 189.

<sup>12</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 189 ff.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377, 378.

<sup>13</sup> Siehe dazu exemplarisch RPW 2013/4, 854 E. 4.10 f., *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*: Das Einverlangen eines eidgenössischen Fachausweises für ausserkantonale Gesuchstellende hält den Anforderungen von Art. 3 BGBM nicht stand; i.C. ist dem Gesuchsteller aufgrund ausreichender Berufserfahrung Marktzugang zu gewähren.

Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>14</sup>

### 3.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

14. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.<sup>15</sup>

15. Gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>16</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn Gesuchstellende rechtsmissbräuchlich handeln oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursachen.<sup>17</sup>

16. Neben den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 fest, dass Art. 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>18</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>19</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>20</sup> Damit aber die zuständigen kantonalen Behörden überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Marktzugangsregelungen vorliegen und ob der Marktzugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die zuständigen kantonalen Behörden die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde

Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>21</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

17. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>22</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4 BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM), oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>23</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (siehe vorne Rz 15).

<sup>14</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1266 f.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 203 ff.

<sup>16</sup> BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b; 136 II 470 E. 5.3 („Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché“); zur sog. „Inländerdiskriminierung“ vgl. BGer Urteil 2C\_204/2010 vom 24. November 2011 E. 8.3 i.V.m. E. 7.1; ZWALD (Fn 7), N 76 f.

<sup>17</sup> BGE 123 I 313 E. 5.

<sup>18</sup> So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 E. 5a (RA Thalman): „Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonalen Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.“; BGE 125 II 406 E. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DOMINIK DREYER/BERNARD DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, S. 110 f.

<sup>19</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1357.

<sup>20</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 E. 2.2, in: AR GVP 2007 114: „Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben.“

<sup>21</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 485.

<sup>22</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 23 f.; a.M. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, 2016, N 735.

<sup>23</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1359.

### 3.3 Zusammenfassung

18. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass der Marktzugang ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige kantonale Behörde ist gestützt auf Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die zuständige kantonale Behörde kann die KÜPS-Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die KÜPS-Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.
- Allein die Tatsache, dass im KÜPS-Gebiet andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>24</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>25</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es der zuständigen kantonalen Behörde mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.
- Den zuständigen kantonalen Behörden ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>26</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des KÜPS finden vorbehaltlich von Art. 3 Abs. 1 BGBM keine Anwendung, so dass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM.<sup>27</sup> Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Befähigung. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>28</sup>

### 4 Marktzugangsverfahren nach KÜPS

19. Bevor die binnenmarktrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Zulassung von ortsfremden Sicherheitsangestellten analysiert werden können (Kap. 5-9), ist unter diesem Kapitel vorab darzustellen, nach welchen Voraussetzungen und nach welchem Verfahren Sicherheitsangestellte und Geschäftsführer nach Massgabe des KÜPS zur Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen zugelassen werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass ortsfremde Anbieterinnen grundsätzlich immer die Wahl haben, entweder eine Zulassung nach den Anforderungen des KÜPS oder eine Zulassung nach BGBM zu beantragen. Ausserdem werden die KÜPS-Vorschriften betreffend Betriebsbewilligung und Zulassung von Diensthunden dargestellt.

20. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KÜPS ist eine Bewilligung erforderlich für Sicherheitsangestellte (Bst. a), das Führen eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung (Bst. b), den Betrieb eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung (Bst. c) und den Einsatz von Diensthunden (Bst. d). Selbstständigerwerbende benötigen gemäss Art. 4 Abs. 2 KÜPS sowohl eine Bewilligung als Sicherheitsangestellte als auch eine Betriebsbewilligung. Einziges Anknüpfungskriterium ist das Erbringen von Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet.<sup>29</sup>

21. Eine Bewilligung als **Sicherheitsangestellte** erhält eine Person nach Art. 5 Abs. 1 KÜPS, wenn sie (Bst. a) Schweizer Staatsangehörige, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Europäischen Freihandelsassoziation oder seit mindestens zwei Jahren Inhaberin einer Niederlassungs- oder Aufenthaltbewilligung ist; sie (Bst. b) handlungsfähig ist; (Bst. c) die theoretische Grundausbildung für private Sicherheitsangestellte erfolgreich absolviert hat; (Bst. d) keine im Strafregisterauszug erscheinende Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens vorliegt und sie (Bst. e) mit Blick auf ihr Vorleben und ihr Verhalten für diese Tätigkeit als geeignet erscheint. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS auf drei Jahre befristet.

22. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KÜPS erhält eine Person eine Bewilligung als **Geschäftsführer** eines Sicherheitsunternehmens, wenn sie (Bst. a) Schweizer Staatsangehörige, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Europäischen Freihandelsassoziation

<sup>24</sup> Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1311 ff.

<sup>25</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

<sup>26</sup> BGE 123 I 313 E. 4b (RA Häberli): "Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist"; so auch BGER, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 E. 2d (Anwalt Waadt).

<sup>27</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>28</sup> BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>29</sup> Erläuterungen zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben b und c.

oder Inhaberin einer Niederlassungsbewilligung ist; (Bst. b) die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Bst. b-e erfüllt; und (Bst. c) die theoretische Grundausbildung zum Führen eines Sicherheitsunternehmens erfolgreich absolviert hat.

23. Eine **Betriebsbewilligung** wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KÜPS erteilt, wenn eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens drei Millionen Schweizer Franken besteht (Bst. a) und gewährleistet ist, dass die Sicherheitsangestellten für die ihnen übertragenen Aufgaben hinreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden (Bst. b). Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen auch nur genügend aus- und weitergebildete Angestellte für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen (Art. 11 Abs. 2 KÜPS, siehe auch hinten Rz 109 ff.).

24. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. d KÜPS unterliegt der Einsatz von **Diensthunden** der Bewilligungspflicht. Einer Person wird dabei gemäss Art. 6 KÜPS bewilligt, bei der Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen einen Diensthund einzusetzen, wenn sie und der Hund dazu ausgebildet sind und sich auch entsprechend weiterbilden (Art. 11 Abs. 3 KÜPS). Die Kantone regeln die Prüfungen. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS drei Jahre lang gültig (siehe auch vorne Rz 100 ff.).

25. Die Pflichten der Bewilligungsinhaberinnen und –inhaber sind im KÜPS in den Art. 10 bis 14 geregelt. So haben Sicherheitsangestellte gemäss Art. 10 KÜPS bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten das staatliche Gewaltmonopol zu beachten, unmittelbarer Zwang darf nur in den schon gesetzlich vorgesehenen Fällen (wie bspw. Notwehr nach Art. 15 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]) und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angewendet werden.

26. Der Aus- und Weiterbildung der Sicherheitsangestellten gemäss Art. 11 KÜPS kommt eine zentrale Bedeutung zu. Sicherheitsangestellte dürfen Sicherheitsdienstleistungen nur dann ausüben, wenn sie für die von ihnen zu erfüllenden Aufgaben theoretisch und praktisch ausreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden. Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen Angestellte nur dann für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen, wenn diese die Voraussetzungen erfüllen.

27. Die Aus- und Weiterbildung nach den KÜPS-Vorschriften basiert auf einem 4-Stufen-Modell:<sup>30</sup>

28. Vor Bewilligungserteilung haben sowohl Sicherheitsangestellte wie auch Geschäftsführer eines Sicherheitsunternehmens eine theoretische Grundausbildung (1. Stufe) erfolgreich zu absolvieren. Geprüft werden Inhalte in den Bereichen Denkfähigkeit und Allgemeinbildung, Staats- und Rechtskunde, Sozialkompetenzen, Kommunikation, Verhalten gegenüber Dritten, Ethik und Rechtsempfinden sowie Verhalten bei besonderen Vorkommnissen. Die theoretische Grundausbildung ist als Eignungstest zu verstehen und soll gewährleisten, dass nur Personen eine KÜPS-Bewilligung erhalten, welche über die notwendigen Fach- und Sozialkompetenzen verfügen.<sup>31</sup>

29. Nach Bewilligungserhalt, jedoch vor Tätigkeitsaufnahme, hat durch den Betrieb resp. durch ein zertifiziertes Ausbildungsinstitut die Basisausbildung (2. Stufe) zu erfolgen. Während einer Mindestdauer von 20 Lektionen à min. 50 Minuten sollen die für eine gesetz- und verhältnismässige Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen notwendigen theoretischen und praktischen Kenntnisse und Fertigkeiten erworben werden. Inhalte sind dabei Sozialkompetenz und Berufsethik, Rechtskunde, Erste Hilfe, Branchenkunde sowie Arbeitssicherheit und Eigenschutz.<sup>32</sup>

30. Ausgerichtet auf den konkreten Tätigkeitsbereich folgen spezifische Ausbildungsmodulare (3. Stufe). Vorgesehen sind die vier Module „Qualifizierte Publikumsdienste“, „Qualifizierte Bewachungsdienste“, „Qualifizierte Schutzdienste“ sowie „Privatermittelnde“. Erst nach erfolgreichem Abschluss des jeweiligen Moduls dürfen Tätigkeiten, welche in dessen Geltungsbereich fallen, selbstständig ausgeübt werden.<sup>33</sup>

31. Alle Personen, welche Tätigkeiten nach KÜPS ausüben, müssen regelmässige eine einsatz- und fachbezogene Weiterbildung (4. Stufe) absolvieren. In der Regel müssen dabei jährlich mindestens 8 Lektionen à min. 50 Minuten inkl. Abschlusstest absolviert werden, wobei für Sicherheitsangestellte, die ausschliesslich Sicherheits-Assistenzdienste ausüben weniger weit gehende, für Führungspersonen weitergehende Anforderungen gelten.<sup>34</sup>

32. Art. 12 KÜPS statuiert weitere Pflichten betreffend den Kontakt mit der Polizei, wobei festgehalten wird, dass Bewilligungsinhaberinnen und –inhaber der Polizei die Gefährdung oder Verletzung bedeutsamer Rechtsgüter melden, sofern ein Einschreiten der Polizei erforderlich ist. Sie erteilen der Polizei auf Verlangen Auskunft über getroffene und geplante Einsatzmassnahmen und dürfen Handlungen der Polizei und anderer Behörden nicht behindern; bei gemeinsamen Einsätzen mit ihnen sind sie zur Zusammenarbeit verpflichtet. Sie bewahren über ihre Wahrnehmungen aus den Tätigkeitsbereichen der Polizei Stillschweigen und übergeben ihr strafrechtlich relevante Gegenstände, die sie sichergestellt haben.

33. Gemäss Art. 13 KÜPS weisen Sicherheitsangestellte sowie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer ihren Legitimationsausweis auf Verlangen der Polizei, anderen

<sup>30</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>31</sup> Art. 1 Abs. 2 des Anhangs I: Ausführungsrecht über den Inhalt der theoretischen Grundausbildung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 Bst. c, Stand 27.8.2014; Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>32</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016; Art. 2 f. des Entwurfs vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an die betriebliche/delegierte Basisausbildung; Entwurf vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an Inhalt und Umfang der einsatz- und fachbezogenen Weiterbildung von Sicherheitsangestellten und von Mitarbeitenden von Sicherheitsunternehmen, die auf operativer Stufe Führungsaufgaben wahrnehmen.

<sup>33</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016.

<sup>34</sup> Aus- und Weiterbildung nach KÜPS: Das 4-Stufen-Modell, 30. Juni 2016; Entwurf vom 30. Juni 2016: Empfehlungen für die Mindestanforderungen an Inhalt und Umfang der einsatz- und fachbezogenen Weiterbildung von Sicherheitsangestellten und von Mitarbeitenden von Sicherheitsunternehmen, die auf operativer Stufe Führungsaufgaben wahrnehmen.

Behörden sowie Auftraggebern der Sicherheitsdienstleistung, sowie Privaten, mit denen sie in Kontakt treten, vor. Die Erscheinung von Sicherheitsunternehmen und ihrer Angestellten in der Öffentlichkeit darf zu keiner Verwechslung mit staatlichen Behörden und Institutionen Anlass geben. Insbesondere müssen sich die Uniformen und Fahrzeuge der Sicherheitsunternehmen deutlich von jenen der Polizei unterscheiden und dürfen sich die Sicherheitsunternehmen und ihre Angestellten nicht mit „Polizei“ oder ähnlichen Ausdrücken dieses Wortstammes wie zum Beispiel *politas*, *police*, *policy* oder Privatpolizei bezeichnen. Ausserdem ist Werbung von Sicherheitsunternehmen, die das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung wesentlich beeinträchtigen kann, untersagt.

34. Waffen dürfen nach Art. 14 KÜPS nur für den Schutzdienst für Personen und Güter mit erhöhter Gefährdung sowie für Sicherheitstransporte von Personen, Gütern und Wertsachen getragen werden. Zudem sind die Bestimmungen des Waffenrechts des Bundes und der Kantone zu beachten.

35. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass vorgesehen ist, von einheimischen und externen Gesuchstellenden oder deren Sicherheitsunternehmung eine Bestätigung einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft über das Vorhandensein einer gültigen Betriebshaftpflichtpolice mit einer Mindestdeckung von 3 Millionen Schweizerfranken zu verlangen, welche alle vom KÜPS erfassten privaten Sicherheitsdienstleistungen abdeckt.<sup>35</sup>

36. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen diese hier ausgeführten Zulassungsvoraussetzungen auch auf ortsfremde Sicherheitsangestellte angewendet werden dürfen. Dabei ist nach der in Rz 11 f. dargestellten Systematik des BGBM zu unterscheiden, ob die am Herkunftsort geltenden Marktzugangsvorschriften ein gegenüber dem KÜPS gleichwertiges Schutzniveau erzielen (Kap. 5), oder ob es sich um ungleichwertige Marktzugangsvorschriften handelt (Kap. 6).

37. Vorab ist generell festzuhalten, dass die Pflicht zum Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung gegenüber ortsfremden Anbieterinnen grundsätzlich zulässig ist, wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind.<sup>36</sup>

## 5 BGBM-Zulassung von Anbieterinnen aus Kantonen mit gleichwertiger Regelung

38. Kapitel 5 analysiert, unter welchen Voraussetzungen Personen mit Sitz in der Schweiz aber ausserhalb des KÜPS-Gebiet grenzüberschreitend Sicherheitsdienste im KÜPS-Gebiet anbieten dürfen (sog. Dienstleistungsfreiheit), wenn die Herkunftsvorschriften und die im Kapitel 4 dargestellten Vorschriften des KÜPS **gleichwertig** sind.

39. Unter die Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM fallen sowohl Selbstständigerwerbende, welche grenzüberschreitend im KÜPS-Gebiet Aufträge ausführen, als auch Sicherheitsangestellte, die grenzüberschreitend im KÜPS-Gebiet für ein Sicherheitsunternehmen von ausserhalb des KÜPS-Gebiets Aufträge ausführen (Arbeitnehmerentsendung). Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. c KÜPS benötigt das ortsfremde Sicherheitsunternehmen, welches Sicherheitsangestellte in das

KÜPS-Gebiet entsendet, keine KÜPS-Betriebsbewilligung (siehe Kap. 8.1). Es stellt sich somit einzig die Frage, unter welchen Voraussetzungen die selbstständig erwerbende oder angestellte natürliche Person einen Sicherheitsauftrag im KÜPS-Gebiet ausführen darf.

40. Gemäss dem in Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM verankerten Herkunftsprinzip haben Selbstständigerwerbende wie auch entsandte Sicherheitsangestellte das Recht, Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (und somit auch im KÜPS-Gebiet) nach den Vorschriften ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes anzubieten (siehe dazu vorne Kap. 3.1). Die durch das jeweilige Konkordatsmitglied bezeichnete zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken, muss dafür aber in einem ersten Schritt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegen. Gelingt dies nicht, ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren (siehe vorne Kap. 3.1).

41. Nachfolgend werden die Marktzugangsregelungen des Konkordats vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen („concordat sur les entreprises de sécurité“, nachfolgend: CES) (Kap. 5.1), der Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen (Kap. 5.2) und des Kantons Aargau (Kap. 5.3) hinsichtlich der Gleichwertigkeit mit den KÜPS-Vorschriften beurteilt und anschliessend geprüft, ob die KÜPS-Vorschriften über die Zulassung von Personen aus diesen Kantonen mit dem BGBM vereinbar sind.

### 5.1 Concordat sur les entreprises de sécurité (CES)

42. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b CES ist für die Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen nach Art. 4 CES auf dem CES-Gebiet eine Bewilligung erforderlich.

43. Nach Art. 9 Abs. 1 CES wird die Bewilligung erteilt, wenn das Sicherheitspersonal (Bst. a) Schweizer Bürger, Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation oder, für Angehörige anderer ausländischer Staaten, Inhaber einer Niederlassungsbewilligung oder einer seit mindestens zwei Jahren bestehenden Aufenthaltsbewilligung ist; (Bst. b) handlungsfähig ist; (Bst. c) zahlungsfähig ist oder gegen sie oder ihn keine definitiven Verlustscheine ausgestellt worden sind und (Bst. d) durch sein Vorleben, seinen Charakter und sein Verhalten vollständige Gewähr für seine Ehrenhaftigkeit in Bezug auf das geplante Tätigkeitsumfeld leistet. Die Bewilligung ist nach Art. 12a Abs. 1 CES auf vier Jahre befristet.

44. Die Berufspflichten der Sicherheitsunternehmen und des Sicherheitspersonals sind in den Art. 15 bis 21 CES geregelt. Gemäss Art. 15 CES haben die Sicherheitsunternehmen und ihr Verwaltungs- und Betriebspersonal ihre Tätigkeiten in Beachtung der Gesetzgebung auszuüben. Abs. 2 beschränkt die Gewaltanwendung auf Notwehr und Notstand gemäss StGB. Personen, die dem CES unterstellt sind, dürfen keine Aufträge annehmen, deren Erfüllung sie veranlassen könnte, gegen die Gesetzgebung zu verstossen.

<sup>35</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.; vgl. auch Art. 5 Abs. 3 Bst. a KÜPS.

<sup>36</sup> BGer, 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3c.



45. Die Sicherheitsunternehmen sind nach Art. 15a Abs. 1 CES verpflichtet, ihrem Personal vor dem Stellenantritt eine Aus- sowie während des Anstellungsverhältnisses eine Weiterbildung zu vermitteln. Die Sicherheitsunternehmen dürfen Sicherheitsaufgaben ausschliesslich an Sicherheitspersonal übertragen, das über eine genügende Ausbildung im Sinne dieses Artikels verfügt.

46. Art. 15b CES regelt, unter welchen Voraussetzungen die Delegation von Tätigkeiten an andere Sicherheitsunternehmen möglich ist. Art. 15b CES verpflichtet die Sicherheitsunternehmen zur Führung einer Liste der Personen, welche dem CES unterstehen.

47. Weiter enthalten die Art. 16 und 17 CES Bestimmungen zum Verhältnis zur Polizei und den Strafbehörden. Die dem CES unterstellten Personen dürfen die Aktion der Behörden und der Polizeiorgane nicht behindern. Sie haben der Polizei spontan oder auf Verlangen gemäss den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften Hilfe zu leisten. Die Personen, die dem CES unterstellt sind, sind verpflichtet, der zuständigen Strafbehörde unverzüglich jede Handlung anzuzeigen, die ein Verbrechen oder ein von Amtes wegen verfolgtes Vergehen darstellen könnte und von der sie Kenntnis erhalten.

48. Die Art. 18 und 19 CES statuieren Vorschriften zu Legitimation und Werbung, sowie betreffend Uniformen und Fahrzeugen. Personen, die ihre Tätigkeit ausserhalb der Räume des Unternehmens ausüben, haben einen von der zuständigen Behörde ausgestellten, das Dispositiv der Bewilligung enthaltenden Legitimationsausweis bei sich zu tragen. Die betreffenden Personen haben dieses Dokument auf Verlangen der Polizei oder jeder Person, mit der sie im Rahmen ihrer Sicherheitsaufgaben in Kontakt treten, vorzuweisen. Bei endgültiger Aufgabe der Tätigkeit ihres Sicherheitspersonals müssen die Sicherheitsunternehmen den zuständigen Behörden die betreffenden Legitimationsausweise zurückzugeben. Die Visitenkarten, das Briefmaterial und die geschäftliche Werbung dürfen nicht den Eindruck entstehen lassen, dass eine amtliche Funktion ausgeübt wird. Jede Form von unpassender oder auf Bestärkung eines Unsicherheitsgefühls beruhender Werbung ist untersagt. Die benutzten Uniformen müssen sich von jenen der Polizei deutlich unterscheiden, was auch für die Kennzeichnung und Ausrüstung der Fahrzeuge gilt.

49. Art. 20 CES enthält eine Genehmigungspflicht des benutzten Materials und Art. 21 CES regelt die Bewaffnung des Sicherheitspersonals, wobei auf die Sondergesetzgebung verwiesen wird. Abs. 2 enthält diesbezüglich einen Vorbehalt, wonach mit Ausnahme von langen Handfeuerwaffen, die zur Sicherung von Sicherheitstransporten benutzt werden und im Fahrzeug bleiben müssen, die Waffen auf öffentlichen Strassen oder an anderen öffentlich zugänglichen Orten nicht sichtbar zu tragen sind.

### 5.1.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus dem CES-Gebiet

50. Laut Gutachtensauftrag ist geplant, Gesuchstellenden, die eine gültige Bewilligung nach CES vorweisen können, grundsätzlich für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer CES-Bewilligung zuzulassen, unter dem Vorbehalt der gegenseitigen Anerkennung.<sup>37</sup>

51. Bezüglich Zulassungsverfahren stehen drei Varianten zur Diskussion: (a) Generell und formlos durch eine entsprechende Formulierung in den allgemeinen Richtlinien, (b) durch eine schriftliche Verfügung oder (c) durch eine schriftliche Verfügung mit der die Gesuchstellenden gleichzeitig verpflichtet werden, die Pflichten im Kontakt mit Bevölkerung und der Polizei, welche das KÜPS allen privaten Sicherheitsdienstleistenden auferlegt, zu beachten.<sup>38</sup> Variante (c) verweist dabei auf die in den Artikeln 10, 12, 13 und 14 KÜPS enthaltenen Berufspflichten (siehe auch vorne Rz 25 ff.).

52. Gesuchstellende aus den CES-Kantonen (FR, VD, VS, NE, GE, JU) ohne gültige CES-Bewilligung können sich laut Gutachtensauftrag bei einer KÜPS-Bewilligungsbehörde nicht auf das BGBM berufen.<sup>39</sup>

### 5.1.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

53. Die Marktzugangsregelungen gemäss KÜPS und CES erreichen aufgrund weitgehend übereinstimmender Bewilligungsvoraussetzungen und Berufspflichten ein gleichwertiges Schutzniveau (siehe vorne Rz 20 ff. und 42 ff.). Zu diesem Schluss gelangt auch der Gutachtensauftrag.<sup>40</sup> M.a.W. garantieren die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des CES und die darauf beruhende Praxis der Herkunftsorte einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen wie die KÜPS-Vorschriften. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM fällt ausser Betracht. Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren. Es bleibt kein Raum für Auflagen oder Beschränkungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM (siehe vorne Rz 11 f.).

54. Die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, Personen mit CES-Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Gültigkeitsdauer ihrer CES-Bewilligung zuzulassen, ist mit dem BGBM vereinbar. Im Übrigen gewährleistet das BGBM auch den beschränkungsfreien Zugang von Personen mit KÜPS-Bewilligung in das CES-Gebiet, womit das Erfordernis der gegenseitigen Anerkennung bereits aufgrund den Vorgaben des BGBM erfüllt ist.

55. Bezüglich der drei Varianten des Zulassungsverfahrens kann gesagt werden, dass in Hinblick auf Art. 3 Abs. 4 BGBM ein generelles und formloses Verfahren durch eine Formulierung in den allgemeinen Richtlinien, wie es in Variante (a) dargestellt wird, vorzuziehen ist. Auf jeden Fall muss das Verfahren für Gesuchstellende kostenlos sein (siehe vorne Rz 15 und 51).

<sup>37</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>38</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>39</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1.

<sup>40</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.1; siehe auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1102.

56. Das Herkunftsprinzip umfasst neben Zulassungsvoraussetzungen auch Vorschriften über die Art und Weise, wie ein Beruf ausgeübt werden darf.<sup>41</sup> Für die Auflage gemäss Variante (c), wonach Gesuchstellende mit einer CES-Bewilligung verpflichtet werden, die Pflichten im Kontakt mit Bevölkerung und der Polizei, welche das KÜPS allen privaten Sicherheitsdienstleistenden auferlegt, zu beachten, bleibt grundsätzlich kein Raum (siehe vorne Rz 53). Auf jeden Fall müsste eine solche Auflage als Abweichung vom Herkunftsprinzip den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen, d.h. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein.

57. Ein Gesuchstellender aus einem der CES-Kantone ohne CES-Bewilligung erfüllt die Voraussetzung von Art. 2 Abs. 3 BGBM nicht und fällt folglich nicht in den Anwendungsbereich des Herkunftsprinzips, da er nicht rechtmässig an seinem Herkunftsort tätig ist. Ihm bleibt die Möglichkeit einer Zulassung nach KÜPS offen, sofern er die nach KÜPS geltenden Voraussetzungen erfüllt (siehe vorne Kap. 4 und Rz 52). Auch in diesem Punkt entspricht die im Gutachtensauftrag vorgeschlagene Lösung den Anforderungen des BGBM.

## 5.2 Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

58. Die Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen übernehmen den KÜPS-Text wortgetreu, resp. weitgehend wortgetreu ins kantonale Recht, ohne aber dem Konkordat formell beizutreten. Entsprechend sind Gesuche von Personen aus diesen beiden Kantonen nach dem BGBM zu beurteilen, wobei offenkundig von gleichwertigen Vorschriften im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen ist.<sup>42</sup>

59. Im Gutachtensauftrag wird vorgesehen, Gesuchstellende aus diesen beiden Kantonen gleich wie Gesuchstellende aus den CES-Kantonen zu behandeln. Es kann somit bezüglich binnenmarktrechtlicher Beurteilung auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden (siehe vorne Kap. 5.1.2).

## 5.3 Kanton Aargau

60. Im Kanton Aargau besteht gemäss § 57 des Gesetzes vom 6. Dezember 2005 über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, nachfolgend: PoIG AG; SAR 531.200) eine **Bewilligungspflicht** für die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste. Die Bewilligung ist erforderlich für Selbstständigerwerbende, Personengesellschaften und juristische Personen. Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung sind gemäss Abs. 3 die Handlungsfähigkeit und der gute Leumund der geschäftsführenden Person. Gemäss Ziff. 4.2.2 der Weisungen vom 22. April 2014 zur Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienste des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (nachfolgend: Weisungen)<sup>43</sup> muss zudem eine Grundausbildung zum Führen eines Sicherheitsunternehmens absolviert werden. Nach § 57 Abs. 4 PoIG AG sind Bewilligungen auf vier Jahre befristet.

61. Demgegenüber unterliegt die Tätigkeit als Sicherheitsangestellter ohne Geschäftsführungsfunktion einzig der **Meldepflicht** an die Aufsichtsstelle. Anlässlich der Meldung überprüft die zuständige Behörde des Kantons Aargau die persönliche Befähigung der Person und den

Leumund. Der Sicherheitsangestellte muss eine theoretische Ausbildung absolvieren.

62. § 59 PoIG AG statuiert weiter, dass private Sicherheitskräfte über keine hoheitlichen Befugnisse verfügen und bei gemeinsamen Einsätzen zur zumutbaren Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet sind. Gemäss § 60 PoIG AG ist das Tragen von Waffen nach Massgabe der Waffengesetzgebung des Bundes zulässig.

63. Die Verwendung der Bezeichnung «Polizei» in der deutschen oder in einer anderen Sprache ist nach § 6 Abs. 1 PoIG AG den berechtigten Bundesstellen, der Kantonspolizei und den Polizeikräften der Gemeinden vorbehalten. Uniformen privater Sicherheitsdienste dürfen ausserdem nicht zu Verwechslungen führen.

64. Weitere Pflichten lassen sich den Weisungen vom 22. April 2014 zur Tätigkeit der privaten Sicherheitsdienste des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau entnehmen, die in ihren Ziff. 4.2.2 ff. Vorschriften zu Aus- und Weiterbildung sowie zur Legitimation mittels Ausweis enthalten.

### 5.3.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus dem Kanton Aargau

65. Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, dass von im Kanton Aargau wohnhaften gesuchstellenden Sicherheitsangestellten und Geschäftsführern verlangt wird, bei der Aargauer Bewilligungsbehörde eine aktuelle Unbedenklichkeitserklärung einzuholen und diese bei der KÜPS-Bewilligungsbehörde einzureichen. Gesuchstellende aus dem Kanton Aargau sollen eine schriftliche Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten. AufLAGen sind keine vorgesehen.<sup>44</sup>

66. Nach Rücksprache mit dem Steuerausschuss wurde diese Regelung dahingehend präzisiert, dass die Bewilligungspflicht nur für im Kanton Aargau tätige Sicherheitsangestellte gelten soll, die im Kanton Aargau einzig der Meldepflicht unterstehen (vorne Rz 61). Selbstständigerwerbende und Geschäftsführer, die Inhaber einer Bewilligung des Kantons Aargau sind (siehe vorne Rz 60), sollen gleich wie Gesuchstellende aus den CES-Kantonen behandelt werden und folglich ohne zusätzliche Bewilligung Marktzugang erhalten.

<sup>41</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1270, 1274 sowie 1279 ff.; vgl. auch Verfügung des Kantons Aargau betreffend Tätigkeit als Zahnprothetiker, wonach sich Umfang und Inhalt der Tätigkeit nach der vom Kanton Zürich erteilten Berufsausübungsbewilligung richtet, RPW 2013/4, 523, *Interkantonaler Marktzugang für Zahnprothetiker*; Verfügung des Kantons Graubünden, wonach die Tätigkeit als Rettungssanitäter in Umfang und Bestand nach der Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters des Herkunftskantons Luzern ausgeübt werden darf, RPW 2012/3, 536, *Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbstständige Rettungssanitäter*; zur Anstellung von Anwaltspraktikanten als ausserkantonaler Anwalt siehe BGE 134 II 329 E. 6.1; anders hingegen BGE, 2C\_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 5 (Taxi Zürich).

<sup>42</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2.

<sup>43</sup> Erhältlich unter <[https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/dvi/dokumente\\_5/kapo\\_1/sicherheit\\_\\_ordnung\\_1/siwas\\_sidi/Weisung\\_privat\\_Sicherheitsdienste\\_neu\\_2014.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dvi/dokumente_5/kapo_1/sicherheit__ordnung_1/siwas_sidi/Weisung_privat_Sicherheitsdienste_neu_2014.pdf)> (besucht am 10.8.2016).

<sup>44</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.

### 5.3.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

67. Die Marktzugangsregelungen des KÜPS und des Kantons Aargau sind hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzungen für **Selbstständigerwerbende** weitgehend übereinstimmend und somit als gleichwertig zu betrachten (siehe vorne Rz 20 ff. und 60 ff.). Die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des Kantons Aargau und die darauf beruhende Praxis garantieren einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen wie die KÜPS-Vorschriften. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM fällt ausser Betracht. Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren. Es bleibt kein Raum für Auflagen oder Beschränkungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM. Solche sind im Übrigen gemäss Gutachtensauftrag auch nicht vorgesehen.<sup>45</sup>

68. Bezüglich des Zulassungsverfahrens für **Sicherheitsangestellte** ist vorgesehen, dass diese eine Unbedenklichkeitserklärung einzureichen haben. Dies wird damit begründet, dass der polizeiliche Leumund von Sicherheitsangestellten im Kanton Aargau nur einmal anlässlich der Meldung überprüft wird, während die KÜPS-Bewilligung befristet ist und der Leumund folglich periodisch überprüft wird. Es soll deshalb vor Eintritt in das KÜPS-Gebiet geprüft werden, ob Gesuchstellende auch im aktuellen Zeitpunkt die persönlichen Voraussetzungen für eine Bewilligung nach den Vorschriften des Kantons Aargau weiterhin erfüllen.<sup>46</sup>

69. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass der Marktzugang im Falle von gleichwertigen Marktzugangsvorschriften ohne Weiteres zu gewähren ist. Einzige Voraussetzung ist, dass die Anbieterin die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausübt; der Nachweis der Rechtmässigkeit ist mit dem Vorlegen der am Herkunftsort ausgestellten Berufsausübungsbewilligung grundsätzlich erbracht. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist deshalb auch eine Rücküberprüfung der bereits am Herkunftsort geprüften Voraussetzungen unzulässig (siehe vorne Rz 18). Hinzu kommt, dass ausserkantonale Gesuchstellende grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren haben (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Nun ist es aber so, dass die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen in der Regel eine Gebühr verlangen und so das kostenlose Verfahren unterlaufen wird.

70. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob vorliegend das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung trotz gleichwertiger Marktzugangsvorschriften gerechtfertigt sein kann. Eine Rechtfertigung kann etwa dadurch begründet sein, dass der Bestimmungsort eine für die Ausübung der Tätigkeit zentrale Eigenschaft oder Fähigkeit periodisch überprüft und die Bewilligung befristet, während der Herkunftsort zwar eine materiell identische Voraussetzung vorsieht, diese aber nur anlässlich der erstmaligen Bewilligungserteilung prüft und dann eine unbefristete Bewilligung ausstellt. Um die periodische Überprüfung durchzusetzen, kann es gerechtfertigt sein, dass die Behörde des Bestimmungsorts eine Unbedenklichkeitserklärung verlangt und ihrerseits nur eine befristete Bewilligung ausstellt.

71. Gestützt auf diese Überlegung ist nach Auffassung der WEKO davon auszugehen, dass die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehene Lösung, wonach Sicherheitsangestellte aus dem Kanton Aargau eine Unbedenklichkeitserklärung beizubringen haben, mit den Anforderungen des BGBM vereinbar ist. Nachdem das BGBM aber ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, ist es vorzuziehen, wenn die zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörden direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nehmen und die Gültigkeit der Erstbewilligung amts hilfweise selber und auf eigene Kosten überprüfen. Den Gesuchstellenden sollte zumindest die Wahl überlassen werden, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung einreichen oder die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde ermächtigen, bei den Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es der zuständigen kantonalen KÜPS-Bewilligungsbehörde, bei der ausserkantonalen Schwesterbehörde eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung einzuholen, wobei allfällige Gebühren den Gesuchstellenden nicht weiterverrechnet werden dürfen.

## 6 BGBM-Zulassung von Anbieterinnen aus Kantonen mit ungleichwertiger Regelung

72. Kapitel 6 analysiert, unter welchen Voraussetzungen Personen mit Sitz in der Schweiz, aber ausserhalb des KÜPS-Gebiets, grenzüberschreitend Sicherheitsdienste im KÜPS-Gebiet anbieten dürfen (sog. Dienstleistungsfreiheit), wenn die Herkunftsvorschriften ein tieferes Schutzniveau erreichen als die Vorschriften des KÜPS und somit **ungleichwertige** Marktzugangsvorschriften vorliegen. Ungleichwertigkeit bedeutet, dass die generell-abstrakten Marktzugangsregelungen des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin keinen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen wie die KÜPS-Vorschriften. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht hat dies zur Folge, dass die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt wird und die Behörde des Bestimmungsorts unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM den Marktzugang mit Auflagen oder Bedingungen beschränken kann.

73. Innerhalb der Gruppe der Kantone mit ungleichwertigen Regelungen gilt zu unterscheiden zwischen den Kantonen, wo im Vergleich zum KÜPS wesentlich tiefere Bewilligungsvoraussetzungen gelten (so Luzern und Obwalden, siehe Kap. 6.1) sowie Kantonen, die gar keine Regelung vorsehen und die Sicherheitsdienstleistungen grundsätzlich bewilligungsfrei zulassen (siehe Kap. 6.2).

### 6.1 Kantone Luzern und Obwalden

74. Im Kanton Luzern ist die Ausführung von gewerbmässigen Bewachungsaufträgen gemäss § 29 des Gesetzes vom 27. Januar 1998 über die Luzerner Polizei (PoIG LU; SRL 350) bewilligungspflichtig. Die Bewilligung kann gemäss § 30 Abs. 1 PoIG LU erteilt werden, wenn die gesuchstellende Person nachweist, dass sie (Bst. a)

<sup>45</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.; ausserdem vorne Rz 12.

<sup>46</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.3.

handlungsfähig ist; (Bst. b) das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt und Wohnsitz in der Schweiz hat; (Bst. c) in den letzten fünf Jahren vor der Gesuchseinreichung nicht wegen Delikten gegen Leib und Leben, die Sittlichkeit oder das Vermögen verurteilt worden ist und (Bst. d) gut beleumundet ist. Weiter statuiert Abs. 2, dass juristische Personen für die Bewilligungserteilung eine Vertreterin oder einen Vertreter bezeichnen. Diese müssen jederzeit nachweisen können, dass das mit gewerbmässigen Bewachungsaufträgen betraute Personal die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, die Bewilligungspflicht erstreckt sicher aber m.a.W. nicht auf das Sicherheitspersonal, sondern nur auf die Geschäftsführer von Sicherheitsunternehmen.<sup>47</sup>

75. Die Bewilligung gilt grundsätzlich unbefristet, sie kann gemäss § 30 Abs. 3 PoIG LU unter Auflagen erteilt werden und ist zu entziehen, wenn die Voraussetzungen nicht länger erfüllt sind oder gegen die Auflagen verstossen wird.

76. Private haben gemäss § 31 PoIG LU, unter Vorbehalt der Beleihung nach § 28 desselben Gesetzes, keine polizeilichen Befugnisse. Wer gewerbmässig Bewachungsaufträge ausführt, ist unter Vorbehalt des Zeugnisverweigerungsrechts gemäss den Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung zur Zusammenarbeit mit der Luzerner Polizei verpflichtet.

77. Im **Kanton Obwalden** besteht gemäss Art. 42 des Polizeigesetzes vom 11. März 2010 (nachfolgend: PoIG OW; GDB 510.1) eine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsunternehmen, die gewerbmässig private Sicherheitsdienste im öffentlichen oder halböffentlichen Raum anbieten oder leisten. Als private Sicherheitsunternehmen gelten dabei natürliche und juristische Personen. Angestellte eines privaten Sicherheitsunternehmens bedürfen keiner Bewilligung.

78. Gemäss Art. 43 Abs. 1 PoIG OW wird die Bewilligung erteilt, wenn die für das private Sicherheitsunternehmen verantwortlich zeichnende Person nachweist, dass sie (Bst. a) handlungsfähig ist; (Bst. b) sie das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt und Wohnsitz in der Schweiz hat; (Bst. c) sie nicht wegen Vergehen oder Verbrechen gegen Leib und Leben, die sexuelle Integrität, das Vermögen oder das Betäubungsmittelgesetz im Strafregister eingetragen ist; (Bst. d) gut beleumundet ist; (Bst. e) eine genügende Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen ist und (Bst. f) nur Sicherheitsangestellte eingesetzt werden, welche die Voraussetzungen gemäss Buchstaben a bis d erfüllen und die entsprechend ihrer Aufgabe ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden. Die Bewilligung kann gemäss Abs. 2 desselben Artikels unter Auflagen erteilt werden und gilt grundsätzlich unbefristet, unter Vorbehalt des Entzugs für den Fall, dass die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder gegen Auflagen verstossen wird.

79. Die Rechte und Pflichten als Bewilligungsinhaber sind in Art. 44 PoIG OW dargestellt. So ist wer gewerbmässig Sicherheitsdienste anbietet oder leistet, soweit zumutbar, zur Zusammenarbeit mit der Kantonspolizei verpflichtet. Er hat weiter alles zu unterlassen, was zu Verwechslungen mit der Kantonspolizei führen kann und hat den Mit-

arbeitenden einen aussagekräftigen Firmenausweis auszustellen, welcher der Kantonspolizei jederzeit auf Verlangen vorzuweisen ist.

80. Zusammenfassend ist den Regelungen in den Kantonen Luzern und Obwalden gemein, dass sie nicht die Sicherheitsangestellten der Bewilligungspflicht unterstellen, sondern die Sicherheitsunternehmen, resp. deren Vertreter und dabei ausschliesslich persönliche und keine fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen vorsehen.

### 6.1.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus den Kantonen Luzern und Obwalden

81. Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende aus den Kantonen Luzern und Obwalden werden zur Ausübung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet zugelassen, wenn sie eine durch die Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung beibringen und zudem eine lückenlose Berufstätigkeit von mindestens fünf Jahren nachweisen. Dieser Nachweis wird durch das Einreichen von Arbeitszeugnissen oder, falls der Gesuchstellende Eigentümer des Sicherheitsunternehmens ist, durch Referenzen der drei grössten Auftraggeber erbracht.

82. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sollen Gesuchstellende aus den Kantonen Luzern und Obwalden eine schriftliche Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen im KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten.<sup>48</sup> Fehlt es an der fünfjährigen Berufserfahrung, so erfolgt die Zulassung nach den KÜPS-Vorschriften.

### 6.1.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

83. Vergleicht man die Marktzugangsregelungen der Kantone Luzern und Obwalden mit denen des KÜPS (siehe vorne Rz 20 ff. und Rz 74 ff.) wird ersichtlich, dass sie hinsichtlich der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen gleichwertig, hinsichtlich der fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen jedoch nicht als gleichwertig zu betrachten sind.

84. Mit Bezug auf die **fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen** ist die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt. Die KÜPS-Bewilligungsbehörde kann somit den Marktzugang für Gesuchstellende aus den Kantonen Luzern und Obwalden grundsätzlich mit fachlichen Auflagen oder Bedingungen beschränken. Solche Beschränkungen des Marktzugangs müssen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Als per se unverhältnismässig gilt eine Beschränkung gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM unter anderem dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (ausreichende Berufserfahrung, siehe vorne Rz 12).

<sup>47</sup> So auch Gutachtensauftrag, Ziff. 3.4.

<sup>48</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.4. und 3.5.

85. Im vorliegenden Fall bedeutet dies konkret, dass die KÜPS-Bewilligungsbehörde keine Auflagen verfügen darf, wenn der Selbstständigerwerbende oder der Sicherheitsangestellte aus den Kantonen Luzern oder Obwalden bereits ausreichend Berufserfahrung gewonnen hat.<sup>49</sup> Gemäss dem Gutachtensauftrag wird dieser binnenmarktrechtlichen Anforderung Rechnung getragen, indem Sicherheitsangestellte und Selbstständigerwerbende, die über eine einwandfreie und lückenlose Berufserfahrung von fünf Jahren verfügen, ohne Auflagen zugelassen werden. Um als Bewilligungsbehörde beurteilen zu können, ob eine ausreichende Berufserfahrung vorhanden ist, müssen entsprechende Arbeitszeugnisse resp. Arbeitsbestätigungen (siehe vorne Rz 81) eingereicht werden. Die Praxis ist grundsätzlich nicht zu beanstanden; sie dient gerade der Verwirklichung von Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM, indem der Marktzugang aufgrund der bereits erlangten Berufserfahrung trotz teilweise ungleichwertiger Marktzugangsregelungen gewährt wird.

86. Bis heute besteht keine etablierte Praxis zur Frage, wie lange eine ortsfremde Anbieterin tätig gewesen sein muss, damit von einem hinreichenden Schutz der öffentlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM ausgegangen werden kann. Gemäss Gutachtensauftrag verlangt das KÜPS eine praktische Tätigkeit von mindestens fünf Jahren. Der Bundesrat ging bei der Einführung dieser Bestimmung in Anlehnung an die Verwaltungsvereinbarung Espace Mittelland über reglementierte gewerbliche Tätigkeiten vom 12. März 1999, welche den gegenseitigen Marktzugang zwischen den beteiligten Kantonen regelt, von einer Berufserfahrung von drei Jahren aus.<sup>50</sup> Im Fall des Marktzugangs eines Naturheilpraktikers aus dem Kanton Zug im Kanton Tessin kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Schutz öffentlicher Interessen aufgrund der über 15-jährigen Berufserfahrung hinreichend gewährleistet ist.<sup>51</sup>

87. Letztlich lässt sich wohl keine absolute, für alle Branchen und Konstellationen geltende Dauer definieren. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, welche öffentlichen Interessen konkret betroffen sind und wie stark sich die Schutzniveaus der Herkunft- und Bestimmungsorte unterscheiden. Im vorliegenden Fall steht die Regelung der Herkunftskantone, welche keine fachliche Grundausbildung oder Weiterbildung erfordert, den Vorschriften des KÜPS gegenüber, wonach die Aus- und Weiterbildung in einem 4-Stufen-Modell erfolgt, wobei vor Bewilligungserteilung eine theoretische Grundausbildung und vor Tätigkeitsaufnahme eine Basisausbildung mindestens im Umfang von 20 Lektionen zu mind. 50 Minuten zu absolvieren ist, worauf abschliessend spezifische Ausbildungsmodule, ausgerichtet auf den konkreten Tätigkeitsbereich, folgen. Ausserdem muss regelmässig eine einsatz- und fachbezogene Weiterbildung absolviert werden, dies in der Regel im Umfang von jährlich mindestens 8 Lektionen à min. 50 Minuten (siehe dazu vorne Rz 27 ff.).

88. Es stellt sich die Frage, ob die gemäss KÜPS verlangten fünf Jahre Berufserfahrung nötig sind, um einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Dabei ist zu betonen, dass Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM einen „hinreichenden“ Schutz und nicht einen gegenüber der am Bestimmungsort geltenden Regelung „gleichwertigen“ Schutz verlangt. Mit anderen Worten muss der Marktzugang bereits gewährt werden,

wenn das durch die Berufserfahrung gewährleistete Schutzniveau unterhalb der am Bestimmungsort verlangten Schwelle liegt.<sup>52</sup>

89. Es besteht ohne Zweifel ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass Sicherheitsangestellte ihren Aufgaben gewachsen sind und bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Dritte nicht gefährden; die Aus- und Weiterbildung trägt dazu bei, dass Sicherheitsangestellte besser auf konkrete Gefahrensituation vorbereitet sind und richtig handeln.<sup>53</sup> Konkret stellt sich nun die Frage, mit wie viel Berufserfahrung sich dieses Risiko minimiert resp. wie viel Berufserfahrung nötig ist, um ein hinreichendes Schutzniveau zu erreichen. In Hinblick auf die in der Aus- und Weiterbildung vermittelten Inhalte und deren Dauer (bspw. Aufwand für die Basisausbildung einmalig ca. eine Woche, für die Weiterbildung jährlich einen Tag) ist nach Auffassung der WEKO eine kürzere Berufserfahrung ausreichend, um das fragliche Risiko zu minimieren und einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Zumindest die KÜPS-Vorschriften zu Basisausbildung und Weiterbildung können nach Auffassung der WEKO bereits durch eine dreijährige Berufserfahrung kompensiert werden. Es wird daher empfohlen, im KÜPS eine Berufserfahrung von drei Jahren zu verlangen.

90. Hinsichtlich der persönlichen Zulassungsvoraussetzungen sind die Vorschriften der Kantone Luzern und Obwalden mit den KÜPS-Vorschriften gleichwertig. Dennoch verlangt das KÜPS von Gesuchstellenden aus den Kantonen Luzern und Obwalden eine Unbedenklichkeitserklärung, was im Resultat einer Rücküberprüfung der bereits anlässlich der Erstbewilligung geprüften persönlichen Voraussetzungen entspricht. Wie bereits in Rz 70 f. ausgeführt, kann dies nach Auffassung der WEKO im Ausnahmefall gerechtfertigt sein, wenn die fragliche Voraussetzung am Herkunftsort nur einmal anlässlich des Bewilligungsverfahrens geprüft wird, während der Bestimmungsort eine periodische Überprüfung vorsieht. Vorliegend sind die Bewilligungen der Kantone Luzern und Obwalden unbefristet gültig, so dass das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung sowie die Befristung der KÜPS-Bewilligung gerechtfertigt sind. Mit Blick auf das Gebot der Kostenlosigkeit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) wäre es jedoch, wie vorne in Rz 71 erwähnt, zu bevorzugen, wenn die Unbedenklichkeitserklärung direkt durch die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde eingeholt würde.

## 6.2 Kantone ohne Bewilligungspflicht

91. In den Kantonen Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich besteht aktuell keine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienstleistungen, wobei in den beiden letztgenannten kantonale Regelungen vorhanden wären, welche aber (noch) nicht angewendet werden.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1102.

<sup>50</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 486.

<sup>51</sup> BGer, 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 E. 4.1 und 4.6; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1334.

<sup>52</sup> Dazu DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1327-1336.

<sup>53</sup> Erläuterungen zu Artikel 11, siehe auch hinten Rz 124.

<sup>54</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 2.2.; vgl. dazu Art. 40 ff. des Polizeigesetzes vom 6. Mai 2007 des Kantons Glarus, die aufgrund einer fehlenden Vollzugsverordnung nicht angewendet werden.

### 6.2.1 KÜPS-Vorschrift zur Zulassung von Personen aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht

92. Für Gesuchstellende aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht ist vorgesehen, als Auflage zu verfügen, dass bei der zuständigen Behörde am Wohnort eine amtliche Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS beantragt werden muss, deren Resultat der zuständigen KÜPS-Bewilligungsbehörde schriftlich mitzuteilen ist.<sup>55</sup>

93. Weiter ist vorgesehen, von den Sicherheitsdienstleistenden lückenlose Arbeitszeugnisse der letzten fünf Jahre seit der Gesuchseinreichung zu verlangen. Eigentümer von Sicherheitsunternehmen sollen ihre Berufserfahrung durch Einreichung von Bestätigungen über die Art, den Umfang und die Qualität der erbrachten Sicherheitsdienstleistungen ihrer drei grössten Auftraggeber aus den letzten fünf Jahren belegen.<sup>56</sup>

94. Gesuchstellende die diese Voraussetzungen erfüllen, sollen eine formelle Bewilligung für alle privaten Sicherheitsdienstleistungen auf dem gesamten KÜPS-Gebiet für die Dauer von drei Jahren erhalten. Fehlt es an der fünfjährigen Berufserfahrung, so erfolgt die Zulassung nach den KÜPS-Vorschriften.<sup>57</sup>

### 6.2.2 BGBM-Beurteilung der KÜPS-Vorschrift

95. Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 3 BGBM gilt selbst dann, wenn eine Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftsorts bewilligungsfrei zulässig ist und am Bestimmungsort der Bewilligungspflicht unterliegt.<sup>58</sup> Voraussetzung für die Begründung des Marktzugangsanspruchs ist einzig, dass die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Hingegen kann in solchen Konstellationen in der Regel von ungleichwertigen Marktzugangsvorschriften ausgegangen werden. Die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM ist widerlegt, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften ein gegenüber den KÜPS-Vorschriften wesentlich tieferes Schutzniveau vorsehen.<sup>59</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Herkunftsort eine Tätigkeit, wie vorliegend die Kantone Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich gänzlich bewilligungsfrei zulässt, während am Bestimmungsort (im KÜPS-Gebiet) eine Bewilligungspflicht mit persönlichen und fachlichen Anforderungen vorgesehen ist.<sup>60</sup> Die Gleichwertigkeitsvermutung ist daher gegenüber Kantonen, die den Sicherheitsdienst bewilligungsfrei zulassen, widerlegt.

96. Dennoch müssen allfällige Beschränkungen des Marktzugangs als Abweichungen vom Herkunftsprinzip den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen, d.h. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Per se unverhältnismässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (ausreichende Berufserfahrung, siehe vorne Rz 12).

97. In Umsetzung dieser binnenmarktrechtlichen Anforderung wird in **fachlicher Hinsicht** wiederum verlangt, dass die Gesuchstellenden über eine fünfjährige Berufserfahrung verfügen und diese mittels Arbeitszeugnissen oder Referenzen nachweisen. Wie bereits im Zusammenhang

mit der Zulassung von Personen mit Sitz in den Kantonen Luzern und Obwalden ausgeführt wurde, steht diese Regelung im Einklang mit dem BGBM (siehe vorne Rz 86 ff.), jedoch reicht nach Auffassung der WEKO auch eine kürzere Berufserfahrung aus, um einen hinreichenden Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Es wird daher auch hier empfohlen, im KÜPS eine Berufserfahrung von drei Jahren zu verlangen.

98. Die Pflicht zur Vornahme einer amtlichen Leumundsprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS bei der zuständigen Behörde des Wohnortes muss als Beschränkung des Marktzugangs klarerweise den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM genügen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu ermitteln, ob die vorgesehene Massnahme kumulativ geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

99. Zur Gewährleistung der **persönlichen Eignung** von Personen mit Sitz in Kantonen ohne Bewilligungspflicht ist vorgesehen, den Marktzugang durch eine Auflage zu beschränken. Konkret sollen die Gesuchstellenden bei ihrer Wohngemeinde die Durchführung einer amtlichen Leumundsüberprüfung nach den Empfehlungen der KÜPS und die Mitteilung der Ergebnisse an die zuständige kantonale KÜPS-Bewilligungsbehörde beantragen. Diese Auflage gilt gleichermassen auch für im KÜPS-Gebiet ansässige Personen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Die Überprüfung der persönlichen Eignung ist angesichts des Risikos, das von charakterlich ungeeigneten Sicherheitsdienstleistern ausgeht, grundsätzlich auch geeignet und erforderlich, um den Schutz der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten. Die Durchführung einer amtlichen Leumundsprüfung ist für ortsfremde Anbieterinnen, die ihre Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei ausüben und zusätzlich Aufträge auf dem KÜPS-Gebiet ausführen wollen, durchaus zumutbar. Damit das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) insgesamt gewahrt ist, muss ein Gesuchstellender, dem die Wohngemeinde einen einwandfreien Leumund ausgestellt hat, in jedem Fall zugelassen werden. Ferner ist das Verhältnismässigkeitsprinzip auch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Bewilligung darf im Einzelfall nur verweigert werden, wenn im Leumundsbericht der Herkunftsgemeinde konkrete Verfehlungen verzeichnet sind, die auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hindeuten und begründeten Anlass zu Zweifeln an der Eignung des Gesuchstellenden zur Ausübung des Berufs als Sicherheitsperson geben.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.; Empfehlung Leumundsabklärung.

<sup>56</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.

<sup>57</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 3.2.

<sup>58</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1233.

<sup>59</sup> DIEBOLD, Herkunftsprinzip (Fn 8), S. 146; OESCH/ZWALD (Fn 7), BGBM 2 N 4.

<sup>60</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1310 ff.; siehe auch vorne Rz 20 ff.91.

<sup>61</sup> WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 8), Rz 47.

## 7 BGBM-Zulassung von Diensthunden

100. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. d KÜPS unterliegt der Einsatz von Diensthunden der Bewilligungspflicht. Einer Person wird dabei gemäss Art. 6 KÜPS bewilligt, bei der Ausübung von Sicherheitsdienstleistungen einen Diensthund einzusetzen, wenn sie und der Hund dazu ausgebildet sind und sich auch entsprechend weiterbilden (Art. 11 Abs. 3 KÜPS). Die Kantone regeln die Prüfungen. Die Bewilligung ist gemäss Art. 8 Abs. 2 KÜPS drei Jahre lang gültig.

101. Vor diesem Hintergrund stellt sich wiederum die Frage, ob Personen, die an ihrem Herkunftsort rechtmässig Diensthunde einsetzen, auch auf dem Gebiet des KÜPS Aufträge mit Diensthunden ausführen dürfen.

### 7.1 CES sowie Kantone Basel-Landschaft und Schaffhausen

102. Der Einsatz von Diensthunden bei privaten Sicherheitsdienstleistungen ist in den CES-Kantonen und im Kanton Basel-Landschaft bewilligungspflichtig. Im Kanton Schaffhausen müssen die betroffenen Dienst- oder Sporthunde vorgängig eine Schutzdienstausbildung gemäss eidgenössischer Tierschutzverordnung erfolgreich durchlaufen.<sup>62</sup>

103. Gemäss den Ausführungen im Gutachtensauftrag planen die KÜPS-Kantone, Hundeführern aus den CES-Kantonen und aus dem Kanton Basel-Landschaft, die über eine gültige Bewilligung als Sicherheitsangestellte des Herkunftskantons verfügen, für die Dauer dieser Bewilligung den Einsatz von Diensthunden zu bewilligen. Hundeführer aus dem Kanton Schaffhausen erhalten eine Bewilligung für die Dauer von drei Jahren ab erfolgreichem Abschluss der im Herkunftskanton erforderlichen Ausbildung. In beiden Fällen soll dazu eine schriftliche Bewilligung ausgestellt werden.<sup>63</sup>

104. Die auflagefreie Zulassung von Hundeführern und Diensthunden aus den Kantonen Basel-Landschaft und Schaffhausen sowie aus den CES-Kantonen ist ohne Weiteres mit dem BGBM vereinbar.

### 7.2 Kantone ohne Bewilligung

105. Die übrigen Kantone sehen keine Bestimmungen bezüglich der Tätigkeit als Hundeführer und des Einsatzes von Diensthunden vor. Für Gesuchstellende aus diesen Kantonen ist gemäss Gutachtensauftrag vorgesehen, dass sie eine KÜPS-Bewilligung erlangen und entsprechend die im KÜPS vorgesehenen Bestimmungen für Hundeführer beachten müssen.<sup>64</sup>

106. Laut Gutachtensauftrag sind die Regeln für den Einsatz von Diensthunden Teil der essentiellen Pflichten und gehören zum eigentlichen Kerngehalt des KÜPS.<sup>65</sup> In Hinblick auf das durch die KÜPS-Vorschriften angestrebte Schutzniveau und analog zu den Ausführungen bei den Kantonen ohne Regelung betreffend Sicherheitsdienstleistungen (siehe vorne Rz 95 ff.) ist für den vorliegenden Fall von ungleichwertigen Marktzugangsregelungen gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen.

107. In einem zweiten Schritt ist folglich zu prüfen, ob die Anwendung der KÜPS-Vorschriften auf Gesuchstellende aus Kantonen ohne Regelung betreffend Diensthunde und Hundeführer nach den Voraussetzungen von Art. 3

Abs. 1 BGBM gerechtfertigt ist. Allfällige Beschränkungen des Marktzugangs müssen gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Als unverhältnismässig gelten Beschränkungen unter anderem dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM, siehe vorne Rz 12).

108. Die Anforderungen des KÜPS an die Ausbildung der Hundeführer und der Diensthunde gilt gleichermaßen für ortsansässige Personen und dient mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit der Verwirklichung eines öffentlichen Interesses.<sup>66</sup> Ferner sind die KÜPS-Vorschriften geeignet, den Schutz der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten und ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist nicht ersichtlich. Hingegen muss gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin in die Verhältnismässigkeitsprüfung einbezogen werden. Hat ein ortsfremder Sicherheitsangestellter oder Selbstständigerwerbender nachweislich mindestens drei Jahre Erfahrung als Hundeführer, so muss der Marktzugang ohne Auflagen gewährt werden (zur notwendigen Dauer der Berufserfahrung siehe vorne Rz 86 ff.).<sup>67</sup>

## 8 BGBM-Zulassung von Sicherheitsunternehmen

109. Der Begriff des Sicherheitsunternehmens umfasst gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c KÜPS natürliche und juristische Personen, die Sicherheitsdienstleistungen anbieten und erbringen lassen. Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. c KÜPS ist für den Betrieb eines Sicherheitsunternehmens oder einer Zweigniederlassung auf KÜPS-Gebiet eine Bewilligung erforderlich.

110. Eine solche Betriebsbewilligung wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KÜPS erteilt, wenn eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens drei Millionen Schweizerfranken besteht (Bst. a) und gewährleistet ist, dass die Sicherheitsangestellten für die ihnen übertragenen Aufgaben hinreichend ausgebildet sind und regelmässig weitergebildet werden (Bst. b). Die Sicherheitsunternehmen sorgen für die Aus- und Weiterbildung ihrer Angestellten und dürfen auch nur genügend aus- und weitergebildete Angestellte für Sicherheitsdienstleistungen einsetzen (Art. 11 Abs. 2 KÜPS; siehe auch vorne Rz 27 ff.).

111. Vorweg ist festzuhalten, dass die Pflicht zum Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung grundsätzlich zulässig ist, wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind (siehe auch vorne Rz 35 und 37).

<sup>62</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>63</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>64</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>65</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 4.

<sup>66</sup> Erläuterungen zu Artikel 6.

<sup>67</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1333.

112. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ortsfremde Sicherheitsunternehmen ihre Angestellten in das KÜPS-Gebiet entsenden dürfen (Kap. 8.1) oder auch das Recht haben, auf dem KÜPS-Gebiet eine (Zweit-)Niederlassung zu begründen (Kap. 8.3).

### 8.1 Entsendung ins KÜPS-Gebiet

113. Ein ortsfremdes Sicherheitsunternehmen, das Sicherheitsangestellte in das Konkordatsgebiet entsendet, braucht keine Betriebsbewilligung für das KÜPS-Gebiet. Die Zulassung der ortsfremden Sicherheitsangestellten zur Ausübung von Aufträgen auf dem KÜPS-Gebiet richtet sich nach Art. 2 Abs. 3 BGBM und wurde unter den Kapiteln 5 und 6 analysiert; es kann deshalb an dieser Stelle auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.

### 8.2 Zulassung von niedergelassenen Geschäftsführern

114. Für die Zulassung von im KÜPS-Gebiet niedergelassenen Geschäftsführern kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Dienstleistungsfreiheit verwiesen werden (siehe vorne Kap. 5 und 6).

### 8.3 Begründung einer (Zweit-)Niederlassung im KÜPS-Gebiet

115. Grundsätzlich hat nach Art. 2 Abs. 4 BGBM jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird (siehe vorne Rz 10). Von der Niederlassungsfreiheit profitieren auch juristische Personen.<sup>68</sup>

116. Im KÜPS ist vorgesehen, dass auswärtigen Sicherheitsunternehmen, die gestützt auf das BGBM um eine Betriebsbewilligung ersuchen, m.a.W. eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen möchten, die Beachtung der Ausführungsbestimmungen zur betrieblichen Aus- und Weiterbildung (siehe vorne Rz 110) des KÜPS zur Auflage gemacht wird.<sup>69</sup>

117. Wie bereits verschiedentlich erwähnt, sind marktzugangsbeschränkende Auflagen nur möglich, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten. Entsprechend ist nachfolgend wiederum zu unterscheiden, ob der Herkunftskanton gleichwertige Vorschriften kennt oder nicht.

#### 8.3.1 Niederlassungen von Unternehmen mit Hauptsitz in Kantonen mit gleichwertigen Vorschriften

118. Nach Art. 15a Abs. 1 CES sind Sicherheitsunternehmen verpflichtet, ihrem Personal vor dem Stellenantritt sowie während des Anstellungsverhältnisses eine Aus- bzw. Weiterbildung zu vermitteln. Die Sicherheitsunternehmen dürfen Sicherheitsaufgaben ausschliesslich an Sicherheitspersonal übertragen, das über eine genügende Ausbildung im Sinne dieses Artikels verfügt (siehe vorne Rz 45).

119. Die Kantone **Basel-Landschaft** und **Schaffhausen** haben die KÜPS-Vorschriften wortgetreu, resp. weitgehend wortgetreu ins kantonale Recht übernommen (siehe

vorne Rz 58) und verfügen folglich ebenfalls über gleichwertige Vorschriften.

120. Auch im Kanton **Aargau** fällt das Führen eines Sicherheitsunternehmens unter die Bewilligungspflicht nach § 57 PolG AG (siehe vorne Rz 60). Gemäss Ziff. 4.2.2 f. der Weisungen ist vorgesehen, dass Mitarbeitende (im Monatslohn) über eine theoretische Erstausbildung im Umfang von mindestens 20 Ausbildungsstunden verfügen und jährlich eine Weiterbildung im Umfang von mindestens 8 Ausbildungsstunden absolvieren. Die Einhaltung dieser Bestimmungen wird sichergestellt, indem der Bewilligungsbehörde jeweils ein Konzept einzureichen ist, die Tätigkeiten der privaten Sicherheitsdienste gemäss § 58 PolG AG der Aufsicht der Kantonspolizei unterliegen und das zuständige Departement die Bewilligung entzieht, wenn gesetzliche Bestimmungen, Auflagen oder Bedingungen verletzt werden oder Angestellte mit Sicherheitsaufgaben beschäftigt werden, die für die Aufgabe nicht geeignet sind.

121. Im Kanton **Obwalden** sieht Art. 43 Abs. 1 Bst. f PolG OW als Bewilligungsvoraussetzung vor, dass nur Sicherheitsangestellte eingesetzt werden, welche entsprechend ihrer Aufgabe ausgebildet und regelmässig weitergebildet werden (siehe vorne Rz 78). Das private Sicherheitsunternehmen als Bewilligungsinhaber (siehe vorne Rz 77) muss m.a.W. um die Aus- und Weiterbildung seiner Angestellten besorgt sein, andernfalls ein Entzug der Bewilligung gemäss Art. 43 Abs. 2 PolG OW droht.

122. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorgängig genannten Herkunftsorte im Vergleich mit dem KÜPS gleichwertige Marktzugangsregelungen für Sicherheitsunternehmen vorsehen. Die Sicherheitsunternehmen sind als Arbeitgeber nach dem Gesagten verpflichtet, für die Aus- und Weiterbildung ihrer Sicherheitsangestellten besorgt zu sein. Die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM lässt sich daher nicht wiederlegen, so dass keine Marktzugangsbeschränkungen in Frage kommen (siehe vorne Rz 12). Entsprechend kann die Begründung einer Niederlassung durch Sicherheitsunternehmen mit Hauptsitz in einem der genannten Herkunftskantone nicht mit der Auflage beschränkt werden, dass die Aus- und Weiterbildungen gemäss KÜPS durchgeführt werden müssen.

#### 8.3.2 Niederlassungen von Unternehmen mit Hauptsitz in Kantonen mit ungleichwertigen Vorschriften

123. Wie bereits ausgeführt, besteht in den Kantonen Bern, Schwyz, Zug, Glarus und Zürich aktuell keine Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienstleistungen (siehe vorne Rz 91); entsprechend besteht auch keine Pflicht der Sicherheitsunternehmen, die Ausbildung der Sicherheitsangestellten zu gewährleisten. Ebenso finden sich in den luzernischen Vorschriften keine Bestimmungen bezüglich Aus- und Weiterbildung von Sicherheitsangestellten durch den Arbeitgeber. Entsprechend bestehen in diesen Kantonen keine gleichwertigen Vorschriften.

<sup>68</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 7), N 1248.

<sup>69</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 5.



124. Die fragliche Auflage ist somit zulässig, wenn sie gleichermassen auch für ortsansässige Personen gilt, sowie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist. Im vorliegenden Fall besteht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ein Interesse, dass Sicherheitsangestellte ihren Aufgaben gewachsen sind und rechtmässig handeln, was durch eine genügende Aus- und Weiterbildung sichergestellt werden kann.<sup>70</sup> Die Aus- und Weiterbildungspflichten gelten gleichermassen für Sicherheitsunternehmen mit Erstniederlassung im KÜPS-Gebiet.

125. Die Verpflichtung für Sicherheitsunternehmen, im Falle einer Niederlassung im KÜPS-Gebiet die Vorschriften betreffend betriebliche Aus- und Weiterbildung einzuhalten, ist geeignet, das öffentliche Interesse zu verwirklichen. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist nicht ersichtlich. Schliesslich ist es ortsfremden Sicherheitsunternehmen, die eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen, auch zuzumuten, die Aus- und Weiterbildung für ihre Sicherheitsangestellten durchzuführen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist auch zu beachten, dass die Auflage erst dann greift, wenn das Unternehmen eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründet; beschränkt sich ein ortsfremdes Sicherheitsunternehmen hingegen auf die Entsendung von Sicherheitsangestellten zur Ausführung von Aufträgen im KÜPS-Gebiet, so untersteht das ortsfremde Sicherheitsunternehmen nicht der KÜPS-Bewilligungspflicht (siehe vorne Rz 113).

126. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ortsfremde Sicherheitsunternehmen, die eine Niederlassung im KÜPS-Gebiet begründen, den KÜPS-Vorschriften über die betriebliche Aus- und Weiterbildung unterstellt werden dürfen, sofern der Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung der Sicherheitsangestellten vorsieht.

## 9 Kostenlosigkeit des Verfahrens

127. Art. 3 Abs. 4 BGBM vermittelt den Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit kann in gewissen Ausnahmefällen berechtigt sein, dies etwa wenn Gesuchstellende rechtsmissbräuchlich handeln oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursachen (siehe zum Ganzen vorne Kap. 3.2, Rz 15).

128. Gemäss Gutachtensauftrag ist vorgesehen, die Kosten für die Beschaffung und den Unterhalt einer elektronischen Verwaltungs- und Trainingsplattform (VTP) sowie für die Erteilung einer Bewilligung oder die Durchführung einer Prüfung mittels Gebühren den Gesuchstellenden aufzuerlegen, wobei gemäss Art. 7 Abs. 3 KÜPS kostendeckende Gebühren erhoben werden müssen.<sup>71</sup> Der Steuerausschuss qualifiziert die finanziellen Aufwendungen für diese Gebühren als Kausalabgaben und vertritt die Auffassung, dass solche, im Gegensatz zu reinen Schreibgebühren, als gerechtfertigte Beschränkung des freien Marktzugangs gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM auch externen Gesuchstellenden auferlegt werden können und sie folglich nicht vom Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM gedeckt werden.<sup>72</sup>

129. Im System der öffentlichen Abgaben werden grundsätzlich die voraussetzungslos geschuldeten Steuern von den für eine bestimmte staatliche Leistung erhobenen Kausalabgaben abgegrenzt. Innerhalb der Kausalabgaben sind die Gebühren zu orten, welche als Entgelt für eine bestimmte, vom Pflichtigen veranlasste oder verursachte Tätigkeit (Amtshandlung) des Gemeinwesens zu verstehen sind.<sup>73</sup> Abgabenrechtlich lässt sich deshalb kein Unterschied zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung ausmachen. In beiden Fällen handelt es sich um Kausalabgaben in Form von Gebühren. Werden solche Gebühren im Rahmen eines Marktzulassungsverfahrens erhoben, wirken sie sich unabhängig ihrer rechtlichen Qualifikation als Marktzugangshindernis aus. Genau das wollte der Bundesgesetzgeber mit der Einführung des Gebots der Kostenlosigkeit unterbinden. Mit der Verankerung des Grundsatzes des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens in Art. 3 Abs. 4 BGBM im Jahr 2006 sollte eine Lücke im vormals geltenden Recht geschlossen werden, welche den Anspruch der Betroffenen auf ein derartiges Verfahren bloss bei Beschränkungen vorsah, die aus der fehlenden Anerkennung von Fähigkeitsausweisen resultierten. Der Bundesgesetzgeber hat denn auch bewusst in Kauf genommen, dass sich für die Kantone und Gemeinden durch die Ausdehnung des Kostenlosigkeitsgebots auf sämtliche binnenmarktrechtliche Marktzugangsverfahren einen Mehraufwendungen ergeben kann.<sup>74</sup> Entsprechend fallen die gemäss Gutachtensauftrag vorgesehenen Gebühren in den Geltungsbereich von Art. 3 Abs. 4 BGBM.

130. Wie bereits unter Rz 14 ff. ausgeführt wurde, qualifizieren formelle Marktzugangsverfahren als Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM, die insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM standhalten müssen. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip. Folglich gilt der Grundsatz des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens nach Art. 3 Abs. 4 BGBM absolut und kann nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM eingeschränkt werden.

131. Mangels einer Unterscheidungsmöglichkeit zwischen reinen Schreibgebühren und Kausalabgaben zwecks Finanzierung einer IT-Plattform, Bewilligungserteilung und Prüfungsdurchführung, und aufgrund des Umstands, dass der in Art. 3 Abs. 4 BGBM statuierte Grundsatz nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM beschränkt werden kann, wäre eine Gebührenerhebung bei den externen Gesuchstellenden nach Auffassung der WEKO nicht binnenmarktrechtskonform.

<sup>70</sup> Erläuterungen zu Artikel 11.

<sup>71</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 6.

<sup>72</sup> Gutachtensauftrag, Ziff. 6.

<sup>73</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 2014, § 57; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, § 42.

<sup>74</sup> Botschaft revBGBM (Fn 20), 487, 492.

132. In der Stellungnahme der Konkordatskommission vom 20. Oktober 2016 zum Gutachtensentwurf des Sekretariats (nachfolgend: Stellungnahme) wurden weitere Argumente für die Zulässigkeit einer Gebühr vorgebracht. Die Konkordatskommission macht geltend, dass diejenigen Kantone, die sich gegen einen Beitritt zum KÜPS entschieden haben, ebenfalls von der VTP profitieren würden und es deshalb angezeigt sei, dass sich Sicherheitsunternehmen aus diesen Kantonen auch an der Finanzierung des Systems beteiligen. Vorab ist dazu festzuhalten, dass der Grundsatz von Art. 3 Abs. 4 BGBM wie erwähnt nicht eingeschränkt werden kann. Ferner ist aus der Optik des BGBM zu berücksichtigen, dass dieses Gesetz zwar jedem Kanton die freie Wahl des angestrebten Schutzniveaus überlässt, gleichzeitig aber davon ausgeht, dass jeder Kanton dem grundsätzlichen Schutzbedürfnis der Bevölkerung ausreichend Rechnung trägt. Es liegt im Ermessen eines Kantons, auf eine Regelung im Bereich der Sicherheitsdienste zu verzichten, bzw. eine gegenüber dem KÜPS weniger weit gehende Regelung zu etablieren. Entsprechend ist es nicht angezeigt, Unternehmen mit Sitz in Kantonen, die bewusst auf eine Regelung im Sinne des KÜPS verzichten, zu verpflichten, sich mittels Gebühren an der Finanzierung der VTP zu beteiligen.

133. Weiter wird vorgebracht, dass das Gebot der Kostenlosigkeit des BGBM aufgrund der Ungleichbehandlung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Unternehmen gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstosse. Mit diesem Argument hat sich bereits das Bundesgericht befasst. Das Bundesgericht anerkennt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung des BGBM eine allfällige Inländerdiskriminierung bewusst in Kauf genommen hat. Es hat in einem Entscheid betreffend Treuhänder im Kanton Tessin ausdrücklich festgehalten, dass die Inländerdiskriminierung zur Gewährleistung eines funktionierenden Binnenmarkts hingenommen werden muss, was im vorliegenden Fall analog auf das interkantonale Verhältnis zwischen KÜPS-Kantonen und Nicht-KÜPS-Kantonen angewendet werden kann. Das BGBM auferlegt den Kantonen keine Nivellierung des Schutzniveaus nach unten, indem sie ihre Vorschriften den weniger strengen Kantonen anpassen müssen. Eine gewisse Ungleichbehandlung von ausser- und innerkantonalen Anbietern ist aber jedem Liberalisierungssystem inhärent. Allfällige Nachteile für innerkantonale Anbieter müssen durch die jeweiligen Kantone beseitigt werden.<sup>75</sup>

134. Schliesslich verweist die Konkordatskommission auf die offenbar langjährige Praxis der CES-Kantone, wonach von internen wie auch externen Gesuchstellenden eine Gebühr erhoben werde. Diese Praxis stütze sich auf ein Antwortschreiben des damaligen Bundesrats Joseph Deiss, wonach den CES-Kantonen die Vereinbarkeit der Gebühr mit dem BGBM bestätigt worden sei. Der WEKO liegt das fragliche Schreiben nicht vor, weshalb sie sich dazu nicht äussern kann. Letztlich obliegt es aber ohnehin den Gerichten und nicht der Verwaltung, die Gesetzmässigkeit der Gebührenpraxis zu beurteilen. Die WEKO geht davon aus, dass eine Beschwerde eines auswärtigen Sicherheitsunternehmens gegen eine Gebührenverfügung durch die Gerichte gutgeheissen würde. So besteht eine etablierte Praxis des Bundesgerichts und der kantonalen

Gerichte, wonach solche Gebühren nicht mit dem BGBM vereinbar sind.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Urteil des BGer 2C\_204/2010 vom 24.11.2011, E. 7.1.3 f., vgl. dazu auch oben Fn 16.

<sup>76</sup> BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b und 6; 136 II 470 E. 5.3 („Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché"); BGE 125 II 406 E. 3 (auch eine „reine Verwaltungsgebühr“ ist nicht zulässig, unabhängig welcher Natur die Gebühr ist und welche Aufwendungen damit beglichen werden sollen); BGE 136 II 470 E. 5.3; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 12. November 1998, VB.98.00303, E. 5b; Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 13. November 2003, VB.2003.00152, E. 5; siehe auch oben Rz 15.

B 2.8	<b>2. Raccomandazione del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone Ticino riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni</b>
-------	---

*Raccomandazione del 19 dicembre 2016 Indagine ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno concernente la prassi amministrativa del Cantone Ticino riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni all'attenzione di Consiglio di Stato del Cantone Ticino*

## 1 Sommario

1. La legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02) garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Essa può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8 cpv. 3 LMI). Affinché la COMCO possa assolvere questo mandato di esecuzione, le autorità amministrative e giudiziarie le trasmettono spontaneamente una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

2. In data 30 novembre 2012, la COMCO ha reso i Cantoni attenti all'obbligo di comunicazione e li ha sollecitati a trasmettere almeno le decisioni, secondo le quali il libero accesso al mercato ad un offerente esterno è stato limitato per mezzo di oneri o condizioni. Visto che negli ultimi tre anni diversi Cantoni non hanno trasmesso alcuna decisione, la COMCO ritiene che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni sia di principio garantito senza restrizioni. Per verificarlo, la COMCO ha deciso, sulla base dell'articolo 8 capoverso 3 LMI, di condurre un'indagine in materia di diritto di mercato interno nei Cantoni di Berna, Ticino e di Vaud. Attraverso queste tre indagini è stato valutato se la prassi amministrativa cantonale rispetta le condizioni della LMI per quello che riguarda l'accesso al mercato per gli offerenti extracantonali.

3. Nel Cantone Ticino è stata esaminata la prassi amministrativa delle autorità cantonali in relazione alle seguenti attività economiche:

- professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale,
- professioni sanitarie universitarie regolate dal diritto federale (professioni mediche e psicologiche universitarie),
- attività alberghiere e di ristorazione,
- attività private di investigazione e sorveglianza,
- attività di accoglienza di minori,
- professioni di ingegnere e architetto,
- professioni di fiduciario,

- attività artigianali,
- attività di costruzione.

4. La COMCO ha esaminato le risposte che le sono state trasmesse dal punto di vista della LMI. Nel caso in cui la COMCO ritenga che alcune regolamentazioni, prassi o decisioni cantonali non siano in conformità con la LMI, ciò verrà comunicato al Consiglio di Stato del Cantone Ticino (di seguito: Consiglio di Stato) tramite la presente raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI.

5. Conformemente alla sistematica della LMI, la presente indagine distingue tra attività lucrative regolate dal diritto cantonale (cap. 2) e attività lucrative regolate dal diritto federale con esecuzione cantonale (cap. 3). I risultati e le raccomandazioni sono riassunti al capitolo 4.

## 2 Attività lucrative regolate dal diritto cantonale

6. Il capitolo 2 esamina la prassi del Cantone Ticino per quanto riguarda l'autorizzazione di persone provenienti da altri Cantoni a esercitare attività lucrative regolate a livello cantonale. A questo scopo, al capitolo 2.1 saranno illustrati i principi di diritto del mercato interno e, in seguito, al capitolo 2.2 sarà esaminata la prassi in materia di autorizzazione del Cantone Ticino nei seguenti ambiti:

- professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale (cap. 2.2.1)
- attività alberghiere e di ristorazione (cap. 2.2.2)
- attività private di investigazione e sorveglianza (cap. 2.2.3)
- attività di accoglienza di minori (cap. 2.2.4)
- professioni di ingegnere e architetto (cap. 2.2.5)
- professioni di fiduciario (2.2.6)
- attività artigianali (2.2.7)
- attività di costruzione (2.2.8).

### 2.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

#### 2.1.1 Principio del libero accesso al mercato

7. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato.<sup>1</sup> Questo diritto è concretizzato dai capoversi 3 e 4

<sup>1</sup>NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, n. marg. 1212 segg.; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, pag. 209 seg.; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, art. 2 LMI n. marg. 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2a ed., Basilea 2007, pag. 399 segg., n. marg. 34-43.

dell'articolo 2 LMI, i quali sanciscono il **principio del luogo d'origine**. Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonal:<sup>2</sup>

- *Libera prestazione dei servizi*: ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento*: secondo l'articolo 2 capoverso 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

8. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

9. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del Cantone Ticino (luogo di destinazione)<sup>3</sup> possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative concernenti l'accesso al mercato di natura generale-astratta e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalle normative del Cantone Ticino (confutazione della **presunzione di equivalenza** ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna restrizione.<sup>4</sup> Nei casi di normative non equivalenti, le autorità del Cantone Ticino devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'articolo 3 LMI**, cioè che questa è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI).<sup>5</sup> Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

10. Oltre al principio del luogo d'origine deve essere rispettato anche il principio di riconoscimento ai sensi

dell'articolo 4 LMI. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI i certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Questa disposizione costituisce un complemento al diritto di libero accesso al mercato conformemente alle prescrizioni del luogo d'origine. Il riconoscimento reciproco dei certificati di capacità serve a garantire che per le attività lucrative soggette ad autorizzazione il mercato interno svizzero non venga indebolito da condizioni d'autorizzazione cantonali o comunali diverse.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

11. Una procedura di autorizzazione formale rappresenta per offerenti esterni una restrizione amministrativa all'accesso al mercato, che, a seconda delle modalità e del settore, può avere effetti proibitivi. Anche solo la preparazione della documentazione per l'inoltro della domanda (compresi vari allegati, come ad esempio l'estratto del casellario giudiziale e l'estratto dal registro esecuzioni e fallimenti) comporta dispendi e costi che possono ostacolare l'accesso al mercato intercantonale.<sup>7</sup>

12. Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI eventuali decisioni concernenti le restrizioni secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita comprende la procedura d'esame in quanto tale e non si limita ai casi in cui restrizioni dell'accesso al mercato sono state prese in considerazione o intimate.<sup>8</sup> Il diritto ad una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera più ampia di quanto formulato nella disposizione e si estende all'intera procedura di

<sup>2</sup> Sul principio del luogo d'origine: DTF 135 II 12 (accesso al mercato per psicoterapeuti); sentenze del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 (accesso al mercato per installatori sanitari) e 2C\_844/2008 del 15.5.2009 (accesso al mercato per terapeuti di medicina complementare); dalla dottrina ad es. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, pag. 129 segg., 142 segg.; Raccomandazione della COMCO del 27 febbraio 2012, in: DPC 2012/2, 440, n. marg. 14 segg., *Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur*.

<sup>3</sup> Nelle norme relative al mercato interno viene definito come «luogo di destinazione» il luogo in cui gli offerenti esterni intendono fornire la loro prestazione.

<sup>4</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenza del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 consid. 3.4 (accesso al mercato per installatori sanitari); Raccomandazione della COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 17 seg.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 189 segg.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, pagg. 377 segg.

<sup>6</sup> Cfr. Messaggio concernente la legge federale sul mercato interno (LMI) del 23 novembre 1994, FF 1995 I 1025, in particolare pag. 1061.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 203 segg.

<sup>8</sup> DTF 136 II 470, 485 consid. 5.3 («*Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché*»); 123 I 313, 323 consid. 5; 125 II 56, 63 seg. consid. 5b. Riguardo la cosiddetta «discriminazione alla rovescia» («Inländerdiskriminierung», «discrimination à rebours») cfr. sentenza del TF 2C\_204/2010 del 24.11.2011, consid. 8.3 in combinato disposto con consid. 7.1; ZWALD (n. 1), n. marg. 76 segg.

accesso al mercato. Una deroga al principio di una procedura gratuita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è ammessa solo in determinati casi, ad esempio quando il richiedente agisce abusivamente o la sua non collaborazione causa costi maggiori.<sup>9</sup>

13. Parallelamente alle esigenze procedurali previste dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, occorre osservare che, sulla base del principio del luogo d'origine, gli offerenti esterni possono esercitare la loro attività secondo le norme del loro luogo d'origine e senza restrizioni. Nella passata giurisprudenza relativa alla LMI nella versione del 1995 (di seguito: LMI 95), il Tribunale federale aveva stabilito che gli articoli 2 e 4 LMI 95 non limitano i cantoni nell'organizzazione della procedura formale di accesso al mercato.<sup>10</sup> A seguito dell'entrata in vigore della revisione della LMI del 2005 (di seguito: LMI 2005) questa giurisprudenza deve essere relativizzata.<sup>11</sup> Dal punto di vista formale, il principio del luogo d'origine, rafforzato dalla revisione del 2005, significa che l'accesso al mercato intercantonale deve essere possibile senza alcuna formalità. Il Messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI 2005 precisa a questo proposito che «*le persone interessate non saranno tenute a chiedere un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitarvi la loro attività. Potranno infatti esercitare tale attività in virtù dell'autorizzazione rilasciata nel luogo del primo domicilio*»<sup>12</sup>. Tuttavia, per permettere alle autorità del Cantone Ticino di valutare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se eventualmente l'accesso al mercato deve essere limitato da oneri o condizioni, esse devono essere informate sull'attività dell'offerente esterno. Inoltre, le autorità ticinesi esercitano la vigilanza sugli offerenti esterni che si sono stabiliti nel Cantone (art. 2 cpv. 4 LMI). Di conseguenza, deve esistere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni ad un «controllo all'ingresso» e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione. Ciò viene previsto anche dal Consiglio federale nel messaggio concernente la revisione della LMI, quando stabilisce che «*spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio e, in particolare, per poter imporre oneri*».<sup>13</sup> Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.

14. Ogni procedura formale di accesso al mercato formale è quindi da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, e in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.<sup>14</sup> L'imposizione di eventuali restrizioni del libero accesso al mercato e l'esercizio dell'obbligo di sorveglianza (art. 2 cpv. 4 LMI) rappresentano interessi pubblici che possono giustificare una deroga all'accesso al mercato senza formalità. Nell'esame della proporzionalità è da considerare se l'offerente esterno, nel quadro della libera prestazione dei servizi, offre un servizio nel luogo di destinazione in maniera temporanea (art. 2 cpv. 3 LMI) o se si stabilisce a lungo termine (art. 2 cpv. 4 LMI).<sup>15</sup> Concretizzando il principio della proporzionalità, l'articolo 3 capoverso 4 LMI prevede l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita (sopra, n. marg. 12).

