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

2004/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Preis Einzelnummer:
CHF 25.-

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.-
(Form: 701.000.04/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Vente:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Prix au numéro:
CHF 25.-

Prix de l'abonnement annuel:
CHF 80.-

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vendita:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Prezzo per esemplare:
CHF 25.-

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.-

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

2004/3

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.

Oktober / octobre / ottobre 2004

Systematik	**A Tätigkeitsberichte** A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher **B Verwaltungsrechtliche Praxis** B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen 5 BGBM B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 BGBM 9 Diverses B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher B 7 Kantonale Gerichte **C Zivilrechtliche Praxis** C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht **D Entwicklungen** D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliografie **E Diverses**

Systématique	**A**	**Rapports d'activité**
		A 1 Commission de la concurrence
		A 2 Surveillance des prix
	B	**Pratique administrative**
		B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
		B 2 Commission de la concurrence
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
		7 Préavis
		8 LMI
		9 Divers
		B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence
		B 4 Tribunal fédéral
		B 5 Conseil fédéral
		B 6 Surveillant des prix
		B 7 Tribunaux cantonaux
	C	**Pratique des tribunaux civils**
		C 1 Tribunaux cantonaux
		C 2 Tribunal fédéral
	D	**Développements**
		D 1 Actes législatifs, communications
		D 2 Bibliographie
	E	**Divers**

Sistematica	**A**	**Rapporti d'attività**
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	B	**Prassi amministrativa**
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza
		B 4 Tribunale federale
		B 5 Consiglio federale
		B 6 Sorvegliante dei prezzi
		B 7 Tribunali cantonali
	C	**Prassi dei tribunali civili**
		C 1 Tribunali cantonali
		C 2 Tribunale federale
	D	**Sviluppi**
		D 1 Atti legislativi, comunicazioni
		D 2 Bibliografia
	E	**Diversi**

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2004/3**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Markt für Schlachtschweine - Teil A 674
2. Markt für Schlachtschweine - Teil B 726
   Empirische Analyse auf dem schweizerischen Schlachtschweinemarkt - Erläuterungen des Sekretariats 753
   Anhänge 760
3. TicketCorner 778
4. Association des cliniques privées de Genève 803

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. UBS AG/Motor-Columbus AG 806
2. UTC/EADS Revima 810
3. KKR/DYNAMIT NOBEL 811
4. Sanofi-Synthélabo SA/Aventis SA 812
5. Gründung der Joint Venture Unternehmung "Planet" durch The Dow Chemical Company und Petrochemical Industries Company K.S.C 846
6. Gründung der Joint Venture Unternehmung "White Sands" durch The Dow Chemical Company und Petrochemical Industries Company K.S.C 847

7. Stellungnahmen
Préavis
Preavvisi

1. Révisions de la Loi sur l'assurance-maladie - procédure de consultation 848
2. Teilrevisionen in der Krankenversicherung - Vernehmlassungsverfahren 852

B 3 **Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**
Commission de recours pour les questions de concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

1. Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission 859
2. AGEFI/Edipresse SA, Edition Ringier SA, Le Nouveau Quotidien ERL SA, Commission de la conucrrence 897

3. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./Edipresse S.A., Commission de la concurrence (mesures provisionnelles) 913
4. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./Edipresse S.A., Commission de la concurrence (concentration d'entreprises) 922

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 1 **Erlasse, Bekanntmachungen**
Actes législatifs, communications
Atti legislativi, comunicazioni

1. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel 964
2. Note explicative de la Commission de la concurrence se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile 971
3. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli 978

D 2 **Bibliografie**
Bibliographie
Bibliografia 985

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 989

Index (deutsch, français e italiano) 992

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste**
B 2.2	**1. Markt für Schlachtschweine - Teil A**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. März 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Untersuchung über den Markt für Schlachtschweine wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Artikel 5 respektive 7 KG

Allfälliger Missbrauch einer allenfalls (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Tochtergesellschaften der Grossverteiler Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding)

Einstellung des Verfahrens; keine kollektiv marktbeherrschende Stellung gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG von Micarna (Migros) und Bell (Coop) bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen (keine ausreichend hohen Marktanteile, Asymmetrien, kein ersichtlicher Sanktionsmechanismus); keine Anhaltspunkte für ein gleichförmiges Verhalten im Detailhandel

Classement de la procédure; pas de position dominante collective selon l'article 4 alinéa 2 LCart de Micarna (Migros) et Bell (Coop) dans le commerce de porcs destinés à l'abattage (parts de marché insuffisantes, asymétries, pas de mécanisme de sanction évident); pas d'indices de pratiques concertées au niveau du commerce de détail

Chiusura della procedura; nessuna posizione dominante collettiva giusta l'articolo 4 capaverso 2 LCart di Micarna (Migros) e Bell (Coop) nel commercio di maiali destinati al macello (quote di mercato insufficienti, asimmetriche, nessun meccanismo di sanzione evidente); nessun indizio di pratiche concertate a livello del commercio al dettaglio

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") hat die Wettbewerbsverhältnisse auf den Fleisch- und Schlachtviehmärkten - insbesondere im Bereich Schweinefleisch - im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) laufend beobachtet. Die vorliegende Untersuchung behandelt die herrschenden Wettbewerbsverhältnisse bei der Produktion von Schweinefleisch. Die Wertschöpfungskette bei der Herstellung von Schweinefleischprodukten umfasst im Wesentlichen folgende Stufen:

- Schweineproduktion (Deckbetriebe, Mutterschweinebetriebe, Abferkelbetriebe, Aufzuchtsbetriebe, Mastbetriebe)
- Schweinehandel
- Fleischverarbeitung und -grosshandel (Schlachtung, Zerlegung, Verarbeitung, Lagerung, Grosshandel, Import)
- Verteilung, bestehend aus Detailhandel (Vollsortimentsdetailhandel und Metzgereien) und Horeka-Kanal (Hotels, Restaurants und Kantinen)

Die vorliegende Untersuchung hat insbesondere die Transaktionen zum Gegenstand, die zwischen den Stufen Schweinehandel respektive Schweinemast und Fleischverarbeitung abgewickelt werden. Bezeichnend für die in der vorliegenden Untersuchung betrachteten Märkte sind eine hohe Markttransparenz, ein wie bei vielen anderen landwirtschaftlichen Rohprodukten kurzfristig unelastisches Angebot, zyklische Schwankungen der Produzentenpreise (Schweinezyklus), ein zwischen den Unternehmen variierendes Ausmass an vertikaler Integration und eine im Vergleich zur Stufe der Lieferanten von Schlachtschweinen (Schweinehandel und Schweineproduktion) hohe Konzentration auf der Stufe der Abnehmer (Fleischverarbeitungsindustrie und Detailhandel). In den Fleisch- und Schlachtviehmärkten bestehen zahlreiche Regulierungen (namentlich Importrestriktionen), die den Wettbewerb beeinflussen. Die vom Bundesamt für Landwirtschaft ("BLW") monatlich berechnete Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung auf frischem Schweinefleisch wies in den letzten Jahren eine steigende Tendenz auf (Erhöhung zwischen Februar 2000 und Februar 2003 rund 36%). In der Vergangenheit wurde immer wieder die Frage laut, inwieweit die vom BLW berechnete Margenerhöhung mit dem Grad der Marktmacht der Grossverteiler im Zusammenhang steht.

2. In seinen Schreiben vom 15. Dezember 2000 und 20. März 2001 machte der Schweizerische Schweinezucht- und Schweineproduzentenverband Suisseporcs, Sempach ("Suisseporcs"), das Sekretariat auf angeblich kartellrechtswidrige Verhaltensweisen der Grossverteiler

Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich ("Migros"), und Coop Schweiz, Basel ("Coop"), respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften bei der Beschaffung von Schlachtschweinen respektive dem Vertrieb von Schweinefleischprodukten, aufmerksam. Zweck der vorliegenden Untersuchung ist es zu überprüfen, ob die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften eine allfällige (kollektiv) marktbeherrschende Stellung missbrauchen (Teil A) und ob deren Lieferanten allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden treffen (Teil B).

A.2 Verfahren

3. Das Sekretariat hat am 11. April 2001 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG über die Preisbildung auf dem Markt für Schlachtschweine, insbesondere über die Marktstellung und das Verhalten der Grossverteiler, eröffnet. Die Vorabklärung ergab neben Anhaltspunkten für einen möglichen Missbrauch einer allenfalls bestehenden (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften (Teil A) auch Anhaltspunkte dafür, dass die in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden treffen (Teil B).

4. Am 1. Februar 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung nach Massgabe von Artikel 27 KG. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im Bundesblatt vom 26. Februar 2002 (BBl Nr. 8) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 20. Februar 2002 (SHAB Nr. 35) bekannt gegeben.

5. Adressaten der vorliegenden Untersuchung sind folgende Unternehmen (a und b) und Verbände (c):

a) In der Fleischverarbeitungsindustrie tätige Tochtergesellschaften der Grossverteiler Migros und Coop:

?? Micarna SA, Courtepin ("Micarna"). Micarna ist ein Tochterunternehmen der Migros.

?? Bell Holding AG, Basel ("Bell Holding"). Die Bell Holding ist ein Tochterunternehmen von Coop. Zur Bell Holding gehören namentlich die drei Fleischverarbeitungsbetriebe Bell AG, Basel ("Bell"), Grieder AG, Oensingen ("Grieder"), und Vulliamy SA, Cheseaux-sur-Lausanne ("Vulliamy").

b) deren Lieferanten von Schlachtschweinen:

?? alle in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen, insbesondere diejenigen, die einem der unten stehenden Verbände an-

gehören oder an den Schweinebörsen in Wil oder Sursee teilnehmen,

?? alle in der Schweiz tätigen Schweineproduzenten (Schweinemastbetriebe), die ihre Schweine selber vermarkten (Direktvermarkter), insbesondere diejenigen, die einem der unten stehenden Verbände angehören oder an den Schweinebörsen in Wil oder Sursee teilnehmen.

c) die Verbände:

?? Suisseporcs, Schweizerischer Schweinezucht- und Schweineproduzentenverband, Sempach

?? SVV Schweizerischer Viehhändler-Verband, Oberegg ("SVV")

?? Schweizerische Schweinehandelsvereinigung SHV, Stetten ("SHV")

6. Im Rahmen der Vorabklärung wurden Suisseporcs, Micarna, die Bell Holding, die ebenfalls in der Fleischverarbeitungsindustrie tätige Carnavi Holding AG, Freienbach ("Carnavi"), 14 Schweinehandelsunternehmen und der Schweizerische Bauernverband, Brugg ("SBV"), befragt. In der Untersuchung wurden folgende Unternehmen und Verbände befragt: Suisseporcs, SHV, SBV, 42 Schweinehandelsunternehmen, Micarna, Bell Holding, Carnavi, 24 weitere Fleischverarbeitungsbetriebe und Schlachthöfe, Metzger-Treuhand AG, Dübendorf ("Metzger-Treuhand"), Verband Schweizer Metzgermeister, Zürich ("VSM"), Migros, Coop, Denner AG, Zürich ("Denner"), Prodega AG, Moosseedorf ("Prodega"), Distributis AG, Dietlikon ("Distributis"), und Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen IP-Suisse, Zollikofen ("IP-Suisse"). Zudem liegt eine Stellungnahme der Proviande, Bern ("Proviande", vgl. Rz. 15), zu den Wettbewerbsverhältnissen auf dem schweizerischen Fleischmarkt vor. Ausserdem stellte das BLW mit Einwilligung der betroffenen Unternehmen dem Sekretariat die im Rahmen der Marktbeobachtungstätigkeit des BLW erhobenen Marktdaten zur Verfügung.

7. Die in der vorliegenden Untersuchung zu prüfenden Sachverhalte werden in zwei separaten Verfügungen abgehandelt: Der allfällige Missbrauch einer allenfalls (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften in Teil A, die allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabreden zwischen Schweinehandelsunternehmen in Teil B. Gegenstand vorliegender Verfügung ist ausschliesslich die Frage nach einem allfälligen Missbrauch einer allenfalls (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Tochtergesellschaften der Grossverteiler Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) (Teil A). Die Verfügungsentwürfe wurden den Parteien am 26. September 2003 zugestellt. Migros teilte am 15. Oktober 2003 mit, dass sich angesichts der Anträge eine Stellungnahme hiezu erübrige. Der

Rechtsvertreter der Bell Holding teilte am 26. November 2003 mit, dass seine Klientschaft mit den Anträgen des Sekretariats vollumfänglich einverstanden sei und - abgesehen von einigen Ausführungen zu allfälligen vorbehaltenen Vorschriften auf dem Schweizer Fleischmarkt (vgl. Rz. 17) - auf eine ausführliche Stellungnahme verzichte. Die anderen Parteien reichten keine Stellungnahmen zu den Verfügungsentwürfen ein. Keine der Parteien machte von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch.

8. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. ROGER ZÄCH (Vizepräsident der Weko) im Ausstand.

B. Erwägungen (Teil A)

B.1 Geltungsbereich

9. 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).

10. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

11. Die Prüfung der Marktbeherrschung der Unternehmen erfolgt unter Artikel 4 Absatz 2 KG (Rz. 18ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen kann.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (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).

13. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist nicht generell zu verneinen, wenn für einen Wirtschaftsbereich staatliche Vorschriften erlassen wurden. Einmal müssen diese staatlichen Regelungen bezwe-

cken, auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb auszuschliessen. Selbst wenn dies zutrifft, ist überdies zu prüfen, welcher Markt im konkreten Fall massgebend ist. Soweit eine allfällige staatliche Markt- oder Preisordnung in einem Teilbereich Raum für wettbewerbliches Verhalten lässt, ist das Kartellgesetz auf diesen Teilbereich anwendbar (RPW 2002/1, S. 109, Rz. 55).

14. In den Bereichen Produktion, Handel und Verarbeitung von Schlachtschweinen respektive von Schweinefleischprodukten bestehen verschiedene staatliche Vorschriften. Zu nennen sind dabei Artikel 48, 49, 50 und 51 des Landwirtschaftsgesetzes (LwG, SR 910.1) und zahlreiche landwirtschaftsrechtliche Verordnungen, namentlich die Schlachtviehverordnung (SR 916.341), die Verordnung über die Einschätzung von Tieren der Schweinegattung sowie die Verwendung von technischen Geräten zur Qualitätseinstufung (SR 916.341.21), die Agrareinfuhrverordnung (SR 916.01), die Verordnung über die Unterstützung des Beratungs- und Gesundheitsdienstes in der Schweinehaltung (SR 916.314.1), die Höchstbestandesverordnung (SR 916.344) sowie die interkantonale Übereinkunft über den Viehhandel (SR 916.438.5). In diesen Erlassen werden insbesondere der Fleisch- und Schlachtviehimport (Umfang und Art der Verteilung der Importkontingente), die Qualitätseinstufung, die Voraussetzungen für den Handel mit Schlachttieren, die Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen, die Überwachung von öffentlichen Märkten und des Marktgeschehens in Schlachtbetrieben und die Übertragung eines Teils dieser Aufgaben an private Organisationen (d.h. an die Proviande) geregelt.

15. Die Proviande ist eine Genossenschaft im Sinne von Artikel 828 ff. OR, die im Auftrag des BLW folgende Aufgaben auf dem Fleischmarkt wahrnimmt:

- Erfassung und Kontrolle der Gesuche um Zollkontingentsanteile
- Überwachung von öffentlichen Märkten, Taxation der Tiere (insbesondere Veranstaltung von Schlachtviehmärkten, Marktentlastungsmassnahmen)
- Neutrale Qualitätseinstufung von geschlachteten Tieren
- Wahrnehmung weiterer Aufgaben (insbesondere Marketing-Kommunikation, Fleischstatistik)

16. Zudem sind auf den verschiedenen Stufen der Schweinefleischproduktion die Richtlinien des Tierschutz- (SR 455), des Tierseuchen- (SR 916.40) und des Lebensmittelgesetzes (SR 817.0) und der entsprechenden Verordnungen, namentlich der Fleischhygieneverordnung (SR 817.190), zu befolgen.

