

Zeitschrift: Bulletin Electrosuisse
Herausgeber: Electrosuisse, Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik
Band: 95 (2004)
Heft: 4

Artikel: VSE-Rechtskommission zum Bundesgerichtsurteil in Sachen FEW/Watt/Migros = Commission juridique AES : principaux éléments, conséquences et remarques concernant l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2003 relatif à l'affaire opposant les Entreprises Elect...

Autor: Bircher, Hansueli
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-857918>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 16.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

VSE-Rechtskommission zum Bundesgerichts- urteil in Sachen FEW/Watt/Migros

Dieser Beitrag der VSE-Rechtskommission behandelt Kernpunkte, Konsequenzen und Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 17. Juni 2003 in Sachen Freiburgische Elektrizitätswerke (FEW) gegen Watt Suisse AG/Migros.

Kernpunkte und Konsequenzen

1. Das Kartellgesetz (KG) ist auf die Schweizerischen Stromversorgungsunternehmen grundsätzlich anwendbar. Dabei ist unerheblich, ob ein EVU öffentlich oder privatrechtlich organisiert ist. Der Ausnahmetatbestand von Art. 3 KG schliesst die Anwendung des Kartellrechts nur dann aus, wenn es der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers war, einen bestimmten Wirtschaftszweig aus überwiegenden öffentlichen Interessen vom Wettbewerb auszuschliessen. Die gesetzlichen Vorschriften müssen somit ausdrücklich eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten (rechtliches Monopol) ausstatten.
2. Faktische Monopole genügen den Anforderungen von Art. 3 KG nicht, rechtliche Monopole bleiben jedoch grundsätzlich in Kraft. In jenen Kantonen, welche bereits ein gesetzlich kodifiziertes rechtliches Monopol haben, wird das geschlossene Versorgungsgebiet vorerst also noch akzeptiert, jedoch insbesondere in Bezug auf die in der Bundesverfassung verankerten

Grundsätze der Wirtschaftsfreiheit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit grundsätzlich in Frage gestellt. Im Hinblick auf das neue Freiburgische Stromversorgungsgesetz von 2003, welches ein rechtliches Monopol installieren will und 2004 in Kraft treten soll, hält das Bundesgericht denn auch fest, dass es fraglich sei, ob eine solche Neuregelung vor den obgenannten verfassungsmässigen Grundsätzen überhaupt Stand halte. Mit der Infragestellung der rechtlichen Monopole wird somit bis zur endgültigen Beurteilung eine grosse Rechtsunsicherheit in Kauf genommen, welche dringend einer richterlichen Klärung bedarf.

3. Weder auf Bundesebene noch in der Gesetzgebung des Kantons Freiburg lässt sich ein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 KG finden, weshalb die Verweigerung der Durchleitung seitens FEW als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens bezeichnet wird. Die FEW sind somit verpflichtet, ihre Netze für die Durchleitung von Strom anderer Stromlieferanten zu öffnen. In anderen Kantonen kann sich die Rechtslage unter Beachtung der in Ziff. 2 umschriebenen Kriterien anders darstellen.
4. Mit dem Entscheid im Fall FEW wird der Übergang vom geschlossenen zum offenen Strommarkt eingeleitet und das System der geschlossenen Versorgungsgebiete rechtskräftig aufgebrochen.
5. Die Tatsache, dass die Stromversorgung in der Schweiz nach dem Solidaritätsprinzip seit Jahrzehnten als faktisches Monopol gehandhabt wurde, ist für das Bundesgericht kein ausreichender Grund, um ein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne des Ausnahmetatbestandes von Art. 3 KG anzuerkennen.
6. FEW hat zwar die Durchleitung anderer Lieferanten zu dulden, die Frage der Durchleitungsentschädigung (Netz-



Justitia urteilt über die Stromversorgung.

benutzungsentgelt) ist dadurch aber nicht beantwortet. Mit dem Urteil wird lediglich die Frage der Durchleitung, nicht aber diejenige der Durchleitungsentschädigung, geregelt. Die Entschädigung für die Netzbenutzung ist grundsätzlich zwischen den Parteien zu vereinbaren bzw. zu verhandeln. Wird keine Einigung erzielt, verweist das Bundesgericht ausdrücklich darauf, dass trotz Verwerfung des EMG durch das Volk der angemessene Preis für die Durchleitung durchaus anhand der im Rahmen des EMG erarbeiteten Berechnungskriterien bestimmt werden kann. Sollte somit in Bezug auf die Verhandlung über die Durchleitungsentschädigung keine Einigung erzielt werden, hätten die Gerichte bei entsprechender Anrufung die Möglichkeit, den Preis anhand der im EMG-Prozess festgelegten Kriterien festzulegen.

7. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts bedeutet, dass bei unberechtigter Verweigerung der Durchleitung (d.h. ohne Vorliegen einer kantonalrechtlichen Monopolstellung) durch ein Stromversorgungsunternehmen nach Art. 49a KG Bussen von bis zu 10 % der letzten drei Jahresumsätze ausgesprochen werden können. Diese Bestimmung des revidierten Kartellrechts wird voraussichtlich im Frühling 2004 in Kraft treten.

Kontaktadresse

VSE-Rechtskommission
Hansueli Bircher
VSE-Rechtsdienst
Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
Monbijoustrasse 16
3011 Bern
Tel.: 031 388 21 22
Fax: 031 388 21 29

hansueli.bircher@strom.ch
www.strom.ch

Artikel auch im VSE-Extranet verfügbar
(D, F und I)

Bemerkungen zum Gesuch FEW an den Bundesrat betreffend Gewährung einer Ausnahmeregelung nach Art. 8 KG

1. Nach Art. 8 KG kann der Bundesrat auf Antrag der betroffenen Partei Verhaltensweisen und Wettbewerbsabreden, die für unzulässig erklärt wurden, ausnahmsweise befristet zulassen, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Die FEW haben ein solches Gesuch nach Eröffnung des Bundesgerichtsurteils mit zusätzlichen Anträgen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Urteils gestellt.
2. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) hat den Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt und den Entscheid des Gesamtbundesrates über die Anwendung der Ausnahmeregelung von Art. 8 KG für Frühling 2004 in Aussicht gestellt. Bis zur Entscheidung durch den Bundesrat haben die FEW somit die Stromdurchleitung von Watt Suisse AG durch ihre Netze zu dulden und eine entsprechende

Netzbenutzungsentschädigung auszuhandeln.

3. In der Zwischenzeit hat sich Migros mit den FEW dahingehend geeinigt, den Strom nicht von Watt Suisse AG, sondern weiterhin von den FEW zu beziehen. Dadurch ist die Frage der Durchleitung von Strom eines anderen Energielieferanten durch die Netze der FEW vorläufig nicht mehr aktuell. Falls die FEW aufgrund dieser neuen Ausgangslage das Gesuch um Gewährung der Ausnahmeregelung von Art. 8 KG trotzdem nicht zurückziehen, hätte der Bundesrat anstelle einer Beurteilung auch die Möglichkeit, auf das Begehren mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Sollte der Bundesrat jedoch einen Entscheid fällen, so deutet die Verweigerung von vorsorglichen Massnahmen bzw. der aufschiebenden Wirkung des Ausnahmegesuches darauf hin, dass die Gutheissung einer befristeten Ausnahmeregelung im Gesamtbundesrat zumindest umstritten sein dürfte.

Schlussbemerkungen

1. Mit dem Bundesgerichtsurteil wird offensichtlich Druck auf die politischen Behörden und die Elektrizitätsbranche zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes

ausgeübt, da ohne gesetzliche Marktordnung oder freiwillige Öffnung des Marktes durch die Elektrizitätsbranche die Markttöffnung im Einzelfall auf dem Klageweg über das Kartellrecht erzwingbar wird.