### 2.1.3 Sintesi

15. Dalle precedenti considerazioni si deduce che l'accesso al mercato per offerenti esterni deve avvenire secondo i seguenti principi di diritto del mercato interno:

- in virtù dell'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI l'autorità competente del Cantone Ticino è tenuta ad esaminare l'autorizzazione di offerenti esterni sulla base delle normative vigenti nel luogo d'origine;
- l'autorità ticinese competente può applicare le normative vigenti nel Cantone Ticino, unicamente se le normative del luogo d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e le condizioni per una restrizione attraverso oneri e condizioni ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Solo a queste condizioni, le normative del Cantone Ticino, sotto forma di oneri e condizioni, possono essere dichiarate applicabili;
- il solo fatto che nel Cantone Ticino vigono delle condizioni di autorizzazione diverse o eventualmente più restrittive non comporta automaticamente la confutazione del presupposto di equivalenza.<sup>16</sup> Se nel caso concreto la presunzione di equivalenza non è confutata, allora l'accesso al mercato per l'offerente esterno deve essere senz'altro garantito;<sup>17</sup>
- se la presunzione di equivalenza viene confutata in un caso concreto, le autorità del Cantone Ticino devono motivare, con riferimento ad ogni onere e condizione, in che misura le condizioni di interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte;

<sup>9</sup> DTF 123 I 313, 323 consid. 5.

<sup>10</sup> A proposito della LMI 95, DTF 125 II 56, 63 consid. 5a (RA Thalman): «*Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.*»; DTF 125 II 406, 408 seg. consid. 3 (Cantone Appenzello Interno); DOMINIK DREYER/BERNARD DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, pag. 110 seg.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1357.

<sup>12</sup> Messaggio concernente la modifica della legge federale sul mercato interno del 24 novembre 2004, FF **2005** 409, in particolare pag. 428 seg.; cfr. anche la sentenza del Tribunale cantonale del Canton Argovia (OGer AR) del 22 marzo 2007 consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «*Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben.*».

<sup>13</sup> FF **2005** 409 (n. 12), in particolare pag. 429.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1359; Raccomandazione COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 23 seg.; di un'altra opinione: HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9a ed. 2016, n. marg. 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1359.

<sup>16</sup> Sulla giurisprudenza dei tribunali riguardante la confutazione della presunzione di equivalenza vedi DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1311 segg.

<sup>17</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II).

- le autorità del Cantone Ticino non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.<sup>18</sup> Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone Ticino non si applicano, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI). Inoltre, secondo il Tribunale federale, questo aggira la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI.<sup>19</sup> Questo vale sia per i requisiti professionali che per quelle personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>20</sup>

## 2.2 Analisi e raccomandazione nei settori esaminati

### 2.2.1 Professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale

16. Secondo l'articolo 55 capoverso 1 della legge del 18 aprile 1989 sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del Cantone Ticino (Legge sanitaria; RLTI 6.1.1.1) il Dipartimento della sanità e della socialità (di seguito: DSS), tramite il suo Ufficio di sanità (facente parte della Divisione della salute pubblica), è l'autorità competente per rilasciare le autorizzazioni nel settore delle professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale.

17. Per quanto riguarda le richieste da parte di offerenti extracantonali l'autorità ticinese esige l'inoltro dei documenti seguenti:

- copia dell'autorizzazione d'esercizio nel luogo d'origine, un estratto del casellario giudiziale recente e copia della polizza di assicurazione responsabilità civile, quando si tratta di offerenti extracantonali ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con capoverso 3 LMI (libera prestazione di servizi);
- copia dell'autorizzazione del luogo d'origine, copia dei diplomi, il formulario di autocertificazione<sup>21</sup> compilato, il certificato di *good professional standing* del Cantone d'origine, un estratto del casellario giudiziale recente e un certificato medico di idoneità recente, quando si tratta di offerenti extracantonali ai sensi dell'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).

18. Gli offerenti extracantonali hanno il diritto in virtù del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) di accedere al mercato, se esercitano legalmente la loro attività nel luogo d'origine. Al fine di verificare la legittimità dell'attività svolta nel luogo d'origine, la richiesta da parte dell'autorità ticinese di una **copia dell'autorizzazione del luogo d'origine** è in linea di massima giustificata. Questo

modo di procedere può essere applicato se l'attività nel luogo d'origine è soggetta anch'essa all'obbligo di autorizzazione. Tuttavia, il diritto di accedere liberamente al mercato sancito dall'articolo 2 capoversi 1–4 LMI sussiste anche quando nel luogo d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione.<sup>22</sup> In questo caso la legittimità è già garantita dal quadro giuridico del luogo d'origine e quindi non può essere richiesta la copia dell'autorizzazione. Ad ogni modo, se l'obbligo di autorizzazione vigente nel Cantone Ticino si contrappone a una normativa che non prevede il rilascio di un'autorizzazione, ciò significa che, in linea di massima, le norme sull'accesso al mercato non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). In questo caso il Cantone Ticino può limitare l'accesso al mercato tramite oneri e condizioni in base alle disposizioni dell'articolo 3 LMI (n. marg. 15).

19. Per quanto riguarda il **certificato di buona condotta**, il DSS spiega che il «*“Good professional standing” (GPS)* è un certificato rilasciato dalla competente autorità sanitaria dei Cantoni Svizzeri o Stati dell'Unione Europea in cui l'istante ha esercitato la professione negli ultimi 5 anni oppure dall'Ordine professionale ove l'istante è iscritto/a e contenente le informazioni relative alle misure o sanzioni di carattere professionale riguardanti l'esercizio della professione»<sup>23</sup>. Tale certificato dovrà indicare «*se il/la richiedente ha in corso o ha riportato in passato sanzioni disciplinari o amministrative*»<sup>24</sup>. Questo certificato non può essere più vecchio di 3 mesi.<sup>25</sup>

20. In base al principio del luogo d'origine, il **certificato di good professional standing** non può essere utilizzato per verificare i requisiti personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione previsti dal diritto ticinese. Tale documento può tuttavia permettere di stabilire se il richiedente soddisfa i requisiti previsti dalle normative vigenti nel luogo d'origine, se l'autorizzazione è ancora valida ed eventualmente vincolata a oneri e condizioni e se è in corso un procedimento disciplinare. La questione è dunque quella di sapere se la richiesta di un certificato di *good professional standing* è legittima. In tal senso occorre prendere in considerazione gli elementi seguenti:

- per il rilascio di un certificato di *good professional standing* le autorità del Cantone d'origine richiedono di regola il pagamento di una tassa e ciò non permette agli offerenti esterni di avvalersi di una procedura gratuita, come stabilito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI;

<sup>18</sup> DTF 123 I 313, 320 seg. consid. 4b (Avv. Häberli): «*Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist*»; in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23.5.2000 consid. 2d (avvocato del Canton Vaud).

<sup>19</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>20</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>21</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Autorizzazioni di Libero esercizio > Operatori sanitari con altra formazione.

<sup>22</sup> ZWALD (n. 1), n. marg. 48; DIEBOLD (n. 1), n. marg. 1231; DPC 2009/14, 15, *Rapporto annuale COMCO 2008*; sentenze del TF 2C 844/2008 del 15.05.2009 consid. 4.2.1.

<sup>23</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

- sulla base della LMI, l'autorità ticinese deve rilasciare l'autorizzazione anche quando un procedimento disciplinare è pendente nei confronti dell'offerente extracantonale nel Cantone d'origine. Il diritto all'accesso al mercato esiste a condizione che l'attività nel luogo d'origine sia esercitata legalmente. Ciò premesso, un procedimento disciplinare pendente non ha influenza sulla liceità dell'attività esercitata nel luogo d'origine. Anche delle misure disciplinari che non conducono alla revoca dell'autorizzazione nel luogo d'origine non costituiscono un motivo per rifiutare l'autorizzazione nel Cantone Ticino. Solo quando l'autorizzazione rilasciata nel luogo d'origine è stata revocata con decisione passata in giudicato e che quindi l'esercizio legale dell'attività nel luogo d'origine prende fine, l'autorità ticinese può ritirare/revocare l'autorizzazione rilasciata in applicazione della LMI;
- l'autorità ticinese ha un interesse a verificare che l'autorizzazione rilasciata nel luogo d'origine è ancora valida. Per quanto riguarda le autorizzazioni a tempo indeterminato, esiste in effetti il rischio che l'offerente extracantonale presenti un'autorizzazione rilasciata nel Cantone di origine ma non più valida (ad esempio perché revocata) per ottenere un'autorizzazione nel Cantone Ticino. Al fine di evitare tali comportamenti, l'autorità ticinese competente necessita di una conferma da parte dell'autorità del luogo d'origine che attesti la validità della prima autorizzazione. Per quanto riguarda invece le autorizzazioni a tempo determinato, questo rischio non esiste, poiché il titolare dell'autorizzazione sarà esaminato nuovamente nel Cantone d'origine e dovrà quindi presentare copia della nuova autorizzazione all'autorità ticinese.

21. Sulla base di quanto esposto sopra e del fatto che la LMI prevede che la procedura sia semplice, rapida e gratuita, è preferibile che le autorità del Cantone Ticino prendano direttamente contatto con le autorità competenti del luogo d'origine e che verifichino esse stesse la validità della prima autorizzazione. L'offerente extracantonale deve essere libero di decidere, se intende presentare un certificato di *good professional standing* oppure autorizzare le autorità ticinesi ad ottenere chiarimenti presso le autorità del luogo d'origine. Nel secondo caso le autorità del Cantone Ticino dovranno richiedere il certificato di *good professional standing* presso le autorità competenti del luogo d'origine, senza tuttavia fatturare all'offerente extracantonale le eventuali tasse.

22. L'autorità ticinese richiede una **copia del/dei diploma/i di una scuola sanitaria professionale**, come ad esempio un diploma riconosciuto di terapeuta complementare.

23. Secondo la giurisprudenza federale, le condizioni di autorizzazione nel luogo d'origine non possono essere sottoposte a un riesame (v. sopra, n. marg. 15). Ciò significa che se le capacità professionali sono già state controllate dall'autorità del luogo d'origine, le autorità del Cantone Ticino non potranno riesaminarle e vale la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Se nel Cantone d'origine l'esercizio dell'atti-

vità in questione è ammesso senza requisiti professionali,<sup>26</sup> l'autorità del Cantone Ticino può verificare la capacità professionale unicamente se la presunzione di equivalenza è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. In questo contesto, occorre tenere conto della pratica acquisita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. La richiesta di inoltro di certificati di capacità è quindi solo eccezionalmente giustificata. Il fatto che il formulario di autocertificazione richiede espressamente una copia di un diploma di una scuola sanitaria professionale può dissuadere gli offerenti esterni sprovvisti di tale diploma dal presentare la domanda.

24. Le considerazioni riportate al paragrafo precedente valgono anche per l'**estratto del casellario giudiziale e il certificato medico di idoneità**, richiesti dall'autorità ticinese in originale o copia autenticata. Secondo il Tribunale federale la presunzione di equivalenza e il divieto del riesame non valgono solo per i requisiti professionali, ma anche per quelli personali.<sup>27</sup> Se i requisiti personali rispettivamente l'idoneità caratteriale, in particolare l'estratto del casellario giudiziale ed il certificato medico sono già stati esaminati dalle autorità del Cantone d'origine, le autorità del Cantone Ticino non possono riesaminare questi requisiti e quindi neanche richiedere l'inoltro di un estratto del casellario giudiziale o di un certificato medico di idoneità.

25. Sulla base delle risposte al questionario e dalle decisioni trasmesseci dall'Ufficio sanità si constata che il **principio di gratuità** della procedura di accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI non sempre è rispettato. In alcuni casi è stato imposto il pagamento di una tassa di 100 o di 150 franchi. L'autorità ticinese afferma che negli scorsi anni è capitato che la disposizione dell'articolo 3 capoverso 4 LMI sia «*sfuggita*». L'autorità ticinese dovrà quindi garantire che le procedure di accesso al mercato siano gratuite. In questo contesto è bene ricordare che il principio di gratuità della procedura deve essere applicato all'intera procedura di accesso al mercato e non si limita ai soli casi in cui delle restrizioni sono state ordinate (n. marg. 12). È quindi necessario evitare che le decisioni con le quali delle domande di accesso al mercato sono state ammesse o rifiutate richiedano il pagamento di una tassa.

26. Per quanto riguarda le **decisioni di autorizzazione** trasmesse, non vi sono particolari censure da muovere. Si constata che a seguito della sentenza del Tribunale federale 2C\_844/2008 riguardante la richiesta da parte di un offerente extracantonale di autorizzazione al libero esercizio della professione di terapeuta complementare nel Cantone Ticino, l'Ufficio di sanità applica oramai il principio di libero accesso al mercato riconoscendo all'offerente extracantonale il diritto di esercitare la propria attività secondo le prescrizioni del luogo d'origine.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Il principio del luogo d'origine secondo l'articolo 2 capoversi 1-4 LMI si applica anche quando nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione o senza requisiti in materia di competenze professionali.

<sup>27</sup> V. sopra nota a piè di pagina n. 19.

<sup>28</sup> Cfr. sentenza del TF 2C\_844/2008 del 15.5.2008, consid. 4.4.

## 2.2.2 Attività alberghiere e di ristorazione

27. La Sezione polizia amministrativa della Polizia cantonale, facente capo al Dipartimento delle istituzioni (di seguito: SPa) è competente per il rilascio dell'autorizzazione per la conduzione di esercizi alberghieri e della ristorazione (v. art. 5 della legge cantonale del 1° giugno 2010 sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione [Lear; RLTI 11.3.2.1] e art. 1 cpv. 1 del regolamento del 16 marzo 2011 della legge sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione [RLear; RLTI 11.3.2.1.1]).

28. La Divisione della formazione professionale del Dipartimento dell'educazione, della cultura e dello sport (di seguito: DFP) è invece competente per la vigilanza e l'organizzazione degli esami per l'ottenimento del diploma cantonale di esercente (art. 1 cpv. 2 RLear). La DFP ha a questo scopo costituito un'apposita Commissione d'esame, composta da rappresentanti di categoria (alberghiera e ristorazione), da operatori professionalmente attivi nel settore e da rappresentanti dell'amministrazione cantonale. La Commissione d'esame decide in particolare sull'ammissione all'esame, sugli esoneri dagli esami per le materie già acquisite e sul rilascio del diploma (art. 4 del regolamento del 16 maggio 2011 concernente gli esami per l'ottenimento del diploma cantonale di esercente<sup>29</sup>).

29. Secondo l'articolo 54 RLear la domanda di autorizzazione deve essere corredata dai seguenti documenti:

- attestazione del municipio dell'idoneità dei locali comprensiva del numero dei posti disponibili;
- permesso di soggiorno che autorizzi il gerente all'esercizio dell'attività lucrativa, se straniero;
- documentazione attestante il godimento del diritto d'uso dei locali. Inoltre in caso di sublocazione, l'assenso scritto del proprietario immobiliare della struttura;
- prova di assicurazione RC per i danni causati nell'esercizio dell'attività;
- diploma cantonale d'esercente o decisione della DFP che riconosce i titoli di formazione o lo svolgimento di un'adeguata pratica professionale;
- estratto del casellario giudiziale;
- certificato medico dal quale risulti che l'interessato non è affetto da malattie o non è colpito da infermità tali da impedirgli la normale conduzione dell'esercizio;
- se beneficiario di una rendita AI, un'attestazione circa il suo grado d'invalidità;

30. La revisione della LMI del 2005 aveva anche lo scopo di introdurre la libertà di stabilimento per l'esercizio di quelle attività lucrative legate ad un'infrastruttura locale. In particolare il Consiglio federale faceva riferimento agli albergatori<sup>30</sup> che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla versione originaria della LMI (1995) non potevano beneficiare della libera circolazione.<sup>31</sup> Tuttavia, dal 1° luglio 2006 il principio del luogo d'origine si applica anche agli albergatori (art. 2 cpv. 4 LMI). Pertanto, in virtù della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone

d'origine, questi ultimi possono stabilirsi in un altro Cantone<sup>32</sup> esercitandovi la propria attività secondo le prescrizioni del Cantone d'origine.

31. Le autorità del Cantone Ticino possono applicare le disposizioni della Lear a degli offerenti extracantonali, solamente se la presunzione di equivalenza è confutata (art. 2 cpv. 5 LMI) e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte.

32. La SPa deve quindi esaminare la domanda dell'offerente extracantonale sulla base dell'autorizzazione rilasciata nel Cantone d'origine. Se l'offerente extracantonale dispone di una prima autorizzazione valida oppure esercita legittimamente l'attività nel luogo di origine senza autorizzazione, allora egli ha diritto sulla base dell'articolo 2 capoverso 4 LMI ad un'autorizzazione nel Cantone Ticino.

33. Il riesame dei requisiti professionali e personali di un richiedente extracantonale da parte delle autorità del luogo di destinazione aggira la presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI) e non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con quello di gratuità della procedura di accesso al mercato (art. 3 cpv. 4 LMI). Pertanto, se i requisiti personali, verificabili mediante l'**estratto del casellario giudiziale, il certificato medico e il grado di invalidità**, sono già stati esaminati dalle autorità del Cantone d'origine, le autorità ticinesi non possono riesaminare tali requisiti. In questi casi vale la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Ciò significa che tali documenti possono essere richiesti, unicamente se la reputazione del richiedente extracantonale, così come l'esistenza di malattie o di infermità gravi di cui egli è affetto non siano già stati esaminati dalle autorità del luogo d'origine. Se le autorità ticinesi rifiutano l'autorizzazione al richiedente extracantonale sulla base dell'estratto del casellario giudiziale, del certificato medico o dell'attestazione di invalidità, la decisione deve allora motivare che il rifiuto è indispensabile alla protezione di un interesse pubblico preponderante e conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 LMI). Concretamente ciò significa che il reato commesso o lo stato di salute deve condurre le autorità ticinesi a concludere che l'esercizio di un'attività alberghiera o di ristorazione da parte del richiedente in questione possa mettere in pericolo un interesse pubblico preponderante. Se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI non sono soddisfatte, il libero accesso al mercato non può essere negato.

<sup>29</sup> <www4.ti.ch/decs> Divisione della formazione professionale > Diploma cantonale di esercente > Lear > Regolamenti > Regolamento esame esercenti.

<sup>30</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 428.

<sup>31</sup> In tal senso le sentenze del TF 2P.362/1998 del 6.7.1999 in merito all'art. 2 LMI 95; cfr. pure DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1218-1125.

<sup>32</sup> DPC 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*.



34. La prova della stipula di un'**assicurazione di responsabilità civile** è sostanzialmente ammessa.<sup>33</sup> L'articolo 61 R Lear prevede la stipula di una garanzia globale minima per lesioni corporali e danni materiali di 3 000 000 franchi per ogni caso di sinistro. L'ammontare della garanzia minima prevista dalla normativa ticinese può essere applicata unicamente se la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Conformemente all'articolo 3 capoverso 2 lettera b LMI, la SPa deve tenere conto in particolare dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine.

35. I requisiti per l'ottenimento di un'autorizzazione nel luogo d'origine non possono essere sottoposte a un riesame (v. sopra, n. marg. 15). Ciò significa che se le **capacità professionali** sono già state controllate dall'autorità del luogo d'origine, le autorità del Cantone Ticino non potranno riesaminarle e vale la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Se nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività in questione è ammesso senza requisiti professionali, le autorità ticinesi potranno applicare le condizioni previste dal diritto ticinese, unicamente se la presunzione di equivalenza è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. In questo contesto, occorre tenere conto della pratica acquisita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. La richiesta dell'inoltro di un diploma cantonale di esercente è quindi solo eccezionalmente giustificata.

36. Ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI i certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Questa disposizione pone il principio secondo il quale i certificati di capacità cantonali devono essere ammessi senza restrizioni, a meno che queste non siano indispensabili a preservare un interesse pubblico preponderante, conformi al principio di proporzionalità e non discriminatorie (cfr. art. 3 cpv. 1 LMI).

37. L'articolo 4 capoverso 3 LMI prevede inoltre che se il certificato di capacità adempie solo in parte le condizioni richieste nel luogo di destinazione, l'interessato può provare di aver acquisito le conoscenze necessarie nel quadro di una formazione o di un periodo di pratica svolti altrove.

38. Nelle decisioni trasmesse riguardo al riconoscimento di **certificati o di diplomi di esercente** rilasciati da un altro Cantone, si osserva che la Commissione d'esame procede ad un esame di equipollenza o di parificazione tra il diploma di esercente valido nel Cantone Ticino e quello ottenuto nel Cantone d'origine. Qualora venga ritenuto che il diploma ottenuto nel Cantone d'origine non equivalga a quello ticinese, la Commissione d'esame indica all'offerente extracantonale gli esami da sostenere nelle materie che non sono state parificate per ottenere il diploma cantonale di esercente. La decisione presa dalla Commissione d'esame è comunicata alla SPa. Se invece il diploma è riconosciuto, la SPa riprende la procedura di autorizzazione, esaminando se le altre condizioni per il rilascio secondo la Lear sono soddisfatte.

39. Riguardo ai casi in cui i diplomi ottenuti in un altro Cantone non sono ritenuti equivalenti, l'autorità ticinese sostiene che non si tratta di rifiuti di autorizzazione, ma che questa sarà rilasciata una volta che gli esami mancanti saranno sostenuti. In realtà, senza il riconoscimento del diploma ottenuto in un altro Cantone la richiesta di accesso al mercato da parte dell'offerente extracantonale non sarà esaminata dalla SPa. Ragione per la quale le decisioni prese dalla Commissione d'esame costituiscono delle decisioni prese in applicazione della LMI. Per questo motivo e in virtù dell'articolo 4 capoverso 1 LMI, le decisioni della Commissione d'esame devono rispettare le condizioni dell'articolo 3 LMI:

- l'autorità ticinese deve dapprima dimostrare che il certificato di capacità in possesso dell'offerente extracantonale non è equivalente al certificato di capacità cantonale richiesto (art. 2 cpv. 5 LMI). Il fatto che nel luogo di destinazione vigono condizioni di autorizzazione diverse o più ristrette non implica automaticamente la confutazione della presunzione di equivalenza;
- se la presunzione di equivalenza è confutata in un caso concreto, l'offerente extracantonale deve avere la possibilità di portare la prova di aver acquisito le conoscenze necessarie nel quadro di una formazione o di un periodo di pratica svolti altrove (art. 4 cpv. 3 LMI);
- se l'offerente extracantonale non riesce a portare questa prova, l'autorità ticinese dovrà dimostrare che le condizioni di autorizzazione poste dal diritto ticinese, le quali differiscono dal diritto del Cantone d'origine si applicano nella stessa misura anche agli offerenti locali, sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti, conformi al principio di proporzionalità e non discriminatori (art. 3 cpv. 1 e 2 LMI);
- le restrizioni previste dal diritto ticinese non devono in alcun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 3 LMI);
- se il principio di equivalenza è confutato e che le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte, l'autorità ticinese potrà limitare il riconoscimento e l'accesso al mercato tramite oneri e condizioni.

40. Le condizioni qui sopra esposte non sono tuttavia rispettate e la Commissione d'esame non motiva ai sensi dell'articolo 3 LMI il rifiuto di riconoscere il certificato di capacità ottenuto in un altro Cantone.

41. La richiesta di copie dell'**attestazione del municipio dell'idoneità dei locali**, del **permesso di soggiorno**, della **documentazione attestante il diritto d'uso dei locali** non crea particolari problemi dal punto di vista della LMI.

42. Mentre le decisioni della Commissione d'esame rispettano per lo meno il principio di una procedura gratuita

<sup>33</sup> Sentenza del TF 2P.180/2000 del 22.2.2011, consid. 3c.

statuito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, le decisioni prese dalla SPa impongono il pagamento di una **tassa** per la procedura di autorizzazione da 50 a 500 franchi. Questo modo di procedere non è conforme all'articolo 3 capoverso 4 LMI, che prevede la gratuità della procedura. Il principio di gratuità della procedura (art. 3 cpv. 4 LMI) deve essere applicato all'intera procedura di accesso al mercato e non si limita ai soli casi in cui delle restrizioni sono state ordinate (n. marg. 12). È quindi necessario evitare che le decisioni con le quali delle domande di accesso al mercato sono ammesse o rifiutate impongano una tassa.

43. Né le decisioni della Commissione d'esame né quelle della SPa sono trasmesse alla COMCO, ciò in violazione dell'articolo 10a capoverso 2 LMI.

### 2.2.3 Attività private di investigazione e di sorveglianza

44. La SPa è ugualmente l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione per le attività ai sensi dell'articolo 3 della legge cantonale dell'8 novembre 1976 sulle attività private di investigazione e di sorveglianza (LAPIS; RLTI 1.4.3.1).<sup>34</sup>

45. La DFP è invece l'autorità competente per l'emana-zione delle direttive inerenti alla formazione scolastica e professionale e del regolamento d'esame ai sensi dell'articolo articolo 24 capoverso 2 LAPIS (art. 1 cpv. 2 RLAPIS).

46. L'autorizzazione è rilasciata ai richiedenti che soddisfano i requisiti seguenti (art. 5 LAPIS):

- avere la cittadinanza svizzera o di uno Stato dell'Associazione europea di libero scambio o dell'Unione europea ed essere maggiorenni in possesso di diritti civili (lett. a);
- avere il domicilio politico o almeno un domicilio d'affari nel Cantone (lett. b);
- essere persone di buona condotta (lett. c);
- possedere un'adeguata formazione (lett. d);
- disporre del permesso di soggiorno che li autorizzi all'esercizio dell'attività lucrativa, se stranieri (lett. e);
- avere stipulato, presso una compagnia svizzera, un contratto d'assicurazione per le conseguenze derivanti dalla responsabilità civile le cui prestazioni minime sono fissate dal regolamento (lett. f).

47. La richiesta di autorizzazione deve essere presentata dal rappresentante legale della persona morale (ditta o società), il quale dovrà inoltre presentare separatamente una richiesta per ogni agente collaboratore (art. 3 cpv. 4 e art. 4 LAPIS e art. 5 cpv. 2 e 3 RLAPIS), tramite un formulario ufficiale debitamente compilato in merito ai dati personali della ditta richiedente e dei collaboratori (art. 5 cpv. 1 RLAPIS).

48. Giusta l'articolo 6 RLAPIS il richiedente deve allegare i documenti seguenti:

- estratto del casellario giudiziale;
- estratto del registro dell'Ufficio di esecuzione e fallimenti;

- copia della carta di identità per i singoli agenti;
- diploma di formazione professionale;
- copia della tessera di legittimazione dell'organizzazione;
- due fototessere del richiedente e dei suoi eventuali collaboratori;
- copia della polizza di assicurazione di responsabilità civile per un importo minimo di 2 000 000 franchi;
- copia dei contratti di lavoro di tutti i dipendenti;
- se straniero, il permesso di soggiorno che lo autorizzi all'esercizio di un'attività lucrativa;
- per gli agenti che portano l'uniforme, la lista dettagliata dei capi d'abbigliamento e la relativa documentazione fotografica;
- se il richiedente è una persona morale, copia degli statuti e l'estratto del registro di commercio.

49. Secondo le risposte al questionario, gli offerenti extra-cantionali provenienti da Cantoni che prevedono un'autorizzazione sia per la ditta sia per gli agenti dovranno solo compilare l'apposito formulario ed allegare l'autorizzazione ottenuta nel Cantone d'origine (questo vale sia per la ditta sia per gli agenti). Nei casi in cui invece il Cantone d'origine (come per esempio Lucerna) prevede unicamente il rilascio di un'autorizzazione per la ditta e non per gli agenti, i singoli agenti dovranno inoltre presentare i documenti seguenti: diploma di formazione professionale, copia della carta di identità, estratto del registro dell'Ufficio esecuzione e fallimenti, estratto del casellario giudiziale. Infine, se il Cantone d'origine non prevede il rilascio di un'autorizzazione né per la ditta né per gli agenti, la ditta e i suoi agenti dovranno presentare il formulario debitamente compilato e fornire i documenti menzionati sopra (n. marg. 48). L'autorità ticinese afferma che l'applicazione del diritto ticinese non è motivata sulla base dell'articolo 3 LMI.

50. La LMI stabilisce la presunzione secondo cui le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). Per confutare la presunzione di equivalenza è necessario dimostrare che il livello di protezione dell'interesse pubblico in questione perseguito dalle normative del luogo di destinazione è essenzialmente più elevato rispetto a quello esistente nel luogo d'origine o che le normative del luogo di destinazione tengono conto di interessi pubblici ulteriori.<sup>35</sup> Ciò vale in particolare qualora nel Cantone d'origine per l'esercizio di una professione vengono esaminati solo dei requisiti personali o che questa possa essere esercitata senza autorizzazione, mentre nel Cantone di destinazione è prevista un'autorizzazione.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> V. articolo 1 capoverso 1 del regolamento cantonale del 17 dicembre 1976 della legge sulle attività private di investigazione e di sorveglianza (RLAPIS; RLTI 1.4.3.1.1).

<sup>35</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1311 e i riferimenti ivi indicati.

<sup>36</sup> Sentenza del TF 2C\_844/2008 del 15.5.2009, consid. 4.2; cfr. anche la sentenza del Tribunale amministrativo cantonale del Canton Argovia WBE.2013.101/WBE.2013.112 del 19.11.2013, consid. 4.9, in: DPC 2013/4, 848, *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

51. In concreto, nei casi in cui la presunzione di equivalenza è confutata (ad esempio se il Cantone d'origine non prevede il rilascio di un'autorizzazione per gli agenti o che questa non sia prevista né per gli agenti né per la ditta), le autorità ticinesi competenti devono dimostrare in che misura una restrizione dell'accesso al mercato è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI; cfr. cifre 9 e 15). La richiesta automatica di documenti che attestano i requisiti personali e professionali nei casi in cui il Cantone d'origine non prevede l'autorizzazione per gli agenti, rispettivamente né per la ditta né per gli agenti, senza che l'applicazione del diritto ticinese venga motivata sulla base dell'articolo 3 LMI, non è conforme alla LMI.

52. Per quanto concerne la richiesta dell'inoltro di un **diploma professionale**, occorre tener conto di quanto segue: se nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività in questione è ammesso senza requisiti professionali, l'autorità del Cantone Ticino può verificare la capacità professionale unicamente se la presunzione di equivalenza è confutata (art. 2 cpv. 5 LMI) e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte (n. marg. 15). Riguardo alla condizione di conformità al principio di proporzionalità si dovrà in particolare prendere in considerazione la pratica acquisita (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI). Secondo l'opinione del Consiglio federale, l'esercizio irriprensibile di un'attività professionale per tre anni consecutivi può essere considerato come sufficiente a preservare interessi pubblici preponderanti.<sup>37</sup> La richiesta di un diploma professionale è quindi solo eccezionalmente giustificata. Il fatto che i formulari e i moduli per l'istanza di autorizzazione richiedano esplicitamente l'inoltro di copia di un diploma professionale specifico<sup>38</sup> può dissuadere offerenti extracantonali sprovvisti di tali certificati dal presentare una domanda.

53. Quanto qui sopra esposto vale anche per i **requisiti personali** e le altre condizioni previsti dalla LAPIS. In effetti, se queste condizioni sono già state esaminate dalle autorità del Cantone d'origine, le autorità ticinesi non possono procedere a un riesame. Anche qualora la presunzione di equivalenza fosse confutata (art. 2 cpv. 5 LMI), l'autorità ticinese potrà imporre delle restrizioni del libero accesso al mercato sotto forma di oneri o condizioni, soltanto se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI saranno soddisfatte. Per quanto concerne più in particolare il requisito di buona condotta vale aggiungere che, considerando i rischi legati all'esercizio di attività di investigazione e di sorveglianza da parte di persone inadeguate dal punto di vista caratteriale, un esame di tale requisito è in linea di massima idoneo e necessario per garantire la sicurezza pubblica. In questo senso la richiesta di presentare un estratto del casellario giudiziale può essere giustificata da un interesse pubblico preponderante (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI), se tale requisito non è stato verificato nel luogo di origine.<sup>39</sup>

54. **L'esigenza del domicilio o della sede** nel Cantone Ticino costituisce una restrizione del libero accesso al mercato. Per essere ammessa, l'autorità ticinese deve dimostrare che le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Queste condizioni non sono tuttavia

adempite, poiché secondo l'articolo 3 capoverso 2 lettera c LMI le restrizioni del libero accesso al mercato non sono conformi al principio di proporzionalità se il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione. L'obbligo di avere un domicilio politico o la sede nel Cantone Ticino previsto dall'articolo 5 lettera b LAPIS costituisce pertanto una restrizione illecita del libero accesso al mercato.<sup>40</sup> Sulla base delle risposte al questionario e delle decisioni trasmesse, la COMCO constata che la SPa in realtà non applica questa condizione. In effetti, le imprese e gli agenti che presentano una domanda d'autorizzazione non sembrano tenuti a fornire informazioni e documenti in merito al domicilio o alla sede.<sup>41</sup> Ciononostante, il fatto che questa esigenza sia iscritta nella legge ticinese può dissuadere offerenti extracantonali privi di domicilio o di sede nel Cantone Ticino dal presentare una domanda d'autorizzazione. Pertanto, la COMCO raccomanda di sopprimere nella LEPIA l'esigenza del domicilio o della sede nel Cantone Ticino.

55. L'autorità ticinese sostiene che le procedure di autorizzazione per l'esercizio di attività private di investigazione e di sorveglianza sono gratuite. Tuttavia, una delle decisioni trasmesse impone una tassa di autorizzazione di 150 franchi. D'altro canto, l'articolo 8 RLAPIS prevede il prelievo di una **tassa** da 100 a 500 franchi a copertura dei costi, non specificando quali. Il principio di gratuità della procedura (art. 3 cpv. 4 LMI) deve essere applicato all'intera procedura di accesso al mercato e non si limita ai soli casi in cui delle restrizioni sono state ordinate (n. marg. 12). È quindi necessario evitare che le decisioni con le quali l'accesso al mercato è stato ammesso o negato impongano il pagamento di una tassa.

56. Le decisioni della SPa possono essere impugnate davanti al Consiglio di Stato entro 30 giorni. Si osserva che le decisioni della SPa non sono trasmesse alla COMCO, ciò in violazione dell'articolo 10a capoverso 2 LMI.

57. A partire dal 1° gennaio 2017 entrerà in vigore il Concordato sulle prestazioni di sicurezza effettuate da privati (CPSP), al quale ha aderito anche il Cantone Ticino, e la LAPIS verrà abrogata.<sup>42</sup> La conformità del CPSP con la LMI è stata esaminata separatamente nel quadro della raccomandazione della COMCO del 5 dicembre 2016.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 430. Cfr. anche sentenza del TF 2C\_844/2008 del 15.5.2009, consid. 4.1, 4.6.

<sup>38</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari.

<sup>39</sup> Perizia della COMCO del 5.12.2016, n. marg. 99, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>40</sup> Cfr. DPC 2001/1, 160 n. marg. 31 segg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>41</sup> Cfr. <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari > Istanza di autorizzazione/Attività indipendente (Istanza di autorizzazione/Ditta, società).

<sup>42</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza. <sup>43</sup> Perizia della COMCO del 5.12.2016, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

## 2.2.4 Attività di accoglienza di minori

58. La Divisione dell'azione sociale e delle famiglie del Dipartimento della sanità e della socialità, tramite il suo Ufficio del sostegno a enti e attività per le famiglie (UFaG) è competente per il rilascio delle autorizzazioni per l'accoglienza di minorenni ai sensi dell'articolo 22 della legge cantonale del 15 settembre 2003 sulle attività delle famiglie e di protezione di minorenni (Legge sulle famiglie, LFam; RLTI 6.4.2.1) e dell'articolo 13 dell'Ordinanza federale del 19 ottobre 1977 sull'accoglimento di minori a scopo di affiliazione (Ordinanza sull'affiliazione, OAMin; RS 211.222.338).<sup>44</sup>

59. L'UFaG richiede i documenti seguenti:

- curriculum vitae;
- diplomi;
- certificati di lavoro;
- estratto del casellario giudiziale;
- autocertificazione dell'estratto del casellario giudiziale;
- certificato medico di buona salute;
- mansionario;
- copia del contratto di lavoro;
- documenti relativi al progetto (sostenibilità finanziaria, carta dei servizi, ecc.).

60. Stando alle risposte al questionario, non vi sono state per il momento richieste da parte di offerenti extracantonali. Se ciò dovesse accadere, l'autorità ticinese afferma che le richieste sarebbero esaminate sulla base dei requisiti previsti dalla LFam. Essa ritiene che non vi sarebbero restrizioni ai sensi dell'articolo 3 LMI, poiché i medesimi parametri verrebbero verificati sia per i richiedenti cantonali sia per quelli extracantonali.

61. Ai sensi dell'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI, l'autorità ticinese è tenuta ad esaminare la richiesta di autorizzazione di offerenti extracantonali sulla base delle normative vigenti nel luogo d'origine. Le restrizioni previste dalla LFam possono essere applicate solo se le normative del Cantone d'origine e quelle del Cantone Ticino non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI (interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento) sono soddisfatte. Visto che, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone Ticino non si applicano ad offerenti extracantonali già in possesso di un'autorizzazione nel Cantone d'origine o che esercitano legittimamente l'attività nel luogo di origine senza autorizzazione, l'inoltro di documenti che attestano i requisiti personali e professionali secondo la normativa ticinese non può essere richiesta sistematicamente. Occorre inoltre osservare che le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono cumulative. Questo significa che non è sufficiente il fatto che i requisiti stabiliti dalla normativa ticinese si applichino nella stessa misura agli offerenti locali e a quelli esterni (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI), ma questi devono anche essere indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e conformi al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI). Gli offerenti extracantonali hanno inoltre diritto

ad una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

## 2.2.5 Professioni di ingegnere e architetto

62. Ai sensi dell'articolo 2 della legge cantonale del 24 marzo 2004 sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto (LEPIA; RLTI 7.1.5.1) l'Ordine degli ingegneri ed architetti del Cantone Ticino (OTIA) è l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio delle professioni di ingegnere ed architetto. Questa è rilasciata ai richiedenti che soddisfano i requisiti professionali e personali, come ad esempio beneficiare di un titolo di studio valido, non aver subito condanne penali, non trovarsi in stato di fallimento o di insolvenza comprovata, non essere stato oggetto di decisione di revoca dell'autorizzazione di esercitare la professione in un altro Cantone o Stato (art. 4–6 LEPIA). L'autorizzazione può essere rilasciata a titolo permanente o temporaneo, per singoli progetti (v. art. 7 cpv. 3 LEPIA e art. 3 cpv. 1 del regolamento del 5 luglio 2005 di applicazione della legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto [RLEPIA; RLTI 7.1.5.1.1]).

63. Secondo le risposte al questionario trasmesse dall'autorità ticinese, gli offerenti extracantonali che presentano una richiesta di autorizzazione per esercitare la professione di architetto o ingegnere nel Cantone Ticino devono trasmettere i seguenti documenti (v. anche art. 1 RLEPIA):

- copia del diploma;
- estratto del casellario giudiziale;
- estratto fallimentare;
- curriculum professionale;
- fotocopia di un documento di identità;
- conferma avvenuto pagamento della tassa;
- copia di un eventuale permesso di lavoro.

64. L'OTIA afferma che l'applicazione delle disposizioni della LEPIA non è motivata sulla base delle condizioni dell'articolo 3 LMI. Secondo l'OTIA ciò non sarebbe utile, visto che è evidente che l'esame della richiesta debba rispettare il principio della legalità e quindi l'ordinamento giuridico svizzero e cantonale vigente.

65. Le normative del Cantone Ticino possono essere applicate solo se le normative del Cantone d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI (interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento) sono soddisfatte. Visto che, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone Ticino non si applicano ad offerenti extracantonali già in possesso di un'autorizzazione nel Cantone d'origine o che esercitano legittimamente l'attività nel luogo di origine senza autorizzazione, l'inoltro di documenti che attestano i requisiti secondo la normativa ticinese non può essere richiesta sistematicamente. Pertanto, l'applicazione delle norme della LEPIA riguardo ai

<sup>44</sup> V. articoli 2 lettera b e 23 del regolamento cantonale del 20 dicembre 2005 della legge sulle famiglie (RLFam; RLTI 6.4.2.1.1).

requisiti da soddisfare per ottenere l'autorizzazione deve essere motivata sulla base dell'articolo 3 LMI. In tal senso, in una prima fase, l'OTIA dovrà prima verificare, se le norme di accesso al mercato e la relativa prassi del luogo d'origine del richiedente extracantonale garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalla normativa ticinese, in concreto la LEPIA. Se la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI è confutata, l'autorità ticinese competente dovrà dimostrare che le condizioni poste dalla LEPIA per l'ottenimento dell'autorizzazione, come l'inoltro di documenti che attestano le capacità professionali o la reputazione personale, siano indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti, conformi al principio di proporzionalità e non discriminatori ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.

66. L'articolo 7 capoverso 1 LEPIA prevede che gli ingegneri e gli architetti provenienti da altri Cantoni o Stati che intendono esercitare la professione nel Cantone Ticino sottostanno alle prescrizioni della LEPIA. Questa disposizione è contraria a quanto stabilito agli articoli 2 e 3 LMI. In ragione dei principi dell'obbligo di attuare il diritto federale e della preminenza del diritto federale sanciti agli articoli 46 capoverso 1 e 49 capoverso 1 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101), l'autorità ticinese deve osservare le prescrizioni della LMI. Ciò significa che le disposizioni previste dalla LEPIA riguardo ai requisiti professionali e personali per l'ottenimento dell'autorizzazione potranno essere applicate agli offerenti extracantonali, unicamente se la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI è confutata e che le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte.

67. La LEPIA prevede l'istituzione di un albo professionale (di seguito: Albo OTIA). Le persone in possesso dell'autorizzazione vengono iscritte all'Albo OTIA e hanno il diritto di qualificarsi come ingegnere o architetto OTIA (art. 3 cpv. 4 LEPIA). L'Albo OTIA riporta le informazioni per ogni ingegnere e architetto riguardanti l'identità, la data del rilascio dell'autorizzazione e l'indicazione del titolo di studio, la forma giuridica e la relativa ragione sociale e gli indirizzi professionali (art. 9 cpv. 2 LEPIA). Per esercitare la professione di ingegnere e di architetto nel Cantone Ticino è dunque necessario essere iscritti all'Albo OTIA. Inoltre, benché non prevista dalla LEPIA, per l'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto è richiesto il pagamento (anticipato) di una tassa d'iscrizione all'Albo OTIA e per il rinnovo della stessa.<sup>45</sup> **L'obbligo di essere iscritti ad un albo professionale o a un registro cantonale** costituisce di per se stesso una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.<sup>46</sup> Per poter essere ammessa, questa restrizione deve in particolare essere indispensabile per preservare degli interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI). Scopo della LEPIA è quello di promuovere la dignità e il corretto esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto (art. 1 cpv. 1 LEPIA). Alla luce della giurisprudenza in relazione all'articolo 36 capoverso 2 Cost., difficilmente tali obiettivi possono costituire degli interessi pubblici preponderanti ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI.<sup>47</sup> Inoltre, l'esistenza di un albo professionale o di un registro cantonale

non è né adeguata né indispensabile per garantire una corretta applicazione delle regole d'arte, la qualità delle prestazioni e dei servizi offerti e una sufficiente qualifica professionale degli operatori. Tale restrizione non è quindi conforme al principio di proporzionalità.<sup>48</sup> Tramite raccomandazione del 29 gennaio 2001, la COMCO aveva raccomandato ai Cantoni di Friburgo, di Ginevra, di Neuchâtel e Ticino di sopprimere l'esigenza dell'iscrizione ai registri cantonali degli architetti e ingegneri.<sup>49</sup> Per quanto concerne il Cantone Ticino, la COMCO constata che il registro cantonale è stato mantenuto. In effetti, solo gli ingegneri e gli architetti che hanno ottenuto l'autorizzazione e che sono iscritti all'Albo OTIA possono legittimamente esercitare la propria professione nel Cantone Ticino. In questo contesto, occorre notare che le domande di autorizzazione non sono nemmeno esaminate senza pagamento anticipato della tassa d'iscrizione.<sup>50</sup>

68. Per quanto riguarda la richiesta di un **diploma professionale**, occorre tener conto del fatto che se le capacità professionali sono già state controllate dall'autorità del luogo d'origine, le autorità ticinesi non potranno riesaminarle e vale la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Se nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività in questione è ammesso senza requisiti professionali, l'autorità ticinese può verificare la capacità professionale unicamente se la presunzione di equivalenza è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. In questo contesto, occorre tenere conto della pratica acquisita nel luogo di origine ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI.

69. L'articolo 17 capoverso 1 lettera d LEPIA prevede che chi esercita le professioni di ingegnere o di architetto nel Cantone Ticino è tenuto a rispettare i **contratti collettivi di lavoro** (in seguito: CCL). La LEPIA non specifica se si intendono CCL con carattere obbligatorio generale. Al riguardo occorre far notare che se un CCL non ha carattere obbligatorio generale, l'autorità ticinese non può imporre agli operatori locali o extracantonali il rispetto delle disposizioni di tale CCL, senza violare le prescrizioni della legge federale del 28 settembre 1956 concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro (LOCCL; RS 221.215.311). Dal punto di vista della LMI, è bene ricordare che in virtù del princi-

<sup>45</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>46</sup> DPC 2001/1, 160 n. marg 13 seg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>47</sup> DTF 128 I 92, 95 consid. 2a; sentenza del TF 2C\_720/2014 del 12 maggio 2015 consid. 6.1. Cfr. anche DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 194 e 454; ZWALD (n. 1), n. marg. 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2° ed., 2013, n. marg. 31 art. 3 LMI. Cfr. anche in relazione con il principio di uguaglianza tra concorrenti ai sensi dell'articolo 8 Cost. DTF 125 II 129, 149 seg., consid. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 seg., consid. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 seg., consid. 3b (Margot Knecht).

<sup>48</sup> Cfr. DPC 2001/1, 160 n. marg 19 seg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>49</sup> DPC 2001/1, 167, *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>50</sup> Cfr. <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

pio del luogo di origine sancito all'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI, un offerente esterno ha il diritto di esercitare le proprie attività nel Cantone Ticino secondo le prescrizioni vigenti nel Cantone di origine. Anche se un CCL avesse carattere obbligatorio generale nel Cantone Ticino ma non nel Cantone di origine, l'obbligo del rispetto di tale CCL rappresenterebbe una restrizione del libero accesso al mercato, ammissibile soltanto se la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 è confutata e che le condizioni e dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte.<sup>51</sup>

70. In merito alla richiesta dell'**estratto del casellario giudiziale**, è bene osservare che questo può essere richiesto unicamente se la reputazione del richiedente extracantonale non è già stata verificata dalle autorità del luogo d'origine. Se l'autorizzazione del richiedente extracantonale è rifiutata sulla base dell'estratto del casellario giudiziale, la decisione deve allora motivare, che il rifiuto è indispensabile alla protezione di un interesse pubblico e conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 LMI). Concretamente ciò significa che, il reato commesso deve condurre a concludere che l'esercizio della professione di architetto o di ingegnere può mettere in pericolo un interesse pubblico. In caso contrario, l'autorizzazione non può essere negata.

71. L'autorità ticinese afferma che non esistono decisioni di rifiuto della domanda di autorizzazione o di ammissione della domanda di autorizzazione con restrizioni. Le uniche decisioni trasmesse con le risposte al questionario riguardano dei casi in cui la domanda di autorizzazione per l'esercizio delle professioni di architetto o di ingegnere da parte di un offerente extracantonale è stata ammessa. Contrariamente a quanto previsto dall'articolo 10a capoverso 2 LMI, l'OTIA non trasmette le sue decisioni alla COMCO.

72. Infine, si osserva che, nonostante le decisioni dell'OTIA non ne facciano menzione, per i professionisti che richiedono l'iscrizione all'albo è previsto il pagamento di una **tassa amministrativa**.<sup>52</sup> Questa tassa è da pagare prima di aver ottenuto l'autorizzazione e con la domanda il richiedente deve allegare la conferma dell'avvenuto pagamento della tassa. Secondo l'OTIA l'importo della tassa d'iscrizione all'albo servirebbe a coprire una parte dei costi amministrativi di iscrizione e per vari servizi offerti (ad es. il servizio giuridico gratuito, la consulenza in altri ambiti legali e tecnici). Non esiste base legale per il prelievo di detta tassa. L'ammontare delle tasse di iscrizione è indicata sul sito internet dell'OTIA<sup>53</sup>, dove si precisa che *«[n]on è previsto alcun rimborso della tassa amministrativa anticipata in caso di decisioni di rifiuto dell'autorizzazione da parte del Consiglio, di rinuncia di proseguimento della pratica da parte del candidato, oppure per pratiche non completate»*. Questo modo di procedere è contrario all'articolo 3 capoverso 4 LMI che prevede la gratuità della procedura di autorizzazione. Il fatto di richiedere il pagamento anticipato della tassa amministrativa e che il rimborso di questa sia negato in caso di rifiuto può dissuadere offerenti extracantonali dal presentare una domanda di autorizzazione.

## 2.2.6 Professioni di fiduciario

73. Ai sensi dell'articolo 1 della legge cantonale del 1° dicembre 2009 sull'esercizio delle professioni di fiduciario

(LFid; RLTI 11.1.4.1) l'esercizio delle professioni di fiduciario, commercialista, fiduciario immobiliare e fiduciario finanziario svolte per conto di terzi a titolo professionale sono soggette ad autorizzazione

74. L'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio della professione di fiduciario è l'Autorità di vigilanza sull'esercizio delle professioni di fiduciario (di seguito: Autorità di vigilanza), nominata dal Consiglio di Stato (art. 8 e 18 LFid). L'autorizzazione è rilasciata ai richiedenti che soddisfano determinati requisiti professionali e personali (art. 8 cpv. 1 LFid):

- esercizio dei diritti civili;
- ottima reputazione e garanzia di un'attività irreprensibile;
- non trovarsi in stato di fallimento o di insolvenza comprovata;
- disporre di titolo di studio riconosciuto e aver compiuto due anni di pratica in Svizzera nel ramo per il quale si domanda l'autorizzazione;
- disporre di una copertura per la responsabilità civile.

75. Al fine di verificare tali requisiti, secondo quanto affermato dall'Autorità di vigilanza, sono da allegare all'istanza per il rilascio dell'autorizzazione i documenti seguenti (cfr. anche art. 8 LFid e 4 regolamento del 30 maggio 2012 della legge sull'esercizio delle professioni di fiduciario [RFid; RLTI 11.1.4.1.1]):

- autocertificazione;
- curriculum vitae e professionale;
- certificato di domicilio;
- estratto del casellario giudiziale;
- attestazione dell'Ufficio esecuzione e fallimenti;
- copia dell'eventuale titolo di studio;
- attestazione/i comprovante/i l'assolvimento della pratica triennale;
- ogni altro documento necessario a chiarire la posizione del richiedente.

76. L'articolo 9 LFid precisa che per i richiedenti provenienti da un altro Cantone rimane riservata la LMI.

77. Nelle risposte al questionario l'autorità ticinese afferma che le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione sono verificate ai sensi della LFid e che l'offerente extracantonale è autorizzato ad esercitare la professione di fiduciario nel Cantone Ticino sulla base delle condizioni dell'articolo 3 LMI. L'Autorità di vigilanza dichiara inoltre di verificare che l'offerente extracantonale sia effettivamente attivo professionalmente quale fiduciario nel suo luogo d'origine.

78. Per quanto riguarda le attestazioni delle capacità professionali, l'articolo 8 capoverso 1 lettera d LFid prevede

<sup>51</sup> Sentenza del TF 2C\_111/2010 del 7.12.2010, consid. 2.5. Cfr. pure DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1290 ff. e riferimenti ivi citati.

<sup>52</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>53</sup> Idem.

la doppia condizione del possesso di un **titolo di studio riconosciuto** (v. art. 11 LFid) e della pratica di due anni in Svizzera quale fiduciario. Ciononostante, nelle decisioni trasmesse, l'Autorità di vigilanza ha ammesso l'autorizzazione sulla base della prova dello svolgimento di un periodo di pratica di tre anni, anche se l'offerente extracantonale non era in possesso di un titolo di studio riconosciuto. Tale prassi è conforme alla LMI. Tuttavia, prima di applicare il diritto ticinese, l'Autorità di vigilanza deve dimostrare che la presunzione di equivalenza è confutata (art. 2 cpv. 5 LMI). Solo se le normative cantonali non sono equivalenti, l'Autorità di vigilanza potrà applicare le disposizioni previste dalla LFid agli offerenti extracantonali, motivando le proprie decisioni sulla base delle condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI. A questo proposito, si osserva che il formulario per la domanda di autorizzazione<sup>54</sup> indica esplicitamente l'inoltro di una copia autenticata del titolo di studio. Tale indicazione può dissuadere offerenti extracantonali sprovvisti di tali certificati dal presentare la domanda.

79. Quanto qui sopra esposto vale anche per la richiesta dell'**estratto del casellario giudiziale** e l'**attestazione dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti**. In effetti, se questi requisiti personali e finanziari sono già stati esaminati dalle autorità del Cantone d'origine, l'autorità ticinese non può procedere al riesame di tali requisiti. Anche qualora la presunzione di equivalenza fosse confutata (art. 2 cpv. 5 LMI), l'autorità ticinese potrà imporre delle restrizioni del libero accesso al mercato sotto forma di oneri o condizioni, soltanto se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI saranno soddisfatte.

80. La richiesta di una **copertura per la responsabilità civile** è in linea di massima ammessa.<sup>55</sup> Le modalità di questa copertura sono previste all'articolo 5 RFid, il quale stabilisce in particolare gli ammontari della copertura minima a seconda del settore di attività della professione di fiduciario (tra fr. 500 000.– e 1 000 000.–). Se queste esigenze sono superiori a quelle stabilite nel Cantone d'origine, l'ammontare delle coperture minime previste e le altre modalità previste dalla regolamentazione ticinese possono essere applicate unicamente se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. L'Autorità di vigilanza dovrà in particolare tenere conto dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine (art. 3 cpv. 2 let. b LMI).

81. Con le risposte al questionario l'autorità ticinese ha allegato un **preavviso negativo** al rilascio dell'autorizzazione e dieci decisioni con le quali l'autorizzazione è stata ammessa. L'Autorità di vigilanza non considera il preavviso negativo come decisione formale. Nel preavviso negativo si indica che l'emissione di una decisione formale impugnabile davanti al Tribunale cantonale amministrativo è possibile su pagamento di una tassa di giustizia di 500 franchi.

82. Secondo l'articolo 9 capoverso 1 LMI le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni impugnabili. Se nessuna decisione è pronunciata, l'offerente extracantonale può esigerne una.<sup>56</sup> Inoltre, le decisioni concernenti delle restrizioni di accesso al mercato devono essere prese con procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI). I preavvisi negativi rila-

sciati dall'Autorità di vigilanza non rispettano queste condizioni. Da un lato, benché trattasi in realtà di decisioni concernenti delle restrizioni, queste non rivestono la forma di decisioni impugnabili ai sensi dell'articolo 9 capoverso 1 LMI. Dall'altro lato, il fatto che il richiedente debba presentare una domanda e pagare una tassa per l'emissione di una decisione non si conforma al principio di procedura semplice, rapida e gratuita giusta l'articolo 3 capoverso 4 LMI.

83. Per quanto concerne le decisioni con le quali l'autorizzazione all'esercizio della professione è stata ammessa, si constata che a carico del richiedente sono poste una **tassa annuale** di 400 franchi (o pro-rata della medesima in dodicesimi) e una **tassa d'autorizzazione** di 500 franchi. Ciò malgrado la disposizione dell'articolo 12 capoverso 3 LFid preveda espressamente che riguardo alla tassa di rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di fiduciario e per quella relativa all'iscrizione all'albo cantonale dei fiduciari rimane riservata la LMI per i richiedenti extracantonali. L'Autorità di vigilanza afferma che a causa di una svista, ad alcune decisioni sono state erroneamente fatturate le tasse di autorizzazione e che per quest'ultime il Segretariato dell'Autorità di vigilanza si sta adoperando per la restituzione degli importi. La normativa ticinese e la prassi che impongono una tassa violano l'articolo 3 capoverso 4 LMI, che prevede la gratuità della procedura. Ciò non vale solo per la tassa per il rilascio dell'autorizzazione ma anche per la tassa annuale di esercizio.

84. Si osserva infine che le decisioni dell'Autorità di vigilanza non sono trasmesse alla COMCO, ciò in violazione dell'articolo 10a capoverso 2 LMI.

### 2.2.7 Attività artigianali

85. Secondo gli articoli 13 e seguenti della legge cantonale del 24 marzo 2015 sulle imprese artigianali (LIA; RLTI 7.1.5.4) la Commissione di vigilanza sulle imprese artigianali (qui di seguito: Commissione LIA) è l'autorità cantonale competente per il rilascio dell'autorizzazione nel settore delle professioni artigianali.

86. L'articolo 3 LIA prevede l'istituzione di un albo delle imprese artigianali (di seguito: Albo LIA). L'iscrizione all'Albo LIA è obbligatoria per le imprese artigianali che eseguono sul territorio cantonale lavori artigianali nei settori professionali indicati nell'allegato del regolamento cantonale del 20 gennaio 2016 della legge sulle imprese artigianali (RLIA; RLTI 7.1.5.4.1). Per essere ammesse all'albo, le imprese artigianali devono disporre di determinati requisiti professionali e personali (art. 4 cpv. 1, 6 e 7 LIA). Inoltre, esse sono tenute a disporre di una copertura assicurativa minima (art. 9 cpv. 2 lett. c RLIA), a rispettare i CCL locali (art. 9 lett. c LIA e art. 9 cpv. 2 lett. a e b RLIA) e a pagare delle tasse d'iscrizione all'Albo LIA (art. 19 LIA e art. 11 RLIA).

87. Per le società i requisiti professionali devono essere adempiuti da almeno un titolare o membro dirigente effet-

<sup>54</sup> <www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/ufficio> Sportello > Formulari.

<sup>55</sup> Sentenza del TF del 22.2.2011 2P.180/2000, consid. 3c.

<sup>56</sup> FF 1995 I 1025 (n. 6), in particolare pag. 1065.

tivo (art. 4 cpv. 2 LIA). Ai sensi della LIA può essere considerato titolare o membro dirigente colui che partecipa effettivamente alla gestione della società, vi dedica il proprio lavoro in modo prevalente e la rappresenta (art. 4 cpv. 3 LIA).<sup>57</sup>

88. La richiesta d'iscrizione all'albo deve essere presentata tramite un apposito modulo (online<sup>58</sup>) e corredata dalla seguente documentazione (art. 4 RLIA):

a) Per il titolare o membro dirigente effettivo

- certificato di capacità per l'esercizio dei diritti civili;
- certificato di buona condotta;
- estratto del casellario giudiziale;
- estratto dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti;
- copia dei diplomi e dei titoli di studio;
- comprova della pratica professionale richiesta;

b) Per l'impresa

- copia dell'estratto del registro di commercio;
- estratto dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti;
- dichiarazione della cassa AVS per la conferma del versamento dei contributi sociali;
- dichiarazione della Commissione paritetica cantonale (CPC) per la conferma del contributo al fondo di pensionamento anticipato;
- copia della polizza e del premio pagato per la copertura assicurativa di responsabilità civile professionale di un valore di almeno 1 000 000 franchi all'anno;
- dichiarazione della CPC o documento comprovante per la conferma del versamento delle cauzioni;
- dichiarazione della CPC del rispetto del contratto collettivo di lavoro.

89. Per quanto riguarda i requisiti professionali, l'articolo 6 capoverso 2 LIA prevede che il Consiglio di Stato può sostituire l'esigenza di determinati titoli di studio con una sufficiente esperienza lavorativa come pure richiedere, in aggiunta, un'adeguata pratica professionale quale dirigente di cantiere. Secondo l'articolo 5 capoverso 1 RLIA il titolare o membro dirigente effettivo dell'impresa deve dimostrare di essere in possesso di titoli di studio e di un'esperienza professionale. L'articolo 5 capoverso 3 RLIA stabilisce che per la pratica professionale sono computati gli anni di lavoro effettivamente svolti nella categoria professionale interessata a far tempo dal conseguimento del titolo di studio richiesto. L'allegato della RLIA prevede per ogni categoria (come ad es. costruzioni in legno, opere da vetraio o da giardiniere) un titolo di studio minimo e una pratica professionale minima di tre anni. Delle deroghe alla pratica minima di tre anni sono possibili in casi particolari, per esempio quando un detentore del titolo di studio richiesto dimostri adeguate conoscenze imprenditoriali e del contesto economico cantonale (v. art. 5 cpv. 3, 2° frase RLIA).

90. L'articolo 24 capoverso 1 LIA prevede una deroga all'esigenza del titolo di studio nel caso in cui il titolare o membro dirigente effettivo dell'impresa artigianale dimostra di ossequiare i requisiti personali (art. 7 LIA) e di esercitare in Svizzera la professione oggetto della richiesta da almeno cinque anni (v. anche art. 13 RLIA).

91. Inoltre, secondo l'articolo 9 lettera c LIA le imprese artigianali sono tenute a rispettare le **disposizioni legislative sul lavoro e sui CCL**. In questo senso esse dovranno anche adempiere agli obblighi verso le istituzioni sociali previste dai CCL (art. 9 lett. e LIA), in particolare quelli riguardanti le cauzioni (art. 9 cpv. 2 lett. a RLIA). L'articolo 9 capoverso 2 lettera b RLIA precisa che nelle categorie professionali dove vige un CCL, le imprese artigianali devono presentare l'attestazione del rispetto del medesimo rilasciata dalla competente commissione paritetica. La LIA non specifica se si intendono CCL con carattere obbligatorio generale.

92. Gli offerenti esterni che esercitano legalmente la loro attività nel loro Cantone d'origine e che eseguono dei lavori artigianali ai sensi della LIA hanno il diritto sulla base degli articolo 2 capoversi 1–4 LMI di offrire i loro servizi e le loro prestazioni così come a stabilirsi per l'esercizio di tali attività nel Cantone Ticino. In virtù del principio di equivalenza stabilito dall'articolo 2 capoverso 5 LMI le normative del Cantone d'origine e quelle del Cantone Ticino concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti. Il diritto di accedere liberamente al mercato sancito dall'articolo 2 capoversi 1–4 LMI sussiste anche quando nel luogo d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione. La legalità dell'esercizio dell'attività è in effetti già garantita dal quadro giuridico del luogo d'origine. Se l'obbligo di autorizzazione vigente nel Canton Ticino si contrappone a una normativa che non prevede il rilascio di un'autorizzazione, ciò significa che, in linea di massima, le normative sull'accesso al mercato non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). In questo caso, l'autorità ticinese deve verificare se le restrizioni previste dalla LIA rispettano i requisiti dell'articolo 3 LMI (n. marg. 15). Secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI delle restrizioni all'accesso al mercato devono rivestire la forma di oneri e condizioni e sono ammissibili soltanto se indispensabili per preservare gli interessi pubblici preponderanti, conformi al principio di proporzionalità e non discriminatorie. Le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti e che la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 2 lett. a e d LMI).

<sup>57</sup> L'articolo 5 capoverso 2 RLIA precisa che può essere considerato titolare o membro dirigente effettivo soltanto colui che partecipa effettivamente alla gestione della società mediante una presenza di almeno 50 % della normale durata di lavoro, la rappresenta e ne garantisce l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 9 LIA (rispetto delle leggi edilizie, di protezione dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro, rispetto dei contratti collettivi di lavoro, adempimento degli obblighi contributivi verso gli istituti sociali e nell'ambito della riscossione delle imposte alla fonte, non praticare concorrenza sleale).

<sup>58</sup> <[www.albo-lia.ch](http://www.albo-lia.ch)> Iscrizione > Modulo online per nuova iscrizione.



93. L'**obbligo di iscriversi ad un albo professionale** costituisce di per se stesso una restrizione del libero accesso al mercato e ciò indipendentemente dalle condizioni materiali prescritte per ottenere l'autorizzazione ad esercitare una determinata attività lucrativa.<sup>59</sup> Per non correre il rischio di incappare in sanzioni amministrative e penali, un'impresa artigianale non può legittimamente assumere dei mandati per l'esecuzione di lavori nel Cantone Ticino senza previa iscrizione all'Albo LIA. Per far ciò, essa deve presentare la domanda d'iscrizione mediante l'apposito modulo, allegando i documenti sopra elencati che attestano le capacità professionali, la buona condotta, la solvibilità finanziaria e la copertura assicurativa dell'impresa. La compilazione del modulo d'iscrizione, così come pure la ricerca e la produzione dei documenti richiesti implica l'impiego di risorse e di tempo non irrilevanti a carico dell'impresa interessata. Questa deve poi attendere una risposta da parte della Commissione LIA che ammetta la sua domanda e l'autorizza ad esercitare le sue attività nel Cantone Ticino. La preparazione della domanda e la procedura d'iscrizione all'Albo LIA impongono quindi un carico amministrativo elevato e oneroso che ritarda e rende più complessa e dispendiosa l'offerta di servizi e prestazioni di lavoro da parte di imprese artigianali extracantonali sul territorio del Cantone Ticino. Pertanto, l'obbligo d'iscrizione previsto dalla LIA costituisce una restrizione del libero accesso al mercato che può essere ammessa solo se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Scopo della LIA dovrebbe essere quello di favorire la qualità dei lavori delle imprese artigianali che operano sul territorio cantonale, migliorare la sicurezza dei lavoratori e prevenire gli abusi nell'esercizio della concorrenza (art. 1 LIA). L'articolo 3 LIA prevede che «[a] *garanzia del corretto esercizio dei lavori artigianali, in particolare della qualità e della sicurezza, è istituito un albo delle imprese artigianali*». La qualità dei lavori non costituisce un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Anche ammettendo che la sicurezza dei lavoratori e la prevenzione degli abusi in materia di concorrenza rappresentano degli interessi pubblici, l'iscrizione all'Albo LIA non sarebbe una misura idonea ed indispensabile per perseguire tali obiettivi. In effetti, il solo fatto che un'impresa sia iscritta all'Albo LIA non permette di assicurare che questa impresa rispetti le normative in materia di sicurezza dei lavoratori e che non commetta abusi in materia di concorrenza. Per questi motivi l'obbligo d'iscrizione all'Albo LIA non è conforme al principio di proporzionalità secondo l'articolo 3 capoverso 1 lettera c LMI. Questa restrizione del libero accesso al mercato è quindi illecita.

94. La richiesta sistematica dell'inoltro di un **diploma o di un titolo di studio specifico** combinato con la prova di una pratica minima di 3 anni da parte di offerenti extracantonali non è conforme alla LMI. In particolare, se il Cantone d'origine dell'offerente extracantonale ammette l'esercizio delle attività di impresa artigianale ai sensi della LIA senza richiedere un diploma o un titolo di studio, la Commissione LIA dovrà dapprima dimostrare che le normative del luogo d'origine non garantiscono una protezione equivalente degli interessi pubblici preponderanti e che quindi la presunzione di equivalenza è confutata. In secondo luogo, essa dovrà verificare se le restrizioni previste dalla LIA soddisfano le condizioni dell'articolo 3 ca-

poverso 1 LMI. La COMCO ritiene che in un caso concreto difficilmente queste condizioni potranno essere rispettate. In primo luogo, anche se i requisiti professionali imposti dalla LIA possono essere considerati come adeguati a garantire una certa qualità dei lavori, questi non sono indispensabili per perseguire tale scopo. In effetti, la qualità dei lavori è, da un lato, determinata dalla concorrenza tra gli offerenti presenti sul mercato, e dall'altro, tutelata dalle disposizioni in materia di diritto delle obbligazioni e di diritto procedurale civile, che permettono di giudicare i litigi relativi a delle prestazioni di qualità scadente. Inoltre, non esiste un rapporto ragionevole tra i possibili benefici per la tutela della qualità dei lavori che risulterebbero dall'obbligo di soddisfare i requisiti professionali della LIA (titoli di studio e pratica professionale minimi) e le restrizioni del libero accesso al mercato subita dall'impresa interessata. In secondo luogo, dei titoli di studio o la prova di un'esperienza professionale minima non sono delle misure adeguate e indispensabili per proteggere la sicurezza dei lavoratori o per prevenire gli abusi in materia di concorrenza. In questo contesto, occorre anche notare che il quadro legale esistente, in particolare in materia di protezione dei lavoratori e di misure di accompagnamento,<sup>60</sup> permettono già alle autorità cantonali competenti di effettuare le verifiche e di adottare le misure necessarie per realizzare tali obiettivi. È necessario pure ricordare che secondo l'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI, le restrizioni del libero accesso al mercato non sono conformi al principio di proporzionalità se la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (cfr. n. marg. 9). Al riguardo il Messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI precisa che l'esercizio irreprensibile di un'attività professionale per tre anni consecutivi può essere considerato sufficiente.<sup>61</sup> In tal senso la richiesta (sistematica) di copie di titoli di studio minimi non può essere giustificata. Per questi motivi, i requisiti professionali imposti dalla LIA non sono conformi al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).

95. Le stesse considerazioni espresse sopra valgono anche per quanto riguarda i **requisiti personali**, come il fatto di non avere subito condanne penali e godere di un'ottima reputazione, come pure per le altre condizioni previste dalla LIA. In particolare, per quanto concerne il **rispetto delle CCL**, è necessario innanzitutto sottolineare che se un CCL non ha carattere obbligatorio generale,

<sup>59</sup> DPC 2001/1, 160 seg., n. marg. 14 segg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la fondation REG*. Cfr. pure sentenza della CGUE C-215/01 del 11.12.2003 *Bruno Schnitzer*, Racc. 2003 I-14847 n. marg. 34; sentenza della CGUE C-58/98 del 3.10.2000 *Corsten*, Racc. 2000 I-07919 n. marg. 34. Cfr. anche sentenza della CGUE C-131/01 del 13.2.2003 *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*, Racc. 2003 I-01659 n. marg. 27.

<sup>60</sup> Cfr. Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (Legge sul lavoro; RS 822.11), legge federale del 20 marzo 1981 sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF; RS 832.20) e legge federale dell'8 ottobre 1999 concernente le misure collaterali per i lavoratori distaccati e il controllo dei salari minimi previsti nei contratti normali di lavoro (Legge sui lavoratori distaccati, LDist; RS 823.20).

<sup>61</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 430.

l'autorità ticinese non può imporre agli operatori locali o extracantonali il rispetto delle disposizioni di tale CCL, senza violare le prescrizioni della LOCCL. Dal punto di vista della LMI, è invece bene aggiungere che in virtù del principio del luogo di origine sancito all'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI, un offerente esterno ha il diritto di esercitare le proprie attività nel Cantone Ticino secondo le prescrizioni vigenti nel Cantone di origine. Anche se un CCL avesse carattere obbligatorio generale nel Cantone Ticino ma non nel Cantone di origine, l'obbligo del rispetto di tale CCL rappresenterebbe una restrizione del libero accesso al mercato, ammissibile soltanto se la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 è confutata e che le condizioni e dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte.<sup>62</sup> Anche la **copertura assicurativa minima** prevista dalla LIA può essere richiesta unicamente se la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Conformemente all'articolo 3 capoverso 2 lettera b LMI, la Commissione LIA deve tenere conto in particolare dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine.

96. La COMCO riconosce il diritto del Cantone Ticino a sorvegliare e controllare le imprese che esercitano un'attività lucrativa sul proprio territorio. In questo senso il **dovere di sorveglianza** esercitato dal Cantone Ticino può rappresentare un interesse pubblico.<sup>63</sup> La LMI non impedisce ai Cantoni di esigere che degli offerenti esterni annuncino l'esercizio delle loro attività lucrative sul territorio cantonale. Si deve tuttavia trattare di un semplice annuncio, senza che le imprese artigianali extracantonali siano tenute a soddisfare altre condizioni o ad adempiere ulteriori formalità burocratiche. Questo annuncio è sufficiente per permettere alle autorità ticinesi di assolvere il proprio dovere di sorveglianza e di controllo delle normative cantonali e federali vigenti, in particolare in materia di misure di accompagnamento. Nel caso della LIA, per essere iscritto all'Albo LIA un offerente extracantonale deve compilare ed inoltrare un apposito modulo, accompagnato dalla documentazione richiesta e comprovante i requisiti stabiliti dalla LIA (cfr. n. marg. 88). Non si tratta quindi di un semplice annuncio, che sarebbe sufficiente per permettere al Cantone Ticino di adempiere il suo dovere di sorveglianza. Pertanto, le misure previste dalla LIA oltrepassano ciò che è idoneo, necessario e ragionevole per perseguire tale scopo e non sono quindi conformi al principio di proporzionalità.

97. Sulla base di quanto espresso sopra, anche l'applicazione della deroga legale prevista dall'articolo 24 LIA alle imprese artigianali che esercitano la propria attività in Svizzera da almeno cinque anni e che soddisfano i requisiti personali (v. n. marg. 90) non sarebbe conforme alla LMI. In effetti, l'autorità cantonale ticinese deve dapprima determinare se la presunzione di equivalenza è confutata e, se questo è il caso, esaminare se l'obbligo di adempiere i requisiti professionali e personali stabiliti dalla LIA rispettano le condizioni stabilite dall'articolo 3 capoverso 1 LMI. Come appena visto ai paragrafi precedenti, queste condizioni non sembrano essere soddisfatte.

98. Il fatto che il modulo di iscrizione all'Albo LIA e le Linee guida per la compilazione della domanda di iscrizione

all'Albo delle imprese artigianali<sup>64</sup> richiedono esplicitamente l'inoltro di documenti comprovanti i requisiti professionali e personali può dissuadere offerenti esterni sprovvisti di tali certificati dal presentare la domanda.

99. Secondo l'articolo 19 LIA e l'articolo 11 RLIA sono previste delle **tassee** di iscrizione all'albo (fr. 600.–) e di tenuta a giorno dell'albo LIA (fr. 400.–).<sup>65</sup> Le imprese che richiedono di essere iscritte all'albo in più categorie, devono pagare oltre alla tassa d'iscrizione di base (fr. 600.–) anche un importo di 300 franchi per categoria (art. 11 cpv. 2 LIA). A questo proposito è bene ricordare che la procedura di accesso al mercato per degli offerenti extracantonali deve essere gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI). La richiesta del pagamento di tasse d'iscrizione all'Albo LIA e per la tenuta a giorno dello stesso non è pertanto conforme al principio di gratuità della procedura di autorizzazione stabilito dalla LMI. Il nuovo articolo 11 capoverso 2bis RLIA prevede una riserva per quanto riguarda i disposti della LMI.<sup>66</sup> Secondo questa disposizione, è in particolare possibile prescindere dal prelievo delle tasse di iscrizione e di tenuta a giorno per gli offerenti esterni nella misura in cui gli stessi siano abilitati ad operare nel loro Cantone d'origine e rispettano i requisiti personali e professionali previsti agli articoli 6 e 7 LIA. Ciò significa tuttavia che la deroga non vale per quei richiedenti extracantonali che esercitano legalmente la propria attività nel Cantone d'origine senza disporre di titoli di studio specifici o senza adempiere ai requisiti personali stabiliti dalla LIA.

## 2.2.8 Attività di costruzione

100. L'articolo 3 della legge cantonale del 1° dicembre 1997 sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione (LEPICOSC; RLTI 7.1.5.3) prevede l'istituzione di un albo delle imprese di costruzione e degli operatori specialisti (di seguito: albo delle imprese). Secondo l'articolo 3a LEPICOSC, per essere iscritti all'albo le imprese di costruzione e gli operatori specialisti devono disporre di requisiti professionali (diplomi ed attestati professionali minimi; art. 5 LEPICOSC) e personali (art. 5a LEPICOSC).

101. L'autorità competente per decidere sulle domande d'iscrizione all'albo è la Commissione di vigilanza, composta da cinque membri nominati dal Consiglio di Stato (art. 8 e 9 LEPICOSC).

<sup>62</sup> Sentenza del TF 2C\_111/2010 del 7.12.2010, consid. 2.5. Cfr. pure DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1290 segg. e riferimenti ivi citati.

<sup>63</sup> Cfr. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1359 e 1361 segg.

<sup>64</sup> <[www.albo-lia.ch](http://www.albo-lia.ch)> Iscrizione > Linee guida iscrizione.

<sup>65</sup> Il RLIA prevedeva inizialmente una tassa d'iscrizione all'albo di 2'000 franchi, rispettivamente di 1'500 franchi per le imprese facenti parte delle associazioni affiliate all'Unione Associazioni dell'Edilizia (UAE), e di un minimo di 300 franchi a un massimo di 2'000 franchi per le verifiche tecniche delle conoscenze e competenze professionali. Con decreto del 16 agosto 2016 il Consiglio di Stato del Cantone Ticino ha modificato parzialmente l'articolo 11 capoverso 1 RLIA, riducendo la tassa d'iscrizione a 600 franchi ed abolendo la tassa per le verifiche. Cfr. Bollettino Ufficiale delle leggi del 19 agosto 2016, Vol. 172, BU 36/2016, pag. 373.

<sup>66</sup> Cfr. BU 36/2016, pag. 373 (n. 65).

102. L'iscrizione all'albo abilita le imprese di costruzione e gli operatori specialisti all'esecuzione dei lavori nei rispettivi campi di attività (art. 4 cpv. 1 LEPICOSC). Sono tenute ad iscriversi all'albo le imprese di costruzione che intendono eseguire lavori edili i cui costi preventivabili superano i 30 000 franchi e gli operatori specialisti per opere del valore superiore ai 10 000 franchi (art. 4 cpv. 2 e 3 e *contrario* LEPICOSC). Secondo l'articolo 8 capoverso 1 del regolamento cantonale del 3 dicembre 2014 della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione (RLEPICOSC; RLTI 7.1.5.3.1) la Commissione di vigilanza accerta il valore delle commesse e l'obbligo di assoggettamento di imprese o operatori alla legge considerando come base di valutazione i prezzi del materiale e le tariffe approvate dalle associazioni di categoria. In caso di esecuzione di lavori assoggettati alla legge da parte di imprese o operatori non iscritti all'albo, la Commissione di vigilanza interviene con le necessarie misure provvisoriale e provvedimenti sanzionatori (art. 8 cpv. 3 RLEPICOSC). Le violazioni della LEPICOSC possono essere sanzionate tramite ammonimento, una multa fino a 100 000 franchi e la radiazione dall'albo (art. 16 cpv. 1 LEPICOSC).

103. Le domande di iscrizione all'albo devono essere presentate tramite un formulario ufficiale<sup>67</sup> alla Commissione di vigilanza che decide (art. 9 cpv. 1 LEPICOSC). Le domande devono essere corredate con la documentazione necessaria, indicata all'articolo 3 capoverso 2 RLEPICOSC:

- estratto autenticato dell'iscrizione della ditta al registro di commercio;
- estratto del casellario giudiziale di tutte le persone fisiche iscritte nel registro di commercio in qualità di titolari, membri dell'organo di direzione o di amministrazione o membri autorizzati a rappresentare la persona giuridica;
- certificato di solvibilità della ditta;
- atti comprovanti il rispetto dei requisiti professionali e personali da parte del titolare o membro dirigente effettivo (diplomi e titoli di studio richiesti dalla legge; attestati e referenze concernenti l'attività pratica, di almeno tre anni dopo il conseguimento del diploma o del titolo di studio riconosciuto, in qualità di dirigente di cantiere a tempo pieno in un'impresa di costruzione rispettivamente presso un operatore specialista; certificato di solvibilità personale).

104. Sulla base di quanto sopra esposto, ne consegue che secondo la normativa ticinese l'iscrizione all'albo per le imprese di costruzione e gli operatori specialisti è obbligatoria per i lavori e le opere che superano un determinato importo. Le imprese di costruzione e gli operatori specialisti che eseguono dei lavori per un ammontare superiore rispetto ai limiti fissati dalla legge cantonale senza essere iscritti all'albo rischiano di essere sanzionati. Per essere iscritti all'albo occorre adempiere determinati requisiti professionali e personali (v. n. marg. 103). La legge cantonale non prevede eccezioni per offerenti extracantoni.

105. L'**obbligo di essere iscritti ad un albo professionale o a un registro cantonale** costituisce di per se stesso una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.<sup>68</sup> Per poter essere ammessa, questa restrizione deve in particolare essere indispensabile per preservare degli interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI) e conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI). Scopo dell'albo delle imprese è quello di garantire il corretto esercizio delle attività degli impresari costruttori e degli operatori specialisti nel settore della costruzione (art. 3 LEPICOSC). Alla luce della giurisprudenza in relazione all'articolo 36 capoverso 2 Cost., difficilmente tale obiettivo può costituire un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI.<sup>69</sup> Inoltre, l'esistenza di un albo professionale o di un registro cantonale non è né adeguata né indispensabile per garantire il corretto esercizio delle professioni sopra citate. Tale restrizione non è quindi conforme al principio di proporzionalità.<sup>70</sup>

106. Nelle risposte al questionario, l'autorità ticinese afferma che un offerente extracantonale può eseguire dei lavori nel Cantone Ticino, anche se questi superano i limiti previsti dall'articolo 4 LEPICOSC, senza bisogno di iscrizione all'albo o di autorizzazione e che, in caso di controlli, viene verificata unicamente la pratica acquisita nel luogo d'origine. Secondo la Commissione di vigilanza un offerente extracantonale che dimostra «*un'adeguata esperienza in un determinato ramo d'attività può (ma non necessariamente deve) ottenere l'iscrizione all'Albo, dimostrando i requisiti richiesti dalla legge (diploma e esperienza)*». Tali informazioni non sono indicate né nella normativa cantonale (LEPICOSC e RLEPICOSC) né sul sito dell'albo delle imprese.<sup>71</sup> Un offerente extracantonale non è in grado di sapere se l'accesso al mercato ticinese è possibile senza autorizzazione e senza iscrizione all'albo, come sostiene l'autorità ticinese. Inoltre, non è chiaro se l'offerente extracantonale ha l'obbligo di annunciarsi e in che modo vengono effettuati dei controlli da parte della Commissione di vigilanza. Questi elementi possono dissuadere offerenti extracantoni dall'accedere al mercato ticinese.

107. In virtù del principio di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI) se le **capacità professionali** sono già state verificate dall'autorità del luogo d'origine, le autorità ticinesi non potranno riesaminarle. Se nel Cantone d'origine l'esercizio

<sup>67</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese > Sportello.

<sup>68</sup> DPC 2001/1, 160 n. marg 13 seg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>69</sup> DTF 128 I 92, 95 consid. 2a; sentenza del TF 2C\_720/2014 del 12 maggio 2015 consid. 6.1. Cfr. anche DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 194 e 454; ZWALD (n. 1), n. marg. 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2° ed., 2013, n. marg. 31 art. 3 LMI. Cfr. anche in relazione con il principio di uguaglianza tra concorrenti ai sensi dell'articolo 8 Cost. DTF 125 II 129, 149 segg., consid. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 segg., consid. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 segg., consid. 3b (Margot Knecht).

<sup>70</sup> Cfr. DPC 2001/1, 160 n. marg 19 seg., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG* (traduzione in italiano disponibile a DPC, 2001/1, 193 segg.).

<sup>71</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese.

dell'attività in questione è ammesso senza requisiti professionali, l'autorità ticinese può verificare la capacità professionale unicamente se la presunzione di equivalenza è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte, ovvero se le restrizioni all'accesso al mercato rivestono la forma di oneri e condizioni e se queste sono indispensabili per preservare gli interessi pubblici preponderanti, conformi al principio di proporzionalità e non discriminatorie. Le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti e che la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 2 lett. a e d LMI). Il fatto che nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività di impresa di costruzione o di operatore specialista ai sensi della LEPICOSC sia ammesso sulla base di requisiti professionali meno restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla legislazione ticinese non comporta automaticamente la confutazione del principio di equivalenza (n. marg. 15). Un controllo sistematico dei requisiti professionali, senza previo esame dell'equivalenza delle normative cantonali, anche se riguarda solo la pratica professionale di almeno tre anni quale dirigente di cantiere (art. 5 cpv. 3 LEPICOSC), non è quindi conforme alla LMI. Anche qualora la presunzione di equivalenza fosse confutata, ovvero qualora le normative di natura generale-astratta concernenti l'accesso al mercato e la relativa prassi nel Cantone d'origine di un offerente esterno non garantissero un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalla LEPICOSC, l'autorità ticinese competente potrà applicare la propria normativa unicamente nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 3 capoverso 1 LMI. In primo luogo, l'autorità ticinese dovrà quindi dimostrare che le misure previste dalla LEPICOSC in materia di requisiti professionali, mirino a preservare un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. In secondo luogo, l'autorità ticinese dovrà motivare in che modo queste misure rispettano il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI), cioè sono atte, necessarie e indispensabili per preservare tale interesse. Nell'esame della proporzionalità occorre in particolare tener conto dell'esperienza lavorativa acquisita dall'offerente extracantonale nel luogo d'origine, se questa può consentire di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI). Al riguardo il Messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI precisa che l'esercizio irreprensibile di un'attività professionale per tre anni consecutivi può essere considerato sufficiente.<sup>72</sup>

108. Anche per quanto riguarda i **requisiti personali** e la relativa documentazione richiesta (estratto del casellario giudiziale, estratto del registro di commercio e certificati di solvibilità) l'autorità del Cantone Ticino dovrà dapprima verificare se tali requisiti siano già stati controllati dall'autorità del Cantone d'origine. In effetti, se questi requisiti personali sono già stati esaminati dalle autorità del Cantone d'origine, le autorità ticinesi non possono riesaminarli. Se nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività in questione è ammesso senza requisiti personali, l'autorità ticinese dovrà esaminare se la presunzione di equivalenza è confutata. Anche qualora la presunzione di equi-

valenza fosse confutata (art. 2 cpv. 5 LMI), l'autorità ticinese potrà imporre delle restrizioni del libero accesso al mercato sotto forma di oneri o condizioni, soltanto se i presupposti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI saranno soddisfatti. Come già espresso precedentemente riguardo ai requisiti professionali (n. marg. 107), l'autorità ticinese dovrà dimostrare che le misure previste dalla LEPICOSC in merito ai requisiti personali mirino a preservare un interesse pubblico preponderante e che queste rispettino il principio di proporzionalità.