17. Ausser der Bell Holding machte keine der Parteien den Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG geltend. In den von der Bell Holding im Verlaufe des Verfahrens eingereichten Stellungnahmen wurde

zwar auf das Bestehen von wettbewerbsrelevanten Regulierungen auf dem Fleischmarkt hingewiesen, jedoch enthielten die Stellungnahmen der Bell Holding keine ausdrücklichen Hinweise auf vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG. Erst in ihrer Stellungnahme vom 26. November 2003 zum Verfügungsentwurf des Sekretariats machte die Bell Holding geltend, es könne nicht abschliessend ausgeschlossen werden, dass auf dem relevanten Markt keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG bestünden. Dies sei im vorliegenden Fall angesichts der Entscheidanträge des Sekretariats zwar nicht entscheidrelevant, die Bell Holding behalte sich aber vor, sich auf vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu berufen, sollten die betroffenen Märkte in Zukunft erneut Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens werden. Nach Auffassung der Weko bestehen indes im konkreten Fall eindeutig keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG. Obwohl die oben genannten Erlasse das Verhalten der Marktteilnehmer und das Marktergebnis beeinflussen, verfolgt der Gesetzgeber mit keinem dieser Erlasse die Absicht, den Wettbewerb in den Bereichen Produktion, Handel und Verarbeitung von Schlachtschweinen respektive von Schweinefleischprodukten auszuschliessen. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es somit keine Vorschriften, die einen Vorbehalt nach Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG begründen.

B.3 Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

20. Um festzustellen, ob sich Micarna (Migros) und/oder Bell (Coop) tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Der relevante Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

21. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unter-

nehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

1. Marktgegenseite

22. Fleischverarbeitungsbetriebe fragen schlachtreife Schweine nach, um diese zu schlachten (resp. schlachten zu lassen), weiter zu verarbeiten und als Frischfleisch oder als verarbeitete Fleischprodukte direkt oder über Grosshandelsunternehmen an im Detailhandel oder im Horeka-Kanal tätige Unternehmen zu liefern. Die Fleischverarbeitungsindustrie erbringt somit in ihrer intermediären Stellung auf der Beschaffungsseite Dienstleistungen, die es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten via Detailhandel und Horeka-Kanal an die Endkonsumenten zu gelangen (vgl. Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 510, Rz. 25). Hinsichtlich der Beschaffungsmärkte bilden die Lieferanten von Schlachtschweinen, die ihre Produkte an Fleischverarbeitungsbetriebe liefern wollen respektive müssen, die Marktgegenseite. Als Marktgegenseite kommen somit sowohl die Schweineproduzenten (insbesondere die Schweinemastbetriebe) als auch die Schweinehandelsunternehmen in Frage.

23. Bei der Nachfrage der Fleischverarbeitungsbetriebe nach Schlachtschweinen handelt es sich um eine abgeleitete Endverbrauchernachfrage. Die Bedürfnisse der Endkonsumenten wirken sich über den Detailhandel und den Horeka-Kanal auf die Fleischverarbeitungsbetriebe sowie auf die Schweinemastbetriebe und Schweinehandelsunternehmen aus, weshalb den Verhältnissen auf den Absatzmärkten bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte Rechnung zu tragen ist (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 510, Rz. 26 f.). Als Marktgegenseite sind für die im vorliegenden Fall untersuchten Fragestellungen aber nicht die Endverbraucher zu betrachten, zumal es sich bei schlachtreifen Schweinen um ein Zwischenprodukt handelt, das mehrere Produktionsstufen durchläuft, bis es als Schweinefleisch zum Endkonsumenten gelangt. Deshalb kann im vorliegenden Fall die Marktabgrenzung auf einer Zwischenstufe von der Marktabgrenzung auf Endverbraucherstufe abweichen (vgl. SAURER und DIETRICH, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic!, 7/2001, S. 602). Im vorliegenden Fall gelten somit sowohl die Schweinemastbetriebe als auch die Schweinehandelsunternehmen als Marktgegenseite, da beide die Verarbeitungs- und Vertriebsdienstleistungen der Fleischverarbeitungsindustrie in Anspruch nehmen.

2. Beschreibung des Marktgeschehens

2.1 Produktionsprozess und Handelsgepflogenheiten

24. In der Regel gelangen Schlachtschweine im Alter von zirka drei Monaten von einem Aufzuchtsbetrieb in einen Mastbetrieb, wobei diese beiden Stufen zum Teil in einem Betrieb integriert sind. Die Schweinemast erfolgt teils in gewerblichen Mastbetrieben, teils in

landwirtschaftlichen Mischbetrieben. Aufgrund der Höchstbestandesvorschriften umfasst ein Mastbetrieb maximal 1'000 Schweine (gemäss Art. 70 Abs. 2 LwG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. 3 der Höchstbestandesverordnung). Ungefähr sechs Monate nach ihrer Geburt erreichen Schweine das für die Schlachtung optimale Lebendgewicht von rund 100 kg.

25. Zirka 15% der Schlachtschweine werden direkt von Schweinemastbetrieben an Fleischverarbeitungsbetriebe verkauft (Direktvermarktung). Zirka 85% der Schweine gelangen über Schweinehandelsunternehmen an Fleischverarbeitungsbetriebe. Die rund 50 in der Schweiz aktiven Schweinehandelsunternehmen übernehmen dabei die Aufgabe der Bündelung des Angebots der zirka 15'000 in der Schweiz tätigen Schweinehalter (wovon bei ca. 5'000 die Schweineproduktion einen wesentlichen Einkommensbestandteil darstellt), was zu einer Verminderung der Transaktionskosten beim Verkauf von Schlachtschweinen an Fleischverarbeitungsbetriebe beiträgt.

26. Die Fleischverarbeitungsbetriebe verrichten die Schlachtung der Schweine entweder betriebsintern oder beauftragen externe Schlachthöfe damit (Lohnschlachtung). In der Schweiz erfolgt die Schlachtung von Schlachtvieh aller Gattungen (ausser Geflügel) in der Regel in den selben Schlachthöfen, wobei die Schlachtung von Schlachtvieh der Rindergattung und die Schlachtung von Schlachtschweinen mit unterschiedlichen Verfahren und in untereinander nicht austauschbaren Schlachtlinien erfolgt. Die meisten Fleischverarbeitungsbetriebe verarbeiten nicht nur Fleisch von Schlachtschweinen, sondern auch Fleisch von Schlachttieren der Rindvieh-, Schaf-, Ziegen- und Pferdegattung. Tochtergesellschaften von Migros (Optigal S.A., Lausanne) und Coop respektive der Bell Holding (SEG-Poulets AG, Zell) sind zudem in der Geflügelfleischproduktion tätig (vgl. Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 392 ff.).

27. Der Grad der vertikalen Integration in der Fleischverarbeitungsindustrie variiert stark zwischen den verschiedenen Unternehmen. Während einige Unternehmen in erster Linie Zwischenprodukte herstellen, mit denen sie andere Verarbeitungsbetriebe oder Grosshändler beliefern, sind andere auf die Herstellung von Endprodukten (Frischfleisch oder verarbeitete Fleischprodukte) spezialisiert. Zahlreiche Fleischverarbeitungsbetriebe sind zudem im Detailhandel mit eigenen Fleischfachgeschäften vertreten. Migros und Coop decken mit ihren Tochtergesellschaften alle Wertschöpfungsstufen von der Schlachtung bis zum Detailhandel, sowie den Horeka-Kanal, ab.

28. Beim Verkauf von Schlachtschweinen an Fleischverarbeitungsbetriebe handelt es sich um Transaktionen, die gewöhnlich einmal wöchentlich abgewickelt werden. Die Verhandlungen zwischen den Schweinelieferanten und den Fleischverarbeitungsbetrieben werden in der Regel am Freitag Vormittag abgehalten. Während in der Vergangenheit die Fleischverarbeitungsbetriebe in der Regel einen Preis ab

Stall bezahlten und die Schweinehändler eine fixe Marge erhielten, ist seit April 2000 ein Preis franko Schlachthof handelsüblich. Die Schweinehandelsunternehmen operieren seither mit einer variablen Handelsmarge (Differenz zwischen Preis franko Schlachthof und Preis ab Stall), die sich zirka zwischen CHF 0.15 und CHF 0.25 pro kg Schlachtgewicht bewegt.

2.2 Produkteigenschaften

29. Das Angebot und die Nachfrage bei Schlachtschweinen und bei Schweinefleisch reagieren in der Schweiz relativ preisunelastisch. Bestehende Schätzungen gehen bei Schweinefleisch von einer Preiselastizität der Nachfrage in der Schweiz von -0.50 aus (JAQUET, ABDULAI, RIEDER, Empirische Analyse des Nahrungsmittelverbrauchs in der Schweiz: Ein dreistufiges LA/AIDS-Modell, Institut für Agrarwirtschaft der ETH, Zürich, 2000)[1]. Bei Schlachtschweinen handelt es sich bezüglich der physischen Produkteigenschaften um ein relativ homogenes Gut. Eine gewisse Produktdifferenzierung besteht hinsichtlich der unterschiedlichen Labels. Labels sind freiwillige Bezeichnungen für besondere Merkmale hinsichtlich des Produktes oder der Produktionsmethode, die von privaten Labelinhabern oder gegebenenfalls vom Staat vergeben und kontrolliert werden. Mit Hilfe von Labels soll - aufgrund der von den Endkonsumenten nicht oder nur beschränkt beobachtbaren Qualität von Fleischprodukten und des bei Qualitätsmängeln oder nicht artgerechter Tierhaltung usw. drohenden Reputationsschadens des Labelinhabers - das Vertrauen der Konsumenten in das jeweilige Produkt gestärkt und so der Absatz gefördert werden.

30. Im Übrigen können auch innerhalb der verschiedenen Schweinekategorien respektive Labels, gewisse Qualitätsunterschiede (z.B. bezüglich Gewicht, Magerfleischanteil, pH-Wert und Fettzahl) auftreten. Die wichtigsten Schweinekategorien respektive Labels lassen sich aufgrund unterschiedlicher Preisniveaus (vgl. Grafik 1 in Unterabschnitt 5.1) und Absatzkanäle (vgl. Rz. 41 ff.) in drei Marktsegmente einteilen:

[1] Demgegenüber bestehen für Deutschland Schätzungen, die von Preiselastizitäten der Nachfrage bei Schweinefleisch von -1.22 bis -1.59 ausgehen (vgl. KOCH und RIEDER, MAAP 2002, 3. Teil: Fleischmarktanalyse, Auswirkungen von staatlichen Massnahmen zur Preisstützung und Preisstabilisierung, Februar 2002, S. 61).

Marktsegment	Kategorie respektive Label
Konventionell	Konventionelle Schlachtschweine ("konventionelle Schweine")
	konventionelle Schlachtschweine mit QM Schweizer Fleisch ("QM-Schweine")
Label	Label-Schlachtschweine 7-Punkte-Fleisch-Garantie der Migros ("M7-Schweine")
	Label-Schlachtschweine IP-Suisse ("IP-Suisse-Schweine")
	Label-Schlachtschweine Agri Natura ("Agri Natura-Schweine")
	Label-Schlachtschweine Coop NATURAplan ("CNP-Schweine")
Bio	Schlachtschweine Bio Suisse ("Bio-Schweine")
	Schlachtschweine M-Bio ("M-Bio-Schweine")

Tabelle 1: Marktsegmente und Schweinekategorien

31. Neben den in Tabelle 1 genannten Kategorien respektive Labels existieren noch verschiedene andere Kategorien respektive Labels, wie Swiss Prim Porc (Label der Schweizerischen Vereinigung der Ammen- und Mutterkuhhalter SVAMH, Brugg), KAG-Schweine (Label der Konsumentenarbeitsgruppe zur Förderung tierfreundlicher Tierhaltung KAG, St. Gallen), Fidelio (Label der Fidelio-Biofreiland AG, Aarau), Demeter (Label des Demeter Verbandes, Münchenstein) sowie Alpschweine. Auf diese Schweinekategorien wird im Folgenden aufgrund ihrer geringen mengenmässigen Bedeutung nicht mehr eingegangen.

2.2.1 Marktsegment Konventionell

32. Bei der Produktion von konventionellen Schweinen sind keine über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehenden Anforderungen zu erfüllen, wobei Artikel 20 ff. der Tierschutzverordnung (SR 455.1) höhere Anforderungen an neue und umgebaute als an bestehende Produktionsanlagen stellt. Bei QM Schweizer Fleisch handelt es sich um die Produktionsrichtlinien des SBV. QM Schweizer Fleisch beinhaltet im Wesentlichen eine systematische Auflistung der gesetzlichen Bestimmungen bezüglich Tierverkehrskontrolle, Rückverfolgbarkeit, Tierschutz, Tiergesundheit, Hygiene, Fütterung, Transport usw. sowie regelmässige Kontrollen, mit denen die Einhaltung dieser Bestimmungen überprüft wird. Bei zirka 60% der Schlachtschweine handelte es sich im Jahr 2002 entweder um konventionelle Schweine oder um QM-

Schweine, wobei der Anteil der konventionellen Schweine rückläufig ist, da zahlreiche Abnehmer, namentlich Migros und Coop, kein konventionelles Schweinefleisch mehr vermarkten, sondern neben Label-Fleisch nur noch QM-Fleisch.

2.2.2 Marktsegment Label

33. Die wichtigsten Labels, die zusammen zirka 40% des Marktes für sich beanspruchen, sind CNP, M7, IP-Suisse und Agri Natura (vgl. Tabelle 1). Label-Schweine erfüllen über QM Schweizer Fleisch hinausgehende Anforderungen (bezüglich Fütterung, Ausgestaltung der Ställe, Auslauf im Freien usw.), die in den jeweiligen Label-Bestimmungen festgelegt sind. Eine wichtige Grundlage der Label-Bestimmungen bilden in unterschiedlichem Ausmass die Verordnung des EVD vom 7. Dezember 1998 über besonders tierfreundliche Stallhaltungssysteme (BTS-Verordnung, SR 910.132.4), die Verordnung des EVD vom 7. Dezember 1998 über den regelmässigen Auslauf von Nutztieren im Freien (RAUS-Verordnung, SR 910.132.5) und der ökologische Leistungsnachweis gemäss Artikel 5 ff. Direktzahlungsverordnung (DZV, SR 910.13).

34. Zwischen der Migros und IP-Suisse besteht eine enge Zusammenarbeit, so dass die Richtlinien der beiden Labels übereinstimmen und IP-Suisse-Schweine überwiegend in den Migros-Kanal geliefert werden. Bei Agri Natura handelt es sich um ein Label der Fenaco Genossenschaft, Bern ("Fenaco"). Agri Natura-Schweine - die von den Anforderungen her weitgehend M7- und IP-Suisse-Schweinen entsprechen - werden von der Anicom AG, Bern ("Anicom"), vermittelt, die ebenso wie Carnavi eine Tochtergesellschaft der Fenaco ist. CNP-Schweine erfüllen leicht höhere Anforderungen als die oben genannten Labels. Gemäss Migros können Schweinehandelsunternehmen respektive Schweinemastbetriebe unter Inkaufnahme einer Preiseinbusse (vgl. Grafik 1) grundsätzlich CNP-Schweine als M7-Schweine und M7-Schweine als QM-Schweine an Fleischverarbeitungsbetriebe verkaufen. Lieferanten von CNP-Schweinen verfügen über eine Abnahmegarantie, weshalb diese Lieferanten angesichts des relativen Preisvorteils von CNP-Schweinen gegenüber anderen Label-Schweinen (vgl. Grafik 1) im Normalfall kaum einen Anreiz zu einem "Downgrading" von CNP auf M7 haben dürften. Gemäss Suisseporcs wird ein solches Verhalten in der Regel auch nicht praktiziert.