2. Die VSE-Rechtskommission vertritt dezidiert die Auffassung, dass eine wilde und ungeordnete Öffnung des Marktes auf dem Klageweg, wie dies nach dem Bundesgerichtsurteil vom 17. Juni 2003 möglich ist, nicht wegweisend sein kann. Primär sollte daher ein breit abgestützter politischer bzw. gesetzgeberischer Weg zur Markttöffnung führen. Der vom Bundesrat initiierte ELWO-Prozess ist folglich prioritär zu unterstützen und einem Konsens zuzuführen, welcher auch vom Volk akzeptiert werden kann.
3. Sollte der gesetzgeberische Weg zur Markttöffnung jedoch scheitern, so hätte die Elektrizitätsbranche aufgrund des Bundesgerichtsurteils im eigenen Interesse und zur Förderung der Rechtssicherheit die Möglichkeit, durch eine freiwillige Branchenvereinbarung den Markt selber zu gestalten. Wesentliche Grundlagen dazu hat die Branche bereits im EMG-Prozess konsensual erarbeitet (z.B. GridCode), auf welche sich aufbauen lässt.

Commission juridique AES: Principaux éléments, conséquences et remarques concernant l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2003 relatif à l'affaire opposant les Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) à Watt Suisse AG/Migros

Principaux éléments et conséquences

1. La loi sur les cartels (LCart) est en principe applicable à toutes les entreprises d'approvisionnement en électricité suisses, qu'elles soient publiques ou de droit privé. L'article 3 LCart n'exclut l'application du droit des cartels que si le législateur a souhaité expressément exclure de la concurrence un secteur économique en raison d'intérêts publics prépondérants. Les prescriptions légales doivent donc expressément établir un régime étatique de marché ou de prix, ou charger certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (monopole juridique).

2. Les monopoles de fait ne satisfont pas aux conditions stipulées à l'art. 3 LCart, les monopoles juridiques restent toutefois en principe en vigueur. Dans les cantons qui présentent déjà un monopole juridique codifié au niveau légal, l'aire de desserte fermée est pour le moment encore acceptée, mais elle est fondamentalement remise en question en particulier en rapport avec les principes ancrés dans la Constitution fédérale concernant la liberté économique, l'intérêt public et le principe de proportionnalité. La nouvelle loi fribourgeoise de 2003 sur l'approvisionnement en électricité a pour but d'instaurer un monopole juridique et devrait entrer en vigueur en 2004. Le Tribunal fédéral émet un avis

critique quant à savoir si cette loi fera le poids face aux principes constitutionnels susmentionnés. Cette remise en question des monopoles juridiques implique une incertitude élevée jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise, et la situation nécessite d'urgence une clarification judiciaire.

3. Une situation d'exception selon l'art. 3 LCart n'apparaît ni au niveau fédéral, ni dans la législation du canton de Fribourg, ce qui permet de caractériser le refus d'acheminement des EEF de comportement abusif d'une entreprise dominant le marché. Les EEF sont donc tenues d'ouvrir leurs réseaux à d'autres fournisseurs pour l'acheminement d'électricité. Dans d'autres cantons, la situation juridique peut se



Decke im Bundesgericht in Lausanne.

présenter autrement compte tenu des critères décrits au point 2.

4. La décision concernant les EEF déterminera la transition du marché de l'électricité fermé vers le marché ouvert et mettra fin au système des aires de desserte fermées.
5. Qu'en Suisse, par le monopole de fait, l'approvisionnement en électricité se fasse depuis des décennies sur une base de solidarité ne constitue pas, pour le Tribunal fédéral, une raison suffisante pour reconnaître un intérêt public prépondérant et ainsi constituer un cas d'exception selon l'art. 3 LCart.
6. Les EEF doivent tolérer l'acheminement d'autres fournisseurs, mais la question de la redevance à payer pour l'acheminement (redevance pour l'utilisation du réseau) n'est pas résolue. L'arrêt règle simplement la question de l'acheminement, mais pas celle de cette redevance, qui doit en principe être convenue et négociée par les parties. Si aucun accord n'est trouvé, le Tribunal fédéral renvoie expressément au fait que, bien que le peuple ait rejeté la LME, le prix adéquat pour l'acheminement peut être déterminé à l'aide des critères élaborés dans le cadre de la LME. Si vraiment les négociations n'aboutissent à aucun accord, les tribunaux auraient la possibilité, en cas d'action, de fixer le prix sur la base des critères définis dans le cadre de la LME.
7. L'applicabilité de la loi sur les cartels signifie qu'en cas de refus injustifié d'acheminer de la part d'une entreprise d'approvisionnement en électricité (c'est-à-dire en l'absence d'un monopole juridique cantonal), des amendes peuvent être prononcées selon l'art. 49a LCart allant jusqu'à 10 % des trois derniers chiffres d'affaires annuels. Cette disposition de la nouvelle loi sur les cartels devrait entrer en vigueur au printemps 2004.