109. L'autorità ticinese non ha trasmesso decisioni formali, poiché l'iscrizione all'albo non sarebbe obbligatoria per gli offerenti extracantonali. Secondo la Commissione di vigilanza sono state emanate unicamente alcune lettere di **preavviso negativo**. Si tratta di offerenti extracantonali che hanno presentato una richiesta di iscrizione all'Albo cantonale delle imprese, la quale non è stata accolta sotto forma di preavviso negativo, poiché la condizione di pratica professionale ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LEPICOSC non era adempiuta. Sulla base di questi preavvisi negativi risulta che l'autorità ticinese esamina i requisiti professionali e personali disposti dalla legislazione cantonale in materia, senza determinare se la presunzione di equivalenza delle normative cantonali è confutata e se le condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte.

110. Secondo l'articolo 9 capoverso 1 LMI le restrizioni del libero accesso al mercato devono rivestire la forma di decisioni impugnabili. Se nessuna decisione è pronunciata, l'offerente extracantonale può esigerne una.<sup>73</sup> Inoltre, le decisioni concernenti delle restrizioni di accesso al mercato devono essere prese con procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI). I preavvisi negativi rilasciati dalla Commissione di vigilanza non rispettano queste condizioni. Da un lato, benché trattasi in realtà di decisioni concernenti delle restrizioni, queste non rivestono la forma di decisioni impugnabili ai sensi dell'articolo 9 capoverso 1 LMI. Dall'altro lato, il fatto che l'offerente extracantonale debba presentare una domanda per l'emissione di una decisione non si conforma al principio di procedura semplice e rapida giusta l'articolo 3 capoverso 4 LMI.

111. Per quanto riguarda i **costi**, la normativa ticinese prevede le seguenti tasse (art. 9 cpv. 1 RLEPICOSC):

- una tassa di iscrizione di 1 000 franchi;
- una tassa per le verifiche tecniche delle conoscenze e competenze professionali di 300 franchi;
- una tassa per la tenuta a giorno di 150 franchi all'anno.

112. Il principio di gratuità della procedura (art. 3 cpv. 4 LMI) deve essere applicato all'intera procedura di accesso al mercato e non si limita ai soli casi in cui delle restrizioni sono state ordinate (n. marg. 12). È quindi necessario evitare che le decisioni con le quali delle domande di accesso al mercato sono state ammesse o rifiutate impongano il pagamento di una tassa.

<sup>72</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 430.

<sup>73</sup> FF 1995 I 1025 (n. 6), in particolare pag. 1065.

### 3 Attività professionali regolate dal diritto federale (federalismo esecutivo)

113. Il capitolo 3 esamina la prassi delle autorità del Cantone Ticino riguardo l'autorizzazione di offerenti esterni all'esercizio di professioni regolate dal diritto federale. Al capitolo 3.1 vengono illustrati i principi del diritto del mercato interno e in seguito, al capitolo 3.2, verrà esaminata la conformità a tali principi della prassi di autorizzazione delle autorità del Cantone Ticino alle professioni mediche universitarie.

#### 3.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

##### 3.1.1 Principio del libero accesso al mercato

114. In diversi settori l'accesso al mercato è stato armonizzato materialmente attraverso il diritto federale (**settore armonizzato**), il quale viene applicato dai Cantoni (cosiddetto federalismo esecutivo). Eventuali differenze tra le prassi amministrative quotidiane dei Cantoni nell'applicazione del diritto federale non possono essere evitate. Ciò può risultare problematico da un punto di vista del diritto del mercato interno, in particolare se queste divergenze cantonali hanno come effetto quello di limitare l'accesso al mercato. Questo problema «atipico» di mercato interno<sup>74</sup> costituisce la *ratio legis* della proposta da parte del Parlamento in occasione della revisione della LMI nel 2005 di aggiungere la disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Questa disposizione dovrebbe assicurare che merci, servizi e prestazioni conformi al diritto federale possano circolare liberamente.<sup>75</sup> Tramite l'articolo 2 capoverso 6 LMI che prevede che una decisione cantonale di autorizzazione è valida in tutta la Svizzera, si garantisce che nel settore armonizzato interpretazioni e applicazioni diverse del diritto federale non conducano a nuove restrizioni del libero accesso al mercato.

115. A titolo comparativo, l'accesso al mercato nel **settore non armonizzato** è retto, come indicato precedentemente (n. marg. 9–12), dal principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) e dalla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI). La presunzione di equivalenza stabilisce che le normative concernenti l'accesso al mercato emanate nel campo di competenza dei Cantoni sono equivalenti. Questa presunzione si basa sulla convinzione che le necessità oggettive di protezione della popolazione non variano da Cantone a Cantone.<sup>76</sup> Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, la presunzione di equivalenza ha come conseguenza che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di autorizzazione personali e professionali del luogo d'origine (n. marg. 9, 15). Sarebbe contraddittorio ed incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se i Cantoni, nell'esecuzione di normative federali di **armonizzazione**, potessero generare nuove restrizioni al mercato interno attraverso interpretazioni ed applicazioni differenti tra loro.

116. Per questo motivo la LMI prevede, come complemento al principio del luogo d'origine, che una decisione cantonale secondo la quale una merce, un servizio o una prestazione lavorativa è conforme al diritto federale o ne viene autorizzato l'accesso al mercato è valida in tutta la Svizzera. Visto che nel settore non armonizzato le autorità del luogo di destinazione competenti per il rilascio

dell'autorizzazione non possono riesaminare l'applicazione del diritto da parte delle autorità del luogo d'origine, tale principio deve valere a maggior ragione anche per il settore armonizzato. Durante la discussione parlamentare l'ex-Consigliere nazionale DIDIER BURKHALTER aggiunse quanto segue:<sup>77</sup>

*« Mais ce principe du "Cassis de Dijon" [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du "Cassis de Dijon" à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

<sup>74</sup> ZWALD (n. 1), n. marg. 51.

<sup>75</sup> DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, 2014, pag. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, 2014, pag. 319; DPC 2006/2, 221, *Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick*.

<sup>76</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 474.

<sup>77</sup> BU 2005 pag. 883.

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération "veille à créer un espace économique suisse unique". »*

117. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI è stata discussa in Parlamento soprattutto nel quadro della prassi amministrativa di autorizzazione nel campo dei generi alimentari. Essa non può però rimanere limitata ad una specifica area di mercato, bensì deve essere applicata in modo generale, ossia anche nel campo dei servizi.

118. In concreto, l'articolo 2 capoverso 6 LMI trova applicazione ad esempio nell'ambito dell'autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti speciali, la quale è regolata a livello federale dall'ordinanza del 22 giugno 2005 sul traffico di rifiuti (OTRif; RS 814.610). Le autorità cantonali rilasciano l'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali se dalla domanda risulta che l'impresa di smaltimento è in grado di smaltire i rifiuti in modo rispettoso dell'ambiente (art. 10 cpv. 1 OTRif). L'articolo 8 OTRif statuisce che le imprese di smaltimento necessitano di un'autorizzazione dell'autorità cantonale per ogni unità locale. Secondo il Tribunale cantonale di Basilea Campagna un'autorizzazione di un sistema di trattamento mobile rilasciata nel Cantone di Argovia si basa esclusivamente sul diritto federale e quindi vale in tutta la Svizzera ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Se la raccolta dei rifiuti speciali avviene in un altro Cantone, non deve essere richiesta un'ulteriore autorizzazione per lo smaltimento.<sup>78</sup>

### 3.1.2 Requisiti per la procedura di accesso al mercato

119. In questo contesto si pone la questione se il non riconoscimento di una decisione cantonale ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI può essere comunque giustificato secondo l'articolo 3 LMI.

120. Secondo la giurisprudenza costante e la dottrina unanime, le restrizioni del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) nel **settore non armonizzato** possono essere giustificate se le condizioni dell'articolo 3 LMI sono soddisfatte. Come già menzionato sopra (n. marg. 115), la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI implica che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di ammissione personali e professionali del luogo d'origine. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>79</sup>

121. Dai verbali della consultazione parlamentare sulla revisione della LMI del 2005 risulta che l'idea dell'odierno articolo 2 capoverso 6 LMI è nata sulla base della presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Su richiesta dell'ex-Consigliere nazionale BURKHALTER, il Consiglio federale ha esteso la presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI all'esecuzione cantonale del diritto federale e ha proposto la seguente formulazione:

*«L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons».*<sup>80</sup>

122. Il Consiglio degli Stati ha approvato la proposta del Consiglio nazionale e ha formulato nuovamente quella che oggi è la versione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Il Consigliere degli Stati EUGEN DAVID ha dichiarato al riguardo:

*«Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt».*<sup>81</sup>

123. In seguito, il Consiglio nazionale ha approvato la formulazione del Consiglio degli Stati.<sup>82</sup>

124. Una decisione cantonale sulla conformità con il diritto federale di una merce, un servizio o di una prestazione di lavoro deve dunque essere valida in tutto il territorio della Confederazione. In generale, non esiste quindi la possibilità per i Cantoni di mettere in discussione l'applicazione del diritto federale da parte di un altro Cantone e di limitare così l'accesso al mercato. Proprio questo deve essere evitato grazie all'articolo 2 capoverso 6 LMI. Lo stesso vale in relazione ai prodotti e ai servizi che possono essere introdotti sul mercato senza controlli regolamentari a priori, ma che sono sottoposti ad una sorveglianza del mercato a posteriori. In tal senso, se un'autorità cantonale constatata attraverso un controllo a campione che un prodotto non è conforme con le prescrizioni federali, allora questa decisione cantonale negativa secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in tutta la Svizzera. Il Consigliere degli Stati EUGEN DAVID ha dichiarato al riguardo:

*«Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide».*<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Sentenza del Tribunale cantonale di Basilea Campagna, KGer BL, 810 12 244/198 del 31.10.2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>79</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; cf. pure sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>80</sup> BU 2005 pag. 883–887.

<sup>81</sup> BU 2005 pag. 762.

<sup>82</sup> BU 2005 pag. 1620.

<sup>83</sup> BU 2005 pag. 763 seg.

125. Pertanto, in linea di massima una decisione cantonale secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in maniera vincolante per tutti i Cantoni. Per analogia alla prassi relativa all'articolo 2 capoverso 5 LMI un riesame della conformità con il diritto federale sarebbe possibile soltanto qualora l'offerente, a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio dell'autorizzazione, non soddisfi più i requisiti federali necessari o se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta. Poiché la normativa federale prevede un livello uniforme di protezione non vi è spazio per restrizioni all'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.

### 3.2 Professioni sanitarie universitarie

126. La legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche (Legge sulle professioni mediche, LPMed; RS 811.11) e la legge federale del 18 marzo 2011 sulle professioni psicologiche (LPPsi; RS 935.81) regolano a livello federale le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio delle professioni che sottostanno a queste leggi. Bisogna differenziare tra la procedura cantonale di autorizzazione (cap. 3.2.1) e la procedura di notifica per la prestazione di servizi intercantionali per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno (cap. 3.2.2). I principi di diritto del mercato interno si applicano solo in modo sussidiario.<sup>84</sup> In particolare, una persona che ha già ottenuto un'autorizzazione cantonale ha diritto nel Cantone di destinazione ad una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

#### 3.2.1 Autorizzazione all'esercizio di una professione

127. Nell'ambito delle professioni mediche universitarie le condizioni di autorizzazione per il libero esercizio della professione sono regolate a livello federale all'articolo 36 LPMed. Il richiedente deve in particolare essere degno di fiducia e offrire la garanzia, dal profilo psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione (art. 36 cpv. 1 lett. b LPMed). L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio è esercitata la professione (art. 34 LPMed).

128. La LPPsi segue la stessa struttura della LPMed. Le condizioni personali e professionali sono regolate all'articolo 24 LPPsi. L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio si intende esercitare la professione (art. 22 cpv. 1 LPPsi). Contrariamente alla LPMed, la LPPsi prevede all'articolo 24 capoverso 2 il principio in base al quale chi dispone dell'autorizzazione di esercitare la professione secondo la LPPsi adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione negli altri Cantoni. Questa disposizione concretizza il principio di diritto del mercato interno dell'articolo 2 capoverso 6 LMI, secondo cui una decisione cantonale, che stabilisce che una persona adempie le condizioni d'autorizzazione di diritto federale, vale in tutta la Svizzera.

129. L'autorità competente per il rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio delle professioni regolate dalla LPMed e dalla LPPsi nel Cantone Ticino è il DSS (v. art. 55 cpv. 1 Legge sanitaria), tramite l'Ufficio di sanità (facente parte della Divisione della salute pubblica). Per quanto riguarda

le richieste di autorizzazione da parte di offerenti extracantonali l'Ufficio di sanità esige l'inoltro dei documenti seguenti:

- copia dell'autorizzazione all'esercizio della professione nel luogo d'origine, un estratto del casellario giudiziale recente e copia della polizza di assicurazione responsabilità civile, quando si tratta di offerenti extracantonali ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con capoverso 3 LMI (libera prestazione di servizi);
- copia dell'autorizzazione del luogo d'origine, copia dei diplomi, il formulario di autocertificazione<sup>85</sup> compilato, il certificato di *good professional standing* del Cantone d'origine, un estratto del casellario giudiziale recente e un certificato medico di idoneità recente, quando si tratta di offerenti extracantonali ai sensi dell'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).

130. L'Ufficio di sanità afferma tuttavia di non procedere ad un riesame delle condizioni di autorizzazione previste dalla legge federale.

131. Il federalismo esecutivo comporta il rischio che le condizioni che necessitano di un'interpretazione, come ad esempio la condizione di «essere degno di fiducia», vengono applicate con un rigore diverso nei vari Cantoni. Questo margine d'interpretazione non deve però condurre alla creazione di nuove restrizioni alla libera circolazione, tanto più che la libera circolazione nel settore non armonizzato a livello federale delle professioni sanitarie è garantita sulla base del principio del luogo d'origine secondo l'articolo 2 capoverso 1–5 LMI (n. marg. 7 segg.). Sarebbe contraddittorio e incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se la libera circolazione nel settore non armonizzato funzionasse meglio che nel settore armonizzato. Per questo motivo l'articolo 2 capoverso 6 LMI prevede che la decisione di un'autorità cantonale, secondo la quale un richiedente adempie le condizioni poste dall'articolo 36 LPMed, vale in maniera vincolante anche negli altri Cantoni. Da questo punto di vista risulta chiaro che, oltre alle decisioni cantonale sulla conformità al diritto federale dell'idoneità professionale, l'articolo 2 capoverso 6 LMI comprende anche le decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità personale.

132. Da ciò ne deriva che il divieto di riesame, sviluppato dal Tribunale federale sulla base della presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI, deve valere a maggior ragione anche per l'articolo 2 capoverso 6 LMI (sopra, n. marg. 115). Un riesame da parte delle autorità del Cantone Ticino è possibile solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempiva più.<sup>86</sup> Ad esempio, a causa di una malattia grave del richiedente, la condizione di un esercizio ineccepibile della

<sup>84</sup> Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, 6046; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1082–1092.

<sup>85</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Autorizzazioni di libero esercizio.  
<sup>86</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

professione potrebbe non essere più adempiuta. Se le condizioni imposte dal diritto federale non sono (più) soddisfatte, allora il rilascio dell'autorizzazione nel Cantone Ticino deve essere negato e allo stesso tempo la prima autorizzazione deve essere revocata (art. 38 LPMed; art. 26 LPPsi). A questo scopo, le autorità cantonali competenti si garantiscono reciproca assistenza amministrativa e comunicano tra di loro sui procedimenti disciplinari (art. 42 e 44 LPMed; art. 29 e 31 LPPsi).

133. Considerato che la decisione sulla conformità al diritto federale di un'autorità cantonale è vincolante per tutti gli altri Cantoni e che il riesame delle condizioni previste dal diritto federale in linea di massima non è consentito, si pone la questione se l'autorità del Cantone Ticino può esigere l'inoltro di documenti come ad esempio copia dei diplomi, il certificato di *good professional standing* o l'estratto del casellario giudiziale (v. n. marg. 19 segg.). Inoltre, gli articoli 42 e 44 LPMed e gli articoli 29 e 31 LPPsi prevedono l'assistenza amministrativa e lo scambio di informazioni sulla validità dell'autorizzazione e su eventuali violazioni dell'obbligo professionale. Pertanto, le autorità cantonali che hanno accesso al Registro delle professioni mediche (MedReg) dispongono delle seguenti informazioni<sup>87</sup>:

- persone che esercitano una professione medica con un diploma federale o estero riconosciuto;
- specializzazioni e formazioni continue;
- autorizzazioni all'esercizio della professione (solo in caso di attività indipendente);
- indirizzi degli studi medici;
- operatori sanitari stranieri che possono esercitare liberamente la professione in Svizzera per un massimo di 90 giorni per anno civile;
- *Global Location Number (GLN)*: numero di identificazione per le persone che esercitano una professione medica registrata.

134. Alla luce di tutto ciò appare chiaro che la compilazione del modulo di domanda e l'inoltro di una copia della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine sono sostanzialmente sufficienti per l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Inoltre, le informazioni raccolte tramite l'assistenza amministrativa e il MedReg bastano per verificare la correttezza dei dati del richiedente. Qualora vi sia un procedimento disciplinare pendente in un altro Cantone, l'autorità del Cantone Ticino può rinviare il rilascio dell'autorizzazione fino alla conclusione della procedura applicando per analogia l'articolo 43 capoverso 4 LPMed e l'articolo 30 capoverso 4 LPPsi. Se in base alle indicazioni fornite nel modulo di domanda emergono indizi secondo i quali una delle condizioni per l'autorizzazione potrebbe non essere più adempiuta, l'autorità ticinese può esigere dal richiedente ulteriori informazioni o documenti.

135. Non appena verrà introdotto il registro delle professioni psicologiche (PsyReg), gli stessi principi si applicheranno anche alle persone che dispongono di un'autorizzazione ai sensi della LPPsi rilasciata in un altro Cantone.

136. Inoltre, l'autorità del Cantone Ticino potrebbe vincolare l'autorizzazione a restrizioni di natura tecnica, temporale o geografica al fine di garantire un'assistenza di qualità elevata (art. 37 LPMed; art. 25 LPPsi). Qualora un richiedente possieda già un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata da un altro Cantone, tali oneri sono subordinati ai principi di accesso al mercato della LMI. Se a un richiedente esterno viene rilasciata un'autorizzazione nel Cantone Ticino soggetta a oneri o restrizioni, ciò deve essere motivato sulla base di un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Secondo l'articolo 37 LPMed e l'articolo 25 LPPsi l'unico motivo in tal senso è la garanzia di un'assistenza sanitaria di elevata qualità. Inoltre, una restrizione cantonale o un onere deve applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI) ed essere conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).<sup>88</sup>

137. Infine, la COMCO constata che l'Ufficio di sanità non preleva tasse per le procedure di autorizzazione di richiedenti extracantonali che rientrano nel campo di applicazione della LPMed e della LPPsi in un altro Cantone e che quindi il principio di gratuità dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è rispettato.

### 3.2.2 Annuncio relativo ai 90 giorni

138. Sia la LPMed che la LPPsi prevedono che i titolari di un'autorizzazione cantonale possono esercitare liberamente la propria professione medica nel Cantone Ticino durante un periodo non superiore a 90 giorni all'anno, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione. Per questi casi esiste solamente l'obbligo annuale di annunciarsi (art. 35 cpv. 2 LPMed, art. 23 cpv.1 LPPsi). Così facendo si evita una discriminazione nei confronti delle persone provenienti dagli stati membri dell'UE e dell'AELS che, sulla base degli accordi di libero scambio e degli accordi AELS, hanno il diritto di esercitare la loro professione per 90 giorni all'anno in Svizzera.

139. Con l'introduzione di questa disposizione per i rapporti intercantonali non si è tenuto conto del fatto che i titolari di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi hanno il diritto, basandosi sull'articolo 2 capoverso 6 e sull'articolo 3 capoverso 4 LMI, di ottenere un'autorizzazione non limitata nel tempo tramite una procedura semplice, rapida e gratuita. Questa procedura conforme alla LMI è meno dispendiosa di una procedura di notifica per 90 giorni di attività da ripetere ogni anno, motivo per cui quest'ultima cadrà in disuso.<sup>89</sup> L'Ufficio di sanità dovrà informare i richiedenti esterni che si annunciano nel Cantone Ticino per un'attività non superiore di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed o l'articolo 23 capoverso 1 LPPsi, che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato.

<sup>87</sup> <www.bag.admin.ch> Temi > Professioni sanitarie > Registro delle professioni mediche.

<sup>88</sup> FF 2005 145 (n. 84), 198; FF 2009 6005 (n. 84), 6046; DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1091.

<sup>89</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1362.



140. Inoltre, i principi di diritto del mercato interno relativi alla procedura di autorizzazione (n. marg. 127–137) possono essere applicati anche alla procedura di notifica. Di conseguenza, oltre ad un modulo di annuncio e all'autorizzazione valida basata sulla LPMed o sulla LPPsi ottenuta in un altro Cantone, non potranno essere richiesti documenti supplementari. La correttezza delle informazioni dovrà essere controllata attraverso la disposizione sull'assistenza amministrativa e il MedReg. La procedura di annuncio deve inoltre essere gratuita.

#### 4 Raccomandazioni

141. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO formula le seguenti raccomandazioni:

##### A. Raccomandazioni concernenti la prassi del Cantone Ticino in materia di autorizzazione dei richiedenti esterni alle attività lucrative regolate dal diritto cantonale (professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale, attività alberghiere e di ristorazione, attività private di investigazione e sorveglianza, attività di accoglienza di minori, professioni di ingegnere e architetto, professioni di fiduciario, attività artigianali e attività di costruzione):

- A-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dall'autorità del Cantone d'origine e delle **prescrizioni vigenti nel luogo d'origine** (art. 2 cpv. 1–4 LMI). Il diritto ticinese può essere applicato unicamente se non esistono normative equivalenti nel luogo d'origine (art. 2 cpv. 5 LMI) e che le restrizioni previste dalle normative del diritto ticinese vengano disposte esplicitamente come oneri o condizioni e motivate sulla base dell'articolo 3 LMI.
- A-2. Il richiedente deve avere possibilità di **autorizzare** le autorità ticinesi a effettuare accertamenti presso le autorità competenti del Cantone d'origine invece di presentare un certificato di buona condotta (p. es. un certificato di *good professional standing*).
- A-3. La domanda deve essere esaminata secondo il principio del luogo d'origine anche quando il richiedente esercita legalmente l'attività in questione **senza autorizzazione o senza certificato di capacità** nel Cantone d'origine. I moduli di domanda dovrebbero essere appositamente modificati. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità professionale (p. es. nessun certificato di capacità o certificato non equivalente) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.
- A-4. I **requisiti personali per l'ottenimento dell'autorizzazione** (in particolare l'estratto del casellario giudiziale) possono essere esaminati solo se non sono già stati esaminati dall'autorità del Cantone d'origine. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità personale (p.es. condanna

passata in giudicato) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.

- A-5. Le disposizioni cantonali contrarie alla LMI devono essere soppresse, in particolare quelle che esigono:
- il **domicilio o la sede** nel Cantone Ticino (art. 5 lett. b LEPIA);
  - l'**iscrizione a un albo professionale o a un registro cantonale** (art. 3 cpv. 4 LEPIA; art. 3 LIA; art. 3 LEPICOSC);
  - il **pagamento di tasse** per l'iscrizione, le modifiche e la tenuta a giorno dell'albo professionale o del registro cantonale (art. 11 LIA; art. 14 LEPICOSC).
- A-6. Per la procedura di autorizzazione dei richiedenti esterni non può essere riscosso **alcun emolumento** (art. 3 cpv. 4 LMI).
- A-7. Le decisioni devono **basarsi** esplicitamente sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (libera prestazioni di servizi) rispettivamente sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).
- ##### B. Raccomandazioni concernenti la prassi del Cantone Ticino in materia di autorizzazione dei richiedenti in possesso di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciati dall'autorità competente di in un altro Cantone.
- B-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine ai sensi della LPMed o la LPPsi.
- B-2. La correttezza dei dati contenuti nel modulo di domanda deve essere verificata in base alle informazioni del MedReg e dello PsyReg, nonché tramite l'assistenza amministrativa presso le autorità del Cantone d'origine; non deve essere richiesto un certificato di *good professional standing*.
- B-3. Non devono essere richiesti estratti del casellario giudiziale, polizze di assicurazioni e prove di altre garanzie, in quanto tali documenti sono già stati forniti alle autorità competenti del Cantone d'origine.
- B-4. Gli offerenti extracantonali che si annunciano per un'attività di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed o l'articolo 23 capoverso 1 LPPsi devono essere informati che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato.

B 2.8	<b>3. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen</b>
-------	--

*Empfehlung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung gemäss Artikel 8 Absatz 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Staatsrat des Kantons Tessin*

## 1 Übersicht

1. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte der WEKO die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

2. Die WEKO hat die Kantone mit Schreiben vom 30. November 2012 auf die Mitteilungspflicht aufmerksam gemacht und darum ersucht, zumindest diejenigen Verfügungen mitzuteilen, mit denen der Marktzugang einer ortsfremden Anbieterin mittels Auflagen oder Kosten beschränkt wird. Aus mehreren Kantonen hat die WEKO in den letzten vier Jahren keine Verfügung erhalten, weshalb davon auszugehen ist, dass der Marktzugang für ausserkantonale Anbieterinnen grundsätzlich ohne Beschränkungen gewährt wird. Um dies zu überprüfen, hat die WEKO gestützt auf Artikel 8 Absatz 3 BGBM beschlossen, in den Kantonen Bern, Waadt und Tessin eine binnenmarktrechtliche Untersuchung durchzuführen. Im Rahmen der drei Untersuchungen wurde geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht.

3. Im Kanton Tessin wurde die Verwaltungspraxis der kantonalen Behörden in Bezug auf die folgenden Wirtschaftstätigkeiten geprüft:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe;
- bundesrechtlich geregelte universitäre Gesundheitsberufe (universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe);
- Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe;
- private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten;
- Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger;

- Ingenieur- und Architektenberufe;
- Treuhänderberufe;
- gewerbliche Tätigkeiten;
- Tätigkeiten im Bauwesen.

4. Die WEKO hat die eingegangenen Antworten und Verfügungen im Lichte des Binnenmarktgesetzes geprüft. In soweit nach Ansicht der WEKO einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Staatsrat des Kantons Tessin (Staatsrat) im Rahmen dieser Empfehlung nach Artikel 8 Absatz 3 BGBM bekannt gegeben.

5. Die vorliegende Analyse unterscheidet in Anlehnung an die Systematik des BGBM zwischen kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Kap. 2) und bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten mit kantonalem Vollzug (Kap. 3). Die Ergebnisse und Empfehlungen sind unter Kapitel 4 zusammengefasst.

## 2 Kantonal geregelte Erwerbstätigkeiten

6. Kapitel 2 untersucht die Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von Personen aus anderen Kantonen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden in Kapitel 2.1 die binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen erläutert und in der Folge wird in Kapitel 2.2 die Zulassungspraxis des Kantons Tessin in den folgenden Bereichen untersucht:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe (Kap. 2.2.1);
- Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe (Kap. 2.2.2);
- private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (Kap. 2.2.3);
- Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger (Kap. 2.2.4);
- Ingenieur- und Architektenberufe (Kap. 2.2.5);
- Treuhänderberufe (Kap. 2.2.6);
- gewerbliche Tätigkeiten (2.2.7);
- Tätigkeiten im Bauwesen (Kap. 2.2.8).

### 2.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

7. Die Bestimmung in Artikel 2 Absatz 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>1</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 BGBM bekräftigen die Absätze 3 und 4 das **Herkunfts-**

**prinzip.** Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:<sup>2</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit:* Gemäss Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Absatz 3 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung der Anbieterin.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit:* Nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

8. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

9. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Kantons Tessin (Bestimmungsort)<sup>3</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Kantons Tessin (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne jegliche Beschränkung zu gewähren.<sup>4</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Tessin darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM** erfüllt, d. h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>5</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin gewährleistet ist.

10. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Artikel 4 BGBM zu beachten. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal

anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>6</sup>

## 2.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

11. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.<sup>7</sup>

12. Gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>8</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

<sup>2</sup> Zum Herkunftsprinzip: BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z. B. Nicolas Diebold, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

<sup>3</sup> Als „Bestimmungsort“ wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, an dem ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

<sup>4</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 Erw. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 17 ff.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 189 ff.; Matthias Oesch, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377, 378.

<sup>6</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, hier 1266 ff.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 203 ff.

<sup>8</sup> BGE 123 I 313 Erw. 5; 125 II 56 Erw. 5b; 136 II 470 Erw. 5.3 (« *Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché* »); zur sog. „Inländerdiskriminierung“ vgl. Zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C\_57/2010 vom 24. November 2011 Erw. 8.3 i. V. m. Erw. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 ff.

Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefällen berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn die gesuchstellende Person rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.<sup>9</sup>

13. Neben den Anforderungen von Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 (BGBM 95) fest, dass die Artikel 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>10</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>11</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>12</sup> Damit aber die Behörden des Kantons Tessin überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen und ob der Marktzugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die Behörden des Kantons Tessin die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>13</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

14. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>14</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4 BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM) oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>15</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Artikel 3 Absatz 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (vgl. oben Rz 12).

### 2.1.3 Zusammenfassung

15. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass die Marktzulassung ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige Behörde des Kantons Tessin ist gestützt auf Artikel 2 Absatz 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Tessin kann die im Kanton Tessin geltenden Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die Tessiner Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.
- Allein die Tatsache, dass im Kanton Tessin andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>16</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>17</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Tessin mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

<sup>9</sup> BGE 123 I 313 Erw. 5.

<sup>10</sup> So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 Erw. 5a (RA Thalman): „Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.“; BGE 125 II 406 Erw. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DREYER DOMINIK/DUBÉY BERNARD, *Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen*, 2003, S. 110 ff.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1357.

<sup>12</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, hier 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 Erw. 2.2, in: AR GVP 2007 114: „Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben“.

<sup>13</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), 485.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 23 f.; A.M. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., 2016, N 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359.

<sup>16</sup> Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe Diebold, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 ff.

<sup>17</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

- Den Behörden des Kantons Tessin ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>18</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Tessin finden vorbehaltlich von Artikel 3 Absatz 1 BGBM keine Anwendung, sodass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM.<sup>19</sup> Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Voraussetzungen. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>20</sup>

## 2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

### 2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 des Gesetzes vom 18. April 1989 über die Gesundheitsförderung und die Koordination im Gesundheitswesen des Kantons Tessin (Gesundheitsgesetz, *Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario*, RLTI 6.1.1.1) ist das Departement für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità et della Socialità*, DSS) über das Gesundheitsamt, das zur Abteilung Öffentliche Gesundheit (*Divisione della Salute Pubblica*) gehört, die zuständige Behörde für die Ausstellung der Bewilligungen im Bereich der kantonal geregelten Gesundheitsberufe.

17. Bei Gesuchen ausserkantonaler Anbieterinnen verlangt die Tessiner Behörde die folgenden Unterlagen:

- Kopie der Berufsausübungsbewilligung am Herkunftsort, aktueller Strafregisterauszug sowie Kopie der Berufshaftpflichtversicherungspolice für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsfreiheit);
- Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts, Kopie der Diplome, ausgefülltes Selbstzertifizierungs-Formular<sup>21</sup>, Bescheinigung über *Good Professional Standing* des Herkunftskantons, aktueller Strafregisterauszug sowie aktuelles ärztliches Tauglichkeitszeugnis für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit).

18. Gemäss dem Herkunftsprinzip haben ausserkantonale Anbieterinnen Anspruch auf Marktzugang (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM), sofern sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Um die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu überprüfen, ist es grundsätzlich gerechtfertigt, dass die Tessiner Behörde

eine **Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts** verlangt. Diese Vorgehensweise kann gewählt werden, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort ebenfalls bewilligungspflichtig ist. Es besteht jedoch auch Anspruch auf freien Marktzugang gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung erlaubt ist.<sup>22</sup> In diesem Fall ist die Rechtmässigkeit bereits durch den Rechtsrahmen des Herkunftsorts gewährleistet und es kann keine Kopie der Bewilligung verlangt werden. Steht indessen die im Kanton Tessin geltende Bewilligungspflicht einer Marktzugangsordnung entgegen, die keine Bewilligungspflicht vorsieht, bedeutet das, dass die Regeln für den Marktzugang grundsätzlich nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). In diesem Fall darf der Kanton Tessin gestützt auf die Bestimmungen von Artikel 3 BGBM (Rz 15) den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken.

19. Was das **Leumundszeugnis** anbelangt, handelt es sich laut dem DSS beim „*Good Professional Standing*“ (GPS) um eine von der zuständigen Gesundheitsbehörde der Schweizer Kantone oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in denen die gesuchstellende Person in den letzten fünf Jahren ihren Beruf ausgeübt hat, oder vom Berufsverband, bei dem die gesuchstellende Person eingetragen ist, ausgestellte Bescheinigung mit Informationen zu beruflichen Massnahmen oder Sanktionen betreffend die Berufsausübung.<sup>23</sup> In der Bescheinigung muss angegeben sein, ob gegen die gesuchstellende Person gegenwärtig Disziplinar-massnahmen oder Verwaltungsstrafen hängig sind oder zu einem früheren Zeitpunkt verhängt wurden.<sup>24</sup> Die Bescheinigung darf höchstens drei Monate alt sein.<sup>25</sup>

20. Gestützt auf das Herkunftsprinzip darf die **Bescheinigung über *Good Professional Standing*** nicht verwendet werden, um im Hinblick auf die Erteilung der Bewilligung die in der Tessiner Gesetzgebung vorgesehenen erforderlichen persönlichen Voraussetzungen zu überprüfen. Mithilfe einer solchen Bescheinigung lässt sich indessen klären, ob die gesuchstellende Person die am Herkunftsort geltenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig oder unter Umständen mit Auflagen oder Bedingungen verbunden ist und ob ein Disziplinarverfahren läuft. Deshalb stellt sich die Frage, ob es

<sup>18</sup> BGE 123 I 313 Erw. 4b (RA Häberli): „Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist“; so auch BGer, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 Erw. 2d (Anwalt Waadt).

<sup>19</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>20</sup> BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>21</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Procedure per le autorizzazioni di libero esercizio > Operatori sanitari con altra formazione.

<sup>22</sup> ZWALD (Fn 1), Rz 48; DIEBOLD (Fn 1), N 1231; RPW 2009/1 14, 15, *Jahresbericht der WEKO 2008*; BGE 2C 844/2008 vom 15.5.2009 Erw. 4.2.1.

<sup>23</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al *Good professional Standing*.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al *Good professional Standing*.

rechtmässig ist, eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* einzufordern. In diesem Sinne gilt es die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

- Für die Ausstellung einer Bescheinigung über *Good Professional Standing* erheben die Behörden des Herkunftskantons in der Regel eine Gebühr. Somit ist für ausserkantonale Anbieterinnen das Verfahren nicht mehr kostenlos, wie dies Artikel 3 Absatz 4 BGBM vorsieht;
- Gestützt auf das BGBM muss die Tessiner Behörde die Bewilligung auch dann erteilen, wenn im Herkunftskanton ein Disziplinarverfahren gegen die ausserkantonale Anbieterin hängig ist. Das Recht auf Marktzugang besteht, sofern die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Ein hängiges Disziplinarverfahren hat angesichts dessen somit keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit. Auch Disziplinarmaßnahmen, die nicht zum Widerruf der Bewilligung am Herkunftsort führen, stellen keinen Grund dar, die Bewilligung im Kanton Tessin zu verweigern. Nur wenn die am Herkunftsort erteilte Bewilligung mit einem rechtskräftigen Entscheid widerrufen wurde und die rechtmässige Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort damit endet, kann die Tessiner Behörde in Anwendung des BGBM die erteilte Bewilligung entziehen/widerrufen;
- die Tessiner Behörde hat ein Interesse daran, zu überprüfen, dass die am Herkunftsort erteilte Bewilligung noch gültig ist. Bei unbefristeten Bewilligungen besteht tatsächlich das Risiko, dass die ausserkantonale Anbieterin eine im Herkunftskanton ausgestellte, aber nicht mehr gültige Bewilligung vorlegt (da sie z. B. widerrufen wurde), um im Kanton Tessin eine Bewilligung zu erhalten. Um dies zu vermeiden, benötigt die zuständige Tessiner Behörde eine Bestätigung der Behörde des Herkunftsorts, die die Gültigkeit der Erstbewilligung belegt. Bei befristeten Bewilligungen besteht dieses Risiko nicht, weil die Inhaberin bzw. der Inhaber der Bewilligung im Herkunftskanton ja erneut überprüft wird und demnach der Tessiner Behörde eine Kopie der neuen Bewilligung vorlegen muss.

21. Angesichts der vorstehenden Ausführungen und der Tatsache, dass das BGBM ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vorsieht, sollten sich die Behörden des Kantons Tessin besser direkt mit den zuständigen Behörden des Herkunftsorts in Verbindung setzen, damit diese die Gültigkeit der Erstbewilligung selbst nachprüfen. Ausserkantonale Anbieterinnen müssen frei entscheiden können, ob sie eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* einreichen oder die Tessiner Behörden ermächtigen wollen, bei den Behörden des Herkunftsorts Auskünfte einzuholen. Im zweiten Fall müssen die Behörden des Kantons Tessin bei den zuständigen Behörden des Herkunftsorts die Bescheinigung über *Good Professional Standing* einfordern, ohne indessen der ausserkantonalen Anbieterin etwaige Gebühren in Rechnung zu stellen.

22. Die Tessiner Behörde verlangt eine **Kopie des Diploms bzw. der Diplome einer Berufsschule im Gesundheitswesen**, z. B. ein anerkanntes Diplom als Komplementärtherapeutin bzw. Komplementärtherapeut.

23. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen die Bewilligungsvoraussetzungen am Herkunftsort nicht rücküberprüft werden (vgl. oben Rz 15). Wenn also die Behörde des Herkunftsorts die fachliche Befähigung bereits kontrolliert hat, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die entsprechende Berufstätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen<sup>26</sup> ausgeübt werden kann, darf die Behörde des Kantons Tessin die fachliche Befähigung nur überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund ist die ausgeübte praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen. Es ist demnach nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt, die Einreichung von Fähigkeitszeugnissen zu verlangen. Die Tatsache, dass im Selbstzertifizierungs-Formular ausdrücklich eine Kopie des Diploms einer Berufsschule im Gesundheitswesen verlangt wird, hält ortsfremde Anbieterinnen, die kein solches Diplom besitzen, unter Umständen davon ab, ein Gesuch einzureichen.

24. Die Erwägungen im vorstehenden Absatz gelten auch für den **Strafregisterauszug** und das **ärztliche Tauglichkeitszeugnis**, von denen die Tessiner Behörde das Original oder eine beglaubigte Kopie verlangt. Laut dem Bundesgericht gelten die Gleichwertigkeitsvermutung und das Rücküberprüfungsverbot nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Voraussetzungen.<sup>27</sup> Wenn die persönlichen Voraussetzungen bzw. die charakterliche Eignung – insbesondere der Strafregisterauszug und das Arztzeugnis – von den Behörden des Herkunftskantons bereits geprüft wurden, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese Voraussetzungen nicht rücküberprüfen und folglich auch nicht verlangen, dass erneut ein Strafregisterauszug oder ein ärztliches Tauglichkeitszeugnis vorgelegt werden.

25. Gestützt auf die Antworten im Fragebogen und die uns vom Tessiner Gesundheitsamt übermittelten Verfügungen lässt sich feststellen, dass der **Grundsatz der Kostenlosigkeit** des Marktzugangsverfahrens gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM nicht immer eingehalten wird. In einigen Fällen wurde eine Gebühr von 100 oder 150 Franken belastet. Die Tessiner Behörde bestätigt, dass die Bestimmung von Artikel 3 Absatz 4 BGBM in den letzten Jahren teilweise versehentlich vergessen wurde. Die Tessiner Behörde muss also in Zukunft gewährleisten, dass das Marktzugangsverfahren kostenlos ist. Vor diesem Hintergrund sei erwähnt, dass sich der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens nicht auf Fälle beschränkt, in denen Beschränkungen auferlegt wurden, sondern für das gesamte Marktzugangsverfahren gilt

<sup>26</sup> Der Grundsatz des Herkunftsorts gemäss Art. 2 Abs. 1–4 BGBM gilt auch, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit im Herkunftskanton ohne Bewilligung oder ohne Anforderungen an fachliche Kompetenzen erlaubt ist.

<sup>27</sup> Vgl. oben Fussnote 19.

(Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass für Verfügungen, mit denen Marktzugangsgesuche angenommen oder abgelehnt werden, die Bezahlung einer Gebühr verlangt wird.

26. An den übermittelten **Bewilligungsverfügungen** gibt es nichts Besonderes zu beanstanden. Wir haben indessen festgestellt, dass das Gesundheitsamt infolge des Bundesgerichtsurteils 2C\_844/2008<sup>28</sup> betreffend das Bewilligungsgesuch eines ausserkantonalen Anbieters für die freie Berufsausübung als Komplementärtherapeut im Kanton Tessin, inzwischen den Grundsatz des freien Marktzugangs anwendet und ausserkantonalen Anbieterinnen das Recht zur Ausübung ihrer Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftsorts zuerkennt.<sup>29</sup>

## 2.2.2 Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe

27. Die dem Departement für Inneres, Justiz und Polizei (*Dipartimento delle Istituzioni*) angegliederte Sektion Verwaltungspolizei der Kantonspolizei (*Sezione Polizia Amministrativa, SPa*) ist für die Ausstellung von Bewilligungen für die Führung von Hotels und Gastbetrieben zuständig (vgl. Art. 5 des Tessiner Gastgewerbegesetzes vom 1. Juni 2010, *Legge cantonale sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione*, Lear, RLTI 11.3.2.1; sowie Art. 1 Abs. 1 der Tessiner Gastgewerbeverordnung vom 16. März 2011, *Regolamento della leggesugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione*, RLear, RLTI 11.3.2.1.1]).

28. Die Abteilung Berufsausbildung (*Divisione della Formazione Professionale, DFP*) des Departements für Bildung, Kultur und Sport (*Dipartimento dell'Educazione, della Cultura e dello Sport*) ist dagegen für die Aufsicht und Organisation der Prüfungen zur Erlangung des kantonalen Wirtepatents zuständig (Art. 1 Abs. 2 RLear). Die DFP hat dazu eine spezifische Prüfungskommission bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern des Hotel- und Gastgewerbes, aus in der Branche tätigen Personen und aus Vertreterinnen und Vertretern der Kantonsverwaltung eingesetzt. Diese Prüfungskommission entscheidet insbesondere über die Prüfungszulassung, über die Befreiung von Prüfungen in Fächern mit bereits erworbenen Kenntnissen und über die Ausstellung des Diploms (Art. 4 der Verordnung vom 16. Mai 2011 betreffend die Prüfungen zur Erlangung des kantonalen Wirtepatents, *Regolamento concernente gli Esami per l'Ottenimento del Diploma Cantonale di Esercente*<sup>30</sup>).

29. Gemäss Artikel 54 RLear sind mit dem Bewilligungsgesuch folgende Dokumente einzureichen:

- Bescheinigung der Gemeinde betreffend die Eignung der Räumlichkeiten mit Angabe der verfügbaren Platzzahl;
- Aufenthaltsbewilligung, die ausländischen Gastwirtinnen bzw. Gastwirten die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet;
- Unterlagen zum Nachweis des Nutzungsrechts an den Räumlichkeiten; bei Untermiete schriftliche Zustimmung der Eigentümerin bzw. des Eigentümers des Lokals;
- Haftpflichtversicherungsnachweis für bei der Ausübung der Tätigkeit verursachte Schäden;

- kantonales Wirtepatent oder Verfügung der DFP zur Anerkennung des Ausbildungsabschlusses oder der entsprechenden gesammelten Berufspraxis;
- Strafregisterauszug;
- Arzzeugnis, wonach die betreffende Person nicht an Erkrankungen oder Gebrechen leidet, die eine normale Führung des Betriebs verunmöglichen;
- für IV-Bezügerinnen bzw. Bezüger: Bescheinigung zum Invaliditätsgrad.

30. Die Revision des BGBM im Jahr 2005 verfolgte auch das Ziel, die Niederlassungsfreiheit für mit einer lokalen Infrastruktur verbundene Erwerbstätigkeiten zu verankern. Der Bundesrat bezog sich insbesondere auf die Gastwirtinnen und Gastwirte<sup>31</sup>, die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ursprünglichen Fassung des BGBM (1995) nicht vom freien Marktzugang profitierten.<sup>32</sup> Seit dem 1. Juli 2006 gilt das Herkunftsprinzip indessen auch für die Gastwirtinnen und Gastwirte (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Somit können sich letztere kraft der vom Herkunftskanton erteilten Erstbewilligung in einem anderen Kanton niederlassen und dort ihre Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftskantons ausüben<sup>33</sup>.

31. Die Behörden des Kantons Tessin können die Bestimmungen des Lear auf ausserkantonale Anbieterinnen nur dann anwenden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

32. Die SPa muss also das Gesuch der ausserkantonalen Anbieterin gestützt auf die im Herkunftskanton erteilte Bewilligung prüfen. Falls die ausserkantonale Anbieterin eine gültige Erstbewilligung besitzt oder ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ohne Bewilligung ausübt, hat sie nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM Anspruch auf eine Bewilligung im Kanton Tessin.

33. Die Rücküberprüfung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen einer ausserkantonalen gesuchstellenden Person durch die Behörden des Bestimmungsorts läuft der Gleichwertigkeitsvermutung zuwider (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und ist weder mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) noch mit dem Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens für den Marktzugang (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbar. Wurden die persönlichen Voraussetzungen, die sich anhand des **Strafregisterauszugs**, des **Arzzeugnisses** und des **Invaliditätsgrads** nachprüfen lassen, bereits von den Behörden des Herkunftskantons geprüft, so dürfen die Tessiner Behörden diese Voraussetzungen nicht rücküberprüfen. In diesen Fällen gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Dies bedeutet,

<sup>28</sup> BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2008.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2008. 4.4.

<sup>30</sup> <www4.ti.ch/decs> Divisione della formazione professionale > Diploma cantonale di esercente > Lear > Regolamenti > Regolamento esame esercenti.

<sup>31</sup> BBl 2005 465 (Fn 12), hier 484.

<sup>32</sup> Vgl. in diesem Sinne die Bundesgerichtsurteile 2P.362/1998 vom 6.7.1999 zu Art. 2 BGBM 95 oder auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1218–1125.

<sup>33</sup> RPW 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*.

dass diese Unterlagen nur dann verlangt werden dürfen, wenn die Behörden des Herkunftsorts den Ruf der ausserkantonalen gesuchstellenden Person sowie das Vorliegen von schweren Erkrankungen oder Gebrechen, von denen diese betroffen ist, nicht bereits überprüft haben. Falls die Tessiner Behörden der ausserkantonalen gesuchstellenden Person die Bewilligung aufgrund des Strafregisterauszugs, des Arztzeugnisses oder der Invaliditätsbescheinigung verweigern, muss die Verfügung anführen, dass die Verweigerung zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret müssen also die Tessiner Behörden aufgrund des begangenen Delikts oder des Gesundheitszustands zur Schlussfolgerung gelangen, dass die Ausübung einer Tätigkeit im Hotel- oder Gastgewerbe durch die betreffende gesuchstellende Person ein überwiegendes öffentliches Interesse gefährden könnte. Sind die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM nicht erfüllt, so darf der freie Marktzugang nicht verwehrt werden.

34. Der Nachweis, dass eine **Haftpflichtversicherung** abgeschlossen wurde, ist im Wesentlichen zulässig.<sup>34</sup> Artikel 61 RLear sieht vor, dass für Körperverletzungen und Sachschäden eine Mindestgarantie von insgesamt 3 000 000 Franken pro Schadensfall vereinbart wird. Der Betrag der in den Tessiner Vorschriften vorgesehenen Mindestgarantie gelangt aber nur zur Anwendung, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM muss die SPa insbesondere die Bescheinigungen und Sicherheitsnachweise berücksichtigen, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort vorgelegt hat.

35. Die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung am Herkunftsort dürfen nicht rücküberprüft werden (vgl. oben Rz 15). Hat die Behörde des Herkunftsorts die **berufliche Befähigung** also bereits kontrolliert, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig ist, dürfen die Tessiner Behörden die Bedingungen des Tessiner Rechts nur anwenden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund ist die praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen. Die Anforderung zur Einreichung eines kantonalen Wirtepatents ist daher nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.

36. Laut Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. In dieser Bestimmung ist der Grundsatz festgelegt, wonach kantonale Fähigkeitsausweise ohne Beschränkungen zulässig sind, ausser wenn letztere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind (vgl. Art. 3 Abs. 1 BGBM).

37. Falls der Fähigkeitsausweis die Anforderungen am Bestimmungsort nur teilweise erfüllt, kann die betroffene

Person nach Artikel 4 Absatz 3 BGBM den Nachweis erbringen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat.

38. In den übermittelten Verfügungen zur Anerkennung der von einem anderen Kanton ausgestellten **Fähigkeitsausweise oder Wirtepatente** lässt sich feststellen, dass die Prüfungskommission die Gleichwertigkeit oder Gleichstellung des im Kanton Tessin gültigen und des im Herkunftskanton erlangten Wirtepatents überprüft. Gelangt die Prüfungskommission zum Schluss, dass das im Herkunftskanton erlangte Patent mit dem Tessiner Patent nicht gleichwertig ist, informiert sie die ausserkantonale Anbieterin darüber, welche Prüfungen sie in den nicht als gleichwertig anerkannten Fächern noch ablegen muss, um das kantonale Wirtepatent zu erhalten. Die Entscheidung der Prüfungskommission wird der SPa mitgeteilt. Wird dagegen das Diplom anerkannt, so übernimmt die SPa das Zulassungsverfahren und kontrolliert, ob die anderen Bedingungen des Lear für die Ausstellung des Diploms erfüllt sind.

39. Für die Fälle, in denen die in einem anderen Kanton erlangten Patente nicht als gleichwertig anerkannt wurden, hält die Tessiner Behörde fest, dass die Bewilligung nicht verweigert wurde, sondern erst nach Bestehen der fehlenden Prüfungen erteilt wird. Das Marktzugangsgesuch der ausserkantonalen Anbieterin wird jedoch ohne Anerkennung des in einem anderen Kanton erlangten Patents von der SPa effektiv gar nicht geprüft. Die Entscheidungen der Prüfungskommission bilden deshalb in Anwendung des BGBM getroffene Verfügungen. Aus diesem Grund und gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM müssen die Entscheidungen der Prüfungskommission die Bedingungen von Artikel 3 BGBM erfüllen:

- Die Tessiner Behörde muss zuerst beweisen, dass der Fähigkeitsausweis der ausserkantonalen Anbieterin mit dem verlangten kantonalen Fähigkeitsausweis nicht gleichwertig ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Dass am Bestimmungsort andere oder strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung;
- ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so muss die ausserkantonale Anbieterin die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM);
- kann die ausserkantonale Anbieterin diesen Nachweis nicht erbringen, muss die Tessiner Behörde beweisen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nach Tessiner Recht, die sich vom Recht des Herkunftskantons unterscheiden, gleichermassen auch für ortsansässige Anbieterinnen gelten und zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich, verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM);

<sup>34</sup>BGE 2P.180/2000 vom 22.2.2011, Erw. 3c.



- die im Tessiner Recht vorgesehenen Beschränkungen dürfen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 3 BGBM);
- ist der Grundsatz der Gleichwertigkeit widerlegt und sind die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt, kann die Tessiner Behörde die Anerkennung und den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken.

40. Die oben dargelegten Bedingungen wurden jedoch nicht eingehalten und die Prüfungskommission begründet die verweigerte Anerkennung des in einem anderen Kanton erlangten Fähigkeitsausweises nicht nach Artikel 3 BGBM.

41. Die Einforderung von Kopien der **Bescheinigung der Gemeinde betreffend die Eignung der Räumlichkeiten**, der **Aufenthaltsbewilligung** und der **Unterlagen zum Nachweis des Nutzungsrechts an den Räumlichkeiten** wirft mit Blick auf das BGBM keine besonderen Probleme auf.

42. Während die Entscheidungen der Prüfungskommission wenigstens dem in Artikel 3 Absatz 4 BGBM verankerten Grundsatz des kostenlosen Verfahrens nachkommen, verlangt die SPa für ihre Verfügungen dagegen eine **Gebühr** von 50 bis 500 Franken für das Zulassungsverfahren. Diese Vorgehensweise verstösst gegen Artikel 3 Absatz 4 BGBM, der ein kostenloses Verfahren vorsieht. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden und darf sich nicht auf die Fälle beschränken, in denen Beschränkungen auferlegt wurden (Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass Verfügungen über die Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen eine Gebühr auferlegen.

43. Weder die Entscheidungen der Prüfungskommission noch die Verfügungen der SPa werden der WEKO zugestellt; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

### 2.2.3 Private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten

44. Die SPa ist auch die zuständige Behörde für die Ausstellung von Bewilligungen für Tätigkeiten nach Artikel 3 des kantonalen Gesetzes vom 8. November 1976 über private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (*Legge cantonale sulle attività private di investigazione e di sorveglianza*, LAPIS; RLTI 1.4.3.1).<sup>35</sup>

45. Die DFP ist dagegen für den Erlass von Leitlinien für die Schul- und Berufsausbildung und das Prüfungsreglement gemäss Artikel 24 Absatz 2 LAPIS zuständig (Art. 1 Abs. 2 RLAPIS).

46. Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die folgende Voraussetzungen erfüllen (Art. 5 LAPIS):

- Staatsbürgerschaft der Schweiz oder eines Staates der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) oder der Europäischen Union sowie Volljährigkeit und Handlungsfähigkeit (Bst. a);
- politischer Wohnsitz oder zumindest geschäftliche Niederlassung im Kanton (Bst. b);

- einwandfreier Leumund (Bst. c);
- entsprechende Ausbildung (Bst. d);
- für Ausländerinnen und Ausländer: Aufenthaltsbewilligung, die die Ausübung der Erwerbstätigkeit gestattet (Bst. e);
- abgeschlossene Haftpflichtversicherung bei einer Schweizer Versicherung für Haftpflichtschäden, wobei die Mindestleistungen im Reglement festgelegt sind (Bst. f).

47. Die gesetzliche Vertretung einer juristischen Person (Firma oder Gesellschaft) reicht das Bewilligungsgesuch für die Firma sowie zudem ein separates Gesuch für jeden Mitarbeitenden ein (Art. 3 Abs. 4 und Art. 4 LAPIS, Art. 5 Abs. 2 und 3 RLAPIS), und zwar mittels eines amtlichen Formulars, das die vollständigen persönlichen Daten der gesuchstellenden Firma und der Mitarbeitenden enthält (Art. 5 Abs. 1 RLAPIS).

48. Gemäss Artikel 6 RLAPIS muss die gesuchstellende Person die folgenden Unterlagen beilegen:

- Strafregisterauszug;
- Auszug des Betreibungs- und Konkursamts;
- Kopie der Identitätskarten der einzelnen Mitarbeitenden;
- Berufsbildungsabschluss;
- Kopie der Legitimationskarte der Organisation;
- zwei Passfotos der gesuchstellenden Person und gegebenenfalls der Mitarbeitenden;
- Kopie der Haftpflichtversicherungspolice über einen Mindestbetrag von 2 000 000 Franken;
- Kopie der Arbeitsverträge aller Mitarbeitenden;
- Aufenthaltsbewilligung, die ausländischen Gesuchstellenden die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet;
- für uniformierte Mitarbeitende, die detaillierte Liste der Kleidungsstücke und die entsprechende bildliche Dokumentation;
- für juristische Personen: Kopie der Statuten und Handelsregisterauszug.

49. Laut den Antworten im Fragebogen müssen ausserkantonale Anbieterinnen aus Kantonen, in denen entweder für die Firma oder für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht besteht, nur das entsprechende Formular ausfüllen und die im Herkunftskanton erhaltene Bewilligung beilegen (gilt für Firma wie auch für die Mitarbeitenden). Besteht im Herkunftskanton hingegen nur für die Firma, nicht aber für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht (z. B. Luzern), müssen die einzelnen Mitarbeitenden zudem die folgenden Unterlagen vorlegen: Berufsbildungsabschluss, Kopie der Identitätskarte, Auszug des Betreibungs- und Konkursamts, Strafregisterauszug. Sieht der Herkunftskanton schliesslich weder für die

<sup>35</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Dezember 1976 zum kantonalen Gesetz über private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (*Regolamento cantonale della legge sulle attività private di investigazione e di sorveglianza*, RLAPIS; RLTI 1.4.3.1.1).

Firma noch für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht vor, müssen die Firma und die Mitarbeitenden das vollständig ausgefüllte Formular einreichen und die oben erwähnten Unterlagen beilegen (vgl. Rz 48). Die Tessiner Behörde bestätigt, dass die Anwendung des Tessiner Rechts nicht nach Artikel 3 BGBM begründet wird.

50. Das BGBM führt die Vermutung ein, wonach die kantonalen oder kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung muss bewiesen werden, dass die Marktordnung des Bestimmungsorts grundsätzlich ein höheres Schutzniveau des entsprechenden öffentlichen Interesses anstrebt als jene am Herkunftsort oder dass die Marktordnung des Bestimmungsorts weitere öffentliche Interessen berücksichtigt.<sup>36</sup> Dies gilt besonders dann, wenn für die Berufsausübung im Herkunftskanton nur persönliche Voraussetzungen geprüft werden oder anders als im Bestimmungskanton keine Bewilligungspflicht besteht.<sup>37</sup>

51. Konkret müssen also die zuständigen Tessiner Behörden im Falle der Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung (wenn z. B. der Herkunftskanton keine Bewilligungspflicht für die Mitarbeitenden vorsieht oder wenn weder für die Mitarbeitenden noch für die Firma eine Bewilligungspflicht besteht) nachweisen, inwiefern eine Beschränkung des Marktzugangs zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM; vgl. Rz 9 und 15). In den Fällen, in denen der Herkunftskanton keine Bewilligung für die Mitarbeitenden bzw. weder für die Firma noch für die Mitarbeitenden vorsieht, automatisch Unterlagen zum Nachweis der persönlichen und fachlichen Voraussetzungen anzufordern, ohne dass die Anwendung des Tessiner Rechts nach Artikel 3 BGBM begründet wird, steht nicht mit dem BGBM im Einklang.

52. Was die Aufforderung zur Einreichung eines **Berufsdiploms** anbelangt, ist Folgendes zu berücksichtigen: Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Behörde des Kantons Tessin die fachliche Befähigung nur prüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind (vgl. Rz 15). In Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss insbesondere die praktische Tätigkeit berücksichtigt werden (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Nach Auffassung des Bundesrates kann eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden.<sup>38</sup> Es ist daher nur ausnahmsweise gerechtfertigt, die Einreichung eines Berufsdiploms zu verlangen. Die Tatsache, dass die Formulare für das Bewilligungsgesuch ausdrücklich die Kopie eines spezifischen Berufsdiploms verlangen,<sup>39</sup> kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch zu stellen.

53. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die **persönlichen Voraussetzungen** und die anderen im LAPIS vorgesehenen Bedingungen. Haben die Behörden des Herkunftskantons diese Bedingungen bereits überprüft, so dürfen die Tessiner Behörden diese nicht rücküberprüfen. Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung

widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), darf die Tessiner Behörde nur dann Beschränkungen des freien Marktzugangs in Form von Auflagen und Bedingungen auferlegen, wenn die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Insbesondere im Hinblick auf den Nachweis eines einwandfreien Leumunds gilt es anzufügen, dass die Prüfung dieser Voraussetzung angesichts der Risiken, die bestehen, wenn eine charakterlich nicht geeignete Person Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten ausübt, zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit grundsätzlich geeignet und notwendig ist. Die Aufforderung zur Einreichung eines Strafregisterauszugs lässt sich insofern mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse rechtfertigen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) und ist verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM), falls diese Voraussetzung nicht bereits am Herkunftsort überprüft wurde.<sup>40</sup>

54. Das **Erfordernis der Niederlassung oder des Sitzes** im Kanton Tessin stellt eine Marktzugangsbeschränkung dar. Damit dies zulässig ist, muss die Tessiner Behörde beweisen, dass die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Dies ist indessen nicht der Fall, denn gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen nicht verhältnismässig, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird. Die in Artikel 5 Buchstabe b LAPIS vorgesehene Pflicht, wonach die gesuchstellende Firma oder Person ihren politischen Wohnsitz oder eine geschäftliche Niederlassung im Kanton Tessin haben muss, ist daher eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung.<sup>41</sup> Gestützt auf die Antworten im Fragebogen und die übermittelten Verfügungen hat die WEKO festgestellt, dass die SPa diese Bedingung in der Praxis aber gar nicht anwendet. Firmen und Personen, die ein Bewilligungsgesuch stellen, scheinen keine Informationen oder Belege bezüglich einer Niederlassung oder eines Sitzes einreichen zu müssen.<sup>42</sup>

Doch allein die Tatsache, dass dieses Erfordernis im Tessiner Gesetz verankert ist, könnte ausserkantonale Anbieterinnen ohne Niederlassung oder Sitz im Kanton Tessin davon abhalten, ein Bewilligungsgesuch einzureichen. Die WEKO empfiehlt daher, das entsprechende Erfordernis aus dem LEPIA zu streichen.

<sup>36</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 und dort angegebene Verweise.

<sup>37</sup> BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2009, Erw. 4.2; vgl. auch Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts Aargau. WBE.2013.101/WBE.2013.112 vom 19.11.2013, Erw. 4.9, in: RPW 2013/4, 848, *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

<sup>38</sup> BBI 2005 465 (Fn 12), hier 486. Vgl. auch BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2009, Erw. 4.1, 4.6.

<sup>39</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari.

<sup>40</sup> Gutachten der WEKO vom 5.12.2016, Rz 99, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>41</sup> RPW 2001/1, 167 Rz 31 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>42</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari > Istanza di autorizzazione/Attività indipendente (Istanza di autorizzazione/Ditta, società).

55. Die Tessiner Behörde gibt an, dass die Bewilligungsverfahren für die Ausübung privater Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten kostenlos sind. In einer der übermittelten Verfügungen wird indessen eine **Bewilligungsgebühr** von 150 Franken erhoben. Überdies sieht Artikel 8 RLAPIS eine Gebühr von 100 bis 500 Franken zur Deckung der Kosten vor, wobei diese nicht näher spezifiziert sind. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden und darf sich nicht auf die Fälle beschränken, in denen Beschränkungen auferlegt wurden (vgl. Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass Verfügungen über die Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen die Bezahlung einer Gebühr auferlegen.

56. Die Verfügungen der SPa können innerhalb von 30 Tagen beim Staatsrat angefochten werden. Es ist zu erwähnen, dass die Verfügungen der SPa nicht der WEKO zugestellt werden; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

57. Ab dem 1. Januar 2017 tritt das Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (KÜPS) in Kraft, dem auch der Kanton Tessin beigetreten ist. Das LAPIS wird in der Folge aufgehoben.<sup>43</sup> Die Übereinstimmung des KÜPS mit dem BGBM wurde im Rahmen der Empfehlung der WEKO vom 5. Dezember 2016 separat untersucht.<sup>44</sup>

#### 2.2.4 Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger

58. Die Abteilung Soziales und Familien (*Divisione dell'Azione Sociale e delle Famiglie*) des Departements für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità e della Socialità*) ist über das Amt für die Unterstützung von Institutionen und Aktivitäten für Familien und Jugendliche (*Ufficio del Sostegno a Enti e Attività per le Famiglie e Giovani*, UFaG) gemäss Artikel 22 des kantonalen Familiengesetzes vom 15. September 2003 (*Legge cantonale sulle attività delle famiglie e di protezione di minorenni*, LFam; RLTI 6.4.2.1) sowie gemäss Artikel 13 der Verordnung des Bundesrates vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern (Pflegekinderverordnung, PAVO; SR 211.222.338) für die Ausstellung der Bewilligungen für die Aufnahme Minderjähriger zuständig.<sup>45</sup>

59. Das UFaG verlangt die folgenden Unterlagen:

- Lebenslauf;
- Diplome;
- Arbeitszeugnisse;
- Strafregisterauszug;
- Selbstzertifizierung des Strafregisterauszugs;
- ärztliches Gesundheitszeugnis;
- Pflichtenheft;
- Kopie des Arbeitsvertrags;
- Projektunterlagen (finanzielle Tragbarkeit, Dienstleistungscharta usw.).

60. Gemäss den Antworten im Fragebogen sind bisher noch keine Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen eingegangen. Die Tessiner Behörde erklärt, dass sol-

che Gesuche gegebenenfalls gestützt auf die Anforderungen des LFam geprüft würden. Sie hält fest, dass keine Beschränkungen gemäss Artikel 3 BGBM vorgenommen würden, da für kantonale und ausserkantonale Gesuchstellende dieselben Elemente überprüft würden.

61. Laut Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM muss die Tessiner Behörde Bewilligungsgesuche ausserkantonalen Anbieterinnen gestützt auf die am Herkunftsort geltenden Vorschriften prüfen. Die im LFam vorgesehenen Einschränkungen können nur angewandt werden, wenn die Vorschriften des Herkunftskantons und jene des Kantons Tessin nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Gleichbehandlung) erfüllt sind. Da ausser im Rahmen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM die Bedingungen für die Erteilung von Bewilligungen durch den Kanton Tessin auf ausserkantonale Anbieterinnen, die bereits eine Bewilligung im Herkunftskanton besitzen oder die ihre Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung rechtmässig ausüben, nicht Anwendung finden, dürfen nicht systematisch Unterlagen verlangt werden, die die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen gemäss den Tessiner Vorschriften bescheinigen. Zudem ist festzuhalten, dass die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM kumulativ gelten. Es genügt also nicht, dass die in den Tessiner Vorschriften festgelegten Voraussetzungen gleichermaßen für ortsansässige und ortsfremde Anbieterinnen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM), sie müssen auch zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Zudem haben die ausserkantonalen Anbieterinnen Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 2.2.5 Ingenieur- und Architektenberufe

62. Gemäss Artikel 2 des kantonalen Gesetzes vom 24. März 2004 über die Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe (*Legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto*, LEPIA; RLTI 7.1.5.1) ist die Ingenieur- und Architektenorganisation des Kantons Tessin (*Ordine degli ingegneri ed architetti del Cantone Ticino*, OTIA) für die Ausstellung der Bewilligungen zur Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe zuständig. Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen, z. B. über einen gültigen Abschluss verfügen, nicht strafrechtlich verurteilt wurden, sich nicht nachweislich in Konkurs oder Insolvenz befinden und nicht in einem anderen Kanton oder Staat eine Verfügung zum Widerruf der Berufsausübungsbewilligung erhalten haben (Art. 4–6 LEPIA). Die Bewilligung kann dauerhaft oder vorläufig für einzelne Projekte erteilt werden (vgl. Art. 7

<sup>43</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza.

<sup>44</sup> Gutachten der WEKO vom 5.12.2016, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 2 Bst. b und Art. 23 der kantonalen Verordnung vom 20. Dezember 2005 zum Familiengesetz (RLFam; RLTI 6.4.2.1.1).

Abs. 3 LEPIA und Art. 3 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung vom 5. Juli 2005 zum kantonalen Gesetz über die Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe [*Regolamento di applicazione della legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto*, RLEPIA; RLTi 7.1.5.1.1]).

63. Gemäss den Antworten der Tessiner Behörde im Fragebogen müssen ausserkantonale Anbieterinnen, die ein Bewilligungsgesuch für die Ausübung des Ingenieur- oder Architektenberufs im Kanton Tessin stellen, die folgenden Unterlagen einreichen (vgl. auch Art. 1 RLEPIA):

- Kopie des Diploms;
- Strafregisterauszug;
- Betreuungsauszug;
- beruflicher Lebenslauf;
- Kopie eines Identitätsausweises;
- Quittung für die Zahlung der Gebühr;
- ggf. Kopie der Arbeitsbewilligung.

64. Nach Angaben der OTIA stützt sich die Anwendung der Bestimmungen des LEPIA nicht auf die Bedingungen von Artikel 3 BGBM. Dies wäre nach Auffassung der OTIA nicht sinnvoll, da die Gesuchsprüfung ja den Grundsatz der Rechtmässigkeit und damit die geltende schweizerische und kantonale Rechtsordnung beachten muss.

65. Die Vorschriften des Kantons Tessin können nur angewandt werden, wenn die Vorschriften des Herkunftskantons nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Gleichbehandlung) erfüllt sind. Da die Bedingungen für die Bewilligungserteilung durch den Kanton Tessin ausser im Rahmen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM auf ausserkantonale Anbieterinnen, die bereits eine Bewilligung im Herkunftskanton besitzen oder die ihre Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung rechtmässig ausüben, nicht anwendbar sind, dürfen nicht systematisch Unterlagen angefordert werden, die die Voraussetzungen gemäss den Tessiner Vorschriften bescheinigen. Die Anwendung der Vorschriften des LEPIA in Bezug auf die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung muss deshalb nach Artikel 3 BGBM begründet werden. In diesem Sinn muss die OTIA zuerst überprüfen, ob die Marktzugangsvorschriften und die entsprechende Praxis des Herkunftsorts der ausserkantonalen Anbieterinnen ein gleichwertiges Schutzniveau der öffentlichen Interessen gewährleisten wie die Tessiner Vorschriften, konkret das LEPIA. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt, muss die zuständige Tessiner Behörde nachweisen, dass die Bedingungen des LEPIA für die Erlangung der Bewilligung – z. B. Einreichung von Unterlagen zur Bescheinigung der fachlichen Befähigung oder des persönlichen Rufs – gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind.

66. Nach Artikel 7 Absatz 1 LEPIA unterliegen Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten aus anderen Kantonen oder Staaten, die im Kanton Tessin ihren Beruf ausüben möchten, den Vorschriften des LEPIA. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu

den Artikeln 2 und 3 BGBM. Angesichts der verpflichtenden Grundsätze von Artikel 46 Absatz 1 und Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), wonach Bundesrecht umgesetzt werden muss und Vorrang hat, muss sich die Tessiner Behörde an die Vorschriften des BGBM halten. Die Bestimmungen des LEPIA zu den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung dürfen daher nur auf die ausserkantonalen Anbieterinnen angewandt werden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

67. Das LEPIA sieht die Schaffung eines Berufsregisters (OTIA-Register) vor. Personen mit Bewilligung werden ins OTIA-Register eingetragen und können sich als OTIA-Ingenieurinnen bzw. -Ingenieure oder OTIA-Architektinnen bzw. -Architekten bezeichnen (Art. 3 Abs. 4 LEPIA). Das OTIA-Register enthält für alle Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten Informationen zur Identität und zum Ausstellungsdatum der Bewilligung sowie Angaben zum Studienabschluss, zur Rechtsform und der entsprechenden Firma sowie zu den Geschäftsadressen (Art. 9 Abs. 2 LEPIA). Um im Kanton Tessin den Architekten- oder Ingenieurberuf ausüben zu dürfen, muss die Person somit im OTIA-Register eingetragen sein. Ausserdem muss – obwohl das im LEPIA nicht vorgesehen ist – zur Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs (vorgängig) eine Gebühr für die Eintragung ins OTIA-Register und für die Erneuerung dieses Eintrags bezahlt werden.<sup>46</sup> Das **Erfordernis der Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** stellt an sich eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM dar.<sup>47</sup> Damit diese Beschränkung zulässig ist, muss sie insbesondere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Das LEPIA strebt die Förderung der Würde und der fachgerechten Ausübung des Ingenieur- und Architektenberufs an (Art. 1 Abs. 1 LEPIA). Im Lichte der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 36 Absatz 2 BV können solche Zielsetzungen kaum als überwiegende öffentliche Interessen gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM betrachtet werden.<sup>48</sup> Ausserdem ist das Bestehen eines Berufsverzeichnisses oder eines kantonalen Registers weder geeignet noch unerlässlich, um eine fachgerechte Ausführung einer Tätigkeit, die Qualität der angebotenen Leistungen und Dienste sowie eine ausreichende berufliche Qualifikation der Fachpersonen zu gewährleisten. Eine solche Beschränkung ist

<sup>46</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>47</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 13 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Gené, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>48</sup> BGE 128 I 92, 95 Erw. 2a; BGER 2C\_720/2014 vom 12. Mai 2015, Erw. 6.1. Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 1), N 194 und 454; ZWALD (Fn. 1), Rz 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier, 2. Aufl., 2013, Rz 31 Art. 3 BGBM. Vgl. – auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit von Mitbewerbern gemäss Artikel 8 BV – BGE 125 II 129, 149 ff., Erw. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 ff., Erw. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 ff., Erw. 3b (Margot Knecht).

somit nicht verhältnismässig.<sup>49</sup> Mit ihren Empfehlungen vom 29. Januar 2001 hatte die WEKO den Kantonen Freiburg, Genf, Neuenburg und Tessin nahegelegt, das Erfordernis der Eintragung in die kantonalen Register der Architekten und Ingenieure abzuschaffen.<sup>50</sup> In Bezug auf den Kanton Tessin stellt die WEKO fest, dass das kantonale Register beibehalten wurde. So dürfen nur im OTIA-Register eingetragene Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten mit Bewilligung ihren Beruf im Kanton Tessin rechtmässig ausüben. Hierzu gilt es anzumerken, dass die Bewilligungsgesuche ohne vorgängige Bezahlung der Eintragungsgebühr gar nicht erst bearbeitet werden.<sup>51</sup>

68. Geht es um die Aufforderung zur Einreichung eines **Berufsdiplooms**, so gilt es zu berücksichtigen, dass die Tessiner Behörden die fachliche Befähigung nicht rücküberprüfen dürfen, wenn die Behörde des Herkunftsorts diese bereits geprüft hat, und dass die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM gilt. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Tessiner Behörde die fachliche Befähigung nur überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. In diesem Zusammenhang ist die praktische Tätigkeit am Herkunftsort nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen.

69. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe d LEPIA müssen Personen, die im Kanton Tessin den Ingenieur- oder Architektenberuf ausüben, die **Gesamtarbeitsverträge** (GAV) einhalten. Das LEPIA spezifiziert jedoch nicht, ob damit allgemeinverbindliche GAV gemeint sind. Daher gilt es anzumerken, dass die Tessiner Behörde im Falle eines nicht allgemeinverbindlichen GAV von den lokalen oder ausserkantonalen Fachpersonen nicht verlangen kann, dass sie sich an die Bestimmungen eines solchen GAV halten müssen, ohne damit gegen die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) zu verstossen. Aus Sicht des BGBM gilt es in Erinnerung zu rufen, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Sinne des Herkunftsprinzips nach Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM ihre Tätigkeit im Kanton Tessin nach den Vorschriften im Herkunftskanton ausüben darf. Auch wenn ein GAV im Kanton Tessin im Gegensatz zum Herkunftskanton allgemeinverbindlich ist, würde die Pflicht zur Einhaltung eines solchen GAV eine Marktzugangsbeschränkung darstellen und wäre als solche nur zulässig, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.<sup>52</sup>

70. Was die Aufforderung zur Einreichung eines **Strafregisterauszugs** anbelangt, ist anzumerken, dass dieser nur verlangt werden darf, wenn der Ruf der ausserkantonalen Anbieterin nicht bereits von den Behörden des Herkunftsorts überprüft wurde. Wird die Zulassung der ausserkantonalen gesuchstellenden Person aufgrund des Strafregisterauszugs abgelehnt, so muss die Verfügung dies dadurch begründen, dass die Ablehnung zur Wahrung eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret muss also das begangene Delikt zur Schlussfolgerung führen, dass die Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs ein

öffentliches Interesse gefährden kann. Ansonsten darf die Bewilligung nicht verweigert werden.

71. Laut Angaben der Tessiner Behörde gibt es keine Verfügungen, in denen ein Bewilligungsgesuch abgelehnt oder nur bedingt angenommen wurde. Die einzigen mit dem ausgefüllten Fragebogen übermittelten Verfügungen betreffen Fälle, in denen das Bewilligungsgesuch einer ausserkantonalen Anbieterin im Hinblick auf die Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs genehmigt wurde. Anders als in Artikel 10a Absatz 2 BGBM vorgesehen stellt die OTIA ihre Verfügungen jedoch der WEKO nicht zu.

72. Schliesslich lässt sich feststellen, dass – obwohl dies in den Verfügungen der OTIA nicht erwähnt wird – die Fachleute für die Eintragung in das Register eine **Verwaltungsgebühr** zahlen müssen.<sup>53</sup> Diese Gebühr muss vor dem Erhalt der Bewilligung bezahlt werden und die gesuchstellende Person muss die entsprechende Quittung dem Gesuch beilegen. Laut Angaben der OTIA dient diese Registrierungsgebühr zur teilweisen Deckung der administrativen Registrierungskosten und der Kosten für verschiedene angebotene Dienstleistungen (z. B. unentgeltlicher Rechtsdienst, Beratung zu anderen rechtlichen und technischen Fragen). Allerdings gibt es für die Erhebung der erwähnten Gebühr keine Rechtsgrundlage. Die Höhe der Registrierungsgebühr ist auf der Website der OTIA angegeben;<sup>54</sup> dort steht sinngemäss, dass diese vorausbezahlten Verwaltungsgebühren nicht zurückerstattet werden, wenn die Bewilligung per Verfügung des Rats der OTIA abgelehnt wird, die Bewerberin bzw. der Bewerber auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichtet oder das Verfahren nicht abgeschlossen wird. Diese Vorgehensweise läuft Artikel 3 Absatz 4 BGBM zuwider, der ein kostenloses Bewilligungsverfahren vorsieht. Die Tatsache, dass eine Vorauszahlung der Verwaltungsgebühr verlangt und die Rückerstattung derselben bei einer Ablehnung verweigert wird, kann ausserkantonale Anbieterinnen davon abhalten, ein Bewilligungsgesuch zu stellen.

## 2.2.6 Treuhänderberufe

73. Gemäss Artikel 1 des kantonalen Gesetzes vom 1. Dezember 2009 über die Ausübung der Treuhänderberufe (*Legge cantonale sull'esercizio delle professioni di fiduciario*, LFid; RLTI 11.1.4.1) besteht für die im Auftrag

<sup>49</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 19 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>50</sup> RPW 2001/1, 180, *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>51</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>52</sup> BGer 2C\_111/2010 vom 7.12.2010, Erw. 2.5. Vgl. auch DIEBOLD, *Freizügigkeit* (Fn. 1), N 1290 ff. und dort erwähnte Verweise.

<sup>53</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>54</sup> Idem.

Dritter beruflich ausgeübten Tätigkeiten als Treuhänder/in, Wirtschaftsprüfer/in, Immobilien Treuhänder/in und Finanz Treuhänder/in eine Bewilligungspflicht.

74. Die vom Staatsrat ernannte Aufsichtsbehörde über die Ausübung der Treuhänderberufe (Aufsichtsbehörde) ist für die Ausstellung der Bewilligung zur Ausübung des Treuhänderberufs zuständig (Art. 8 und 18 LFid). Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen erfüllen (Art. 8 Abs. 1 LFid):

- Handlungsfähigkeit;
- guter Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit;
- kein laufendes Konkurs- oder Insolvenzverfahren;
- anerkannter Studienabschluss und zwei Jahre Berufserfahrung in der Schweiz in der Branche, für die die Bewilligung beantragt wird;
- Haftpflichtdeckung.

75. Zur Überprüfung dieser Voraussetzungen muss das Bewilligungsgesuch laut den Angaben der Aufsichtsbehörde die folgenden Unterlagen enthalten (vgl. auch Art. 8 LFid und Art. 4 der Verordnung vom 30. Mai 2012 zum Gesetz über die Ausübung der Treuhänderberufe, [*Regolamento del 30 maggio 2012 della legge sull'esercizio delle professioni di fiduciario*, RFid; RLTI 11.1.4.1.1]):

- Selbstzertifizierung;
- beruflicher Lebenslauf;
- Wohnsitzbescheinigung;
- Strafregisterauszug;
- Bescheinigung des Betreibungs- und Konkursamtes;
- ggf. Kopie des Studienabschlusses;
- Bescheinigung/en zum Nachweis der dreijährigen Berufserfahrung;
- weitere Unterlagen zur Klärung der Situation der gesuchstellenden Person.

76. Laut Artikel 9 LFid bleibt für gesuchstellende Personen aus einem anderen Kanton das BGBM vorbehalten.

77. In den Antworten im Fragebogen bestätigt die Tessiner Behörde, dass die Bedingungen für die Ausstellung der Bewilligung im Sinne des LFid überprüft werden und dass die ausserkantonale Anbieterin den Treuhänderberuf im Kanton Tessin gestützt auf die Bedingungen von Artikel 3 BGBM ausüben darf. Die Aufsichtsbehörde erklärt ferner, es werde überprüft, ob die ausserkantonale Anbieterin an ihrem Herkunftsort tatsächlich als Treuhänderin bzw. Treuhänder tätig ist.

78. In Bezug auf die Bescheinigungen der fachlichen Befähigung sieht Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d LFid als doppelte Bedingung den Besitz eines **anerkannten Studienabschlusses** (vgl. Art. 11 LFid) sowie zwei Jahre Berufserfahrung als Treuhänderin bzw. Treuhänder in der Schweiz vor. Dessen ungeachtet hat die Aufsichtsbehörde in den übermittelten Verfügungen das Gesuch ei-

ner ausserkantonalen Anbieterin ohne anerkannten Studienabschluss aufgrund einer dreijährigen praktischen Tätigkeit bewilligt. Diese Praxis steht im Einklang mit dem BGBM. Bevor sie Tessiner Recht anwendet, muss die Aufsichtsbehörde jedoch nachweisen, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Nur wenn die kantonalen Vorschriften nicht gleichwertig sind, kann die Aufsichtsbehörde die Bestimmungen des LFid auf die ausserkantonalen Anbieterinnen anwenden, wobei sie ihre Verfügungen auf die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM abstützt. Dazu ist zu erwähnen, dass das Formular für das Bewilligungsgesuch<sup>55</sup> ausdrücklich die Einreichung einer beglaubigten Kopie des Studienabschlusses verlangt. Diese Angabe kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch einzureichen.

79. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Aufforderung, einen **Strafregisterauszug** und eine **Bescheinigung des Betreibungs- und Konkursamtes** einzureichen. Haben die Behörden des Herkunftskantons diese persönlichen und finanziellen Voraussetzungen bereits überprüft, darf die Tessiner Behörde sie nicht rücküberprüfen. Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann die Tessiner Behörde den Marktzugang nur mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

80. Den Nachweis einer **Haftpflichtdeckung** zu verlangen, ist grundsätzlich zulässig.<sup>56</sup> Die Modalitäten dieser Deckung sind in Artikel 5 RFid geregelt. So ist insbesondere die Höhe der Mindestdeckung je nach Tätigkeitsbereich des Treuhänderberufs festgelegt (zwischen 500 000 und 1 000 000 Franken). Gehen diese Anforderungen über jene des Herkunftskantons hinaus, dürfen die Höhe der Mindestdeckung und die anderen in den Tessiner Vorschriften vorgesehenen Modalitäten nur angewandt werden, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Die Aufsichtsbehörde berücksichtigt insbesondere die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM).

81. Die Tessiner Behörde hat einen **negativen Vorbescheid** zu einem Bewilligungsgesuch sowie zehn Verfügungen, mit denen die Bewilligung erteilt wurde, übermittelt. Die Aufsichtsbehörde betrachtet den negativen Vorbescheid jedoch nicht als formelle Verfügung. Der negative Vorbescheid hält fest, dass gegen Bezahlung einer Gerichtsgebühr von 500 Franken eine vor dem kantonalen Verwaltungsgericht anfechtbare Verfügung erlassen werden kann.

<sup>55</sup> <www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/ufficio> Sportello > Formulari.

<sup>56</sup> BGE vom 22.2.2011 2P.180/2000, Erw. 3c.

82. Laut Artikel 9 Absatz 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form von anfechtbaren Verfügungen zu erlassen. Wo keine ergeht, kann die ausserkantonale Anbieterin eine Verfügung verlangen.<sup>57</sup> Zudem ist über Beschränkungen in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die von der Aufsichtsbehörde erteilten negativen Vorbescheide erfüllen diese Bedingungen nicht. Erstens werden sie nicht in Form von anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 BGBM erlassen, obwohl es sich in Wirklichkeit um Verfügungen bezüglich Beschränkungen handelt. Zweitens steht die Tatsache, dass die gesuchstellende Person einen Antrag einreichen und eine Gebühr zahlen muss, damit eine Verfügung erlassen wird, im Widerspruch zum Grundsatz des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

83. Was die Verfügungen anbelangt, mit denen die Berufsausübung bewilligt wird, ist festzustellen, dass die gesuchstellende Person eine **jährliche Gebühr** von 400 Franken (oder anteilig in zwölf Teilbeträgen) und eine **Bewilligungsgebühr** von 500 Franken bezahlen muss. Dies obwohl die Bestimmung von Artikel 12 Absatz 3 LFid ausdrücklich vorsieht, dass bezüglich der Gebühr für die Bewilligung zur Ausübung der Treuhändertätigkeit und für die Eintragung ins kantonale Treuhänderregister für ausserkantonale gesuchstellende Personen das BGBM vorbehalten bleibt. Die Aufsichtsbehörde bestätigt, dass aus Versehen bei einigen Verfügungen irrtümlicherweise Bewilligungsgebühren in Rechnung gestellt wurden und dass das Sekretariat der Aufsichtsbehörde bemüht sei, diese zurückzuerstatten. Die Tessiner Vorschriften und die Praxis zur Auferlegung einer Gebühr verstossen gegen Artikel 3 Absatz 4 BGBM, der ein kostenloses Verfahren vorsieht. Dies gilt nicht nur für die Gebühr für die Bewilligungserteilung, sondern auch für die jährliche Gebühr für die Berufsausübung.