2.2.3 Marktsegment Bio

35. Die Mindestanforderungen für eine biologische Produktion sind in der Bio-Verordnung (SR 910.18) festgelegt. Bio-Labels wie Bio-Suisse und M-Bio (Label der Migros für biologische Produktion) können in ihren Produktionsrichtlinien aber auch strengere Vorschriften vorsehen. Für den Handel mit Bio-Schweinen, dem gemessen am gesamten Schweinehandel eine relativ geringe mengenmässige Bedeutung zu-

kommt (Marktanteil des Bio-Segments zirka 2% gemäss Bio Suisse), ist eine Lizenz von Bio Suisse, Basel ("Bio Suisse"), erforderlich. M-Bio-Schweine erfüllen die gleichen Anforderungen wie Bio-Schweine, so dass die beiden Labels sowohl von der Migros als auch von Bio Suisse als gleichwertig betrachtet werden.

2.3 Produktionsumstellungsflexibilität der Schweinelieferanten

36. Im Label-Segment bestehen Verträge, die in der Regel für die Dauer eines Jahres die Produktionsrichtlinien festlegen. Es bestehen keine vertraglichen Hürden, die mittelfristig einen Wechsel von einem Label zum anderen erheblich erschweren. Ohnehin sind die Substitutionsmöglichkeiten der Schweinemastbetriebe zu jenem Zeitpunkt massgebend, an welchem der Label-Vertrag abgeschlossen oder relevante Änderungen darin vorgenommen wurden. Es mag sein, dass ein Schweinemäster nach Vertragsabschluss grössere Investitionen tätigen muss, um die Vertragsbestimmungen zu erfüllen. Damit bindet er sich bis zu einem bestimmten Grade wirtschaftlich an den Label-Halter und beschränkt gleichzeitig seine eigenen Ausweichmöglichkeiten. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses musste sich der Schweinemäster dieser Auswirkungen der Vertragsbestimmungen aber bewusst sein. Es wäre deshalb nicht sachgerecht, die Substitutionsmöglichkeiten des Schweinemastbetriebes nach Vertragsabschluss festzustellen.

37. Bei einem Wechsel zwischen M7, IP-Suisse und Agri Natura sind von Seiten der Schweinemastbetriebe keine Investitionen für Umbauten usw. zu tätigen. Für einen Wechsel von einem dieser Labels auf CNP sind gewisse Investitionen erforderlich, bei einem Wechsel von CNP auf M7, IP-Suisse oder Agri Natura hingegen nicht, da diese keine über CNP hinausgehende Anforderungen stellen. Suisseporcs schätzt die Umbaukosten bei einer Umstellung von konventioneller Produktion auf Label-Produktion auf Stufe Schweinemast auf zirka CHF 800.- pro Mastplatz verglichen mit den Neubaukosten von zirka CHF 1'400.- pro Mastplatz. IP-Suisse schätzt die Umbaukosten von konventioneller Produktion auf Label-Produktion auf zirka CHF 1'500.- pro Mastplatz, für die Umstellung von M7, IP-Suisse oder Agri-Natura auf CNP auf zirka CHF 600.- pro Mastplatz. Die Umstellung dauert von einigen Wochen (Umbau) bis zu einem Jahr (Neubau). Label-Produktion ist mit Auslauf und damit mit Geruchsemissionen verbunden, was einen Umbau in einzelnen Fällen verzögern oder verunmöglichen kann. Zu beachten ist, dass die jeweiligen Label-Bestimmungen periodisch angepasst werden, was auf der Stufe Schweinemast auch ohne Wechsel des Labels einen Investitionsbedarf nach sich ziehen kann. Eine Produktionsumstellung von konventioneller Produktion auf Labelproduktion ist möglich und wird von den Schweinemastbetrieben auch praktiziert, was unter anderem dadurch belegt wird, dass die in den letzten zehn Jahren entstandenen Labels im Jahr 2002 bereits einen Marktanteil

von zirka 40% auf sich vereinigten. Einem weiteren Wachstum der Label-Produktion zulasten der konventionellen Produktion sind weniger aufgrund der anfallenden Umstellungskosten als aufgrund der sich nach Einschätzung von Marktkennern abzeichnenden Marktsättigung im Label-Segment Grenzen gesetzt.

38. Auf Stufe Schweinehandel besteht ein hohes Mass an Produktionsumstellungsflexibilität bezüglich der in Tabelle 1 aufgelisteten Schweinekategorien. Auch wenn einige Schweinekategorien höhere Anforderungen an den Schlachtviehtransport stellen als andere, bestehen abgesehen von vertraglichen Bindungen keine nennenswerten Hindernisse, die den Schweinehandel auf bestimmte Kategorien einschränken würden. Zumindest die grösseren Schweinehandelsunternehmen bieten neben konventionellen Schweinen und QM-Schweinen auch eine oder mehrere Kategorien von Label-Schweinen an.

2.4 Verhältnis zu anderen Schlachtviehmärkten

39. Die Produktionsumstellungsflexibilität zwischen Schlachtschweinen und anderem Schlachtvieh auf den Stufen Schweinemast und Schweinehandel ist als gering einzustufen. Für Schweinemastbetriebe würde eine Umstellung zum Beispiel auf die Rindermast die Erstellung komplett neuer Produktionsanlagen bedingen. Bei einem Umstieg vom Schweinehandel in den Grossviehhandel müssten neue Transportmittel angeschafft und das für den Grossviehhandel erforderliche Know-how erworben werden. Mit einigen Ausnahmen (namentlich Anicom) handelt es sich bei den meisten Schweinehandelsunternehmen durchwegs um auf den Schweinehandel spezialisierte Unternehmen. Was das Verhältnis zum Geflügelmarkt anbelangt, wurde bereits im Fall Bell/SEG festgestellt, dass die Geflügelschlachtung namentlich aufgrund der Verhältnisse auf der Angebotsseite (spezialisierte Geflügelschlachthöfe, die von vertraglich gebundenen Produzenten beliefert werden) als eigener relevanter Markt zu betrachten ist (Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 395, Rz. 18 f.).

2.5 Substituierbarkeit von verschiedenen Fleischsorten

40. Für die vorliegende Fragestellung, das heisst den allfälligen Missbrauch einer eventuellen (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung auf der Beschaffungsseite (Nachfragemacht), spielt die mögliche Substituierbarkeit Schweinefleisch mit anderen Fleischsorten respektive mit anderen Nahrungs- und Genussmitteln nur eine untergeordnete Rolle. Der Umstand, dass zahlreiche nahe und weite Substitute zu Schweinefleischprodukten existieren, dürfte im vorliegenden Fall kaum disziplinierend auf die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen wirken, zumal diese Substitute ebenfalls im Sortiment von Migros und Coop respektive Micarna und der Bell Holding figurieren. Entscheidend für die Marktabgrenzung ist vielmehr die Frage, welche Absatzkanäle den Schweinelieferanten zur Verfügung stehen (vgl. auch Teil B, Rz. 50).

3. Nachfragesubstituierbarkeit: Substituierbarkeit der Absatzkanäle aus Sicht der Schweinelieferanten

41. Schlachtreife Schweine aller Kategorien werden von den Schweinelieferanten an Fleischverarbeitungsbetriebe verkauft. Bezüglich der weiteren Verwendung bestehen Unterschiede zwischen den verschiedenen Schweinekategorien. Rund die Hälfte des Fleisches von Schlachtschweinen wird im Detailhandel abgesetzt, die andere Hälfte im Horeka-Kanal (vgl. Proviande, "Der Fleischmarkt im Überblick 2002"), wobei Label-Schweine vorwiegend für den Detailhandel bestimmt sind und im Horeka-Kanal mehrheitlich konventionelles Fleisch verkauft wird. CNP-Schweine werden ausschliesslich an die Bell Holding respektive Coop geliefert. M7-Schweine werden überwiegend (über die Micarna oder andere Fleischverarbeitungsbetriebe) an die Migros geliefert. Rund 80% des von Coop abgesetzten Schweinefleisches stammt aus der CNP-Label-Produktion. Migros strebt mit ihren Label-Produkten einen Anteil an ihrem Fleischabsatz von zwei Dritteln an. Auf Stufe Detailhandel steht M7-Fleisch, das bei Migros angeboten wird, in direktem Wettbewerb zu CNP-Fleisch, das bei Coop verkauft wird, so dass die Labelprodukte von M7 und CNP (ebenso Agri Natura und IP-Suisse) aus Endverbrauchersicht als substituierbar zu betrachten sind, was ebenfalls durch die Analyse der Preisdaten, die in Randziffer 109 und in Anhang A4 näher erläutert wird, belegt wird.

42. Während im Detailhandel sowohl Label-Fleisch als auch konventionelles Fleisch angeboten wird, wird im Horeka-Kanal überwiegend, aber nicht ausschliesslich, konventionell erzeugtes Schweinefleisch (inkl. QM) und importiertes Schweinefleisch nachgefragt (vgl. Marktbericht Fleisch Nr. 159 des BLW mit Verweis auf die Proviande). Die EU-Kommission hielt in vergleichbaren Fällen[2] fest, dass von zwei separaten sachlich relevanten Märkten - Detailhandel und Catering - auszugehen sei, da die Herkunft des Fleisches auf dem Cateringmarkt von geringerer Bedeutung sei als auf dem Detailhandelsmarkt. Die Aussagen der EU-Kommission zum Cateringmarkt können sinngemäss auf den Horeka-Kanal in der Schweiz übertragen werden.

43. Nicht alle Teile von Label-Schweinen können als Label-Fleisch abgesetzt werden. Im Detailhandel angebotene verarbeitete Produkte (z.B. Pizza) und Markenartikel (z.B. Salami) enthalten in der Regel ausschliesslich konventionelles Fleisch. Fleisch von Label-Schweinen, das tiefgefroren wurde, muss als konventionelles Fleisch verkauft werden

[2] EU-Kommission, Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, 9. März 1999, und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg, 14. Februar 2002.

(so genannter nicht linearer Abfluss). Es bestehen auch gewisse regionale Unterschiede. So ist der Anteil des konventionellen Fleisches im Detailhandel in der Westschweiz tendenziell höher als in der Deutschschweiz. Auch wenn Detailhandel und Horeka-Kanal zwei getrennte Märkte darstellen, ergibt sich aufgrund der obigen Ausführungen auf der Absatzseite keine eindeutige Trennung von Label-Schweinen und konventionellen Schweinen. Eine strikte Zuteilung der Marktsegmente Konventionell und Label auf die verschiedenen Absatzkanäle (Konventionell im Horeka-Kanal, Label im Detailhandel) entspräche deshalb nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten, da insbesondere den Lieferanten von konventionellen Schweinen (inkl. QM) beide Absatzkanäle offen stehen.

44. Die Endverbrauer beziehen Bio-Fleisch in bedeutendem Umfang direkt bei den Produzenten. Bio-Fleisch ist aber auch in je zirka 100 Migros- und Coop-Filialen und einigen gewerblichen Metzgereien erhältlich. Die Frage, ob das Bio-Segment - namentlich aufgrund der Unterschiede in den Absatzkanälen verglichen mit anderen Schweinekategorien und der erheblichen Unterschiede im Preisniveau - einen eigenen sachlich relevanten Markt bildet, kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung letztlich offen gelassen werden, da dem Bio-Segment eine relativ geringe mengenmässige Bedeutung zukommt und da keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen vorliegen, die das Bio-Segment betreffen.

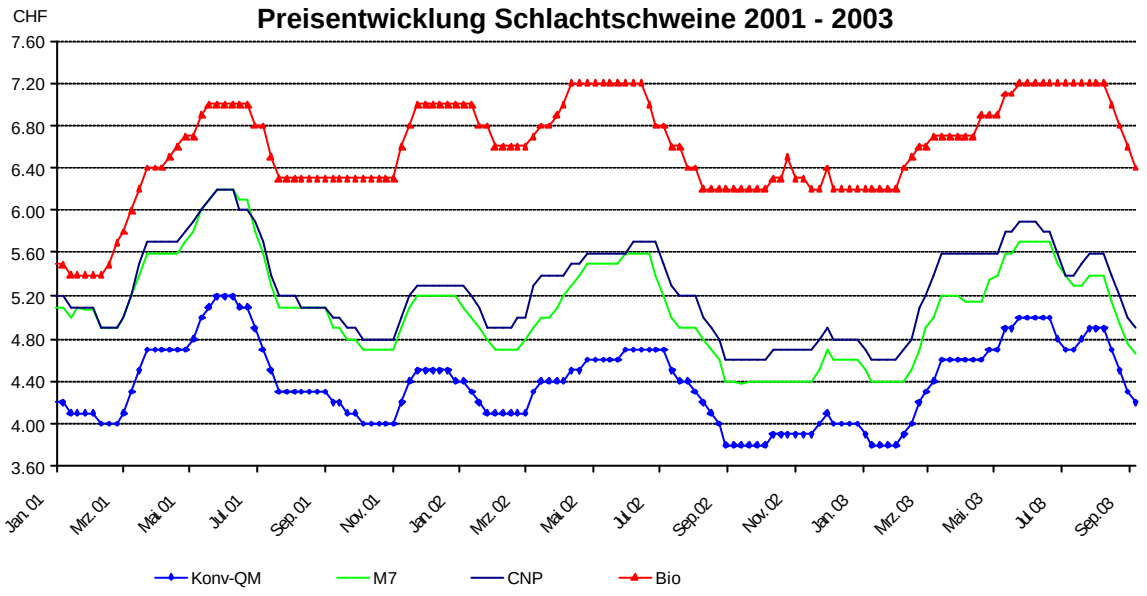
4. Angebotssubstituierbarkeit auf Stufe Fleischverarbeitung

45. Schlachtreife Schweine können nur von Betrieben geschlachtet und verarbeitet werden, die über geeignete Einrichtungen und das notwendige Know-how verfügen. Es ist nicht ersichtlich, welche Unternehmen, die bis anhin nicht in der Schlachtung und Verarbeitung von Schlachtschweinen respektive Schweinefleisch tätig waren, in der Lage sein könnten, ihre Produktion rasch auf die Herstellung von Schweinefleisch umzustellen. Alle wichtigen Unternehmen, die andere Fleischsorten (namentlich Kalb- und Rindfleisch) produzieren, sind bereits in der Schweinefleischproduktion tätig. Somit ist davon auszugehen, dass auf der Stufe Fleischverarbeitung keine nennenswerte Angebotssubstituierbarkeit von Unternehmen besteht, die bisher nicht in der Fleischproduktion tätig waren. Hingegen besteht auf Stufe Fleischverarbeitung zwischen den verschiedenen Schweinekategorien eine hohe Produktionsumstellungsflexibilität. Ein Fleischverarbeitungsbetrieb, der konventionelles Fleisch verarbeitet, kann in der Regel ohne weiteres auch Label-Produkte verarbeiten, da konventionelle Produkte im Wesentlichen mit denselben Produktionsanlagen hergestellt werden können wie Label-Produkte.