Remarques à propos de l'intervention des EEF auprès du Conseil fédéral en vue d'obtenir une autorisation exceptionnelle selon l'art. 8 LCart

1. Selon l'art. 8 LCart, le Conseil fédéral peut exceptionnellement, à la demande de la partie concernée, autoriser des accords en matière de concurrence et des pratiques illicites, s'ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. Les EEF ont soumis une telle requête après la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle comprend des demandes de mesures provisionnelles ainsi que d'effet suspensif.
2. Le département fédéral de l'économie (DFE) a rejeté la demande de mesures provisionnelles et d'effet suspensif. Il a laissé entendre que le Conseil fédéral se prononcerait sur l'application de la réglementation d'exception de l'art. 8 LCart au printemps 2004. Jusqu'à ce que le Conseil fédéral prenne sa décision, les EEF doivent tolérer l'acheminement de l'électricité de Watt Suisse AG par leurs réseaux et négocier une redevance correspondante pour l'utilisation des réseaux.
3. Entre-temps, Migros a convenu avec les EEF qu'elle n'achèterait pas son électricité à Watt Suisse AG, mais aux EEF. La question de l'acheminement de l'électricité d'un autre fournisseur d'énergie par les réseaux des EEF n'est donc provisoirement plus d'actualité. Vu la nouvelle situation, et si les EEF ne retirent pas leur demande d'autorisation exceptionnelle sur la base de l'art. 8 LCart, le Conseil fédéral a la possibilité de ne pas entrer en matière sur cette demande car il n'y a plus d'intérêt digne de protection juridique. Si toutefois le Conseil fédéral prend

une décision, le rejet par le DFE de mesures provisionnelles et d'effet suspensif signifierait que l'approbation d'une réglementation d'exception limitée dans le temps est une question controversée au sein du Conseil fédéral.

Remarques finales

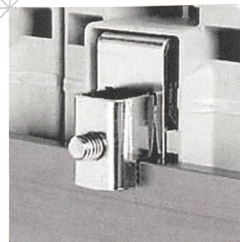
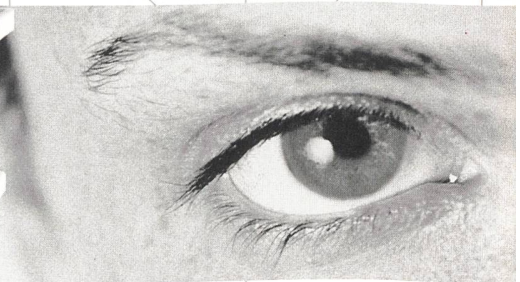
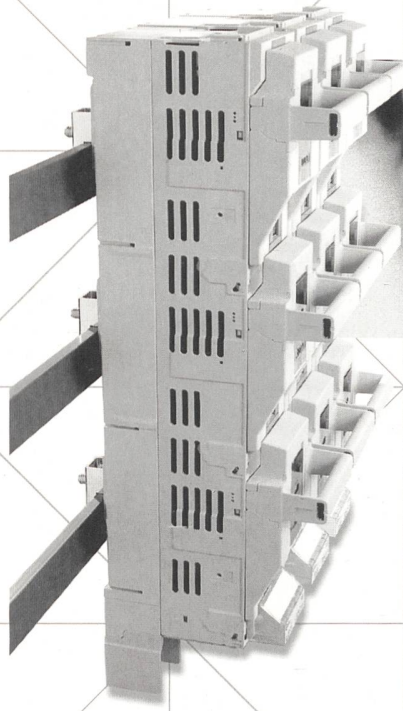
1. L'arrêt du Tribunal fédéral exerce manifestement une pression sur les autorités politiques et la branche électrique dans le sens de l'ouverture du marché de l'électricité, étant donné que sans réglementation légale du marché ou ouverture volontaire du marché par la branche, une ouverture peut être imposée dans des cas individuels en s'appuyant sur le droit des cartels.
2. La commission juridique de l'AES est convaincue qu'une ouverture sauvage et non réglementée du marché par voie de plainte, comme c'est possible depuis l'arrêt du 17 juin 2003 du Tribunal fédéral, n'est pas la bonne solution. C'est d'abord la voie politique ou législative qui devrait mener à l'ouverture du marché. Il s'agit de soutenir en priorité le processus OSEL que le Conseil fédéral a mis en route dans le but d'aboutir à un consensus acceptable par le peuple.
3. Si l'ouverture du marché par la voie législative devait échouer, la branche électrique aurait, sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral, la possibilité d'organiser elle-même le marché par le biais d'une convention volontaire au sein de la branche, et ce, dans son propre intérêt et pour promouvoir la sécurité juridique. La branche a déjà élaboré les principaux documents à ce sujet au cours du processus relatif à la LME (par ex. le Code réseau, «Grid-code»), documents sur lesquels on peut se baser.