84. Es ist zudem festzustellen, dass die Verfügungen der Aufsichtsbehörde nicht der WEKO zugestellt werden; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

### 2.2.7 Gewerbliche Tätigkeiten

85. Gemäss Artikel 13 ff. des kantonalen Gesetzes vom 24. März 2015 über Gewerbebetriebe (*Legge cantonale sulle imprese artigianali*, LIA; RLTI 7.1.5.4) ist die Aufsichtskommission über die Gewerbebetriebe (LIA-Kommission) auf Kantonsebene für die Ausstellung von Bewilligungen im Bereich der gewerblichen Berufe zuständig.

86. Artikel 3 LIA sieht die Einrichtung eines Registers der Gewerbebetriebe vor (LIA-Register). Für Gewerbebetriebe, die auf dem Kantonsgebiet Handwerksarbeiten in den Berufszweigen ausführen, die im Anhang zum kantonalen Reglement vom 20. Januar 2016 des Gesetzes über Gewerbebetriebe (*Regolamento cantonale della legge sulle imprese artigianali*, RLIA; RLTI 7.1.5.4.1) aufgeführt sind, ist die Eintragung ins LIA-Register obligatorisch. Um in das Register aufgenommen zu werden, müssen die Gewerbebetriebe über bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen verfügen (Art. 4 Abs. 1, Art. 6 und Art. 7 LIA). Ausserdem müssen sie über eine Mindestversicherungsdeckung verfügen (Art. 9 Abs. 2 Bst. c RLIA), die lokalen Gesamtarbeitsverträge einhalten (Art. 9 Bst. c LIA und Art. 9 Abs. 2 Bst. a und b RLIA) und

Gebühren für die Eintragung ins LIA-Register bezahlen (Art. 19 LIA und Art. 11 RLIA).

87. Bei Gesellschaften müssen die fachlichen Voraussetzungen mindestens von einer Inhaberin bzw. einem Inhaber oder einem tatsächlich geschäftsführenden Mitglied erfüllt sein (Art. 4 Abs. 2 LIA). Gemäss dem LIA kann als Inhaberin bzw. Inhaber oder geschäftsführendes Mitglied die- bzw. derjenige erachtet werden, die bzw. der tatsächlich an der Leitung der Gesellschaft beteiligt ist, dieser ihre bzw. seine Arbeit vorwiegend widmet und die Gesellschaft vertritt (Art. 4 Abs. 3 LIA).<sup>58</sup>

88. Die Eintragung ist mit dem dafür vorgesehenen Formular (online<sup>59</sup>) zu beantragen und die folgenden Unterlagen sind beizufügen:

- a) Für die Inhaberin bzw. den Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied:
  - Bescheinigung der Handlungsfähigkeit;
  - Leumundszeugnis;
  - Strafregisterauszug;
  - Auszug aus dem Betreibungs- und Konkursregister;
  - Kopie der Diplome und Studienabschlüsse;
  - Nachweise der erforderlichen Berufspraxis.
- b) Für das Unternehmen:
  - Kopie des Handelsregisterauszugs;
  - Auszug aus dem Betreibungs- und Konkursregister;
  - Erklärung der AHV-Kasse zur Bestätigung der Zahlung der Sozialbeiträge;
  - Erklärung der kantonalen paritätischen Kommission (KPK) zur Bestätigung der Beitragszahlung an die Vorpensionierungskasse;
  - Kopie der Police und der Prämienzahlung für die berufliche Haftpflichtversicherungsdeckung in Höhe von mindestens 1 000 000 Franken jährlich;
  - Erklärung der KPK oder Dokument zur Bestätigung der Zahlung der Kautionen;
  - Erklärung der KPK bezüglich der Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags.

<sup>57</sup> BBI 1995 I 1213 (Fn 6), hier 1273.

<sup>58</sup> Art. 5 Abs. 2 RLIA hält fest, dass für die Eintragung als Inhaberin bzw. Inhaber oder tatsächlich geschäftsführendes Mitglied nur die- bzw. derjenige erachtet werden kann, die bzw. der tatsächlich an der Leitung der Gesellschaft mit einer Anwesenheit von mindestens 50 % der normalen Arbeitsdauer beteiligt ist, die Gesellschaft vertritt und die Erfüllung seitens Letzterer der Pflichten gemäss Art. 9 LIA gewährleistet (Einhaltung der Bau- und Umweltschutzgesetze sowie der Vorschriften zur Arbeitssicherheit, Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge, Einhaltung der Beitragspflichten gegenüber den obligatorischen Sozialwerken sowie hinsichtlich der Quellensteuererhebung, kein unlauterer Wettbewerb).

<sup>59</sup> <www.albo-lia.ch> Iscrizione > Modulo online per nuova iscrizione.

89. Zu den fachlichen Voraussetzungen sieht Artikel 6 Absatz 2 LIA vor, dass der Staatsrat das Erfordernis für bestimmte Studienabschlüsse durch eine ausreichende Arbeitserfahrung ersetzen sowie zusätzlich eine angemessene Berufspraxis als Baustellenleiterin bzw. -leiter verlangen kann. Laut Artikel 5 Absatz 1 RLIA muss die Inhaberin bzw. der Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied nachweisen, dass sie bzw. er über einen Studienabschluss oder Berufspraxis verfügt. Laut Artikel 5 Absatz 3 RLIA werden für die Berufspraxis die Arbeitsjahre angerechnet, die effektiv in der betreffenden Berufsgruppe absolviert wurden, beginnend ab Erlangung des erforderlichen Studienabschlusses. Der Anhang zum RLIA sieht für jede Berufsgruppe (z. B. Holzbau, Glaser-, Gärtnerarbeiten) einen minimalen Studienabschluss und eine Mindestberufspraxis von drei Jahren vor. In besonderen Fällen sind Ausnahmen von der Mindestberufspraxis von drei Jahren zulässig, insbesondere wenn die Inhaberin bzw. der Inhaber des erforderlichen Studienabschlusses angemessene Kenntnisse im Bereich des Unternehmertums und des kantonalen Wirtschaftsumfelds nachweist (vgl. Art. 5 Abs. 3, 2. Satz RLIA).

90. Artikel 24 Absatz 1 LIA sieht eine Ausnahme vom Erfordernis des Studienabschlusses in den Fällen vor, in denen die Inhaberin bzw. der Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied des Gewerbebetriebs nachweist, dass sie bzw. er die persönlichen Voraussetzungen erfüllt (Art. 7 LIA) und dass sie bzw. er die Tätigkeit, die Gegenstand des Gesuchs bildet, seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz ausübt (vgl. auch Art. 13 RLIA).

91. Gemäss Artikel 9 Buchstabe c LIA müssen die Gewerbebetriebe zudem die **Rechtsvorschriften über die Arbeit und über die GAV** einhalten. In diesem Sinne müssen sie auch den in den GAV vorgesehenen Pflichten gegenüber den Sozialversicherungen nachkommen (Art. 9 Bst. e LIA), insbesondere hinsichtlich der Kauttionen (Art. 9 Abs. 2 Bst. a RLIA). Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b RLIA präzisiert, dass Gewerbebetriebe, die in Berufsgruppen eingetragen sind, für die ein GAV gilt, eine von der zuständigen paritätischen Kommission ausgestellte Bescheinigung über die Einhaltung des entsprechenden GAV einreichen müssen. Das LIA gibt nicht an, ob allgemeinverbindliche GAV gemeint sind.

92. Die ausserkantonalen Anbieterinnen, die ihre Tätigkeit in ihrem Herkunftskanton rechtmässig ausüben und Handwerksarbeiten im Sinne des LIA ausführen, haben laut Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM das Recht, ihre Dienste und Leistungen anzubieten und sich zur Ausübung dieser Tätigkeit im Kanton Tessin niederzulassen. Gemäss dem in Artikel 2 Absatz 5 BGBM verankerten Grundsatz der Gleichwertigkeit werden die Marktzugangsvorschriften des Herkunftskantons und jene des Kantons Tessin als gleichwertig erachtet. Das Recht auf freien Zugang zum Markt gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM besteht auch, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung erlaubt ist. Denn die Rechtmässigkeit der Ausübung der Tätigkeit ist bereits durch den Rechtsrahmen am Herkunftsort gewährleistet. Steht der im Kanton Tessin geltenden Bewilligungspflicht eine Marktzugangsordnung entgegen, die keine Bewilligung vorsieht, bedeutet das grundsätzlich, dass die Regeln für den Marktzugang nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5

BGBM). Die Tessiner Behörde muss in diesem Fall prüfen, ob die Einschränkungen gemäss LIA die Anforderungen nach Artikel 3 BGBM erfüllen (Rz 15). Laut Artikel 3 Absatz 1 BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen in Form von Auflagen und Bedingungen auszugestalten und sind nur zulässig, wenn sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird und durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und d BGBM).

93. Die **Pflicht zur Eintragung in ein Berufsregister** stellt allein schon eine Marktzugangsbeschränkung dar, und dies unabhängig von den materiellen Bedingungen, die für die Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit vorgeschrieben sind.<sup>60</sup> Will ein Gewerbebetrieb keine verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen riskieren, so kann er ohne vorgängige Eintragung im LIA-Register rechtmässig keine Aufträge zur Ausführung von Arbeiten im Kanton Tessin übernehmen. Dazu muss er seinen Antrag auf Eintragung zunächst mittels dem entsprechenden Formular zusammen mit den oben aufgeführten Unterlagen zur Bescheinigung der fachlichen Befähigung, des einwandfreien Leumunds, der Zahlungsfähigkeit und der Versicherungsdeckung des Betriebs einreichen. Durch das Ausfüllen dieses Formulars sowie das Beschaffen und Einreichen der verlangten Unterlagen entsteht dem betreffenden Betrieb ein nicht unwesentlicher finanzieller und zeitlicher Aufwand. Danach muss er die Antwort der LIA-Kommission abwarten, die seinen Antrag gutheisst und die Ausübung der Tätigkeit im Kanton Tessin bewilligt. Die Vorbereitung des Antrags und das Verfahren zur Eintragung ins LIA-Register verursachen somit einen hohen und kostspieligen administrativen Aufwand. Dadurch wird es für ausserkantonale Gewerbebetriebe kompliziert und aufwändig, Dienste und Arbeitsleistungen auf Tessiner Boden anzubieten, und es kommt zu Verzögerungen. Die Pflicht zur Eintragung ins LIA-Register stellt somit eine Marktzugangsbeschränkung dar, die nur zulässig ist, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Der Zweck des LIA umfasst eigentlich die Förderung der Qualität der Arbeiten von Gewerbebetrieben, die auf dem Kantonsgebiet tätig sind, die Verbesserung der Sicherheit der Arbeitnehmenden und die Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung (Art. 1 LIA). Gemäss Artikel 3 LIA wird *„[z]ur Sicherstellung der korrekten Ausübung der Handwerksarbeiten, insbesondere der Qualität und der Sicherheit, [...] ein Register der Gewerbebetriebe eingerichtet“*.

<sup>60</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 14 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung*. Vgl. auch Urteil des EuGH C-215/01 vom 11.12.2003 *Bruno Schnitzer*, Slg. 2003 I-14847 Rz 34; Urteil des EuGH C-58/98 vom 3.10.2000 *Corsten*, Slg. 2000 I-07919 Rz 34. Oder auch Urteil des EuGH C-131/01 vom 13.2.2003 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik*, Slg. 2003 I-01659 Rz 27.



Die Qualität der Arbeiten stellt indessen kein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM dar. Und selbst wenn die Sicherheit der Arbeitnehmenden und die Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung öffentliche Interessen sind, ist die Eintragung im LIA keine geeignete und unerlässliche Massnahme, um diese Ziele zu erreichen. Allein durch die Eintragung eines Betriebs im LIA-Register lässt sich nicht sicherstellen, dass dieser Betrieb die Vorschriften bezüglich der Arbeitssicherheit einhält und keine Missbräuche bei der Wettbewerbsausübung begeht. Aus diesen Gründen ist die Pflicht zur Eintragung ins LIA-Register nicht verhältnismässig im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c BGBM. Diese Marktzugangsbeschränkung ist somit unzulässig.

94. Es ist mit dem BGBM nicht vereinbar, dass ausserkantonale Anbieterinnen systematisch aufgefordert werden, ein **spezifisches Diplom oder einen bestimmten Studienabschluss** zusammen mit dem Nachweis einer mindestens dreijährigen Berufspraxis einzureichen. Insbesondere wenn der Herkunftskanton der ausserkantonalen Anbieterin die Ausübung von Tätigkeiten eines Gewerbebetriebs gemäss LIA zulässt, ohne ein Diplom oder einen Studienabschluss zu verlangen, muss die LIA-Kommission erstens nachweisen, dass die Vorschriften des Herkunftsorts keinen gleichwertigen Schutz der überwiegenden öffentlichen Interessen gewährleisten und dass die Gleichwertigkeitsvermutung deshalb widerlegt ist. Zweitens muss sie überprüfen, ob die im LIA vorgesehenen Beschränkungen die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllen. Laut Auffassung der WEKO können diese Bedingungen in einem konkreten Fall nur schwer erfüllt werden. Erstens sind die im LIA vorgeschriebenen fachlichen Voraussetzungen zur Sicherstellung der Arbeitsqualität nicht unerlässlich, selbst wenn sie als geeignet betrachtet werden können, um dieses Ziel zu erreichen. Die Arbeitsqualität wird einerseits von der Konkurrenz zwischen den verschiedenen Anbieterinnen auf dem Markt bestimmt. Andererseits wird sie durch die Bestimmungen des Obligationenrechts und des Zivilprozessrechts geschützt, dank denen sich Streitfälle im Zusammenhang mit Dienstleistungen schlechter Qualität regeln lassen. Ausserdem steht der mögliche Nutzen beim Versuch, die Arbeitsqualität durch die Pflicht zur Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen gemäss LIA (Studienabschlüsse und Mindestberufspraxis) sicherzustellen, nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu den Marktzugangsbeschränkungen für die betreffenden Betriebe. Zweitens stellen Studienabschlüsse oder eine nachgewiesene Mindestberufspraxis keine geeigneten und unerlässlichen Massnahmen zum Schutz der Sicherheit der Arbeitnehmenden oder zur Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung dar. Hierzu gilt es auch anzumerken, dass der bestehende Rechtsrahmen, insbesondere in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz und die flankierenden Massnahmen<sup>61</sup>, den zuständigen kantonalen Behörden bereits erlaubt, Überprüfungen durchzuführen und die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um diese Ziele zu erreichen. Wir möchten auch daran erinnern, dass die Marktzugangsbeschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM nicht verhältnismässig sind, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat

(Rz 9). Die Botschaft des Bundesrates über die Änderung des BGBM hält dazu fest, dass eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden kann.<sup>62</sup> Die (systematische) Aufforderung zur Einreichung von Kopien der minimalen Studienabschlüsse lässt sich somit nicht rechtfertigen. Aus diesen Gründen sind die gemäss LIA verlangten fachlichen Voraussetzungen nicht verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).

95. Die gleichen Überlegungen lassen sich auch hinsichtlich der **persönlichen Voraussetzungen** anstellen, z. B. dass eine Person nicht strafrechtlich verurteilt wurde und über einen einwandfreien Leumund verfügt, aber auch hinsichtlich der anderen im LIA vorgesehenen Bedingungen. Insbesondere was die **Einhaltung der GAV** anbelangt, gilt es hervorzuheben, dass die Tessiner Behörde im Falle eines nicht allgemeinverbindlichen GAV von den lokalen oder ausserkantonalen Fachpersonen nicht verlangen kann, dass sie sich an die Bestimmungen eines solchen GAV halten müssen, ohne damit gegen die Vorschriften des AVEG zu verstossen. Aus Sicht des BGBM muss indessen ergänzt werden, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Sinne des Herkunftsprinzips nach Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM ihre Tätigkeit im Kanton Tessin nach den Vorschriften im Herkunftskanton ausüben darf. Auch wenn ein GAV im Kanton Tessin im Gegensatz zum Herkunftskanton allgemeinverbindlich ist, würde die Pflicht zur Einhaltung eines solchen GAV eine Marktzugangsbeschränkung darstellen und wäre als solche nur zulässig, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.<sup>63</sup> Auch die im LIA vorgesehene **Mindestversicherungsdeckung** kann nur verlangt werden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM muss die LIA-Kommission insbesondere die Bescheinigungen und Sicherheitsnachweise berücksichtigen, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort vorgelegt hat.

96. Die WEKO anerkennt das Recht des Kantons Tessin, die Betriebe zu beaufsichtigen und zu kontrollieren, die auf seinem Gebiet einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Die vom Kanton Tessin ausgeübte **Aufsichtspflicht** kann in diesem Sinne ein öffentliches Interesse darstellen.<sup>64</sup> Das BGBM hindert die Kantone nicht daran, von den ausskantonalen Anbieterinnen eine Meldung zu verlangen, wenn

<sup>61</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11), Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) und Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20).

<sup>62</sup> BBl 2005 465 (Fn 12), hier 486.

<sup>63</sup> BGer 2C\_111/2010 vom 7.12.2010, Erw. 2.5. Vgl. auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 1), N 1290 ff. und dort erwähnte Verweise.

<sup>64</sup> Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359 und 1361 ff.

sie auf dem Kantonsgebiet einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen. Es muss sich jedoch um eine einfache Meldung handeln, ohne dass die ausserkantonalen Gewerbebetriebe weitere Bedingungen erfüllen oder andere bürokratische Formalitäten erledigen müssen. Diese Meldung ist für die Tessiner Behörde ausreichend, um ihren eigenen Aufsichts- und Kontrollpflichten zur Einhaltung der geltenden kantonalen und eidgenössischen Rechtsvorschriften nachzukommen, namentlich in Bezug auf die flankierenden Massnahmen. Im Falle des LIA müssen die ausserkantonalen Anbieterinnen für die Eintragung ins LIA-Register ein Formular ausfüllen und zusammen mit den verlangten Unterlagen zur Bescheinigung der im LIA verankerten Voraussetzungen einreichen (Rz 87). Es handelt sich also nicht um eine einfache Meldung, wie sie für den Kanton Tessin zur Erfüllung seiner Aufsichtspflicht bereits ausreichend wäre. Die im LIA vorgesehenen Massnahmen gehen somit über das hinaus, was zur Erreichung dieses Zieles als geeignet, erforderlich und vernünftig erachtet werden kann, und sind daher nicht verhältnismässig.

97. Gemäss den vorstehenden Ausführungen würde auch die Anwendung der in Artikel 24 LIA vorgesehenen gesetzlichen Ausnahme auf Gewerbebetriebe, die ihre Tätigkeit seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz ausüben und die persönlichen Voraussetzungen erfüllen (vgl. Rz 89), nicht mit dem BGBM im Einklang stehen. Die kantonale Tessiner Behörde muss nämlich zunächst ermitteln, ob die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist. Ist dies der Fall, so muss sie überprüfen, ob die Pflicht zur Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen gemäss dem LIA den in Artikel 3 Absatz 1 BGBM festgelegten Bedingungen entspricht. Wie in den vorangehenden Absätzen festgestellt wurde, scheinen diese Bedingungen jedoch nicht erfüllt zu sein.

98. Die Tatsache, dass im Formular für die Eintragung ins LIA-Register sowie im Leitfaden zum Ausfüllen des Antrags auf Eintragung ins LIA-Register<sup>65</sup> ausdrücklich verlangt wird, dass Unterlagen zum Nachweis der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen eingereicht werden, kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch zu stellen.

99. Artikel 19 LIA und Artikel 11 RLIA sehen Gebühren für die Eintragung in das Register (Fr. 600.–) und für die Nachführung des Registers (Fr. 400.–) vor.<sup>66</sup> Betriebe, die eine Eintragung in das Register in mehreren Berufsgruppen verlangen, zahlen neben der Eintragungsgebühr (Fr. 600.–) zusätzlich einen Betrag von 300 Franken pro Berufsgruppe (Art. 11 Abs. 2 RLIA). Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen kostenlos sein muss (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die verlangte Gebühr für die Eintragung in das LIA-Register und für dessen Nachführung widerspricht demnach dem Grundsatz des kostenlosen Verfahrens laut BGBM. Der neue Artikel 11 Absatz 2<sup>bis</sup> RLIA sieht vor, dass die Regelungen des BGBM vorbehalten bleiben.<sup>67</sup> Laut diesem Artikel ist es insbesondere möglich, von der Erhebung der Eintragungs- und Nachführungsgebühr abzusehen, wenn die ausserkantonalen Anbieterinnen in ihrem Herkunftskanton über eine Arbeitsgenehmigung verfügen und die persönlichen und fachlichen Anforderungen von Artikel 6 und 7 LIA erfüllen.

Demnach gilt die Ausnahme aber nicht für ausserkantonale gesuchstellende Personen, die ihre Tätigkeit im Herkunftskanton rechtmässig ausüben, ohne über bestimmte Studienabschlüsse zu verfügen oder ohne die im LIA vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen zu erfüllen.

## 2.2.8 Tätigkeiten im Bauwesen

100. Artikel 3 des kantonalen Gesetzes vom 1. Dezember 1997 über die Ausübung des Berufs des Baumeisters und des Fachunternehmers im Bauhauptgewerbe (*Legge cantonale sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione*, LEPICOSC; RLTI 7.1.5.3) sieht die Schaffung eines Registers der Bauunternehmen und Fachunternehmer vor (Unternehmensregister). Laut Artikel 3a LEPICOSC müssen die Bauunternehmen und die Fachunternehmer fachliche (Diplome und minimale Fachausweise; Art. 5 LEPICOSC) und persönliche (Art. 5a LEPICOSC) Voraussetzungen erfüllen, um in das Register aufgenommen zu werden.

101. Über die Genehmigung des Antrags auf Aufnahme in das Register entscheidet die Aufsichtskommission, die aus fünf vom Staatsrat ernannten Mitgliedern besteht (Art. 8 und 9 LEPICOSC).

102. Mit der Eintragung in das Register erhalten die Bauunternehmen und die Fachunternehmer die Befugnis, Arbeiten in den jeweiligen Tätigkeitsfeldern auszuführen (Art. 4 Abs. 1 LEPICOSC). Bauunternehmen bzw. Fachunternehmer, die Bauarbeiten mit budgetierten Kosten von über 30 000 Franken bzw. über 10 000 Franken ausführen wollen, müssen sich in das Register eintragen (Art. 4 Abs. 2 und 3 *e contrario* LEPICOSC). Laut Artikel 8 Absatz 1 der kantonalen Verordnung vom 3. Dezember 2014 zum Gesetz über die Ausübung des Berufs des Baumeisters und des Fachunternehmers im Bauhauptgewerbe (*Regolamento cantonale della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione*, RLEPICOSC; RLTI 7.1.5.3.1) prüft die Aufsichtskommission den Wert der Aufträge und die Pflicht zur Unterstellung der Bauunternehmen oder Fachunternehmer unter das Gesetz nach, indem sie die Materialpreise und die von den Berufsverbänden genehmigten Gebühren als Bewertungsgrundlage heranzieht. Falls nicht im Register eingetragene Bauunternehmen oder Fachunternehmer Arbeiten ausführen, die dem Gesetz unterliegen, ergreift die Aufsichtskommission die erforderlichen vorsorglichen Massnahmen sowie Sanktionsmassnahmen (Art. 8 Abs. 3 RLEPICOSC). Verstösse gegen das LEPICOSC

<sup>65</sup> <[www.albo-lia.ch](http://www.albo-lia.ch)> Iscrizione > Linee guida iscrizione.

<sup>66</sup> Ursprünglich sah das RLIA für die Eintragung in das Register eine Gebühr von Fr. 2000.– bzw. von Fr. 1500.– für Mitgliederunternehmen des Tessiner Baumeisterverbands (*Unione Associazioni dell'Edilizia, UAE*) sowie von mindestens Fr. 300.– bis höchstens Fr. 2000.– für die technischen Überprüfungen der fachlichen Kenntnisse und Kompetenzen vor. Mit dem Dekret vom 16. August 2016 beschloss der Staatsrat des Kantons Tessin eine teilweise Änderung von Artikel 11 Absatz 1 RLIA, nämlich die Senkung der Eintragungsgebühr auf Fr. 600.– und die Aufhebung der Gebühr für die Überprüfungen. Vgl. Amtliches Bulletin der Gesetze des Kantons Tessin vom 19. August 2016, Band 172, BU 36/2016, S. 373.

<sup>67</sup> Vgl. BU 36/2016, S. 373 (Fn 74).

können mit einer Warnung, einer Geldbusse bis 100 000 Franken und mit der Streichung aus dem Register geahndet werden (Art. 16 Abs. 1 LEPICOSC).

103. Die Gesuche um Eintragung in das Register sind mit dem offiziellen Formular<sup>68</sup> an die Aufsichtscommission zu richten, die sodann darüber entscheidet (Art. 9 Abs. 1 LEPICOSC). Mit dem Gesuch sind die in Artikel 3 Absatz 2 RLEPICOSC aufgeführten erforderlichen Unterlagen einzureichen:

- Beglaubigter Auszug des Handelsregistereintrags der Firma;
- Strafregisterauszug für alle natürlichen Personen, die als Inhaberin bzw. Inhaber, Mitglied der Geschäftsführung oder der Verwaltung oder Mitglied mit Vertretungsvollmacht für die juristische Person im Handelsregister eingetragen sind;
- Solvenzbescheinigung der Firma;
- Urkunden zum Nachweis der Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen durch die Inhaberin bzw. den Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied (gesetzlich verlangte Diplome oder Studienabschlüsse; Bescheinigungen und Referenzen über die mindestens dreijährige praktische Tätigkeit, beginnend ab Erlangung des anerkannten Diploms oder Studienabschlusses, als Vollzeit tätige(r) Baustellenleiterin bzw. Leiter in einem Bauunternehmen bzw. bei einem Fachunternehmer; persönliche Solvenzbescheinigung).

104. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen sind Bauunternehmen und Fachunternehmer, deren Arbeiten und Leistungen einen bestimmten Betrag übersteigen, gemäss den Tessiner Vorschriften somit zur Eintragung in das Register verpflichtet. Bauunternehmen und Fachunternehmern, die Arbeiten für einen Betrag ausführen, der über den im kantonalen Gesetz festgelegten Grenzen liegt, die aber nicht im Register eingetragen sind, drohen Sanktionen. Für die Eintragung in das Register müssen bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen erfüllt werden (vgl. Rz 103). Das kantonale Gesetz sieht keine Ausnahmen für ausserkantonale Anbieterinnen vor.

105. Das **Erfordernis der Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** stellt an sich eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM dar.<sup>69</sup> Damit diese Beschränkung zulässig ist, muss sie insbesondere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Mit dem Unternehmensregister soll garantiert werden, dass die Bauunternehmen und Fachunternehmer ihre Tätigkeiten fachgerecht ausführen (Art. 3 LEPICOSC). Im Lichte der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 36 Absatz 2 BV kann eine solche Zielsetzung kaum als überwiegendes öffentliches Interesse gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM betrachtet werden.<sup>70</sup> Ausserdem ist das Bestehen eines Berufsverzeichnisses oder eines kantonalen Registers weder geeignet noch unerlässlich, um eine fachgerechte Ausübung der oben erwähnten Berufe zu gewährleisten. Diese Beschränkung ist somit nicht verhältnismässig.<sup>71</sup>

106. In den Antworten im Fragebogen erklärt die Tessiner Behörde, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Kanton Tessin auch Arbeiten oberhalb der in Artikel 4 LEPICOSC festgelegten Grenzen ausführen darf, ohne dass sie sich in das Register eintragen lassen muss, und dass im Fall von Kontrollen nur die am Herkunftsort ausgeübte praktische Tätigkeit überprüft wird. Gemäss der Aufsichtscommission kann sich eine ausserkantonale Anbieterin, die angemessene Erfahrungen in einem bestimmten Tätigkeitszweig nachweist, in das Register eintragen lassen (muss aber nicht), sofern sie die gesetzlichen Voraussetzungen (Diplom und Erfahrung) erfüllt. Diese Informationen stehen weder in den kantonalen Vorschriften (LEPICOSC und RLEPICOSC) noch auf der Webseite des Unternehmensregisters<sup>72</sup>. Eine ausserkantonale Anbieterin kann nicht wissen, ob der Zugang zum Tessiner Markt ohne Bewilligung und ohne Eintragung in das Register möglich ist, wie dies die Tessiner Behörde vorbringt. Überdies ist nicht klar, ob die ausserkantonale Anbieterin meldepflichtig ist und wie die Aufsichtscommission ihre Kontrollen durchführt. Diese Aspekte können ausserkantonale Anbieterinnen davon abhalten, auf dem Tessiner Markt tätig zu werden.

107. Gemäss dem Grundsatz der Gleichwertigkeit (Art. 2 Abs. 5 BGBM) dürfen die Tessiner Behörden die **fachliche Befähigung** nicht rücküberprüfen, falls diese bereits von der Behörde des Herkunftsorts überprüft wurde. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Tessiner Behörde die fachliche Befähigung nur prüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind, d. h. wenn die Beschränkungen des Marktzugangs in Form von Auflagen und Bedingungen erfolgen und zum Schutz der überwiegenden öffentlichen Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird und durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und d BGBM). Allein die Tatsache, dass der Herkunftskanton für die Ausübung der Tätigkeiten von Bauunternehmen oder Fachunternehmern im Sinne des LEPICOSC weniger strenge fachliche Voraussetzungen vorschreibt als die

<sup>68</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese > Sportello.

<sup>69</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 13 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>70</sup> BGE 128 I 92, 95 Erw. 2a; BGER 2C\_720/2014 vom 12. Mai 2015, Erw. 6.1. Vgl. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (Fn. 1), N 194 und 454; ZWALD (Fn. 1), Rz 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2. Aufl., 2013, Rz 31 Art. 3 BGBM. Vgl. – auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit von Mitbewerbern gemäss Artikel 8 BV – BGE 125 II 129, 149 ff., Erw. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 ff., Erw. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 ff., Erw. 3b (Margot Knecht).

<sup>71</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 19 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>72</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese.

Tessiner Gesetzgebung, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung (vgl. Rz 15). Eine systematische Kontrolle der fachlichen Voraussetzungen ohne vorgängige Überprüfung der Gleichwertigkeit der kantonalen Vorschriften widerspricht deshalb dem BGBM, selbst wenn sie nur die mindestens dreijährige Berufserfahrung als Baustellenleiterin bzw. leiter betrifft (Art. 5 Abs. 3 LEPICOSC). Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt wäre, d. h. wenn die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftskantons einer ortsfremden Anbieterin keinen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen gewährleisten wie das LEPICOSC, so darf die zuständige Tessiner Behörde ihre eigenen Vorschriften nur unter Einhaltung der Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM anwenden. Die Tessiner Behörde muss also erstens beweisen, dass die im LEPICOSC in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen vorgesehenen Massnahmen den Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM bezwecken. Zweitens muss die Tessiner Behörde begründen, inwiefern diese Massnahmen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfüllen (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM), d. h. zum Schutz dieses Interesses geeignet, notwendig und unerlässlich sind. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit gilt es insbesondere die praktische Tätigkeit zu berücksichtigen, die die ausserkantonale Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat, falls diese einen hinreichenden Schutz überwiegender öffentlicher Interessen gewährleisten kann (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Die Botschaft des Bundesrates über die Änderung des BGBM hält dazu fest, dass eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden kann.<sup>73</sup>

108. Auch in Bezug auf die **persönlichen Voraussetzungen** und die entsprechenden Unterlagen (Strafregisterauszug, Handelsregisterauszug und Solvenzbescheinigungen) muss die Behörde des Kantons Tessin zuerst prüfen, ob diese Voraussetzungen von der Behörde des Herkunftskantons bereits kontrolliert wurden. Ist dies der Fall, so dürfen die Tessiner Behörden diese nicht rücküberprüfen. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne persönliche Voraussetzungen zulässig, muss die Behörde des Kantons Tessin prüfen, ob die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist. Doch selbst wenn diese widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann die Tessiner Behörde den freien Marktzugang nur dann mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Wie bereits weiter oben in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen dargelegt wurde (vgl. Rz 106), muss die Tessiner Behörde nachweisen, dass die im LEPICOSC vorgesehenen Massnahmen betreffend die persönlichen Voraussetzungen den Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses bezwecken und verhältnismässig sind.

109. Die Tessiner Behörde hat keine formellen Verfügungen übermittelt, da die Eintragung in das Register für ausserkantonale Anbieterinnen ja nicht obligatorisch sei. Laut der Aufsichtskommission wurden lediglich ein paar Schreiben mit **negativem Vorbescheid** verfasst. Es handelt sich um ausserkantonale Anbieterinnen, deren Ge-

such um Eintragung in das kantonale Unternehmensregister durch einen negativen Vorbescheid abgelehnt wurde, weil die Voraussetzung der Berufspraxis im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 LEPICOSC nicht erfüllt war. Aufgrund dieser negativen Vorbescheide lässt sich sagen, dass die Tessiner Behörde die in der entsprechenden kantonalen Gesetzgebung vorgesehenen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen prüft, ohne festzustellen, ob die Vermutung der Gleichwertigkeit der kantonalen Vorschriften widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

110. Nach Artikel 9 Absatz 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Wo keine ergeht, kann die ausserkantonale Anbieterin eine Verfügung verlangen.<sup>74</sup> Zudem ist über Beschränkungen des Marktzugangs in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die von der Aufsichtskommission erteilten negativen Vorbescheide erfüllen diese Bedingungen nicht. Einerseits werden sie nicht in Form von anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 BGBM erlassen, obwohl es sich in Wirklichkeit um Verfügungen bezüglich Beschränkungen handelt. Andererseits steht die Tatsache, dass die ausserkantonale Anbieterin den Erlass einer Verfügung beantragen muss, im Widerspruch zum einfachen und raschen Verfahren nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

111. In Bezug auf die **Kosten** sehen die Tessiner Vorschriften die folgenden Gebühren vor (Art. 9 Abs. 1 RLEPICOSC):

- Eintragungsgebühr von 1000 Franken;
- Gebühr von 300 Franken für die technischen Überprüfungen der fachlichen Kenntnisse und Kompetenzen;
- Gebühr von 150 Franken jährlich für die Nachführung des Registers.

112. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen Beschränkungen auferlegt wurden, sondern muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden (vgl. Rz 11). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass für Verfügungen zur Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen die Bezahlung einer Gebühr verlangt wird.

### 3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

113. Kapitel 3 untersucht die Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kapitel 3.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kapitel 3.2 auf die Zulassungspraxis des Kantons Tessin im Bereich der universitären Medizinalberufe und der Psychologieberufe angewandt.

<sup>73</sup> BBI 2005 465 (Fn 12), hier 486.

<sup>74</sup> BBI 1995 I 1213 (Fn 6), hier 1273.

### 3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

114. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell durch Bundesrecht harmonisiert (**harmonisierter Bereich**) und wird von den Kantonen vollzogen (sog. Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses „atypische“ Binnenmarktproblem<sup>75</sup> bildet die ratio legis der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Artikel 2 Absatz 6 BGBM. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.<sup>76</sup> Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonale unterschiedliche Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

115. Im Vergleich richtet sich der interkantonale Marktzugang im **nicht harmonisierten Bereich** wie gezeigt (vgl. Rz 9–12) nach dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) und der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung besagt, dass die im Kompetenzbereich der Kantone erlassenen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis der Bevölkerung von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.<sup>77</sup> Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hat die Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf (vgl. Rz 7&15). Nun wäre es in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Kantone beim Vollzug der bundesrechtlich **harmonisierten** Vorschriften durch unterschiedliche Auslegung oder Anwendung unterschiedlicher Massstäbe neue Binnenmarktschranken aufbauen könnten.

116. Aus diesem Grund sieht das Binnenmarktgesetz in Ergänzung zum Herkunftsprinzip vor, dass ein kantonaler Entscheid, wonach eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt. Wenn die Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts gar im nicht harmonisierten Bereich die Rechtsanwendung durch die Behörde des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf, dann muss dies umso mehr auch für den harmonisierten Bereich gelten. Der damalige Nationalrat DIDIER BURKHALTER führte in der damaligen parlamentarischen Diskussion dazu aus:<sup>78</sup>

*« Mais ce principe du « Cassis de Dijon » [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1 Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2 Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales, ce qui amène à des contradictions particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du « Cassis de Dijon » à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération « veille à créer un espace économique suisse unique. » »*

<sup>75</sup> ZWALD (Fn 1), N 51.

<sup>76</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, S. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, S. 319; Sekretariat WEKO, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick, RPW 2006/2 221 ff.

<sup>77</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), 474.

<sup>78</sup> AB 2005 N 883.

117. Die Regelung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM ist im Parlament insbesondere im Zusammenhang mit der Zulassungspraxis im Lebensmittelbereich diskutiert worden, sollte aber klarerweise nicht auf einen bestimmten Marktbereich beschränkt bleiben, sondern allgemein, d. h. auch im Bereich der Dienstleistungen, Anwendung finden.

118. In der Praxis entfaltet Artikel 2 Absatz 6 BGBM seine Wirkung beispielsweise für die Zulassung zur Entsorgung von Sonderabfällen, die durch die Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005 (SR 814.610) bundesrechtlich geregelt ist. Die kantonale Behörde erteilt die Bewilligung für die Entgegennahme von Sonderabfällen, wenn aus dem Gesuch hervorgeht, dass das Entsorgungsunternehmen in der Lage ist, die Abfälle umweltverträglich zu entsorgen (Art. 10 Abs. 1 VeVA). Artikel 8 VeVA statuiert, dass solche Unternehmen für jede Betriebsstätte eine Bewilligung der kantonalen Behörde benötigen. Gemäss Kantonsgericht Basel-Landschaft stützt sich die im Kanton Aargau ausgestellte Bewilligung zum Betrieb einer mobilen Aufbereitungsanlage ausschliesslich auf Bundesrecht, sodass sie gemäss Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz gilt. Erfolgt die Annahme der Sonderabfälle in einem anderen Kanton, so muss keine zusätzliche Entsorgungsbewilligung eingeholt werden.<sup>79</sup>

### 3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

119. In diesem Zusammenhang stellt sich vorab die Frage, ob die Nichtanerkennung eines kantonalen Entscheids im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 BGBM überhaupt nach Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

120. Nach ständiger Praxis und einhelliger Lehre können Beschränkungen des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) im **nicht harmonisierten** Bereich unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden. Wie bereits vorne in Randziffer 116 ausgeführt, besagt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>80</sup>

121. Aus den Protokollen zur parlamentarischen Beratung über die Revision des BGBM von 2005 geht hervor, dass die Idee des heutigen Artikel 2 Absatz 6 BGBM auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM entstanden ist. Auf Antrag des damaligen Nationalrats Burkhalter hat der Nationalrat die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM auf den kantonalen Vollzug von Bundesrecht ausgedehnt (Vollzugsföderalismus) und folgende Formulierung vorgeschlagen:

*«L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons».*<sup>81</sup>

122. Der Ständerat hat diesen Vorschlag des Nationalrats aufgenommen und entsprechend der heutigen Fassung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM neu formuliert. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt“.*<sup>82</sup>

123. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.<sup>83</sup>

124. Ein kantonalen Entscheid über die Bundesrechtskonformität einer Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung soll somit für die ganze Schweiz gelten. In aller Regel besteht für die Kantone deshalb kein Spielraum, die Anwendung von Bundesrecht durch die Behörde eines anderen Kantons zu hinterfragen und den Marktzugang zu beschränken. Genau das soll mit Artikel 2 Absatz 6 BGBM ja verhindert werden. Gleiches gilt mit Bezug auf Produkte und Dienstleistungen, die ohne vorgängige behördliche Kontrolle auf den Markt gebracht werden dürfen, aber einer nachträglichen Marktaufsicht unterstehen. Stellt eine kantonale Behörde anlässlich einer Stichprobenkontrolle fest, dass das Produkt nicht im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben steht, so gilt auch dieser kantonale Negativentscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide“.*<sup>84</sup>

125. Grundsätzlich gilt somit ein kantonalen Entscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität wäre in Analogie zur Praxis betreffend Artikel 2 Absatz 5 BGBM höchstens dann angebracht, wenn eine

<sup>79</sup> KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>80</sup> BGer 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>81</sup> AB 2005 S 883–887.

<sup>82</sup> AB 2005 S 763.

<sup>83</sup> AB 2005 N 1620.

<sup>84</sup> AB 2005 S 763 ff.

Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignissen nicht mehr erfüllt oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewandt hat. Insofern die bundesrechtliche Vorschrift aber ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM kein Raum.

### 3.2 Universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe

126. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG; SR 935.81) regeln bundesrechtlich die Zulassungsvoraussetzungen für die diesen beiden Gesetzen unterstehenden Berufe. Es gilt zwischen den kantonalen Bewilligungsverfahren (Kap. 3.2.1) und den Meldeverfahren für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr bis zu 90 Tagen pro Jahr (Kap. 3.2.2) zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die binnenmarktrechtlichen Grundsätze subsidiär Anwendung finden.<sup>85</sup> Insbesondere hat eine Person, die bereits über eine kantonale Bewilligung verfügt und in einem anderen Kanton tätig werden will, nach dem Binnenmarktgesetz Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 3.2.1 Berufsausübungsbewilligung

127. Im Bereich der universitären Medizinalberufe sind die Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Berufsausübung in Artikel 36 MedBG bundesrechtlich geregelt. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Person vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG). Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde erteilt und ist nur im Ausstellungskanton gültig (Art. 34 MedBG).

128. Das Psychologieberufegesetz folgt derselben Struktur wie das MedBG. Die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen sind in Artikel 24 PsyG geregelt. Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde ausgestellt und ist nur im jeweiligen Kantonsgebiet gültig (Art. 22 Abs. 1 PsyG). Im Unterschied zum MedBG enthält das PsyG in Artikel 24 Absatz 2 den Grundsatz, dass eine Person, die über eine Bewilligung nach dem PsyG verfügt, grundsätzlich die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung in den übrigen Kantonen erfüllt. Diese Bestimmung konkretisiert den generellen binnenmarktrechtlichen Grundsatz von Artikel 2 Absatz 6 BGBM, wonach ein kantonaler Entscheid, dass eine Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt.

129. Im Kanton Tessin ist das Departement für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità et della Socialità*, DSS) über das Gesundheitsamt, das zur Abteilung Öffentliche Gesundheit (*Divisione della Salute Pubblica*) gehört, für die Ausstellung der Bewilligungen zur Ausübung der im MedBG und im PsyG geregelten Berufe zuständig (vgl. Art. 55 Abs. 1 Tessiner Gesundheitsgesetz). Für Bewilligungsgesuche ausserkantonalen Anbieterinnen verlangt das Gesundheitsamt die folgenden Unterlagen:

- Kopie der Berufsausübungsbewilligung im Herkunftsort, aktueller Strafregisterauszug und Kopie der Haftpflichtversicherungspolice für ausserkantonale Anbieterinnen gemäss Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsfreiheit);
- Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts, Kopie der Diplome, ausgefülltes Selbstzertifizierungs-Formular<sup>86</sup>, Bescheinigung über *Good Professional Standing* des Herkunftskantons, aktueller Strafregisterauszug sowie aktuelles ärztliches Tauglichkeitszeugnis für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit).

130. Das Gesundheitsamt bestätigt allerdings, dass die im Bundesgesetz vorgesehenen Bewilligungsvoraussetzungen nicht rücküberprüft werden.

131. Der Vollzugsföderalismus birgt das Risiko, dass auslegungsbedürftige Voraussetzungen wie etwa der Begriff der Vertrauenswürdigkeit in verschiedenen Kantonen unterschiedlich streng angewandt werden. Dieser Auslegungsspielraum darf nicht zum Aufbau von neuen Freizügigkeitshindernissen führen, zumal die Freizügigkeit im Bereich der nicht bundesrechtlich harmonisierten Gesundheitsberufe gestützt auf das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip in Artikel 2 Absatz 1–5 BGBM gewährleistet ist (vgl. dazu Rz 7 ff.). Es wäre in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Freizügigkeit im nicht harmonisierten, kantonal geregelten Bereich besser funktionieren würde als im harmonisierten Bereich. Aus diesem Grund sieht Artikel 2 Absatz 6 BGBM vor, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde, wonach eine gesuchstellende Person die Voraussetzungen von Artikel 36 MedBG erfüllt, auch für die anderen Kantone verbindlich wirkt. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Artikel 2 Absatz 6 BGBM neben den kantonalen Entscheiden über die Bundesrechtskonformität der fachlichen Eignung auch den Entscheid über die Bundesrechtskonformität der persönlichen Eignung umfasst.

132. Daraus lässt sich ableiten, dass das aus der Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM entwickelte Rücküberprüfungsverbot des Bundesgerichts umso mehr auch für Artikel 2 Absatz 6 BGBM gelten muss (vgl. oben Rz 116). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Tessin ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung gar nicht erfüllt hat oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>87</sup> Beispielsweise könnten aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der gesuchstellenden

<sup>85</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, hier 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, hier 6939; Diebold, Freizügigkeit (Fn 1), N 1082–1092.

<sup>86</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Autorizzazioni di libero esercizio.

<sup>87</sup> BGer 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1; BGE 135 II 12 Erw. 2.4; BGer 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3.

Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Tessin verweigert und gleichzeitig auch die Erstbewilligung entzogen werden (Art. 38 MedBG; Art. 26 PsyG). Zu diesem Zweck gewähren die zuständigen kantonalen Behörden Amtshilfe und orientieren sich gegenseitig über Disziplinarfälle (Art. 42 und 44 MedBG; Art. 29 und 31 PsyG).

133. Da der Entscheid einer kantonalen Behörde über die Bundesrechtskonformität für alle anderen Kantone verbindlich ist und die Rücküberprüfung der bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen grundsätzlich nicht erlaubt ist, fragt sich, ob die Behörde des Kantons Tessin Unterlagen wie eine Kopie der Diplome, eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* oder einen Strafregisterauszug verlangen darf (vgl. Rz 19 ff.). Hinzu kommt, dass in den Artikeln 42 und 44 MedBG und den Artikeln 29 und 31 PsyG je eine Amtshilfebestimmung enthalten ist und die kantonalen Behörden gegenseitig Informationen über die Gültigkeit der Bewilligung sowie allfällige Berufspflichtverletzungen austauschen können. Sodann haben die kantonalen Behörden im MedReg Zugang zu den folgenden Informationen<sup>88</sup>:

- Medizinalpersonen mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländischen Diplom
- Informationen zu Weiterbildungen/Spezialisierungen
- Berufsausübungsbewilligungen (nur für selbstständige Berufstätigkeit benötigt)
- Praxisadressen
- Ausländische Medizinalpersonen, die während max. 90 Tagen pro Kalenderjahr in der Schweiz ihren Beruf selbstständig ausüben dürfen
- *Global Location Number* (GLN): Identifikationsnummer der registrierten Medizinalpersonen

134. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ein ausgefülltes Gesuchsformular sowie eine Kopie der im Herkunftskanton ausgestellten Erstbewilligung für die Zulassung nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM grundsätzlich ausreichen muss. Die über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zugänglichen Informationen reichen aus, um die Richtigkeit der Angaben der gesuchstellenden Person zu überprüfen. Ist in einem anderen Kanton ein Disziplinarverfahren pendent, so kann der Kanton Tessin grundsätzlich in analoger Anwendung von Artikel 43 Absatz 4 MedBG und Artikel 30 Absatz 4 PsyG die Bewilligungserteilung bis zum Abschluss des Verfahrens aufschieben. Falls sich aufgrund der Angaben auf dem Gesuchsformular Anhaltspunkte ergeben, dass eine Bewilligungsvoraussetzung zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt sein könnte, kann der Kanton Tessin zur Klärung dieses Punktes von der gesuchstellenden Person weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

135. Sobald das Psychologieberuferegister (PsyReg) eingeführt ist, gelten diese Grundsätze ohne Weiteres auch für Personen, die in einem anderen Kanton über eine Bewilligung nach PsyG verfügen.

136. Ferner könnte der Kanton Tessin eine Bewilligung zur Sicherung einer Versorgung von hoher Qualität in fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht einschränken (Art. 37 MedBG; Art. 25 PsyG). Insofern eine gesuchstellende Person bereits über eine MedBG- oder PsyG-Bewilligung in einem anderen Kanton verfügt, unterstehen solche Auflagen den Marktzugangsgrundsätzen des BGBM. Wird einer ausserkantonalen gesuchstellenden Person eine Bewilligung im Kanton Tessin nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM mit einem überwiegenenden öffentlichen Interesse zu begründen. Als solches kommt gemäss Artikel 37 MedBG und Artikel 25 PsyG einzig die Sicherung einer zuverlässigen Gesundheitsversorgung von hoher Qualität in Frage. Ausserdem muss eine kantonale Einschränkung oder Auflage gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM gleichermassen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).<sup>89</sup>

137. Schliesslich stellt die WEKO fest, dass das Gesundheitsamt für die Zulassungsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen, die in einem anderen Kanton in den Geltungsbereich des MedBG und des PsyG fallen, keine Gebühren erhebt und dass der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM somit eingehalten wird.

### 3.2.2 90-Tage-Meldung

138. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine Tessiner Bewilligung im Kanton Tessin tätig sein dürfen. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht (Art. 35 Abs. 2 MedBG; Art. 23 Abs. 1 PsyG). Mit dieser Regelung soll eine Inländerdiskriminierung gegenüber Personen aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA verhindert werden, da diese gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen und das EFTA-Abkommen ebenfalls das Recht haben, während 90 Tagen pro Jahr in der Schweiz tätig zu sein.

139. Bei der Einführung dieser Regelung für das interkantonale Verhältnis wurde allerdings übersehen, dass die Inhaberinnen und Inhaber einer MedBG- oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons ohnehin gestützt auf Artikel 2 Absatz 6 und Artikel 3 Absatz 4 BGBM den Anspruch haben, in jedem anderen Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren eine unbefristete MedBG- oder PsyG-Bewilligung zu erlangen. Dieses BGBM-konforme Bewilligungsverfahren ist weniger aufwändig als das jährlich zu wiederholende Meldeverfahren für die 90-Tage-Tätigkeit, sodass letzteres hinfällig wird.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> <www.bag.admin.ch> Themen > Berufe im Gesundheitswesen > Medizinalberufe > Medizinalberuferegister MedReg.

<sup>89</sup> BBl 2005 173 (Rz 95); BBl 2009 6897 (Rz 95); DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1091.

<sup>90</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.



Das Gesundheitsamt muss die ortsfremden gesuchstellenden Personen, die sich im Kanton Tessin für die Ausübung einer Tätigkeit von höchstens 90 Tagen gemäss Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG melden, darauf hinweisen, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

140. Im Übrigen lassen sich die binnenmarktrechtlichen Grundsätze zum Bewilligungsverfahren (Rz 127–137) ohne Weiteres auch auf das Meldeverfahren übertragen. Folglich können neben dem Meldeformular und der gültigen MedBG- oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons keine weiteren Unterlagen oder Dokumente einverlangt werden. Die Richtigkeit der Angaben ist über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zu überprüfen. Das Meldeverfahren muss zudem kostenlos sein.

#### 4 Empfehlungen

141. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

##### A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (kantonal geregelte Gesundheitsberufe, Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe, private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten, Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger, Ingenieur- und Architektenberufe, Treuhänderberufe, gewerbliche Tätigkeiten und Tätigkeiten im Bauwesen):

- A-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Bewilligung sowie den **am Herkunftsort geltenden Vorschriften** zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Die Anwendung des Tessiner Rechts setzt voraus, dass am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften bestehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und dass die Vorschriften des Tessiner Rechts explizit als Auflage verfügt und nach den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM begründet werden.
- A-2. Die gesuchstellende Person muss die Möglichkeit haben, die Tessiner Behörden dazu **zu ermächtigen**, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons Auskünfte einzuholen, anstatt ein Leumundszeugnis vorzulegen (z. B. Bescheinigung über *Good Professional Standing*).
- A-3. Ein Gesuch muss auch dann nach dem Herkunftsprinzip geprüft werden, wenn eine gesuchstellende Person die betreffende Tätigkeit rechtmässig im Herkunftskanton **bewilligungsfrei bzw. ohne Fähigkeitsausweis** ausübt. Das Gesuchsformular sollte entsprechend angepasst werden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung (z. B. gar kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis) muss unter den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-4. Die **persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen** (insb. Strafregisterauszug) dürfen nur dann überprüft werden, wenn diese nicht bereits durch die Behörde des Herkunftskantons geprüft wurden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung (z. B. rechtskräftige Verurteilung) muss unter den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-5. Die vom BGBM abweichenden kantonalen Bestimmungen müssen aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen betreffend:

- **die Niederlassung oder den Sitz** im Kanton Tessin (Art. 5 Bst. b LEPIA);
- **die Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** (Art. 3 Abs. 4 LEPIA; Art. 3 LIA; Art. 3 LEPICOSC);
- **die Bezahlung einer Gebühr** für die Eintragung in ein Berufsregister sowie für dessen Änderung und Nachführung (Art. 11 LIA; Art. 14 LEPICOSC).

A-6. Für das Verfahren zur Bewilligung von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen sind **keinerlei Gebühren** zu erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

A-7. Die Verfügungen sollten explizit auf Artikel 2 Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassung) **abgestützt** werden.

##### B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG oder PsyG-Bewilligung, die von der zuständigen Behörden eines anderen Kantons ausgestellt wurden:

B-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG- oder PsyG-Bewilligung zu beurteilen.

B-2. Die Richtigkeit der im Gesuchsformular enthaltenen Angaben ist gestützt auf die Informationen im MedReg und im PsyReg sowie über die Amtshilfe bei den Behörden des Herkunftskantons zu überprüfen; es darf keine Bescheinigung über *Good Professional Standing* verlangt werden.

B-3. Auf das Einreichen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen ist zu verzichten, da diese Nachweise bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht wurden.

B-4. Ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage-Tätigkeit nach Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG im Kanton Tessin melden, sollten darauf hingewiesen werden, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

B 2.8	<b>4. Recommandation du 19 décembre 2016 concernant la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes</b>
-------	--

*Recommandation du 19 décembre 2016 Enquête au sens de l'art. 8, al. 3, de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur concernant la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs externes à l'intention du Conseil d'État du canton du Tessin*

## 1 Sommaire

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1, LMI). La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes de même que les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8, al. 1, LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8, al. 3, LMI). Pour que la COMCO puisse accomplir son mandat de surveillance, les autorités et les tribunaux lui transmettent spontanément une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10a, al. 2, LMI).

2. Par courriers du 30 novembre 2012, la Commission de la concurrence (COMCO) a attiré l'attention des cantons sur leur devoir de communication des décisions rendues en application de la LMI et les a priés de lui transmettre à tout le moins les décisions qui restreignent l'accès au marché, à savoir le refus, l'octroient moyennant des charges et/ou des conditions, ou qui mettent des frais à charge de l'offreur extracantonal. Depuis lors, plusieurs cantons n'ont transmis aucune décision à la COMCO, raison pour laquelle il y a tout lieu de croire que l'accès au marché des offreurs extracantonaux est en principe octroyé sans restriction. Afin de vérifier cela, la COMCO a décidé d'ouvrir une enquête au sens de l'art. 8, al. 3, LMI dans les cantons de Berne, du Tessin et de Vaud. Dans le cadre de ces trois enquêtes, la COMCO a examiné les pratiques administratives cantonales en matière d'octroi de l'accès au marché d'offeurs extracantonaux sous l'angle du respect des exigences de la LMI.

3. Dans le canton du Tessin, la COMCO a examiné la pratique administrative des autorités cantonales en relation avec les activités économiques suivantes:

- professions médicales régies par le droit cantonal,
- professions médicales universitaires régies par le droit fédéral (professions médicales et psychologiques universitaires),
- activités d'hôtellerie et de restauration,
- activités privées d'investigation et de surveillance,
- activités liées à la garde d'enfants,
- professions d'ingénieur et d'architecte,

- professions fiduciaires,
- activités artisanales,
- activités de construction.

4. La COMCO a examiné les réponses et les décisions reçues à la lumière de la LMI. Si la COMCO estime que des prescriptions, des pratiques ou des décisions cantonales ne sont pas conformes à la LMI, elle le communiquera au Conseil d'État du canton du Tessin (ci-après: Conseil d'État) par la présente recommandation au sens de l'art. 8, al. 3, LMI.

5. Suivant la systématique de la LMI, la présente analyse distingue les activités lucratives réglées par le droit cantonal (pt 2) de celles régies par le droit fédéral mais appliquées par les cantons (pt 3). Les résultats et recommandations sont résumés au point 4.

## 2 Activités lucratives réglées par le droit cantonal

6. Le point 2 examine la pratique administrative du canton du Tessin en matière d'autorisation de personnes extracantonales à exercer une activité lucrative réglée par le droit cantonal. Dans ce but, le point 2.1 expose les principes du droit du marché intérieur et le point 2.2 examine la pratique tessinoise dans les domaines suivants:

- professions médicales régies par le droit cantonal (pt 2.2.1)
- activités d'hôtellerie et de restauration (pt 2.2.2)
- activités privées d'investigation et de surveillance (pt 2.2.3)
- activités liées à la garde d'enfants (pt. 2.2.4)
- professions d'ingénieur et d'architecte (pt 2.2.5)
- professions fiduciaires (pt 2.2.6)
- activités artisanales (pt 2.2.7)
- activités de construction (pt 2.2.8).

### 2.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

#### 2.1.1 Principes du libre accès au marché

7. L'art. 2, al. 1, LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.<sup>1</sup> Le **principe du lieu de provenance** institué par les al. 3 et 4 de l'art. 2 LMI concrétise

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, nos 1212 ss.; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, no 1 ad art. 2; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Bâle 2007, p. 399 ss., nos 34 à 43.

ainsi le droit au libre accès au marché de l'al. 1. Le principe du lieu de provenance s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement.<sup>2</sup>

- *Liberté de service*: aux termes de l'art. 2, al. 1 en lien avec l'al. 3, LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- *Liberté d'établissement*: selon l'art. 2, al. 4, LMI, toute personne exerçant une activité conformément au droit est autorisée à s'établir n'importe où en Suisse afin d'exercer cette activité, conformément aux prescriptions du lieu du premier établissement. Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu de premier établissement.

8. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2, al. 5, LMI).

9. Le droit au libre accès au marché selon les dispositions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du canton du Tessin (lieu de destination)<sup>3</sup> peut restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des charges ou des conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit tout d'abord examiner si les règles générales et abstraites régissant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance d'un offreur externe garantissent une protection équivalente des intérêts publics à celles des dispositions du canton du Tessin (réfutation de la présomption d'équivalence conformément à l'art. 2, al. 5, LMI). Si les réglementations sont équivalentes, donc si la présomption d'équivalence n'est pas réfutée dans le cas d'espèce, il convient d'accorder sans autre l'accès au marché à l'offreur externe.<sup>4</sup> Dans le cas de prescriptions d'accès au marché non équivalentes, l'autorité du canton du Tessin doit démontrer que la restriction d'accès au marché respecte les **conditions de l'art. 3 LMI**, à savoir qu'elle est indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et respecte les principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI)<sup>5</sup>. Au sens de l'art. 3, al. 2, LMI, des restrictions ne respectent pas le principe de la proportionnalité, et sont donc inadmissibles, lorsque notamment (liste non exhaustive):

- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé, et
- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

10. Le principe de la reconnaissance des certificats de capacité conformément à l'art. 4 LMI complète le principe du lieu de provenance. En vertu de l'art. 4, al. 1, LMI, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3 LMI. Cette disposition complète le droit au libre accès au marché conformément aux prescriptions du lieu de provenance. Selon la COMCO, cette disposition s'applique par analogie également aux certificats de capacité communaux, étant donné que la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI concerne aussi bien les réglementations cantonales que communales en matière d'accès au marché. La reconnaissance mutuelle des certificats de capacité doit garantir que le marché suisse ne soit pas entravé par les différentes conditions d'autorisation cantonales ou communales qui régissent certaines activités lucratives.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Exigences relatives à la procédure d'accès au marché

11. Une procédure formelle d'accès au marché constitue une entrave administrative à l'accès au marché pour l'offreur externe, qui, selon les modalités et le domaine d'activité, peut avoir un effet prohibitif. Même la préparation de la requête accompagnée de ses pièces jointes telles que des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites implique du temps et des coûts qui sont à même de limiter l'accès intercantonal au marché.<sup>7</sup>

12. Aux termes de l'art. 3, al. 4, LMI, toute restriction au sens de l'art. 3, al. 1, LMI doit faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement lorsque des

<sup>2</sup> Au sujet du principe du lieu de provenance, arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 2C\_57/2011 du 3.5.2011 (accès au marché pour les installateurs sanitaires); ATF 2C\_844/2008 du 15.5.2009 (accès au marché pour les thérapeutes de médecine complémentaire); ATF 135 II 12 (accès au marché pour les psychothérapeutes); dans la littérature p. ex. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, pp. 129 ss. et 142 ss.; Recommandation de la COMCO du 27.2.2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthur (en allemand uniquement), DPC 2012/2, 438 ss., ch. 14 ss.

<sup>3</sup> Dans le droit du marché intérieur, le « lieu de destination » désigne le lieu où l'offreur externe fournit sa prestation.

<sup>4</sup> ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); ATF 2C\_57/2011 du 3.5.2011 consid. 3.4 (installateur sanitaire AG); Recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 17 s.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 189 ss.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 s.

<sup>6</sup> Message du 23.11.1994 concernant la loi sur le marché intérieur (LMI), FF 1995 I 1193 ss., 1246 s.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 203 ss.

restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.<sup>8</sup> Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'art. 3, al. 4, LMI, c'est-à-dire pour toute procédure d'accès au marché. Il est admissible de s'écarter du principe de la gratuité de cette disposition dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles du fait de son manque de collaboration.<sup>9</sup>

13. Outre les exigences de l'art. 3, al. 4, LMI, le principe du lieu de provenance permet aux offreurs externes d'exercer leur activité conformément aux dispositions applicables au lieu de provenance, et ce libres de toute restriction. Dans sa jurisprudence initiale – relative à la LMI dans sa version de 1995 – le Tribunal fédéral avait jugé que les articles 2 et 4 LMI 1995 ne limitaient pas la liberté des cantons dans la conception de la procédure d'accès au marché.<sup>10</sup> Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la LMI 1995.<sup>11</sup> Le principe du lieu de provenance, renforcé suite à la révision de 2005, signifie désormais que, d'un point de vue formel, l'accès intercantonal au marché doit se faire sans aucune formalité. Le message revLMI est à ce sujet explicite: « les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer leur activité, puisqu'elles pourront exercer celle-ci sur la base de l'autorisation délivrée au lieu du premier établissement »<sup>12</sup>. Toutefois, afin que les autorités du canton du Tessin soient à même d'examiner si l'équivalence des prescriptions d'accès au marché est donnée et si l'accès au marché lui-même doit être restreint par des charges ou des conditions, celles-ci doivent être informées des activités des offreurs externes. À cela s'ajoute que les autorités du canton du Tessin exercent la surveillance des offreurs externes établis sur leur territoire (art. 2, al. 4, LMI). En conséquence, la possibilité de contraindre les offreurs externes à un « contrôle à l'entrée » et ainsi de prévoir une procédure d'annonce ou d'autorisation existe. Le Conseil fédéral avait prévu ce cas de figure dans son message revLMI dans la mesure où il avait expliqué laisser aux cantons le soin de « prendre les dispositions nécessaires » pour pouvoir exercer leur prérogative de surveillance et « imposer des charges conformément à l'art. 3 [LMI] »<sup>13</sup>. Le message ne précise en revanche pas quelles « dispositions » sont possibles ni même lesquelles sont admissibles.

14. Chaque procédure formelle d'accès au marché constitue en soi une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI qui doit ainsi être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité.<sup>14</sup> La mise en œuvre d'une restriction à l'accès au marché et de l'obligation de surveillance (art. 2, al. 4, LMI) peuvent être considérées comme des intérêts publics pouvant justifier de s'écarter du principe d'un accès au marché dénué de formalités. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient de distinguer le cas de l'offreur externe qui, usant de sa liberté de service active, fournit sa prestation au lieu de destination en s'y établissant (art. 2, al. 4, LMI) ou temporairement, uniquement de manière transfrontalière (art. 2, al. 3, LMI)<sup>15</sup>. Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'art. 3, al. 4 LMI impose en tous les cas une procédure simple, rapide et gratuite (cf. ci-dessus ch. 12).

### 2.1.3 En résumé

15. Vu les considérations précédentes, l'accès des offreurs externes doit obéir aux principes du droit du marché intérieur suivants:

- En application de l'art. 2, al. 3 et 4, LMI, les autorités tessinoises compétentes ont l'obligation d'appliquer le droit du lieu de provenance pour accorder l'accès au marché d'un offreur externe.
- Ce n'est que dans la mesure où les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2, al. 5, LMI) et que les conditions d'une restriction de l'accès au marché par des charges ou des conditions au sens de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies que les autorités du canton du Tessin peuvent appliquer le droit tessinois. C'est uniquement dans ce cadre strict et en tant que charges ou conditions que les dispositions tessinoises trouveront application.
- Le seul fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises n'implique pas automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence.<sup>16</sup> Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit sans autre être accordé.<sup>17</sup>
- Lorsque la présomption d'équivalence peut être réfutée dans un cas concret, il incombe à l'autorité compétente du canton du Tessin de motiver chacune des charges ou conditions qu'elle prononce

<sup>8</sup> ATF 136 II 470, 485 consid. 5.3 (« Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2, de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché »); ATF 123 I 313, consid. 5; ATF 125 II 56 consid. 5b; au sujet de la « discrimination à rebours », cf. ATF 2C\_204/2010 du 24.11.2011 consid. 8.3 en lien avec le consid. 7.1; ZWALD (note 1), nos 76 s.

<sup>9</sup> ATF 123 I 313, consid. 5.

<sup>10</sup> Au sujet de la LMI dans sa version de 1995, ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalmann): „ Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.“; ATF 125 II 406, consid. 3 (Avocat d'Appenzell-Rhodes Intérieures); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1357.

<sup>12</sup> Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24.11.2004, FF 2005 I 421, 440; de même que Obergericht AR, Jugement du 22.5.2007, consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: « Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort [canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures] eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung [canton de St-Gall] ohne Weiteres ausüben ».

<sup>13</sup> FF 2005 I 421 (note 12), p. 440.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359; Recommandation de la COMCO, Taxi (note 2), ch. 23 s.; d'un autre avis HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd., Zurich 2012, no 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359.

<sup>16</sup> Au sujet de la jurisprudence concernant la réfutation de la présomption d'équivalence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1311 ss.

<sup>17</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II).

conformément aux exigences de l'art. 3, al. 1, LMI, à savoir établir que chacune d'elles est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant, répond au principe de la proportionnalité et est non discriminatoire.

- Les autorités du canton du Tessin ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'une documentation standard concernant des critères personnels tels que par exemple un certificat de bonnes mœurs, un extrait du registre des poursuites et faillites ou du casier judiciaire ou autre, à l'appui d'une requête d'accès au marché.<sup>18</sup> En effet, les conditions d'autorisation du canton du Tessin ne sont pas applicables en vertu de l'art. 3, al. 1, LMI, de sorte qu'il ne saurait être question de produire des pièces justificatives pour prouver que ces conditions tessinoises sont remplies. Le contrôle systématique des prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance par les autorités tessinoises n'est compatible ni avec le principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI), ni avec les exigences de rapidité et de simplicité (art. 3, al. 4, LMI); procéder à ce contrôle, c'est aussi, aux yeux du Tribunal fédéral, faire fi de la présomption d'équivalence prévue à l'art. 2 al. 5, LMI.<sup>19</sup> Cela vaut tant pour les exigences professionnelles que personnelles. Selon le Tribunal fédéral, un contrôle par l'autorité du lieu de destination n'est admissible que lorsqu'un indice concret indique que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>20</sup>

## 2.2 Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés

### 2.2.1 Professions médicales régies par le droit cantonal

16. Selon l'art. 55, al. 1, de la legge del 18 aprile 1989 sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del Cantone Ticino (legge sanitaria; RLTI 6.1.1.1), l'autorité compétente pour l'octroi des autorisations dans le domaine des professions médicales régies par le droit cantonal est le Dipartimento della sanità e della socialità (DSS), par le biais de l'Ufficio di sanità (qui fait partie de la Divisione della salute pubblica).

17. L'autorité tessinoise exige des offreurs extracantonaux qu'ils fournissent les documents suivants:

- offreurs extracantonaux au sens de l'art. 2, al. 1 en lien avec l'al. 3, LMI (liberté de service): une copie de l'autorisation de pratiquer au lieu de provenance, un extrait récent du casier judiciaire et une copie de la police d'assurance responsabilité civile;
- offreurs extracantonaux au sens de l'art. 2, al. 4, LMI (liberté d'établissement commercial): une copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le lieu de provenance, une copie des diplômes, le formulaire d'autocertification<sup>21</sup> rempli, l'attestation de bonne conduite (« certificate of *good professional standing* ») délivrée par le canton de provenance, un extrait récent du casier judiciaire et un certificat médical d'aptitude récent.

18. En vertu du principe du lieu de provenance (art. 2, al. 1 à 4, LMI), les offreurs extracantonaux bénéficient du droit au libre accès au marché, pour autant qu'ils exercent légalement leur activité dans le canton de provenance. La demande, par l'autorité tessinoise, d'une **copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton de provenance**, est en principe justifiée. Ce mode de procéder peut être appliqué si l'activité dans le lieu de provenance est également soumise à autorisation. Cependant, le droit d'accéder librement au marché institué à l'art. 2, al. 1 à 4, LMI existe même si l'activité n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance.<sup>22</sup> Dans ce cas, la licéité de l'activité découle directement du droit applicable au lieu de provenance de sorte qu'aucune copie de l'autorisation ne peut être requise. Dans tous les cas, si l'obligation d'autorisation prévue par le canton du Tessin s'oppose à une réglementation qui ne prévoit pas d'autorisation, cela signifie en principe que les prescriptions d'accès au marché ne sont pas équivalentes (art. 2, al. 5, LMI). Dans ce cas, le canton du Tessin peut restreindre l'accès au marché par le prononcé de charges ou de conditions, conformément à l'article 3 LMI (cf. ci-dessus ch. 15)

19. En ce qui concerne l'**attestation de bonne conduite**, le DSS explique que « le *Good professional standing (GPS)* est une attestation délivrée par l'autorité sanitaire compétente d'un canton suisse ou d'un État de l'Union européenne dans lequel le requérant a exercé son activité au cours des cing années précédant l'attestation, ou par l'ordre professionnel auquel il est inscrit, et comportant les informations relatives aux mesures ou sanctions de caractère professionnel concernant l'exercice de la profession »<sup>23</sup>. L'attestation délivrée mentionnera si le requérant encourt ou a encouru par le passé des sanctions disciplinaires ou administratives.<sup>24</sup> Sa date d'établissement ne doit pas remonter à plus de 3 mois.<sup>25</sup>

20. En vertu du principe du lieu de provenance, l'**attestation de Good professional standing** ne peut pas être utilisée pour vérifier les conditions personnelles nécessaires pour l'octroi de l'autorisation prévues par le droit tessinois. Ce document peut toutefois permettre d'établir si le requérant satisfait aux conditions prévues par les réglementations en vigueur au lieu de provenance, si l'autorisation est encore valide et si celle-ci est liée à des

<sup>18</sup> ATF 123 I 313, consid. 4b (avocat Häberli): « *Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist* »; cf. aussi ATF 2P.316/1999 du 23.5.2000, consid. 2d (avocat Vaud).

<sup>19</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); ATF 2C\_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); ATF 2C\_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>20</sup> ATF 2C\_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); cf. également ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); ATF 2C\_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>21</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

<sup>22</sup> ZWALD (note 1), no 48; DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 1231; DPC 2009/1 29, 30, Rapport annuel COMCO 2008; ATF 2C\_844/2008 du 15.5.2009, consid. 4.2.1.

<sup>23</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

<sup>24</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

<sup>25</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

charges ou des conditions et si une procédure disciplinaire est en cours. La question est donc celle de savoir si l'exigence de produire une attestation de *Good professional standing* est légitime. À cet égard, il faut prendre en considération les éléments suivants:

- l'autorité du canton de provenance exige généralement le paiement d'une taxe pour la délivrance de l'attestation de *Good professional standing*. Cela pose problème, du point de vue de la LMI, puisque les offreurs externes ont en principe droit à une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI);
- en vertu de la LMI, l'autorité tessinoise doit octroyer l'accès au marché même lorsqu'une procédure disciplinaire à l'encontre de l'offreur externe est pendante dans le canton de provenance. Le droit à l'accès au marché est établi, pour autant que l'activité de l'offreur soit licite au lieu de provenance. Une procédure disciplinaire pendante n'a pas d'influence sur la licéité de l'activité au lieu de provenance. Les mesures disciplinaires qui ne conduisent pas à la révocation de l'autorisation de pratiquer au lieu de provenance ne constituent pas non plus un motif de refus d'octroi de l'accès au marché par le canton de destination. Ce n'est que si l'autorisation délivrée par le canton de provenance a été révoquée par une décision entrée en force, et donc si la personne ne peut plus exercer licitement son activité dans ce canton, que l'autorité tessinoise peut retirer/révoquer l'autorisation délivrée en application de la LMI;
- il est dans l'intérêt de l'autorité tessinoise de s'assurer que l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton de provenance est encore valable. Pour ce qui est des autorisations de durée indéterminée, il existe en effet le risque que l'offreur extracantonal présente une autorisation obtenue dans le canton de provenance mais qui n'est plus valide (par exemple, parce qu'elle a été révoquée) pour obtenir l'autorisation de pratiquer dans le canton du Tessin. Pour éviter cela, l'autorité tessinoise compétente a besoin d'une confirmation de la part de l'autorité du lieu de provenance attestant la validité de la première autorisation. Dans le cas des autorisations de durée déterminée, en revanche, le risque n'existe pas puisque l'autorisation de pratiquer fait l'objet d'un nouvel examen au lieu de provenance et que son titulaire doit présenter une copie de la nouvelle autorisation à l'autorité tessinoise.

21. Vu les motifs développés ci-dessus et compte tenu du fait que la LMI prévoit une procédure simple, rapide et gratuite, il est préférable que les autorités du canton du Tessin prennent directement contact avec les autorités compétentes du lieu de provenance et vérifient elles-mêmes la validité de la première autorisation. L'offreur extracantonal doit être libre de choisir s'il veut présenter une attestation de bonne conduite ou plutôt autoriser les autorités tessinoises à se renseigner auprès des autorités du lieu de provenance. S'il opte pour cette deuxième possibilité, il incombe alors aux autorités tessinoises de demander l'attestation de bonne conduite aux autorités

compétentes du lieu de provenance; elles ne peuvent toutefois pas exiger de l'offreur extracantonal le paiement d'éventuelles taxes.

22. L'autorité tessinoise exige que le requérant lui remette une **copie du diplôme/des diplômes d'une école professionnelle de la santé**, par exemple la copie d'un diplôme reconnu de thérapeute complémentaire.

23. Selon la jurisprudence fédérale, les prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance ne peuvent faire l'objet d'un réexamen (cf. ch. 15 ci-dessus). Cela signifie que si les capacités professionnelles ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du lieu de provenance, les autorités du canton du Tessin ne peuvent pas les reconstrôler et c'est la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI qui s'applique. Si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée est admis sans critères professionnels d'accès au marché<sup>26</sup>, l'autorité du canton du Tessin ne peut vérifier les compétences professionnelles que si la présomption d'équivalence est réfutée et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies. Dans ce contexte, il convient de tenir compte de l'activité exercée au lieu de provenance conformément à l'art. 3, al. 2, let. d, LMI. La production de certificats de capacité ne peut donc être exigée qu'à titre exceptionnel. Le fait que le formulaire d'autocertification demande de joindre une copie d'un diplôme d'une école professionnelle de la santé peut dissuader les offreurs externes dépourvus d'un tel diplôme de présenter leur requête.

24. Les considérations du paragraphe précédent valent également pour l'**extrait du casier judiciaire** et pour le **certificat médical d'aptitude**, dont les originaux ou une copie authentifiée sont exigés par l'autorité tessinoise. Selon le Tribunal fédéral, la présomption d'équivalence et l'interdiction du reconstrôle ne valent pas que pour les conditions professionnelles, mais aussi pour les critères personnels.<sup>27</sup> En conséquence, si les critères personnels, notamment d'aptitude et de moralité, attestés par l'extrait du casier judiciaire, et le certificat médical ont déjà été contrôlés par les autorités du lieu de provenance, l'autorité du canton du Tessin ne peut pas les reconstrôler, et elle ne peut pas non plus exiger que le requérant lui remette ces documents.

25. Selon les réponses au questionnaire et les décisions qui nous ont été communiquées par l'autorité compétente du canton du Tessin, la COMCO constate que le **principe de la gratuité** de la procédure d'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 4, LMI n'est pas toujours respecté. Le paiement d'une taxe de 100 ou 150 francs a été exigé dans certains cas. L'autorité tessinoise affirme que la disposition de l'art. 3, al. 4, LMI lui a parfois « échappé », au cours de ces dernières années. Elle devra veiller à l'avenir à ce que les procédures d'accès au marché soient gratuites. À cet égard, il convient de rappeler que le principe

<sup>26</sup> Le principe du lieu de provenance selon l'art. 2, al. 1 à 4, LMI s'applique également lorsque l'exercice de l'activité n'est pas soumis à une autorisation de pratiquer ni à des conditions particulières en matière de compétences professionnelles, dans le canton de provenance.

<sup>27</sup> Cf. note de bas de page no 19.

de la gratuité s'applique à la procédure d'examen en général, et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché ont été prononcées (ch. 12). Il faut donc éviter que des décisions d'octroi ou de refus de l'accès au marché imposent au requérant le paiement d'une taxe.

26. En ce qui concerne les **décisions d'autorisation** qui nous ont été communiquées, nous n'avons pas d'objections particulières à formuler. La COMCO constate qu'à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_844/2008<sup>28</sup> relatif à la demande d'autorisation d'un offreur extracantonal pour l'exercice indépendant de la profession de thérapeute complémentaire dans le canton du Tessin, l'Ufficio di sanità applique désormais le principe du libre accès au marché en reconnaissant le droit d'exercer son activité selon les dispositions du lieu de provenance.<sup>29</sup>

### 2.2.2 Activités d'hôtellerie et de restauration

27. La Sezione polizia amministrativa (SPa) de la police cantonale tessinoise, dépendant du Dipartimento delle istituzioni, est l'autorité compétente pour l'octroi des autorisations relatives à la gestion des établissements de l'hôtellerie et de la restauration (cf. art. 5 de la legge cantonale del 1° giugno 2010 sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione [Lear; RLTI 11.3.2.1] et art. 1, al. 1, du regolamento del 16 marzo 2011 della legge sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione [RLear; RLTI 11.3.2.1.1]).

28. C'est par contre à la Divisione della formazione professionale (DFP) du Dipartimento dell'educazione, della cultura e dello sport qu'incombe l'organisation et la surveillance des examens pour l'obtention du diplôme cantonal de cafetier-restaurateur et hôtelier (art. 1, al. 2, RLear). La DFP a créé, à cet effet, une commission appropriée d'examen ad hoc (Commissione d'esame). Celle-ci est composée de représentants de la branche (hôtellerie et restauration), de professionnels du secteur et de représentants de l'administration cantonale. Cette commission a pouvoir de décision sur l'admission aux examens, sur les dispenses pour les matières déjà acquises, ainsi que sur l'octroi du diplôme (art. 4 du regolamento del 16 maggio 2011 concernente gli esami per l'ottenimento del diploma cantonale di esercente<sup>30</sup>).

29. Selon l'art. 54 RLear, la demande d'autorisation doit être accompagnée des documents suivants:

- attestation de conformité des locaux délivrée par la commune, avec mention de la capacité d'accueil;
- titre de séjour autorisant le requérant à exercer une activité lucrative, si celui-ci n'est pas de nationalité suisse;
- document attestant que le requérant bénéficie du droit d'utiliser les locaux; en outre, en cas de sous-location, accord écrit du propriétaire;
- attestation d'assurance RC pour les dommages causés dans l'exercice de l'activité;
- diplôme cantonal de cafetier-restaurateur et hôtelier ou décision de la DFP reconnaissant les titres de formation ou la pratique professionnelle acquise;
- extrait du casier judiciaire;

- certificat médical attestant que le requérant ne souffre pas d'une maladie ou d'un handicap qui l'empêcheraient de gérer correctement son établissement;
- pour les requérants au bénéfice d'une rente AI, attestation indiquant le degré d'invalidité.

30. La révision de 2005 de la LMI avait notamment pour objectif d'introduire la liberté d'établissement pour l'exercice d'activités lucratives liées à une infrastructure locale. Le Conseil fédéral faisait en particulier référence aux hôteliers<sup>31</sup>, qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la première version de la LMI (1995), ne pouvaient pas bénéficier de la libre circulation.<sup>32</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, le principe du lieu de provenance s'applique toutefois aussi aux hôteliers (art. 2, al. 4, LMI). Ceux-ci peuvent donc s'établir dans un autre canton<sup>33</sup> sur la base de la première autorisation délivrée par le canton de provenance, en exerçant leur activité selon les prescriptions du lieu de provenance.

31. Les autorités du canton du Tessin ne peuvent appliquer les dispositions de la Lear aux offreurs extracantonaux que si la présomption d'équivalence est réfutée (art. 2, al. 5, LMI) et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies.

32. La SPa doit examiner la demande de l'offreur extracantonal sur la base de l'autorisation délivrée par le canton de provenance. Si l'offreur extracantonal dispose d'une première autorisation valable ou s'il exerce légalement l'activité au lieu de provenance sans autorisation, il a droit à une autorisation dans le canton du Tessin en vertu de l'art. 2, al. 4, LMI.

33. Le réexamen des conditions professionnelles et personnelles d'un requérant extracantonal par les autorités du lieu de destination contourne la présomption d'équivalence (art. 2, al. 5, LMI) et n'est compatible ni avec le principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI) ni avec celui de la gratuité de la procédure d'accès au marché (art. 3, al. 4, LMI). Par conséquent, si les critères personnelles, vérifiables à travers l'**extrait du casier judiciaire**, le **certificat médical** et le **degré d'invalidité**, ont déjà fait l'objet d'un contrôle de la part des autorités du canton de provenance, les autorités tessinoises ne peuvent pas les reconstruire, et c'est la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI qui s'applique. Cela signifie que les documents mentionnés ne peuvent être exigés que si la réputation du requérant extracantonal ou si l'existence d'une maladie ou d'un handicap grave l'affectant n'ont pas été contrôlées auparavant par les autorités du lieu de provenance. Si les autorités tessinoises refusent d'octroyer l'autorisation au requérant extracantonal sur la

<sup>28</sup> Arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15.5.2008.

<sup>29</sup> Cf. ATF 2C\_844/2008 du 15.5.2008, consid. 4.4.

<sup>30</sup> <www4.ti.ch/decs> Divisione della formazione professionale > Diploma cantonale di esercente > Lear > Regolamenti > Regolamento esame esercenti.

<sup>31</sup> FF 2005 I 421 (note 12), p. 440.

<sup>32</sup> Cf. à cet égard l'ATF 2P.362/1998 du 6.7.1999 portant sur l'art. 2 LMI 95; cf. aussi DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1218–1125.

<sup>33</sup> DPC 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*.

base de l'extrait du casier judiciaire, du certificat médical ou de l'attestation d'invalidité, elles doivent alors motiver leur décision par la nécessité de préserver un intérêt public prépondérant et par la conformité au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI). Concrètement, cela signifie que l'infraction commise par le requérant ou son état de santé amènent les autorités tessinoises à conclure que l'exercice d'une activité hôtelière ou de restauration par celui-ci peut menacer un intérêt public prépondérant. La liberté d'accès au marché ne peut pas être refusée si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI ne sont pas réunies.

34. La preuve de la conclusion d'une **assurance RC** est en principe admise.<sup>34</sup> L'art. 61 RLear prévoit la souscription d'une garantie globale minimale de 3 000 000 francs par cas de sinistre pour lésions corporelles et dégâts matériels. Le montant de la garantie minimale prévue par le droit tessinois ne s'applique que si la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Conformément à l'art. 3, al. 2, let. b, LMI, la SPa doit tenir compte en particulier des certificats et des attestations de sécurité déjà produits par l'offreur au lieu de provenance.

35. Les conditions pour l'obtention de l'autorisation au lieu de provenance ne peuvent être reconstruites (cf. ch. 15 ci-dessus). Cela signifie que si les **capacités professionnelles** ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du lieu de provenance, les autorités du canton du Tessin ne peuvent pas les reconstruire et c'est la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI qui s'applique. Si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée est admis sans critères professionnels d'accès au marché, les autorités du canton du Tessin ne peuvent appliquer les conditions prévues par le droit tessinois que si la présomption d'équivalence est réfutée et que les exigences prévues à l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies. Dans ce contexte, il convient de tenir compte de l'activité exercée au lieu de provenance conformément à l'art. 3, al. 2, let. d, LMI. La production d'un diplôme cantonal de cafetier-restaurateur et hôtelier ne peut donc être exigée qu'à titre exceptionnel.

36. Conformément à l'art. 4, al. 1, LMI, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3 LMI. Cette disposition prévoit que les certificats de capacité cantonaux doivent être admis sans restrictions, à moins que celles-ci soient indispensables à la préservation d'un intérêt public prépondérant, qu'elles répondent au principe de la proportionnalité et qu'elles soient non discriminatoires (cf. art. 3, al. 1, LMI).

37. L'art. 4, al. 3, LMI prévoit en outre que si le certificat de capacité ne répond que partiellement aux exigences en vigueur au lieu de destination, l'intéressé peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique.