5. Analyse der Preisentwicklung

5.1 Vergleich zwischen den Schweinekategorien

46. Teilweise werden bei Label-Schweinen innerhalb einer gewissen Bandbreite fixe Zuschläge zum Preis der konventionellen Schweine gewährt. Dieser Zuschlag beträgt bei CNP je nach Marktlage zwischen CHF 0.80 und CHF 1.10 pro kg Schlachtgewicht, wobei Bestrebungen bestehen, die Preise von konventionellen Schweinen und von Label-Schweinen voneinander zu entkoppeln. In Zukunft soll der CNP-Preis somit in grösserem Umfang als bisher aufgrund der relativen Knappheit im CNP-Bereich bestimmt werden. Wie aus Grafik 1 ersichtlich ist, weisen die verschiedenen Schweinekategorien zum Teil erhebliche Unterschiede in den Preisniveaus auf, die Preisentwicklung erfolgt aber weitgehend synchron (der Preis der konventionellen Schweine ohne QM, der hier nicht aufgezeichnet ist, liegt konstant CHF 0.10 unter dem QM-Preis):



Grafik 1 (Datenquelle: www.schweizerbauer.ch)

47. Auch differenzierte Produkte, zwischen denen Preisunterschiede bestehen, können unter Umständen demselben relevanten Markt zugeordnet werden. Massgebend für die Marktabgrenzung ist vielmehr, inwieweit die Preisentwicklung der betrachteten Güter simultan erfolgt. Ein einfaches Mass für die wettbewerbliche Interaktion zweier Güter, das allerdings zu Fehlschlüssen verleiten kann, besteht in der Korrelation der Preisentwicklungen. Tabelle 2 zeigt, dass die Preise der verschiedenen Schweinekategorien (mit Abstrichen bei Bio-Schweinen) stark miteinander korreliert sind:

	QM/Konv.	M7	CNP	Bio
QM/Konv.	1.000	0.968	0.981	0.650
M7	0.968	1.000	0.976	0.626
CNP	0.981	0.976	1.000	0.636
Bio	0.650	0.626	0.636	1.000

Tabelle 2: Korrelationsmatrix Schweinekategorien
(Datenquelle: www.schweizerbauer.ch)

48. Eine fundiertere und zuverlässigere Methode besteht in der Anwendung von Cointegrationstests. Cointegrationstests beantworten nicht direkt die für die Marktabgrenzung ökonomisch relevante Frage nach der Profitabilität einer dauerhaften fünf- bis zehnprozentigen Preiserhöhung, liefern aber wichtige Hinweise auf die vorzunehmende Marktabgrenzung. Eine langfristige Gleichgewichtsbeziehung der Preise von zwei oder mehr Produkten, die nur von temporären Schocks unterbrochen wird, deutet darauf hin, dass eine wettbewerbliche Interaktion zwischen diesen Produkten besteht und dass diese Produkte deshalb demselben Markt zuzuordnen sind.[3] Im Fall einer derartigen langfristig engen Beziehung zwischen nicht stationären Zeitreihen wird von Cointegration gesprochen (vgl. Erläuterungen des Sekretariats).[4]

49. Die gebräuchlichen Stationaritäts- oder Unit-Root-Tests (Augmented Dickey-Fuller-Test und Phillips-Perron-Test[5]) legen den Schluss nahe, dass sämtliche hier betrachteten Preisreihen den Cointegrationsgrad 1 aufweisen, das heisst I(1) und damit nicht stationär sind.

[3] Im Fall Nutreco Holding NV and Hydro Seafood GSP Ltd, Dezember 2000, S. 190, Appendix 4.4, führte die britische Competition Commission im Zusammenhang mit der Substituierbarkeit von schottischem mit norwegischem Lachs aus: "The logic behind the analysis is that there is competitive interaction of prices for the two products, one would expect the prices within the same market to move together relatively closely over time, apart from temporary shocks. Where products are differentiated in some real or perceived way, they need not be at the same price level, but price movements would be expected to correlate closely." Siehe auch Lexecon competition memo, Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy, Juni 2001, sowie Entscheid der EU-Kommission vom 24. April 1996 i.S. Gencor/Lonrho, IV/M.619.

[4] ENGLE and GRANGER, Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing, Econometrica, 55, 1987, S. 251 ff.; HAMILTON, Time Series Analysis, Princeton University Press, 1994, S. 571 ff.

[5] DICKEY and FULLER, Distribution of the Estimators for Autoregressive Time Series with a Unit Root, Journal of the American Statistical Association, 74, 1979, S. 427 ff.; PHILLIPS and PERRON, Testing for a Unit Root in Time Series Regression, Biometrika, 75, 1988, S. 335 ff.

Somit können die üblichen Cointegrationstests angewandt werden. Im vorliegenden Fall konnte sowohl mit der Methode von JOHANSEN[6] als auch mit der Methode von ENGLE und GRANGER (vgl. oben) gezeigt werden, dass die Preise sämtlicher Schweinekategorien cointegriert sind, was darauf hindeutet, dass diese demselben relevanten Markt zuzuordnen sind. Die vollständigen Schätzresultate sind in Anhang A1 ersichtlich. Nachfolgend werden nur die Ergebnisse des durchgeführten zweistufigen Engle-Granger-Verfahrens aufgeführt und kurz erläutert. In der ersten Stufe wird mittels OLS[7] die Beziehung zwischen den Preisen der verschiedenen Schweinekategorien geschätzt (t-Werte in Klammern):

CNP	=	0.71	+	0.31 M7	+	0.63 QM	+	0.02 BIO	+ Seasonal Dummies
		(8.35)		(8.43)		(13.37)		(3.03)	

Gleichung 1: Cointegrations-Regression

In der zweiten Stufe wird mit Hilfe des Augmented Dickey-Fuller-Tests die Stationarität der Residuen von Gleichung 1 getestet:

D(RES)	=	-0.41 RES(-1)	-	0.05 D(RES(-1))
		(-5.16)		(-0.60)

Gleichung 2: Augmented Dickey-Fuller-Test

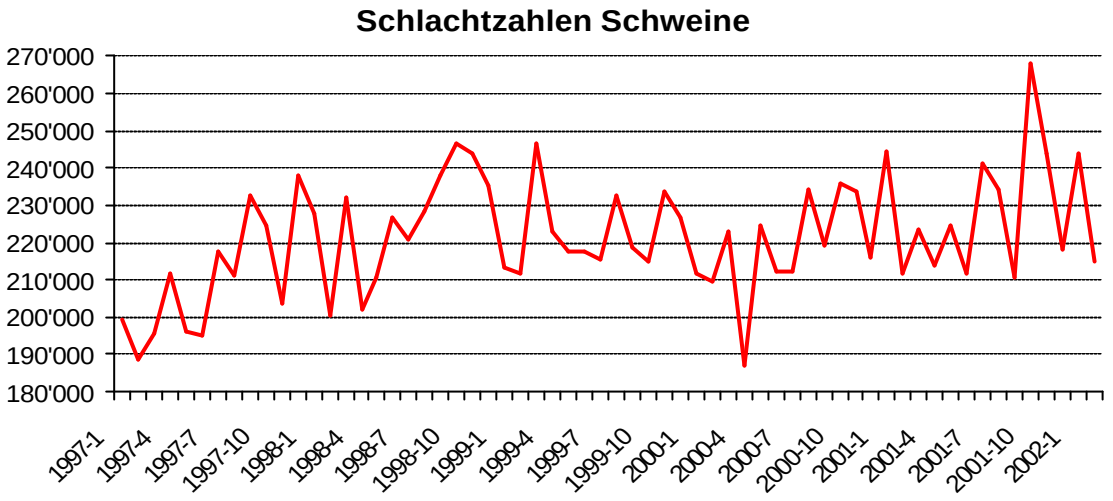
Der Parameter von RES(-1) ist signifikant von null verschieden[8], weshalb die Nullhypothese (Nicht-Stationarität der Residuen) verworfen werden kann, was zeigt, dass die untersuchten Zeitreihen cointegriert sind. Aufgrund der obigen Auswertungen kann somit gefolgert werden, dass konventionelle Schweine und Label-Schweine demselben Markt zuzuordnen sind.

5.2 Vergleich zwischen den verschiedenen Schlachtviehgattungen

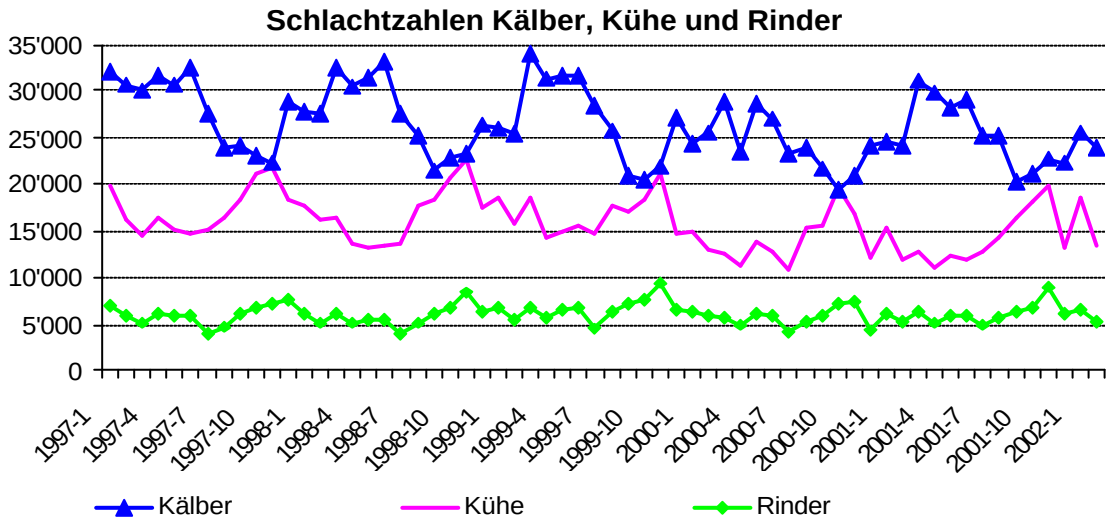
50. Die Preis- und Mengenentwicklung bei anderen Schlachtviehgattungen weist insbesondere andere saisonale Muster als bei Schlachtschweinen auf: Bei Kälbern herrscht gewöhnlich ein grosses Angebot von März bis Juli, bei Rindern und Kühen von September bis Dezember. Fleisch von Tieren der Rindergattung (Kontingent Nr. 5 "rotes Fleisch") und Schweinefleisch (Kontingent Nr. 6 "weisses Fleisch") sind nicht denselben Zollkontingenten zugeordnet, weshalb die jeweiligen

[6] JOHANSEN, Estimation and Hypothesis Testing of Cointegration Vectors in Gaussian Vector Autoregressive Models, Econometrica, 59, 1991, S. 1551 ff.
[7] Siehe z.B. HAYASHI, Econometrics, Princeton University Press, 2000, S. 3 ff.
[8] Bei einem kritischen Wert von –4.16 für die Ablehnung der Nullhypothese auf 5%-Niveau gemäss Phillips and Ouliaris, Asymptotic Properties of Residual Based Tests of Cointegration, Econometrica, 58/1, 1990, S. 165ff.

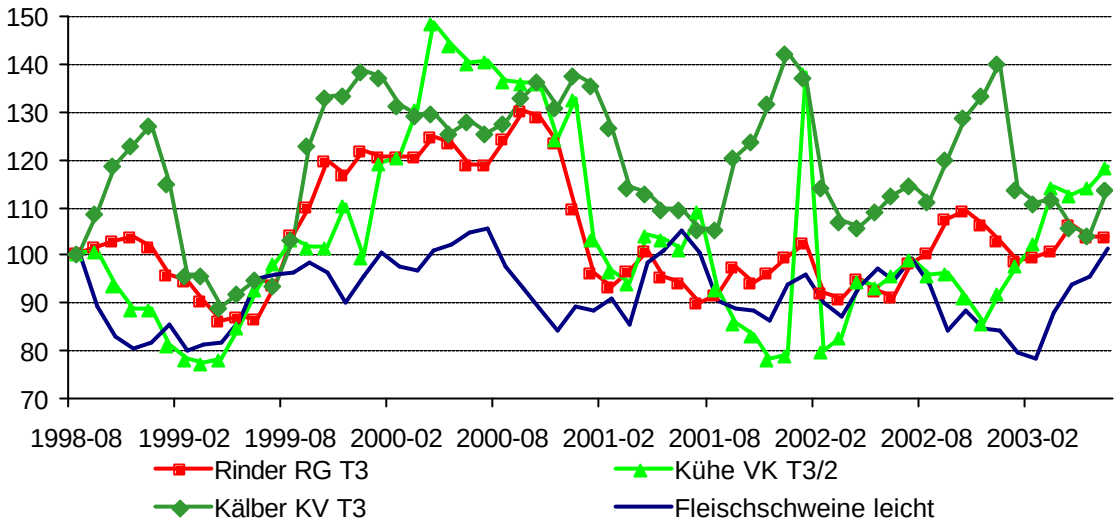
Preise von den aufgrund der Inlandleistung getätigten Importen in unterschiedlichem Ausmass beeinflusst werden. Die Preise von einzelnen Schlachtviehgattungen können ebenfalls durch von der Proviande durchgeführte Marktentlastungsmassnahmen (Einlagerungen von Fleisch) in unterschiedlichem Ausmass beeinflusst werden.



Grafik 2 (Datenquelle: Bundesamt für Statistik)



Grafik 3 (Datenquelle: Bundesamt für Statistik)



Grafik 4 (Datenquelle: Marktberichte Fleisch BLW) August 1998 = 100

51. Wie aus Tabelle 3 ersichtlich ist, ist die Preisentwicklung der Schlachtschweine insbesondere mit derjenigen der Schlachtkälber nur relativ schwach korreliert:

	Schlacht-kühe	Schlacht-kälber	Schlacht-rinder	Schlacht-schweine
Schlachtkühe	1.000	0.341	0.777	0.529
Schlachtkälber	0.341	1.000	0.671	0.083
Schlachtrinder	0.671	0.671	1.000	0.299
Schlachtschweine	0.529	0.083	0.299	1.000

Tabelle 3 (Datenquelle: Marktberichte Fleisch BLW August 1998 - Juni 2003)

52. Ein einfache OLS-Schätzung ergibt, dass die Schlachtschweinepreise nur in geringem Umfang von den Preisen von anderen Schlachttieren beeinflusst werden. Lediglich der Koeffizient des Schlachtkälberpreises ist auf 5%-Niveau statistisch signifikant, wobei dieser aber nahe bei null liegt (für die vollständigen Schätzresultate siehe Anhang A2):

Schwein	=	1.41	+	0.18 Kalb	-	0.11 Kuh	+	0.14 Rind	+ Seasonal Dummies
		(3.07)		(4.59)		(-1.57)		(1.77)	

Gleichung 3: OLS-Schätzung Marktabgrenzung Schlachtvieh

53. Zudem konnte gezeigt werden, dass keine ökonomisch interpretierbare Cointegrationsbeziehung zwischen den Preisen von Schlachtschweinen und den Preisen von anderen Schlachttieren besteht (nicht alle hier betrachteten Zeitreihen sind I(1)), was darauf hindeutet, dass

die Beschaffung von Schlachtschweinen einen von der Beschaffung von anderen Schlachtviehgattungen unabhängigen sachlich relevanten Markt bildet (vgl. ebenfalls Anhang A2)[9].