Die neue Sammelschienenklemme für VERTIGROUP - Die kostensparende und multifunktionale Montagelösung



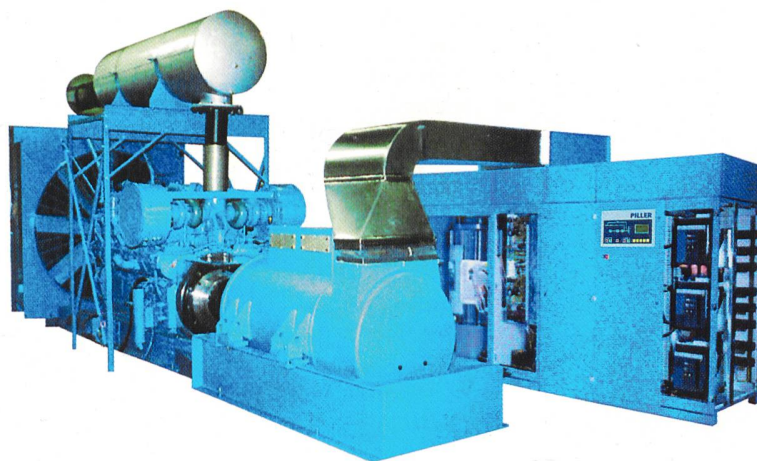
Die Produktvorteile der neuen Sammel-
schienenklemme

- Direkte Montage auf Sammelschiene ohne Bohrung
- Für die komplette VERTIGROUP Reihe 00 - 3, Doppellastschaltleiste und NH-Trennleiste 1000 A
- Montagefreundliche, leicht einhängbare Sammelschienenklemme für 10 mm - Schienen
- Sammelschienenklemme unverlierbar ab Werk montiert
- Abgang oben durch einfaches Drehen der Klemme
- Gleiche Ausschnittsmasse (Höhen) aller Grössen auch bei Abgang oben und unten
- Gleiche Einbautiefen bei allen Grössen
- Stromwandlereinbau ohne zusätzlichen Platzbedarf
- Einsetzbar auch für Neutralleitertrenner Typ NS



WEBER AG • Elektrotechnik • Sedelstrasse 2 • CH-6021 Emmenbrücke • Schweiz/Switzerland
Tel. +41 41 269 90 00 • Fax +41 41 269 92 97 • Internet: www.weber.ch • Email: contact@weber.ch

Statische oder dynamische Systeme
mit oder ohne integriertem Diesel-
oder Gas-Motor und
Kurzzeit Energiespeicher(Powerbridge)



Leistungsbereich
statisch 3 - 4000 kVA
bei Parallelbetrieb
dynamisch 150 kVA - 40 MVA
bei Parallelbetrieb

gebrüder meier ag
elektrische maschinen und anlagen

Althardstrasse 190
8105 Regensdorf
Tel. 01 870 93 93
Fax 01 870 93 94
E-mail: info@gebrueder-meier.ch

Buchsweg 2
3052 Zollikofen
Tel. 031 915 44 44
Fax 031 915 44 49

Bureau Suisse romande
2500 Bienne 6
Case postale 101
Tel/Fax. 032 342 48 63
Internet: www.gebrueder-meier.ch

Emmenweid
6021 Emmenbrücke
Tel. 041 209 60 60
Fax 041 209 60 40