38. Les décisions transmises concernant la reconnaissance de **certificats ou de diplômes de cafetier-restaurateur et hôtelier** délivrés par un autre canton montrent que l'autorité tessinoise compétente vérifie si le diplôme obtenu dans le canton de provenance est équivalent au

diplôme tessinois de cafetier-restaurateur et hôtelier. Si elle estime que ce n'est pas le cas, elle informe l'offreur extracantonal quant aux examens complémentaires à passer pour obtenir le diplôme tessinois, et elle communique sa décision à la SPa. Si le diplôme est reconnu comme équivalent, c'est alors la SPa qui poursuit la procédure d'autorisation et qui vérifie si les autres conditions pour l'octroi de l'accès au marché selon la LMI sont remplies.

39. Pour les diplômes obtenus dans un autre canton non considérés comme équivalents, la Commission d'examen affirme qu'il ne s'agit pas de refuser l'autorisation, mais de ne l'octroyer que lorsque les examens complémentaires nécessaires auront été passés. Sans la reconnaissance du diplôme obtenu dans un autre canton, la demande d'accès au marché de l'offreur extracantonal ne sera pas examinée par la SPa. Les décisions prises par la Commission d'examen constituent donc des décisions prises en application de la LMI. Par conséquent et en vertu de l'art. 4, al. 1, LMI, les décisions de l'autorité compétente doivent respecter les conditions prévues à l'art. 3 LMI:

- l'autorité tessinoise doit dans un premier temps apporter la preuve que le certificat de capacité dont est titulaire l'offreur extracantonal n'est pas équivalent au certificat de capacité cantonal requis (art. 2, al. 5, LMI). Le fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises, au lieu de destination, n'implique pas automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence;
- si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence est réfutée, l'offreur extracantonal concerné doit avoir la possibilité de prouver qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique (art. 4, al. 3, LMI);
- si l'offreur extracantonal ne parvient pas à fournir cette preuve, l'autorité tessinoise doit alors démontrer que les conditions d'autorisation prévues par le droit tessinois, conditions qui diffèrent du droit du canton de provenance, s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, qu'elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, qu'elles répondent au principe de la proportionnalité et qu'elles ne sont pas discriminatoires (art. 3, al. 1 et 2, LMI);
- les restrictions prévues par le droit tessinois ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3, al. 3, LMI);
- si le principe d'équivalence est réfuté et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies, l'autorité tessinoise peut limiter la reconnaissance et l'accès au marché en imposant des charges ou des conditions.

<sup>34</sup> Arrêt du TF 2P.180/2000 du 22.2.2011, consid. 3c.



40. Les conditions énoncées ci-dessus ne sont toutefois pas respectées, et la Commission d'examen ne motive pas sur la base de l'art. 3 LMI le refus de reconnaître le certificat de capacité obtenu dans un autre canton.

41. La demande de produire l'**attestation de conformité des locaux délivrée par la commune**, le **titre de séjour** et un **document attestant que le requérant bénéficie du droit d'utiliser les locaux** ne soulève pas de problème particulier du point de vue de la LMI.

42. Alors que les décisions prises par la Commission d'examen respectent au moins le principe de la gratuité de la procédure tel qu'il est prévu à l'art. 3, al. 4, LMI, les décisions de la SPa requièrent le paiement d'une **taxe** de 50 à 500 francs pour la procédure d'autorisation. La SPa n'est donc pas en conformité avec la LMI. Le principe de la gratuité de la procédure s'applique à la procédure en général, et pas uniquement lorsque des restrictions ont été prononcées (ch. 12). Les décisions d'octroi ou de refus de l'accès au marché ne doivent donc pas imposer le paiement d'une taxe.

43. Ni les décisions de la Commission d'examen, ni celles de la SPa ne sont transmises à la COMCO, ce qui représente une violation de l'art. 10a, al. 2, LMI.

### 2.2.3 Activités privées d'investigation et de surveillance

44. La SPa est aussi l'autorité compétente pour l'octroi des autorisations relatives aux activités privées d'investigation et de surveillance, conformément à l'art. 3 de la legge cantonale dell'8 novembre 1976 sulle attività private di investigazione e di sorveglianza (LAPIS; RLTI 1.4.3.1).<sup>35</sup>

45. La DFP est l'autorité compétente pour l'établissement des directives relatives à la formation scolaire et professionnelle ainsi que du règlement d'examen selon l'art. 24, al. 2, LAPIS (art. 1, al. 2, RLAPIS).

46. L'autorisation est octroyée aux requérants qui satisfont aux conditions suivantes (art. 5 LAPIS):

- avoir la citoyenneté suisse ou d'un État de l'Association européenne de libre-échange ou de l'Union européenne et être des personnes majeures disposant des droits civils (let. a);
- avoir son domicile ou son siège dans le canton du Tessin (let. b);
- avoir une bonne conduite (let. c);
- disposer d'une formation adéquate (let. d);
- si étrangers, avoir un permis de séjour autorisant à exercer une activité lucrative (let. e);
- avoir conclu auprès d'une compagnie suisse un contrat d'assurance responsabilité civile dont les prestations minimales sont fixées dans le règlement (let. f).

47. La demande d'autorisation doit être soumise par le représentant légal de la personne morale (entreprise ou société). Celui-ci devra en outre présenter séparément une demande pour chaque agent employé par l'entreprise (art. 3, al. 4, et 4 LAPIS, et art. 5, al. 2 et 3, RLAPIS), via

un formulaire officiel sur lequel seront indiquées les données personnelles de l'entreprise requérante et des collaborateurs (art. 5, al. 1, RLAPIS).

48. Selon l'art. 6 RLAPIS, le requérant doit joindre à sa demande les pièces justificatives suivantes:

- extrait du casier judiciaire;
- extrait du registre des poursuites et faillites;
- copie de la carte d'identité de chaque agent;
- diplôme de formation professionnelle;
- copie de la carte de légitimation de l'organisation;
- deux photos passeport du requérant et de ses éventuels collaborateurs;
- copie de la police d'assurance responsabilité civile portant sur une garantie minimale de 2 000 000 francs;
- copie du contrat de travail de chaque employé;
- titre de séjour autorisant le requérant à exercer une activité lucrative, si celui-ci n'est pas de nationalité suisse;
- pour les agents qui portent l'uniforme, liste détaillée des habits avec photos à l'appui;
- si le requérant est une personne morale, copie des statuts et extrait du registre du commerce.

49. Selon les réponses au questionnaire, les offreurs extracantonaux provenant d'un canton qui délivre une autorisation aussi bien à l'entreprise qu'aux agents doivent remplir le formulaire approprié et joindre l'autorisation obtenue dans le canton de provenance (cela vaut tant pour l'entreprise que pour les agents). Si le canton de provenance délivre une autorisation uniquement à l'entreprise et pas aux agents (comme c'est le cas dans le canton de Lucerne, par exemple), ces derniers devront alors présenter en outre les documents suivants: diplôme de formation professionnelle, copie de la carte d'identité, extrait du registre des poursuites et faillites et extrait du casier judiciaire. Enfin, si le canton de provenance ne prévoit pas la délivrance d'une autorisation, l'entreprise et ses agents devront soumettre le formulaire officiel dûment rempli et fournir les documents mentionnés ci-dessus (ch. 48). L'autorité tessinoise affirme que l'application du droit tessinois n'est pas motivée sur la base de l'art. 3 LMI.

50. La LMI postule que les réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché sont équivalentes (art. 2, al. 5, LMI). Si l'on veut réfuter la présomption d'équivalence, il faut apporter la preuve que le niveau de protection de l'intérêt public considéré prescrit par le droit du lieu de destination est intrinsèquement plus élevé que celui en vigueur au lieu de provenance, ou que les réglementations du lieu de destination tiennent compte d'intérêts publics supplémentaires.<sup>36</sup> Cela vaut en particulier dans le cas où le canton de provenance ne procède qu'à

<sup>35</sup> Cf. art. 1, al. 1, du regolamento cantonale del 17 dicembre 1976 della legge sulle attività private di investigazione e di sorveglianza (RLAPIS; RLTI 1.4.3.1.1).

<sup>36</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1311 et références indiquées.

l'examen de critères personnels pour autoriser l'exercice d'une profession, ou lorsque celle-ci peut y être exercée sans autorisation alors qu'une autorisation est requise dans le canton de destination.<sup>37</sup>

51. Concrètement, lorsque la présomption d'équivalence est réfutée (par exemple si le canton de provenance ne prévoit pas l'octroi d'une autorisation pour les agents, ou si ni les agents ni l'entreprise n'ont besoin d'une autorisation), les autorités tessinoises compétentes doivent expliquer dans quelle mesure la restriction d'accès au marché respecte les conditions de l'art. 3 LMI, à savoir qu'elle est indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et répond aux principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI; cf. ch. 9 et 15). La demande systématique de documents attestant les critères professionnels et personnels lorsque les agents, ou les agents et l'entreprise, n'ont pas besoin d'autorisation dans le canton de provenance, sans que l'application du droit tessinois ne soit motivée sur la base de l'art. 3 LMI, n'est pas conforme à la LMI.

52. En ce qui concerne la demande de production d'un **diplôme professionnel**, il convient de considérer ce qui suit: si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée n'est pas assorti de conditions professionnelles, l'autorité du canton du Tessin ne peut contrôler les compétences professionnelles que si la présomption d'équivalence est réfutée (art. 2, al. 5, LMI) et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies (ch. 15). Pour ce qui est de la conformité au principe de la proportionnalité, il faut en particulier prendre en considération l'activité exercée au lieu de provenance (art. 3, al. 2, let. d, LMI). Selon l'avis du Conseil fédéral, l'exercice irréprochable de l'activité professionnelle pendant trois ans consécutifs peut être considéré comme suffisant pour protéger des intérêts publics prépondérants.<sup>38</sup> La production d'un diplôme professionnel ne peut donc être exigée qu'à titre exceptionnel. Le fait que les formulaires destinés à l'autorité compétente demandent de joindre la copie d'un diplôme professionnel ad hoc<sup>39</sup> peut dissuader les offreurs extracantonaux qui ne sont pas titulaires d'un certificat de capacité de présenter une demande d'accès au marché.

53. Ce qui est exposé ci-dessus vaut également pour les **critères personnels** et les autres conditions prévues par la LAPI. En effet, si ces conditions ont déjà été contrôlées par les autorités du canton de provenance, les autorités tessinoises ne peuvent les reconstruire. Même si la présomption d'équivalence est réfutée (art. 2, al. 5, LMI), l'autorité du canton du Tessin ne peut imposer des restrictions au libre accès au marché sous la forme de charges ou de conditions que si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. En ce qui concerne plus particulièrement le critère de bonne conduite, il faut ajouter que, en tenant compte des risques liés à l'exercice des activités d'investigations et de surveillance de la part de personnes inaptes d'un point de vue caractériel, un examen de ces conditions est en principe apte et nécessaire à garantir la sécurité publique. Dans ce sens, la requête de présenter un extrait du casier judiciaire peut être justifiée par un intérêt public prépondérant (art. 3, al. 1, let. b, LMI) et conforme au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI), si cela n'a pas été vérifié au lieu de provenance.<sup>40</sup>

54. L'**exigence du domicile ou du siège** dans le canton du Tessin constitue une restriction à la liberté d'accès au marché. Pour qu'elle soit admise, l'autorité tessinoise doit démontrer que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Ces conditions ne sont toutefois pas remplies, car selon l'art. 3, al. 2, let. c, LMI les restrictions à la liberté d'accès au marché ne satisfont pas au principe de la proportionnalité lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative. L'obligation d'avoir un domicile ou un siège dans le canton du Tessin telle que prévue à l'art. 5, let. b, LAPI constitue dès lors une restriction illicite à la liberté d'accès au marché.<sup>41</sup> Sur la base des réponses au questionnaire et des décisions transmises, la COMCO constate que la SPa n'applique en réalité pas cette condition. En effet, les entreprises et les agents qui déposent une demande d'autorisation ne semblent pas être tenus de fournir des informations et des documents concernant le domicile ou le siège.<sup>42</sup> Cependant, le fait que cette exigence soit inscrite dans la loi tessinoise peut dissuader les offreurs extracantonaux dépourvus d'un domicile ou de siège dans le canton du Tessin de présenter une demande d'autorisation. Partant, la COMCO recommande de supprimer dans la LAPI l'exigence du domicile et du siège dans le canton du Tessin.

55. L'autorité tessinoise affirme que la procédure d'octroi des autorisations relatives aux activités privées d'investigation et de surveillance est gratuite. Une des décisions transmises exige toutefois le paiement d'une **taxe** de 150 francs. Par ailleurs, l'art. 8 RLAPI prévoit le paiement d'une taxe de 100 à 500 francs pour couvrir les coûts, sans préciser de quels coûts il s'agit. Le principe de la gratuité de la procédure (art. 3, al. 4, LMI) s'applique à la procédure d'examen en général, et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché ont été prononcées (ch. 12). Il faut donc éviter que des décisions d'octroi ou de refus de l'accès au marché imposent au requérant le paiement d'une taxe.

56. Les décisions de la SPa peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État dans un délai de 30 jours. On constate que les décisions prises par la SPa ne sont pas transmises à la COMCO, ce qui constitue une violation de l'art. 10a, al. 2, LMI.

57. Le Concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées (CPSP), auquel a adhéré le canton du Tessin, entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier

<sup>37</sup> ATF 2C\_844/2008 du 15.5.2009, consid. 4.2; cf. aussi arrêt du Tribunal administratif cantonal du Canton d'Argovie WBE.2013.101/WBE.2013.112 du 19.11.2013, consid. 4.9, in: DPC 2013/4, 848, *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

<sup>38</sup> FF 2005 I 421 (note 12), p. 442. Cf. aussi ATF 2C\_844/2008 du 15.5.2009, consid. 4.1, 4.6.

<sup>39</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari.

<sup>40</sup> Expertise de la COMCO du 5.12.2016, no 99, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>41</sup> Cf. DPC 2001/1, 160 nos 31 s, *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG*.

<sup>42</sup> Cf. <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari > Istanza di autorizzazione/Attività indipendente (Istanza di autorizzazione/Ditta, società).

2017 et la LAPIS sera alors abrogé.<sup>43</sup> L'examen de la conformité du CPSP aux principes de la LMI a été effectué séparément dans le contexte de la recommandation du 5 décembre 2016 de la COMCO.<sup>44</sup>

## 2.2.4 Activités liées à la garde d'enfants

58. La Divisione dell'azione sociale e delle famiglie du Dipartimento della sanità e della socialità, par le biais de l'Ufficio del sostegno a enti e attività per le famiglie (UFaG), est l'autorité compétente pour l'octroi des autorisations en matière de garde d'enfants au sens de l'art. 22 de la legge cantonale del 15 settembre 2003 sulle attività delle famiglie e di protezione di minorenni (legge sulle famiglie, LFam; RLTI 6.4.2.1) ainsi que de l'art. 13 de l'ordonnance fédérale du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (OPE; RS 211.222.338).<sup>45</sup>

59. L'UFaG exige les documents suivants:

- curriculum vitae;
- diplômes;
- certificats de travail;
- extrait du casier judiciaire;
- autocertification de l'extrait du casier judiciaire;
- certificat médical;
- cahier des charges;
- copie du contrat de travail;
- documents en lien avec le projet (viabilité financière, charte de service, etc.).

60. Selon les réponses au questionnaire, il n'y a pas eu, pour le moment, de demandes de la part d'offreurs extracantonaux. S'il devait y en avoir, l'autorité tessinoise affirme que ces demandes seraient examinées sur la base des conditions prévues par la LFam. Elle estime qu'il n'y aurait pas de restrictions au sens de l'art. 3 LMI puisque les mêmes critères seraient contrôlés chez tous les requérants, qu'ils soient du canton ou extracantonaux.

61. Au sens de l'art. 2, al. 3 et 4, LMI, l'autorité tessinoise a l'obligation d'appliquer le droit du lieu de provenance pour accorder l'accès au marché à un offreur externe. Les restrictions prévues par la LFam ne peuvent être appliquées que si les prescriptions du canton de provenance et celles du canton du Tessin ne sont pas équivalentes (art. 2, al. 5, LMI) et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies (intérêt public, proportionnalité et égalité de traitement). Étant donné que, sous réserve de l'art. 3, al. 1, LMI, les conditions d'autorisation du canton du Tessin ne s'appliquent pas aux offreurs extracantonaux déjà titulaires d'une autorisation délivrée par le canton de provenance ou qui exercent légalement l'activité au lieu de provenance sans autorisation, il ne saurait être question d'exiger systématiquement des pièces justificatives prouvant que les critères professionnels et personnels exigés par la réglementation tessinoise sont réunis. Il convient en outre de noter que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont cumulatives. Cela signifie qu'il ne suffit pas que les dispositions tessinoises s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux et aux requérants externes (art. 3, al. 1, let. a, LMI); l'application de celles-ci doit encore être

indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 1, let. b, LMI) et répondre au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI). Les offreurs extracantonaux ont en outre droit à une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI).

## 2.2.5 Professions d'ingénieur et d'architecte

62. En vertu de l'art. 2 de la legge cantonale del 24 marzo 2004 sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto (LEPIA; RLTI 7.1.5.1), l'Ordine degli ingegneri ed architetti del Cantone Ticino (OTIA) est l'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation d'exercer les professions d'ingénieur et d'architecte. L'autorisation est accordée aux requérants qui remplissent les conditions professionnelles et personnelles, c'est-à-dire qui bénéficient par exemple d'un titre d'études reconnu, qui n'ont pas subi de condamnation pénale, qui ne sont pas en faillite ni en état d'insolvabilité établie, et qui n'ont pas fait l'objet, dans un autre canton ou un autre État, d'une décision de révocation de l'autorisation d'exercer la profession (art. 4 à 6 LEPIA). L'autorisation peut être octroyée à titre permanent ou à titre temporaire pour des projets spécifiques (cf. art. 7, al. 3, LEPIA et art. 3, al. 1, du regolamento del 5 luglio 2005 di applicazione della legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto [RLEPIA; RLTI 7.1.5.1.1]).

63. Selon les réponses au questionnaire, les offreurs extracantonaux qui présentent une demande d'accès au marché pour l'exercice de la profession d'ingénieur ou d'architecte dans le canton du Tessin doivent produire les documents suivants (cf. également art. 1 RLEPIA):

- copie du diplôme;
- extrait du casier judiciaire;
- extrait du registre des poursuites et faillites;
- curriculum professionnel;
- photocopie d'un document d'identité;
- attestation de paiement de la taxe;
- copie d'un éventuel permis de travail.

64. L'OTIA affirme que l'application des dispositions de la LEPIA n'est pas motivée sur la base des conditions de l'art. 3 LMI. À son avis, cela ne serait pas utile qu'elle le soit, puisqu'il est évident que l'examen de la demande doit respecter le principe de la légalité, et donc le droit suisse et le droit cantonal en vigueur.

<sup>43</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza.

<sup>44</sup> Expertise de la COMCO du 5.12.2016, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>45</sup> Cf. art. 2, let. b, et art. 23 du regolamento cantonale del 20.12.2005 della legge sulle famiglie (RLFam; RLTI 6.4.2.1.1).

65. Le droit tessinois ne peut être appliqué que lorsque les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2, al. 5, LMI) et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies (intérêt public prépondérant, proportionnalité et égalité de traitement). Étant donné que, sauf dans les limites de l'art. 3, al. 1, LMI, les conditions d'autorisation du canton du Tessin ne s'appliquent pas aux offreurs extracantonaux déjà titulaires d'une autorisation délivrée par le canton de provenance ou qui exercent légalement l'activité au lieu de provenance sans autorisations, il ne saurait être question d'exiger systématiquement des pièces justificatives prouvant que les critères prévus par la réglementation tessinoise sont réunis. Par conséquent, l'application des dispositions de la LEPIA relatives aux conditions à remplir pour obtenir l'autorisation d'exercer doit être motivée sur la base de l'art. 3 LMI. Pour ce faire, l'OTIA doit tout d'abord examiner si les dispositions réglant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance de l'offreur externe garantissent une protection des intérêts publics équivalente à celle qui est garantie par les prescriptions du canton du Tessin, c'est-à-dire par la LEPIA. Si la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée, l'autorité tessinoise compétente doit démontrer que les conditions prévues par la LEPIA pour l'obtention de l'autorisation ainsi que la production de documents attestant les compétences professionnelles ou la bonne réputation du requérant sont indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants, répondent au principe de la proportionnalité et ne sont pas discriminatoires au sens de l'art. 3, al. 1, LMI.

66. L'art. 7, al. 1, LEPIA prévoit que les ingénieurs et les architectes venant d'autres cantons ou États qui veulent exercer leur profession dans le canton du Tessin sont soumis aux mêmes conditions. Cette disposition est contraire à ce qui est prévu aux articles 2 et 3 LMI. En vertu du principe de la primauté du droit fédéral (art. 49, al. 1, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101]), l'autorité tessinoise doit appliquer les dispositions de la LMI. Cela signifie que les dispositions de la LEPIA relatives aux critères professionnels et personnels pour l'obtention de l'autorisation ne peuvent s'appliquer aux offreurs extracantonaux que si la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies.

67. La LEPIA prévoit l'institution d'un registre professionnel (ci-après: Registre OTIA). Les personnes disposant d'une autorisation sont inscrites au Registre OTIA et ont droit à se qualifier comme ingénieur ou architecte OTIA (art. 3, al. 4, LEPIA). Le Registre OTIA reporte les informations de chaque ingénieur et architecte concernant l'identité, la date de l'octroi de l'autorisation et l'indication du titre d'étude, la forme juridique et la raison sociale ainsi que les adresses professionnelles (art. 9, al. 2, LEPIA). Pour exercer la profession d'ingénieur ou d'architecte dans le canton du Tessin il est donc nécessaire d'être inscrit au Registre OTIA. En outre, le paiement (anticipé) d'une taxe d'inscription au Registre OTIA et pour la mise à jour de celle-ci est exigé pour l'exercice des professions d'ingénieur et d'architecte, bien que cela ne soit pas prévu par la LEPIA.<sup>46</sup> L'**obligation d'être inscrit dans un registre professionnel ou cantonal** constitue per se une

restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI.<sup>47</sup> Pour qu'elle soit admise, cette restriction doit en particulier être indispensable pour préserver des intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 1, let. b, LMI) et conforme au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI). Le but de la LEPIA est de promouvoir la dignité et l'exercice correct des professions d'ingénieur et d'architecte (art. 1, al. 1, LEPIA). À la lumière de la jurisprudence en relation avec l'art. 36, al. 2, Cst., ces objectifs peuvent difficilement représenter des intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 3, al. 2, let. b, LMI.<sup>48</sup> En outre, l'existence d'un registre professionnel ou cantonal n'est ni apte ni indispensable à garantir une application correcte des règles de l'art, la qualité des prestations et des services offerts et des qualifications professionnelles suffisantes de la part des opérateurs. Cette restriction n'est donc pas conforme au principe de la proportionnalité.<sup>49</sup> Dans sa recommandation du 29 janvier 2001, la COMCO avait recommandé aux cantons de Fribourg, de Genève, de Neuchâtel et du Tessin de supprimer l'exigence de l'inscription aux registres cantonaux des architectes et ingénieurs.<sup>50</sup> En ce qui concerne le canton du Tessin, la COMCO constate que le registre cantonal a été maintenu. En effet, seulement les ingénieurs et les architectes qui ont obtenu l'autorisation et qui sont inscrits au Registre OTIA peuvent exercer légalement leur profession dans le canton du Tessin. Dans ce contexte, il est nécessaire de noter que, sans paiement anticipé des taxes d'inscription, les demandes d'autorisation ne sont même pas examinées.<sup>51</sup>

68. En ce qui concerne plus particulièrement la demande de production d'un **diplôme professionnel**, il convient de tenir compte de ce qui suit: si les capacités professionnelles ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du lieu de provenance, les autorités tessinoises ne peuvent pas les reconstruire et c'est la présomption d'équivalence au sens de l'art. 2, al. 5, LMI qui s'applique. Si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée n'est pas assorti de conditions professionnelles, l'autorité tessinoise ne peut contrôler les compétences professionnelles que si la présomption d'équivalence est réfutée et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Dans ce contexte, il faut prendre en considération l'activité exercée au lieu de provenance, conformément à l'art. 3, al. 2, let. d, LMI.

<sup>46</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>47</sup> DPC 2001/1, 160, nos 13 s., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG.*

<sup>48</sup> ATF 128 I 92, 95 consid. 2a; ATF 2C\_720/2014 du 12.5.2015 consid. 6.1. Cf. aussi DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), nos 194 et 454; ZWALD (note 1), no 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2<sup>e</sup> éd., 2013, no 31 art. 3 LMI. Cf. aussi en relation avec le principe de l'égalité entre concurrents au sens de l'art. 8 Cst. ATF 125 II 129, 149 s., consid. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 s., consid. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 s., consid. 3b (Margot Knecht).

<sup>49</sup> DPC 2001/1, 167, *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation.*

<sup>50</sup> Cf. DPC 2001/1, 160, nos 19 s., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation.*

<sup>51</sup> Cf. <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

69. L'art. 17, al. 1, let. d, LEPIA prévoit que celui qui exerce les professions d'ingénieur ou d'architecte dans le canton du Tessin est tenu de respecter les contrats collectifs de travail (ci-après: CCT). La LEPIA ne précise pas si elle entend par là des CCT étendues, qui revêtent donc un caractère obligatoire général. À ce sujet il faut noter que si une CCT n'a pas de caractère obligatoire général, l'autorité tessinoise ne peut pas imposer aux opérateurs locaux et extracantonaux le respect des dispositions de cette CCT sans violer les prescriptions de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT; RS 221.215.311). Du point de vue de la LMI, il est opportun de rappeler qu'en vertu du principe du lieu de provenance consacré par l'art. 2, al. 3 et 4, LMI, un offreur externe a le droit d'exercer ses propres activités dans le canton du Tessin conformément aux dispositions en vigueur dans le canton de provenance. Même si une CCT avait caractère obligatoire général dans le canton du Tessin, mais pas dans le canton de provenance, l'obligation du respect de cette CCT constituerait une restriction à la liberté d'accès au marché, admissible seulement si la présomption d'équivalence selon l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies.<sup>52</sup>

70. Pour ce qui est de l'**extrait du casier judiciaire**, celui-ci ne peut être exigé que si la réputation du requérant extracantonal n'a pas été contrôlée auparavant par les autorités du lieu de provenance. Si l'accès au marché est refusé sur la base de l'extrait du casier judiciaire, l'autorité tessinoise compétente doit alors motiver sa décision et démontrer que le refus est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant et qu'il répond au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI). Concrètement, cela signifie que l'infraction commise par le requérant amène les autorités tessinoises à conclure que l'exercice de la profession d'ingénieur ou d'architecte par celui-ci peut menacer un intérêt public prépondérant. Si ce n'est pas le cas, l'accès au marché ne peut pas être refusé.

71. L'autorité tessinoise affirme qu'elle n'a pas prononcé de décision de refus de l'accès au marché ni de décision d'octroi assortie de restrictions. Les décisions transmises avec les réponses au questionnaire ne concernent que des cas d'octroi sans restriction de l'accès au marché. L'OTIA ne transmet pas ses décisions à la COMCO, ce qui est contraire aux dispositions de l'art. 10a, al. 2, LMI.

72. Enfin, on constate que, bien que les décisions de l'OTIA n'en fassent pas mention, le paiement d'une **taxe administrative**<sup>53</sup> est exigé des architectes et des ingénieurs qui demandent leur inscription au registre de leur profession. Cette taxe doit être payée avant l'octroi de l'autorisation, et le requérant doit joindre à sa demande d'accès la preuve du paiement de cette taxe. Selon l'OTIA, le montant de la taxe d'inscription au registre de la profession couvrirait une partie des frais administratifs ainsi que différents services (par exemple le service juridique gratuit, ou le conseil dans d'autres domaines légaux et techniques). Le prélèvement de cette taxe ne repose sur aucune base légale. Le montant demandé figure sur le site internet de l'OTIA<sup>54</sup>, où il est également précisé que le remboursement de la taxe administrative anticipée en

cas de refus d'octroi de l'autorisation, d'abandon de la demande ou de dossier incomplet, n'est pas prévu. Cette façon de faire est contraire à l'art. 3, al. 4, LMI, qui prévoit la gratuité de la procédure d'autorisation. Le fait d'exiger le paiement anticipé de la taxe administrative et de ne pas rembourser cette dernière en cas de décision de refus peut dissuader des offreurs extracantonaux de présenter une demande d'accès au marché.

## 2.2.6 Professions fiduciaires

73. En vertu de l'art. 1 de la legge cantonale del 1° dicembre 2009 sull'esercizio delle professioni di fiduciario (LFid; RLTI 11.1.4.1), l'exercice des professions d'agent fiduciaire, fiduciaire commercial, fiduciaire immobilier et fiduciaire financier, effectué pour le compte de tiers à titre professionnel, est soumis à autorisation.

74. L'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation est l'Autorità di vigilanza sull'esercizio delle professioni di fiduciario (ci-après Autorità di vigilanza), nommée par le Conseil d'État (art. 8 et 18 LFid). L'autorisation est octroyée aux requérants qui remplissent des critères professionnels et personnels précis (art. 8, al. 1, LFid):

- exercice des droits civils;
- excellente réputation et garantie d'une activité irréprochable;
- ne pas être en état de faillite ou d'insolvabilité avérée;
- disposer d'un titre d'études reconnu et être au bénéfice de deux ans de pratique en Suisse dans la branche pour laquelle l'autorisation est demandée;
- bénéficier d'une couverture d'assurance responsabilité civile.

75. Afin que ces critères puissent être vérifiés, comme l'indique l'Autorità di vigilanza, les documents suivants doivent accompagner la demande d'autorisation (cf. art. 8 LFid et art. 4 du regolamento del 30 maggio 2012 della legge sull'esercizio delle professioni di fiduciario [RFid; RLTI 11.1.4.1.1]):

- autocertification;
- curriculum vitae et parcours professionnel;
- attestation de domicile;
- extrait du casier judiciaire;
- attestation de l'Office des poursuites et faillites;
- copie du titre d'études, s'il existe;
- attestation/s prouvant que le requérant a accompli trois ans de pratique professionnelle;
- tout autre document utile à la bonne compréhension de la situation du requérant.

<sup>52</sup> Arrêt du TF 2C\_111/2010 du 7.12.2010, consid. 2.5. Cf. aussi DIE-BOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1290 ss. et références citées.

<sup>53</sup> <www.otia.ch> > L'Albo > Tasse.

<sup>54</sup> Idem.

76. L'art. 9 LFid précise que pour les requérants provenant d'un autre canton la LMI est réservée.

77. Dans les réponses au questionnaire, l'autorité tessinoise affirme que les conditions pour l'octroi de l'autorisation sont vérifiées au sens de la LFid et que l'offreur extracantonal est autorisé à exercer son activité dans le canton du Tessin sur la base des conditions de l'art. 3 LMI. L'Autorità di vigilanza affirme en outre qu'elle vérifie si l'offreur extracantonal exerce effectivement une profession de fiduciaire au lieu de provenance.

78. En ce qui concerne les pièces justificatives relatives aux capacités professionnelles, l'art. 8, al. 1, let. d, LFid prévoit la double exigence de la détention d'un **titre d'études reconnu** (cf. art. 11 LFid) et d'une pratique professionnelle de deux ans dans une branche fiduciaire en Suisse. Toutefois, les décisions transmises montrent que l'Autorità di vigilanza a octroyé l'accès au marché sur la base d'une attestation/d'attestations prouvant l'accomplissement de trois ans de pratique professionnelle, même lorsque le requérant ne disposait pas d'un titre d'études reconnu. Cette pratique est conforme à la LMI. Avant d'appliquer le droit tessinois, l'Autorità di vigilanza doit cependant démontrer que la présomption d'équivalence est réfutée (art. 2, al. 5, LMI). Ce n'est que dans le cas où les réglementations cantonales ne sont pas équivalentes que l'autorité tessinoise peut appliquer le droit cantonal (LFid) aux offreurs externes, en motivant ses décisions sur la base des conditions prévues à l'art. 3, al. 1, LMI. À cet égard, on observe que le formulaire de demande d'accès au marché<sup>55</sup> mentionne explicitement la production d'une copie certifiée conforme du titre d'études, ce qui peut dissuader les offreurs extracantonaux dépourvus d'un tel titre de présenter une demande d'accès au marché.

79. Ce qui est exposé ci-dessus vaut également pour l'**extrait du casier judiciaire** et l'**attestation de l'Office des poursuites et faillites**. En effet, si les conditions personnelles et financières ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du canton de provenance, l'autorité tessinoise ne peut les reconstruire. Même si la présomption d'équivalence est réfutée (art. 2, al. 5, LMI), l'autorité tessinoise ne peut imposer des restrictions à l'accès au marché sous la forme de charges ou de conditions que si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies.

80. L'exigence d'une **couverture d'assurance responsabilité civile** est en principe admise.<sup>56</sup> Les modalités de cette couverture sont précisées à l'art. 5 RFid, qui définit notamment le montant de la couverture minimale selon le secteur d'activité de la profession fiduciaire (entre 500 000 et 1 000 000 francs). Si ces exigences sont plus élevées que celles qui prévalent au lieu de provenance, le montant de la couverture minimale ainsi que les autres modalités prévues par le droit tessinois ne sont applicables que si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. L'Autorità di vigilanza doit tenir compte en particulier des certificats et des attestations de sécurité déjà produits par l'offreur au lieu de provenance (art. 3, al. 2, let. b, LMI).

81. Avec les réponses au questionnaire, l'autorité tessinoise a transmis un **préavis négatif** et dix décisions d'octroi de l'accès au marché. L'Autorità di vigilanza ne considère pas le préavis négatif comme une décision formelle.

Dans ce préavis, il est indiqué que l'établissement d'une décision formelle susceptible de recours auprès du Tribunal administratif cantonal est possible contre paiement de frais de justice d'un montant de 500 francs.

82. Selon l'art. 9, al. 1, LMI, les restrictions à l'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours. Si une décision n'est pas prononcée, l'offreur extracantonal peut exiger qu'elle le soit.<sup>57</sup> Les décisions relatives aux restrictions doivent en outre faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI). Les préavis négatifs émis par l'Autorità di vigilanza ne respectent pas ces dispositions. Même s'il s'agit bien de décisions concernant des restrictions, celles-ci ne font en effet pas l'objet de décisions sujettes à recours au sens de l'art. 9, al. 1, LMI. Par ailleurs, le fait que le requérant doive faire une demande et payer des frais pour le prononcé d'une décision n'est pas conforme au principe d'une procédure simple, rapide et gratuite telle qu'elle est prévue à l'art. 3, al. 4, LMI.

83. En ce qui concerne les décisions d'octroi de l'autorisation d'exercer, on constate que le requérant doit s'acquitter d'une **taxe annuelle** de 400 francs (ou d'un prorata de celle-ci en douzièmes) ainsi que d'une **taxe d'autorisation** de 500 francs. Et cela bien que la disposition de l'art. 12, al. 3, LFid prévoie expressément que la LMI est réservée, pour les requérants extracantonaux, en ce qui concerne la taxe d'octroi de l'autorisation d'exercer et la taxe d'inscription au registre cantonal des professionnels des fiduciaires. L'Autorità di vigilanza affirme que des taxes d'autorisation ont été facturées par inadvertance pour certaines décisions, et que son secrétariat s'applique à rembourser les sommes versées. Le droit tessinois et la pratique qui imposent une taxe violent l'art. 3, al. 4, LMI, lequel prévoit la gratuité de la procédure. Cela vaut non seulement pour la taxe exigée pour l'octroi de l'autorisation, mais aussi pour la taxe annuelle perçue pour l'exercice de la profession.

84. Enfin, il faut noter que les décisions de l'Autorità di vigilanza ne sont pas transmises à la COMCO, et cela en violation de l'art. 10a, al. 2, LMI.

### 2.2.7 Activités artisanales

85. Selon les articles 13 et ss. de la legge cantonale del 24 marzo 2015 sulle imprese artigianali (LIA; RLTI 7.1.5.4), la Commissione di vigilanza sulle imprese artigianali (ci-après: Commissione LIA) est l'autorité cantonale compétente pour l'octroi de l'autorisation dans le domaine des professions artisanales.

<sup>55</sup> <www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/ufficio> Sportello > Formulari.

<sup>56</sup> ATF 2P.180/2000 du 22.2.2011, consid. 3c.

<sup>57</sup> FF 1995 I 1025 (note 6), p. 1253.

86. L'art. 3 LIA prévoit la création d'un registre des entreprises artisanales (ci-après: Registre LIA). Les entreprises qui effectuent sur le territoire cantonal des travaux artisanaux dans les secteurs professionnels mentionnés dans l'annexe du regolamento cantonale del 20 gennaio 2016 della legge sulle imprese artigianali (RLIA; RLTI 7.1.5.4.1) ont l'obligation de s'inscrire dans ce registre. Pour être admises dans le Registre LIA, les entreprises doivent remplir des conditions professionnelles et personnelles spécifiques (art. 4, al. 1, 6 et 7, LIA). En outre, elles sont tenues de disposer d'une couverture d'assurance minimale (art. 9, al. 2, let. c, RLIA), de respecter les CCT locales (art. 9, let. c, LIA et art. 9, al. 2, let. a et b, RLIA) et de payer les taxes d'inscription au Registre LIA (art. 19 LIA et 11 RLIA).

87. Pour les sociétés, les conditions professionnelles doivent être remplies par au moins un propriétaire ou membre de la direction (art. 4, al. 2, LIA). Au sens de la LIA, peut être considéré comme propriétaire ou membre de la direction celui qui participe effectivement à la gestion de la société, qui travaille dans cette société à titre principal et qui la représente (art. 4, al. 3, LIA).<sup>58</sup>

88. La demande d'inscription dans le registre doit être faite au moyen d'un formulaire (en ligne<sup>59</sup>) et doit être accompagnée des documents suivants (art. 4 RLIA):

a) Pour le propriétaire ou membre de la direction

- certificat de capacité pour l'exercice des droits civils;
- certificat de bonnes mœurs;
- extrait du casier judiciaire;
- extrait du registre des poursuites et faillites;
- copie des diplômes et des titres d'études;
- document attestant la pratique professionnelle requise;

b) Pour l'entreprise

- copie de l'extrait du registre du commerce;
- extrait du registre des poursuites et faillites;
- attestation de la caisse AVS confirmant le paiement des cotisations sociales;
- attestation de la Commission paritaire cantonale (CPC) prouvant la contribution au fonds de retraite anticipée;
- copie de la police d'assurance RC confirmant l'existence d'une couverture annuelle d'un montant minimal de 1 million de francs;
- attestation de la CPC ou autre document confirmant le versement des cautions;
- attestation de la CPC confirmant le respect de la convention collective de travail.

89. En ce qui concerne les critères professionnels, l'art. 6, al. 2, LIA prévoit que le Conseil d'État peut remplacer l'exigence de titres d'études spécifiques par celle d'une pratique professionnelle suffisante, et qu'il peut exiger en outre une pratique appropriée comme chef de chantier. Selon l'art. 5, al. 1, RLIA, le propriétaire ou membre de la

direction de l'entreprise doit apporter la preuve qu'il possède des titres d'études et qu'il bénéficie d'une expérience professionnelle. L'art. 5, al. 3, RLIA précise que, pour la pratique professionnelle, on compte les années de travail effectivement accomplies dans la catégorie professionnelle concernée à partir de l'obtention du titre d'études demandé. L'annexe du RLIA définit pour chaque catégorie (par exemple constructions en bois, travaux verriers ou de jardinier) le titre d'études minimum requis et la durée minimale de la pratique professionnelle (3 ans pour toutes les catégories). Des dérogations à cette durée minimale sont possibles dans des cas particuliers, par exemple lorsque le détenteur d'un titre d'études exigé prouve qu'il a les connaissances entrepreneuriales adéquates et qu'il connaît le contexte économique cantonal (cf. art. 5, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, RLIA).

90. L'art. 24, al. 1, LIA prévoit qu'une dérogation à l'exigence du titre d'études est prévue lorsque le propriétaire ou membre de la direction de l'entreprise artisanale apporte la preuve qu'il remplit les conditions personnelles (art. 7 LIA) et qu'il exerce la profession faisant l'objet de la demande depuis au moins 5 ans en Suisse (cf. aussi art. 13 RLIA).

91. En outre, selon l'art. 9, let. c, LIA, les entreprises artisanales sont également tenues de respecter les **dispositions législatives sur le travail et sur les CCT**. Dans ce sens, elles devront aussi satisfaire aux obligations envers les institutions sociales prévues par les CCT (art. 9, let. e, LIA), en particulier celles concernant les cautions (art. 9, al. 2, let. a, RLIA). L'art. 9, al. 2, let. b, RLIA précise que dans les catégories professionnelles où une CCT est en vigueur, les entreprises artisanales doivent présenter l'attestation du respect de celle-ci délivrée par la commission paritaire compétente. La LIA ne spécifie pas si l'on entend par là des CCT avec force obligatoire générale.

92. Les offreurs externes qui exercent légalement leur activité dans le canton de provenance et qui exécutent des travaux artisanaux au sens de la LIA ont, conformément l'art. 2, al. 1 à 4, LMI, le droit d'offrir leurs services et leurs prestations dans le canton du Tessin ainsi que de s'y établir pour exercer leur activité. En vertu du principe d'équivalence énoncé dans l'art. 2, al. 5, LMI, les réglementations du canton de provenance et celles du canton du Tessin portant sur l'accès au marché sont considérées comme équivalentes). Le droit d'accéder librement au marché consacré à l'art. 2, al. 1 à 4, LMI existe même lorsque l'exercice de l'activité est admis sans autorisation au lieu de provenance. La légalité de l'exercice de l'activité est en effet déjà garantie par le cadre juridique du lieu de provenance. Si l'obligation d'autorisation en vigueur dans le canton du Tessin s'oppose à une réglementation

<sup>58</sup> L'art. 5, al. 2, RLIA précise que peut être considéré comme propriétaire ou membre de la direction celui qui participe effectivement à la gestion de la société en étant présent dans cette dernière à 50 % au moins de la durée de travail normale, qui représente la société et qui veille à ce qu'elle respecte les obligations prévues à l'art. 9 LIA (respect des lois sur les constructions, la protection de l'environnement et la sécurité au travail, respect des conventions collectives de travail, accomplissement des obligations de payer des cotisations sociales et de prélever les impôts à la source, pas d'acte de concurrence déloyale).

<sup>59</sup> <[www.albo-lia.ch](http://www.albo-lia.ch)> Iscrizione > Modulo online per nuova iscrizione.

qui ne prévoit pas l'octroi d'une autorisation, cela signifie en principe que les réglementations sur l'accès au marché ne sont pas équivalentes (art. 2, al. 5, LMI). Dans ce cas, l'autorité tessinoise doit vérifier si les restrictions prévues par la LIA respectent les conditions de l'art. 3 LMI (cf. ch. 15). Selon l'art. 3, al. 1, LMI des restrictions à l'accès au marché doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, qu'elles répondent au principe de la proportionnalité et qu'elles ne sont pas discriminatoires. Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance et garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3, al. 2, let. a et d, LMI).

93. **L'obligation de s'inscrire dans un registre professionnel** constitue à elle seule une restriction à la liberté d'accès au marché, et cela indépendamment des conditions matérielles prévues pour obtenir l'autorisation à exercer une activité lucrative déterminée.<sup>60</sup> Afin de ne pas courir le risque de se voir infliger des sanctions administratives et pénales, une entreprise artisanale ne peut pas légalement assumer des mandats pour l'exécution de travaux dans le canton du Tessin sans être au préalable inscrite au Registre LIA. Pour cela, elle doit présenter la demande d'inscription au moyen d'un formulaire ad hoc et en annexant les documents mentionnés plus haut, qui établissent les capacités professionnelles, la bonne conduite, la solvabilité financière et la couverture d'assurance de l'entreprise. La saisie du formulaire d'inscription, ainsi que la recherche et la production des documents requis implique l'emploi de ressources et de temps considérables à la charge de l'entreprise intéressée. Celle-ci doit ensuite attendre, de la part de la Commission LIA, une réponse qui admette sa demande et l'autorise à exercer ses activités dans le canton du Tessin. La préparation de la demande et la procédure d'inscription au Registre LIA imposent donc une charge administrative élevée et onéreuse qui retarde et rend plus complexe et dispendieuse l'offre de services et de prestations de travail de la part d'entreprises artisanales extracantonales sur le territoire du canton du Tessin. Partant, l'obligation d'inscription prévue par la LIA constitue une restriction à la liberté d'accéder au marché qui ne peut être admise que si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Le but de la LIA devrait être de promouvoir la qualité des travaux des entreprises artisanales qui opèrent sur le territoire cantonal, d'améliorer la sécurité des travailleurs et de prévenir les abus dans l'exercice de la concurrence (art. 1 LIA). L'art. 3 LIA prévoit que « *pour garantir l'exercice correct des travaux artisanaux, en particulier la qualité et la sécurité, il est institué un registre des entreprises artisanales* »<sup>61</sup>. La qualité des travaux ne constitue pas un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LMI. Même en admettant que la sécurité des travailleurs et la prévention des abus dans l'exercice de la concurrence représentent des intérêts publics prépondérants, l'inscription au Registre LIA ne serait pas une mesure apte ni indispensable pour atteindre ces objectifs. En effet, le seul fait qu'une entreprise soit inscrite au Registre LIA ne permet pas d'assurer que cette entreprise respecte les réglementations en matière de sécurité des travailleurs et qu'elle

ne commette pas d'abus en matière de concurrence. Pour ces motifs, l'obligation d'inscription au Registre LIA n'est pas conforme au principe de la proportionnalité selon l'art. 3, al. 1, let. c, LMI. Cette restriction du libre accès au marché est donc illicite.

94. La demande systématique de production d'un **diplôme ou d'un titre d'études spécifique** accompagné de la preuve que le requérant extracantonal a accompli au moins 3 ans de pratique professionnelle n'est pas conforme à la LMI. En particulier, si le canton de provenance de l'offreur extracantonal autorise l'exercice des activités artisanales au sens de la LIA sans exiger de diplôme ou de titre d'études, la Commission LIA doit tout d'abord apporter la preuve que les dispositions du lieu de provenance ne garantissent pas une protection équivalente des intérêts publics prépondérants et que la présomption d'équivalence est donc réfutée. Ensuite, elle doit vérifier si les restrictions prévues par la LIA satisfont aux conditions de l'art. 3, al. 1, LMI. La COMCO estime que, dans les faits, il sera difficile de respecter ces conditions. En premier lieu, même si les critères professionnels prévus par la LIA peuvent être considérés comme aptes à garantir une certaine qualité des travaux, ceux-ci ne sont pas indispensables pour atteindre ce but. En effet, la qualité des travaux est, d'une part, déterminée par la concurrence entre les offreurs présents sur le marché, et, d'autre part, protégée par les dispositions en matière de droit des obligations et de procédure civile, lesquelles permettent de juger des litiges concernant des prestations de mauvaise qualité. En outre, il n'existe pas de rapport raisonnable entre les bénéfices possibles pour la protection de la qualité des travaux résultant de l'obligation de satisfaire aux critères professionnels prévus par la LIA (titres d'études et pratique professionnelle minimale) et la restriction à la liberté d'accès au marché subie par l'entreprise intéressée. En deuxième lieu, des titres d'études ou la preuve d'une expérience professionnelle minimale ne sont des mesures ni aptes ni indispensables pour protéger la sécurité des travailleurs ou pour prévenir les abus en matière de concurrence. Dans ce contexte, il est aussi nécessaire de noter que le cadre légal existant, en particulier en matière de protection des travailleurs et de mesures d'accompagnement<sup>62</sup>, permet déjà aux autorités cantonales compétentes d'effectuer les contrôles et d'adopter les mesures nécessaires pour réaliser ces objectifs. Il faut également rappeler que, aux termes l'art. 3, al. 2, let. d, LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché ne répondent pas au principe de la proportionnalité si une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (cf. ch. 9). À cet égard, le

<sup>60</sup> DPC 2001/1, 160 s., nos 14 ss., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la fondation REG*. Cf. aussi arrêt de la CJUE C-215/01 du 11.12.2003 *Bruno Schnitzer*, Rec. 2003 I-14847 no 34; arrêt de la CJUE C-58/98 du 3.10.2000 *Corsten*, Racc. 2000 I-07919 no 34. Cf. aussi arrêt de la CJUE C-131/01 du 13.2.2003 *Commission de la communauté européenne/République italienne*, Rec. 2003 I-01659 no 27.

<sup>61</sup> Libre traduction du texte italien de la disposition concernée.

<sup>62</sup> Loi fédérale du 13.3.1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LT; RS 822.11), loi fédérale du 20.3.1981 sur l'assurance-accidents (LAA; 832.20) et loi fédérale du 8.10.1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés, LDét; RS 823.20).



message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LMI précise que le fait d'avoir dûment exercé une activité professionnelle pendant trois années consécutives peut être considéré comme suffisant.<sup>63</sup> Dans ce sens, la requête (systématique) des copies de titres d'études minimaux ne peut pas être justifiée. Pour ces motifs, les critères professionnels prévus par la LIA ne sont pas conformes au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI).

95. Les considérations exprimées ci-dessus sont aussi valables en ce qui concerne les **critères personnels**, comme le fait de ne pas avoir subi de condamnations pénales et de jouir d'une excellente réputation, ainsi que pour les autres conditions prévues par la LIA. En particulier, en ce qui concerne le **respect des CCT**, il est nécessaire de souligner que si une CCT n'a pas de caractère obligatoire général, l'autorité tessinoise ne peut pas imposer aux opérateurs locaux et extracantonaux le respect des dispositions de cette CCT sans violer les prescriptions de la LECCT. Du point de vue de la LMI, il est opportun de rappeler qu'en vertu du principe du lieu de provenance consacré à l'art. 2, al. 3 et 4, LMI, un offreur externe a le droit d'exercer ses propres activités dans le canton du Tessin conformément aux dispositions en vigueur dans le canton de provenance. Même si une CCT revêtait un caractère obligatoire général dans le canton du Tessin, mais pas dans le canton de provenance, l'obligation du respect de cette CCT constituerait une restriction à la liberté d'accès au marché, admissible seulement si la présomption d'équivalence selon l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies.<sup>64</sup> Aussi la **couverture d'assurance minimale** prévue par la LIA peut-elle être requise uniquement si la présomption de l'art. 2, al. 5, LMI est réfutée et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Conformément à l'art. 3, al. 2, let. b, LMI, la Commissione LIA doit tenir compte en particulier des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance.

96. La COMCO reconnaît le droit du canton du Tessin de surveiller et de contrôler les entreprises qui exercent une activité lucrative sur son territoire. En ce sens, le **droit de surveillance** du canton du Tessin peut représenter un intérêt public.<sup>65</sup> La LMI n'empêche pas les cantons d'exiger que les offreurs externes annoncent l'exercice de leurs activités lucratives sur le territoire cantonal. Il doit toutefois s'agir d'une annonce, sans que les entreprises artisanales extracantonaux soient tenues de satisfaire à d'autres conditions ou d'autres formalités bureaucratiques. Cette annonce est suffisante pour permettre aux autorités tessinoises d'accomplir leur devoir de surveillance et de contrôle des réglementations cantonales et fédérales en vigueur, en particulier en matière de mesures d'accompagnement. Dans le cas de la LIA, un offreur extracantonal doit, pour être inscrit au Registre LIA, remplir et transmettre un formulaire, accompagné de la documentation requise et prouvant le respect des critères établis par la LIA (cf. ch. 86). Il ne s'agit donc pas d'une simple annonce qui serait suffisante pour permettre au canton du Tessin d'accomplir son devoir de surveillance. Partant, les mesures prévues par la LIA dépassent ce qui est apte, nécessaire et raisonnable pour atteindre ce but et ne sont donc pas conformes au principe de la proportionnalité.

97. Sur la base de ce qui a été dit ci-dessus, l'application de la dérogation légale, prévue par l'art. 24 LIA, aux entreprises artisanales exerçant leur activité depuis au moins cinq ans en Suisse et remplissant les critères personnels (cf. ch. 85) ne serait pas conforme à la LMI. En effet, l'autorité tessinoise doit d'abord déterminer si la présomption d'équivalence est réfutée et, si c'est le cas, elle doit vérifier si l'obligation de remplir les conditions professionnelles et personnelles définies par la LIA respecte les dispositions de l'art. 3, al. 1, LMI. Comme nous l'avons vu dans les paragraphes précédents, ces exigences ne semblent pas être remplies, du moins pour ce qui est des critères personnels.

98. Le fait que le formulaire d'inscription au Registre LIA et les directives pour l'établissement de la demande d'inscription au registre des entreprises artisanales<sup>66</sup> mentionnent expressément la production de documents attestant les critères professionnels et personnels peut dissuader les offreurs extracantonaux ne possédant pas de certificat de capacité de présenter une demande d'accès au marché.

99. Les articles 19 LIA et 11 RLIA prévoient des **taxes** d'inscription au registre (600 francs) et de tenue à jour du registre LIA (400 francs).<sup>67</sup> Les entreprises qui demandent à être inscrites dans plusieurs catégories doivent s'acquitter de la taxe d'inscription de base (600 francs) ainsi que d'un montant de 300 francs pour chaque catégorie (art. 11, al. 2, LIA). À ce propos, il convient de faire remarquer que la procédure d'accès au marché doit être gratuite, pour les offreurs extracantonaux (art. 3, al. 4, LMI). Le paiement de taxes d'inscription au Registre LIA et de tenue à jour du registre n'est donc pas conforme au principe de la gratuité de la procédure prévu par la LMI. Le nouvel art. 11, al. 2<sup>bis</sup> RLIA prévoit une réserve en ce qui concerne les dispositions de la LMI.<sup>68</sup> Selon celui-ci, les offreurs externes sont dispensés de payer les taxes d'inscription et d'actualisation du registre pour autant qu'ils aient l'autorisation d'exercer leur activité dans le canton de provenance et qu'ils remplissent les conditions personnelles et professionnelles prévues par les articles 6 et 7 LIA. Cela signifie toutefois que la dérogation ne s'applique pas aux requérants extracantonaux qui exercent légalement leur activité dans le canton de provenance sans être titulaires d'un titre d'études spécifique ou qui ne satisfont pas aux critères personnels définis par la LIA.

<sup>63</sup> FF 2005 421 (note 12), 440.

<sup>64</sup> ATF 2C\_111/2010 du 7.12.2010, consid. 2.5. Cf. aussi DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), nos 1290 ss. et références citées.

<sup>65</sup> Cf. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), nos 1359 et 1361 ss.

<sup>66</sup> <www.albo-lia.ch> Iscrizione > Linee guida iscrizione.

<sup>67</sup> Le RLIA prévoyait initialement une taxe d'inscription au registre d'un montant de 2000 francs, et de 1500 francs pour les entreprises membres des associations affiliées à l'Unione Associazioni dell'Edilizia (UAE), et une taxe comprise entre 300 et 2000 francs pour les vérifications techniques des connaissances et des compétences professionnelles. Par décret du 16.8.2016, le Conseil d'État du canton du Tessin a modifié en partie l'art. 11, al. 1, RLIA, réduisant la taxe d'inscription à un montant de 600 francs et supprimant la taxe pour les vérifications. Cf. Bollettino Ufficiale delle leggi del 19 agosto 2016, vol. 172, BU 36/2016, p. 373.

<sup>68</sup> Cf. BU 36/2016, p. 373 (note 68).

### 2.2.8 Activités de construction

100. L'art. 3 de la legge cantonale del 1° dicembre 1997 sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione (LEPICOSC; RLT 7.1.5.3) prévoit la création d'un registre des entreprises de construction et des spécialistes du bâtiment (ci-après: registre des entreprises). Selon l'art. 3a LEPICOSC, pour être inscrits au registre, les entreprises de construction et les spécialistes du bâtiment doivent remplir des conditions professionnelles (diplômes et certificats professionnels minimaux exigés; art. 5 LEPICOSC) et personnelles (art. 5a LEPICOSC).

101. L'autorité compétente pour décider de l'inscription au registre des entreprises est la Commission de vigilance, composée par cinq membres nommés par le Conseil d'État (art. 8 et 9 LEPICOSC).

102. L'inscription au registre autorise les entreprises de construction et les spécialistes du bâtiment à exécuter des travaux dans leurs domaines d'activité respectifs (art. 4, al. 1, LEPICOSC). Sont tenus de s'inscrire au registre les entreprises de construction et les spécialistes du bâtiment qui entendent effectuer des travaux de construction dont les coûts prévisibles dépassent 30 000 francs pour les premières, et 10 000 francs pour les seconds (art. 4, al. 2, et 3 *a contrario*, LEPICOSC). Selon l'art. 8, al. 1, du regolamento cantonale del 3 dicembre 2014 della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione (RLEPICOSC; RLT 7.1.5.3.1), la Commissione di vigilanza vérifie la valeur des commandes et contrôle que les entreprises ou les spécialistes du bâtiment sont en conformité avec la loi, en se basant pour ce faire sur le prix des matériaux et sur les tarifs approuvés par les associations de la branche. Si des travaux soumis à la loi sont exécutés par des entreprises ou des spécialistes du bâtiment qui ne sont pas inscrits au registre, la Commissione di vigilanza prend les mesures provisoires et sanctions appropriées (art. 8, al. 3, RLEPICOSC). Les violations de la LEPICOSC peuvent être sanctionnées par un avertissement, une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs ou la radiation du registre (art. 16, al. 1, LEPICOSC).

103. Les demandes d'inscription au registre doivent être présentées au moyen d'un formulaire officiel<sup>69</sup> à la Commissione di vigilanza, qui prend une décision (art. 9, al. 1, LEPICOSC). Elles seront accompagnées des documents requis, tels qu'indiqués à l'art. 3, al. 2, RLEPICOSC:

- extrait certifié conforme de l'inscription au registre du commerce;
- extrait du casier judiciaire de toutes les personnes physiques inscrites au registre du commerce en qualité de propriétaires, membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, ou membres autorisés à représenter la personne morale;
- attestation de solvabilité de l'entreprise;
- documents attestant que le propriétaire ou le membre de la direction remplit les conditions professionnelles et personnelles (diplômes et titres d'études requis par la loi; attestations et références

relatives à une pratique professionnelle d'au moins trois ans, après l'obtention du diplôme ou du titre d'études reconnu, en tant que chef de chantier à plein temps dans une entreprise de construction, ou auprès d'un spécialiste du bâtiment; attestation de solvabilité).

104. Il découle de ce qui précède que, selon le droit tessinois, l'inscription au registre est obligatoire pour les entreprises de construction et les spécialistes du bâtiment qui effectuent des travaux dépassant un montant déterminé. Les entreprises de construction et les spécialistes du bâtiment qui effectuent des travaux pour un montant supérieur à ceux fixés par la loi cantonale sans être inscrits au registre risquent d'être sanctionnés. Pour pouvoir être inscrit au registre, il convient de remplir les conditions professionnelles et personnelles requises (cf. ch. 96). Aucune exception n'est prévue par la loi pour les offreurs extracantonaux.

105. L'**obligation d'être inscrit dans un registre professionnel ou cantonal** constitue per se une restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI<sup>70</sup>. Pour qu'elle soit admise, cette restriction doit en particulier être indispensable pour préserver des intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 1, let. b, LMI) et conforme au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI). Le but du registre des entreprises est de garantir l'exercice correct des activités des entreprises de construction et des spécialistes du bâtiment (art. 3 LEPICOSC). À la lumière de la jurisprudence en relation avec l'art. 36, al. 2, Cst., cet objectif peut difficilement représenter un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3, al. 2, let. b, LMI<sup>71</sup>. En outre, l'existence d'un registre professionnel ou cantonal n'est ni apte ni indispensable à garantir un exercice correct des professions mentionnées ci-dessus. Cette restriction n'est donc pas conforme au principe de la proportionnalité.<sup>72</sup>

106. Dans les réponses au questionnaire, l'autorité tessinoise affirme cependant qu'un offreur extracantonal peut effectuer des travaux dans le canton du Tessin sans avoir besoin d'être inscrit au registre et sans autorisation, même si ces travaux dépassent les montants fixés par l'art. 4 LEPICOSC, et qu'en cas de contrôle, celui-ci ne porte que sur la pratique acquise au lieu de provenance. Selon la Commissione di vigilanza, un offreur extracantonal qui apporte la preuve qu'il dispose « d'une expérience

<sup>69</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese > Sportello.

<sup>70</sup> DPC 2001/1, 160, nos 13 s., *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation REG.*

<sup>71</sup> ATF 128 I 92, 95 consid. 2a; ATF 2C\_720/2014 du 12.5.2015 consid. 6.1. Cf. aussi DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 194 e 454; ZWALD (note 1), no 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2° éd., 2013, no 31 art. 3 LMI. Cf. aussi en relation avec le principe de l'égalité entre concurrents au sens de l'art. 8 Cst. ATF 125 II 129, 149 s., consid. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 s., consid. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 s., consid. 3b (Margot Knecht).

<sup>72</sup> DPC 2001/1, 167, *Exercice des professions d'architecte et d'ingénieur aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin ainsi qu'à la Fondation.*

*professionnelle appropriée dans un secteur d'activité déterminé peut (mais ne doit pas forcément) obtenir son inscription au registre, car il remplit les conditions requises par la loi (diplôme et expérience) ». Ces informations ne figurent ni dans la réglementation cantonale (LEPICOSC et RLEPICOSC), ni sur le site du registre des entreprises.<sup>73</sup> Un offreur extracantonal n'est donc pas en mesure de savoir que l'accès au marché tessinois est possible sans autorisation et sans inscription au registre comme l'affirme l'autorité tessinoise. De plus, il n'est pas possible de savoir si l'offreur extracantonal a l'obligation de s'annoncer ni comment se déroulent les contrôles par la Commissione di vigilanza. Ces éléments peuvent décourager des offreurs extracantonaux d'accéder au marché tessinois.*

107. En vertu du principe d'équivalence (art. 2, al. 5, LMI), les **capacités professionnelles** qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle au lieu de provenance ne peuvent être recontrôlées par les autorités du lieu de destination. Si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée est admis sans critères professionnels d'accès au marché, l'autorité tessinoise ne peut vérifier les compétences professionnelles que si la présomption d'équivalence est réfutée et que les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies, c'est-à-dire si les restrictions de l'accès au marché prennent la forme de charges ou de conditions et si celles-ci sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respectent les principes de la proportionnalité et de la non-discrimination. Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance et garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3, al. 2, let. a et d, LMI). Le fait que, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité de l'entreprise de construction ou du spécialiste du bâtiment au sens de la LEPICOSC soit autorisé sur la base de critères professionnels moins stricts que ceux prévus par le droit tessinois n'implique pas automatiquement la réfutation du principe d'équivalence (ch. 15). Le contrôle systématique des critères professionnels sans examen préalable de l'équivalence des réglementations cantonales, même si ce contrôle ne porte que sur la pratique professionnelle minimale de trois ans en tant que chef de chantier (art. 5, al. 3, LEPICOSC), n'est donc pas conforme à la LMI. Même si la présomption d'équivalence était réfutée, c'est-à-dire si les règles générales et abstraites régissant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance d'un offreur externe ne garantissent pas une protection équivalente des intérêts publics telle qu'elle est prévue par la LEPICOSC, l'autorité compétente peut appliquer le droit tessinois, dans le respect des conditions de l'art. 3, al. 1, LMI. L'autorité tessinoise doit d'abord apporter la preuve que les mesures prévues par la LEPICOSC en matière de critères professionnels visent à préserver un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LMI. Elle doit ensuite démontrer que celles-ci satisfont au principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI), c'est-à-dire sont aptes, nécessaires et indispensables à la préservation d'un tel intérêt. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient en particulier de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise par l'offreur extracantonal au lieu de provenance, en déterminant si celle-ci peut

permettre de garantir une protection suffisante des intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 2, let. d, LMI). À cet égard, le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LMI précise que le fait d'avoir dûment exercé une activité professionnelle pendant trois années consécutives peut être considéré comme suffisant.<sup>74</sup>

108. En ce qui concerne les **critères personnels** et les documents exigés à ce propos (extrait du casier judiciaire, extrait du registre du commerce et attestations de solvabilité), l'autorité du canton du Tessin doit d'abord vérifier si ces critères ont déjà fait l'objet d'un contrôle par l'autorité du canton de provenance. Si c'est le cas, les autorités du canton de destination ne peuvent pas les recontrôler. Si, dans le canton de provenance, l'exercice de l'activité considérée est admis sans conditions personnelles, l'autorité tessinoise doit vérifier si la présomption d'équivalence est réfutée. Même si elle l'est (art. 2, al. 5, LMI), l'autorité tessinoise ne peut imposer des restrictions à l'accès au marché sous la forme de charges ou de conditions que si les dispositions de l'art. 3, al. 1, LMI sont réunies. Comme on l'a dit précédemment à propos des critères professionnels (ch. 99), l'autorité tessinoise doit d'abord apporter la preuve que les mesures prévues par la LEPICOSC, à savoir la fixation de critères personnels, visent à préserver un intérêt public prépondérant et respectent le principe de la proportionnalité.

109. L'autorité tessinoise n'a pas transmis de décisions formelles, puisque, selon elle, l'inscription au registre n'est pas obligatoire pour les offreurs extracantonaux. Selon la Commissione di vigilanza, seuls quelques **préavis négatifs** ont été émis. Il s'agit de cas d'offreurs extracantonaux qui ont présenté une demande d'inscription au registre cantonal des entreprises et qui ont reçu un préavis négatif parce que la condition de l'expérience professionnelle au sens de l'art. 5, al. 3, LEPICOSC n'était pas remplie. Sur la base de ces préavis négatifs, l'autorité tessinoise vérifie les critères professionnels et personnels fixés par le droit cantonal sans définir si la présomption d'équivalence des réglementations cantonales est réfutée et si les conditions de l'art. 3, al. 1, LMI sont remplies.

110. Selon l'art. 9, al. 1, LMI, les restrictions à l'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours. Si aucune décision n'est prononcée, l'offreur extracantonal peut exiger qu'elle le soit.<sup>75</sup> Les décisions relatives aux restrictions doivent en outre faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI). Les préavis négatifs émis par la Commissione di vigilanza ne respectent pas ces dispositions. Même s'il s'agit bien de décisions concernant des restrictions, celles-ci ne font de fait pas l'objet de décisions sujettes à recours au sens de l'art. 9, al. 1, LMI. Par ailleurs, le fait que le requérant doive faire une demande pour le prononcé d'une décision n'est pas conforme au principe d'une procédure simple, rapide et gratuite telle qu'elle est prévue à l'art. 3, al. 4, LMI.

<sup>73</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese.

<sup>74</sup> FF 2005 421 (note 12), 442.

<sup>75</sup> FF 1995 I 1025 (note 6), p. 1253.

111. En ce qui concerne les **coûts**, le droit tessinois prévoit les taxes suivantes (art. 9, al. 1, RLEPICOSC):

- une taxe d'inscription de 1000 francs;
- une taxe de 300 francs pour les vérifications techniques des connaissances et compétences professionnelles;
- une taxe annuelle de 150 francs pour la tenue à jour du registre.

112. Le principe de la gratuité de la procédure (art. 3, al. 4, LMI) s'applique à la procédure d'examen en général, et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché ont été prononcées (ch. 12). Il faut donc éviter que des décisions d'octroi ou de refus de l'accès au marché imposent au requérant le paiement d'une taxe.

### 3 Professions régies par le droit fédéral (fédéralisme d'exécution)

113. Le point 3 examine l'admission par le canton du Tessin des personnes en provenance d'autres cantons pratiquant une activité régie par le droit fédéral. Dans cette optique, le point 3.1 explique les principes du droit du marché intérieur et le point 3.2, la pratique tessinoise dans le domaine des professions médicales universitaires et de la psychologie.

#### 3.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

##### 3.1.1 Le principe du libre accès au marché

114. Dans certains domaines, l'accès au marché est matériellement harmonisé par le droit fédéral (**domaines harmonisés**) et mis en application par les cantons (fédéralisme d'exécution). Dans la pratique quotidienne des administrations cantonales, des différences entre cantons sont inévitables, ce qui pose problème du point de vue du droit du marché intérieur, en particulier lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique » du marché intérieur<sup>76</sup> constitue la *ratio legis* de l'art. 2, al. 6, LMI, introduit lors de la révision de 2005 de la LMI, sur proposition du Parlement. Cette disposition devait assurer que les marchandises, les services et les prestations de travail conformes au droit fédéral puissent circuler librement.<sup>77</sup> Dans la mesure où une décision cantonale sur l'accès au marché est valable dans toute la Suisse, cela garantit, pour les domaines harmonisés, qu'aucune barrière ne découle des différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

115. À titre de comparaison, l'accès intercantonal au marché dans les **domaines non harmonisés** repose sur le principe du lieu de provenance (art. 2, al. 2 à 4, LMI, cf. ci-dessus ch. 9 à 12) et sur la présomption d'équivalence (art. 2, al. 5, LMI). Cette dernière signifie que les prescriptions d'accès au marché édictées par les cantons et entrant dans leur domaine de compétence sont équivalentes. Cette présomption se base sur la conviction que les besoins de protection de la population ne varient pas d'un canton à l'autre.<sup>78</sup> Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la présomption d'équivalence a pour effet d'interdire aux autorités du canton de destination de reconstruire les conditions professionnelles et personnelles d'autorisation applicables au lieu de provenance (cf. ci-dessus, ch. 9 et 15). En conséquence, il serait en

soi contradictoire et non conforme à l'art. 95, al. 2, Cst. que les cantons puissent créer de nouvelles barrières au sein du marché intérieur du fait d'une interprétation ou d'une application divergente de l'exécution du droit fédéral **harmonisé** dans le secteur concerné.

116. C'est pour cette raison que la LMI, en complément du principe du lieu de provenance, prévoit que les décisions cantonales qui constatent qu'une marchandise, un service ou une prestation de travail est conforme au droit fédéral ou autorisent l'accès au marché sur la base de ce droit, sont applicables dans toute la Suisse. Si, dans les domaines non harmonisés, l'autorité du lieu de destination ne peut pas revoir l'application du droit par l'autorité du lieu de provenance, cela vaut a fortiori pour les domaines harmonisés. Lors des débats parlementaires, l'ancien Conseiller national DIDIER BURKHALTER avait expliqué que:

*« Mais ce principe du « Cassis de Dijon » [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

<sup>76</sup> ZWALD, (note 1), p. 399 ss., no 51.

<sup>77</sup> DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, 2014, p. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, 2014, p. 319; Secrétariat de la COMCO, *Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés*, DPC 2006/2, p. 223 s.

<sup>78</sup> FF 2005 421 (note 12), 474.

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du « Cassis de Dijon » à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le Conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'art. 95, al. 2, de la Constitution, selon lequel la Confédération « veille à créer un espace économique suisse unique ». »*

117. Même si le Parlement a principalement débattu de l'art. 2, al. 6, LMI dans le domaine de l'admission des denrées alimentaires sur le marché, cette disposition ne se limite clairement pas à cette seule sphère, mais s'applique de manière générale, donc aussi aux services.

118. En pratique, l'art. 2, al. 6, LMI déploie ses effets par exemple pour l'admission sur le marché des prestataires de service d'élimination de déchets spéciaux qui est réglé au niveau fédéral par l'ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD; RS 814.610). L'autorité cantonale octroie l'autorisation s'il ressort de la demande que l'entreprise d'élimination est en mesure d'éliminer les déchets de manière respectueuse de l'environnement (art. 10, al. 1, OMoD). L'art. 8 OMoD précise en outre que toute entreprise d'élimination qui collecte des déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle doit disposer, pour chacun de ses sites d'exploitation, d'une autorisation de l'autorité cantonale concernée (al. 1). Selon le Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne, l'autorisation obtenue dans le canton d'Argovie pour l'exploitation d'une installation mobile de retraitement de déchets se base exclusivement sur le droit fédéral, de sorte qu'elle est valable pour toute la Suisse en application de l'art. 2, al. 6, LMI. Si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, une autorisation supplémentaire n'est pas nécessaire.<sup>79</sup>

### 3.1.2 Les exigences de la procédure d'accès au marché

119. La question de savoir si le refus de reconnaître une décision cantonale au sens de l'art. 2, al. 6, LMI peut être justifié aux conditions de l'art. 3 LMI se pose.

120. Selon une jurisprudence constante et la doctrine unanime, les restrictions au principe du lieu de provenance (art. 2, al. 1 à 4, LMI) dans les domaines **non harmonisés** peuvent être justifiées aux conditions de l'art. 3 LMI. Comme évoqué au ch. 115 ci-dessus, la présomp-

tion d'équivalence de l'art. 2, al. 5, LMI a pour effet d'interdire aux autorités cantonales du lieu de destination de réexaminer les critères d'accès au marché professionnels et personnels. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un recontrôle n'est admissible qu'en présence d'indices concrets indiquant que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>80</sup>

121. Les procès-verbaux des débats parlementaires au sujet de la révision de la LMI de 2005 font apparaître que le concept de l'actuel art. 2, al. 6, LMI est né de la présomption d'équivalence de l'art. 2, al. 5, LMI. C'est sur demande de l'ancien Conseiller national BURKHALTER que le Conseil fédéral a étendu la présomption d'équivalence (art. 2, al. 5, LMI) à l'application du droit fédéral par les cantons (fédéralisme d'exécution) et proposé la formulation suivante:

*« L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons** »<sup>81</sup>.*

122. Le Conseil des États a accepté cette proposition de la Chambre Basse et a adopté l'art. 2, al. 6, LMI dans sa teneur actuelle. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a alors expliqué:

*« Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt ».<sup>82</sup>*

123. Ensuite de quoi, le Conseil national a adopté la proposition de la Chambre Haute.<sup>83</sup>

124. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit donc être valable dans toute la Suisse. Il n'y a donc en principe aucune marge de manœuvre pour mettre en doute l'application du droit fédéral par une autorité d'un autre canton et ainsi restreindre l'accès au marché. C'est précisément ce que l'art. 2, al. 6, LMI vise à empêcher. Il en va de même pour les produits et services qui ne sont pas contrôlés avant leur mise sur le marché, mais qui sont uniquement soumis à une surveillance *a posteriori*. Lorsqu'à l'occasion d'un contrôle par échantillonnage, une autorité cantonale constate qu'un produit n'est pas conforme au droit fédéral, sa décision d'interdiction (décision négative) est alors valable pour toute la Suisse en application de l'art. 2, al. 6, LMI. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a expliqué:

<sup>79</sup> TC BL, 810 12 244/198 du 31.10.2012, *in*: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>80</sup> ATF 2C\_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); cf. aussi ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); ATF 2C\_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>81</sup> BO 2005, 883-887.

<sup>82</sup> BO 2005, 762.

<sup>83</sup> BO 2005, no 1620.

« Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide ».<sup>84</sup>

125. Ainsi, une décision cantonale au sens de l'art. 2, al. 6, LMI est contraignante pour tous les autres cantons. Un nouveau contrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 2, al. 5, LMI, tout au plus admissible lorsque, sur la base d'un fait nouveau, postérieur à la première décision de conformité, l'offreur ne remplit plus les conditions requises par le droit fédéral, ou lorsque l'autorité du lieu de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral. Toutefois dans la mesure où le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme, une restriction de l'accès au marché au sens de l'art. 3, al. 1, LMI est exclue.

### 3.2 Professions médicales universitaires et du domaine de la psychologie

126. La Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11) et la Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie, LPSy; RS 935.81) définissent au niveau fédéral les conditions d'accès aux professions qui y sont soumises. Il convient de distinguer les procédures cantonales d'octroi des autorisations de pratiquer (pt 3.2.1) des procédures d'annonce dans le cadre de la circulation des prestations de services jusqu'à une durée de 90 jours par an (pt 3.2.2). Dans ces cas, les principes du droit du marché intérieur s'appliquent de manière subsidiaire.<sup>85</sup> En particulier, une personne titulaire d'une autorisation cantonale de pratiquer qui désire être active dans un autre canton a le droit, selon la LMI, à une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3, al. 4, LMI).

#### 3.2.1 Autorisation de pratiquer

127. Dans le domaine des professions médicales, les conditions d'admission à l'exercice indépendant de la profession sont réglées au niveau fédéral à l'art. 36 LPMéd. Cette disposition exige entre autres que le requérant soit digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (art. 36, al. 1, let b, LPMéd). L'autorisation, délivrée par l'autorité du canton où l'activité est exercée, n'est valable que sur le territoire de celui-ci (art. 34 LPMéd).

128. La LPSy a une structure identique à la LPMéd. Les conditions d'autorisation professionnelles et personnelles y sont fixées à son art. 24. La délivrance et la validité de l'autorisation obéissent aux mêmes principes que pour la LPMéd (art. 22, al. 1, LPSy). Toutefois, à la différence de la LPMéd, la LPSy contient le principe selon lequel toute

personne titulaire d'une autorisation de pratiquer délivrée conformément à cette loi est présumée remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Cette disposition concrétise le principe général du droit du marché intérieur de l'art. 2, al. 6, LMI, qui prévoit que les décisions cantonales sur la conformité au droit fédéral sont applicables (dans le cas de la LPSy: les conditions d'autorisation sont remplies) dans toute la Suisse.

129. L'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation d'exercer une profession régie par la LPMéd et par la LPSy dans le canton du Tessin est le DSS (cf. art. 55, al. 1, legge sanitaria), par le biais de l'Ufficio di sanità (qui fait partie de la Divisione della salute pubblica). Ce dernier exige des offreurs extracantonaux qu'ils joignent les documents suivants à leur demande d'autorisation:

- offreurs extracantonaux au sens de l'art. 2, al. 1 en lien avec l'al. 3, LMI (liberté de service): une copie de l'autorisation de pratiquer au lieu de provenance, un extrait récent du casier judiciaire et une copie de la police d'assurance responsabilité civile;
- offreurs extracantonaux au sens de l'art. 2, al. 4, LMI (liberté d'établissement commercial): une copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le lieu de provenance, une copie des diplômes, le formulaire d'autocertification<sup>86</sup> rempli, l'attestation de bonne conduite (« certificate of good professional standing ») délivrée par le canton de provenance, un extrait récent du casier judiciaire et un certificat médical d'aptitude récent.

130. L'Ufficio di sanità affirme toutefois qu'il ne procède pas à un réexamen des conditions d'autorisation prévues par la loi fédérale.

131. Le fédéralisme d'exécution comporte le risque que des conditions d'accès au marché, telles que la notion d'être « digne de confiance », soient interprétées et appliquées de manière différente entre les cantons. Cette marge d'interprétation ne doit pas conduire à établir des entraves à la libre circulation, d'autant plus que la libre circulation est garantie par le principe du lieu de provenance de l'art. 2, al. 1 à 5, LMI dans le domaine des professions de la santé non harmonisées par du droit fédéral (cf. à ce sujet ch. 7 ss. ci-dessus). Il serait en soi contradictoire et non conforme à l'art. 95, al. 2, Cst. que la libre circulation dans les domaines non harmonisés régis par le droit cantonal fonctionne mieux que dans les domaines harmonisés par le droit fédéral. C'est pour cette raison que l'art. 2, al. 6, LMI prévoit que les décisions d'une autorité cantonale selon lesquelles un requérant remplit les conditions de l'art. 36 LPMéd lient les autres cantons. En conséquence, il apparaît que l'art. 2, al. 6, LMI comprend non seulement les décisions sur la conformité au droit fédéral des conditions d'accès au marché professionnelles, mais également personnelles.

<sup>84</sup> BO 2005, 763 s.

<sup>85</sup> Message du 3.12.2004 concernant la Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; message du 30.9.2009 relatif à la Loi fédérale sur les professions du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1082-1092.

<sup>86</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al Good professional Standing.

132. Il découle de ce qui précède que l'interdiction du re-contrôle, imposée par le Tribunal fédéral sur la base de la présomption d'équivalence prévue à l'art. 2, al. 5, LMI, doit valoir d'autant plus pour les cas d'application de l'art. 2, al. 6, LMI (cf. ch. 115, ci-dessus). Un (re)contrôle *a posteriori* des conditions d'autorisation par le canton du Tessin n'est possible qu'en présence d'éléments concrets indiquant que la personne ne remplissait pas les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral au moment de la première décision ou qu'elle ne les remplit plus depuis lors.<sup>87</sup> À titre d'exemple, le fait que le requérant soit entre-temps tombé gravement malade pourrait amener à considérer que les conditions d'un exercice irréprochable ne soient pas (plus) données. Si les conditions fédérales ne sont pas (plus) réunies, le canton du Tessin peut refuser d'octroyer une autorisation et, dans le même temps, retirer la première autorisation (art. 38 LPMéd et art. 26 LPsy). Les autorités cantonales se doivent de s'accorder l'entraide administrative et de se renseigner mutuellement pour les cas disciplinaires (art. 42 et 44 LPMéd, art. 29 et 31 LPsy).

133. Puisque les décisions sur la conformité au droit fédéral d'une autorité cantonale lient tous les autres cantons et qu'un réexamen des conditions prévues par le droit fédéral n'est en principe pas admis, il convient de poser la question du droit du canton du Tessin de demander des documents tels qu'une attestation de bonne conduite, un extrait du casier judiciaire ou un certificat médical. À cela s'ajoute que la LPMéd (art. 42 et 44) et la LPsy (art. 29 et 31) contiennent toutes deux une clause d'entraide administrative autorisant les autorités compétentes cantonales à échanger des informations sur la validité de l'autorisation ou toute autre violation des devoirs professionnels. De plus, les autorités cantonales ont accès au Registre des professions médicales (MedReg), qui leur fournit les informations suivantes:

- Personnes des professions médicales avec diplôme fédéral ou étranger reconnu;
- Informations au sujet de la formation post-grade/spécialisation;
- Autorisations de pratiquer (uniquement pour les praticiens indépendants);
- Adresse des cabinets;
- Personnes des professions médicales étrangères qui peuvent exercer à titre indépendant en Suisse pendant maximum 90 jours par an;
- Global Location Number (GLN): numéro d'identification de la personne des professions médicales enregistrées.

134. Ainsi, un formulaire de demande rempli et une copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton de provenance (« première autorisation ») devraient en principe être suffisants pour juger de l'octroi de l'accès au marché au sens de l'art. 2, al. 6, LMI. Les informations accessibles par le biais de l'entraide administrative et de MedReg sont suffisantes pour contrôler la véracité des indications fournies par le requérant. Dans le cas où une procédure disciplinaire est pendante dans un autre canton, le canton du Tessin peut ajourner sa décision jusqu'à

droit connu dans ladite procédure, en application par analogie des articles 43, al. 4, LPMéd et 30, al. 4, LPsy. En outre, s'il s'avérait, sur la base des indications du formulaire de demande d'accès au marché, qu'une condition d'autorisation pourrait ne plus être remplie, le canton du Tessin serait légitimé à demander au requérant d'autres informations et documents.

135. Dès l'entrée en fonction du registre des professions de la psychologie (PsyReg<sup>88</sup>), les principes ci-dessus s'appliqueront sans autre aux personnes qui disposent d'une autorisation délivrée sur la base de la LPsy par un autre canton.

136. Par ailleurs, le canton du Tessin pourrait restreindre une autorisation aux points de vue temporel, géographique et/ou technique (art. 37 LPMéd et art. 25 LPsy) aux fins d'assurer des prestations « fiables et de qualité ». Dans la mesure où un requérant disposerait déjà d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par un autre canton, de telles restrictions seraient soumises aux principes de l'accès au marché de la LMI. Lorsque le canton du Tessin entend assortir une autorisation d'une ou plusieurs charges et/ou conditions à un requérant extracantonnel, les autorités cantonales, conformément à l'art. 3, al. 1, let. b, LMI, doivent justifier chacune d'elles par un intérêt public prépondérant. En l'occurrence, il ne peut s'agir que de garantir des prestations « fiables et de qualité ». Au surplus, toute restriction (charge et/ou condition) au sens de l'art. 3, al. 1, LMI doit s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3, al. 1, let. a, LMI) et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3, al. 1, let. c, LMI).<sup>89</sup>

137. Enfin, la COMCO constate que l'Ufficio di sanità ne prélève pas de taxes pour les procédures d'autorisation de requérants extracantonaux entrant dans le champ d'application de la LPMéd et de la LPsy dans un autre canton et que, par conséquent, le principe de la gratuité de la procédure prévu par l'art. 3, al. 4, LMI est respecté.

### 3.2.2 Annonce pour activité de 90 jours

138. Tant la LPMéd que la LPsy prévoient que les personnes admises à pratiquer dans un autre canton peuvent être actives sur le territoire tessinois pendant 90 jours sans devoir détenir une autorisation délivrée par le canton du Tessin. Pour ces cas, le seul devoir est de s'annoncer annuellement (art. 35, al. 2, LPMéd et art. 23, al. 1, LPsy). Cette réglementation vise à éliminer une discrimination à rebours des offreurs confédérés face aux personnes en provenance des États membres de l'UE et de l'AELE puisque, sur la base de l'Accord de libre circulation et l'Accord AELE, elles ont le droit d'être actives en Suisse pendant 90 jours par an.

<sup>87</sup> ATF 2C\_57/2010 du 4.12.2010, consid. 4.1; ATF 135 II 12, consid. 2.4; ATF 2C\_68/2009 du 14.7.2009, consid. 6.3.

<sup>88</sup> Cf. <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00411/?lang=fr>.

<sup>89</sup> Message du 3.12.2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; message du 30.9.2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1091.

139. Lors de l'introduction de cette réglementation pour les rapports intercantonaux, le législateur a omis le fait que les art. 2, al. 6, et 3, al. 4, LMI confèrent aux titulaires d'une autorisation LPMéd ou LPsy le droit d'en obtenir une autre dans un autre canton, d'une durée indéterminée, par le biais d'une procédure simple, rapide et gratuite. Cette procédure d'autorisation conforme à la LMI est moins contraignante que la répétition annuelle de la procédure d'annonce pour une activité de 90 jours, de sorte que cette dernière est obsolète.<sup>90</sup> L'Ufficio di sanità doit informer les requérants externes qui s'annoncent pour une activité de 90 jours conformément à l'art. 35, al. 2, LPMéd ou à l'art. 23, al. 1, LPsy qu'ils peuvent demander directement une autorisation de pratiquer d'une durée indéterminée.