6. Ergebnis

54. Aufgrund der bestehenden Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit zwischen den verschiedenen Schweinekategorien (mit Ausnahme allenfalls des Bio-Segments) und der geringen Angebotssubstituierbarkeit zwischen Schlachtschweinen und anderen Schlachttieren und unter Berücksichtigung der vorgenommenen statistischen Auswertungen gilt als sachlich relevanter Markt der *Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen.*

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

55. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

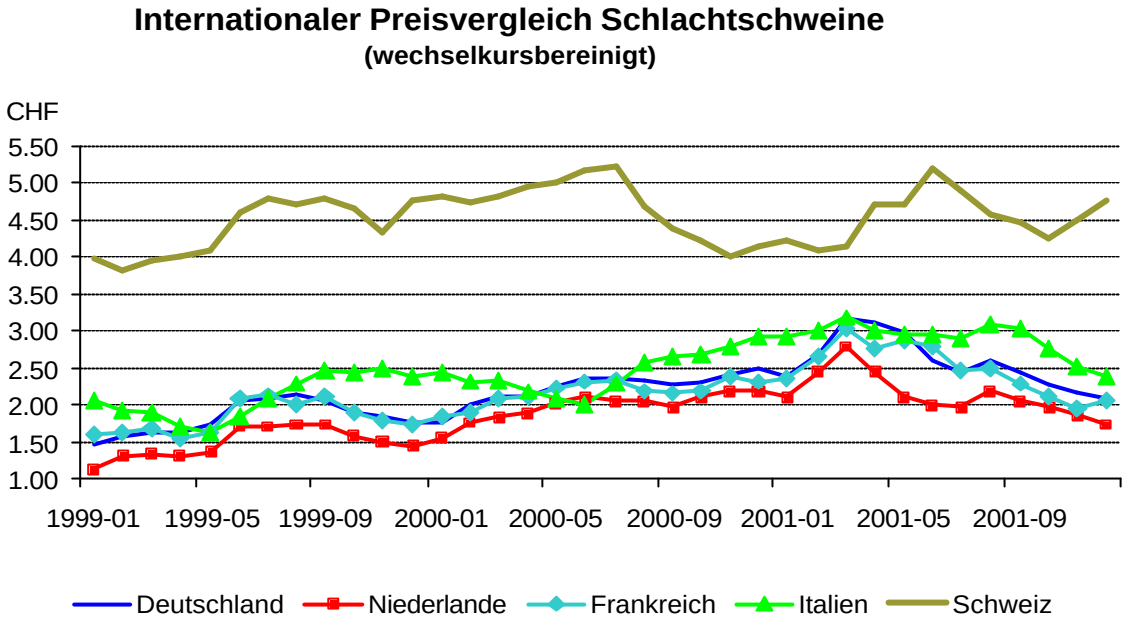
56. Es findet kein Export von Schlachtschweinen in nennenswertem Umfang statt. Die Gründe dafür sind das höhere Kosten- und Preisniveau bei Schlachtschweinen in der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarstaaten, andere Labels und Produktionsstandards sowie staatliche Regulierungen, die den grenzüberschreitenden Verkehr mit Schlachtschweinen aus agrarpolitischen und veterinärmedizinischen Gründen (Schweinepest usw.) erschweren oder verunmöglichen. Aus diesen Gründen stellt der Export für die Schweinehandelsunternehmen und Schweinemastbetriebe keine realistische Alternative zum Verkauf an schweizerische Fleischverarbeitungsbetriebe dar. Im Übrigen kommt auch auf den nachgelagerten Stufen dem Export nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Grundsätzlich möglich ist ein passiver Veredelungsverkehr, das heisst die Ausfuhr von Schweinefleisch zur weiteren Verarbeitung und anschliessender Wiedereinfuhr, was allerdings im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren nicht von grosser Bedeutung ist.

[9] Diese Marktabgrenzung deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen des Bundeskartellamtes, das in mehreren Entscheidungen (namentlich BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-15111-U-13/97 - Ostfleisch, publiziert in Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1998, D-V 9, S. 79 ff.) auf der Absatz- und der Beschaffungsseite folgende sachlich relevanten Märkte unterschied: Schlachtvieherfassung Rinder, Schlachtvieherfassung Schweine, Absatz Rinderviertel, Absatz Schweinehälften, Absatz feiner zerlegtes Fleisch, Absatz Fleisch- und Wurstwaren, Absatz sonstige Schlachtprodukte.

57. Die Migros vertritt die Auffassung, dass eine nationale räumliche Marktabgrenzung zu eng sei, da dem Import und Export von landwirtschaftlichen Erzeugnissen aufgrund der anstehenden Liberalisierungsschritte eine wachsende Bedeutung zukomme. Es bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür, dass im Schlachtvieh- und Fleischbereich in näherer Zukunft wesentliche Liberalisierungsschritte zu erwarten sind, die eine andere Beurteilung nahe legen würden. Im anfangs 2004 in Kraft getretenen Reformpaket "Agrarpolitik 2007" ist kein Abbau des Grenzschutzes vorgesehen, wobei durch die geplante Versteigerung der Fleisch-Importkontingente eine Intensivierung des Wettbewerbs beim Import und Handel mit Fleisch zu erwarten ist. Eine Öffnung des Fleischmarktes wäre allenfalls im Zuge von Verhandlungen im Rahmen der WTO denkbar, worüber allerdings zum Zeitpunkt des Abschlusses des laufenden Verfahrens keine gesicherten Informationen vorliegen.

58. Aufgrund der aktuellen Gegebenheiten sind für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens die Grundlagen für eine weitere als nationale räumliche Marktabgrenzung nach Auffassung der Weko deshalb nicht gegeben. Auch aus Grafik 5 ist ersichtlich, dass die Schlachtschweinepreise in der Schweiz punkto Preisniveau und -entwicklung erheblich von denjenigen in den EU-Staaten abweichen.[10] Im Übrigen grenzte die EU-Kommission für den Fall Dänemarks den Markt ebenfalls national ab, obwohl die Handelsschranken und Unterschiede bezüglich Preisniveau und -entwicklung (vgl. Grafik 5) zwischen den Staaten innerhalb der Europäischen Union wesentlich geringer sind als zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Union.[11] Im Fall Ostfleisch ging das Bundeskartellamt betreffend die Beschaffung von Schlachtvieh namentlich aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über den Tiertransport und der Transportkosten von einer vergleichbaren räumlichen Marktabgrenzung aus, indem es die räumlich relevanten Märkte Süden der neuen Bundesländer und Süddeutschland abgrenzte.[12]

[10] Vgl. hiezu auch "Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission", VKKP, 21. Jahrgang 1986, Heft 2/3, S. 206 ff.
[11] EU-Kommission, Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, 9. März 1999, und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg, 14. Februar 2002.
[12] BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-15111-U-13/97 - Ostfleisch, publiziert in Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1998, D-V 9, S. 79 ff.



Grafik 5 (Datenquelle: ZMP-Marktbilanz Vieh und Fleisch 2002 resp. EU-Kommission sowie SBV)

59. Gemäss Tabelle 4 sind die schweizerischen Schlachtschweinepreise nur relativ gering mit denjenigen der anderen europäischen Staaten korreliert:

	Deutschland	Frankreich	Italien	Niederlande	Schweiz
Deutschland	1.000	0.975	0.830	0.959	0.405
Frankreich	0.975	1.000	0.813	0.925	0.447
Italien	0.830	0.813	1.000	0.806	0.253
Niederlande	0.959	0.925	0.806	1.000	0.360
Schweiz	0.405	0.447	0.253	0.360	1.000

Tabelle 4 (Datenquelle: ZMP-Marktbilanz Vieh und Fleisch 2002 resp. EU-Kommission sowie SBV, monatliche Daten von 1999 bis 2001)

60. In Anhang A3 sind die Resultate des Cointegrations-Tests nach der Methode von JOHANSEN aufgeführt. Der Test, der einmal mit und einmal ohne Schweiz durchgeführt wurde, zeigt, dass keine nennenswerte wettbewerbliche Interaktion zwischen der Schweiz und den ausgewählten europäischen Staaten besteht. Die nachfolgend wiedergegebenen OLS-Schätzungen ergeben das gleiche Bild:

PD	=	-0.08	+	0.53 PF	+	0.42 PNL	+	0.16 PI	+	Seasonal Dummies
		(-1.46)		(3.12)		(4.10)		(1.60)		

Gleichung 4: OLS-Schätzung Räumliche Marktabgrenzung ohne Schweiz

PCH	=	2.47	-	0.70 PD	+	0.37 PF	+	0.47 PNL	+	0.16 PI + Seasonal Dummies
		(8.26)		(-0.59)		(0.34)		(0.64)		(0.43)

Gleichung 5: OLS Schätzung Räumliche Marktabgrenzung Schweiz

61. Somit besteht höchstens eine unbedeutende wettbewerbliche Interaktion zwischen dem schweizerischen Schlachtschweinemarkt und den anderen europäischen Schlachtschweinemärkten, weshalb der Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen höchstens national abzugrenzen ist.

62. Zu prüfen ist ebenfalls, ob möglicherweise eine engere räumliche Marktabgrenzung angebracht sein könnte. Wie dem von den Parteien gelieferten Zahlenmaterial entnommen werden kann, bestehen keine nennenswerten regionalen Preisunterschiede auf dem Markt für Schlachtschweine innerhalb der Schweiz. Die Wettbewerbsverhältnisse sind gesamtschweizerisch weitgehend homogen, wobei die Schwerpunkte der Schweineproduktion in der Region Luzern und in der Ostschweiz liegen. Die in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen sind in einem Umkreis von mindestens 50km bis 100km, teilweise aber auch gesamtschweizerisch, tätig. Die befragten Fleischverarbeitungsbetriebe beschaffen Schlachtschweine vorzugsweise in einem Umkreis von weniger als 100 km, teilweise aber auch gesamtschweizerisch. So decken die grössten schweizerischen Fleischverarbeitungsbetriebe Bell Holding (mit Betrieben in Basel, Oensingen und Chesaux-sur-Lausanne), Micarna (mit Betrieben in Bazenheid und Courtepin) und Carnavi (mit Betrieben in Freienbach, Langnau i.E., Geuensee und St. Gallen) die Westschweiz gleichermassen wie die Ostschweiz ab. In den branchenüblichen Einkaufsbedingungen ist festgelegt, dass die Transportzeit von lebenden Schlachtschweinen drei Stunden nicht überschreiten darf, woraus sich keine bedeutenden Restriktionen für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen innerhalb der Schweiz ergeben. Aufgrund dieser Erwägungen ist der räumlich relevante Markt national abzugrenzen.

63. Aufgrund obiger Erwägungen gilt als relevanter Markt *der schweizerische Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen*.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

64. Auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen kann eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens schon aufgrund der Verteilung der Marktanteile

ausgeschlossen werden (vgl. Rz. 72 ff.). Im Folgenden wird geprüft, ob Micarna (Migros) und die Bell Holding (Coop) auf diesem Markt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen. Es sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich, die es nahe legen würden, die Prüfung des Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf andere Unternehmen als Micarna und die Bell Holding auszudehnen. Im Übrigen wurde in der bisherigen kartellrechtlichen Praxis nur selten auf eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch mehr als zwei Unternehmen erkannt (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 355 f., Rz. 56; Entscheid der EU-Kommission vom 22. September 1999 in Sachen Airtours/First Choice, IV/M.1524).

65. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Micarna (Migros) und der Bell Holding (Coop) klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des -geschehens auf dem relevanten Markt sowie auf den vor- und nachgelagerten Beschaffungs- und Absatzmärkten. Folgende Kriterien sind praxisgemäss für die Beurteilung heranzuziehen (vgl. Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, Rz. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, Rz. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 39; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff., Rz. 162 ff.; BRIONES, "Oligopolistic dominance, is there a common approach in different jurisdictions?" in: European Competition Law Review Vol. 16, 1995, Oligopolistic Dominance, S. 234 ff.; IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT, TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, März 2003; EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M. 190; sowie die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 41 ff.): Marktkonzentration, Marktanteile, Markttransparenz, Marktstabilität, Eintrittsschranken, Interessenssymmetrie, Produktsymmetrie, Kostensymmetrie, Stellung der Marktgegenseite, Nachfragelastizität, Verflechtungen und Substitutionswettbewerb. Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften hat im Fall Airtours/EU-Kommission drei Kriterien festgehalten, die zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung erfüllt sein müssen (vgl. EU-Gericht erster Instanz, 2002: Airtours gegen EU-Kommission, Fall T-342/99, Entscheid vom 6. Juni 2002, Rz. 62). Erstens muss jedes Mitglied des Oligopols das Verhalten der anderen Anbieter in Erfahrung bringen können, um einheitlich vorgehen zu können. Zweitens müssen die Mitglieder des Oligopols dauerhaft abgeschreckt werden, vom festgelegten Verhalten abzuweichen. Schliesslich dürfe die Absprache von anderen Wettbewerbern, potenziellen Konkurrenten oder den Kunden nicht gefährdet werden können.

66. Die Prüfung, ob eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt, erfolgt in einem ersten Schritt anhand der oben genannten stati-

schen Strukturmerkmale. Diese Strukturmerkmale können hauptsächlich Angaben über die Wahrscheinlichkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung liefern. Von einer bestimmten Marktstruktur kann jedoch nicht abschliessend auf die Wettbewerbsintensität auf dem Markt geschlossen werden. In einem zweiten Schritt ist empirisch, das heisst aufgrund des beobachteten Verhaltens der Unternehmen, zu belegen, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt und der Wettbewerb beschränkt wird. Die Beurteilung erfolgt dabei analog zu derjenigen im Bereich von als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizierenden gleichgerichteten Verhaltensweisen. Die Analogie in der Beurteilung ist unter anderem die Folge davon, dass derartige Wettbewerbsabreden und kollektiv marktbeherrschende Stellungen in der Praxis sehr ähnliche Auswirkungen haben (vgl. Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 122 f., Rz. 111 ff. und Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 37 ff.).

67. Im Gegensatz zu den oben genannten Fällen geht es im vorliegenden Fall in erster Linie um die Prüfung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf der Beschaffungsseite. Die ökonomische Analyse der Beschaffungsseite weist neben Gemeinsamkeiten mit der Analyse der Absatzseite auch Unterschiede auf.[13] Was den Wettbewerbsparameter Preis anbelangt, unterscheiden sich die Anreize für das Abweichen von einer allfälligen kollusiven Verhaltensweise auf der Beschaffungsseite von denen auf der Absatzseite. Auf der Absatzseite kann es für ein Unternehmen lohnend sein, aus einer Kollusion auszuscheren und die anderen an der Kollusion beteiligten Unternehmen zu unterbieten, da dadurch (zumindest kurzfristig) Marktanteile gewonnen werden können. Auf der Beschaffungsseite dürfte im Normalfall in wesentlich geringerem Ausmass ein Anreiz bestehen, die anderen Unternehmen preislich zu überbieten. Ein solcher Anreiz könnte sich allenfalls aufgrund von Entwicklungen auf der Absatzseite einstellen, weshalb im vorliegenden Fall mögliche Interdependenzen mit der Absatzseite zu berücksichtigen sind.

1. STATISCHE STRUKTURMERKMALE

1.1 Marktkonzentration/Marktanteile

1.1.1 Anzahl Marktteilnehmer

68. Die Anzahl Marktteilnehmer ist ein wichtiges Bestimmungskriterium bei der Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung. Je weniger

[13] Betreffend die ökonomische Analyse und die Wohlfahrtsaspekte von Nachfragemacht siehe z.B. DOBSON, WATERSON and CHU, The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power, Office of Fair Trading, Research Paper 16, September 1998.

Unternehmen auf dem relevanten Markt konkurrieren, umso eher besteht das Risiko von expliziter oder stillschweigender Kollusion hinsichtlich bestimmter Wettbewerbsparameter (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 12; PHLIPS, Competition policy: a game-theoretic perspective, Cambridge University Press, Cambridge 1995, S. 23; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 135, Rz. 164).

69. Neben den genannten Unternehmen Bell Holding, Micarna und Carnavi fragen zahlreiche weitere Fleischverarbeitungsbetriebe ("fringe competitors") in vergleichsweise geringem, aber doch nennenswertem Umfang schlachtreife Schweine nach. Stellvertretend seien die Folgenden genannt: Bigler AG, Büren an der Aare; Ernst Sutter AG, Teufen; FF Frischfleisch AG, Sursee; GEGRO Ch. Gerber Söhne AG, Grosshöchstetten; Gehrig Grossmetzgerei, Balsthal; Gustav Spiess AG, Berneck; Hans Felder, Schwyz; Meinen Grossmetzgerei, Bern; Neue Fleisch AG, Schaffhausen; Otto Braunwalder AG, Wohlen; Reichmuth Fleischwaren AG, Schwyz; Rottal-Metzg AG, Ruswil; Wiprächtiger AG, Hergiswil.