140. En outre, les principes du droit du marché intérieur évoqué ci-dessus (cf. ci-dessus ch. 126 à 136) au sujet de la procédure d'autorisation ordinaire s'appliquent par analogie à l'autorisation pour 90 jours. Par conséquent, à part le formulaire d'annonce et l'autorisation LPMéd ou LPsy obtenue dans un autre canton, aucun autre document ne peut être exigé. L'exactitude des informations fournies sera contrôlée par le biais de la disposition d'entraide administrative et du MedReg. La procédure d'annonce doit par ailleurs être gratuite.

#### 4 Recommandations

141. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO parvient aux conclusions suivantes:

##### A. Recommandations quant à la pratique du canton du Tessin concernant l'accès au marché de personnes externes au canton pour les activités économiques régies par le droit cantonal (professions médicales régies par le droit cantonal, activités d'hôtellerie et de restauration, activités privées d'investigation et de surveillance, activités liées à la garde d'enfants, professions d'ingénieur et d'architecte, professions de fiduciaires, activités artisanales et activités de construction):

- A-1. L'accès au marché doit être examiné avant tout sur la base de l'autorisation délivrée par l'autorité du canton de provenance et des **dispositions en vigueur au lieu de provenance** (art. 2, al. 1 à 4, LMI). Le droit tessinois ne peut être appliqué que s'il n'existe pas de réglementations équivalentes au lieu de provenance (art. 2, al. 5, LMI) et si les restrictions prévues par les dispositions du droit tessinois sont établies sous la forme de charges ou de conditions et motivées sur la base de l'art. 3 LMI.
- A-2. Le requérant doit avoir la possibilité d'**autoriser** les autorités tessinoises à effectuer des vérifications auprès des autorités compétentes du canton de provenance, plutôt que d'avoir à présenter une attestation de bonne conduite (par exemple un « certificate of good professional standing »).
- A-3. La demande doit être examinée selon le principe du lieu de provenance même lorsque le requérant exerce légalement l'activité considérée **sans autorisation ou sans certificat de capacité** dans le canton de provenance. Les formulaires de demande devraient être modifiés en conséquence. Le

refus d'octroyer l'autorisation lorsque des conditions professionnelles d'accès au marché font défaut (par exemple lorsque le requérant n'a pas de certificat de capacité ou lorsque le certificat de capacité n'est pas équivalent) doit être motivé sur la base des dispositions de l'art. 3, al. 1 et 2, LMI et communiqué à la COMCO.

A-4. Les **critères personnels pour l'obtention de l'autorisation** (en particulier l'extrait du casier judiciaire) ne peuvent être contrôlés que s'ils n'ont pas déjà fait l'objet d'un contrôle par l'autorité du canton de provenance. Le refus d'octroyer l'autorisation lorsque des conditions personnelles d'accès au marché font défaut (par exemple lorsque le requérant a fait l'objet d'une condamnation entrée en force) doit être motivé sur la base des dispositions de l'art. 3, al. 1 et 2, LMI et communiqué à la COMCO.

A-5. Les dispositions cantonales contraires à la LMI doivent être supprimées, en particulier celles qui exigent:

- le **domicile ou le siège** dans le canton du Tessin (art. 5, let. b, LEPIA);
- l'**inscription dans un registre professionnel ou cantonal** (art. 3, al. 4, LEPIA; art. 3 LIA; art. 3 LEPICOSC);
- le **paiement de taxes** d'inscription, pour les modifications et la mise à jour du registre professionnel ou cantonal (art. 11 LIA; art. 14 LEPI-COSC).

A-6. **Aucun émolument** ne peut être perçu pour la procédure d'autorisation de requérants externes (art. 3, al. 4, LMI).

A-7. Les décisions doivent être **fondées** explicitement sur l'art. 2, al. 3, LMI (liberté de service), ou sur l'art. 2, al. 4, LMI (liberté d'établissement commercial).

##### B. Recommandations relatives à la pratique du canton du Tessin en matière d'octroi de l'accès au marché aux personnes titulaires d'une autorisation LPMéd ou LPsy délivrée par les autorités d'un autre canton:

B-1. L'accès au marché doit être examiné avant tout sur la base de l'autorisation délivrée par le canton de provenance au sens de la LPMéd ou de la LPsy.

B-2. L'exactitude des informations fournies dans le formulaire de demande doit être vérifiée par le biais du MedReg et du PsyReg, ainsi que par le biais de l'entraide administrative auprès des autorités du canton de provenance; un « certificate of good professional standing » ne peut pas être exigé.

B-3. On ne doit pas non plus exiger la production d'un extrait du casier judiciaire, de la police d'assurance et d'autres pièces justificatives lorsque ces documents ont déjà été présentés aux autorités compétentes du canton de provenance.

<sup>90</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1362.



- 
- B-4. Les offreurs extracantonaux qui s'annoncent pour une activité de 90 jours conformément à l'art. 35, al. 2, LPMéd ou à l'art. 23, al. 1, LPsy doivent être informés qu'ils peuvent demander directement une autorisation de pratiquer de durée indéterminée.
-

B 2.8	<b>5. Recommandation du 19 décembre 2016 concernant la pratique du canton de Vaud en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux</b>
-------	--

*Publication d'une Recommandation de la Commission de la concurrence rendue en application de la loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI).*

Recommandation

du 19 décembre 2016

dans le cadre de l'enquête 614-0005 au sens de l'article 8 alinéa 3 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur

concernant

la pratique du canton de Vaud en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux

à l'attention du Conseil d'État du canton de Vaud

## 1 Procédure

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes de même que les autres organes assumant de tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Afin de pouvoir accomplir son mandat de surveillance, les autorités et les tribunaux transmettent spontanément à la COMCO une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI).

2. Par courriers du 30 novembre 2012, la Commission de la concurrence (COMCO) a attiré l'attention des cantons sur leur devoir de communication des décisions rendues en application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et les a prié de lui transmettre à tout le moins les décisions qui restreignent l'accès au marché, à savoir le refus, l'octroient moyennant des charges et/ou des conditions, ou qui mettent des frais à charge de l'offreur extra cantonal. Depuis lors, plusieurs cantons n'ont transmis aucune décision à la COMCO, raison pour laquelle il y a tout lieu de croire que l'accès au marché des offreurs extra cantonaux est en principe octroyé sans restriction. Afin de vérifier cela, la COMCO a décidé d'ouvrir une enquête au sens de l'article 8 alinéa 3 LMI dans les cantons de Berne, du Tessin et de Vaud.

3. Dans le cadre de ces trois enquêtes, la COMCO va examiner les pratiques administratives cantonales en matière d'octroi de l'accès au marché d'offeurs extra cantonaux sous l'angle du respect des exigences de la LMI. L'étude a porté notamment sur l'accès aux domaines des professions universitaires (LPMéd; RS 811.11) et non universitaires de la santé, de la psychologie (LPsy;

RS 935.81), de la sécurité, de la restauration, de la garde d'enfants, de l'enseignement des sports de neige aux mineurs et du commerce d'occasion.

4. La COMCO a examiné les réponses et les décisions reçues à la lumière de la LMI. Si, de l'avis de la COMCO, des prescriptions, des pratiques ou des décisions cantonales ne devaient pas être conforme à la LMI, la COMCO le fera savoir par une recommandation au sens de l'article 8 alinéa 3 LMI.

5. En conformité avec la systématique de la LMI, la présente analyse distingue les activités lucratives réglées par le droit cantonal (pt 2) de celles régies par le droit fédéral mais appliquées par les cantons (pt 3). Les résultats et recommandations sont résumés au pt 4.

## 2 Professions réglées par le droit cantonal

6. Le pt 2 examine la pratique du canton de Vaud en matière d'autorisation des personnes extra cantonales à exercer une activité lucrative réglementée par le canton. Dans ce but, le pt 2.1 expose les principes du droit du marché intérieur, puis le pt 2.2 décrit la pratique vaudoise en lien avec les domaines d'activités suivants:

- professions médicales régies par le droit cantonal (pt 2.2.1);
- hôtellerie-restauration (pt 2.2.2);
- enseignement des sports de neige aux mineurs (pt 2.2.3);
- commerce d'occasions (pt 2.2.4);
- garde d'enfants (pt 2.2.5); et
- services de sécurité privés (pt 2.2.6).

### 2.1 Conditions-cadres du droit du marché intérieur

#### 2.1.1 Principes du libre accès au marché

7. L'article 2 alinéa 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.<sup>1</sup> Le **principe du lieu de provenance** institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Le principe du lieu de provenance s'applique tant

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, nos 1212 ss; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss, 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, no 1 ad art. 2; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Bâle 2007, p. 399 ss, nos 34 à 43.

aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement.<sup>2</sup>

- *Liberté de service*: Aux termes de l'article 2 alinéa 1 en lien avec l'alinéa 3 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- *Liberté d'établissement commerciale*: Selon l'article 2 alinéa 4 LMI, toute personne exerçant une activité conformément au droit est autorisée à s'établir n'importe où en Suisse afin d'exercer cette activité, conformément aux prescriptions du lieu du premier établissement. Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu de premier établissement.

8. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale réfragable d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI).

9. Le droit au libre accès au marché selon les dispositions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du canton de Vaud (lieu de destination)<sup>3</sup> peut restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des charges ou des conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit tout d'abord examiner si les règles générales et abstraites régissant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance d'un offreur externe garantissent une protection équivalente des intérêts publics à celles des dispositions du canton de Vaud (réfutation de la présomption d'équivalence conformément à l'article 2 alinéa 5 LMI). Si les réglementations sont équivalentes, donc si la présomption d'équivalence n'est pas réfutée dans le cas d'espèce, il convient d'accorder sans autre l'accès au marché à l'offreur externe.<sup>4</sup> Dans le cas de prescriptions d'accès au marché non équivalentes, l'autorité du canton de Vaud doit expliquer dans quelle mesure la restriction d'accès au marché respecte les **conditions de l'article 3 LMI**, à savoir qu'elle est indispensable à la protection d'intérêt public prépondérant et respecte les principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art 3 al. 1 LMI).<sup>5</sup> Au sens de l'article 3 alinéa 2 LMI, des restrictions ne respectent pas le principe de la proportionnalité, et sont donc inadmissibles, lorsque notamment (liste non exhaustive):

- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisant;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé; et
- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

10. Le principe de la reconnaissance des certificats de capacité conformément à l'article 4 LMI complète le principe du lieu de provenance. En vertu de l'article 4 alinéa 1 LMI, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3 LMI. Cette disposition complète le droit au libre accès au marché conformément aux prescriptions du lieu de provenance. Selon la COMCO, cette disposition s'applique par analogie également aux certificats de capacité communaux, étant donné que la présomption d'équivalence au sens de l'article 2 alinéa 5 LMI concerne aussi bien les réglementations cantonales que communales en matière d'accès au marché. La reconnaissance mutuelle des certificats de capacité doit garantir que le marché suisse ne soit pas entravé par les différentes conditions d'autorisation cantonales ou communales qui régissent certaines activités lucratives.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Exigences relatives à la procédure d'accès au marché

11. Une procédure formelle d'accès au marché constitue une entrave administrative à l'accès au marché pour l'offreur externe, qui, selon les modalités et le domaine d'activité, peut avoir un effet prohibitif. Même la préparation de la requête accompagnée de ses pièces jointes telles que des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites implique du temps et des coûts qui sont à même de limiter l'accès intercantonal au marché.<sup>7</sup>

12. Aux termes de l'article 3 alinéa 4 LMI, toute restriction au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI doit faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement

<sup>2</sup> Au sujet du principe du lieu de provenance, arrêt du Tribunal fédéral (TF) 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 (accès au marché pour les installateurs sanitaires); arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15 mai 2009 (accès au marché pour les thérapeutes de médecine complémentaire); ATF 135 II 12 (accès au marché pour les psychothérapeutes); dans la littérature p. ex. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, p. 129 ss, 142 ss; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthur (en allemand uniquement), DPC 2012/2, 438 ss, ch. 14 ss.

<sup>3</sup> Dans le droit du marché intérieur, le « lieu de destination » désigne le lieu où l'offreur externe fournit sa prestation.

<sup>4</sup> ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4 (installateur sanitaire TG); Recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 17 s.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 189 ss; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss, 378.

<sup>6</sup> Message concernant la loi sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994, FF 1995 I 1193 ss, 1246 s.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 203 ss.

lorsque des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.<sup>8</sup> Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'article 3 alinéa 4 LMI, c'est-à-dire pour toute procédure d'accès au marché. Il est admissible de s'écarter du principe de la gratuité de cette disposition dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles du fait de son manque de collaboration.<sup>9</sup>

13. Outre les exigences de l'article 3 alinéa 4 LMI, le principe du lieu de provenance permet aux offreurs externes d'exercer leur activité conformément aux dispositions applicables au lieu de provenance et ce libres de toute restriction. Dans sa jurisprudence initiale – relative à la LMI dans sa version de 1995 – le Tribunal fédéral avait jugé que les articles 2 et 4 LMI 1995 ne limitaient pas la liberté des cantons dans la conception de la procédure d'accès au marché.<sup>10</sup> Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle de la LMI.<sup>11</sup> Le principe du lieu de provenance, renforcé suite la révision de 2005, signifie désormais d'un point de vue formel, que l'accès intercantonal au marché doit se faire sans aucune formalité. Le Message revLMI est à ce sujet explicite: « les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer leur activité, puisqu'elles pourront exercer celle-ci sur la base de l'autorisation délivrée au lieu du premier établissement. »<sup>12</sup> Toutefois, afin que les autorités du canton de Vaud soient à même de d'examiner si l'équivalence des prescriptions d'accès au marché est donnée et si l'accès au marché lui-même doit être restreint par des charges ou des conditions, il est logique que celles-ci doivent être informées des activités des offreurs externes. A ceci s'ajoute que les autorités du canton de Vaud exercent la surveillance des offreurs externes établis sur son territoire (art. 2 al. 4 LMI). En conséquence, la possibilité de contraindre les offreurs externes à un « contrôle d'entrée » et ainsi de prévoir une procédure d'annonce ou d'autorisation existe. Le Conseil fédéral avait prévu ce cas de figure dans son Message revLMI dans la mesure où il avait expliqué laisser aux cantons le soin de « prendre les dispositions nécessaires » pour pouvoir exercer leur prérogative de surveillance et « imposer des charges conformément à l'art. 3 [LMI] ». <sup>13</sup> Le Message ne précise en revanche pas quelles « dispositions » sont possibles et même admissibles.

14. Chaque procédure formelle d'accès au marché constitue en soi une restriction à l'accès au marché au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI qui doit ainsi être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité.<sup>14</sup> La mise en œuvre d'une restriction à l'accès au marché et de l'obligation de surveillance (art. 2 al. 4 LMI) peuvent être considérées comme des intérêts publics pouvant justifier de s'écarter du principe d'un accès au marché dénué de formalités. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient de distinguer le cas de de l'offreur externe qui, usant de sa liberté de service active, fournit sa prestation au lieu de destination en s'y établissant (art 2 al.4 LMI) ou temporairement, uniquement de manière transfrontalière (art. 2 al. 3 LMI).<sup>15</sup> Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'article 3 alinéa 4 LMI impose en tous les cas

une procédure simple, rapide et gratuite (cf. ci-avant ch. 12).

### 2.1.3 En résumé

15. Vu les considérations précédentes, l'accès des offreurs externes doit obéir aux principes du droit du marché intérieur suivants:

- En application de l'article 2 alinéas 3 et 4 LMI, les autorités vaudoises compétentes ont l'obligation d'appliquer le droit du lieu de provenance pour accorder l'accès au marché d'un offreur externe.
- Ce n'est que dans la mesure où les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et que les conditions d'une restriction de l'accès au marché par des charges ou des conditions au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI sont réunies que les autorités du canton de Vaud peuvent appliquer le droit vaudois. C'est uniquement dans ce cadre strict et en tant que charges ou conditions que les dispositions vaudoises trouveront application.
- Le seul fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises n'implique automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence.<sup>16</sup> Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit sans autres être accordé.<sup>17</sup>
- Lorsque la présomption d'équivalence peut être réfutée dans un cas concret, il incombe à l'autorité

<sup>8</sup> ATF 123 I 313, consid. 5 ; ATF 125 II 56, consid. 5b ; ATF 136 II 470, consid. 5.3 (« Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché ») ; au sujet de la « discrimination à rebours » cf. arrêt du TF 2C\_204/2010 du 24 novembre 2011, consid. 8.3 en lien avec le consid. 7.1 ; Zwald (note 1), nos 76 s.

<sup>9</sup> ATF 123 I 313, consid. 5.

<sup>10</sup> Au sujet de la LMI dans sa version de 1995, ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalman) : « Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben ; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert. » ; ATF 125 II 406, consid. 3 (Avocat d'Appenzell-Rhodes Intérieures) ; DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1357.

<sup>12</sup> Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 I 421 ss (Message revLMI), 440 ; de même que Obergericht AR, Jugement du 22 mai 2007, consid. 2.2, in : AR GVP 2007 114: « Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort [canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures] eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung [canton de St-Gall] ohne Weiteres ausüben ».

<sup>13</sup> Message revLMI (note 12), p. 440.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359 ; Recommandation de la COMCO, Taxi (note 2), ch. 23 s. ; d'un autre avis HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9e éd., Zurich 2016, no 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359.

<sup>16</sup> Au sujet de la jurisprudence concernant la réfutation de la présomption d'innocence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1311 ss.

<sup>17</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II).

compétente du canton de Berne de motiver chacune des charges ou conditions qu'elle prononce conformément aux exigences de l'article 3 alinéa 1 LMI, à savoir établir que chacune d'elles est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant, répond au principe de la proportionnalité et est non-discriminatoire.

- Les autorités du canton de Vaud ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'une documentation standard concernant des critères personnels tels que par exemple un certificat de bonnes mœurs, un extrait du registre des poursuites et faillites ou du casier judiciaire ou autres, à l'appui d'une requête d'accès au marché.<sup>18</sup> En effet, les conditions d'autorisation du canton de Vaud ne sont pas applicables en vertu de l'article 3 alinéa 1 LMI, de sorte qu'il ne saurait être question de produire des pièces justificatives pour prouver que ces conditions vaudoises sont remplies. Le contrôle systématique des prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance par les autorités vaudoises n'est compatible ni avec le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI), ni avec les exigences de rapidité et de simplicité (art. 3 al. 4 LMI).<sup>19</sup> Cela vaut tant pour les conditions professionnelles que personnelles. Selon le Tribunal fédéral, un contrôle par l'autorité du lieu de destination n'est admissible que lorsqu'un indice concret indique que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>20</sup>

## 2.2 Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés

### 2.2.1 Professions médicales régies par le droit cantonal

16. Dans le canton de Vaud, deux autorités différentes sont compétentes pour la délivrance des autorisations de pratiquer les professions des domaines médical et vétérinaire régies par le droit cantonal<sup>21</sup>, à savoir l'Office du Médecin cantonal (OMC; auquel est soumis le Pharmacien cantonal) et le Service des affaires sanitaires et vétérinaires (SCAV). Il ressort des réponses aux questionnaires que la procédure de demande d'accès au marché pour les différentes professions est largement standardisé, au point qu'elles peuvent toutes être considérées comme identiques. Dans tous les cas, les documents suivants sont demandés:

- Formulaire de demande d'autorisation rempli (formulaire standard);
- Copie de l'autorisation de pratiquer par un autre canton;
- Certificat de situation professionnelle (également appelé « attestation de bonne conduite » ou « Letter of Good Standing ») récente et originale, délivrée par l'autorité compétente de l'autre canton;<sup>22</sup>
- Copie du diplôme;
- Attestation ou copie de la police d'assurance responsabilité civile professionnelle;
- Curriculum vitae à jour;<sup>23</sup>

- Copie d'une pièce d'identité.<sup>24</sup>

17. L'OMC affirme ne traiter le dossier que lorsqu'il est complet. L'autorisation serait délivrée sans autre formalité, ni frais, conformément à la LMI; c'est d'ailleurs en vertu de la LMI qu'il demande une attestation de bonne conduite. Toutefois l'OMC relève qu'il mène des procédures différentes en fonction de la provenance des requérants, ce qui peut mener à des incohérences lors du traitement des dossiers. En cas de doute, l'OMC prend contact avec son homologue au lieu de provenance à des fins de renseignements.

18. Compte tenu des principes fondamentaux du droit du marché intérieur exposé ci-avant, les procédures d'accès au marché des offreurs extracantonaux est évaluée comme suit:

19. Les offreurs extracantonaux ne dispose d'un droit à l'accès au marché en vertu du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) que dans la mesure où ils exercent leur activité de manière licite au lieu de provenance. Par conséquent, dans le but de s'assurer de la licéité de l'activité exercée au lieu de provenance, il est en principe légitime que les autorités vaudoises exigent la production d'une copie de l'**autorisation de pratiquer** délivrée par l'autorité du lieu de provenance Ceci ne vaut toutefois que lorsque l'activité en cause est également soumise à autorisation au lieu de provenance. Toutefois, le droit à l'accès au marché au sens de l'article 2 alinéas 1 à 4 LMI existe même si l'activité n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance.<sup>25</sup> Dans ce cas, la licéité de

<sup>18</sup> ATF 123 I 313, consid. 4b (avocat Häberli): « Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist »; cf. ég. Arrêt du TF 2P.316/1999 du 23 mai 2000, consid. 2d (avocat Vaud).

<sup>19</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>20</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); voir également ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>21</sup> Pour le domaine médical, il s'agit des professions suivantes: ambulancier/ière, diététicien/ne, droguiste, ergothérapeute, hygiéniste dentaire, infirmier/ère, logopédiste-orthophoniste, opticien/ne ou optométriste, ostéopathe, physiothérapeute, podologue, sage-femme/maïeuticien et thérapeute de la psychomotricité.

Nous mentionnons encore ici que dans le canton de Vaud les psychologues non-thérapeutes ne sont pas soumis à autorisation.

Pour les professions du domaine vétérinaire, il est questions des activités suivantes: responsable d'une pharmacie privée de vétérinaire pour le commerce de détail (assortiment médicamenteux dont la majorité est constitué de médicaments vétérinaires) et personne en charge de la remise de médicaments vétérinaires dans un commerce zoologique ou apicole.

<sup>22</sup> Disponible à l'adresse: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/sante/Professionnels/Service\\_en\\_ligne/Formulaire\\_demande\\_autorisation\\_pratiquer.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Service_en_ligne/Formulaire_demande_autorisation_pratiquer.pdf).

<sup>23</sup> Ce document n'est pas demandé sur le formulaire de demande d'autorisation de pratiquer pour les extracantonaux (cf. note à la page 3 du document, sous « procédure simplifiée »).

<sup>24</sup> Ce document est exigé selon les réponses aux questionnaires, mais n'est pas repris dans la liste des documents à fournir sur le site internet du Service de la santé publique du canton de Vaud.

<sup>25</sup> ZWALD (note 1), no 48; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1231; COMMISSION DE LA CONCURRENCE (Comco), Rapport annuel 2008 in: DPC 2009/1 29, p. 30; arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15 mai 2009, consid. 4.2.1.

20. D'un point de vue du droit du marché intérieur, le requérant extracantonal a principe droit à une procédure d'accès au marché gratuite (art. 3 al. 4 LMI). Or, les autorités des cantons de provenance ne délivrent des attestations de bonne conduite que contre paiement d'un émolument ce qui a pour effet de miner le principe de la gratuité de la procédure. Il convient donc de se demander si l'obligation de remettre une telle attestation est justifiée.

21. Par ailleurs, le canton de Vaud doit établir une autorisation basée sur la LMI même si une procédure disciplinaire contre le requérant est pendante dans le canton de provenance. Le droit à l'accès au marché est conditionné par l'exercice licite de l'activité au lieu de provenance. Une procédure disciplinaire en cours n'a aucun impact sur l'activité exercée au lieu de provenance. Ainsi, même des mesures disciplinaires, pour autant qu'elles n'aboutissent au retrait de la première autorisation, ne constituent pas un motif suffisant pour refuser de délivrer une autorisation d'accès au marché vaudois. Ce n'est qu'une fois le retrait de l'autorisation délivrée par le lieu de provenance entrée en force, à savoir donc quand l'activité ne peut plus être exercée licitement au lieu de provenance que le canton de Vaud peut retirer son autorisation basée sur la LMI.

22. Il est donc douteux qu'une attestation de bonne conduite soit indispensable à l'examen de validité de la première autorisation. En principe, une autorisation d'une durée indéterminée est toujours valable et indique, le cas échéant, toutes les conditions et charges prononcées. Il est certes (théoriquement) possible qu'un offreur extracantonal tente d'obtenir abusivement une autorisation vaudoise sur la base d'une autorisation révoquée. Toutefois, pour exclure de tels cas, les autorités vaudoises ont un intérêt à obtenir une confirmation de la validité actuelle de la « première autorisation » de la part du canton de provenance. Pour les « premières autorisations » dont la durée est déterminée ce risque n'existe pas puisqu'à l'échéance de celle-ci le titulaire passe par une nouvelle procédure d'autorisation et qu'il devra présenter au canton de Vaud.

23. Dans la mesure où la LMI exige une procédure d'accès au marché simple et gratuite, il est préférable que les autorités vaudoises prennent directement contact avec l'autorité compétente au lieu de provenance et contrôle ainsi directement elle-même la validité de la première autorisation. L'offreur extracantonal qui demande une autorisation d'accès au marché devrait à tout le moins avoir la possibilité de choisir entre faire parvenir une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle ») et donner au canton de Vaud une procuration afin qu'il puisse procéder à toute clarification nécessaire avec les autorités compétentes du lieu de provenance. Dans ce dernier cas, il incombe aux autorités vaudoises de demander une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle ») à leur homologue, sans pour autant pouvoir en facturer les frais au requérant.

24. Parmi les documents demandés, les autorités vaudoises demandent également une copie du **diplôme** obtenu **ou** de sa **reconnaissance**. La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les critères d'admission ne peuvent pas être réexaminés par l'autorité du lieu de des-

tinuation est applicable (cf. ci-dessus ch. 15). Si les compétences professionnelles ont déjà été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance, les autorités vaudoises n'ont pas le droit de les reconstrôler, compte tenu de la présomption d'équivalence de l'article 2 alinéa 5 LMI. Lorsque l'activité en cause n'est pas soumise au respect de critères professionnels au lieu de provenance<sup>26</sup>, compte tenu du renversement de la présomption d'équivalence et conformément aux conditions de l'article 3 LMI, le canton de Vaud peut examiner les compétences professionnelles du requérant; dans ce cas toutefois, les autorités vaudoises devront tenir compte de l'expérience tel que cela est prévu par l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI. En résumé, l'obligation de transmettre une copie du diplôme n'est justifiée que dans de rares cas, respectivement les autorités vaudoises doivent entrer en matière même lorsque seule la première autorisation est déposée à l'appui de la requête d'accès. Dans la mesure où le formulaire de demande d'autorisation et le site internet du Service de la Santé publique vaudois sont explicites au sujet de l'obligation de fournir une copie du diplôme ou de la reconnaissance, cela peut avoir un effet réhibitoire pour les offreurs extracantonaux qui n'en dispose pas.

25. La preuve d'une couverture d'assurance en matière **responsabilité civile professionnelle** et en principe admissible<sup>27</sup>, sous réserve de l'article 3 alinéa 2 lettre b LMI qui impose de prendre en compte les attestations de sécurité ou certificats déjà produit par le requérant au lieu de provenance.

26. Bien que les **formulaires** téléchargés sur le site internet du Service de la santé publique aient des noms de fichiers différents selon que l'on désire un formulaire pour offreur cantonal ou extracantonal, leur contenu est identique.<sup>28</sup> Pour certaines professions médicales régies par le droit cantonal, le formulaire est complété d'une troisième page qui expose les documents demandés; cette troisième page mentionne notamment une « procédure simplifiée » dont les documents requis correspondent aux réponses aux questionnaires. En outre, pour certaines professions<sup>29</sup>, le canton de Vaud a répondu ne pas connaître, respectivement ne pas autoriser leur exercice à titre indépendant, elles ne sont dès lors pas soumises à

<sup>26</sup> Le principe du lieu de provenance au sens de l'article 2 al. 1 à 4 LMI s'applique même lorsque l'activité n'est pas soumise à autorisation ou sans aucune conditions relative aux compétences professionnelles : cf. (cf. note 25).

<sup>27</sup> Cf. arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3c.

<sup>28</sup> Cf. formulaires disponibles en cliquant sur les liens pour les professions affichées à l'adresse suivante : <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/> ; notamment pour les ergothérapeutes les formulaires intitulés « Formulaire\_Romand\_Demande\_AP\_fr.pdf » pour les offreurs vaudois et « Autorisation\_de\_pratiquer.pdf » pour les offreurs extracantonaux, accessibles à l'adresse : <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/ergotherapeute/ergotherapeute-conditions-doctroi/>.

<sup>29</sup> Assistant(e) en soins et en santé communautaire (ASSC), infirmier/ère-assistante, masseur/se médical(e), technicien/ne en analyses biomédicales, technicien/ne en radiologie médicale (TRM) et technicien/ne en salle d'opération.

autorisation. Or, du point de vue du droit du marché intérieur, le fait qu'une forme d'exercice ne soit pas prévue ou n'existe pas au lieu de destination est sans importance. En effet, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer.<sup>30</sup>

27. Les **autorisations d'accès au marché** transmises par l'OMC ne permettent pas de déterminer la provenance des requérants extracantonaux de sorte que la composante extracantonale n'apparaît pas. Seul le fait qu'aucun émoluments ne soit perçu pourrait laisser penser qu'il peut s'agir d'une autorisation délivrée sur la base de la LMI. Toutefois, comme elles ne mentionnent aucune base légale, ni voie de droit, elles n'apparaissent ainsi pas, en soi, comme des décisions au sens de l'article 9 alinéa 1 LMI.

28. S'agissant des **décisions rendues par le SCAV** pour les activités et professions non-soumises à la LPMéd, donc régies par le droit cantonal, les décisions concernant les requérants extracantonaux sont comparativement d'excellente qualité hormis le fait qu'elle ne mentionne pas la LMI.

### 2.2.2 Hôtellerie-restauration

29. La Police cantonale du commerce (PCC) est compétente pour l'octroi des licences, des autorisations d'exercer et des autorisations d'exploiter. La procédure a lieu conformément à la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons (LADB; RSV 935.31). Selon les réponses au questionnaire de la PCC, les documents à joindre à une demande sont listés à l'article 62 du règlement du 9 décembre 2009 d'exécution de la LADB (RLADB; RSV 935.31.1). Il s'agit de copie de la carte AVS, de la carte d'identité, du certificat ou du diplôme, ainsi qu'un extrait du casier judiciaire et, s'il s'agit d'une personne morale, du numéro IDE et d'un extrait du registre du commerce. Pour les personnes exploitant déjà un établissement dans le canton de Vaud, une copie de l'autorisation, une attestation de l'AVS et de l'institution de prévoyance confirmant le paiement des charges sociales. La PCC a indiqué que les documents à joindre étaient les mêmes pour tous les requérants d'autorisation – externe ou non – et qu'elle vérifiait systématiquement si les conditions d'octroi d'une licence selon le droit vaudois étaient données. En revanche, elle ne contrôlait pas si celles du lieu de provenance étaient réunies. Finalement, la PCC a déclaré reconnaître les certificats de capacité délivrés par les autres cantons conformément à l'article 4 LMI et percevoir un émoluments, quel que soit l'offreur. La PCC n'a transmis aucune décision rendue en application de la LMI, indiquant qu'elle n'aurait jamais reçu une demande d'autorisation émanant d'un offreur extracantonnel.

30. La révision de la LMI en 2005 avait notamment pour but d'introduire la liberté d'établissement pour les offreurs qui sont liés à une infrastructure pour exercer leur activité économique. Le Conseil fédéral avait spécifiquement évoqué le cas des restaurateurs<sup>31</sup> qui ne pouvaient alors pas profiter du principe du lieu de provenance du fait de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI dans sa version antérieure.<sup>32</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, les restaurateurs et autres acteurs actifs dans le domaine de l'hospitalité bénéficient du principe de lieu de provenance, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'établir dans un autre canton

et exercer sur la base de leur première autorisation<sup>33</sup> et selon les prescriptions de leur lieu de provenance.

31. Vu les considérants qui précèdent, la PCC ne peut appliquer les prescriptions vaudoises à des offreurs externes que lorsque l'autorité du lieu de provenance n'a pas déjà vérifié le critère contrôlé (art. 2 al. 5 LMI) et que leur application remplit les conditions de restriction de l'article 3 LMI (cf. ch. 9). En conséquence, les restaurateurs ou hôteliers extracantonaux qui viennent s'établir dans le canton de Vaud, en ouvrant un deuxième établissement, ne doivent pas être soumis à des formalités excessives. La PCC ne peut requérir la production à l'appui de leur demande que de leur première autorisation valable – ou si le requérant exerce son activité licitement sans avoir besoin d'une autorisation à son lieu de provenance – et de documents attestant de leur identité (ou celle de leur entreprise); l'article 2 alinéa 4 LMI donne le droit à l'octroi d'une autorisation dans le canton de Vaud.

32. Parmi tous les documents demandés, l'**extrait du casier judiciaire** de moins de 3 mois pose problème. En effet, la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) et l'interdiction du recontrôle des conditions d'accès qui, selon le Tribunal fédéral, ne valent pas uniquement pour les critères d'autorisation professionnels, mais également pour les critères personnels. Ainsi, lorsque la procédure d'autorisation au lieu de provenance prévoit également la production d'un tel extrait, alors le canton de Vaud ne peut requérir cette pièce à l'appui d'une demande d'accès au marché vaudois.

33. Compte tenu de la prétendue pratique de reconnaissance des **certificats de capacité** délivrés par d'autres cantons, le canton de Vaud pourrait être en conformité avec l'article 4 LMI. Toutefois, rien ne permet d'étayer cette déclaration dans la mesure où la PCC a affirmé n'avoir jamais été confronté à un cas d'application de la LMI.

34. En outre, il apparaît que la procédure d'accès au marché vaudois pour les restaurateurs ou hôteliers extracantonaux ne respecte pas les exigences de l'article 3 LMI. En effet, l'extrait du casier judiciaire, ne peut être demandé que dans la mesure où l'autorité du lieu de provenance ne l'aurait pas contrôlé, sous peine de violer la présomption d'équivalence (cf. ch. 30), alors que les autorités vaudoises le demandent à tout restaurateur en provenance d'un autre canton.

35. Finalement, le fait de prélever des **émoluments** pour le traitement d'une demande d'autorisation pour un offreur externe est manifestement en contradiction avec le principe de la gratuité de la procédure d'accès au marché. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'accès au marché doit être gratuit (cf. ch. 12).

<sup>30</sup> Cf. à ce sujet, DPC 2012/3, 530 ss.

<sup>31</sup> Cf. Message revLMI (note 12), 440.

<sup>32</sup> Cf. arrêt du TF 2P.362/1998 relatif à l'article 2 LMI dans sa version de 1995 ; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1218 à 1225.

<sup>33</sup> Cf. Décision du 24 mars 2015 du Département de la Justice et de la Sécurité du canton de Lucerne concernant une autorisation pour restaurateur, publiée dans DPC 2015/2 160.

### 2.2.3 Enseignement des sports de neige aux mineurs

36. L'autorisation pour l'enseignement des sports de neige aux mineurs, sur piste<sup>34</sup>, par des privés est délivrée par la PCC en application de la Loi du 31 mars 2005 sur l'exercice des activités économiques (LEAE; RSV 930.01). La LEAE distingue l'exercice dépendant de l'exercice indépendant dans la mesure où les attestations requises divergent<sup>35</sup>; mais dans les deux cas un casier vierge de condamnation pour atteinte à l'intégrité corporelle ou sexuelle des mineurs. En substance, pour l'exercice indépendant, une formation plus poussée (réussite d'un examen et attestation y relative après l'une des formations suivantes: brevet fédéral de professeur de sport de neige, brevet d'instructeur délivré par Swiss Snowsports ou brevet d'instructeur de l'Association suisse des écoles de snowboard) que pour l'exercice dépendant (examen et attestation y relative après l'une des formations suivantes: « kids instructor » de Swiss Snowsports, moniteur Jeunesse et Sport catégorie sport de neige ou formation de six jours par « Sports de neige vaudois »<sup>36</sup>) est demandée. La PCC a déclaré vérifier pour tous les offreurs la réunion des conditions posées par le droit vaudois, mais pas celles du droit du lieu de provenance. En outre, la PCC reconnaît tous les certificats délivrés par d'autres cantons, et ce gratuitement. Toute décision donne lieu à la perception d'un émolument; les décisions de refus sont motivées. La PCC a affirmé n'avoir pas « souvenir d'une demande d'un offreur extracantonal invoquant les conditions d'autorisations applicable à son lieu de provenance », de sorte qu'elle n'a fourni aucune décision d'accès intercantonal au marché.

37. Dans la mesure où la PCC autorise systématiquement les requérants à l'accès au marché selon le droit vaudois, et bien qu'il n'y ait que deux documents à fournir, la procédure – onéreuse – d'accès au marché n'est pas conforme à la LMI.

38. Une procédure conforme à la LMI devrait en principe prévoir uniquement la transmission de l'autorisation délivrée par le lieu de provenance ainsi que le cas échéant un formulaire rempli, ensuite de quoi l'autorisation serait délivrée gratuitement. Si au lieu de provenance aucune autorisation n'est nécessaire, alors il y a lieu de constater que les prescriptions d'accès ne sont pas équivalentes (réfutation de la présomption d'équivalence, art. 2 al. 5 LMI) et d'examiner si des restrictions, sous la forme de charge ou de conditions, peuvent être justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI; dans ce cas toutefois, les autorités vaudoises devront tenir compte de l'expérience tel que cela est prévu par l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI.<sup>37</sup> S'agissant de l'exigence d'un casier vierge de toute « condamnation [...] pour des infractions contre l'intégrité corporelle ou sexuelle des mineurs », cette condition peut être aisément vérifiée par la Police cantonale qui, moyennant une autorisation préalable écrite, pourra directement demander un extrait du casier judiciaire en vue de vérifier l'existence d'une mention prohibée. Dans tous les cas, la procédure d'accès au marché devra être gratuite.

### 2.2.4 Commerce d'occasions

39. Le canton de Vaud, par la LEAE, a soumis à autorisation le commerce d'occasions. Les communes sont com-

pétentes pour délivrer les autorisations. Celles-ci sont accordées pour un local donné, situé dans le canton. Les conditions d'autorisation, définies à l'article 69 LEAE, sont les suivantes:

- établir n'avoir jamais fait l'objet d'aucune condamnation en lien avec le commerce dans les deux années précédentes par la production d'un extrait du casier judiciaire;
- produire un extrait du Registre des poursuites qui établit que le requérant est solvable;
- établir que le requérant dispose des locaux nécessaires à son activité commerciale; et
- s'il n'est pas suisse, fournir une autorisation d'établissement ou à défaut une autorisation du service de l'emploi.

40. Selon les réponses de la PCC, ces conditions sont applicables à tout offreur, externe ou local. La PCC a déclaré contrôler systématiquement si les conditions vaudoises sont remplies. Toute décision négative serait motivée. Selon la PCC, tout offreur extracantonal doit impérativement remplir les conditions fixées par la LEAE. Toutes les décisions rendues dans ce domaine sont onéreuses. La PCC a répondu ne pas avoir connaissance d'une décision concernant un offreur extracantonal.

41. La procédure applicable à une demande émanant d'un offreur extracantonal exige en premier lieu de comparer le droit vaudois au droit applicable au lieu de provenance puis réfuter la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI), et finalement, si elle est renversée, alors examiner, sur la base des prescriptions d'accès vaudoises, si des restrictions, sous la forme de charge ou conditions, peuvent être prononcées conformément à l'article 3 LMI.

42. Les communes vaudoises ne faisant qu'appliquer le droit cantonal – la LEAE – lorsqu'elles délivrent une autorisation pour le commerce d'occasion à des offreurs extracantonaux, cette loi devrait pour ce cas-là prévoir une procédure conforme à la LMI (cf. ch. 15).

<sup>34</sup> L'activité de professeur de sport de neige pratiquée hors-piste est régie par la loi fédérale du 17 décembre 2010 sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque (RS 935.91). Selon cette loi (art. 7 à 9), les autorisations accordées par le canton de domicile de l'offreur sont valables sur tout le territoire suisse.

<sup>35</sup> Pour le détail des autorisations, cf. la tablelle disponible sur le site du canton de Vaud : <http://www.vd.ch/themes/economie/police-du-commerce/activites-sportives/maitre-sports-neige/>.

<sup>36</sup> Sports de Neige Vaudois (SNVD) est une association issue de la fusion de l'AESSVD (Association des Ecoles Suisses de Ski VD), de l'AVMS (Association Vaudoise des Maîtres de Ski) et de l'IAVES (Inter-Association Vaudoise pour l'Enseignement du Ski). ; cf. [snvd.ch](http://snvd.ch).

<sup>37</sup> Sur un résumé d'une procédure d'accès au marché, cf. plus haut, ch. 15.



### 2.2.5 Garde d'enfants

43. L'Office de l'accueil de jour des enfants (OAJE) vaudois est compétent pour l'octroi des autorisations dans le domaine de la garde d'enfant. Selon les réponses de l'OAJE, l'accueil familial de jour et l'accueil collectif préscolaire et parascolaire sont soumis au régime d'autorisation prévu par l'ordonnance (fédérale) du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (OPE; RS 211.222.338) et par la loi (vaudoise) du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants (LAJE; RSV 211.22). Selon la LAJE, l'accueil familial de jour est de la compétence des communes ou des associations de communes. Toutefois, les décisions de refus doivent être transmises à l'OAJE, mais l'OAJE n'en a pas reçu « ces dernières années ». En ce qui concerne l'accueil collectif, l'OAJE est compétent mais a répondu n'avoir à ce jour pas été saisi d'une demande émanant d'un offreur extracantonnel. En tous les cas, l'OAJE a déclaré que les personnes en charge de la direction ou du personnel d'encadrement doivent, comme pour les demandeurs internes au canton, produire leurs titres et diplômes, leurs certificats de travail, leur CV, un certificat médical ainsi qu'un extrait du casier judiciaire. L'OAJE contrôle ensuite si les conditions d'autorisation du droit vaudois sont réunies, en admettant ne pas « motiver clairement l'application du droit vaudois à la lumière de l'article 3 LMI ». En revanche, l'OAJE ne contrôle pas les conditions d'accès applicables au lieu de provenance. La procédure serait gratuite pour les offreurs externes. La décision transmise par l'OAJE ne comporte aucune composante intercantonale dans son état de fait; elle n'est donc pas pertinente du point de vue du droit du marché intérieur.

44. En outre, l'OAJE a ajouté qu'il conçoit mal l'application de la LMI au domaine de l'accueil collectif dans la mesure où l'autorisation est « attachée à un établissement en particulier, lequel doit notamment répondre à des exigences liées aux locaux ». Il précise encore que « une grande majorité des institutions actives dans ce domaine sont exploitées par des associations à but idéal, de sorte qu'elles sont exclues [...] du champ d'application de la LMI ». Finalement, l'OAJE remarque encore que la direction et le personnel d'encadrement ne sont pas soumis concrètement à autorisation, mais doivent répondre à des exigences du « référentiel de compétences pour la direction et le personnel d'encadrement fixé par l'Office en charge de l'accueil de jour des enfants ». Ces exigences divergeant de canton à canton, l'OAJE s'interroge sur la notion de « certificat de capacité » au sens de l'article 4 LMI. L'OAJE a joint une décision, pertinente en regard de la LMI selon lui.

45. L'autorité vaudoise applique le droit du canton de Vaud aux offreurs externes, sans avoir réfuté la présomption d'équivalence, ni vérifié si les conditions de l'article 3 LMI sont réunies pour ce faire. L'OAJE applique donc à toute demande le droit vaudois.

46. L'exploitation d'une crèche (accueil collectif préscolaire) est une activité lucrative privée qui entre dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). En conséquence, les personnes qui sont autorisées à exercer en tant que directeur ou collaborateur dans un canton, ont le droit d'être admis à pratiquer la même activité dans le

canton de Vaud. Les principes du ch. 15 restent entièrement applicables.

47. Le fait que l'autorisation serait rattachée à un établissement, respectivement à ses locaux, ne change rien au fait que les personnes en charge de la direction et de l'encadrement doivent faire l'objet de contrôle dont le résultat aura pour effet d'autoriser ou d'interdire l'exercice de l'activité. En conséquence cette distinction n'est pas pertinente sous l'angle du droit du marché intérieur.<sup>38</sup>

48. S'agissant de la forme de l'organisation de la personne morale qui exploite la structure d'accueil collectif, une « association à but idéal », une fondation ou une société anonyme, ces formes d'organisation n'ont aucune influence sur le champ d'application de la LMI. En effet, le « but idéal » des associations qui semble gêner l'OAJE ne rentre pas en conflit avec la notion d'« activité non régalienne ayant pour but un gain » de l'article 1 alinéa 3 LMI. En effet, la LMI est applicable à toute personne, physique ou morale, ayant son siège ou un établissement en Suisse. Son champ d'application est identique à celui du principe constitutionnel de la liberté économique.<sup>39</sup> Or les personnes morales de droit privé, dont les associations proposant des services d'accueil de jour d'enfants font partie, jouissent de ce droit constitutionnel.<sup>40</sup> En conséquence, dans la mesure où les associations à but idéal qui offrent des services d'accueil collectif pré-/parascolaire ont leur siège en Suisse, que ce soit dans le canton de Vaud ou dans un autre canton, elles tombent bien dans le champ d'application de la LMI.

49. Finalement, concernant la question de l'OAJE au sujet de la notion de certificat de capacité de l'article 4 LMI, la COMCO expose ce qui suit:

50. L'article 4 al. 1 LMI prévoit que les certificats de capacité cantonaux permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI dans sa version antérieure à la révision de 2005, l'article 4 alinéa 1 LMI ne s'appliquait pas lorsque le canton de destination, à l'inverse du canton de provenance, ne prévoyait pas l'exercice indépendant d'une activité lucrative déterminée, ou qu'il ne le permettait qu'aux personnes titulaires d'un autre certificat de capacité.<sup>41</sup> Selon cette jurisprudence, un certificat cantonal de capacité ne peut donc déployer sa validité sur la base de l'article 4 alinéa 1 LMI que

<sup>38</sup> Cf. dans ce sens: DIEBOLD (note 1), no 1222 à 1225; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *in*: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, Bâle 2013, nos 26 ss ad art. 2 I-VI LMI; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *in*: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), *Wettbewerbsrecht II, OF-Kommentar*, Zurich 2011, no 3 ad art. 2 LMI; Message revLMI (note 12), 437 et 440.

<sup>39</sup> Cf. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 153 ss et les références citées; Message revLMI (note 12), 438.

<sup>40</sup> Dans ce sens, ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerische Bundesstaatsrecht*, 9<sup>ème</sup> édition, Zurich 2016, no 656; KLAUS A. VALLENDER, *in*: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Éds), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich 2014, no 46 ad art. 27 Cst.

<sup>41</sup> Cf. ATF 125 I 276, consid. 5c.

dans les cantons qui ont prévu un certificat équivalent. Cette disposition ne peut être invoquée que lorsqu'il existe un certificat de capacité tant au lieu de provenance qu'au lieu de destination. Si ce n'est pas le cas, le droit d'accès au marché est régi par l'article 2 alinéas 1 à 4 LMI qui s'applique en parallèle avec l'article 4 LMI.<sup>42</sup>

51. Ainsi, même si le canton de Vaud ne connaît pas de certificat de capacité, d'autres cantons pourraient connaître ce système. L'absence de certificat de capacité dans le canton de Vaud pour l'activité d'accueil collectif d'enfant implique uniquement que l'OAJE ne devra pas appliquer le principe de reconnaissance (qui est un cas particulier du principe du lieu de provenance – art. 4 LMI), mais le simplement le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI). En conséquence, en présence d'un offreur externe au bénéfice d'un certificat de capacité, l'OAJE devra procéder conformément au ch. 15 (ci-dessus).

52. En conclusion, en présence d'une demande d'accès au marché d'un offreur extracantonal, l'OAJE devrait comparer les conditions d'accès au lieu de provenance avec celles prévues dans le droit vaudois. Si l'OAJE arrive à la conclusion que la présomption d'équivalence n'est pas renversée, alors l'accès au marché doit être accordé sans autre formalité. A l'inverse, si l'OAJE constate que la présomption d'équivalence est réfutée, alors il peut examiner s'il y a lieu de prononcer des restrictions à l'accès au marché – sous la forme de charges ou de conditions – pour autant que les exigences de l'article 3 LMI soient respectées pour chacune d'elles (à savoir ne soit pas discriminatoire, soit indispensable à la sauvegarde d'intérêts prépondérants et respecte le principe de la proportionnalité); ceci dans le cadre d'une procédure simple, rapide et gratuite. Un offreur extracantonal ne devrait avoir qu'à remplir un formulaire et transmettre son autorisation.<sup>43</sup>

### 2.2.6 Services de sécurité

53. En préambule à ses réponses, le canton de Vaud a indiqué être partie au Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (C ESéc; RSV 935.91). En conséquence, l'application du C ESéc est coordonnée par la Commission concordataire *ad hoc*, qui dépend de la Conférence latine des chefs de Département de Justice et Police (CLDJP). Ainsi, la Cheffe du Département des institutions et de la sécurité rappelle que l'application de la LMI par rapport au C ESéc a déjà fait l'objet d'une évaluation, en prévision de l'entrée en vigueur de la LMI révisée (le 1<sup>er</sup> juillet 2006). Selon la Cheffe du Département ainsi que le courrier du Chef du Département fédéral de l'économie qu'elle invoque, l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI ne concernerait que l'examen de la compétence professionnelle. En conséquence, les offreurs en provenance de canton non partie au C ESéc verront leurs compétences personnelles (ré)examinées, par le biais d'un contrôle dit « de police ». En outre, il serait « admis de longue date, et en plein accord avec la Confédération, que les principes de l'article 3 alinéa 4 LMI ne peuvent viser que les procédures formelles de reconnaissance de certificats et d'autorisations déjà existantes, et non les procédures dans lesquelles de nouvelles conditions personnelles, de police, sont (et doivent être) examinées par l'autorité ».

54. En réponse aux questions de la COMCO, le canton de Vaud a indiqué que pour les **offreurs externes en provenance d'un canton membre du C ESéc le libre accès** était garanti en vertu de l'article 12 alinéa 1 C ESéc. S'agissant des offreurs en provenance de cantons non-membres du C ESéc, il y a lieu de distinguer le régime applicable aux maîtres-chiens et leur bête de celui applicable aux autres offreurs extracantonaux. Concernant les maîtres-chiens, le canton de Vaud a répondu appliquer les articles 10a (maîtres-chiens extracantonaux et leur chien) et 9 C ESéc (autres offreurs extracantonaux) en vertu de l'article 10 alinéa 1 de ce même concordat, à savoir reconnaître les certificats de compétences délivrés par d'autres autorités pour ces offreurs de service.

55. Pour le canton de de Vaud, le fait de reconstruire les conditions personnelles de police permet de placer les offreurs « extraconcordataires » sur un pied d'égalité. Selon la réponse donnée, l'autorisation délivrée en vertu du C ESéc ne constitue pas un certificat au sens de l'article 4 LMI dans la mesure où les conditions examinées sont uniquement personnelles et que l'expérience telle que prévue par l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI ne constitue pas un critère pris en considération par le C ESéc. En conséquence, à l'exception des maîtres-chiens et des chiens qui sont soumis à un examen et à d'autres conditions spécifiques et à la réussite d'un test d'aptitude (cf. art. 10a C ESéc), la prise en compte de l'expérience ne serait ainsi pas nécessaire. De plus, pour ces derniers, comme le concordat régit la reconnaissance des tests d'aptitude, l'article 4 alinéas 1 et 3 LMI ne trouverait pas application compte tenu du 4<sup>e</sup> alinéa de cette même disposition qui dispose que les accords intercantonaux qui prévoient la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité l'emportent sur la LMI.

56. Le Canton de Vaud n'a fourni aucune décision à l'appui des réponses au questionnaire.

57. L'article 10 alinéa 1 C ESéc prévoit que les agents des entreprises qui n'ont ni siège, ni succursale, dans l'un des cantons concordataires ne peuvent y exercer qu'après autorisation délivrée aux conditions des articles 9 et 10a C ESéc. En outre, si l'entreprise exerce tout ou en majeure partie son activité sur le territoire des cantons concordataires, le chef d'entreprise ou un responsable désigné par lui doit en outre remplir les conditions prévues par l'article 8 alinéa 1 lettre f C ESéc (réussite d'un examen portant sur la connaissance de la législation). À l'inverse, pour un engagement ponctuel, respectivement ne représentant pas plus de 50 % de l'activité de l'entreprise, cette condition ne doit pas être remplie.

58. En substance, l'article 9 C ESéc prévoit qu'une autorisation ne peut être délivrée qu'aux personnes physiques:

<sup>42</sup> NICOLAS DIEBOLD, Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter, DPC 2012/3, 530 ss., 538 no 14; ZWALD, (note 1), p. 399 ss, no 85 ; Oesch/Zwald, note 1, no 1 *ad art.* 4; le Tribunal fédéral applique également le droit à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux de l'article 4 LMI et le droit d'accès au marché de l'article 2 LMI en parallèle, cf. ATF 135 II 12, consid. 2.

<sup>43</sup> À noter que régulièrement, des documents tels que les concepts d'hygiène, éducatif, d'exploitation, d'organisation, etc. font partie intégrante de l'autorisation.

- a. de nationalité suisse, ressortissante d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange ou, pour les ressortissants d'autres États, titulaires d'un permis d'établissement ou d'un permis de séjour depuis deux ans au moins;
- b. ayant l'exercice des droits civils;
- c. solvables ou n'ayant pas fait l'objet d'actes de défaut de biens définitifs; et
- d. offrant, par leurs antécédents, de par son caractère et son comportement, toute garantie d'honorabilité concernant la sphère d'activité envisagée, selon une directive<sup>44</sup> de la Commission concordataire.

59. A teneur de l'alinéa 2 de cette disposition, le chef d'entreprise ou de succursale doit également avoir passé avec succès l'examen de l'article 8 alinéa 1 lettre f C ESéc.

60. Conformément à l'article 10 alinéa 3 C ESéc, lorsqu'un offreur en provenance d'un canton hors concordat demande accès au marché vaudois (qui est dans l'espace du C ESéc), l'autorité compétente pour le canton de Vaud procède à l'examen de l'équivalence de l'autorisation et détermine si, au vu des attestations produites, l'offreur doit à nouveau démontrer la réalisation des conditions personnelles (de polices<sup>45</sup>) des autorisations (à savoir celles prévues par l'article 9 C ESéc).

61. Selon l'article 10a C ESéc, l'usage d'un chien pour l'exécution des activités régies par le concordat doit être au bénéfice d'une autorisation qui n'est accordée que s'il est démontré par un test d'aptitude que le maître-chien est apte à conduire son chien et que le chien utilisé est formé. Pour les maîtres-chiens et leur chien, si le canton de provenance les a déjà autorisés, l'autorité compétente vaudoise examine la reconnaissance de l'autorisation ou de l'attestation d'aptitude et détermine si le requérant doit repasser tout ou partie le test d'aptitude prévu par le C ESéc, respectivement dans une directive de la Commission concordataire (art. 10a al. 4 C ESéc).

62. Le C ESéc ne contient que des critères (personnels) d'accès au marché, mais aucune disposition sur la procédure d'accès au marché; il se contente de renvoyer à une directive de la Commission concordataire relative aux « modalités de la reconnaissance ». Toutefois, l'examen du site internet de la police cantonale vaudoise<sup>46</sup> n'a pas permis d'identifier une directive spécifique. De plus, dans la mesure où le canton de Vaud n'a transmis aucune décision, il n'est pas possible d'examiner sa pratique d'octroi de l'accès au marché dans le domaine des services privés de sécurité.

63. S'agissant de la LMI, il convient à titre préliminaire d'examiner son application en regard du C ESéc. Du point de vue du droit du marché intérieur, lorsqu'un concordat règle la reconnaissance des certificats de capacité (et par là la libre-circulation des titulaires de tels actes) alors son application prime la LMI (art. 4 al. 4 LMI). En revanche, si ledit concordat n'accorde pas à tout le moins des droits identiques à ceux de la LMI, alors celle-ci s'applique subsidiairement en tant que standard minimal.<sup>47</sup> Dans le cas présent, la libre-circulation et les reconnaissances des autorisations et certificats de capacité au sein de l'espace

concordataire n'est pas en cause. À l'inverse, pour les offreurs externes au territoire du C ESéc, la LMI est et reste applicable.

64. À la lumière des réponses du canton de Vaud, il apparaît que les autorités vaudoises compétentes pour l'application du C ESéc n'appliquent pas la LMI aux offreurs extracantonaux, respectivement « extraconcordataires ». En pratique, en présence de tels offreurs l'autorité compétente vaudoise doit concrètement comparer les prescriptions applicables au lieu de provenance avec celle du C ESéc et examiner si la présomption d'équivalence de l'article 2 alinéa 5 LMI est réfutée. La présomption d'équivalence concerne tant les conditions d'accès au marché personnelles que professionnelles. Par ailleurs, c'est uniquement si la présomption d'équivalence est réfutée et que les conditions de l'article 3 LMI sont respectées, compte tenu des attestations de sécurité et certificats (art. 3 al. 2 let. b LMI) et de l'expérience (art. 3 al. 2 let. d LMI), que des conditions et des charges peuvent être prononcées, telles que par exemple la réussite d'un examen.

65. S'agissant des **conditions professionnelles**, si le canton de provenance prévoit également des conditions professionnelles d'accès au marché, la présomption d'équivalence ne peut pas être réfutée. En conséquence aucune restriction relative à des conditions professionnelles, sous la forme de charge ou de condition, ne peut être prononcée. Par ailleurs, s'il appert qu'au lieu de provenance l'autorisation délivrée correspond à un **certificat de capacité** (cf. p. ex. art. 10a C ESéc pour les maîtres-chiens et leur bête), alors l'autorité vaudoise compétente pourra la reconnaître sur la base de l'article 4 LMI, mais devra dans tous les cas accorder l'accès au marché sans autre formalité que la production de ladite autorisation, sur la base du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI).

66. En revanche, si aucun examen n'est prévu au lieu de provenance alors les prescriptions d'accès ne sont pas équivalentes à celles du C ESéc et la présomption d'équivalence peut être réfutée. Toutefois, conformément à l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI, l'expérience du requérant extracantonale, respectivement « extraconcordataire », devra être prise en compte. Ainsi, l'autorité vaudoise en charge de l'application du C ESéc pourra restreindre l'accès au marché par le biais de charges et de conditions relative à la formation professionnelle aux requérants en provenance de tels cantons. Toutefois de telles restrictions devront également concerner les offreurs locaux (« intraconcordataires »), être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Une restriction est en soit disproportionnée au sens de l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics

<sup>44</sup> Cf. pt 2.3.1 de la Directive du 28 mai 2009 concernant le concordat du 18 mai 1996 sur les entreprises de sécurité (Directive générale; disponible à l'adresse : [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/dse/polcant/fichiers\\_pdf/12a.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dse/polcant/fichiers_pdf/12a.pdf)) ainsi que pt I et II de la Directive du 3 juin 2004 concernant l'exigence d'honorabilité (disponible à l'adresse : [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/secure/police/fichiers\\_pdf/exigence\\_honorabilite.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/secure/police/fichiers_pdf/exigence_honorabilite.pdf)).

<sup>45</sup> Comme le canton de Vaud l'a fait remarquer dans sa réponse.

<sup>46</sup> En particulier l'adresse : <http://www.vd.ch/themes/secure/police/entreprises-de-securite/>.

<sup>47</sup> Cf. ATF 136 II 470, consid. 5.1 s., 5.2.

prépondérants peut être assurée par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance. Dans le cas présent, cela signifie que l'autorité vaudoise d'application du C ESéc ne pourra pas prononcer de restriction d'accès au marché lorsque l'agent de sécurité indépendant ou employé en provenance d'un tel canton dispose de suffisamment d'expérience professionnelle.<sup>48</sup> Du point de vue de la COMCO, trois ans suffisent.<sup>49</sup>

67. S'agissant des **conditions personnelles**, si le canton de provenance prévoit aussi des conditions personnelles d'accès au marché, la présomption d'équivalence ne peut pas être réfutée. Dans ce cas, l'autorité vaudoise ne pourra ni examiner l'application des dispositions du C ESéc, ni procéder à un réexamen des conditions personnelles d'accès au marché, ni demander une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle » ou « Letter of Good Standing »). Une exception doit néanmoins être examinée pour la demande d'une telle attestation, malgré des prescriptions d'accès au marché. En effet, cela peut être justifié dans la mesure où le canton de Vaud, respectivement le C ESéc prévoit le réexamen périodique des conditions personnelles cruciales pour l'exercice de l'activité et limite dans le temps l'autorisation, alors que le canton de provenance (« extraconcordataire »), lui, ne prévoit qu'un examen unique lors de la délivrance de la première décision pour une durée indéterminée. En conséquence, afin de pouvoir appliquer ce réexamen périodique, il peut être justifié d'admettre que les autorités vaudoises en charge de l'application du C ESéc puissent requérir des offreurs une attestation de bonne conduite et émettre une décision limitée dans le temps.

68. En revanche, si le canton de provenance ne prévoit aucune condition personnelle d'accès au marché, les prescriptions pourront être considérées comme non équivalentes et le prononcé de charges ou de conditions conformément à l'article 3 LMI sera possible.

69. Finalement, pour garantir l'aptitude personnelle des personnes en provenance d'un canton qui ne prévoit aucune obligation d'autorisation pour les services de sécurité privés, dans la mesure où le canton de Vaud pourra alors partir du principe que la présomption d'équivalence est réfutée, les autorités d'application du C ESéc pourront restreindre l'accès au marché par le biais de charges ou de conditions. Concrètement, les requérants devront requérir de leur commune de domicile ou de leur siège, la mise en œuvre d'un examen de leur probité (bonne conduite et bonnes mœurs) conformément aux directives adoptées en application du C ESéc. Cette charge vaut aussi pour les personnes en provenance des cantons parties au C ESéc (art. 3 al. 1 let. a LMI) et vise à la protection de la sécurité publique (art. 3 al. 1 let. b LMI). Le contrôle de l'aptitude personnelle est en principe apte et indispensable à garantir la protection de la sécurité publique du risque engendré par des fournisseurs de prestations de sécurité privés inapte d'un point de vue caractériel. Cet examen par l'autorité de la probité pour les offreurs qui exercent à leur lieu de provenance extracantonal (et « extraconcordataire ») et désirent exercer dans le canton de Vaud, respectivement dans l'espace concordataire du C ESéc, est tout à fait tolérable. Afin de respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI), un requérant devra dans tous les cas être autorisé lorsque l'autorité

compétente de son lieu de provenance a attesté de son impeccable probité. En outre, le principe de la proportionnalité doit aussi être respecté dans l'exercice du pouvoir d'appréciation. L'autorisation ne peut qu'exceptionnellement être refusée, lorsque l'attestation de bonne conduite de l'autorité compétente du lieu de provenance mentionne des manquements concrets qui sont de nature à mettre en danger la sécurité publique et permettent de douter de la capacité du requérant à exercer sa profession d'agent de sécurité.<sup>50</sup>

70. Dans tous les cas, la procédure d'accès au marché devra être simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

71. En conclusion, les autorités vaudoises compétentes, ou les organes concordataires du C ESéc, devraient examiner pour chaque canton non membre du concordat les conditions applicables à l'exercice des activités soumises au C ESéc afin d'établir pour chaque canton de provenance un guide ou une procédure standard d'accès au marché (concordataire) conforme à la LMI (cf. ci-dessus, ch. 64 ss). Cette mesure est rendue indispensable par l'exigence d'une procédure d'accès au marché simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI) compte tenu des grandes divergences des prescriptions d'accès à l'exercice des activités soumises au C ESéc.

### 3 Professions régies par le droit fédéral (fédéralisme d'exécution)

72. Le point 3 examine l'admission par le canton de Vaud des personnes en provenance d'autres cantons pratiquant une activité régie par le droit fédéral. Dans cette optique, le point 3.1 explique les principes du droit du marché intérieur et le point 3.2, la pratique vaudoise dans le domaine des professions médicales universitaires et de la psychologie.

#### 3.1 Conditions-cadres du droit du marché intérieur

##### 3.1.1 Le principe de l'accès libre au marché

73. Dans certains domaines, l'accès au marché est matériellement harmonisé par le droit fédéral (**domaines harmonisés**) et mis en application par les cantons (fédéralisme d'exécution). Dans la pratique quotidienne des administrations cantonales des différences entre cantons sont inévitables, ce qui pose problème du point de vue du droit du marché intérieur, en particulier lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique » du marché intérieur<sup>51</sup> constitue la *ratio legis* de l'article 2 alinéa 6 LMI introduit

<sup>48</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 1102.

<sup>49</sup> Expertise de la COMCO du 5 décembre 2016 sur l'admission des offreurs externes de prestations de sécurité sur le territoire des cantons partie au Concordat du 12 novembre 2010 sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées.

<sup>50</sup> Expertise de la COMCO du 5 décembre 2016 (note 49), ch. 99 ; Recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 47 s.

<sup>51</sup> ZWALD, (note 1), p. 399 ss, no 51.

lors la révision de 2005 de la LMI, sur proposition du parlement. Cette disposition devait assurer que les marchandises, les services et les prestations de travail conformes au droit fédéral puissent circuler librement.<sup>52</sup> Dans la mesure où une décision cantonale sur l'accès au marché est valable dans toute la Suisse, cela garantit, pour les domaines harmonisés, qu'aucune barrière ne soit engendrée par les différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

74. A titre de comparaison, l'accès intercantonal au marché dans les **domaines non-harmonisés** repose sur le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 2 à 4 LMI, cf. ci-dessus ch. 9 à 12) et sur la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI). Cette dernière signifie que les prescriptions d'accès au marché édictées par les cantons et entrant dans leur domaine de compétence sont équivalentes. Cette présomption se base sur la conviction que les besoins de protection de la population ne varient pas d'un canton à l'autre.<sup>53</sup> Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la présomption d'équivalence a pour effet d'interdire aux autorités du canton de destination de reconstruire les conditions professionnelles et personnelles d'autorisation applicable au lieu de provenance (cf. ci-dessus, ch. 9 et 15). En conséquence, il serait en soi contradictoire et non conforme avec l'article 95 alinéa 2 Cst. que les cantons puissent créer de nouvelles barrières au sein du marché intérieur du fait d'interprétations ou d'applications de critères divergents dans le cadre de l'exécution du droit fédéral **harmonisé**.

75. C'est pour cette raison que la LMI, en complément du principe du lieu de provenance, prévoit que les décisions cantonales qui constatent qu'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail est conforme au droit fédéral ou en autorise l'accès au marché sur la base de ce droit, sont applicable dans toute la Suisse. Si, dans les domaines non-harmonisés, l'autorité du lieu de destination ne peut pas revoir l'application du droit par l'autorité du lieu de provenance, alors cela vaut d'autant plus pour les domaines harmonisés. Lors des débats parlementaires, l'ancien Conseiller national DIDIER BURKHALTER avait expliqué que:

*« Mais ce principe du « Cassis de Dijon » [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de*

*l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du "Cassis de Dijon" à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération "veille à créer un espace économique suisse unique". »<sup>54</sup>*

76. Même si le parlement a principalement débattu de l'article 2 alinéa 6 LMI dans le domaine de l'admission des denrées alimentaires sur le marché, cette disposition ne se limite clairement pas à cette seule sphère, mais s'applique de manière générale, à savoir aussi aux services. En pratique, l'article 2 alinéa 6 LMI déploie ses effets par exemple pour l'admission sur le marché des prestataires de service d'élimination de déchets spéciaux qui est réglé au niveau fédéral par l'Ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD; RS 814.610). L'autorité cantonale octroie l'autorisation s'il ressort de la demande que l'entreprise d'élimination est en mesure d'éliminer les déchets de manière respectueuse de l'environnement (art. 10 al. 1 OMoD). L'article 8 OMoD précise en outre que toute entreprise d'élimination qui collecte des déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle doit disposer, pour chacun de ses sites d'exploitation, d'une autorisation de l'autorité cantonale concernée

<sup>52</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, p. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, p. 319; Secrétariat de la COMCO, Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés, DPC 2006/2, p. 223 s.

<sup>53</sup> Message revLMI (note 12), 430.

<sup>54</sup> Cf. BO 2005 N 883.

(al. 1). Selon le Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne, l'autorisation obtenue dans le canton d'Argovie pour l'exploitation d'une installation mobile de retraitement de déchet se base exclusivement sur le droit fédéral, de sorte qu'elle est valable pour toute la Suisse en application l'article 2 alinéa 6 LMI. Si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, une autorisation supplémentaire n'est pas nécessaire.<sup>55</sup>

### 3.1.2 Les exigences de la procédure d'accès au marché

77. La question de savoir si le refus de reconnaître une décision cantonale au sens de l'article 2 alinéa 6 LMI peut être justifié aux conditions de l'article 3 LMI se pose.

78. Selon une jurisprudence constante et la doctrine unanime les restrictions au principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) dans les domaines **non-harmonisés** peuvent être justifiées aux conditions de l'article 3 LMI. Comme évoqué au ch. 74 ci-dessus, la présomption d'équivalence de l'article 2 alinéa 5 LMI a pour effet d'interdire aux autorités cantonales du lieu de destination de réexaminer les critères d'accès au marché professionnels et personnels. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un recontrôle n'est admissible qu'en présence d'indices concrets indiquant que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>56</sup>

79. Les procès-verbaux des débats parlementaires au sujet de la révision de la LMI de 2005 font apparaître que le concept de l'actuel article 2 alinéa 6 LMI est né de la présomption d'équivalence de l'article 2 alinéa 5 LMI. C'est sur demande de l'ancien Conseiller national BURKHALTER que le Conseil national a étendu la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) à l'application du droit fédéral par les cantons (fédéralisme d'exécution) et proposé la formulation suivante:

*« L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons** »<sup>57</sup>*

80. Le Conseil des États a accepté cette proposition de la Chambre Basse et a adopté l'article 2 al. 6 LMI dans sa teneur actuelle. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a alors expliqué:

*« Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt. »<sup>58</sup>*

81. Ensuite de quoi le Conseil national a adopté la proposition de la Chambre Haute.<sup>59</sup>

82. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit donc être valable dans toute la Suisse. Il n'y a donc en principe aucune marge de manœuvre pour mettre en doute l'application du droit fédéral par une autorité d'un autre canton et ainsi restreindre l'accès au marché. C'est précisément ce que l'article 2 alinéa 6 LMI vise

à empêcher. Il en va de même pour les produits et services qui ne sont pas contrôlés avant leur mise sur le marché, mais qui sont uniquement soumis à une surveillance *a posteriori*. Lorsqu'à l'occasion d'un contrôle par échantillonnage, une autorité cantonale constate qu'un produit n'est pas conforme au droit fédéral, alors sa décision d'interdiction (décision négative) est également valable pour toute la Suisse en application de l'article 2 alinéa 6 LMI. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a expliqué:

*« Lorsqu'un chimiste cantonal constate qu'un produit est mis sur le marché [NDR: sans contrôle préalable d'une autorité], mais ne respecte pas la législation sur les denrées alimentaires, il est de son devoir et de droit et de sa responsabilité d'interdire ce produit sur la base du droit des denrées alimentaires. Cette décision vaut toutefois pour toute la Suisse [...]. La personne concernée par cette décision devra alors se tourner vers l'autorité de recours. [...] L'autorité de recours décidera alors – elle aussi pour toute la Suisse – ce qu'il en est. C'est le fondement du concept de cette norme; elle vaut donc également pour les décisions négatives. »<sup>60</sup>*

83. Ainsi, une décision cantonale au sens de l'article 2 alinéa 6 LMI est contraignante pour tous les autres cantons. Un nouveau contrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie à la jurisprudence relative à l'article 2 alinéa 5 LMI, tout au plus admissible lorsque, sur la base d'un fait nouveau, postérieur à la première décision de conformité, l'offreur ne remplit plus les conditions requises par le droit fédéral, ou lorsque l'autorité du lieu de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral. Toutefois dans la mesure où le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme, une restriction de l'accès au marché au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI est exclue.

### 3.2 Professions médicales universitaires et du domaine de la psychologie

84. La Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11) et la Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie, LPsy; RS 935.81) définissent au niveau fédéral les conditions d'accès aux professions qui y sont soumises. Il convient

<sup>55</sup> TC BL, 810 12 244/198 du 31 Octobre 2012, *in*: URP 2013, 164 ; BR 2013, 278.

<sup>56</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II) ; cf. ég. ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>57</sup> BO 2005 N 883.

<sup>58</sup> BO 2005 E 762.

<sup>59</sup> BO 2005 N 1620.

<sup>60</sup> BO 2005 E 763 s. ; traduction libre de « Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz. [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden. [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. ».

de distinguer les procédures cantonales d'octroi des autorisations de pratiquer (pt 3.2.1) des procédures d'annonce dans le cadre de la circulation des prestations de services jusqu'à une durée de 90 jours par an (pt 3.2.2). Dans ces cas, les principes du droit du marché intérieur s'appliquent de manière subsidiaire.<sup>61</sup> En particulier, une personne titulaire d'une autorisation cantonale de pratiquer qui désire être active dans un autre canton a le droit selon la LMI a une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

### 3.2.1 Autorisation de pratiquer

85. Dans le domaine des professions médicales, les conditions d'admission à l'exercice indépendant de la profession sont réglées au niveau fédéral à l'article 36 LPMéd. Cette disposition exige entre autres que le requérant soit digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (art. 36 al. 1 let b LPMéd). L'autorisation, délivrée par l'autorité du canton où l'activité est exercée, n'est valable que sur le territoire de celui-ci (art. 34 LPMéd).

86. La LPsy a une structure identique à la LPMéd. Les conditions d'autorisation professionnelles et personnelles y sont fixées à son article 24. La délivrance et la validité de l'autorisation obéissent aux mêmes principes que pour la LPMéd (art. 22 al. 1 LPsy). Toutefois, à la différence de la LPMéd, la LPsy contient le principe selon lequel toute personne titulaire d'une autorisation de pratiquer délivrée conformément à cette loi est présumée remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Cette disposition concrétise le principe général du droit du marché intérieur de l'article 2 alinéa 6 LMI qui prévoit que les décisions cantonales sur la conformité au droit fédéral, dans le cas de la LPsy que les conditions d'autorisation sont remplies, sont applicables dans toute la Suisse.

87. Les procédures d'accès au marché pour les **professions** entrant dans les champs d'application de la **LPMéd** et de la **LPsy** sont menées par l'Office du médecin cantonal<sup>62</sup> assisté du pharmacien cantonal et par le SCAV<sup>63</sup> pour les professions du domaine vétérinaire. Ces deux offices requièrent la production des documents suivants à l'appui d'une demande d'accès au marché: formulaire de demande d'autorisation, copie de l'autorisation délivrée par le canton de provenance (« première autorisation »), curriculum vitae actuel, copie du/des diplômes et autres titres postgrades et certificats, copie d'une pièce d'identité (pour le SCAV avec photo visible; le site internet de l'Office du médecin cantonal ne mentionne toutefois pas ce document<sup>64</sup>), attestation de couverture d'assurance responsabilité civile professionnelle. L'Office du médecin cantonal exige en outre la transmission d'une attestation de bonne conduite (« Letter of Good Standing ») délivrée par l'autorité compétente du canton de provenance. Le SCAV demande quant à lui un extrait original du casier judiciaire, un certificat médical attestant de l'aptitude à exercer la profession ainsi que le cas échéant, la copie du permis de séjour et les adresses des différents lieux d'activité prévus.

88. L'Office du médecin cantonal a déclaré contacter l'autorité compétente du lieu de provenance en cas de doute et que la procédure était gratuite.

89. Le SCAV a quant à lui expliqué que la procédure était gratuite mais qu'aucune autorisation n'était délivrée tant que l'ensemble des conditions ne sont pas remplies.

90. L'Office du médecin cantonal n'a pas fourni de réponse en ce qui concerne les documents à joindre à une demande d'accès au marché pour les **psychothérapeutes non-médecins** qui désirent exercer à titre indépendant. Selon le site internet de l'Office du médecin cantonal<sup>65</sup>, il est nécessaire de transmettre un formulaire de demande d'autorisation, la copie de l'autorisation du canton de provenance, la copie du diplôme, un curriculum vitae ainsi qu'une attestation de bonne conduite établie par l'autorité compétente du lieu de provenance. La procédure est gratuite.

91. Le fédéralisme d'exécution comporte le risque que des conditions d'accès au marché, telles que la notion d'être « digne de confiance », soient interprétées et appliquées de manière différente entre les cantons. Cette marge d'interprétation ne doit pas conduire à établir des entraves à la libre circulation, d'autant plus que la libre circulation est garantie par le principe de provenance de l'article 2 alinéas 1 à 5 LMI dans le domaine des professions de la santé non harmonisées par du droit fédéral (cf. à ce sujet, ch. 7 ss, ci-dessus). Il serait en soi contradictoire et non conforme à l'article 95 alinéa 2 Cst. que la libre circulation dans les domaines non harmonisés régis par le droit cantonal, la libre circulation fonctionne mieux que les domaines harmonisés par le droit fédéral. C'est pour cette raison que l'article 2 alinéa 6 LMI prévoit que les décisions d'une autorité cantonale selon laquelle un requérant remplit les conditions de l'article 36 LPMéd lient les autres cantons. En conséquence, il apparaît que l'article 2 alinéa 6 LMI comprend non seulement les décisions sur la conformité au droit fédéral des conditions d'accès au marché professionnelles, mais également personnelles.

92. Il découle de ce qui précède que l'interdiction du recontrôle présomption d'équivalence de l'article 2 alinéa 5 LMI imposée par le Tribunal fédéral doit valoir d'autant plus pour les cas d'application de l'article 2 alinéa 6 LMI (cf. ch. 74, ci-dessus). Un (re)contrôle a posteriori des conditions d'autorisation par le canton de Vaud n'est possible qu'en présence d'éléments concrets indiquant que la personne ne remplissait pas les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral au moment de la première décision ou qu'elle ne les remplit plus depuis lors.<sup>66</sup> A titre d'exemple, le fait que le requérant soit entre temps tombé gravement malade pourrait amener à considérer que les

<sup>61</sup> Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; Message du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1082 à 1092.

<sup>62</sup> Rattaché au Département de la santé et de l'action sociale (DSAS).

<sup>63</sup> Rattaché au Département de du territoire et de l'environnement (DTE).

<sup>64</sup> Cf. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

<sup>65</sup> Cf. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/psychotherapeute-non-medecin/psychotherapeute-non-medecin-conditions-doctroi/>, lettre C).

<sup>66</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1; ATF 135 II 12, consid. 2.4; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3.

conditions d'un exercice irréprochable ne soient pas (plus) données. Si les conditions fédérales ne sont pas (plus) réunies, alors le canton de Vaud peut refuser d'octroyer une autorisation et dans le même temps retirer la première autorisation (art. 38 LPMéd et art. 26 LPsy). Les autorités cantonales se doivent de s'accorder l'entraide administrative et se renseigner mutuellement pour les cas disciplinaires (art. 42 et 44 LPMéd, art. 29 et 31 LPsy).

93. Puisque les décisions sur la conformité au droit fédéral d'une autorisation cantonale lient tous les autres cantons et qu'un (re)contrôle *a posteriori* des conditions fédérales d'autorisation est illicite, il convient de poser la question du droit du canton de Vaud de demander des documents tels qu'une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle »; au sujet de la problématique de ce type de document, cf. ch. 19 à 23, ci-dessus), un extrait du casier judiciaire ou un certificat médical. À cela s'ajoute que la LPMéd (art. 42 et 44) et la LPsy (art. 29 et 31) contiennent toute deux une clause d'entraide administrative autorisant les autorités compétentes cantonales à échanger des informations sur la validité de l'autorisation ou toute autre violation des devoirs professionnels. De plus les autorités cantonales ont accès au Registre des professions médicales (« MedReg », <https://www.medregom.admin.ch>) qui leur fournit les informations suivantes:

- Personne des professions médicales avec diplôme fédéral ou étranger reconnu;
- Informations au sujet de la formation post-grade/spécialisation;
- Autorisations de pratiquer (uniquement pour les praticiens indépendants);
- Adresse des cabinets;
- Personnes des professions médicales étrangères qui ne peuvent exercer à titre indépendant en Suisse pendant maximum 90 jours par an;
- Global Location Number (GLN): numéro d'identification de la personne des professions médicales enregistrée.

94. Ainsi, un formulaire de demande rempli et une copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton de provenance (« première autorisation ») devraient en principe être suffisants pour juger de l'octroi de l'accès au marché au sens de l'article 2 alinéa 6 LMI. Les informations accessibles par le biais de l'entraide administrative et de MedReg sont suffisantes pour contrôler la véracité des indications fournies par le requérant. Dans le cas où une procédure disciplinaire est pendante dans un autre canton, le canton de Vaud peut ajourner sa décision jusqu'à droit connu dans ladite procédure, en application par analogie des articles 43 alinéa 4 LPMéd et 30 alinéa 4 LPsy. En outre, s'il s'avérait, sur la base des indications du formulaire de demande d'accès au marché, qu'une condition d'autorisation pourrait ne plus être remplie, alors le canton de Vaud serait légitimé à demander au requérant d'autres informations et documents.

95. Dès l'entrée en fonction du registre des professions de la psychologie (PsyReg<sup>67</sup>), les mêmes principes que ci-dessus s'appliqueront sans autres aux personnes qui

dispose d'une autorisation délivrée sur la base de la LPsy par un autre canton.

96. Par ailleurs, le canton de Vaud pourrait restreindre une autorisation aux points de vue temporel, géographique et/ou technique (art. 37 LPMéd et art. 25 LPsy) aux fins d'assurer une des prestations « fiables et de qualité ». Dans le mesure où un requérant disposerait déjà d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par un autre canton, de telles restrictions sont soumises aux principes de l'accès au marché de la LMI. Lorsque le canton de Vaud entend délivrer une autorisation assortie d'une ou plusieurs charges et/ou conditions à un requérant extracantonale, alors, conformément à l'article 3 alinéa 2 lettre b LMI, les autorités cantonales doivent justifier chacune d'elles par un intérêt public prépondérant. En tant que tel, il ne peut s'agir que de garantir des prestations « fiables et de qualité ». Au surplus, toute restriction (charge et/ou condition) au sens de l'article 3 alinéa 1 LMI doit s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 2 let. a LMI) et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 2 let. c LMI).<sup>68</sup>

97. Finalement, la gratuité appliquée tant par l'Office du médecin cantonal que par le SCAV aux procédures d'accès au marché des personnes titulaires d'une autorisation de pratiquer délivrée sur la base de la LPMéd et la LPsy par un autre canton est conforme à l'article 3 alinéa 4 LMI.

### 3.2.2 Annonce pour activité de 90 jours

98. Tant la LPMéd que la LPsy prévoient que les personnes admises à pratiquer dans un autre canton peuvent être actives sur le territoire vaudois pendant 90 jours sans devoir détenir une autorisation délivrée par le canton de Vaud. Pour des cas, seul suffit le devoir de s'annoncer annuellement (art. 35 al. 2 LPMéd et art. 23 al. 1 LPsy). Cette réglementation vise à éliminer une discrimination à rebours des offreurs confédérés face aux personnes en provenance des États membres de l'UE et de l'AELE puisque, sur la base de l'Accord de libre circulation et l'Accord AELE, elles ont le droit d'être actives en Suisse pendant 90 jours par an.

99. Lors de l'introduction de cette réglementation pour les rapports intercantonaux, le législateur a omis le fait que les articles 2 alinéas 6 et 3 alinéa 4 LMI confèrent aux titulaires d'une autorisation LPMéd ou LPsy le droit d'en obtenir une autre dans un autre canton, d'une durée indéterminée, par le biais d'une procédure simple, rapide et gratuite. Cette procédure d'autorisation conforme à la LMI est moins contraignante que la répétition annuelle de la procédure d'annonce pour une activité de 90 jours, de sorte que cette dernière est obsolète.<sup>69</sup> L'Office du médecin cantonal et le SCAV devrait attirer l'attention des requérants d'une autorisation dans le canton de Vaud pour activité durant 90 jours au sens des articles 35 alinéa 2 LPMéd ou 23 alinéa 1 LPsy sur leur droit à requérir une autorisation pour une durée indéterminée.

<sup>67</sup> Cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/berufe-im-gesundheitswesen/psychologieberufe/psychologieberuferegister-psyreg.html>.

<sup>68</sup> Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 1091.

<sup>69</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), no 1362.



100. Dans les cas d'espèce, les principes du droit du marché intérieur évoqué ci-dessus (cf. ch. 85 à 93) au sujet de la procédure d'autorisation ordinaire s'appliquent par analogie également à l'autorisation pour 90 jours. En conséquence, le canton de Vaud ne peut requérir la production uniquement d'un formulaire de demande d'accès au marché et de la décision basée sur la LPMéd ou la LPsy du canton de provenance, à l'exclusion de tout autre document, sauf juste motif (cf. ch. 94 *in fine*). Les autorités vaudoises peuvent en tout temps contrôler la véracité des renseignements reçus par le biais de l'entraide administrative et le registre MedReg (ainsi que le futur PsyReg). La procédure doit en outre être gratuite.