70. Die hohe Zahl der Marktteilnehmer mit einem nennenswerten Marktvolumen spricht eher gegen das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf dem hier betrachteten relevanten Markt, wobei nachfolgend zu prüfen ist, ob die zahlreichen "fringe competitors" eine disziplinierende Wirkung auf dem relevanten Markt auszuüben vermögen.

1.1.2 Marktanteile

71. Damit von kollektiver Marktbeherrschung gesprochen werden kann, dürfte erforderlich sein, dass die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 50% bis 60% oder mehr beträgt (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 11; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 139, Rz. 189).

72. Die Schlachtzahlen der Bell Holding bei Schweinen beliefen sich im Jahr 2002 auf [50'000-60'000] Tonnen, was einem Marktanteil von [20-30]% entspricht. In den beiden Micarna-Betrieben in Bazenheid und Courtepin wurden im Jahr 2002 insgesamt 458'808 Schweine geschlachtet und verarbeitet. Dies entspricht einem Marktanteil von [10-20]%. Carnavi erreicht einen Marktanteil von [10-20]%.[14] Die anderen in Randziffer 69 genannten Fleischverarbeitungsbetriebe erreichen Marktanteile von zirka 5% und weniger. Auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen wird die Schwelle von 50% bis 60% von Micarna und der Bell Holding nicht erreicht (gemeinsamer Marktanteil rund 40%).

[14] Im Dezember 2003 fusionierten Carnavi und die Ernst Sutter AG. Carnavi bleibt auch nach dieser Fusion der drittgrösste Fleischverarbeitungsbetrieb in der Schweiz.

73. Bei der Beurteilung der Marktstellung der Bell Holding und von Micarna auf dem Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen ist ebenfalls zu berücksichtigen, welche Marktstellung deren Muttergesellschaften Coop und Migros auf den nachgelagerten Märkten einnehmen. Andere Fleischverarbeitungsbetriebe stehen nicht nur via Micarna in einem Konkurrenzverhältnis, sondern teilweise auch in einem Lieferantenverhältnis zu Migros (resp. einzelnen Migros-Genossenschaften), was sich auf die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen durch diese Fleischverarbeitungsbetriebe auswirken könnte. Demgegenüber deckt Coop seit 2001 den gesamten Fleischbedarf konzernintern bei der Bell Holding. Die Marktanteile von Migros im Fleischsegment des Detailhandels betragen [40-50]%, diejenigen von Coop [20-30]%. Zu beachten ist hiebei, dass nur rund 50% des Fleisches im Detailhandel abgesetzt werden. Die andere Hälfte wird im Horeka-Kanal abgesetzt, in welchem Migros und Coop eine weitaus geringere Bedeutung als im Detailhandel zukommt. Bei der Fleischbeschaffung betragen die Marktanteile von Migros [20-30]% und von Coop [10-20]%.

74. Die absoluten Marktanteile deuten nicht darauf hin, dass Micarna (Migros) und die Bell Holding (Coop) auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen mit hoher Wahrscheinlichkeit eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen. Das Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt kann namentlich aufgrund der relativen Marktanteile gegenüber den "fringe competitors" aber auch nicht von Vornherein ausgeschlossen werden.

1.2 Markttransparenz

75. Der Grad der Markttransparenz ist entscheidend für die Geschwindigkeit, mit welcher sich die Marktteilnehmer über marktrelevante Aktivitäten ihrer Konkurrenten (oder der Marktgegenseite) informieren können. Je grösser die Markttransparenz ist, desto wahrscheinlicher sind das Zustandekommen und die Stabilität von solchen Vereinbarungen (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 40; NEVEN, PAPANDROPOULOS, SEABRIGHT "Trawling for Minnows. European Competition Policy and Agreements Between Firms", Center for Economic Policy Research (CEPR) 1998, S. 50; DESANTI, NAGATA, "Competitor Communications. Facilitating Practices or Invitations to Collude? An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted for Antitrust Review" in: Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994, S. 93 ff.; Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 244, Rz. 139; OECD Mini-Roundtable on Oligopoly. Background note by the Secretariat, 1999, DAFFE/CLP(99)11). Einschränkend ist zu vermerken, dass im Falle einer kollusiven Verhaltensweise auf der Beschaffungsseite nicht im selben Ausmass wie auf der Absatzseite der Anreiz besteht, einseitig von der kollusiven Verhaltensweise abzuweichen. Daraus

folgt, dass eine hohe Markttransparenz, dank der ein Abweichen von einer kollusiven Verhaltensweise rasch entdeckt (und sanktioniert) werden kann, bei der Beurteilung einer allfälligen kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf der Beschaffungsseite als Beurteilungskriterium in der Regel nicht die gleiche Bedeutung beizumessen ist wie auf der Absatzseite.

76. Die Preistransparenz auf dem relevanten Markt ist als hoch einzustufen. Sie wird von den Schweinelieferanten, deren wöchentliche Zielpreise leicht zugänglich sind, bewusst gefördert (vgl. Teil B, Rz. 31 f.). Die Marktentwicklung lässt sich auch anhand von zahlreichen Publikationen, namentlich den monatlichen Marktberichten des BLW, mitverfolgen. Eine Verbreitung der individuell ausgehandelten Preise erfolgt teilweise durch die Schweinelieferanten, die mehrere Fleischverarbeitungsbetriebe beliefern und diese Informationen zu verhandlungstaktischen Zwecken einsetzen.

77. Bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen handelt es sich um Transaktionen, die in kurzen und regelmässigen Abständen (in der Regel wöchentlich) erfolgen und dementsprechend in relativ kleinen Tranchen abgewickelt werden. Auf solchen Märkten bringt das einseitige Abweichen von einer kollusiven Verhaltensweise nur einen vergleichsweise kleinen Gewinn, während die Wahrscheinlichkeit, dass das abweichende Verhalten entdeckt wird, entsprechend gross ist (vgl. MARTIN, Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy, Prentice-Hall, 1994 2nd edition, S. 166). Dadurch wird bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen die Markttransparenz und damit die Wahrscheinlichkeit und Stabilität von kollusiven Verhaltensweisen erhöht.

78. Einige Fleischverarbeitungsbetriebe gaben an, bei ihren Verhandlungen über die Einkaufspreise bei Schlachtschweinen den so genannten Migros-Genossenschafts-Bund-Preis ("MGB-Preis") zu Grunde zu legen. Dabei handelt es sich um den Preis, der konzernintern für Fleischlieferungen von Micarna an die regionalen Migros-Genossenschaften kalkuliert wird. Die Verbreitung des MGB-Preises und der Kalkulationen, die Rückschlüsse auf die Einkaufspreise von Micarna bei Schlachtschweinen zulassen, erfolgte in der Vergangenheit teilweise durch Migros-Genossenschaften, die dadurch beim Einkauf von Fleisch bei anderen Fleischverarbeitungsbetrieben möglichst günstige Konditionen erzielen wollten. Im Schreiben vom 5. Juni 2003 erklärte Migros, dass die regionalen Migros-Genossenschaften angehalten wurden, in Zukunft die von Micarna erhaltenen Offerten nicht mehr an andere Fleischverarbeitungsbetriebe weiter zu geben. Inwieweit diese Verhaltensweise - insbesondere hinsichtlich des hier geprüften allfälligen Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Micarna und der Bell Holding - kartellrechtlich zu beanstanden ist, kann deshalb offen bleiben.

79. Auch auf den nachgelagerten Stufen, insbesondere im Detailhandel, herrscht eine hohe Markttransparenz hinsichtlich Verkaufspreisen, Aktionen usw. Dieser Umstand dürfte Rückschlüsse auf das Verhalten des Konkurrenten bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen zulassen. Eine hohe Transparenz herrscht auch hinsichtlich der von den Fleischverarbeitungsbetrieben getätigten Importe sowie aufgrund des Umstandes, dass Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) gemeinsam in den Verwaltungsräten von mehreren Organisationen der Fleischwirtschaft vertreten sind (vgl. Rz. 101).

80. Insgesamt betrachtet ist die Markttransparenz auf dem relevanten Markt als hoch einzustufen. Allerdings liegt es im vorliegenden Fall nicht auf der Hand, inwieweit durch diese Markttransparenz eine kollusive Verhaltensweise auf der Beschaffungsseite gefördert werden könnte.

1.3 Marktstabilität

81. In dynamischen Märkten, in welchen Produkt- und Verfahrensinnovationen an der Tagesordnung sind, und in welchen mit Marktzutritten neuer Konkurrenten gerechnet werden muss, wird kaum ein Anreiz zu kollusivem Verhalten bestehen.[15] Für die Unternehmen ist schlechterdings unmöglich vorauszusehen, wie sich die Wettbewerbsverhältnisse in Zukunft gestalten werden und ob sich eine Kollusion lohnen wird. Das Kriterium der Marktstabilität wird unter zwei Aspekten geprüft. Zunächst ist der Entwicklungsstand des definierten Marktes (Marktphase) zu betrachten. Sodann werden die Möglichkeiten des Marktzuganges im Zeitpunkt der vorherrschenden Marktphase geprüft (potenzieller Wettbewerb).

1.3.1 Marktphase

82. In der bisherigen Praxis (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 142 f., Rz. 206) wurden die folgenden Entwicklungsstadien eines Marktes unterschieden: Experimentier-, Wachstums-, Reife-, Stagnations- und Degenerationsphase. In der Regel kann während den ersten beiden Marktphasen ein schneller und bedeutender technologischer Wandel beobachtet werden. Damit einhergehend wird auch ein starkes Wachstum der Nachfrage vermutet, was den Anreiz zum Markteintritt für neue Konkurrenten erhöht. Da während der ersten beiden Phasen die Wettbewerbsbedingungen einem ständigen Wandel unterworfen sind, kann es kaum zu einem kollusiven Verhalten kommen. In der Reifephase können Marktanteile naturgemäss nur noch zulasten von Konkurrenten gewonnen werden, was die Entstehung und Erhaltung von kollusiven Verhaltensweisen begünstigt.

[15] EU-Kommission, Case No. IV/M.22 - Fujitsu/Siemens, 30. März 1999, Rz. 57 f.

83. Das Marktvolumen hat sich bei Schlachtschweinen und bei Schweinefleisch seit 1990 folgendermassen entwickelt:

Schlachtschweine und Schweinefleisch Produktion und Konsum				
	Schlachtungen		**Import**	**Konsum**
Jahr	Stück	Tonnen	Tonnen	Tonnen
1990	3'283'569	269'598	4'790	209'236
1991	3'194'505	265'390	4'249	206'641
1992	3'179'084	264'093	3'517	203'759
1993	3'173'240	260'473	3'972	202'637
1994	2'998'235	246'131	4'017	191'791
1995	3'001'775	250'735	5'498	195'807
1996	2'657'806	221'068	15'522	185'655
1997	2'544'555	214'257	18'334	181'588
1998	2'737'423	231'574	14'363	190'030
1999	2'686'795	225'657	14'999	186'872
2000	2'644'130	224'901	15'653	186'922
2001	2'764'190	234'298	9'274	187'223
2002	2'747'507	235'736	10'567	189'824

Tabelle 5 (Quelle: Proviande "Der Fleischmarkt im Überblick 2002")

84. Insgesamt handelt es sich bei den Schlachtvieh- und Fleischmärkten um gesättigte Märkte. Der Fleischkonsum war in den letzten rund zehn Jahren - mit Ausnahme von Geflügelfleisch - stagnierend bis rückläufig. Die Fleischproduktion erfolgt mittels ausgereifter Technologien, wobei Produkt- und Prozessinnovationen durch neue Produktionsvorschriften (z.B. bezüglich Hygiene) und verändertes Konsumverhalten (z.B. Trend zu Convenience-Produkten) ausgelöst werden können.

85. In der schweizerischen Fleischverarbeitungsindustrie herrschen aufgrund der Nachfrageentwicklung tendenziell Überkapazitäten. Die Auswirkungen von Überkapazitäten auf die Stabilität einer kollektiv

marktbeherrschenden Stellung von Unternehmen auf einem bestimmten Markt sind ambivalent. Überkapazitäten wirken sich in hohen Fixkosten aus und erhöhen den Anreiz zur Mengenausweitung, weshalb sich dadurch die Wahrscheinlichkeit von Preiskriegen erhöht, und Vereinbarungen unter Oligopolisten destabilisiert werden können. Andererseits können Überkapazitäten auch ein Drohpotenzial zur Disziplinierung von Kartellmitgliedern darstellen (MARTIN, a.a.O., S. 167; SALONER, Excess capacity as a policing device, Economic Letters, Vol. 18, 1985, S. 83 ff.).

86. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Marktanteile in der Fleischverarbeitungsindustrie auch aufgrund der gegebenen Produktionskapazitäten in den letzten Jahren annähernd konstant geblieben sind, wobei Micarna und die Bell Holding ihre Marktstellung leicht ausbauen konnten. In den letzten Jahren waren in der Fleischverarbeitungsindustrie einige Marktaustritte und Unternehmenszusammenschlüsse zu verzeichnen, ohne dass sich die Marktstruktur dadurch erheblich geändert hätte: zum Beispiel Zusammenschluss Bell Holding/Vulliamy SA (RPW 1997/1, S. 54); Zusammenschluss Neue Fleisch AG/Gebr. Knellwolf AG im Jahre 1999; Zusammenschluss Lüthi und Portmann Fleischwaren AG/Meinen AG im Jahre 2002.

87. Bei den im vorliegenden Verfahren betrachteten Märkten handelt es sich somit um stagnierende Märkte, die in den letzten Jahren keine umwälzenden Veränderungen erfahren haben.

1.3.2 Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb

88. Der Einstieg in die Fleischverarbeitung ist mit hohen Investitionskosten verbunden, was nicht notwendigerweise bedeutet, dass hohe Marktzutrittsschranken bestehen. Die Anforderungen sind - sowohl für die eingesessenen Unternehmen als auch für allfällige potenzielle Konkurrenten - namentlich aufgrund von verschärften gesetzlichen Vorschriften (z.B. punkto Hygiene) in den letzten Jahren gestiegen. In der Fleischverarbeitungsindustrie bestehen tendenziell Überkapazitäten, die nachgefragte Menge stagniert respektive ist leicht rückläufig (vgl. vgl. Rz. 83 ff. sowie Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 402 f., Rz. 43).

89. In einer ETH-Studie (JÖRIN, 2001, "Die Instrumente des Marktzutritts in der WTO: Erfahrungen und Folgerungen der Schweiz") wird die aktuelle Importregelung (Verteilung der Zollkontingente nach Massgabe einer Inlandleistung, hohe Ausserkontingentszollansätze) als ein Hauptgrund für ein möglicherweise überhöhtes Preisniveau auf dem Fleischmarkt angesehen. Tatsächlich sind die Fleisch- und Schlachtviehmärkte aufgrund der geltenden Importregulierungen nur schwer angreifbar (vgl. Rz. 57 sowie Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 404, Rz. 45).

90. Insgesamt ist die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten in der Fleischverarbeitungsindustrie aufgrund des stagnierenden Konsums,

der Überkapazitäten und der regulatorischen Hürden als gering einzustufen.

1.4 Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrien

1.4.1 Interessensymmetrie

91. Ein weiterer entscheidender Faktor für die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung ist die Interessenssymmetrie aller an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen bezüglich verfolgte Ziele und Zeithorizont (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 146 f., Rz. 146; KANTZENBACH, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996, S. 29 ff.; JACQUEMIN, SLADE, Cartels, Collusion, and Horizontal Merger, in: SCHMALENSEE/WILLIG (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 1, 1998, Elsevier Science Ltd., S. 419 ff.).

92. Micarna und die Bell Holding haben sich dauerhaft auf dem relevanten Markt etabliert und teilen das gemeinsame Interesse an günstigen Schlachtviehpreisen. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass Micarna und die Bell Holding grösstenteils nicht die gleichen Schweinekategorien nachfragen und in den jeweiligen Konzernstrukturen eine unterschiedliche Stellung einnehmen.

1.4.2 Produktsymmetrie

93. Weisen die Produkte und Dienstleistungen der Anbieter eine starke Homogenität auf, erleichtert dies ein kollusives Verhalten, da sich die Verhaltensabstimmung auf wenige Parameter beschränken kann. Erlaubt eine Produktedifferenzierung hingegen die Aufteilung der Kunden oder der Gebiete, kann dies kollusionsfördernd wirken (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 147 f., Rz. 225 ff.; Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 244, Rz. 139; SCHERRER, ROSS, Industrial Market Structure and Economic Performance, Third Edition, Boston 1990, S. 279; JACQUEMIN, SLADE, a.a.O., S. 418; KANTZENBACH, a.a.O., S. 68).

94. Auch wenn bei Schlachtschweinen aufgrund der verschiedenen Labels eine gewisse Produktdifferenzierung stattfindet, verläuft die Preisentwicklung der verschiedenen Schweinekategorien weitgehend synchron (vgl. Rz. 46 ff.). Keine Produktdifferenzierung besteht hinsichtlich der Beschaffung von konventionellen Schweinen und QM-Schweinen. Die im vorliegenden Fall betrachteten Produkte sind weitgehend homogen, wobei der Austauschbarkeit der verschiedenen Schweinekategorien zumindest kurzfristig aufgrund der unterschiedlichen Label-Bestimmungen Grenzen gesetzt sind (vgl. Rz. 36 ff.). Auf der Beschaffungsseite erfolgt somit in einem beschränkten Umfang eine Marktsegmentierung. Auf der Absatzseite besteht eine solche Marktsegmentierung hingegen nicht (vgl. Rz. 41 ff.).

1.4.3 Kostensymmetrie

95. Weisen die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen eine ähnliche Kostenstruktur auf und sind die Kostenstrukturen untereinander bekannt, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit und die Stabilität kollusiven Verhaltens (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 148, Rz. 227 ff.; KANTZENBACH, a.a.O., S. 64; BRIONES, a.a.O., Rz. 45 ff.; JACQUEMIN, SLADE, a.a.O., S. 418 f; OECD, Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by the European Commission, 1999 [DAFFE/CLP/WD(99)14]). Indikatoren für Kostensymmetrien können etwa gleich grosse und gleich bleibende Marktanteile sowie eine ungefähr gleiche Kapazitätsauslastung sein. Kostensymmetrie dürfte ebenfalls eher bei relativ homogenen Produkten gegeben sein. Auch der Grad der vertikalen Integration kann Hinweise auf Kostensymmetrien geben (vgl. Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 402, Rz. 41).

96. Sowohl Migros als auch Coop verfügen über eine vertikal integrierte Wertschöpfungskette, welche die Bereiche Schlachtung, Verarbeitung und Vertrieb umfasst, sowie über eigene Label-Programme. Die diesbezüglichen Strukturen der beiden Unternehmen unterscheiden sich allerdings erheblich. Die Beschaffung erfolgt bei Coop zentral über die Bell Holding, während bei Migros die einzelnen regionalen Genossenschaften ihren Fleischbedarf teils bei Micarna, teils bei anderen Fleischverarbeitungsbetrieben decken. Dies kommt auch in den unterschiedlichen Marktanteilen der beiden Unternehmen auf den verschiedenen Marktstufen zum Ausdruck (vgl. Rz. 72 ff.). Zudem unterscheiden sich die Labels M7 und CNP bis zu einem gewissen Grad punkto Qualitätsanforderungen, Lieferkonditionen und Preis. Insgesamt handelt es sich aber doch um homogene Produkte, die mit den gleichen Produktionstechnologien verarbeitet werden, so dass die Herstellkosten von Micarna und der Bell Holding (resp. Migros und Coop) durchaus vergleichbar sein dürften.

1.5 Stellung der Marktgegenseite

97. Eine starke Stellung der Marktgegenseite reduziert die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Kollusion kommt, da starke Unternehmen auf der Marktgegenseite die Konkurrenz unter den Anbietern oder Abnehmern spielen lassen können, was allfällige kollusive Verhaltensweisen destabilisiert (EU-Kommission, Case No. IV/M.22 - Fujitsu/Siemens, 30. März 1999, Rz. 57 und 73).

98. Die Marktgegenseite der Fleischverarbeitungsbetriebe auf der Beschaffungsseite bilden die Schweineproduzenten und die Schweinehandelsunternehmen. Die Marktstufe der Schweineproduzenten weist eine atomistische Marktstruktur auf, während die Marktstufe der Schweinehandelsunternehmen am ehesten als weites Oligopol bezeichnet werden kann. Die einzelnen Unternehmen auf der Marktgegenseite verfügen kaum über eine Marktstellung, die es ihnen erlau-

ben würde, eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung auf Stufe Fleischverarbeitung zu destabilisieren. Allerdings bestehen auf den vorgelagerten Stufen Bemühungen, ein Gegengewicht zu Micarna und der Bell Holding respektive zu Migros und Coop zu schaffen. Ob diese Bemühungen kartellrechtlich zu beanstanden sind oder nicht, wird in Teil B beurteilt. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass die gebündelte Gegenmacht der Schweinelieferanten eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung auf Stufe Fleischverarbeitung bis zu einem gewissen Grad zu destabilisieren vermöchte.

99. Praxisgemäss (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 150, Rz. 236 ff.) ist die Elastizität der unternehmensindividuellen Nachfrage zu berücksichtigen. In Zusammenhang mit der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen ist indes weniger die Nachfrageelastizität (betreffend die Preiselastizität der Nachfrage auf dem Gesamtmarkt vgl. Rz. 29) als die Angebotselastizität der Schweinelieferanten in die Erwägungen mit einzubeziehen. Es ist davon auszugehen, dass diese (zumindest kurzfristig) verhältnismässig gering ist, da eine Verringerung der angebotenen Menge als Reaktion auf eine Preissenkung mit einer Verzögerung von einigen Monaten erfolgen kann. Dadurch gelangen die Nachfrager nach schlachtreifen Schweinen gegenüber ihren Lieferanten grundsätzlich in eine günstige Verhandlungsposition, wobei der Spielraum der Nachfrager insbesondere dadurch begrenzt wird, dass die Schweinelieferanten ihre Schweine mittel- bis langfristig nicht unter den Durchschnittskosten anbieten können.

1.6 Verflechtungen

100. Personelle oder kapitalmässige Verflechtungen (z.B. gemeinsame Kontrolle von Gemeinschaftsunternehmen, gemeinsame Mitgliedschaft in Branchenorganisationen) auf dem relevanten Markt oder auf Drittmärkten (namentlich vor- oder nachgelagerten Märkten) unter den einem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen erhöhen die Markttransparenz und damit die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens (vgl. JACQUEMIN, SLADE, a.a.O., S. 439; sowie Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 48 ff.).

101. Coop, respektive die Bell Holding, und Migros, respektive Micarna, sind in den Verwaltungsräten von mehreren Institutionen aus der Fleischwirtschaft gemeinsam vertreten:

?? Coop und Migros sind im Verwaltungsrat der Proviande vertreten. Die Proviande, in deren Verwaltungsrat auch mehrere Produzentenorganisationen vertreten sind, beeinflusst die Preise von Schlachtschweinen insofern, als sie dem BLW Anträge über die von den Zollkontingentsanteilhabern während bestimmter Perioden zum Kontingentszollansatz maximal einzuführenden Mengen stellt (vgl. Rz. 14).

?? Die Bell Holding und Migros sind im Verwaltungsrat der Centravo AG, Zürich ("Centravo"), vertreten. Centravo besorgt die Entsorgung und Weiterverarbeitung von organischen Nebenprodukten, die in Schlachthöfen, Metzgereien, Fleischfabrikations-, Lebensmittelindustrie- und Gastronomiebetrieben anfallen.

?? Die Bell Holding und Micarna sind im Verwaltungsrat der Tierverkehrsdatenbank AG, Bern ("TVD"), vertreten. Die TVD, deren Mehrheitsaktionär der Bund ist, betreibt eine zentrale Datenbank, in welcher der Lebensweg von Rindern, Schweinen, Schafen und Ziegen von der Geburt bis zur Schlachtung aufgezeichnet wird.

?? Die Bell Holding und Migros sind im Verwaltungsrat der GVFI International AG, Basel ("GVFI"), vertreten. Die GVFI ist in der globalen Fleisch-Logistik tätig und bewirtschaftet treuhänderisch die Importkontingente ihrer Kunden und organisiert weltweit den gemeinsamen Einkauf.

102. Die genannten Institutionen sind für die Fleisch- und Schlachtviehmärkte insgesamt von Bedeutung. Ein direkter Zusammenhang zwischen der Mitgliedschaft von Migros (resp. Micarna) und Coop (resp. der Bell Holding) in diesen Institutionen und der Beschaffung von Schlachtschweinen besteht indes nicht. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die gemeinsame Vertretung in den oben genannten Organisationen mit kollusiven Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen verbunden ist.

1.7 Substitutionswettbewerb

103. Dass sich in den nachgelagerten Märkten für Konsumenten Geflügel durch andere Fleischsorten (Rindfleisch, Geflügelfleisch usw.), Fisch und weitere Nahrungsmittel bis zu einem gewissen Grad substituieren lässt, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine entscheidende Rolle, zumal diese Substitute ebenfalls von Migros und Coop in ihren Sortimenten geführt werden (vgl. Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 403, Rz. 44). Eine disziplinierende Wirkung auf eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung von Micarna und der Bell Holding auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen ist durch Substitutionswettbewerb nicht zu erwarten.

1.8 Sanktionen

104. Damit kollusives Verhalten stabil ist, braucht es in der Regel glaubwürdige Sanktionsmechanismen, die gegen abweichende Beteiligte ergriffen werden können. Bei der isolierten Betrachtung der Beschaffungsseite ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, welche glaubwürdigen Sanktionsmechanismen gegenüber einem von einem allfälligen kollusiven Verhalten abweichenden Unternehmen bestehen sollten. Die Nachfrage der Fleischverarbeitungsbetriebe nach schlacht-

reifen Schweinen wird wesentlich von deren Absatzmöglichkeiten und Produktionskapazitäten bestimmt. Einem allfälligen Sanktionsmechanismus, der eine einseitige Erhöhung der Einkaufspreise respektive eine Steigerung der eingekauften Menge umfasst, sind deshalb enge Grenzen gesetzt. Zu beachten ist, dass die Muttergesellschaften von Micarna und der Bell Holding auf zahlreichen Märkten miteinander konkurrieren. Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte für das Bestehen eines wirksamen Sanktionsmechanismus, der das Abweichen von einem kollusiven Verhalten auf einem Markt durch die Möglichkeit einer Sanktion auf einem anderen Markt auszuschalten versucht, auch wenn ein solcher Sanktionsmechanismus im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich denkbar ist (vgl. BERNHEIM and WHINSTON, Multimarket contact and collusive behavior, Rand Journal of Economics, Vol. 21, No. 1, Spring 1990, S. 1 ff.).

1.9 Zwischenergebnis

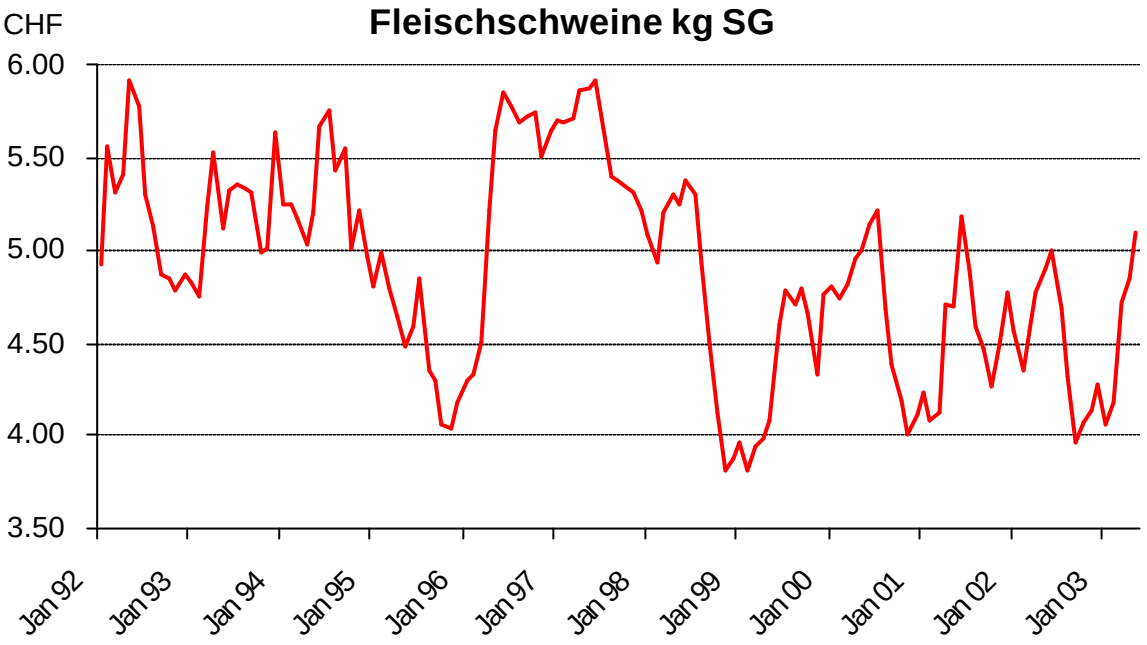
105. Die oben untersuchten statischen Strukturmerkmale deuten - namentlich aufgrund der Marktanteile, der bestehenden Asymmetrien und des nicht ersichtlichen Sanktionsmechanismus - nicht darauf hin, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) auf dem Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen besteht. Um gefestigtere Aussagen über eine allfällige kollektive Marktbeherrschung auf Stufe Fleischverarbeitung machen zu können, wird im Folgenden die Margen- und Preisentwicklung analysiert.

2. EMPIRISCHE ANALYSE DES MARKTGESCHEHENS

2.1 Preisentwicklung

2.1.1 Einkaufspreise von schlachtreifen Schweinen

106. Beim Einkauf von Schlachtschweinen gelten Micarna und die Bell Holding als Preisführer. Abgesehen von nicht substantiierten Mutmassungen von einzelnen Marktteilnehmern bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass bezüglich der Einkaufspreise von schlachtreifen Schweinen eine Koordination zwischen Micarna und der Bell Holding stattfindet. Auch die überwiegende Mehrzahl der befragten Schweinelieferanten gab an, dass beim Einkauf von schlachtreifen Schweinen grundsätzlich Wettbewerb herrscht. Die anderen Fleischverarbeitungsbetriebe orientieren sich grösstenteils stark an den Preisen von Micarna und der Bell Holding.



Grafik 6: Preisentwicklung Schlachtschweine (Datenquelle: SBV)

107. Ökonomisch betrachtet gibt es für die Beurteilung von Preisen kein unter allen Wettbewerbsverhältnissen gültiges Kriterium. Preise sind immer ein Abbild der jeweiligen Wettbewerbssituation und können deshalb immer nur in Bezug auf den konkreten Fall beurteilt werden (Botschaft, S. 105). Die Preisentwicklung bei Schlachtschweinen ist ausgesprochen volatil (vgl. Grafik 6). Es kann sich deshalb als trügerisch erweisen, von kurzfristigen Preisentwicklungen auf die Wettbewerbsintensität zu schliessen. Die langfristigen Preisschwankungen werden vom (nicht nur bei Schweinen beobachteten) Schweinezyklus mitbestimmt.