#### 4 Résultats et recommandations

101. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO parvient aux conclusions suivantes:

##### A. Recommandations quant à la pratique du canton de Vaud concernant l'accès au marché de personnes externes au canton pour les activités économiques régies par le droit cantonal (professions de la santé, restauration, enseignement des sports de neige aux mineurs, commerce d'occasions, garde d'enfants et services de sécurité):

- A-1. Les autorités compétentes vaudoises doivent en premier lieu examiner l'accès au marché sur la base de la **décision du lieu de provenance ainsi que sa législation** (art. 2 al. 1 à 4 LMI). D'une part, l'application du droit vaudois implique dans tous les cas que les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). D'autre part, elle n'aura lieu qu'en tant que charges et/ou conditions justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI.
- A-2. En lieu et place d'attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle » ou « Letter of Good Standing »), le canton de Vaud doit permettre aux requérants à l'accès au marché de **fournir une procuration** aux autorités compétentes vaudoises afin qu'elles puissent se renseigner auprès de leur homologue du canton de provenance.
- A-3. Les autorités vaudoises doivent examiner une requête d'accès au marché même lorsque le droit du lieu de provenance ne soumet **pas à autorisation** ou à l'obtention d'un **certificat de capacité** l'exercice de l'activité concernée. Les formulaires de demande d'accès au marché devront en conséquence être adaptés. Lorsque les autorités vaudoises refusent une autorisation pour cause de lacune au niveau des critères professionnels (p. ex.: pas de certificat de capacité ou certificat non équivalent), elles devront le motiver conformément aux conditions de l'article 3 alinéa 1 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.

A-4. Le canton de Vaud ne peut procéder à un contrôle des conditions personnelles d'autorisation (en particulier par le biais d'un extrait du casier judiciaire) uniquement lorsque le canton du lieu de provenance ne les a pas déjà contrôlées. À chaque fois que les autorités vaudoises compétentes refusent une autorisation pour cause de manquement au niveau des critères personnels (p. ex.: jugement entré en force), elles devront le motiver conformément aux conditions de l'article 3 alinéas 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.

A-5. Les autorités compétentes du canton de Vaud ne peuvent prélever absolument aucun émolument pour les décisions relatives à l'accès au marché sur la base de la loi sur le marché intérieur (art. 3 al. 4 LMI).

A-6. Le canton de Vaud doit explicitement fonder ses décisions sur l'article 2 alinéa 3 LMI (libre circulation des prestations) ou l'article 2 alinéa 4 LMI (liberté d'établissement).

A-7. L'autorité cantonale vaudoise compétente devrait établir des directives sur la procédure d'accès au marché conforme à la LMI des prestataires de services de sécurité en provenance de cantons non-membres du C ESéc.

##### B. Recommandations relatives à la pratique du canton de Vaud au sujet de l'accès au marché des personnes titulaires d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par les autorités d'un autre canton:

B-1. Le canton de Vaud doit en premier lieu examiner le droit à l'accès au marché à la lumière de la décision basée sur la LPMéd ou la LPsy émise par l'autorité du lieu de provenance.

B-2. Le canton de Vaud doit contrôler l'exactitude des indications fournies sur le formulaire ad hoc à l'aide des informations des registres MedReg et PsyReg de même que par le biais de l'entraide administrative auprès des autorités du canton de provenance; il doit en outre renoncer à demander un certificat de situation professionnelle (« Letter of Good Standing »).

B-3. Le canton de Vaud doit renoncer à demander à la production d'extraits du casier judiciaire et d'attestations d'assurance responsabilité civile professionnelle dans la mesure où les autorités du canton de provenance sont déjà en possession de tels documents.

B-4. Le canton de Vaud doit rendre les personnes qui demandent une autorisation pour une activité de 90 jours au sens des articles 35 alinéa 2 LPMéd ou 23 alinéa 1 LPsy attentives au fait qu'elles peuvent demander sans autre une autorisation illimitée.

B 2.8	<b>6. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Waadt</b>
-------	--

*Publikation einer Empfehlung der Wettbewerbskommission in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM)*

Empfehlung

vom 19. Dezember 2016

in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung 614-0005 gemäss Artikel 8 Absatz 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995

betreffend die

Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen

zuhanden Regierungsrat des Kantons Waadt

## 1 Verfahren

1. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugsauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte der WEKO die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

2. Die WEKO hat die Kantone mit Schreiben vom 30. November 2012 auf die Mitteilungspflicht aufmerksam gemacht und darum ersucht, zumindest diejenigen Verfügungen mitzuteilen, mit denen der Marktzugang einer ortsfremden Anbieterin mittels Auflagen oder Kosten beschränkt wird. Aus mehreren Kantonen hat die WEKO in den letzten vier Jahren keine Verfügung erhalten, weshalb davon auszugehen ist, dass der Marktzugang für ausserkantonale Anbieterinnen grundsätzlich ohne Beschränkungen gewährt wird. Um dies zu überprüfen, hat die WEKO gestützt auf Artikel 8 Absatz 3 BGBM beschlossen, in den Kantonen Bern, Waadt und Tessin eine binnenmarktrechtliche Untersuchung durchzuführen. Im Rahmen der drei Untersuchungen wird geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht.

3. Im Rahmen der drei Untersuchungen hat die WEKO geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht. Die

Untersuchung betraf insbesondere den Zugang zu den Bereichen der universitären und nicht universitären Gesundheitsberufe (Medizinalberufegesetz MedBG; SR 811.11), der Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz PsyG; SR 935.81), der Sicherheitsberufe, der Berufe im Gastgewerbe, der Berufe in der Kinderbetreuung, der Berufe im Schneesportunterricht für Minderjährige und der Berufe im Occasionshandel.

4. Die WEKO hat die eingegangenen Antworten und Verfügungen im Lichte des Binnenmarktgesetzes geprüft und festgestellt, dass die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes weitgehend eingehalten werden. Insbesondere im Bereich der Gesundheitsberufe beurteilen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt die Zulassungsgesuche von Personen, die bereits in einem anderen Kanton rechtmässig tätig sind, in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Einzig mit Bezug auf die einverlangten Gesuchsunterlagen besteht in binnenmarktrechtlicher Hinsicht noch Verbesserungspotenzial. Hingegen wurde das Binnenmarktgesetz im Bereich des Gastgewerbes und der Kinderbetreuung bis anhin offenbar nicht berücksichtigt. Insofern einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nach Auffassung der WEKO nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Regierungsrat des Kantons Waadt im Rahmen dieser Empfehlung nach Artikel 8 Absatz 3 BGBM bekannt gegeben.

5. Die vorliegende Analyse unterscheidet in Anlehnung an die Systematik des BGBM zwischen kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Kap. 2) und bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten mit kantonalem Vollzug (Kap. 3). Die Ergebnisse und Empfehlungen sind unter Kapitel 4 zusammengefasst.

## 2 Kantonal geregelte Berufe

6. Kapitel 2 untersucht die Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von Personen aus anderen Kantonen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kapitel 2.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge wird unter Kapitel 2.2 die Zulassungspraxis des Kantons Waadt in den folgenden Tätigkeitsbereichen untersucht:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe (Punkt 2.2.1);
- Hotel- und Gastgewerbe (Punkt 2.2.2);
- Schneesportunterricht für Minderjährige (Punkt 2.2.3);
- Occasionshandel (Punkt 2.2.4);
- Kinderbetreuung (Punkt 2.2.5); und
- private Sicherheitsdienste (Punkt 2.2.6).

## 2.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

### 2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

7. Die Bestimmung in Artikel 2 Absatz 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>1</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 BGBM statuieren die Absätze 3 und 4 das **Herkunftsprinzip**. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:<sup>2</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit*: Gemäss Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Absatz 3 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung der Anbieterin.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit*: Nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

8. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

9. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Kantons Waadt (Bestimmungsort)<sup>3</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einer ortsfremden Anbieterin einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Kantons Waadt (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.<sup>4</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Waadt darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM** erfüllt, d. h. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>5</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;

- die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin gewährleistet ist.

10. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Artikel 4 BGBM zu beachten. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Gemäss der WEKO gilt diese Bestimmung analog auch für kommunale Fähigkeitsausweise, zumal die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM sowohl die kantonalen als auch die kommunalen Marktzugangsordnungen erfasst. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

11. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

<sup>2</sup> Zum Herkunftsprinzip: BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z. B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

<sup>3</sup> Als «Bestimmungsort» wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, an dem ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

<sup>4</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 Erw. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 17 f.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 189 ff.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377 ff., 378.

<sup>6</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., hier 1266 ff.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 203 ff.

12. Gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>8</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn die gesuchstellende Person rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.<sup>9</sup>

13. Neben den Anforderungen von Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 fest, dass die Artikel 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>10</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>11</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>12</sup> Damit aber die Behörden des Kantons Waadt überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen und ob der Marktzugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die Behörden des Kantons Waadt die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>13</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

14. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>14</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4

BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM) oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>15</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Artikel 3 Absatz 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (vgl. oben Rz 12).

### 2.1.3 Zusammenfassung

15. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass die Marktzulassung ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige Behörde des Kantons Waadt ist gestützt auf Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Waadt kann die im Kanton Waadt geltenden Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die Waadtländer Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.

<sup>8</sup>BGE 123 I 313 Erw. 5; 125 II 56 Erw. 5b; 136 II 470 Erw. 5.3 («*Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché*»); zur sog. «Inländerdiskriminierung» vgl. BGER Urteil 2C\_204/2010 vom 24. November 2011 Erw. 8.3 i. V. m. Erw. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 ff.

<sup>9</sup>BGE 123 I 313 Erw. 5.

<sup>10</sup>So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 Erw. 5a (RA Thalman): «Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.»; BGE 125 II 406 E. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, *Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen*, 2003, S. 110 f.

<sup>11</sup>DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1357.

<sup>12</sup>Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465, hier 484; so auch das OGER AR, Urteil vom 22. Mai 2007 Erw. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben».

<sup>13</sup>Botschaft revBGBM (Fn. 12), 485.

<sup>14</sup>DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 1), Rz 23 f.; a.M. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., 2016, N 735.

<sup>15</sup>DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359.

- Allein die Tatsache, dass im Kanton Waadt andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>16</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>17</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Waadt mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.
- Den Behörden des Kantons Waadt ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>18</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Waadt finden vorbehältlich von Artikel 3 Absatz 1 BGBM keine Anwendung, so dass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM.<sup>19</sup> Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Befähigung. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>20</sup>

## 2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

### 2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Für die Ausstellung der Berufsausübungsbewilligung im Bereich der kantonal geregelten Gesundheits- und Veterinärberufe<sup>21</sup> sind im Kanton Waadt zwei verschiedene Behörden zuständig: das Kantonsarztamt (*Office du Médecin cantonal*, OMC, dem der Kantonsapotheker unterstellt ist) und das Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen (*Service de la consommation et des affaires vétérinaires*, SCAV). Aus den Antworten im Fragebogen ergibt sich, dass das Gesuchsverfahren um Marktzugang für die verschiedenen Berufe weitgehend standardisiert ist, sodass sie alle als identisch betrachtet werden können. In jedem Fall werden die folgenden Unterlagen verlangt:

- Ausgefülltes Gesuchsformular (Standardformular);
- Kopie der Berufsausübungsbewilligung eines anderen Kantons;
- aktuelle Bescheinigung zur beruflichen Situation („*certificat de situation professionnelle*“, auch als

„Unbedenklichkeitserklärung“ oder „*Letter of Good Standing*“ bezeichnet) im Original, ausgestellt von der zuständigen Behörde des anderen Kantons;<sup>22</sup>

- Kopie des Diploms;
- Bescheinigung oder Kopie der Berufshaftpflichtversicherung;
- aktualisierter Lebenslauf;<sup>23</sup>
- Kopie eines Identitätsausweises.<sup>24</sup>

17. Laut Angaben des OMC werden nur vollständige Dossiers bearbeitet. Die Bewilligung werde im Einklang mit dem BGBM ohne weitere Formalitäten oder Gebühren ausgestellt; die Unbedenklichkeitserklärung werde gestützt auf das BGBM verlangt. Je nach Herkunft der gesuchstellenden Person ist das Verfahren gemäss dem OMC jedoch unterschiedlich, weshalb die Bearbeitung der Dossiers unter Umständen nicht kohärent erfolgt. Im Zweifelsfall ersucht das OMC die Schwesterbehörde am Herkunftsort um Auskunft.

18. Angesichts der oben dargelegten binnenmarktrechtlichen Grundsätze werden die Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen wie folgt bewertet:

19. Ausserkantonale Anbieterinnen haben nur dann das Recht auf Marktzugang gestützt auf das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM), wenn sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Folglich ist es grundsätzlich zulässig, dass die Behörden des Kantons Waadt eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten **Berufsausübungsbewilligung** verlangen, um sich der Rechtmäs-

<sup>16</sup> Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 ff.

<sup>17</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

<sup>18</sup> BGE 123 I 313 E. 4b (RA Häberli): «Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist»; so auch BGER, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 E. 2d (Anwalt Waadt).

<sup>19</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>20</sup> BGER, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>21</sup> Für den medizinischen Bereich handelt es sich um die folgenden Berufe: Rettungssanitäter/in, Ernährungsberater/in, Drogist/in, Ergotherapeut/in, Dentalhygieniker/in, Pflegefachmann/-frau, Logopäde/pädin, Optiker/in oder Optometrist/in, Osteopath/in, Physiotherapeut/in, Podologe/in, Hebamme/Entbindungspfleger und Psychomotoriktherapeut/in. Für nicht-therapeutisch tätige Psychologen bzw. Psychologinnen gilt im Kanton Waadt keine Bewilligungspflicht.

Für den Bereich der Veterinärberufe handelt es sich um die folgenden Tätigkeiten: Verantwortliche/r einer privaten Tierapotheke für den Detailhandel (hauptsächlich aus Tierarzneimitteln bestehendes Medikamentensortiment), für die Abgabe von Tierarzneimitteln verantwortliche Person in einem Zoo- oder Imkerfachgeschäft.

<sup>22</sup> Erhältlich auf: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/sante/Professionnels/Service\\_en\\_ligne/Formulaire\\_demande\\_autorisation\\_pratiquer.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Service_en_ligne/Formulaire_demande_autorisation_pratiquer.pdf).

<sup>23</sup> Dieses Dokument wird im Formular des Gesuchs um Berufsausübungsbewilligung für ausserkantonale Anbieterinnen nicht verlangt (vgl. Fn auf Seite 3 des Dokuments, unter «*procédure simplifiée*»).

<sup>24</sup> Dieses Dokument wird gemäss den Antworten im Fragebogen zwar verlangt, ist aber in der Liste der einzureichenden Dokumente auf der Website des Gesundheitsamts des Kantons Waadt nicht aufgeführt.

sigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu verwissem. Allerdings gilt dies nur dann, wenn die betreffende Tätigkeit auch am Herkunftsort einer gesetzlichen Bewilligungspflicht unterliegt. Das Recht auf Marktzugang gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM besteht jedoch selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort keiner Bewilligungspflicht unterliegt.<sup>25</sup> In diesem Fall ergibt sich die Rechtmässigkeit direkt aus dem am Herkunftsort geltenden Rechtsrahmen und es kann keine Kopie der Bewilligung verlangt werden. Die vom Kanton Waadt vorgesehene Bewilligungspflicht lässt jedoch den Schluss zu dass die Marktzugangsordnungen nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Folglich darf der Kanton Waadt im Einklang mit den Bestimmungen von Artikel 3 BGBM den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken (vgl. unten Rz 24). Ausserdem fragt sich, ob die Waadtländer Behörden angesichts des Erfordernisses des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) eine **Unbedenklichkeitserklärung** („*certificat de situation professionnelle*“) verlangen dürfen. Gestützt auf das Herkunftsprinzip darf diese nicht dazu dienen, die im Waadtländer Recht vorgesehenen persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen zu überprüfen. Mithilfe eines solchen Dokuments lässt sich indessen abklären, ob die gesuchstellende Person zum Zeitpunkt, an dem sie das Gesuch um Marktzugang stellt, die am Herkunftsort geltenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig oder unter Umständen mit Bedingungen und/oder Auflagen verbunden ist und ob ein Disziplinarverfahren läuft.

20. Mit Blick auf das Binnenmarktrecht gilt es zu beachten, dass die ausserkantonale gesuchstellende Person grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren hat (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Allerdings verlangen die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen jeweils eine Gebühr, sodass der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens unterlaufen wird. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur Einreichung einer solchen Erklärung gerechtfertigt ist.

21. Im Übrigen muss der Kanton Waadt die Bewilligung gestützt auf das BGBM selbst dann ausstellen, wenn im Herkunftskanton ein Disziplinarverfahren gegen die gesuchstellende Person hängig ist. Das Recht auf Marktzugang ist von der *rechtmässigen* Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort abhängig. Ein laufendes Disziplinarverfahren hat keine Auswirkung auf die am Herkunftsort ausgeübte Tätigkeit. Selbst disziplinarische Massnahmen, sofern diese nicht zum Entzug der Erstbewilligung führen, stellen somit keinen hinreichenden Grund zur Verweigerung einer Marktzugangsbewilligung im Kanton Waadt dar. Erst wenn die vom Herkunftsort ausgestellte Bewilligung rechtskräftig entzogen wurde und die Tätigkeit am Herkunftsort damit nicht mehr rechtmässig ausgeübt werden darf, kann auch der Kanton Waadt seine auf dem BGBM beruhende Bewilligung entziehen.

22. Es ist somit fraglich, ob eine Unbedenklichkeitserklärung wirklich unverzichtbar ist, um die Gültigkeit der Erstbewilligung zu überprüfen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine unbefristete Bewilligung immer noch gültig ist und allfällige geltenden Bedingungen und Auflagen darin erwähnt sind. Zwar ist es (theoretisch) möglich,

dass eine ausserkantonale Anbieterin missbräuchlich versucht, mithilfe einer widerrufenen Bewilligung eine Bewilligung im Kanton Waadt zu erhalten. Um solche Fälle auszuschliessen, haben die Waadtländer Behörden ein Interesse daran, sich vom Herkunftskanton bestätigen zu lassen, dass die unbefristete „Erstbewilligung“ nach wie vor gültig ist. Bei befristeten „Erstbewilligungen“ besteht dieses Risiko nicht, da die Inhaberin nach Ablauf der Bewilligungsdauer erneut überprüft wird und die neue Bewilligung im Kanton Waadt vorweisen muss.

23. Da das BGBM ein einfaches und kostenloses Marktzugangsverfahren verlangt, ist es vorzuziehen, dass die Behörden des Kantons Waadt mit der zuständigen Behörde am Herkunftsort direkt Kontakt aufnehmen und so die Gültigkeit der Erstbewilligung selbst direkt kontrollieren. Die ausserkantonale Anbieterin sollte aber zumindest die Wahl haben, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“) einreichen oder den Kanton Waadt ermächtigen will, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons die erforderlichen Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es den Behörden des Kantons Waadt, die Schwesterbehörde um eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung zu ersuchen, ohne die Gebühren indessen an die gesuchstellende Person weiterverrechnen zu können.

24. Die Behörden des Kantons Waadt verlangen unter anderem eine Kopie des erlangten **Diploms oder der Anerkennung** dieses Diploms. Hier gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Zulassungsvoraussetzungen von der Behörde am Bestimmungsort nicht rücküberprüft werden dürfen (vgl. oben Fn 15). Wenn also die Behörde des Herkunftsorts die fachliche Befähigung bereits kontrolliert hat, dürfen die Behörden des Kantons Waadt diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die entsprechende Tätigkeit am Herkunftsort ohne fachliche Voraussetzungen ausgeübt werden kann<sup>26</sup>, darf der Kanton Waadt die fachliche Befähigung der gesuchstellenden Person überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind; in diesem Fall müssen die Waadtländer Behörden jedoch die praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM berücksichtigen. Das bedeutet kurz gesagt, dass das Einverlangen einer Kopie des Diploms nur in Einzelfällen gerechtfertigt ist bzw. dass die Behörden des Kantons Waadt auf das Gesuch um Marktzugang auch dann eintreten müssen, wenn zusammen mit diesem nur die Erstbewilligung eingereicht wird. Im Gesuchsformular und auf der Website des Gesundheitsamtes des Kantons Waadt wird explizit die Kopie eines Diploms bzw. der Anerkennung verlangt: Dies kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Dokumente davon abhalten, überhaupt ein Gesuch zu stellen.

<sup>25</sup> ZWALD (Fn 1), N 48; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1231; WETTBEWERBSKOMMISSION (WEKO), Jahresbericht 2008 in: RPW 2009/1 29, S. 30; BGE 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009, Erw. 4.2.1.

<sup>26</sup> Das Herkunftsprinzip nach Artikel 2 Absatz 1–4 BGBM gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei oder ohne Anforderungen an die fachliche Befähigung zulässig ist (vgl. Fn 25).

25. Den Nachweis einer **Berufshaftpflichtversicherung** zu verlangen, ist grundsätzlich zulässig<sup>27</sup>, wobei gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM die am Herkunftsort von der gesuchstellenden Person bereits erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind.

26. Die Bezeichnungen der **Formulare**, die von der Website des Gesundheitsamtes des Kantons Waadt heruntergeladen werden können, sind für kantonale und für ausserkantonale Anbieterinnen zwar unterschiedlich, doch ihr Inhalt ist identisch.<sup>28</sup> Für bestimmte kantonal geregelte Gesundheitsberufe enthält das Formular auf einer zusätzlichen dritten Seite Angaben zu den verlangten Dokumenten. Dort ist u. a. das „vereinfachte Verfahren“ erwähnt; die dafür verlangten Dokumente entsprechen den Antworten im Fragebogen. Für bestimmte Berufe<sup>29</sup> hat der Kanton Waadt schliesslich geantwortet, dass er die fachlich selbstständige Berufsausübung nicht kennt bzw. diese nicht bewilligt; diese Berufe unterliegen demnach keiner Bewilligungspflicht. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht hat die Tatsache, dass eine Ausübungsform am Bestimmungsort nicht vorgesehen ist oder nicht existiert, jedoch keine Relevanz. Das Herkunftsprinzip bleibt weiterhin anwendbar.<sup>30</sup>

27. Anhand der vom OMC übermittelten **Marktzulassungsbewilligungen** lässt sich die Herkunft der ausserkantonalen Anbieterinnen nicht ermitteln, sodass der ausserkantonale Aspekt nicht ersichtlich ist. Einzig die Tatsache, dass keine Gebühr erhoben wurde, kann darauf hindeuten, dass es sich um eine gemäss BGBM erteilte Bewilligung handelt. Da die Bewilligungen jedoch keine Rechtsgrundlagen oder Rechtsmittelbelehrung enthalten, sind sie nicht per se als Verfügung gemäss Artikel 9 Absatz 1 BGBM erkennbar.

28. Die zuhanden ausserkantonaler gesuchstellender Personen **vom SCAV erlassenen Verfügungen** für nicht dem MedBG unterstellte, also kantonal geregelte Tätigkeiten und Berufe sind von vergleichsweise sehr hoher Qualität – ausser dass das BGBM nicht erwähnt wird.

## 2.2.2 Hotel- und Gastgewerbe

29. Die kantonale Gewerbepolizei (*Police cantonale du commerce*, PCC) ist für die Erteilung der Lizenzen sowie der Berufsausübungs- und Betriebsbewilligungen zuständig. Das Verfahren erfolgt gemäss dem Waadtländer Gastgewerbegesetz vom 26. März 2002: *Loi sur les auberges et les débits de boissons* (LADB; RSV 935.31). Gemäss den Antworten der PCC im Fragebogen sind die zusammen mit einem Gesuch einzureichenden Dokumente in Artikel 62 des Vollzugsreglements zum LADB vom 9. Dezember 2009 aufgeführt (RLADB; RSV 935.31). Es sind dies: eine Kopie des AHV-Ausweises, des Identitätsausweises und des Zeugnisses oder Diploms, ein Strafregisterauszug sowie für juristische Personen die UID-Nummer und ein Handelsregisterauszug. Für Personen, die im Kanton Waadt bereits einen Gastgewerbebetrieb führen, werden eine Kopie der Bewilligung sowie eine Bestätigung der AHV und der Vorsorgeeinrichtung über die Zahlung der Sozialabgaben verlangt. Gemäss der PCC müssen *alle* gesuchstellenden Personen – ortsfremde und ortsansässige – dieselben Unterlagen einreichen und es werde systematisch überprüft, ob die Voraussetzungen für die Lizenzerteilung nach Waadtländer Recht erfüllt seien. Dagegen kontrolliere sie nicht, ob die

Voraussetzungen des Herkunftsorts erfüllt seien. Schliesslich anerkennt die PCC laut eigenen Angaben im Einklang mit Artikel 4 BGBM die von den anderen Kantonen ausgestellten Fähigkeitsausweise und erhebt für alle Anbieterinnen eine Gebühr. Die PCC hat keine in Anwendung des BGBM erlassene Verfügung übermittelt und gab an, keine Bewilligungsgesuche ausserkantonaler Anbieterinnen erhalten zu haben.

30. Mit der Revision des BGBM im Jahr 2005 wurde unter anderem das Ziel verfolgt, die Niederlassungsfreiheit für Anbieterinnen einzuführen, die auf eine ortsgebundene Infrastruktur angewiesen sind. Der Bundesrat bezog sich insbesondere auf die Gastwirtinnen und Gastwirte,<sup>31</sup> die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ursprünglichen Fassung des BGBM nicht vom Herkunftsprinzip profitieren konnten.<sup>32</sup> Seit dem 1. Juli 2006 gilt das Herkunftsprinzip auch für die Gastwirtinnen und Gastwirte sowie weitere Akteure im Gastgewerbe. Somit können sie sich in einem Kanton niederlassen und dort gestützt auf ihre Erstbewilligung<sup>33</sup> und nach den Vorschriften ihres Herkunftsorts tätig werden.

31. Angesichts der vorhergehenden Erwägungen kann die PCC die Waadtländer Vorschriften nur dann auf ortsfremde Anbieterinnen anwenden, wenn die Behörde des Herkunftsorts das kontrollierte Kriterium nicht bereits überprüft hat (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und deren Anwendung die Voraussetzungen zur Marktzugangsbeschränkung von Artikel 3 BGBM erfüllt (vgl. Rz 9). Folglich dürfen für ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte oder Hotelbetreiberinnen und Hotelbetreiber, die sich im Kanton Waadt niederlassen, indem sie dort einen zweiten Gastgewerbebetrieb eröffnen, keine übermässigen Formalitäten anfallen. Die PCC darf mit dem Gesuch nur die Einreichung der gültigen Erstbewilligung – oder den Nachweis, dass die gesuchstellende Person die Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligungspflicht rechtmässig ausübt – sowie einen Identitätsausweis (bzw. ein Dokument zur Identität des Betriebs) verlangen; Artikel 2 Absatz 4 BGBM begründet das Recht auf die Erteilung einer Bewilligung im Kanton Waadt.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001, Erw. 3c.

<sup>28</sup> Für entsprechende Formulare den jeweiligen Link der einzelnen unter der folgenden Adresse aufgeführten Berufe anklicken: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/>; für Ergotherapeuten/Ergotherapeutinnen sind die Formulare «Formulaire\_Romand\_Demande\_AP\_fr.pdf» für Waadtländer Anbieterinnen und «Autorisation\_de\_pratiquer.pdf» für ausserkantonale Anbieterinnen verfügbar unter: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/ergotherapeute/ergotherapeute-conditions-doctroi/>.

<sup>29</sup> Fachperson Gesundheit (FAGE), Krankenpfleger/in, medizinische/r Masseur/in, biomedizinische/r Analytiker/in, Fachperson für medizinisch-technische Radiologie (MTRA), Fachperson Operationstechnik.

<sup>30</sup> Vgl. dazu RPW 2012/3, 530 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Botschaft Revision BGBM (Fn 12), 484.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 2P.362/1998 zu Art. 2 BGBM 95; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1218–1225.

<sup>33</sup> Vgl. *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*, veröffentlicht in RPW 2015/2 160.

32. Unter den verlangten Unterlagen ist der vor höchstens drei Monaten ausgestellte **Strafregisterauszug** problematisch. Die Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und das Rücküberprüfungsverbot gelten laut Bundesgericht nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen. Wenn das Bewilligungsverfahren am Herkunftsort ebenfalls die Einreichung eines Strafregisterauszugs vorsieht, kann der Kanton Waadt dieses Dokument für ein Marktzugangsgesuch im Waadtland nicht mehr verlangen.

33. Angesichts der Angabe, wonach die von anderen Kantonen ausgestellten **Fähigkeitsausweise** anerkannt werden, hält der Kanton Waadt Artikel 4 BGBM unter Umständen ein. Allerdings lässt sich diese Aussage durch nichts untermauern, da die PCC bisher laut eigenen Angaben nie mit einem Fall konfrontiert war, in dem sie das BGBM entsprechend anwenden musste.

34. Zudem scheint das Marktzugangsverfahren im Kanton Waadt für ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte oder Hotelbetreiberinnen und Hotelbetreiber den Anforderungen von Artikel 3 BGBM nicht zu genügen. So darf der Strafregisterauszug nur angefordert werden, wenn die Behörde des Herkunftsorts diesen nicht überprüft hat. Ansonsten wird die Gleichwertigkeitsvermutung verletzt (vgl. Rz 30). Die Behörden des Kantons Waadt verlangen jedoch von allen ausserkantonalen Gastwirtinnen und Gastwirten einen solchen Auszug.

35. Schliesslich steht die Erhebung von **Gebühren** für die Bearbeitung des Bewilligungsgesuchs einer ortsfremden Anbieterin eindeutig im Widerspruch zum Grundsatz der Kostenlosigkeit des Marktzugangsverfahrens. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts muss dieses Verfahren kostenlos sein (vgl. Rz 12).

### 2.2.3 Schneesportunterricht für Minderjährige

36. Um Schneesportunterricht für Minderjährige auf gesicherten Pisten anbieten zu können<sup>34</sup>, erteilt die PCC Privaten die entsprechende Bewilligung in Anwendung des *Loi sur l'exercice des activités économiques* vom 31. März 2005 (LEAE; RSV 930.01). Das LEAE unterscheidet insofern zwischen unselbstständiger und selbstständiger Ausübung entsprechender Aktivitäten, als unterschiedliche Bescheinigungen verlangt werden<sup>35</sup>; in beiden Fällen gilt jedoch, dass keine Verurteilung wegen Verletzung der körperlichen oder sexuellen Unversehrtheit Minderjähriger vorliegen darf. Für die Ausübung als Selbstständiger wird im Wesentlichen eine weitergehende Ausbildung verlangt (bestandene Prüfung und diesbezügliche Bescheinigung nach einer der folgenden Ausbildungen: Eidgenössischer Fachausweis als Schneesportlehrer/in, Instruktoren/Instruktorinnen-Ausweis von Swiss Snowsports oder Instruktoren/Instruktorinnen-Ausweis des Schweizer Schneesport Berufs- und Schulverbands SSBS) als für die Ausübung dieser Tätigkeit im Angestelltenverhältnis (Prüfung und entsprechende Bescheinigung nach einer der folgenden Ausbildungen: „Kids Instructor“ von Swiss Snowsports, Jugend+Sport-Leiterinnen und Leiter der Kategorie Schneesport, oder sechstägige Ausbildung bei „Sports de Neige Vaudois“<sup>36</sup>). Laut Angaben der PCC wird für alle Anbieterinnen geprüft, ob die Voraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt sind. Die Erfüllung der Voraus-

setzungen nach dem Recht des Herkunftsorts wird hingegen nicht kontrolliert. Zudem werden alle von anderen Kantonen ausgestellten Bescheinigungen von der PCC kostenlos anerkannt. Für Verfügungen wird eine Gebühr erhoben; Ablehnungen werden begründet. Die PCC erinnert sich nicht daran, je „ein Gesuch einer ausserkantonalen Anbieterin erhalten zu haben, die sich auf die am Herkunftsort geltenden Zulassungsvoraussetzungen berufen hat“. Somit hat sie keine Verfügung hinsichtlich einer interkantonalen Marktzugangsbewilligung vorgelegt.

37. Da die PCC den gesuchstellenden Personen standardmässig Marktzugang nach dem Recht des Kantons Waadt gewährt, ist das – kostenpflichtige – Marktzugangsverfahren nicht BGBM-konform. Selbst wenn nur zwei Dokumente eingereicht werden müssen.

38. Ein BGBM-konformes Verfahren dürfte grundsätzlich nur die Übermittlung der am Herkunftsort ausgestellten Bewilligung sowie gegebenenfalls ein ausgefülltes Formular vorsehen. Die Bewilligung würde anschliessend kostenlos ausgestellt. Falls am Herkunftsort keine Bewilligung notwendig ist, ist festzustellen, dass die Marktzugangsordnungen nicht gleichwertig sind (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung, Art. 2 Abs. 5 BGBM). Folglich gilt es zu untersuchen, ob Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen gemäss den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM gerechtfertigt sind; in diesem Fall müssen die Behörden des Kantons Waadt jedoch die praktische Tätigkeit gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM berücksichtigen.<sup>37</sup> Das Erfordernis, wonach „keine Verurteilung [...] wegen Straftaten gegen die körperliche oder sexuelle Unversehrtheit Minderjähriger“ vorliegen darf, lässt sich von der Kantonspolizei leicht überprüfen: Sie kann mittels einer vorherigen schriftlichen Ermächtigung direkt einen Strafregisterauszug anfordern und überprüfen, ob ein entsprechender Eintrag darauf steht. Das Marktzugangsverfahren muss in jedem Fall kostenlos sein.

### 2.2.4 Occasionshandel

39. Der Kanton Waadt sieht im LAEA eine Bewilligungspflicht für den Occasionshandel vor. Für die Ausstellung der Bewilligungen, die für bestimmte im Kanton gelegene Räumlichkeiten erteilt werden, sind die Gemeinden zuständig. In Artikel 69 LEAE sind die Bewilligungsvoraussetzungen festgelegt, nämlich:

- Vorlage eines Strafregisterauszugs als Nachweis, dass die Person in den letzten zwei Jahren im Zusammenhang mit dem Handel nicht verurteilt wurde;

<sup>34</sup> Die Tätigkeit als Schneesportlehrer/in abseits der gesicherten Pisten unterliegt dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten (SR 935.91). Laut diesem Gesetz (Art. 7–9) gelten die vom Wohnsitzkanton der Anbieterin erteilten Bewilligungen für das ganze Gebiet der Schweiz.

<sup>35</sup> Zu den Einzelheiten der Bewilligungen vgl. Tabelle auf der Website des Kantons Waadt: <http://www.vd.ch/themes/economie/police-du-commerce/activites-sportives/maitre-sports-neige/>.

<sup>36</sup> Der Verein *Sports de Neige Vaudois* (SNVD) ist aus der Fusion der Vereine AESSVD (*Association des Ecoles Suisses de Ski VD*), AVMS (*Association Vaudoise des Maîtres de Ski*) und AVES (*Inter-Association Vaudoise pour l'Enseignement du Ski*) hervorgegangen; vgl. [www.snvd.ch](http://www.snvd.ch).

<sup>37</sup> Zusammenfassung eines Marktzugangsverfahrens, vgl. oben Rz 15.



- Vorlage eines Betreibungsregisterauszugs als Bescheinigung der Solvenz der gesuchstellenden Person;
- Nachweis, dass die gesuchstellende Person über die für diese Gewerbetätigkeit notwendigen Räumlichkeiten verfügt;
- für ausländische gesuchstellende Personen: Vorlage einer Niederlassungsbewilligung oder ansonsten einer Bewilligung des Arbeitsamts.

40. Laut den Antworten der PCC gelten diese Bedingungen für alle ortsfremden und ortsansässigen Anbieterinnen. Die PCC prüfe systematisch, ob die Voraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt seien. Jede Ablehnung werde begründet. Gemäss der PCC muss jede ausserkantonale Anbieterin zwingend die Voraussetzungen des LEAE erfüllen. Alle in diesem Bereich erlassenen Verfügungen sind kostenpflichtig. Die PCC hat geantwortet, dass ihr keine Verfügungen zu ausserkantonalen Anbieterinnen bekannt sind.

41. Im Falle eines Gesuchs einer ausserkantonalen Anbieterin muss in erster Linie das Waadtländer Recht mit dem am Herkunftsort geltenden Recht verglichen werden (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung, Art. 2 Abs. 5 BGBM); ist diese Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt, so muss gestützt auf die Waadtländer Marktzuangsordnung untersucht werden, ob Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen gemäss Artikel 3 BGBM möglich sind.

42. Da die Waadtländer Gemeinden bei der Erteilung einer Bewilligung für den Occasionshandel an ausserkantonale Anbieterinnen nur das kantonale Recht – das LEAE – anwenden, sollte dieses Gesetz für solche Fälle ein BGBM-konformes Verfahren vorsehen (vgl. Rz 15).

### 2.2.5 Kinderbetreuung

43. Das *Office de l'accueil de jour des enfants* (OAJE) des Kantons Waadt ist für die Bewilligungserteilung im Bereich der Kinderbetreuung zuständig. Laut den Antworten des OAJE unterliegen die Betreuung in Tagesfamilien sowie in vorschulischen und schulergänzenden Kindertagesstätten der Bewilligungspflicht gemäss der Verordnung (des Bundes) vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO; SR 211.222.338) und dem Waadtländer Gesetz vom 20. Juni 2006 *Loi sur l'accueil de jour des enfants* (LAJE; RSV 211.22). Laut dem LAJE fällt die Kinderbetreuung in Tagesfamilien in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden bzw. Gemeindeverbände. Ablehnungen müssen jedoch an das OAJE weitergeleitet werden; das OAJE habe „in den letzten Jahren“ allerdings keine erhalten. Die Betreuung in Kindertagesstätten fällt zwar in die Zuständigkeit des OAJE, allerdings habe es bisher keine Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen erhalten. Gemäss Angaben des OAJE müssen die für die Leitung oder das Betreuungspersonal verantwortlichen Personen – gleich wie die gesuchstellenden Personen aus dem Kanton Waadt – in jedem Fall ihre Abschlüsse und Diplome, Arbeitszeugnisse, einen Lebenslauf, ein Arztzeugnis und einen Strafregisterauszug vorlegen. Anschliessend überprüft das OAJE, ob die Bewilligungsvoraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt sind. Dabei räumt das OAJE ein, „die Anwen-

dung des Waadtländer Rechts nicht klar im Licht von Artikel 3 BGBM zu begründen“. Dagegen überprüft das OAJE die am Herkunftsort anwendbaren Marktzuangs-voraussetzungen nicht. Das Verfahren sei kostenlos für ausserkantonale Anbieterinnen. Die vom OAJE übermittelte Verfügung enthält im Sachverhalt keine interkantonalen Aspekte und ist deshalb in binnenmarktrechtlicher Hinsicht nicht relevant.

44. Das OAJE hat ferner angemerkt, dass im Bereich der Kindertagesstätten die Anwendung des BGBM schwer vorstellbar sei, insofern die Bewilligung „für eine bestimmte Einrichtung gilt, die insbesondere Anforderungen hinsichtlich der Räumlichkeiten erfüllen muss“. Die in diesem Bereich tätigen Einrichtungen würden „mehrheitlich von Vereinigungen mit ideellem Zweck betrieben und sind mithin [...] vom Geltungsbereich des BGBM ausgeschlossen“. Schliesslich erwähnt das OAJE, dass die Leitung und das Betreuungspersonal zwar konkret keiner Bewilligungspflicht unterliegen, aber die Anforderungen des „vom für die Kindertagesbetreuung zuständigen Amt festgelegten Qualifikationskatalogs für Leitung und Betreuungspersonal“ erfüllen müssen. Da diese Anforderungen je nach Kanton variieren, stellt das OAJE den Begriff „Fähigkeitsausweis“ nach Artikel 4 BGBM infrage. Das OAJE hat eine nach seinem Dafürhalten binnenmarktrechtlich relevante Verfügung beigelegt.

45. Die Waadtländer Behörde wendet das Recht des Kantons Waadt auf die ausserkantonalen Anbieterinnen an, ohne die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt und ohne überprüft zu haben, ob die Bedingungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind. Das OAJE behandelt also alle Gesuche nach dem Recht des Kantons Waadt.

46. Das Betreiben einer Krippe (vorschulische Kindertagesstätte) ist eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die dem Binnenmarktgesetz unterliegt (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Folglich haben in einem Kanton als Leiterin oder Leiter bzw. Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte zugelassene Personen das Recht, auch im Kanton Waadt die gleiche Tätigkeit rechtmässig auszuüben. Die Grundsätze von Rz 15 bleiben uneingeschränkt anwendbar.

47. Die Tatsache, dass die Bewilligung an eine Einrichtung bzw. deren Räumlichkeiten gebunden sei, ändert nichts daran, dass die für die Leitung und Betreuung verantwortlichen Personen kontrolliert werden müssen, sodass die Ausübung dieser Tätigkeit durch diese Personen entweder bewilligt oder verboten werden kann. Folglich ist diese Unterscheidung in binnenmarktrechtlicher Hinsicht nicht relevant.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Vgl. dazu: DIEBOLD (Fn 1), N 1222–1225; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, Basel 2013, N 26 ff. ad Art. 2 I–VI BGBM; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II, OF-Kommentar*, Zürich 2011, N 3 ad Art. 2 BGBM; Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 481 und 484.

48. Die Organisationsform der juristischen Person, die die Kindertagesstätte betreibt – ein „Verein mit ideellem Zweck“, eine Stiftung oder eine Aktiengesellschaft –, hat keinerlei Einfluss auf den Geltungsbereich des BGBM. Der „ideelle Zweck“ der Vereine, an dem sich das OAJE offenbar stört, ist durchaus vereinbar mit dem Begriff „nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit“ von Artikel 1 Absatz 3 BGBM. Das BGBM ist auf alle natürlichen und juristischen Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz anwendbar. Der Geltungsbereich des BGBM ist identisch mit jenem des Verfassungsgrundsatzes der Wirtschaftsfreiheit.<sup>39</sup> Dieses verfassungsmässige Recht gilt für privatrechtliche juristische Personen, zu denen die Vereine gehören, die eine Tagesbetreuung für Kinder anbieten.<sup>40</sup> Soweit Vereine mit ideellem Zweck, die vorschulische/schulergänzende Betreuungsleistungen anbieten, also ihren Sitz in der Schweiz – sei dies im Waadtland oder in einem anderen Kanton – haben, fallen sie in den Geltungsbereich des BGBM.

49. Schliesslich hält die WEKO zur Frage des OAJE betreffend den Begriff des Fähigkeitsausweises in Artikel 4 BGBM Folgendes fest:

50. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum BGBM in der Fassung vor der Revision von 2005 war Artikel 4 Absatz 1 BGBM nicht anwendbar, wenn der Bestimmungskanton anders als der Herkunftskanton keine selbstständige Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit vorsah bzw. diese nur Inhaberinnen und Inhabern eines anderen Fähigkeitsausweises gestattete.<sup>41</sup> Nach dieser Rechtsprechung besitzt ein kantonaler Fähigkeitsausweis gestützt auf Artikel 4 Absatz 1 BGBM nur in denjenigen Kantonen Gültigkeit, die einen gleichwertigen Ausweis vorsehen. Diese Bestimmung kann aber nur geltend gemacht werden, wenn sowohl am Herkunfts- wie auch am Bestimmungsort überhaupt ein Fähigkeitsausweis existiert. Anderenfalls richtet sich das Recht auf Marktzugang nach Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM, die parallel zu Artikel 4 BGBM anwendbar sind.<sup>42</sup>

51. Selbst wenn im Kanton Waadt kein Fähigkeitsausweis existiert, verfügen andere Kantone unter Umständen über dieses System. Das Fehlen eines Fähigkeitsausweises für die Tätigkeit der Kindertagesstätten bedeutet lediglich, dass das OAJE nicht das Anerkennungsprinzip (ein besonderer Fall des Herkunftsprinzips – Art. 4 BGBM), sondern einfach das Herkunftsprinzip anwenden muss (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Folglich muss das OAJE für ortsfremde Anbieterinnen mit Fähigkeitsausweis im Einklang mit Rz 15 verfahren (vgl. oben).

52. Das OAJE müsste bei Marktzugangsgesuchen ausserkantonalen Anbieterinnen die Zulassungsvoraussetzungen am Herkunftsort somit mit denjenigen des Waadtlandes Rechts vergleichen. Gelangt das OAJE zum Schluss, dass die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt ist, muss der Marktzugang ohne Weiteres gewährt werden. Stellt das OAJE indessen fest, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist, so kann es prüfen, ob der Marktzugang – in Form von Auflagen oder Bedingungen – zu beschränken ist, sofern sämtliche Anforderun-

gen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind (d. h. die Beschränkungen nicht-diskriminierend, zur Wahrung überwiegender Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind); darüber ist im Rahmen eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens zu entscheiden. Ausserkantonale Anbieterinnen sollten nur ein Formular ausfüllen und ihre Bewilligung einreichen müssen.<sup>43</sup>

## 2.2.6 Sicherheitsdienste

53. Der Kanton Waadt hat als Einleitung zu seinen Antworten angemerkt, dass er Mitglied des Westschweizer Konkordats vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen ist (*Concordat sur les entreprises de sécurité*; C ESéc; RSV 935.91). Die Anwendung des C ESéc wird somit ad hoc von der Konkordatskommission koordiniert, die wiederum der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren der Westschweiz (CLPJP) unterstellt ist. Die Vorsteherin des *Département des institutions et de la sécurité* hat folglich darauf hingewiesen, dass die Anwendung des BGBM in Bezug auf das C ESéc mit Blick auf das Inkrafttreten des revidierten BGBM (1. Juli 2006) bereits evaluiert wurde. Laut der Departementsvorsteherin und dem Schreiben des Vorstehers des früheren Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, auf das sie sich bezieht, betrifft Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM nur die Prüfung der fachlichen Befähigung. Folglich wird die persönliche Befähigung von Anbieterinnen aus Kantonen, die nicht Mitglieder des Konkordats sind, in einer sogenannten „polizeilichen“ Kontrolle (rück)überprüft. Zudem sei „seit Langem und in vollem Einvernehmen mit dem Bund anerkannt, dass die Grundsätze von Artikel 3 Absatz 4 BGBM nur formelle Anerkennungsverfahren für bereits bestehende Ausweise und Bewilligungen betreffen können und nicht die Verfahren, in denen neue persönliche polizeiliche Voraussetzungen von der Behörde untersucht werden (müssen)“.

54. Als Antwort auf die Fragen der WEKO teilte der Kanton Waadt mit, dass für **ortsfremde Anbieterinnen aus einem C-ESéc-Konkordatskanton der freie Marktzugang** gemäss Artikel 12 Absatz 1 C ESéc gewährleistet sei. Für Anbieterinnen aus Nicht-Konkordatskantonen muss unterschieden werden zwischen der Regelung für Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde und

<sup>39</sup> Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N153 ff. und zitierte Referenzen; Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 505.

<sup>40</sup> Vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016, N 656; KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, N 46 ad Art. 27 BV.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 125 I 276, Erw. 5c.

<sup>42</sup> NICOLAS DIEBOLD, Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter, RPW 2012/3, 530 ff., 538 N 14; ZWALD, (Fn 1), S. 399 ff., N 85; OESCH/ZWALD, Fn 1, N 1 ad Art. 4; das Bundesgericht wendet das Recht auf Anerkennung der kantonalen Fähigkeitsausweise von Artikel 4 BGBM und das Recht auf Marktzugang von Artikel 2 BGBM ebenfalls parallel an, vgl. BGE 135 II 12, Erw. 2.

<sup>43</sup> Dokumente wie Konzepte zu Hygiene, Erziehung, Betrieb, Organisation usw. sind normalerweise fester Bestandteil der Bewilligung.

der auf die anderen ausserkantonalen Anbieterinnen anwendbaren Regelung. Der Kanton Waadt hat geantwortet, dass er Artikel 10a (ausserkantonale Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde) und Artikel 9 C ESéc (andere ausserkantonale Anbieterinnen) gestützt auf Artikel 10 Absatz 1 des Konkordats anwendet, d. h. dass er die für diese Anbieterinnen von anderen Behörden ausgestellten Befähigungsausweise anerkennt.

55. Nach Auffassung des Kantons Waadt erlaubt die Rücküberprüfung der persönlichen polizeilichen Voraussetzungen eine Gleichbehandlung der Anbieterinnen aus „Nicht-Konkordatskantonen“. Laut der Antwort stellt die gemäss C ESéc ausgestellte Bewilligung keinen Fähigkeitsausweis nach Artikel 4 BGBM dar, weil nur persönliche Voraussetzungen geprüft werden und die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM vorgesehene praktische Tätigkeit vom C ESéc als Kriterium nicht berücksichtigt wird. Mit Ausnahme der Hundeführerinnen und Hundeführer und ihrer Hunde, für die eine Prüfung, weitere spezifische Bedingungen sowie das Bestehen eines Eignungstests vorgeschrieben sind (vgl. Art. 10a C ESéc), muss die praktische Tätigkeit demnach nicht berücksichtigt werden. Da das Konkordat überdies für Letztere die Anerkennung der Eignungstest regelt, wäre Artikel 4 Absätze 1 und 3 BGBM im Hinblick auf Artikel 4 Absatz 4 BGBM nicht anwendbar. Gemäss diesem Absatz gehen nämlich interkantonale Vereinbarungen, die die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorsehen, dem BGBM vor.

56. Der Kanton Waadt hat dem beantworteten Fragebogen keine Verfügung beigelegt.

57. Laut Artikel 10 Absatz 1 C ESéc darf das Personal von Sicherheitsunternehmen, die weder ihren Sitz noch eine Zweigstelle in einem der Konkordatskantone haben, dort ihre Tätigkeit nur ausüben, wenn eine Bewilligung gemäss den Bedingungen der Artikel 9 und 10a C ESéc erteilt wurde. Übt das Sicherheitsunternehmen seine Tätigkeit zudem ausschliesslich oder mehrheitlich auf dem Gebiet der Konkordatskantone aus, muss die Leiterin bzw. der Leiter des Unternehmens oder eine vom ihm bezeichnete verantwortliche Person zusätzlich die in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe f C ESéc verankerten Bedingungen erfüllen (bestandene Prüfung über Kenntnisse der Gesetzgebung). Für punktuelle Einsätze bzw. solche, die höchstens 50 Prozent der Tätigkeit des Unternehmens ausmachen, muss diese Bedingung dagegen nicht erfüllt sein.

58. Artikel 9 C ESéc sieht also im Wesentlichen vor, dass eine Bewilligung nur an eine natürliche Person ausgestellt werden darf, die:

- a. das Schweizer Bürgerrecht besitzt, aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation stammt oder, für Personen aus anderen Staaten, eine Niederlassungsbewilligung oder seit mindestens zwei Jahren eine Aufenthaltsbewilligung besitzt;
- b. handlungsfähig ist;
- c. zahlungsfähig ist bzw. gegen die keine definitiven Verlustscheine ausgestellt wurden;
- d. durch ihr Vorleben, ihren Charakter und ihr Verhalten jegliche Gewähr für Ehrenhaftigkeit in Bezug

auf den betroffenen Tätigkeitsbereich bietet, wie dies eine Richtlinie der Konkordatskommission vorsieht<sup>44</sup>.

59. Laut dem Wortlaut von Absatz 2 dieser Bestimmung muss die Leiterin bzw. der Leiter des Sicherheitsunternehmens oder der Zweigstelle zudem die in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe f C ESéc erwähnte Prüfung bestanden haben.

60. Gemäss Artikel 10 Absatz 3 C ESéc prüft die für den Kanton Waadt zuständige Behörde im Fall von Gesuchen von Anbieterinnen aus Nicht-Konkordatskantonen um Zugang zum Waadtländer Markt (der zum Geltungsbereich des C ESéc gehört) die Gleichwertigkeit der Bewilligung und entscheidet, ob die Anbieterin angesichts der vorgelegten Nachweise erneut belegen muss, dass sie die persönlichen (polizeilichen<sup>45</sup>) Voraussetzungen für die Bewilligung (d. h. diejenigen von Artikel 9 C ESéc) erfüllt.

61. Gemäss Artikel 10a C ESéc setzen Hundeeinsätze zur Ausführung der im Konkordat geregelten Tätigkeiten eine Bewilligung voraus; diese wird nur erteilt, wenn in einem Eignungstest nachgewiesen wird, dass die Hundeführerin oder der Hundeführer zum Führen des Hundes geeignet und der eingesetzte Hund entsprechend ausgebildet ist. Für vom Herkunftskanton bereits zugelassene Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde prüft die zuständige Behörde des Kantons Waadt die Anerkennung der Bewilligung oder der Eignungsbescheinigung und legt fest, ob die gesuchstellende Person den im C ESéc bzw. in einer Richtlinie der Konkordatskommission vorgesehenen Eignungstest ganz oder teilweise wiederholen muss (Art. 10a Abs. 4 C ESéc).

62. Das C ESéc enthält keine Bestimmung zum Marktzugangsverfahren, sondern nur (persönliche) Voraussetzungen für den Marktzugang; es begnügt sich mit einem Verweis auf eine Richtlinie der Konkordatskommission zu den „Modalitäten der Anerkennung“. Bei Recherchen auf der Website der Waadtländer Kantonspolizei<sup>46</sup> war jedoch keine spezifische Richtlinie zu finden. Da der Kanton Waadt ausserdem keine Verfügung übermittelt hat, lässt sich seine Praxis bei der Gewährung des Marktzugangs im Bereich der privaten Sicherheitsdienste nicht untersuchen.

63. In Bezug auf das BGBM gilt es zunächst dessen Anwendung mit Blick auf das C ESéc zu prüfen. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die Anwendung eines Konkordats, das die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (und damit die Freizügigkeit für deren Inhaberinnen und Inhaber) regelt, dem BGBM vorgeht

<sup>44</sup> Vgl. Pkt. 2.3.1 der Richtlinie vom 28. Mai 2009 *Directive concernant le concordat du 18 mai 1996* (Allgemeine Richtlinie verfügbar auf: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/dse/polcant/fichiers\\_pdf/12a.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dse/polcant/fichiers_pdf/12a.pdf)) sowie Pkt. I und II der Richtlinie vom 3. Juni 2004 *Directive concernant l'exigence d'honorabilité* (verfügbar auf: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/securite/police/fichiers\\_pdf/exigence\\_honorabilite.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/securite/police/fichiers_pdf/exigence_honorabilite.pdf)).

<sup>45</sup> Wie in der Antwort des Kantons Waadt erwähnt.

<sup>46</sup> Insbesondere unter: <http://www.vd.ch/themes/securite/police/entreprises-de-securite/>.

(Art. 4 Abs. 4 BGBM). Gewährt dieses Konkordat allerdings nicht mindestens die gleichen Rechte wie das BGBM, wird es subsidiär als Mindeststandard angewendet.<sup>47</sup> Im vorliegenden Fall stehen die Freizügigkeit und die Anerkennung der Bewilligungen und Fähigkeitsausweise innerhalb des Konkordatsraums nicht infrage. Hingegen ist und bleibt für Anbieterinnen ausserhalb des C ESéc-Gebiets das BGBM anwendbar.

64. Aus den Antworten des Kantons Waadt lässt sich schliessen, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Behörden auf ausserkantonale Anbieterinnen bzw. Anbieterinnen aus «Nicht-Konkordatskantonen» nicht das BGBM anwenden. In der Praxis müsste die zuständige Waadtländer Behörde für solche Anbieterinnen die am Herkunftsort geltenden Vorschriften konkret mit jenen des C ESéc vergleichen und prüfen, ob die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist. Die Gleichwertigkeitsvermutung betrifft die persönlichen wie auch die fachlichen Voraussetzungen für den Marktzugang. Nur wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt und die Anforderungen von Artikel 3 BGBM unter Berücksichtigung der Nachweise und Sicherheiten (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM) sowie der praktischen Tätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM) erfüllt sind, können Bedingungen gestellt und Auflagen gemacht werden, z. B. das Bestehen einer Prüfung.

65. Falls der Herkunftskanton ebenfalls **fachliche Voraussetzungen** für die Marktzulassung vorsieht, kann die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt werden. Folglich kann in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen keine Beschränkung in Form von Auflagen oder Bedingungen auferlegt werden. Stellt sich zudem heraus, dass die am Herkunftsort erteilte Bewilligung einem **Fähigkeitsausweis** entspricht (vgl. z. B. Art. 10a C ESéc betreffend Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde), kann die zuständige Waadtländer Behörde diese zwar gestützt auf Artikel 4 BGBM anerkennen, muss aber den Marktzugang gemäss dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) in jedem Fall ohne weitere Förmlichkeiten als die Vorlage dieser Bewilligung gewähren.

66. Ist indessen am Herkunftsort keine Prüfung vorgesehen, so ist die Marktzugangsordnung nicht gleichwertig mit jener des C ESéc und die Gleichwertigkeitsvermutung kann widerlegt werden. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM ist jedoch die praktische Tätigkeit der ausserkantonalen gesuchstellenden Person bzw. der gesuchstellenden Person aus einem „Nicht-Konkordatskanton“ zu berücksichtigen. Damit kann die für die Anwendung des C ESéc zuständige Waadtländer Behörde den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen in Bezug auf die fachliche Ausbildung der gesuchstellenden Personen aus solchen Kantonen beschränken. Solche Beschränkungen müssen jedoch auch ortsansässige Anbieterinnen (aus dem „Konkordatsgebiet“) betreffen, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Nicht verhältnismässig nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM sind Beschränkungen dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die von der Anbieterin am Herkunftsort ausgeübte praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständige Waadtländer Behörde keine

Marktzugangsbeschränkung auferlegen darf, wenn das selbstständige oder angestellte Sicherheitspersonal aus einem solchen Kanton über ausreichende Berufserfahrungen verfügt.<sup>48</sup> Aus Sicht der WEKO sind drei Jahre ausreichend.<sup>49</sup>

67. Sieht der Herkunftskanton ebenfalls **persönliche Voraussetzungen** für die Marktzulassung vor, so kann die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt werden. In diesem Fall darf die Waadtländer Behörde weder die Anwendung der Bestimmungen des C ESéc prüfen, noch die persönlichen Marktzugangsvoraussetzungen rücküberprüfen oder eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“ oder „*Letter of Good Standing*“) verlangen. Eine Ausnahme für das Einverlangen einer solchen Erklärung ist – trotz der Marktzugangsordnungen – allerdings zu prüfen. Dies kann nämlich dann gerechtfertigt sein, wenn der Kanton Waadt bzw. das C ESéc die periodische Rücküberprüfung der für die Ausübung dieser Tätigkeit wesentlichen persönlichen Voraussetzungen verlangt und die Bewilligung befristet, während der Herkunftskanton („Nicht-Konkordatskanton“) nur eine einmalige Prüfung für die Erteilung der unbefristeten Erstbewilligung vorsieht. Um diese periodische Rücküberprüfung durchführen zu können, ist es somit womöglich gerechtfertigt, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Waadtländer Behörden von den Anbieterinnen eine Unbedenklichkeitserklärung verlangen und eine befristete Verfügung erlassen.

68. Sieht der Herkunftskanton hingegen keine persönliche Voraussetzung für die Marktzulassung vor, so können die Marktzugangsordnungen als nicht gleichwertig betrachtet und somit Auflagen oder Bedingungen gemäss Artikel 3 BGBM auferlegt werden.

69. Um die persönliche Eignung von Personen aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienste zu garantieren, dürfen – sofern der Kanton Waadt damit davon ausgehen kann, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist – die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Behörden den Marktzugang schliesslich in Form von Auflagen oder Bedingungen beschränken. Konkret müssen die gesuchstellenden Personen bei ihrer Wohn- oder Sitzgemeinde die Durchführung einer amtlichen Leumundsüberprüfung (guter Leumund und gute Sitten) nach den auf das C ESéc gestützten Richtlinien beantragen. Diese Auflage gilt gleichermassen für Personen aus den C ESéc-Konkordatskantonen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Die Prüfung der persönlichen Eignung ist angesichts des Risikos, das von charakterlich nicht geeigneten Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen ausgeht, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit grundsätzlich geeignet und notwendig. Eine solche amtliche Leumundsüberprüfung ist für

<sup>47</sup> Vgl. BGE 136 II 470, Erw. 5.1 ff., 5.2.

<sup>48</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1102.

<sup>49</sup> Gutachten der WEKO vom 5. Dezember 2016 über die Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone.

Anbieterinnen, die an ihrem ausserkantonalen Herkunftsort (in „Nicht-Konkordatskantonen“) tätig sind und ihre Tätigkeit nun im Kanton Waadt bzw. im C ESéc-Konkordatsgebiet ausüben möchten, durchaus zumutbar. Damit das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) gewahrt ist, muss eine gesuchstellende Person in jedem Fall zugelassen werden, wenn die zuständige Behörde des Herkunftsorts ihren einwandfreien Leumund bestätigt hat. Ferner ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Bewilligung darf im Einzelfall nur verweigert werden, wenn in der Unbedenklichkeitserklärung der zuständigen Behörde des Herkunftsorts konkrete Verfehlungen verzeichnet sind, die die öffentliche Sicherheit gefährden könnten und begründete Zweifel liefern, dass die gesuchstellende Person für die Ausübung des Berufs als Sicherheitspersonal wirklich geeignet ist.<sup>50</sup>

70. Das Marktzugangsverfahren muss in jedem Fall einfach, rasch und kostenlos sein (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

71. Abschliessend müssen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt oder die Konkordatsorgane des C ESéc für jeden Nicht-Konkordatskanton prüfen, welche Bedingungen für die Ausübung der dem C-ESéc unterstehenden Tätigkeiten gelten, um für jeden Herkunftskanton einen Leitfaden bzw. ein Standardverfahren für den BGBM-konformen Zugang zum (Konkordats)Markt festzulegen (vgl. oben Rz 64 ff.). Diese Massnahme ist wegen des Erfordernisses des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) unerlässlich, weil die Zulassungsvorschriften für die Ausübung der dem C ESéc unterstehenden Tätigkeiten stark variieren.

### 3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

72. Kapitel 3 untersucht die Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kapitel 3.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kapitel 3.2 auf die Zulassungspraxis des Kantons Waadt im Bereich der universitären Medizinalberufe und der Psychoberufe angewendet.

#### 3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

##### 3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

73. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell durch Bundesrecht harmonisiert (**harmonisierter Bereich**) und wird von den Kantonen vollzogen (sog. Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses „atypische“ Binnenmarktproblem<sup>51</sup> bildet die ratio legis der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Artikel 2 Absatz 6 BGBM. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.<sup>52</sup> Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonale unterschiedliche

Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

74. Im Vergleich richtet sich der interkantonale Marktzugang im **nicht harmonisierten Bereich** wie gezeigt (vgl. Rz 9–12) nach dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) und der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung besagt, dass die im Kompetenzbereich der Kantone erlassenen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis der Bevölkerung von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.<sup>53</sup> Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hat die Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf (vgl. Rz 9 und 15). Nun wäre es in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Kantone beim Vollzug der bundesrechtlich **harmonisierten** Vorschriften durch unterschiedliche Auslegung oder Anwendung unterschiedlicher Massstäbe neue Binnenmarktschranken aufbauen könnten.

75. Aus diesem Grund sieht das Binnenmarktgesetz in Ergänzung zum Herkunftsprinzip vor, dass ein kantonaler Entscheid, wonach eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt. Wenn die Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts gar im nicht harmonisierten Bereich die Rechtsanwendung durch die Behörde des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf, dann muss dies umso mehr auch für den harmonisierten Bereich gelten. Der damalige Nationalrat DIDIER BURKHALTER führte in der damaligen parlamentarischen Diskussion dazu aus:

*« Mais ce principe du «Cassis de Dijon» [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

<sup>50</sup> Gutachten der WEKO vom 5. Dezember 2016 (Fn 49), Rz 99; Empfehlung der WEKO zu Taxis (Fn 2), Rz 47 ff.

<sup>51</sup> ZWALD (Fn 1), N 51.

<sup>52</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, S. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, S. 319; Sekretariat WEKO, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick, RPW 2006/2 221 ff.

<sup>53</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 474.

2. *Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du «Cassis de Dijon» à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération « veille à créer un espace économique suisse unique ». »<sup>54</sup>*

76. Die Regelung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM ist im Parlament insbesondere im Zusammenhang mit der Zulassungspraxis im Lebensmittelbereich diskutiert worden, sollte aber klarerweise nicht auf einen bestimmten Marktbereich beschränkt bleiben, sondern allgemein, d. h. auch im Bereich der Dienstleistungen, Anwendung finden. In der Praxis entfaltet Artikel 2 Absatz 6 BGBM seine Wirkung beispielsweise für die Zulassung zur Entsorgung von Sonderabfällen, welche durch die Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005 (SR 814.610) bundesrechtlich geregelt ist. Die kantonale Behörde erteilt die Bewilligung für die Entgegennahme von Sonderabfällen, wenn aus dem Gesuch hervorgeht, dass das Entsorgungsunternehmen in der Lage ist, die Abfälle umweltverträglich zu entsorgen (Art. 10 Abs. 1 VeVA). Artikel 8 VeVA statuiert, dass solche Unternehmen für jede Betriebsstätte eine Bewilligung der kantonalen Behörde benötigen. Gemäss Kantonsgericht Basel-Landschaft stützt sich die im Kanton Aargau ausgestellte Bewilligung zum

Betrieb einer mobilen Aufbereitungsanlage ausschliesslich auf Bundesrecht, so dass sie gemäss Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz gilt. Erfolgt die Annahme der Sonderabfälle in einem anderen Kanton, so muss keine zusätzliche Entsorgungsbewilligung eingeholt werden.<sup>55</sup>

### 3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

77. In diesem Zusammenhang stellt sich vorab die Frage, ob die Nichtanerkennung eines kantonalen Entscheids im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 BGBM überhaupt nach Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

78. Nach ständiger Praxis und einhelliger Lehre können Beschränkungen des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) im **nicht harmonisierten** Bereich unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden. Wie bereits vorne in Randziffer 74 ausgeführt, besagt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>56</sup>

79. Aus den Protokollen zur parlamentarischen Beratung über die Revision des BGBM von 2005 geht hervor, dass die Idee des heutigen Artikel 2 Absatz 6 BGBM auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM entstanden ist. Auf Antrag des damaligen Nationalrats Burkhalter hat der Nationalrat die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM auf den kantonalen Vollzug von Bundesrecht ausgedehnt (Vollzugsföderalismus) und folgende Formulierung vorgeschlagen:

*„L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons**“<sup>57</sup>*

80. Der Ständerat hat diesen Vorschlag des Nationalrats aufgenommen und entsprechend der heutigen Fassung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM neu formuliert. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt.“<sup>58</sup>*

<sup>54</sup> AB 2005 N 883.

<sup>55</sup> KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>56</sup> BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>57</sup> AB 2005 N 883.

<sup>58</sup> AB 2005 S 763.

81. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.<sup>59</sup>

82. Ein kantonaler Entscheid über die Bundesrechtskonformität einer Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung soll somit für die ganze Schweiz gelten. In aller Regel besteht für die Kantone deshalb kein Spielraum, die Anwendung von Bundesrecht durch die Behörde eines anderen Kantons zu hinterfragen und den Marktzugang zu beschränken. Genau das soll mit Artikel 2 Absatz 6 BGBM ja verhindert werden. Gleiches gilt mit Bezug auf Produkte und Dienstleistungen, die ohne vorgängige behördliche Kontrolle auf den Markt gebracht werden dürfen, aber einer nachträglichen Marktaufsicht unterstehen. Stellt eine kantonale Behörde anlässlich einer Stichprobenkontrolle fest, dass das Produkt nicht im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben steht, so gilt auch dieser kantonale Negativentscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide.“<sup>60</sup>*

83. Grundsätzlich gilt somit ein kantonaler Entscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität wäre in Analogie zur Praxis betreffend Artikel 2 Absatz 5 BGBM höchstens dann angebracht, wenn eine Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignisse nicht mehr erfüllt, oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewendet hat. Insofern die bundesrechtliche Vorschrift aber ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM kein Raum.

### 3.2 Universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe

84. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG; SR 935.81) regeln bundesrechtlich die Zulassungsvoraussetzungen für die diesen beiden Gesetzen unterstehenden Berufe. Es gilt zwischen den kantonalen Bewilligungsverfahren (Kap. 3.2.1) und den Meldeverfahren für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr bis zu 90 Tagen pro Jahr (Kap. 3.2.2) zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die binnenmarktrechtlichen Grundsätze subsidiär Anwendung finden.<sup>61</sup> Insbesondere hat eine Person, die bereits über eine kantonale Bewilligung verfügt und in einem anderen Kanton tätig werden will, nach dem Binnenmarktgesetz Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 3.2.1 Berufsausübungsbewilligung

85. Im Bereich der universitären Medizinalberufe sind die Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Berufsausübung in Artikel 36 MedBG bundesrechtlich geregelt. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Person vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG). Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde erteilt und ist nur im Ausstellungskanton gültig (Art. 34 MedBG).

86. Das Psychologieberufegesetz folgt derselben Struktur wie das MedBG. Die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen sind in Artikel 24 PsyG geregelt. Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde ausgestellt und ist nur im jeweiligen Kantonsgebiet gültig (Art. 22 Abs. 1 PsyG). Im Unterschied zum MedBG enthält das PsyG in Artikel 24 Absatz 2 den Grundsatz, dass eine Person, die über eine Bewilligung nach dem PsyG verfügt, grundsätzlich die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung in den übrigen Kantonen erfüllt. Diese Bestimmung konkretisiert den generellen binnenmarktrechtlichen Grundsatz von Artikel 2 Absatz 6 BGBM, wonach ein kantonaler Entscheid, dass eine Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt.

87. Die Marktzugangsverfahren für die **Berufe** im Geltungsbereich des **MedBG** und des **PsyG** werden durch das Kantonsarztamt (*Office du Médecin cantonal*)<sup>62</sup>, unterstützt durch den Kantonsapotheker, und für die Berufe im Veterinärbereich vom Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen (*Service de la consommation et des affaires vétérinaires*, SCAV)<sup>63</sup> durchgeführt. Beide Ämter verlangen für ein Marktzugangsgesuch die folgenden Unterlagen: Gesuchsformular für die Bewilligung, Kopie der vom Herkunftskanton erteilten Bewilligung („Erstbewilligung“), aktueller Lebenskauf, Kopie des Diploms/der Diplome und anderer Weiterbildungstitel und Bescheinigungen, Kopie des Identitätsausweises (für SCAV mit sichtbarem Foto; auf der Website des Kantonsarztamtes ist dieses Dokument allerdings nicht erwähnt<sup>64</sup>), Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung. Das Kantonsarztamt verlangt zusätzlich die Einreichung einer von der zuständigen Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Unbedenklichkeitserklärung („*Letter of Good Standing*“). Der SCAV verlangt ausserdem einen Strafregisterauszug im Original, ein Arztzeugnis über die Eignung zur Berufsausübung sowie gegebenenfalls die Kopie der Aufenthaltsbewilligung sowie die Adressen der verschiedenen geplanten Tätigkeitsorte.

<sup>59</sup> AB 2005 N 1620.

<sup>60</sup> AB 2005 S 763 ff.

<sup>61</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, hier 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, hier 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1082–1092.

<sup>62</sup> Dem Département für Gesundheit und Soziales (*Département de la santé et de l'action sociale*, DSAS) angegliedert.

<sup>63</sup> Dem Département für Raumentwicklung und Umwelt (*Département du territoire et de l'environnement*, DTE) angegliedert.

<sup>64</sup> Vgl. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

88. Das Kantonsarztamt hat mitgeteilt, dass im Zweifelsfall die zuständige Behörde des Herkunftsorts kontaktiert werde und dass das Verfahren kostenlos sei.

89. Der SCAV hat erklärt, dass das Verfahren kostenlos sei, die Bewilligung aber erst erteilt werde, wenn alle Voraussetzungen erfüllt seien.

90. Auf die Frage, welche Dokumente **nicht-ärztliche Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten**, die eine selbstständige Tätigkeit ausüben möchten, dem Marktzugangsgesuch beilegen müssen, hat das Kantonsarztamt nicht geantwortet. Laut dessen Website<sup>65</sup> müssen ein Gesuchsformular für die Bewilligung, die Kopie der Bewilligung des Herkunftskantons, die Kopie des Diploms, ein Lebenslauf sowie eine von der zuständigen Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung eingesendet werden. Das Verfahren ist kostenlos.

91. Der Vollzugsföderalismus birgt das Risiko, dass auslegungsbedürftige Voraussetzungen wie etwa der Begriff der Vertrauenswürdigkeit in verschiedenen Kantonen unterschiedlich streng angewendet werden. Dieser Auslegungsspielraum darf nicht zum Aufbau von neuen Freizügigkeitshindernissen führen, zumal die Freizügigkeit im Bereich der nicht bundesrechtlich harmonisierten Gesundheitsberufe gestützt auf das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip in Artikel 2 Absatz 1–5 BGBM gewährleistet ist (vgl. vorne Rz 7 ff.). Es wäre in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Freizügigkeit im nicht harmonisierten, kantonal geregelten Bereich besser funktionieren würde als im harmonisierten Bereich. Aus diesem Grund sieht Artikel 2 Absatz 6 BGBM vor, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde, wonach eine gesuchstellende Person die Voraussetzungen von Artikel 36 MedBG erfüllt, auch für die anderen Kantone verbindlich wirkt. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Artikel 2 Absatz 6 BGBM neben den kantonalen Entscheiden über die Bundesrechtskonformität der fachlichen Eignung auch den Entscheid über die Bundesrechtskonformität der persönlichen Eignung umfasst.

92. Daraus lässt sich ableiten, dass das aus der Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM entwickelte Rücküberprüfungsverbot des Bundesgerichts umso mehr auch für Artikel 2 Absatz 6 BGBM gelten muss (vgl. Rz 74). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Waadt ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung gar nicht erfüllt hat oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>66</sup> Beispielsweise könnte aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der gesuchstellenden Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Waadt verweigert und gleichzeitig auch die Erstbewilligung entzogen werden (Art. 38 MedBG; Art. 26 PsyG). Zu diesem Zweck gewähren die zuständigen kantonalen Behörden Amtshilfe und orientieren sich gegenseitig über Disziplinarfälle (Art. 42 und 44 MedBG; Art. 29 und 31 PsyG).

93. Nachdem der Entscheid der Bundesrechtskonformität einer kantonalen Behörde für alle übrigen Kantone verbindlich und eine Rücküberprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob der Kanton Waadt Dokumente wie eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“; zur Problematik von Unbedenklichkeitserklärungen vgl. Rz 19–23), einen Strafregisterauszug oder ein Arztzeugnis überhaupt verlangen darf. Hinzu kommt, dass in den Artikeln 42 und 44 MedBG und den Artikeln 29 und 31 PsyG je eine Amtshilfebestimmung enthalten ist und die kantonalen Behörden gegenseitig Informationen über die Gültigkeit der Bewilligung sowie allfällige Berufspflichtverletzungen austauschen können. Sodann haben die kantonalen Behörden im Medizinalberuferegister (MedReg, <https://www.medregom.admin.ch>) Zugang zu den folgenden Informationen:

- Medizinalpersonen mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländischen Diplom
- Informationen zu Weiterbildungen/Spezialisierungen
- Berufsausübungsbewilligungen (nur für selbstständige Berufstätigkeit benötigt)
- Praxisadressen
- Ausländische Medizinalpersonen, die während max. 90 Tagen pro Kalenderjahr in der Schweiz ihren Beruf selbstständig ausüben dürfen
- *Global Location Number* (GLN): Identifikationsnummer der registrierten Medizinalpersonen.

94. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ein ausgefülltes Gesuchsformular sowie eine Kopie der im Herkunftskanton ausgestellten Erstbewilligung für die Zulassung nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM grundsätzlich ausreichen muss. Die über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zugänglichen Informationen reichen aus, um die Richtigkeit der Angaben der gesuchstellenden Person zu überprüfen. Ist in einem anderen Kanton ein Disziplinarverfahren pendent, so kann der Kanton Waadt grundsätzlich in analoger Anwendung von Artikel 43 Absatz 4 MedBG und Artikel 30 Absatz 4 PsyG die Bewilligungserteilung bis zum Abschluss des Verfahrens aufschieben. Falls sich aufgrund der Angaben auf dem Gesuchsformular Anhaltspunkte ergeben, dass eine Bewilligungsvoraussetzung zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt sein könnte, kann der Kanton Waadt zur Klärung dieses Punktes von der gesuchstellenden Person weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

95. Sobald das Psychologieberuferegister (PsyReg) eingeführt ist, gelten diese Grundsätze ohne Weiteres auch für Personen, die in einem anderen Kanton über eine Bewilligung nach PsyG verfügen.

<sup>65</sup> Vgl. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

<sup>66</sup> BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1; BGE 135 II 12 Erw. 2.4; BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3.



96. Ferner könnte der Kanton Waadt eine Bewilligung zur Sicherung einer Versorgung von hoher Qualität in fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht einschränken (Art. 37 MedBG; Art. 25 PsyG). Insofern eine gesuchstellende Person bereits über eine MedBG oder PsyG-Bewilligung in einem anderen Kanton verfügt, unterstehen solche Auflagen den Marktzugangsgrundsätzen des BGBM. Wird einer ausserkantonalen gesuchstellenden Person eine Bewilligung im Kanton Waadt nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse zu begründen. Als solches kommt gemäss Artikel 37 MedBG und Artikel 25 PsyG einzig die Sicherung einer zuverlässigen Gesundheitsversorgung von hoher Qualität in Frage. Ausserdem muss eine kantonale Einschränkung oder Auflage gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).<sup>67</sup>

97. Dass sowohl das Kantonsarztamt als auch der SCAV das Marktzugangsverfahren für Inhaberinnen und Inhaber einer gemäss MedBG und PsyG von einem anderen Kanton erteilten Berufsausübungsbewilligung gratis durchführt, steht schliesslich im Einklang mit Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

### 3.2.2 90-Tage-Meldung

98. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine waadtländische Bewilligung im Kanton Waadt tätig sein dürfen. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht (Art. 35 Abs. 2 MedBG; Art. 23 Abs. 1 PsyG). Mit dieser Regelung soll eine Inländerdiskriminierung gegenüber Personen aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA verhindert werden, da diese gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen und das EFTA-Abkommen ebenfalls das Recht haben, während 90 Tagen pro Jahr in der Schweiz tätig zu sein.

99. Bei der Einführung dieser Regelung für das interkantonale Verhältnis wurde allerdings übersehen, dass die Inhaberinnen und Inhaber einer MedBG oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons ohnehin gestützt auf Artikel 2 Absatz 6 und Artikel 3 Absatz 4 BGBM den Anspruch haben, in jedem anderen Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren eine unbefristete MedBG- oder PsyG-Bewilligung zu erlangen. Dieses BGBM-konforme Bewilligungsverfahren ist weniger aufwändig als die jährlich zu wiederholende Meldeverfahren für die 90-Tage-Tätigkeit, sodass letzteres hinfällig wird.<sup>68</sup> Das Kantonsarztamt und der SCAV sollten gesuchstellende Personen, die im Kanton Waadt um eine Bewilligung für 90 Tage gemäss Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG ersuchen, über ihr Recht informieren, eine unbefristete Bewilligung zu beantragen.

100. In diesem Fall lassen sich die oben erwähnten binnenmarktrechtlichen Grundsätze (vgl. Rz 85–93) über das ordentliche Bewilligungsverfahren ohne Weiteres auch auf die 90-Tage-Meldung übertragen. Folglich kann der Kanton Waadt neben dem Gesuchsformular um Marktzugang und der auf das MedBG oder das PsyG gestützten

Verfügung des Herkunftskantons keine weiteren Dokumente einverlangen, ausser wenn wichtige Gründe vorliegen (vgl. Rz 94 in fine). Die Behörden des Kantons Waadt dürfen die Richtigkeit der über die Amtshilfebestimmung und das Gesundheitsberuferegister MedReg (sowie das künftige Psychologieberuferegister PsyReg) erlangten Auskünfte jederzeit überprüfen. Ferner muss das Verfahren kostenlos sein.

## 4 Empfehlungen

101. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

### A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Gesundheitsberufe, Gastgewerbe, Schneesportunterricht für Minderjährige, Occasionshandel, Kinderbetreuung und Sicherheitsdienste):

- A-1. Die zuständigen Behörden des Kantons Waadt müssen den Marktzugang in erster Linie nach Massgabe der **Verfügung und der Gesetzgebung des Herkunftskantons** prüfen (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Zum einen impliziert die Anwendung des Waadtländer Rechts auf jeden Fall, dass die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Zum anderen kann diese Anwendung nur als Auflagen und/oder Bedingungen verfügt werden, die durch die Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM begründet sind.
- A-2. Der Kanton Waadt muss den gesuchstellenden Personen die Möglichkeit geben, anstelle einer Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“ oder „*Letter of Good Standing*“) die Behörden des Kantons Waadt zu **ermächtigen**, bei den Schwesterbehörden des Herkunftskantons Auskünfte einzuholen.
- A-3. Die Behörden des Kantons Waadt müssen ein Marktzugangsgesuch auch dann nach dem Herkunftsprinzip prüfen, wenn die betreffende Tätigkeit gemäss dem Recht des Herkunftsorts **ohne Bewilligung** bzw. **ohne Fähigkeitsausweis** ausgeübt werden darf. Die Gesuchsformulare müssen entsprechend angepasst werden. Wenn die Behörden des Kantons Waadt eine Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung verweigern (z. B. kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis), müssen sie dies nach den Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM begründen und diesen Entscheid der WEKO mitteilen.

<sup>67</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, hier 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, hier 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1091.

<sup>68</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.

- 
- A-4. Der Kanton Waadt darf die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen (insbesondere anhand eines Strafregisterauszugs) nur dann überprüfen, wenn der Herkunftskanton dies nicht bereits getan hat. Wenn die Behörden des Kantons Waadt eine Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung verweigern (z. B. rechtskräftige Verurteilung), müssen sie dies nach den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründen und diesen Entscheid der WEKO mitteilen.
- A-5. Für auf das BGBM gestützte Verfügungen über die Marktzulassung dürfen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt keinerlei Gebühren erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).
- A-6. Der Kanton Waadt muss seine Verfügungen explizit auf Artikel 2 Absatz 3 BGBM (freier Dienstleistungsverkehr) bzw. Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit) abstützen.
- A-7. Die zuständige kantonale Behörde sollte Richtlinien zum BGBM-konformen Marktzugangsverfahren für Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen aus Kantonen ausserhalb des C ESéc erlassen.
- B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG- oder PsyG-Bewilligung, die von den Behörden eines anderen Kantons ausgestellt wurden:**
- B-1. Der Kanton Waadt muss den Marktzugang in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG- oder PsyG-Bewilligung beurteilen.
- B-2. Der Kanton Waadt muss die Richtigkeit der im Formular enthaltenen Angaben gestützt auf die Informationen im MedReg und PsyReg sowie über die Amtshilfe bei den Behörden des Herkunftskantons ad hoc überprüfen; es darf überdies keine Unbedenklichkeitserklärung („Letter of Good Standing“) verlangt werden.
- B-3. Der Kanton Waadt sollte auf das Einverlangen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen verzichten, da diese bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht wurden.
- B-4. Der Kanton Waadt sollte ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage-Tätigkeit nach Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder nach Artikel 23 Absatz 1 PsyG beantragen, darauf hinweisen, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Bewilligung beantragen können.
-

B 2.8	<b>7. Raccomandazione del 19 dicembre 2016 concernente la prassi amministrativa del Cantone di Vaud riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni</b>
-------	--

*Publicazione di una raccomandazione della Commissione della concorrenza emanata in applicazione della Legge sul mercato interno (art. 10a cpv. 1 LMI).*

Raccomandazione

del 19 dicembre 2016

Oggetto Indagine 614-0005 ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 della legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno

concernente la

Prassi amministrativa del Cantone di Vaud riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni

All'attenzione di Consiglio di Stato del Cantone di Vaud

## 1 Sommario

1. La legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02) garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Essa può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8 cpv. 3 LMI). Affinché la COMCO possa assolvere questo mandato di esecuzione, le autorità amministrative e giudiziarie le trasmettono spontaneamente una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

2. In data 30 novembre 2012 la COMCO ha richiamato l'attenzione dei Cantoni sull'obbligo di comunicazione e li ha sollecitati a trasmettere almeno le decisioni, secondo le quali il libero accesso al mercato a un offerente esterno è stato rifiutato, limitato per mezzo di oneri o condizioni o concesso dietro pagamento. Visto che da allora diversi Cantoni non hanno trasmesso alcuna decisione, la COMCO ritiene che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni sia in linea di principio garantito senza restrizioni. Per verificarlo, la COMCO ha deciso, sulla base dell'articolo 8 capoverso 3 LMI, di condurre un'indagine in materia di diritto del mercato interno nei Cantoni di Berna, Ticino e di Vaud.

3. Attraverso queste tre indagini la COMCO ha esaminato la prassi amministrativa di questi Cantoni per verificare se sono rispettate le condizioni della LMI per quanto riguarda l'accesso al mercato da parte degli offerenti extracantionali. Lo studio verteva in particolare sull'accesso agli ambiti delle professioni universitarie (LPMed; RS 811.11) e non universitarie nel campo della sanità, della psicologia (LPPsi; RS 935.81), della sicurezza, delle attività alber-

ghiere e di ristorazione, della custodia di bambini, dell'insegnamento degli sport sulla neve a minori e del commercio di oggetti d'occasione.

4. La COMCO ha esaminato dal punto di vista della LMI le risposte e le decisioni che le sono state trasmesse. Nel caso in cui la COMCO ritenga che alcune regolamentazioni, prassi o decisioni cantonali non siano in conformità con la LMI, ciò verrà comunicato al Consiglio di Stato del Cantone di Vaud tramite una raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI.

5. Conformemente alla sistematica della LMI, la presente indagine distingue tra attività lucrative regolate dal diritto cantonale (cap. 2) e attività lucrative regolate dal diritto federale con esecuzione cantonale (cap. 3). I risultati e le raccomandazioni sono riassunti al capitolo 4.

## 2 Attività lucrative regolate dal diritto cantonale

6. Il capitolo 2 esamina la prassi del Cantone di Vaud per quanto riguarda l'autorizzazione di persone provenienti da altri Cantoni a esercitare attività lucrative regolate a livello cantonale. A questo scopo, al capitolo 2.1 saranno illustrati i principi di diritto del mercato interno e, in seguito, al capitolo 2.2 sarà esaminata la prassi in materia di autorizzazione del Cantone di Vaud nei seguenti ambiti:

- professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale (cap. 2.2.1);
- attività alberghiere e di ristorazione (cap. 2.2.2);
- insegnamento degli sport sulla neve a minori (cap. 2.2.3);
- commercio di oggetti d'occasione (cap. 2.2.4);
- custodia di bambini (cap. 2.2.5); e
- servizi di sicurezza privati (cap. 2.2.6).

### 2.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

#### 2.1.1 Principio del libero accesso al mercato

7. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato<sup>1</sup>. Questo diritto è concretizzato dai capoversi 3 e 4 dell'articolo 2 LMI, i quali sanciscono il **principio del**

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenen-system*, 2016, n. marg. 1212 segg.; NICOLAS DIEBOLD, *Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit*, *recht 4/2015*, pag. 209 segg.; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *OFK-Wettbewerbsrecht II*, art. 2 LMI n. marg. 1; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2a ed., Basilea 2007, pag. 399 segg., n. marg. 34–43.

**luogo d'origine.** Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonali:<sup>2</sup>

- *Libera prestazione dei servizi:* in base all'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento:* secondo l'articolo 2 capoverso 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

8. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

9. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del Cantone di Vaud (luogo di destinazione)<sup>3</sup> possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative di natura generale-astratta concernenti l'accesso al mercato e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello di tutela degli interessi pubblici equivalente a quello garantito dalle normative del Cantone di Vaud (confutazione della presunzione di equivalenza ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti, l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna restrizione<sup>4</sup>. Nei casi di normative non equivalenti, le autorità del Cantone di Vaud devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'articolo 3 LMI**, cioè che questa è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI)<sup>5</sup>. Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente nel luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

10. Oltre al principio del luogo d'origine deve essere rispettato anche il principio di riconoscimento ai sensi dell'articolo 4 LMI. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI i

certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Questa disposizione costituisce un complemento al diritto di libero accesso al mercato conformemente alle prescrizioni del luogo d'origine. Secondo la COMCO questa disposizione si applica per analogia anche ai certificati di capacità comunali, dato che la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI riguarda sia le normative cantonali che le normative comunali in materia di accesso al mercato. Il riconoscimento reciproco dei certificati di capacità serve a garantire che per le attività lucrative soggette ad autorizzazione il mercato interno svizzero non venga indebolito da condizioni d'autorizzazione cantonali o comunali diverse.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

11. Una procedura di autorizzazione formale rappresenta per offerenti esterni una restrizione amministrativa all'accesso al mercato, che, a seconda delle modalità e del settore, può avere effetti proibitivi. Anche solo la preparazione della documentazione per l'inoltro della domanda (compresi vari allegati, come ad esempio l'estratto del casellario giudiziale e l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti) comporta un dispendio e costi che possono ostacolare l'accesso al mercato intercantonale.<sup>7</sup>

12. Secondo l'articolo 3 capoverso 4 LMI, eventuali decisioni concernenti le restrizioni secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita comprende la procedura d'esame in quanto tale e non si limita ai casi in cui restrizioni dell'accesso al mercato sono state prese in considerazione o intimate.<sup>8</sup> Il diritto a una procedura semplice, ra-

<sup>2</sup> Sul principio del luogo d'origine: DTF 135 II 12 (accesso al mercato per psicoterapeuti); sentenze del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 (accesso al mercato per installatori sanitari) e 2C\_844/2008 del 15.5.2009 (accesso al mercato per terapeuti di medicina complementare); dalla dottrina ad es. Nicolas Diebold, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, pag. 129 segg., 142 segg.; Raccomandazione della COMCO del 27 febbraio 2012, in: DPC 2012/2, 438, n. marg. 14 segg., Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur.

<sup>3</sup> Nelle norme relative al mercato interno viene definito come «luogo di destinazione» il luogo in cui gli offerenti esterni intendono fornire la loro prestazione.

<sup>4</sup> DTF 135 II 12, consid. 2.4; sentenza del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 consid. 3.4 (accesso al mercato per installatori sanitari); Raccomandazione della COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 17 seg.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 189 segg.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, pagg. 377 segg.

<sup>6</sup> Cfr. Messaggio del 23 novembre 1994 concernente la legge federale sul mercato interno (LMI), FF 1995 I 1025, in particolare pag. 1061.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 203 segg.

<sup>8</sup> DTF 123 I 313 consid. 5; DTF 125 II 56, consid. 5b; DTF 136 II 470, consid. 5.3 («Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché»); riguardo la cosiddetta «discriminazione alla rovescia» («Inländerdiskriminierung», «discrimination à rebours») cfr. sentenza del TF 2C\_204/2010 del 24.11.2011, consid. 8.3 in combinato disposto con consid. 7.1; ZWALD (n. 1), n. marg. 76 segg.

gratuita e vale in maniera più ampia di quanto formulato nella disposizione e si estende all'intera procedura di accesso al mercato. Una deroga al principio di una procedura gratuita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è ammessa solo in determinati casi, ad esempio quando il richiedente agisce abusivamente o la sua non collaborazione causa costi maggiori.<sup>9</sup>

13. Parallelamente alle esigenze procedurali previste dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, occorre osservare che, sulla base del principio del luogo d'origine, gli offerenti esterni possono esercitare la loro attività secondo le norme del loro luogo d'origine e senza restrizioni. Nella passata giurisprudenza relativa alla LMI nella versione del 1995 (di seguito: LMI 95), il Tribunale federale aveva stabilito che gli articoli 2 e 4 LMI 95 non limitano i Cantoni nell'organizzazione della procedura formale di accesso al mercato.<sup>10</sup> A seguito dell'entrata in vigore della revisione della LMI del 2005 (di seguito: LMI 2005) questa giurisprudenza deve essere relativizzata.<sup>11</sup> Dal punto di vista formale, il principio del luogo d'origine, rafforzato dalla revisione del 2005, significa che l'accesso al mercato intercantonale deve essere possibile senza alcuna formalità. Il messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI 2005 precisa a questo proposito che «le persone interessate non saranno tenute a chiedere un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitarvi la loro attività. Potranno infatti esercitare tale attività in virtù dell'autorizzazione rilasciata nel luogo del primo domicilio». <sup>12</sup> Tuttavia, per permettere alle autorità del Cantone di Vaud di valutare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se eventualmente l'accesso al mercato deve essere limitato da oneri o condizioni, esse devono essere informate sull'attività dell'offerente esterno. Inoltre, le autorità vodesi esercitano la vigilanza sugli offerenti esterni che si sono stabiliti nel Cantone (art. 2 cpv. 4 LMI). Di conseguenza, deve esistere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni a un «controllo all'ingresso» e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione. Ciò viene previsto anche dal Consiglio federale nel messaggio concernente la revisione della LMI, quando stabilisce che «spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio e, in particolare, per poter imporre oneri». <sup>13</sup> Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.

14. Ogni procedura formale di accesso al mercato è quindi da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, e in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.<sup>14</sup> L'imposizione di eventuali restrizioni del libero accesso al mercato e l'esercizio dell'obbligo di sorveglianza (art. 2 cpv. 4 LMI) rappresentano interessi pubblici che possono giustificare una deroga all'accesso al mercato senza formalità. Nell'esame della proporzionalità è da considerare se l'offerente esterno, nel quadro della libera prestazione dei servizi, offre un servizio nel luogo di destinazione in maniera temporanea (art. 2 cpv. 3 LMI) o se si stabilisce a lungo termine (art. 2 cpv. 4 LMI).<sup>15</sup> Concretizzando il principio della proporzionalità, l'articolo 3 capoverso 4 LMI prevede l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita (sopra, n. marg. 12).

### 2.1.3 Sintesi

15. Dalle precedenti considerazioni si deduce che l'accesso al mercato per offerenti esterni deve avvenire secondo i seguenti principi di diritto del mercato interno:

- in virtù dell'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI l'autorità competente del Cantone di Vaud è tenuta a esaminare l'autorizzazione di offerenti esterni sulla base delle normative vigenti nel luogo d'origine;
- l'autorità vodese competente può applicare le normative vigenti nel Cantone di Vaud unicamente se le normative del luogo d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e sussistono i presupposti per una restrizione attraverso oneri e condizioni ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI. Solo in queste circostanze le normative del Cantone di Vaud, sotto forma di oneri e condizioni, possono essere dichiarate applicabili;
- il solo fatto che nel Cantone di Vaud vengano condizioni di autorizzazione diverse o eventualmente più restrittive non comporta automaticamente la confutazione della presunzione di equivalenza.<sup>16</sup> Se nel caso concreto la presunzione di equivalenza non è confutata, l'accesso al mercato per l'offerente esterno deve essere senz'altro garantito;<sup>17</sup>
- se la presunzione di equivalenza viene confutata in un caso concreto, le autorità del Cantone di Vaud devono motivare, con riferimento a ogni onere e condizione, in che misura le condizioni di interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte;

<sup>9</sup> DTF 123 I 313, consid. 5.

<sup>10</sup> A proposito della LMI 95, DTF 125 II 56, consid. 5a (Avv. Thalman): «Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.»; DTF 125 II 406, consid. 3 (Avvocato Cantone Appenzello Interno); DOMINIK DREYER/BERNARD DUBEY, *Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale*, Cheval de Troie de droit européen, 2003, pag. 110 seg.

<sup>11</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1357.

<sup>12</sup> Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, FF 2005 409, in particolare pag. 428 seg.; cfr. anche la sentenza del Tribunale cantonale del Canton Appenzello Esterno (OGer AR) del 22 maggio 2007 consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort [Kanton Appenzell A.Rh.] eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung [Kanton St. Gallen] ohne Weiteres ausüben».

<sup>13</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 429.

<sup>14</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1359; Raccomandazione COMCO, *Taxi* (n. 2), n. marg. 23 seg.; di un'altra opinione: HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9a ed. 2016, n. marg. 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1359.

<sup>16</sup> Sulla giurisprudenza dei tribunali riguardante la confutazione della presunzione di equivalenza vedi DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1311 segg.

<sup>17</sup> DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II).

- le autorità del Cantone di Vaud non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.<sup>18</sup> Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Cantone di Vaud non si applicano, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI).<sup>19</sup> Questo vale sia per i requisiti professionali che per quelli personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>20</sup>

## 2.2 Analisi e raccomandazione nei settori esaminati

### 2.2.1 Professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale

16. Nel Cantone di Vaud la competenza di rilasciare autorizzazioni per l'esercizio delle professioni mediche e veterinarie disciplinate dal diritto cantonale<sup>21</sup> spetta a due autorità: l'Ufficio del medico cantonale (OMC, al quale sottostà il Farmacista cantonale) e il Servizio degli affari sanitari e veterinari (SCAV). Dalle risposte date ai questionari risulta che la procedura di domanda per accedere al mercato è ampiamente standardizzata, al punto da essere identica per le diverse professioni. In tutti i casi vengono richiesti i seguenti documenti:

- modulo di domanda di autorizzazione compilato (modulo standard);
- copia dell'autorizzazione a esercitare la professione rilasciata da un altro Cantone;
- documento che certifica la situazione professionale (chiamato anche «certificato di buona condotta» o «Letter of Good Standing») recente e in originale rilasciato dall'autorità competente dell'altro Cantone;<sup>22</sup>
- copia del diploma;
- attestato o copia della polizza di assicurazione di responsabilità civile professionale;
- curriculum vitae aggiornato;<sup>23</sup>
- copia di un documento di identità.<sup>24</sup>

17. L'OMC afferma di trattare soltanto dossier completi. L'autorizzazione sarebbe rilasciata senza altra formalità né spese, conformemente alla LMI; chiede però il certificato di buona condotta in virtù della LMI. L'ufficio ricorda comunque che applica procedure diverse a seconda della provenienza dei richiedenti, cosa che può portare a incoerenze nel trattamento dei dossier. In caso di dubbio, l'OMC contatta il servizio omologo del luogo d'origine per chiedere informazioni.

18. Tenuto conto dei principi fondamentali del diritto del mercato interno esposti qui sopra, per gli offerenti extracantionali vengono applicate le seguenti procedure di accesso al mercato:

19. Gli offerenti extracantionali hanno il diritto di accedere al mercato in virtù del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) solo se sono autorizzati a esercitare la loro attività nel luogo d'origine. Di conseguenza, per verificare questo aspetto è in linea di massima legittimo che le autorità vodesi esigano la produzione di una copia dell'**autorizzazione a esercitare l'attività** rilasciata dall'autorità del luogo d'origine. Questo vale soltanto se anche nel luogo d'origine l'attività in questione è soggetta ad autorizzazione. Il diritto di accedere al mercato ai sensi dell'articolo 2 capoversi 1–4 LMI sussiste tuttavia anche se nel luogo d'origine l'attività non è soggetta ad autorizzazione.<sup>25</sup> In questo caso l'autorizzazione a esercitare l'attività è legata direttamente al diritto applicabile nel luogo d'origine e pertanto non può essere chiesto di produrre una copia dell'autorizzazione. L'obbligo di autorizzazione previsto dal Cantone di Vaud permette comunque di concludere che le prescrizioni sull'accesso al mercato non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). Il Cantone di Vaud può in questo caso limitare l'accesso al mercato mediante oneri o condizioni conformemente all'articolo 3 LMI (cfr. n. marg. 24). È inoltre dubbio che le autorità vodesi possano chiedere un **certificato di buona condotta** («certificat de

<sup>18</sup> DTF 123 I 313, consid. 4b (Avv. Häberli): «Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist»; in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23.5.2000 consid. 2d (avvocato del Cantone di Vaud).

<sup>19</sup> DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II); sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 (naturopata Zurigo II); 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3 (dentista Svitto).

<sup>20</sup> Sentenza del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 (naturopata Zurigo II); v. anche DTF 135 II 12, consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II) e sentenza del TF 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3 (dentista Svitto).

<sup>21</sup> Per l'ambito medico: soccorritore/trice, dietologo/a, droghiere/a, ergoterapista, igienista dentale, infermiere/a, logopedista-ortofonista, ottico/a o optometrista, osteopata, fisioterapista, podologo/a, levatrice/ostetrico e psicomotricista.

Si ricorda in questa sede che nel Cantone di Vaud gli psicologi non psicoterapeuti non sono soggetti ad autorizzazione.

Per le professioni dell'ambito veterinario si tratta delle attività seguenti: responsabile di una farmacia privata di veterinaria per il commercio al dettaglio (farmaci in gran parte a uso veterinario) e persona incaricata della dispensazione di medicinali in commerci zoologici e di apicoltura.

<sup>22</sup> Disponibile all'indirizzo: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/sante/Professionnels/Service\\_en\\_ligne/Formulaire\\_demande\\_autorisation\\_pratiquer.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Service_en_ligne/Formulaire_demande_autorisation_pratiquer.pdf).

<sup>23</sup> Questo documento non è richiesto sul modulo che i richiedenti extracantionali devono presentare per chiedere l'autorizzazione (cfr. nota a pag. 3 del documento, sotto «procédure simplifiée»).

<sup>24</sup> Secondo le risposte ai questionari, questo documento viene richiesto, ma non è indicato nell'elenco dei documenti da fornire presente sul sito Internet del Servizio della sanità pubblica del Cantone di Vaud.

<sup>25</sup> ZWALD (n. 1), n. marg. 48; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1231; COMMISSIONE DELLA CONCORRENZA (Comco), Rapporto annuale 2008 in: DPC 2009/1 29, pag. 30; sentenza del TF 2C\_844/2008 del 15.5.2009, consid. 4.2.1.

situation professionnelle») visto il requisito di una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI). Tenuto conto del principio del luogo d'origine il certificato di buona condotta non può servire a verificare i requisiti personali per l'autorizzazione previsti dal diritto vodese. Un documento del genere può però consentire di verificare se il richiedente soddisfa le condizioni di autorizzazione del luogo d'origine nel momento in cui presenta la domanda di accesso al mercato, se l'autorizzazione è ancora valida, ed eventualmente a quali condizioni e/o oneri, e se è pendente una procedura disciplinare.

20. Dal punto di vista del diritto del mercato interno, il richiedente extracantonale ha, in linea di principio, diritto a una procedura gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI). Le autorità dei Cantoni d'origine, tuttavia, rilasciano i certificati di buona condotta soltanto dietro pagamento di un emolumento e di conseguenza viene minato il principio della gratuità della procedura. È pertanto opportuno chiedersi se l'obbligo di presentare il certificato sia giustificato.

21. Il Cantone di Vaud, d'altronde, deve rilasciare un'autorizzazione basata sulla LMI anche nel caso in cui nel Cantone di provenienza sia pendente una procedura disciplinare contro il richiedente. Il diritto di accesso al mercato è subordinato all'esercizio *autorizzato* dell'attività nel luogo d'origine. Una procedura disciplinare in corso non ha alcun effetto sull'attività esercitata nel luogo d'origine. Perciò, anche le misure disciplinari, se non portano al ritiro della prima autorizzazione, non sono un motivo sufficiente per rifiutare l'autorizzazione di accedere al mercato vodese. Il Cantone di Vaud può ritirare la sua autorizzazione basata sulla LMI solo una volta effettivamente ritirata l'autorizzazione rilasciata dal luogo d'origine, ossia quando l'esercizio dell'attività non è più autorizzato nel luogo d'origine.

22. È dunque discutibile che un certificato di buona condotta sia indispensabile per esaminare la validità della prima autorizzazione. In linea di principio, un'autorizzazione di durata illimitata è sempre valida e indica, se necessario, tutte le condizioni e gli oneri a essa legati. Un offerente extracantonale può (teoricamente) tentare di ottenere abusivamente un'autorizzazione vodese sulla base di un'autorizzazione revocata. Per escludere questi casi, le autorità vodesi hanno tutto l'interesse a farsi confermare dal Cantone d'origine la validità della «prima autorizzazione». Per le «prime autorizzazioni» di durata limitata questo rischio non esiste perché alla scadenza il titolare dovrà sottoporsi a una nuova procedura di autorizzazione che dovrà in seguito presentare al Cantone di Vaud.

23. Nella misura in cui la LMI richiede una procedura di accesso al mercato semplice e gratuita, è preferibile che le autorità vodesi contattino direttamente le autorità competenti del luogo d'origine e controllino così direttamente la validità della prima autorizzazione. L'offerente extracantonale che chiede un'autorizzazione di accesso al mercato dovrebbe almeno avere la possibilità di scegliere se far pervenire un certificato di buona condotta («certificat de situation professionnelle») o dare al Cantone di Vaud la procura affinché possa procedere ai chiarimenti necessari con le autorità competenti del luogo d'origine. In questo caso sono le autorità vodesi a dover chiedere un certificato di buona condotta («certificat de situation

professionnelle») al servizio omologo dell'altro Cantone e non possono fatturare le spese al richiedente.

24. Tra i documenti chiesti dalle autorità vodesi rientra anche una copia del **diploma o del suo riconoscimento**. La giurisprudenza del Tribunale federale secondo la quale i criteri di ammissione non possono essere riesaminati dall'autorità del luogo di destinazione è applicabile (cfr. qui di seguito n. marg. 15). Se le competenze professionali sono già state controllate dall'autorità del luogo d'origine, le autorità vodesi non hanno il diritto di ricontrollarle, tenuto conto della presunzione di equivalenza di cui all'articolo 2 cpv. 5 LMI. Se l'attività in questione non deve rispettare i criteri professionali del luogo d'origine,<sup>26</sup> tenuto conto della confutazione della presunzione di equivalenza e conformemente alle condizioni dell'articolo 3 LMI, il Cantone di Vaud può esaminare le competenze professionali del richiedente; in questo caso comunque le autorità vodesi dovranno tener conto dell'esperienza come previsto dall'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. Riassumendo, l'obbligo di presentare una copia del diploma è giustificato solo in rari casi; le autorità vodesi devono entrare nel merito anche quando a sostegno della domanda di accesso è stata presentata solo la prima autorizzazione. Nella misura in cui il modulo di domanda di autorizzazione e il sito internet del Servizio della sanità pubblica vodese sono espliciti in merito all'obbligo di fornire una copia del diploma o del riconoscimento, ciò può avere un effetto redibitorio per gli offerenti extracantonali che ne sono sprovvisti.

25. La prova di una copertura assicurativa in materia di **responsabilità civile professionale** è in linea di principio ammissibile,<sup>27</sup> con riserva dell'articolo 3 capoverso 2 lettera b LMI che impone di tener conto dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti dal richiedente nel luogo d'origine.

26. Benché i **moduli** scaricati dal sito internet del Servizio della sanità pubblica abbiano nomi diversi (per offerente cantonale o extracantonale) il loro contenuto è identico.<sup>28</sup> Per certe professioni mediche disciplinate dal diritto cantonale, il modulo è completato da una terza pagina che elenca i documenti richiesti; questa terza pagina indica in particolare una «procedura semplificata» per la quale sono richiesti i documenti menzionati nelle risposte date ai questionari. Il Cantone di Vaud ha inoltre dichiarato che determinate professioni<sup>29</sup> non sono esercitate a titolo indipendente sul suo territorio o di non autorizzarne l'esercizio. Queste professioni non sono pertanto soggette ad

<sup>26</sup> Il principio del luogo d'origine ai sensi dell'art. 2 cpv. 1-4 LMI si applica anche quando l'attività non è soggetta ad autorizzazione o non prevede alcuna condizione per quanto riguarda le competenze professionali (cfr. n. 25).

<sup>27</sup> Cfr. sentenza del TF 2P.180/2000 del 22 febbraio 2001, consid. 3c.

<sup>28</sup> Cfr. i moduli disponibili per le professioni elencate all'indirizzo seguente: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/>; in particolare per gli ergoterapisti i moduli «Formulaire\_Romand\_Demande\_AP\_fr.pdf» (offerenti vodesi) e «Autorisation\_de\_pratiquer.pdf» (offerenti extracantonali) disponibili all'indirizzo: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/ergotherapeute/ergotherapeute-conditions-doctroi/>.

<sup>29</sup> Operatore/trice sociosanitario/a, infermiere/a-assistente, massaggiatore/trice medicale, tecnico/a in analisi biomediche, tecnico/a in radiologia medica e tecnico/a di sala operatoria.

autorizzazione. Dal punto di vista del diritto del mercato interno, il fatto che una forma di esercizio non sia prevista o non esista nel luogo di destinazione è privo di importanza e in effetti si applica il principio del luogo d'origine.<sup>30</sup>

27. Le **autorizzazioni di accesso al mercato** trasmesse dall'OMC non consentono di determinare l'origine dei richiedenti extracantonali e pertanto la componente extracantonale non appare. Solo il fatto che non sia percepito alcun emolumento potrebbe far pensare che possa trattarsi di autorizzazioni rilasciate sulla base della LMI. Poiché non menzionano alcuna base legale né rimedio giuridico non appaiono di per sé come decisioni ai sensi dell'articolo 9 capoverso 1 LMI.

28. Nel caso delle **decisioni dello SCAV** per le attività e le professioni non soggette alla LPMed, quindi rette dal diritto cantonale, le decisioni riguardanti i richiedenti extracantonali sono comparativamente di eccellente qualità eccetto il fatto che non menzionano la LMI.

### 2.2.2 Attività alberghiere e di ristorazione

29. Alla Polizia cantonale del commercio (PCC) compete il rilascio delle licenze, delle autorizzazioni all'esercizio di una professione e delle autorizzazioni per la gestione di un'attività alberghiera o di ristorazione. La procedura di autorizzazione è disciplinata dalla legge del 26 marzo 2002 sul settore alberghiero e la mescolta di bevande (LADB; RSV 935.31). In base alle risposte fornite al questionario della PCC, i documenti da allegare a una domanda sono elencati all'articolo 62 del regolamento esecutivo della LADB del 9 dicembre 2009 (RLADB; RSV 935.31.1): una copia del certificato AVS e della carta d'identità, dell'attestato o del diploma, un estratto del casellario giudiziale, e, se si tratta di una persona giuridica, l'indicazione del numero IDI e un estratto del registro di commercio. Le persone che gestiscono già un esercizio nel Cantone di Vaud devono presentare una copia dell'autorizzazione e un certificato dell'AVS e dell'istituto di previdenza a conferma dell'avvenuto pagamento dei contributi sociali. La PCC ha specificato che i documenti da allegare erano gli stessi *per tutti* i richiedenti – esterni o non – e ha affermato di aver verificato sistematicamente se erano date le condizioni di rilascio di una licenza in base al diritto vodese. Tuttavia, non controllava se fossero soddisfatte le condizioni del luogo d'origine. Infine, la PCC ha dichiarato di riconoscere i certificati di capacità rilasciati dagli altri Cantoni conformemente all'articolo 4 LMI e di percepire un emolumento, quale che sia l'offerente. La PCC non ha trasmesso alcuna decisione emessa in applicazione della LMI e ha affermato di non aver mai ricevuto una domanda di autorizzazione da parte di un offerente extracantonale.

30. La revisione della LMI del 2005 aveva in particolare lo scopo di introdurre la libertà di domicilio per gli offerenti che per esercitare la loro attività lucrativa hanno bisogno di infrastrutture specifiche. Il Consiglio federale faceva specificamente riferimento agli albergatori<sup>31</sup> che in base alla giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla versione precedente della LMI (1995) non potevano beneficiare del principio del luogo d'origine.<sup>32</sup> Dal 1° luglio 2006 il principio del luogo d'origine si applica anche agli albergatori e agli altri operatori del settore alberghiero; pertanto possono stabilirsi in un altro Cantone ed esercitare la loro

attività sulla base della prima autorizzazione<sup>33</sup> e secondo le normative del luogo d'origine.

31. Visti i considerandi precedenti, la PCC può applicare le normative vodesi agli offerenti esterni solo se l'autorità del luogo d'origine non ha già verificato il criterio controllato (art. 2 cpv. 5 LMI) e se la loro applicazione soddisfa le condizioni di restrizione di cui all'articolo 3 LMI (n. marg. 9). Di conseguenza, i ristoratori o gli albergatori extracantonali che si stabiliscono nel Cantone di Vaud, aprendo un secondo esercizio, non devono dover essere soggetti a formalità eccessive. La PCC può chiedere all'offerente soltanto di presentare la prima autorizzazione valida – a meno che quest'ultimo non possa esercitare la sua attività nel luogo d'origine senza aver bisogno di un'autorizzazione – e di fornire i documenti che attestano la propria identità (o della sua impresa); l'articolo 2 capoverso 4 LMI dà il diritto al rilascio di un'autorizzazione nel Cantone di Vaud.

32. Tra i documenti richiesti, l'**estratto del casellario giudiziale** rilasciato da non più di 3 mesi, rappresenta un problema. In effetti, la presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI) e il divieto di ricontrollare le condizioni di accesso valgono, secondo il Tribunale federale, non solo per i criteri di autorizzazione professionali, ma anche per quelli personali. Se la procedura di autorizzazione nel luogo d'origine prevede anche la produzione dell'estratto, il Cantone di Vaud non può chiedere che questo documento venga prodotto nel quadro di una domanda di accesso al mercato vodese.

33. Tenuto conto della pretesa pratica di riconoscimento dei **certificati di capacità** rilasciati da altri Cantoni, il Cantone di Vaud potrebbe essere in conformità con l'articolo 4 LMI. Nulla, tuttavia, consente di convalidare questa dichiarazione, dato che la PCC ha affermato di non essersi mai trovata di fronte a un caso di applicazione della LMI.

34. A quanto pare, inoltre, la procedura di accesso al mercato vodese per i ristoratori o gli albergatori extracantonali non rispetta le condizioni dell'articolo 3 LMI. L'estratto del casellario giudiziale può essere chiesto solo se l'autorità del luogo d'origine non l'ha controllato, pena la violazione della presunzione di equivalenza (cfr. n. marg. 30); le autorità vodesi lo chiedono invece a tutti i ristoratori provenienti da un altro Cantone.

35. Infine, il fatto di prelevare **emolumenti** per il trattamento di una domanda di autorizzazione presentata da un offerente esterno contraddice manifestamente il principio della gratuità della procedura di accesso al mercato. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'accesso al mercato deve essere gratuito (n. marg. 12).

### 2.2.3 Insegnamento degli sport sulla neve ai minori

36. L'autorizzazione per l'insegnamento degli sport sulla neve su pista impartito a minori<sup>34</sup> da privati è rilasciata

<sup>30</sup> Cfr. a questo proposito, DPC 2012/3, 530 segg.

<sup>31</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 428.

<sup>32</sup> Cfr. la sentenza del TF 2P.362/1998 sull'articolo 2 LMI nella versione del 1995; cfr. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1118–1125.

<sup>33</sup> Cfr. decisione del 24 marzo 2015 del Dipartimento di giustizia e sicurezza del Cantone di Lucerna riguardante l'autorizzazione per un ristoratore, in DPC 2015/2, 160.



dalla PCC in base alla legge del 31 marzo 2005 sull'esercizio delle attività economiche (LEAE; RSV 930.01). La LEAE distingue tra attività dipendente e attività indipendente nella misura in cui vengono richiesti certificati diversi<sup>35</sup>; in entrambi i casi il casellario giudiziale non deve contenere condanne per attacco all'integrità fisica o sessuale di minori. In sostanza, per esercitare l'attività indipendente è richiesta una formazione più avanzata di quella richiesta per l'attività dipendente (nel primo caso, superamento di un esame e relativa attestazione dopo le formazioni seguenti: brevetto federale di maestro di sport sulla neve, brevetto di istruttore rilasciato da Swiss Snowsports o brevetto di istruttore dell'Associazione svizzera delle scuole di snowboard; nel secondo, esame e relativa attestazione dopo le formazioni seguenti: «kids instructor» di Swiss Snowsports, maestro gioventù e sport categoria sport sulla neve o formazione di sei giorni presso l'associazione «Sports de neige vaudois»<sup>36</sup>). Secondo quanto afferma, la PCC verifica se gli offerenti soddisfano le condizioni del diritto vodese, ma non se soddisfano le condizioni del luogo d'origine. La PCC riconosce inoltre – gratuitamente – tutti i certificati rilasciati da altri Cantoni. Per ogni decisione viene percepito un emolumento; le decisioni negative vengono motivate. La PCC sostiene di «non ricordare di aver mai ricevuto una domanda da parte di un offerente extracantonale che chiedesse il riconoscimento delle condizioni di autorizzazione applicabili nel suo luogo d'origine»<sup>37</sup>, e quindi non ha emesso nessuna decisione di accesso intercantonale al mercato.

37. Dato che la PCC rilascia sistematicamente autorizzazioni di accesso al mercato in base al diritto vodese e benché ci siano solo due documenti da fornire, la procedura – a pagamento – non è conforme alla LMI.

38. Una procedura conforme alla LMI dovrebbe in linea di principio prevedere unicamente la presentazione dell'autorizzazione rilasciata dal luogo d'origine e, se necessario, di un modulo compilato, dopodiché l'autorizzazione sarebbe rilasciata gratuitamente. Se nel luogo d'origine non è necessaria alcuna autorizzazione, le norme di accesso non sono da considerarsi equivalenti (confutazione della presunzione di equivalenza, art. 2 cpv. 5 LMI) e pertanto si potrà esaminare se possono essere giustificate delle restrizioni sotto forma di oneri o di condizioni conformemente all'articolo 3 LMI; in questo caso, tuttavia, le autorità vodesi dovranno tener conto dell'esperienza, come previsto dall'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI.<sup>38</sup> La condizione di un casellario giudiziale privo di «condanne [...] per violazione dell'integrità fisica o sessuale di minori» può essere facilmente verificata dalla Polizia cantonale che, previa autorizzazione scritta, potrà chiedere direttamente un estratto del casellario giudiziale al fine di verificare eventuali condanne. La procedura di accesso al mercato deve comunque essere gratuita.

## 2.2.4 Commercio di oggetti d'occasione

39. Tramite la LEAE, il Cantone di Vaud ha sottoposto ad autorizzazione il commercio di oggetti d'occasione. Spetta ai Comuni rilasciare le autorizzazioni, che sono concesse per un determinato locale situato nel Cantone. Le condizioni di autorizzazione definite all'articolo 69 LEAE sono le seguenti:

- comprovare, mediante un estratto del casellario giudiziale, di non aver subito alcuna condanna in relazione al commercio nei due anni precedenti;
- comprovare la propria solvibilità mediante un estratto del registro delle esecuzioni;
- comprovare di disporre dei locali necessari per l'esercizio dell'attività commerciale; e
- se il richiedente non è cittadino svizzero, fornire il permesso di domicilio o, se mancante, un'autorizzazione dell'ufficio di collocamento.

40. In base alle risposte fornite dalla PCC, queste condizioni si applicano a tutti gli offerenti, esterni o interni. La PCC dichiara di controllare sistematicamente se sono soddisfatte le condizioni del Cantone di Vaud. Ogni decisione negativa sarebbe motivata. Secondo la PCC, ogni offerente extracantonale deve soddisfare le condizioni fissate dalla LEAE. Le decisioni emesse in questo ambito sono a pagamento. La PCC ha risposto di non essere a conoscenza di alcuna decisione riguardante un offerente extracantonale.

41. La procedura applicabile a una domanda presentata da un offerente extracantonale richiede in primo luogo un confronto tra il diritto vodese e il diritto applicabile nel luogo d'origine (confutazione della presunzione di equivalenza, art. 2 cpv. 5 LMI); se la presunzione di equivalenza è confutata bisogna esaminare, sulla base delle prescrizioni relative all'accesso vodesi, se si possano applicare restrizioni, sotto forma di oneri o condizioni conformemente all'articolo 3 LMI.

42. I Comuni vodesi applicano il diritto cantonale – la LEAE – quando rilasciano un'autorizzazione per il commercio di oggetti d'occasione a offerenti extracantonali e pertanto la legge citata dovrebbe prevedere una procedura conforme alla LMI per questi casi (cfr. n. marg. 15).

## 2.2.5 Custodia di bambini

43. Nel Cantone di Vaud le autorizzazioni nell'ambito della custodia di bambini sono rilasciate dall'Ufficio per la custodia diurna dei bambini (OAJE). In base alle risposte fornite dall'OAJE, la custodia fornita da famiglie diurne e la custodia collettiva prescolastica e parascolastica sono soggette ad autorizzazione secondo l'ordinanza federale del 19 ottobre 1977 sull'accoglimento di minori a scopo di affiliazione (OAMin; RS 211.222.338) e la legge del Cantone di Vaud del 20 giugno 2006 sulla custodia diurna dei

<sup>34</sup> L'attività di maestro di sport sulla neve praticata fuori pista è disciplinata dalla legge federale del 17 dicembre 2010 concernente l'attività di guida alpina e l'offerta di altre attività a rischio (RS 935.91). In base a questa legge (art. 7–9), le autorizzazioni rilasciate dal Cantone di domicilio dell'offerente sono valide su tutto il territorio svizzero.

<sup>35</sup> Per i dettagli relativi alle autorizzazioni, cfr. la tabella disponibile sul sito del Cantone di Vaud: <http://www.vd.ch/themes/economie/police-du-commerce/activites-sportives/maitre-sports-neige/>.

<sup>36</sup> Sports de Neige Vaudois (SNVD) è un'associazione nata dalla fusione di AESSVD (Association des Ecoles Suisses de Ski VD), AVMS (Association Vaudoise des Maîtres de Ski) e IAVES (Inter-Association Vaudoise pour l'Enseignement du Ski); cfr. [snvd.ch](http://snvd.ch).

<sup>37</sup> Le citazioni che seguono (fino al n. marg. 53) sono tradotte dal francese.

<sup>38</sup> Per il riassunto della procedura di accesso al mercato cfr. n. marg. 15.

bambini (LAJE; RSV 211.22). Secondo la LAJE, la custodia in famiglie diurne è di competenza dei Comuni o delle associazioni di Comuni. Le decisioni negative devono comunque essere trasmesse all'OAJE, che tuttavia afferma di non averne ricevute «negli ultimi anni». Per quanto riguarda la custodia collettiva, la competenza spetta all'OAJE. Quest'ultimo ha però risposto di non aver mai ricevuto finora una domanda da parte di un offerente extracantonale. L'OAJE ha dichiarato che le persone incaricate della direzione o a capo del personale inquadrato deve presentare, al pari dei richiedenti interni al Cantone, i propri titoli e diplomi, gli attestati di lavoro, il curriculum vitae, un certificato medico e un estratto del casellario giudiziale. L'OAJE, che controlla in seguito se sono soddisfatte tutte le condizioni di autorizzazione previste dal diritto vodese, ammette, di «non motivare in modo chiaro l'applicazione del diritto vodese alla luce dell'articolo 3 LMI». In compenso, non verifica le condizioni di accesso applicabili nel luogo d'origine. La procedura sarebbe gratuita per gli offerenti esterni. La decisione trasmessa dall'OAJE non ha alcuna componente intercantonale e non è pertanto pertinente dal punto di vista del diritto del mercato interno.

44. L'OAJE ha aggiunto che a suo avviso l'applicazione della LMI non si adatta all'ambito della custodia collettiva nella misura in cui l'autorizzazione è «legata a un istituto in particolare che deve rispondere a specifici requisiti per quanto riguarda i locali». Precisa inoltre che «la maggioranza delle istituzioni attive in questo ambito è gestita da associazioni con scopi ideali, che pertanto sono escluse [...] dal campo di applicazione della LMI». Infine, l'OAJE ricorda che la direzione e il personale inquadrato non sono concretamente soggetti ad autorizzazione, ma devono rispondere ai requisiti «del catalogo delle competenze per la direzione e il personale inquadrato definito dall'Ufficio incaricato della custodia dei bambini». Dato che i requisiti sono diversi da Cantone a Cantone, l'OAJE si interroga sul concetto di «certificato di capacità» ai sensi dell'articolo 4 LMI. L'OAJE ha allegato una decisione, a suo avviso pertinente in relazione alla LMI.

45. L'autorità vodese applica il diritto del Cantone di Vaud agli offerenti esterni, senza aver confutato la presunzione di equivalenza né verificato se le condizioni di cui all'articolo 3 LMI sono soddisfatte per poterlo fare. L'OAJE applica quindi il diritto vodese a tutte le domande.

46. La gestione di un asilo nido (custodia collettiva prescolastica) è un'attività a scopo di lucro privata che rientra nel campo di applicazione della LMI (art. 1 capoverso 3 LMI). Di conseguenza, le persone autorizzate in un Cantone a esercitare un'attività in questo ambito con funzioni direttive o come collaboratori hanno il diritto di esercitare la stessa attività nel Cantone di Vaud. I principi del n. marg. Erreur ! Source du renvoi introuvable. si applicano integralmente.

47. Il fatto che l'autorizzazione sia legata a un istituto specifico (e a dei locali) non cambia il fatto che le persone incaricate della direzione e dell'inquadramento devono essere sottoposte a controlli, in base ai quali l'esercizio dell'attività può essere autorizzato o vietato. Questa distinzione non è quindi pertinente dal punto di vista del diritto del mercato interno.<sup>39</sup>

48. Per quanto riguarda la persona giuridica che gestisce la struttura di custodia collettiva («associazione con scopi ideali», fondazione o società anonima), la forma dell'organizzazione non influisce in alcun modo sul campo di applicazione della LMI. In effetti, lo «scopo ideale» delle associazioni che sembra disturbare l'OAJE non entra in conflitto con la nozione di «attività a scopo di lucro» di cui all'articolo 1 capoverso 3 LMI. La LMI si applica infatti a tutte le persone fisiche o giuridiche che hanno sede o domicilio in Svizzera. Il suo campo di applicazione è identico a quello del principio costituzionale della libertà economica.<sup>40</sup> Ora, le persone giuridiche di diritto privato, di cui fanno parte le associazioni che offrono servizi di custodia diurna per bambini, godono di questo diritto costituzionale.<sup>41</sup> Di conseguenza, se le associazioni con scopi ideali che offrono servizi di custodia collettiva pre- o parascolastica hanno sede in Svizzera – che sia nel Cantone di Vaud o in un altro Cantone – rientrano nel campo di applicazione della LMI.

49. Infine, per quanto riguarda la domanda dell'OAJE relativa alla nozione di certificato di capacità di cui all'articolo 4 LMI, la COMCO risponde quanto segue:

50. L'articolo 4 capoverso 1 LMI prevede che i certificati di capacità cantonali che permettono di esercitare un'attività lucrativa siano validi su tutto il territorio svizzero. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla LMI nella sua versione anteriore alla revisione del 2005, l'articolo 4 capoverso 1 LMI non si applicava nel caso in cui il Cantone di destinazione, contrariamente al Cantone d'origine, non prevedeva l'esercizio indipendente di una determinata attività lucrativa o lo consentiva soltanto alle persone titolari di un certificato di capacità diverso.<sup>42</sup> Secondo tale giurisprudenza, un certificato cantonale di capacità è quindi valido sulla base dell'articolo 4 capoverso 1 LMI solo nei Cantoni che hanno previsto un certificato equivalente. Questa disposizione può essere invocata solo se esiste un certificato di capacità sia nel luogo d'origine che nel luogo di destinazione. In caso contrario, il diritto di accesso al mercato è retto dall'articolo 2 capoversi 1–4 LMI che si applica in combinato disposto con l'articolo 4 LMI.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Cfr.: DIEBOLD (nota 1), n. marg. 1222–1225; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (ed.), Droit della concorrenza – Commentaire romand, Basilea 2013, art. 2 I-VI LMI n. marg. 26 segg.; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (ed.), Wettbewerbsrecht II, OF-Kommentar, Zurigo 2011, art. 2 LMI n. marg. 3; FF 2005 409 (nota 12), in particolare 426 e 428.

<sup>40</sup> Cfr. DIEBOLD, Freizügigkeit (nota 1), n. marg. 153 segg. e i riferimenti citati; FF 2005 409 (nota 12), in particolare 426.

<sup>41</sup> Cfr. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9a edizione, Zurigo 2016, n. marg. 656; KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (ed.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3a edizione, Zurigo 2014, art. 27 Cost n. marg. 46.

<sup>42</sup> Cfr. DTF 125 I 276, consid. 5c.

<sup>43</sup> NICOLAS DIEBOLD, Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter, DPC 2012/3, 530 segg., 538 n. marg. 14; ZWALD, (nota 1), pag. 399 segg., n. marg. 85; OESCH/ZWALD, nota 1, art. 4, n. marg. 1; il Tribunale federale applica in parallelo anche il diritto al riconoscimento dei certificati di capacità cantonali dell'articolo 4 LMI e il diritto di accesso al mercato dell'articolo 2 LMI, cfr. DTF 135 II 12, consid. 2.

51. Così, anche se il Cantone di Vaud non prevede il certificato di capacità, altri Cantoni potrebbero invece prevederlo. La mancanza del certificato di capacità nel Cantone di Vaud per l'attività di custodia collettiva per bambini implica unicamente che l'OAJE non dovrà applicare il principio del riconoscimento (che è un caso particolare del principio del luogo d'origine – art. 4 LMI), ma semplicemente il principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI). In presenza di un offerente esterno in possesso di un certificato di capacità, l'OAJE dovrà quindi procedere conformemente al n. marg. 15 (qui sopra).

52. In conclusione, in presenza di una domanda accesso al mercato di un offerente extracantonale, l'OAJE dovrebbe confrontare le condizioni di accesso previste nel luogo d'origine e quelle previste dal diritto vodese. Se l'OAJE giunge alla conclusione che la presunzione di equivalenza non è confutata, l'accesso al mercato deve essere concesso senza altre formalità. Se, invece l'OAJE constata che la presunzione di equivalenza è confutata, può esaminare la possibilità di formulare delle restrizioni per l'accesso al mercato – sotto forma di oneri o condizioni – purché per ciascuna di esse siano rispettate le condizioni di cui all'articolo 3 LMI (ossia non devono essere discriminatorie, devono essere indispensabili per salvaguardare interessi preponderanti e rispettare il principio della proporzionalità); questo, nel quadro di una procedura semplice, rapida e gratuita. Un offerente extracantonale non dovrebbe quindi far altro che compilare un modulo e trasmettere la sua autorizzazione.<sup>44</sup>

### 2.2.6 Servizi di sicurezza

53. Nel preambolo alle sue risposte, il Cantone di Vaud ha indicato di far parte del Concordato del 18 ottobre 1996 sulle imprese di sicurezza (C ESéc; RSV 935.91). L'applicazione del Concordato è quindi coordinata dalla relativa Commissione *ad hoc*, che dipende dalla Conferenza latina dei Capi dei Dipartimenti di giustizia e polizia (CLDJP). Il capo del Dipartimento delle istituzioni e della sicurezza ha ricordato che l'applicazione della LMI rispetto al C ESéc è già stata oggetto di un esame in vista dell'entrata in vigore (il 1° luglio 2006) della revisione della LMI. Secondo il capo del Dipartimento e la lettera del Capo del Dipartimento federale dell'economia, a cui fa riferimento, l'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI riguarderebbe solo l'esame delle competenze professionali. Di conseguenza, le competenze personali degli offerenti provenienti da Cantoni che non fanno parte del Concordato saranno (ri)esaminate mediante un controllo «di polizia». Aggiunge inoltre che «da tempo si ammette, in pieno accordo con la Confederazione, che i principi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI possano riguardare solo le procedure formali di riconoscimento di certificati e di autorizzazioni già esistenti e non le procedure nelle quali nuovi requisiti personali, di polizia, vengono (e devono essere) esaminati dalle autorità».

54. In risposta alle domande della COMCO, il Cantone di Vaud ha risposto che per gli **offerenti esterni provenienti da un Cantone che ha aderito al C ESéc il libero accesso** era garantito in virtù dell'articolo 12 capoverso 1 C ESéc. Nel caso di offerenti provenienti da Cantoni non membri del C ESéc, bisogna distinguere il regime che si applica ai detentori di cani e al loro cane da quello che si

applica agli altri offerenti extracantonali. Per quanto riguarda i detentori di cani, il Cantone di Vaud sostiene di applicare gli articoli 10a (detentori di cani extracantonali e i loro cani) e 9 C ESéc (altri offerenti extracantonali) in virtù dell'articolo 10 capoverso 1 dello stesso concordato, ossia di riconoscere i certificati di capacità rilasciati da altre autorità per questi offerenti di servizi.

55. Per il Cantone di Vaud, il fatto di ricontrollare i requisiti personali consente di mettere gli offerenti «extraconcordatari» sullo stesso piano. Secondo la risposta data, l'autorizzazione rilasciata sulla base del C ESéc non è un certificato ai sensi dell'articolo 4 LMI nella misura in cui vengono esaminati soltanto i requisiti personali e l'esperienza prevista dall'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI non è uno dei criteri presi in considerazione dal C ESéc. Fatta eccezione per i detentori di cani e i cani che devono sostenere un esame, soddisfare determinate condizioni specifiche e superare un test attitudinale (cfr. art. 10a C ESéc), non sarebbe necessario considerare l'esperienza. Per quest'ultima categoria, inoltre, dato che il concordato disciplina il riconoscimento dei test attitudinali, l'articolo 4 capoversi 1 e 3 LMI non si applicherebbe considerato il capoverso 4 dello stesso articolo, secondo il quale gli accordi intercantionali che prevedono il reciproco riconoscimento dei certificati di capacità sono poziori alla LMI.

56. Il Cantone de Vaud non ha fornito alcuna decisione a sostegno delle risposte al questionario.

57. L'articolo 10 capoverso 1 C ESéc prevede che gli agenti delle imprese che non hanno né sede né succursali in uno dei Cantoni facenti parte del Concordato possono esercitare la loro attività solo dietro autorizzazione rilasciata alle condizioni degli articoli 9 e 10a C ESéc. Se l'impresa esercita la sua attività interamente o in parte sul territorio dei Cantoni che fanno parte del Concordato, il direttore dell'impresa o un responsabile da lui designato deve inoltre soddisfare le condizioni previste dall'articolo 8 capoverso 1 lettera f C ESéc (superamento di un esame sulla legislazione). Per un impiego saltuario o non superiore al 50% dell'attività dell'impresa, queste condizioni non devono invece essere soddisfatte.

58. Secondo l'articolo 9 C ESéc l'autorizzazione può dunque essere rilasciata solo a persone fisiche:

- a. di nazionalità svizzera o di uno Stato membro dell'Unione europea o dell'Associazione europea di libero scambio oppure a cittadini di altri Stati titolari di un permesso di domicilio o di un permesso di soggiorno da almeno due anni;
- b. che godono dei diritti civili;
- c. sono solvibili o non sono stati oggetto di atti definitivi di carenza di beni; e

<sup>44</sup> Va ricordato che generalmente documenti quali un piano d'igiene, educativo, di gestione, di organizzazione ecc. sono parte integrante dell'autorizzazione.

- d. per i loro trascorsi, il loro carattere e il loro comportamento, offrono tutte le garanzie di onorabilità in relazione all'attività da svolgere, come recita una direttiva<sup>45</sup> della Commissione del Concordato.

59. In base al capoverso 2 di questo stesso articolo, il direttore dell'impresa o della succursale deve anche aver superato l'esame menzionato nell'articolo 8 capoverso 1 lettera f C ESéc.

60. Conformemente all'articolo 10 capoverso 3 C ESéc, quando un offerente proveniente da un Cantone esterno al Concordato chiede di accedere al mercato vodese (che si trova nel territorio del C ESéc), l'autorità competente del Cantone di Vaud esamina l'equivalenza dell'autorizzazione e determina se, sulla base della documentazione presentata, l'offerente deve nuovamente dimostrare di rispondere ai requisiti personali (di polizia<sup>46</sup> ovvero quelli previsti dall'articolo 9 C ESéc).

61. Secondo l'articolo 10a C ESéc, l'impiego di un cane per lo svolgimento delle attività disciplinate dal Concordato richiede un'autorizzazione che viene concessa se il detentore del cane supera il test attitudinale dimostrando in questo modo di essere in grado di condurre il suo cane e che il cane è adeguatamente addestrato. Se il Cantone d'origine ha già rilasciato l'autorizzazione, l'autorità competente vodese esamina il riconoscimento dell'autorizzazione o del certificato di attitudine e decide se il richiedente deve rifare in parte o interamente il test attitudinale previsto dal C ESéc e da una direttiva della Commissione del Concordato (art. 10a cpv. 4 C ESéc).

62. Il C ESéc contiene soltanto criteri (personali) per l'accesso al mercato, ma nessuna disposizione relativa alla procedura e si limita a rinviare a una direttiva della Commissione del Concordato sulle «modalità di riconoscimento». Sul sito internet della polizia cantonale vodese<sup>47</sup> non è stata tuttavia trovata una direttiva specifica. E, inoltre, non avendo il Cantone di Vaud trasmesso decisioni in materia, non è possibile verificare la prassi seguita per il rilascio di autorizzazioni nell'ambito dei servizi privati di sicurezza.

63. Per quanto riguarda la LMI, conviene esaminarne in via preliminare l'applicazione in relazione al C ESéc. Dal punto di vista del diritto del mercato interno, quando è un concordato a disciplinare il riconoscimento dei certificati di capacità (e quindi la libera circolazione dei titolari di questi certificati) il concordato prevale sulla LMI (art. 4 cpv. 4 LMI). Di contro, se il concordato non accorda almeno diritti uguali a quelli della LMI, si applica quest'ultima sussidiariamente in quanto standard minimo.<sup>48</sup> In questo caso, la libera circolazione e il riconoscimento delle autorizzazioni e dei certificati di capacità nello spazio disciplinato dal Concordato non sono messi in questione, mentre, al contrario, la LMI è e resta applicabile agli offerenti esterni al territorio del C ESéc.

64. Dalle risposte del Cantone di Vaud emerge che le autorità vodesi incaricate di applicare il C ESéc non applicano la LMI agli offerenti extracantonali o «extraconcordatari». In pratica, per questi offerenti devono confrontare le disposizioni valide nel luogo d'origine con quelle del C ESéc e verificare se è confutata la presunzione di equivalenza di cui all'articolo 2 capoverso 5 LMI. La presunzione

di equivalenza riguarda le condizioni di accesso al mercato sia personali che professionali. È possibile, tuttavia, stabilire condizioni e oneri, per esempio il superamento di un esame, soltanto se la presunzione di equivalenza è confutata e se sono rispettate le condizioni dell'articolo 3 LMI, tenuto conto degli attestati di sicurezza e dei certificati (art. 3 cpv. 2 lett. b LMI) e dell'esperienza (art. 3 cpv. 2 lett. d LMI).

65. Se il Cantone d'origine prevede anche **condizioni professionali** di accesso al mercato, la presunzione di equivalenza non può essere confutata. Non si possono quindi porre restrizioni alle condizioni personali sotto forma di oneri o condizioni. Se, inoltre, nel luogo d'origine l'autorizzazione rilasciata corrisponde a un **certificato di capacità** (cfr. p. es. art. 10a C ESéc per i detentori di cani e i loro cani), le autorità vodesi competenti potranno riconoscerla in base all'articolo 4 LMI e dovranno in ogni caso concedere l'accesso al mercato senza altre formalità, salvo la produzione della suddetta autorizzazione sulla base del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI).

66. Di contro, se nel luogo d'origine non sono previsti esami, le norme di accesso non sono equivalenti a quelle del C ESéc e la presunzione di equivalenza può essere confutata. Dovrà comunque essere considerata l'esperienza del richiedente extracantonale o «extraconcordatario», conformemente all'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. Le autorità vodesi incaricate di applicare il C ESéc potranno in questo modo limitare l'accesso al mercato mediante oneri e condizioni relative alla formazione professionale dei richiedenti che provengono da quei Cantoni. Le restrizioni dovranno però riguardare anche gli offerenti locali («intraconcordatari»), essere indispensabili per preservare gli interessi pubblici preponderanti e rispettare il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 LMI). Una restrizione è di per sé sproporzionata ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI quando la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti. In questo caso significa che l'autorità vodese preposta all'applicazione del C ESéc non potrà limitare l'accesso al mercato se l'agente di sicurezza indipendente o dipendente che proviene dai suddetti Cantoni dispone dell'esperienza professionale sufficiente.<sup>49</sup> Dal punto di vista della COMCO bastano tre anni.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Cfr. 2.3.1 della direttiva del 28 maggio 2009 concernente il concordato del 18 maggio 1996 sulle imprese di sicurezza (direttiva generale, disponibile all'indirizzo: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/dse/polcant/fichiers\\_pdf/12a.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dse/polcant/fichiers_pdf/12a.pdf)) e capitoli I e II della direttiva del 3 giugno 2004 concernente i requisiti di onorabilità: [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/securite/police/fichiers\\_pdf/exigence\\_honorabilite.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/securite/police/fichiers_pdf/exigence_honorabilite.pdf).

<sup>46</sup> Come il Cantone di Vaud ha fatto notare nella sua risposta.

<sup>47</sup> In particolare: <http://www.vd.ch/themes/securite/police/entreprises-de-securite/>.

<sup>48</sup> Cfr. DTF 136 II 470, consid. 5.1 e segg., in particolare 5.2.

<sup>49</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (nota 1), n. marg. 1102.

<sup>50</sup> Perizia della COMCO del 5 dicembre 2016 sull'ammissione degli offerenti esterni di prestazioni di sicurezza sul territorio dei Cantoni che fanno parte del Concordato del 12 novembre 2010 sulle prestazioni di sicurezza fornite da privati.

67. Se il Cantone d'origine prevede anche **condizioni personali** di accesso al mercato, la presunzione di equivalenza non può essere confutata. In questo caso le autorità vodesi non potranno né esaminare la possibilità di un'applicazione delle disposizioni del C ESéc o procedere a un riesame delle condizioni personali di accesso al mercato né chiedere un certificato di buona condotta («certificat de situation professionnelle» o «Letter of Good Standing»). Per quest'ultimo, va comunque esaminata la possibilità di fare delle eccezioni alle disposizioni che regolano l'accesso al mercato. La richiesta di un certificato di buona condotta può infatti essere giustificata se il Cantone di Vaud (il C ESéc) prevede il riesame periodico dei requisiti personali essenziali per l'esercizio dell'attività e limita nel tempo l'autorizzazione, mentre il Cantone d'origine («extraconcordatario») prevede un unico esame al momento dell'emanazione della prima decisione di durata indeterminata. Per procedere a questo riesame periodico, può dunque essere giustificato che le autorità vodesi incaricate dell'applicazione del C ESéc possano chiedere agli offerenti di presentare un certificato di buona condotta ed emettere una decisione limitata nel tempo.

68. In compenso, se il Cantone d'origine non prevede alcuna condizione personale per l'accesso al mercato, le normative potranno essere considerate non equivalenti e sarà possibile applicare oneri o condizioni conformemente all'articolo 3 LMI.

69. Infine, per garantire l'attitudine personale degli offerenti provenienti da un Cantone che non prevede alcun obbligo d'autorizzazione per i servizi di sicurezza privati, nella misura in cui il Cantone di Vaud potrà partire dal presupposto che la presunzione di equivalenza è confutata, le autorità incaricate di applicare il C ESéc potranno limitare l'accesso al mercato per mezzo di oneri e di condizioni. I richiedenti dovranno chiedere al loro Comune di domicilio o in cui hanno la loro sede che venga effettuato un esame della loro probità (buona condotta e moralità) conformemente alle direttive adottate in applicazione del C ESéc. Questo onere vale anche per le persone provenienti dai Cantoni che fanno parte del C ESéc (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI) e mira a proteggere la sicurezza pubblica (art. 3 cpv. 1 lett. b LMI). Il controllo dell'attitudine personale è in linea di principio opportuno e necessario per garantire la tutela della sicurezza pubblica contro il rischio rappresentato da fornitori di prestazioni di sicurezza privati inadatti dal punto di vista caratteriale. Questo esame della probità degli offerenti che esercitano l'attività nel loro luogo d'origine extracantonale (ed «extraconcordatario») e desiderano esercitarla nel Cantone di Vaud o nel territorio del Concordato è del tutto legittimo. Per rispettare il principio della proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) un richiedente dovrà in ogni caso ottenere l'autorizzazione se l'autorità competente del suo luogo d'origine ha attestato la sua probità. Il principio della proporzionalità dovrà inoltre essere rispettato nell'esercizio del potere di apprezzamento. L'autorizzazione può essere rifiutata solo in casi eccezionali, ad esempio quando il certificato di buona condotta rilasciato dalle autorità competenti del luogo d'origine menziona mancanze concrete tali da mettere in pericolo la sicurezza pubblica e far dubitare della capacità del richiedente di esercitare la sua professione di agente di sicurezza.<sup>51</sup>

70. La procedura accesso al mercato dovrà in ogni caso essere semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

71. In conclusione, le autorità vodesi competenti o gli organi del Concordato dovrebbero esaminare per ogni Cantone che non ha aderito al Concordato le condizioni che si applicano all'esercizio delle attività soggette al C ESéc al fine di definire per ogni Cantone d'origine una guida o una procedura standard di accesso al mercato (del Concordato) conforme alla LMI (cfr. n. marg. 64 segg.). Questa misura è resa necessaria dal criterio stabilito all'articolo 3 capoverso 4 LMI secondo il quale una procedura di accesso al mercato deve essere semplice, rapida e gratuita tenuto conto delle grandi differenze tra le normative per l'esercizio delle attività soggette al C ESéc.

### 3 Attività lucrative regolate dal diritto federale (federalismo esecutivo)

72. Il capitolo 3 esamina la prassi delle autorità del Cantone di Vaud riguardo all'autorizzazione di offerenti esterni a esercitare professioni regolate dal diritto federale. Al capitolo 3.1 vengono illustrati i principi del diritto del mercato interno e in seguito, al capitolo 3.2, verrà esaminata la conformità a tali principi della prassi di autorizzazione delle autorità del Cantone di Vaud alle professioni mediche universitarie e della psicologia.

#### 3.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

##### 3.1.1 Principio del libero accesso al mercato

73. In diversi settori l'accesso al mercato è stato armonizzato materialmente attraverso il diritto federale (**settore armonizzato**), il quale viene applicato dai Cantoni (cosiddetto federalismo esecutivo). Eventuali differenze tra le prassi amministrative quotidiane dei Cantoni nell'applicazione del diritto federale non possono essere evitate. Ciò può risultare problematico dal punto di vista del diritto del mercato interno, in particolare se queste divergenze cantonali hanno come effetto di limitare l'accesso al mercato. Questo problema «atipico» del mercato interno<sup>52</sup> costituisce la *ratio legis* della proposta da parte del Parlamento, in occasione della revisione del 2005, di aggiungere nella LMI la disposizione dell'articolo 2 capoverso 6. Questa disposizione dovrebbe assicurare che merci, servizi e prestazioni conformi al diritto federale possano circolare liberamente.<sup>53</sup> Tramite l'articolo 2 capoverso 6 LMI, in base al quale una decisione cantonale di autorizzazione è valida in tutta la Svizzera, si garantisce che nel settore armonizzato interpretazioni e applicazioni diverse del diritto federale non conducano a nuove restrizioni del libero accesso al mercato.

<sup>51</sup> Perizia della COMCO del 5 dicembre 2016 (nota 49), n. marg. 99; Raccomandazione della COMCO sui tassi (nota 2), n. marg. 47 segg.

<sup>52</sup> ZWALD (n. 1), pag. 399 segg., n. marg. 51.

<sup>53</sup> DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, 2014, pag. 220; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, 2014, pag. 319; DPC 2006/2, 225, Cenzo delle caratteristiche della LMI e delle principali novità.

74. A titolo comparativo, l'accesso al mercato nel **settore non armonizzato** è retto, come indicato precedentemente (n. marg. 9–12), dal principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 2–4 LMI) e dalla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI). La presunzione di equivalenza stabilisce che le normative concernenti l'accesso al mercato emanate nel campo di competenza dei Cantoni sono equivalenti. Questa presunzione si basa sulla convinzione che le necessità oggettive di protezione della popolazione non variano da Cantone a Cantone.<sup>54</sup> Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, la presunzione di equivalenza ha come conseguenza che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di autorizzazione personali e professionali del luogo d'origine (n. marg 9, 15). Sarebbe contraddittorio e incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se i Cantoni, nell'esecuzione di normative federali di **armonizzazione**, potessero generare nuove restrizioni al mercato interno attraverso interpretazioni e applicazioni differenti tra loro.

75. Per questo motivo la LMI prevede, come complemento al principio del luogo d'origine, che una decisione cantonale secondo la quale una merce, un servizio o una prestazione lavorativa è conforme al diritto federale o ne viene autorizzato l'accesso al mercato è valida in tutta la Svizzera. Visto che nel settore non armonizzato le autorità del luogo di destinazione competenti per il rilascio dell'autorizzazione non possono riesaminare l'applicazione del diritto da parte delle autorità del luogo d'origine, tale principio deve valere a maggior ragione per il settore armonizzato. Durante i dibattiti parlamentari l'ex-Consigliere nazionale DIDIER BURKHALTER aggiunse quanto segue:

*«Mais ce principe du « Cassis de Dijon » [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la*

*population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du «Cassis de Dijon» à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération «veille à créer un espace économique suisse unique»».<sup>55</sup>*

76. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI è stata discussa in Parlamento soprattutto nel quadro della prassi amministrativa di autorizzazione nel campo dei generi alimentari. Essa non può però rimanere limitata a una specifica area di mercato, bensì deve essere applicata in modo generale, ossia anche nel campo dei servizi. In concreto, l'articolo 2 capoverso 6 LMI trova applicazione ad esempio nell'ambito dell'autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti speciali, la quale è regolata a livello federale dall'ordinanza del 22 giugno 2005 sul traffico di rifiuti (OTRif; RS 814.610). Le autorità cantonali rilasciano l'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali se dalla domanda risulta che l'impresa di smaltimento è in grado di smaltire i rifiuti in modo rispettoso dell'ambiente (art. 10 cpv. 1 OTRif). L'articolo 8 OTRif stabilisce che le imprese di smaltimento necessitano di un'autorizzazione dell'autorità cantonale per ogni unità locale. Secondo il Tribunale cantonale di Basilea Campagna un'autorizzazione di un sistema di trattamento mobile rilasciata nel Cantone di Argovia si basa esclusivamente sul diritto federale e quindi vale in tutta la Svizzera ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Se la raccolta dei rifiuti speciali avviene in un altro Cantone, non deve essere richiesta un'ulteriore autorizzazione per lo smaltimento.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 418.

<sup>55</sup> BU 2005 N 883.

<sup>56</sup> Sentenza del Tribunale cantonale di Basilea Campagna, KGer BL, 810 12 244/198 del 31 ottobre 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

### 3.1.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

77. In questo contesto si pone la questione se il non riconoscimento di una decisione cantonale ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI può essere comunque giustificato secondo l'articolo 3 LMI.

78. Secondo la giurisprudenza costante e la dottrina unanime, le restrizioni del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) nel **settore non armonizzato** possono essere giustificate se le condizioni dell'articolo 3 LMI sono soddisfatte. Come già menzionato sopra (n. marg. 74), la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI implica che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di ammissione personali e professionali del luogo d'origine. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>57</sup>

79. Dai verbali della consultazione parlamentare sulla revisione della LMI del 2005 risulta che l'idea dell'odierno articolo 2 capoverso 6 LMI è nata sulla base della presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Su richiesta dell'ex-Consigliere nazionale BURKHALTER, il Consiglio nazionale ha esteso la presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI all'esecuzione cantonale del diritto federale e ha proposto la seguente formulazione:

*«L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons».*<sup>58</sup>

80. Il Consiglio degli Stati ha approvato la proposta del Consiglio nazionale e ha formulato quella che oggi è la versione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Il Consigliere degli Stati EUGEN DAVID ha dichiarato al riguardo:

*«Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt».*<sup>59</sup>

81. In seguito, il Consiglio nazionale ha approvato la formulazione del Consiglio degli Stati.<sup>60</sup>

82. Una decisione cantonale sulla conformità con il diritto federale di una merce, di un servizio o di una prestazione di lavoro deve dunque essere valida in tutto il territorio della Confederazione. In generale, non esiste quindi la possibilità per i Cantoni di mettere in discussione l'applicazione del diritto federale da parte di un altro Cantone e di limitare così l'accesso al mercato. Proprio questo deve essere evitato grazie all'articolo 2 capoverso 6 LMI. Lo stesso vale in relazione ai prodotti e ai servizi che possono essere introdotti sul mercato senza controlli *a priori*, ma che sono sottoposti a una sorveglianza *a posteriori*. In tal senso, se un'autorità cantonale constata attraverso un controllo a campione che un prodotto non è conforme con

le prescrizioni federali, questa decisione cantonale negativa secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in tutta la Svizzera. Il Consigliere degli Stati EUGEN DAVID ha dichiarato al riguardo:

*«Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide».*<sup>61</sup>

83. Pertanto, in linea di massima una decisione cantonale secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in maniera vincolante per tutti i Cantoni. Per analogia alla prassi relativa all'articolo 2 capoverso 5 LMI, un riesame della conformità con il diritto federale sarebbe possibile soltanto qualora l'offerente, a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio dell'autorizzazione, non soddisfi più i requisiti federali necessari o se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta. Poiché la normativa federale prevede un livello uniforme di protezione, non vi è spazio per restrizioni all'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.

### 3.2 Professioni sanitarie universitarie e nel campo della psicologia

84. La legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche (Legge sulle professioni mediche, LPMed; RS 811.11) e la legge federale del 18 marzo 2011 sulle professioni psicologiche (LPPsi; RS 935.81) regolano a livello federale le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio delle professioni che sottostanno a queste leggi. Bisogna differenziare tra la procedura cantonale di autorizzazione (cap. 3.2.1) e la procedura di notifica per la prestazione di servizi intercantonali per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno (cap. 3.2.2). In questo caso i principi di diritto del mercato interno si applicano solo in modo sussidiario.<sup>62</sup> In particolare, una persona che ha già ottenuto un'autorizzazione cantonale ha diritto nel Cantone di destinazione a una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

<sup>57</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; cfr. anche le sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>58</sup> BU 2005 pag. 883–887.

<sup>59</sup> BU 2005 pag. 762.

<sup>60</sup> BU 2005 pag. 1620.

<sup>61</sup> BU 2005 pag. 763 seg.

<sup>62</sup> Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, 6046; Diebold, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1082–1092.

### 3.2.1 Autorizzazione all'esercizio di una professione

85. Nell'ambito delle professioni mediche universitarie le condizioni di autorizzazione per il libero esercizio della professione sono regolate a livello federale all'articolo 36 LPMed. Il richiedente deve in particolare essere degno di fiducia e offrire la garanzia, sotto il profilo psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione (art. 36 cpv. 1 lett. b LPMed). L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio è esercitata la professione (art. 34 LPMed).

86. La LPPsi presenta la stessa struttura della LPMed. Le condizioni personali e professionali sono regolate all'articolo 24 LPPsi. L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio si intende esercitare la professione (art. 22 cpv. 1 LPPsi). Contrariamente alla LPMed, la LPPsi prevede all'articolo 24 capoverso 2 il principio in base al quale chi dispone dell'autorizzazione di esercitare la professione secondo la LPPsi adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione negli altri Cantoni. Questa disposizione concretizza il principio di diritto del mercato interno dell'articolo 2 capoverso 6 LMI, secondo cui una decisione cantonale, che stabilisce che una persona adempie le condizioni d'autorizzazione di diritto federale, vale in tutta la Svizzera.

87. Nell'ambito delle **professioni** che rientrano nel campo di applicazione della **LPMed** e della **LPPsi** le procedure di accesso al mercato per le professioni veterinarie sono condotte dall'Ufficio del medico cantonale<sup>63</sup> coadiuvato dal farmacista cantonale e dallo SCAV.<sup>64</sup> Questi due uffici chiedono la produzione dei documenti seguenti in relazione a una domanda di accesso al mercato: modulo di domanda d'autorizzazione, copia dell'autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine («prima autorizzazione»), curriculum vitae aggiornato, copia del/dei diplomi e altri titoli e certificati postlaurea, copia di un documento di identità (per lo SCAV con foto ben visibile; il sito internet dell'Ufficio del medico cantonale non cita però questo documento<sup>65</sup>), attestazione della copertura assicurativa di responsabilità civile professionale. L'Ufficio del medico cantonale chiede inoltre la presentazione di un certificato di buona condotta («Letter of Good Standing») rilasciata dall'autorità competente del Cantone d'origine. Lo SCAV chiede un estratto originale del casellario giudiziale, un certificato medico che attesta la capacità di esercitare la professione e, se necessario, una copia del permesso di soggiorno e gli indirizzi dei diversi luoghi in cui il richiedente intende svolgere l'attività.

88. L'Ufficio del medico cantonale ha dichiarato di contattare le autorità competenti del luogo d'origine in caso di dubbio e che la procedura è gratuita.

89. Lo SCAV ha da parte sua spiegato che la procedura è gratuita ma che l'autorizzazione viene rilasciata solo se sono soddisfatte tutte le condizioni.

90. L'Ufficio del medico cantonale non ha fornito alcuna risposta per quanto riguarda i documenti da allegare a una domanda per accedere al mercato come **psicoterapeuta non medico** indipendente. Secondo il sito internet de l'Ufficio del medico cantonale<sup>66</sup>, va trasmesso il modulo di domanda, la copia dell'autorizzazione del Cantone

d'origine, la copia del diploma, il curriculum vitae e il certificato di buona condotta rilasciato dall'autorità competente del luogo d'origine. La procedura è gratuita.

91. Il federalismo esecutivo comporta il rischio che le condizioni che necessitano di un'interpretazione, come ad esempio la condizione di «essere degno di fiducia», vengano applicate con un rigore diverso nei vari Cantoni. Questo margine d'interpretazione non deve però condurre alla creazione di nuove restrizioni alla libera circolazione, tanto più che la libera circolazione nel settore non armonizzato a livello federale delle professioni sanitarie è garantita sulla base del principio del luogo d'origine secondo l'articolo 2 capoverso 1–5 LMI (n. marg. 7 segg.). Sarebbe contraddittorio e incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se la libera circolazione nel settore non armonizzato funzionasse meglio che nel settore armonizzato. Per questo motivo l'articolo 2 capoverso 6 LMI prevede che la decisione di un'autorità cantonale, secondo la quale un richiedente adempie le condizioni poste dall'articolo 36 LPMed, vale in maniera vincolante anche negli altri Cantoni. Da questo punto di vista risulta chiaro che, oltre alle decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità professionale, l'articolo 2 capoverso 6 LMI comprende anche le decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità personale.

92. Da ciò deriva che il divieto di riesame, imposto dal Tribunale federale in base alla presunzione di equivalenza di cui all'articolo 2 capoverso 5 LMI, deve valere a maggior ragione per i casi di applicazione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI (sopra, n. marg. 74). Un riesame da parte delle autorità del Cantone di Vaud è possibile solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>67</sup> Ad esempio, a causa di una malattia grave del richiedente, la condizione di un esercizio ineccepibile della professione potrebbe non essere più adempiuta. Se le condizioni imposte dal diritto federale non sono (più) soddisfatte, il rilascio dell'autorizzazione nel Cantone di Vaud deve essere negato e allo stesso tempo la prima autorizzazione deve essere revocata (art. 38 LPMed; art. 26 LPPsi). A questo scopo, le autorità cantonali competenti si garantiscono reciproca assistenza amministrativa e comunicano tra di loro sui procedimenti disciplinari (art. 42 e 44 LPMed; art. 29 e 31 LPPsi).

<sup>63</sup> Che fa capo al Dipartimento della sanità e dell'azione sociale (DSAS).

<sup>64</sup> Che fa capo al Dipartimento del territorio e dell'ambiente (DTE).

<sup>65</sup> Cfr. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

<sup>66</sup> Cfr. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/psychotherapeute-non-medecin/psychotherapeute-non-medecin-conditions-doctroi/>, lettera C).

<sup>67</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.



93. Considerato che la decisione sulla conformità al diritto federale di un'autorità cantonale è vincolante per tutti gli altri Cantoni e che il riesame a posteriori delle condizioni previste dal diritto federale in linea di massima non è consentito, si pone la questione se l'autorità del Cantone di Vaud può esigere l'inoltro di documenti come ad esempio copia dei diplomi, il certificato di buona condotta («certificat de situation professionnelle»; per quanto riguarda gli aspetti problematici di questo documento, v. n. marg. 19-23), l'estratto del casellario giudiziale o un certificato medico. Inoltre, gli articoli 42 e 44 LPMed e gli articoli 29 e 31 LPPsi prevedono l'assistenza amministrativa e lo scambio di informazioni sulla validità dell'autorizzazione e su eventuali violazioni dell'obbligo professionale. Pertanto, le autorità cantonali che hanno accesso al Registro delle professioni mediche (MedReg; <https://www.medregom.admin.ch>) dispongono delle seguenti informazioni:

- persone che esercitano una professione medica con un diploma federale o estero riconosciuto;
- specializzazioni e formazioni continue;
- autorizzazioni all'esercizio della professione (solo in caso di attività indipendente);
- indirizzi degli studi medici;
- operatori sanitari stranieri che possono esercitare liberamente la professione in Svizzera per un massimo di 90 giorni per anno civile;
- *Global Location Number* (GLN): numero di identificazione per le persone che esercitano una professione medica registrata.

94. Alla luce di tutto ciò appare chiaro che la compilazione del modulo di domanda e l'inoltro di una copia della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine sono sostanzialmente sufficienti per l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Inoltre, le informazioni raccolte tramite l'assistenza amministrativa e il MedReg bastano per verificare la correttezza dei dati del richiedente. Qualora vi sia un procedimento disciplinare pendente in un altro Cantone, l'autorità del Cantone di Vaud può rinviare il rilascio dell'autorizzazione fino alla conclusione della procedura applicando per analogia l'articolo 43 capoverso 4 LPMed e l'articolo 30 capoverso 4 LPPsi. Se in base alle indicazioni fornite nel modulo di domanda emergono indizi secondo i quali una delle condizioni per l'autorizzazione potrebbe non essere più adempiuta, l'autorità vodese può esigere dal richiedente ulteriori informazioni o documenti.

95. Non appena verrà introdotto il registro delle professioni psicologiche (PsyReg<sup>68</sup>), gli stessi principi si applicheranno anche alle persone che dispongono di un'autorizzazione ai sensi della LPPsi rilasciata in un altro Cantone.

96. Inoltre, l'autorità del Cantone di Vaud potrebbe vincolare l'autorizzazione a restrizioni di natura tecnica, temporale o geografica al fine di garantire un'assistenza di qualità elevata (art. 37 LPMed; art. 25 LPPsi). Qualora un richiedente possieda già un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata da un altro Cantone, tali oneri sono subordinati ai principi di accesso al mercato della LMI. Se a un richiedente esterno viene rilasciata un'autorizzazione nel Cantone di Vaud soggetta a oneri o

restrizioni, ciò deve essere motivato sulla base di un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Secondo l'articolo 37 LPMed e l'articolo 25 LPPsi l'unico motivo in tal senso è la garanzia di un'assistenza sanitaria di elevata qualità. Inoltre, una restrizione cantonale o un onere deve applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI) ed essere conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).<sup>69</sup>

97. Infine, la gratuità applicata sia dall'Ufficio del medico cantonale che dallo SCAV alle procedure di accesso al mercato per i titolari di un'autorizzazione rilasciata sulla base della LPMed e della LPPsi da un altro Cantone è conforme all'articolo 3 capoverso 4 LMI.

### 3.2.2 Annuncio relativo ai 90 giorni

98. Sia la LPMed che la LPPsi prevedono che i titolari di un'autorizzazione cantonale possano esercitare liberamente la propria professione medica nel Cantone di Vaud per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione. Per questi casi esiste solamente l'obbligo annuale di annunciarsi (art. 35 cpv. 2 LPMed, art. 23 cpv. 1 LPPsi). Così facendo si evita una discriminazione di questi titolari nei confronti delle persone provenienti dagli stati membri dell'UE e dell'AELS che, sulla base degli accordi di libero scambio e degli accordi AELS, hanno il diritto di esercitare la loro professione per 90 giorni all'anno in Svizzera.

99. Con l'introduzione di questa disposizione per i rapporti intercantionali non si è tenuto conto del fatto che i titolari di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi hanno il diritto, basandosi sull'articolo 2 capoverso 6 e sull'articolo 3 capoverso 4 LMI, di ottenere un'autorizzazione non limitata nel tempo tramite una procedura semplice, rapida e gratuita. Questa procedura conforme alla LMI è meno dispendiosa di una procedura di notifica per 90 giorni di attività da ripetere ogni anno, motivo per cui quest'ultima cadrà in disuso.<sup>70</sup> L'Ufficio del medico cantonale e lo SCAV dovranno informare i richiedenti esterni che si annunciano nel Cantone di Vaud per un'attività non superiore di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed o l'articolo 23 capoverso 1 LPPsi che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato.

100. Nel caso specifico, i principi del diritto del mercato interno precedentemente menzionati (cfr. n. marg. 85-93) in relazione alla procedura d'autorizzazione ordinaria si applicano per analogia anche all'autorizzazione di 90 giorni. Il Cantone di Vaud può dunque chiedere che siano presentati soltanto un modulo di domanda di accesso al mercato e la decisione basata sulla LPMed o la LPPsi del Cantone d'origine, salvo motivo giustificato (cfr. n. marg. 94 *in fine*). Le autorità vodesi possono verificare in qualsiasi momento la veridicità delle informazioni ricevute tramite la reciproca assistenza amministrativa e il registro MedReg (e il futuro registro PsyReg). La procedura deve inoltre essere gratuita.

<sup>68</sup> Cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/themen/berufe-im-gesundheitswesen/psychologieberufe/psychologieberuferegister-psyreg.html>.

<sup>69</sup> FF 2005 145 (n. 61), 198; FF 2009 6005 (n. 61), 6046; DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1091.

<sup>70</sup> DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1362.

#### 4 Risultati e raccomandazioni

101. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO giunge alle seguenti conclusioni:

##### A. Raccomandazioni concernenti la prassi del Cantone di Vaud in materia di autorizzazione dei richiedenti esterni a esercitare le attività economiche disciplinate dal diritto cantonale (professioni sanitarie, settore alberghiero e della ristorazione, insegnamento degli sport sulla neve ai minori, commercio di oggetti d'occasione, custodia di bambini e servizi di sicurezza):

- A-1. Le autorità competenti vodesi devono in primo luogo esaminare l'accesso al mercato sulla base della **decisione del luogo d'origine e della sua legislazione** (art. 2 cpv. 1–4 LMI). Da un lato l'applicazione del diritto vodese implica in tutti i casi che le norme che si applicano nel luogo d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI), dall'altro avverrà sotto forma di oneri e/o condizioni giustificati conformemente alle condizioni dell'articolo 3 LMI.
- A-2. Anziché il certificato di buona condotta («certificat de situation professionnelle» o «Letter of Good Standing»), il Cantone di Vaud deve consentire ai richiedenti di **dare procura** alle autorità competenti vodesi in modo che possano chiedere informazioni alle autorità omologhe del Cantone d'origine.
- A-3. Le autorità vodesi devono esaminare una domanda di accesso al mercato anche quando secondo il diritto del luogo d'origine l'esercizio dell'attività in questione **non è soggetto ad autorizzazione** o all'ottenimento di un **certificato di capacità**. I moduli di domanda dovranno quindi essere adeguati di conseguenza. Se le autorità vodesi rifiutano l'autorizzazione a causa di lacune riscontrate a livello di criteri professionali (p. es.: non è stato fornito un certificato di capacità o il certificato non è equivalente), devono motivare il rifiuto conformemente alle condizioni dell'articolo 3 capoverso 1 LMI e comunicare la loro decisione alla COMCO.
- A-4. Il Cantone di Vaud può procedere a un controllo dei requisiti personali di autorizzazione (in particolare tramite un estratto del casellario giudiziale) solo se il Cantone del luogo d'origine non ha già effettuato questo controllo. Ogni volta che le autorità vodesi competenti rifiuteranno un'autorizzazione a causa

della mancanza del livello richiesto per i criteri personali (p. es.: sentenza passata in giudicato), dovranno motivarlo conformemente alle condizioni dell'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicare la loro decisione alla COMCO.

- A-5. Le autorità competenti del Cantone di Vaud non possono prelevare assolutamente alcun emolumento per le decisioni relative all'accesso al mercato sulla base della legge sul mercato interno (art. 3 cpv. 4 LMI).
- A-6. Il Cantone di Vaud deve esplicitamente fondare le sue decisioni sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (libera circolazione delle prestazioni) o sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di domicilio).
- A-7. L'autorità cantonale vodese competente dovrebbe definire delle direttive sulla procedura di accesso al mercato conforme alla LMI per i prestatori di servizi di sicurezza provenienti da Cantoni che non hanno aderito al C ESéc.
- ##### B. Raccomandazioni concernenti la prassi del Cantone di Vaud in materia di autorizzazione dei richiedenti in possesso di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata dall'autorità competente di un altro Cantone:
- B-1. Il Cantone di Vaud deve in primo luogo esaminare il diritto di accesso al mercato alla luce della decisione basata sulla LPMed o la LPPsi emessa dall'autorità del luogo d'origine.
- B-2. Il Cantone di Vaud deve controllare l'esattezza delle indicazioni fornite sul modulo *ad hoc* tramite le informazioni presenti nei registri MedReg e Psy-Reg e attraverso l'assistenza amministrativa da parte delle autorità del Cantone d'origine; deve inoltre fare a meno di chiedere un certificato di buona condotta («Letter of Good Standing»).
- B-3. Il Cantone di Vaud deve rinunciare a chiedere la produzione di estratti del casellario giudiziale e di certificati di assicurazione di responsabilità civile professionale se le autorità del Cantone d'origine sono già in possesso di questi documenti.
- B-4. Il Cantone di Vaud deve richiamare l'attenzione delle persone che chiedono un'autorizzazione per un'attività di 90 giorni ai sensi degli articoli 35 capoverso 2 LPMed o 23 capoverso 1 LPPsi sul fatto che possono chiedere un'autorizzazione illimitata.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
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	<b>H</b>	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
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	<b>T</b>	
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
<b>P</b>		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	<b>U</b>	
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
<b>Q</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>R</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	<b>V</b>	
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)	<b>W</b>	
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)	<b>X</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Y</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Z</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		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, 98  
 Abrede 1 ff., 16, 73, 78 ff., 92 ff., 96 ff., 110, 115 f., 120,  
 124 ff.  
 Acquiring -  
 Anhörung 8  
 Apotheker/innen 238, 248  
 Ärzte(-Verband) 5
- B**
- Banken 4  
 Befristung des Entscheids -  
 Breitbanddienste -  
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 6  
 Domestic Interchange Fee 61
- E**
- Effizienzgründe 4, 18, 102  
 Effizienzprüfung -  
 Einstellung einer Untersuchung -  
 einvernehmliche Regelung 3 f., 6, 8 f., 14, 97, 101, 104, 106  
 Erheblichkeit 2, 4  
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -  
 Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-  
 mitteln 238
- I**
- Indizienbeweis -  
 Interchange Fee 6, 44, 61  
 Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 80, 100,  
 107, 111, 119  
 Koppelungsgeschäft -  
 Kostenraster -  
 Krankenversicherer -  
 Kreditkarten 6  
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -  
 marktbeherrschende Stellung 4, 6 f., 16, 18, 109, 112, 116,  
 118, 121, 126, 129  
 Marktgegenseite 80 ff., 88, 91 f., 100, 112, 121 f.  
 Marktorganisation -  
 Marktstruktur 74  
 Marktzutrittsschranken -  
 Meldepflicht 111 f., 120, 139, 188, 193, 250  
 Missbrauch 3 f., 6 f., 11, 16, 18
- N**
- Netzwerk 1, 15 ff., 73 ff., 81, 83, 91  
 Netzwerkkosten -  
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -  
 potenzieller Wettbewerb 92  
 Preisabrede 3, 8, 79  
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 17  
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen , 4, 6, 9, 11, 14 f., 101 f., 105, 174, 185, 188  
 Senkung Herstellkosten -  
 Submission 3, 5, 103  
 Submissionskartell -
- T**

---

Tarife -	Vierparteiensysteme -
Tarifvertrag -	vorbehaltene Vorschriften 78, 98, 111, 120
Tierärzte/innen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Transparenzmassnahmen -	
<b>U</b>	<b>W</b>
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 2 ff., 14 ff., 74, 80, 94, 96 f., 105 f., 127, 171, 235, 270	<b>X</b>
unzulässige Wettbewerbsabrede 3, 9, 73, 78, 98, 101, 105	<b>Y</b>
<b>V</b>	<b>Z</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel -
Veröffentlichung -	zweiseitige Märkte -
Verschulden 102, 105	

---