108. Der Vergleich der Einkaufspreise an verschiedenen Stichprobendaten ergab, dass die Preise von Micarna und der Bell Holding bei identischen Qualitäten von Schlachtschweinen in der Regel geringfügig voneinander abweichen (vgl. Teil B, Rz. 36). Das Preisniveau ist auf dem gesamten Markt im Wesentlichen einheitlich.

2.1.2 Verkaufspreise von Schweinefleischprodukten im Detailhandel

109. Bezeichnend für den Detailhandel ist, dass für das Preissetzungsverhalten weniger die einzelnen Produkte als das Sortiment als Ganzes massgebend sind, wobei die Konsumenten bei ihrer Entscheidung zwischen zwei Detailhändlern nicht alle Preise gleichermassen in ihr Kalkül miteinbeziehen, sondern sich auf so genannte Leitprodukte konzentrieren. Fleisch spielt diesbezüglich im Sortiment von Detailhandelsunternehmen eine wichtige Rolle. Es kann davon ausgegangen werden, dass Wechselwirkungen zwischen der Beschaffung von Schlachtvieh und den Absatzmärkten bestehen. In diesem Zusammen-

hang konnte gezeigt werden, dass zwischen den Schlachtschweine- und den meisten Schweinefleischpreisen im Detailhandel eine Granger-Kausalität[16] besteht. Das bedeutet, dass die vergangenen Schlachtschweinepreise zusätzliche Informationen über die künftigen Schweinefleischpreise beinhalten, die in den vergangenen Schweinefleischpreisen nicht enthalten sind (vgl. Erläuterungen des Sekretariats und Anhang A4). Die Preisfestsetzung im Detailhandel erfolgt somit unter Berücksichtigung der auf dem Beschaffungsmarkt entrichteten Schlachtschweinepreise. Zudem zeigt der in Anhang A4 aufgeführte Johansen-Test, dass die Preisverläufe bei den verschiedenen Schweinefleischprodukten - abgesehen von kurzfristigen Abweichungen wie zum Beispiel stärkeren saisonalen Ausschlägen bei Schweinekoteletts - ähnlich verlaufen. Speziell in die Betrachtungen mit einbezogen wurde aufgrund der Interdependenzen zwischen Beschaffungs- und Absatzseite ebenfalls das Preissetzungsverhalten von Migros und Coop auf dem Absatzkanal. Anhand von Daten des BLW (vgl. Rz. 6) wurde hiezu die Preisentwicklung von verschiedenen Schweinefleischprodukten (Nierstückplätzli, Halsplätzli, Stotzenplätzli, Koteletten, Geschnetzeltes, Schulterbraten, Voressen Schulter, geräucherter Speck, geschnittener Schinken) bei Migros und Coop von 1997 bis 2001, mit den Preisen von Waro und VSM (gewerbliche Metzgereien) als Vergleichsmassstab, analysiert. Für die einzelnen Produkte wurden Vektor-Autoregressionen[17] geschätzt und Granger-Kausalitäts-Tests durchgeführt. Die Resultate, die ebenfalls in Anhang A4 aufgeführt sind, enthalten keine Evidenz für ein kollusives Verhalten beim Verkauf von Schweinefleisch im Detailhandel. Die geschätzten Ergebnisse deuten viel eher darauf hin, dass Migros in diesem Bereich die Rolle des Preisführers einnimmt, während Coop sich stark an den Preisen von Migros orientiert. Es gilt zu beachten, dass sich diese Aussage explizit auf den Verkauf von Schweinefleisch bezieht und sich daraus keine allgemeinen Rückschlüsse über die Preis- und Sortimentspolitik der Grossverteiler ziehen lassen (vgl. hiezu Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 581 ff.).

[16] GRANGER, Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spetral Methods, Econometrica, 37, 1969, S. 424 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 13. Januar 1994 i.S. Mannesmann/Vallourec/Ilva, Case IV/M.315; BISHOP and WALKER, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, 1999, S. 285ff.; HAMILTON, a.a.O., S. 302 ff.

[17] Vgl. HAMILTON, a.a.O., S. 291 ff.

2.1.3 Asymmetrische Preistransmission

110. Gemäss einer ETH-Studie (ABDULAI, Using Threshold Cointegration to Estimate Asymmetric Price Transmission in the Swiss Pork Market, 2001; vgl. auch VON CRAMON-TAUBADEL, Estimating price transmission with the error correction representation: An application to the German pork market, European Review of Agricultural Economics, Volume 25, 1998, S. 1 ff.) besteht bei Schweinefleisch eine asymmetrische Preistransmission, das heisst, Preissenkungen auf der Beschaffungsseite werden weniger schnell an die Konsumenten weitergegeben als Preiserhöhungen (vgl. auch Benzinmarkt Schweiz, RPW 2002/1, S. 87, Rz. 23). Die Studie von ABDULAI, die auf Daten der Jahre 1988 bis 1997 basiert, liefert indes keine Hinweise auf eine allfällige Verhaltenskoordination oder eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung in der Fleischverarbeitungsindustrie oder in den nachgelagerten Sektoren.[18]

111. In der Literatur werden verschiedene Erklärungen (Anpassungskosten, Lagerhaltungskosten, Marktmacht und staatliche Eingriffe) für asymmetrische Preistransmission aufgeführt, weshalb das Vorliegen von asymmetrischer Preistransmission nicht zwingend mit dem Grad der Marktmacht im Zusammenhang gebracht werden kann (vgl. WOHLGENANT, Handbook of Agricultural Economics, Elsevier Science B.V., 2001, Vol. 1, Ch. 16., S. 959 ff.). Das Bestehen von asymmetrischer Preistransmission kann somit nicht als klarer Hinweis für die Nichtwirksamkeit des Wettbewerbs gewertet werden.

2.1.4 Fazit

112. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Analyse der Preisentwicklung keine Hinweise auf das Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Micarna und der Bell Holding bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen liefert.

2.2 Margenentwicklung

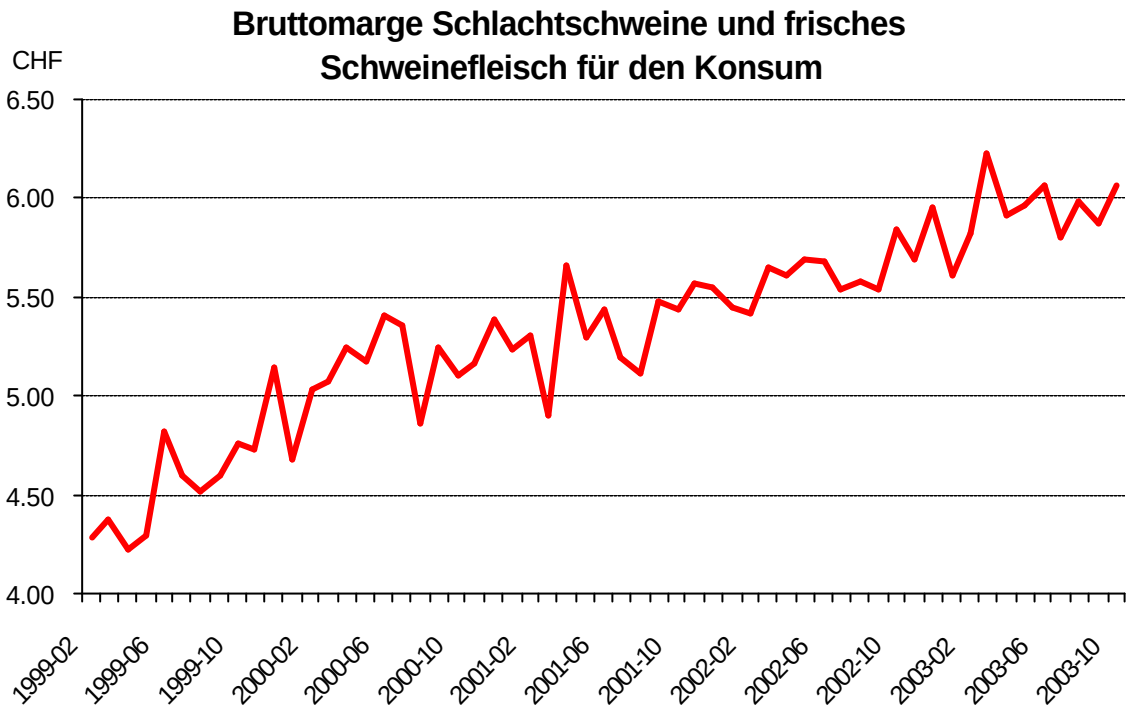
113. Ein massgebendes Element bei der Eröffnung der laufenden Untersuchung war die vom BLW berechnete Erhöhung der Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung von frischem Schweinefleisch seit 1999 (vgl. Rz. 1). Die Bruttomarge "Verarbeitung und Verteilung" ist wie folgt definiert:

[18] "The results generally suggest the presence of price transmission asymmetries in the Swiss pork market. As pointed out earlier, the three-firm concentration ratio in the Swiss pork market is over 80 per cent. Very restrictive food regulations also serve as entry barriers for newcomers in this sector. In addition, the restriction of access to import quotas to few retailers in the sector tends to protect them from competition. However, the findings of this study do not imply market power or supernormal profits among retailers in the Swiss pork market. Although some of the hypothesis discussed earlier do suggest that temporary market power could explain the asymmetry, the other explanations are consistent with competitive markets."

	NETTOEINNAHMEN, welche sich aus folgenden Finanzströmen ergeben:
	Verkauf von Frischfleisch zum Konsum + Verkauf von Wurstfleisch auf Grosshandelsstufe + Verkauf von Schlachtnebenprodukten zum Grosshandelspreis - Lagerkosten (normalerweise vollständig kompensiert durch den Fleischfonds) - Entsorgungskosten für Schlachtabfälle und Knochen - Mehrwertsteuer erhoben auf Konsum und dem Bund bezahlt - Kosten für Schwerverkehrsabgabe LSVA - Beitrag zum Basismarketing der Branche - allgemeine Inflationsbereinigung der Produktions-, Verarbeitungs- und Verteilungskosten
–	**EINSTANDSPREIS FÜR VIEH** (zu Festpreisen, real Januar 1999, ohne MwSt.), welcher sich aus folgenden Finanzströmen ergibt:
	Einstandspreis für Vieh zu laufenden Preisen (nominal), franko Schlachthof, inkl. MwSt auf Viehankauf - Rückerstattung der MwSt. auf Viehankauf - allgemeine Inflationsbereinigung der Produktionskosten (bereits von Nettoeinnahmen abgezogen)
=	**BRUTTOMARGE**

Tabelle 6
(Quelle: Landwirtschaftlicher Informationsdienst, LID,
Dossier Nr. 386, September 2001)

114. Die vom BLW berechnete Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung von frischem Schweinefleisch hat sich seit 1999 folgendermassen entwickelt:



Grafik 7: Bruttomargenentwicklung (Quelle: BLW)

115. Verschiedentlich wurde der Vorwurf laut, die Margenerhöhung sei das Ergebnis der Angebots- und Nachfragemacht von Migros und Coop (resp. von Micarna und der Bell Holding). Indes sind weder eine gestiegene Bruttomarge noch allenfalls gestiegene Profite der Fleischverarbeitungsbetriebe ein rechtsgenüglicher Beweis für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, sondern höchstens eines von vielen Elementen, das in die Gesamtbetrachtung der Wettbewerbssituation einzufliessen hat.

116. Die Bruttomarge "Verarbeitung und Verteilung" gibt keine Auskunft darüber, ob Margenveränderungen ihre Ursache im Detailhandel oder in der Fleischverarbeitungsindustrie haben. Eine isoliert im Verarbeitungssektor auftretende Margenveränderung würde durchaus gewisse Rückschlüsse auf Effizienzgewinne, Marktmacht, Verarbeitungstiefe usw. zulassen. Bei einer isoliert im Detailhandel auftretenden Margenveränderung sind solche Rückschlüsse generell problematischer, da im Detailhandel bei der Bestimmung von Preisen von einzelnen Produkten die gesamte Sortimentspolitik eine massgebende Rolle spielt. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass aus einem Input (Schlachtschwein) viele verschiedene Outputs hergestellt werden (Kuppelproduktion).

117. Die Erhöhung der Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung ging nicht mit einem entsprechenden Konzentrationsprozess auf den Stufen Fleischverarbeitung und Detailhandel einher. Ohne einem strukturellen Determinismus zu verfallen, sei darauf hingewiesen, dass trotz einigen Unternehmenszusammenschlüssen (siehe Rz. 86; sowie Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505

ff.; und Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.) und den Markteintritten von Carrefour und Rewe sich die Marktstruktur im Detailhandel und in der Fleischverarbeitungsindustrie seit 1999 kaum entscheidend verändert hat. Bei der Abnahme der Zahl der spezialisierten Fleischfachgeschäfte (Metzgereien) um 30% seit 1987 gemäss VSM handelt es sich um einen langfristigen Trend, der eher gegen Profitabilitätssteigerungen in der Fleischverarbeitung oder im Fleischhandel spricht.

118. Margenerhöhungen des Zwischenhandels und des Verarbeitungssektors respektive der Rückgang des Anteils der Urproduktion am Konsumentenfranken werden auf zahlreichen in- und ausländischen Agrarmärkten beobachtet. Diese Entwicklung lässt sich in der Regel nicht monokausal erklären.[19] Die befragten Fleischverarbeitungsbetriebe nannten verschiedene Erklärungen für eine allfällige Erhöhung der Bruttomarge "Verarbeitung und Verteilung": Kostensteigerungen infolge Änderung der Konsumgewohnheiten (Trend zu Fertigprodukten mit hohem Verarbeitungsaufwand, Erhöhung der Produktevielfalt, Nachfrage nach fettarmem Fleisch, weniger Knochen usw.), verschärfte Hygienebestimmungen, erhöhte Anforderungen an Produktsicherheit, Entsorgungskosten für Schlachtnebenprodukte, Erhöhung des Marketingaufwandes, Einführung von Label-Produkten, Einführung der LSVA, Lohnsteigerungen. Die gleichen Faktoren wurden ebenfalls von der SHV genannt.

119. Die Publikationen des BLW enthalten hiezu folgende Ausführungen: "Eine Erhöhung der Bruttomarge Verarbeitung - Verteilung im Ladenverkauf ist unter Berücksichtigung der Faktoren, die noch nicht in die Margenberechnung einfliessen, zu interpretieren. Es handelt sich hiebei zum Beispiel um die Zunahme von Hygienevorschriften, den Rückgang des Verkaufsvolumens bei gleichbleibenden Fixkosten, einen Minderwert auf den Verkäufen im Gastronomiesektor usw. Diese Margenverbesserung kann nicht durch die Faktoren begründet werden, die bei der Berechnung bereits einbezogen sind: Erhöhung der Kosten für die Entsorgung der Schlachtabfälle, Abnahme des Importvolumens, Einführung der LSVA, Heraufsetzung der MwSt., geringere Verwertung des Wurstfleisches und höhere Lebenshaltungskosten" (Marktbericht Fleisch Nr. 155, April 2002). In Zusammenhang mit der Entwicklung der analog berechneten Bruttomarge "Verarbeitung und Verteilung" beim Rindfleisch hält das BLW fest: "Die schnellere Zunahme der Marge im Vergleich zur Inflation seit der BSE-Krise im

[19] Für eine ausführliche Diskussion der möglichen Erklärungsansätze und der Methoden zur empirischen Bestimmung von Margen bei landwirtschaftlichen Gütern siehe WOHLGENANT, a.a.O.

November 2000 lässt jedoch nicht automatisch auf "nicht angemessene" Margen schliessen, da bei der Margenberechnung noch nicht alle Elemente berücksichtigt sind (Zunahme der gesetzlichen Auflagen, Importrückgang, saisonale Schwankungen, infolge der Krise veränderte Zusammensetzung des Warenkorbes frisches Rindfleisch)" (Marktbericht Fleisch Nr. 146, Juli 2001).

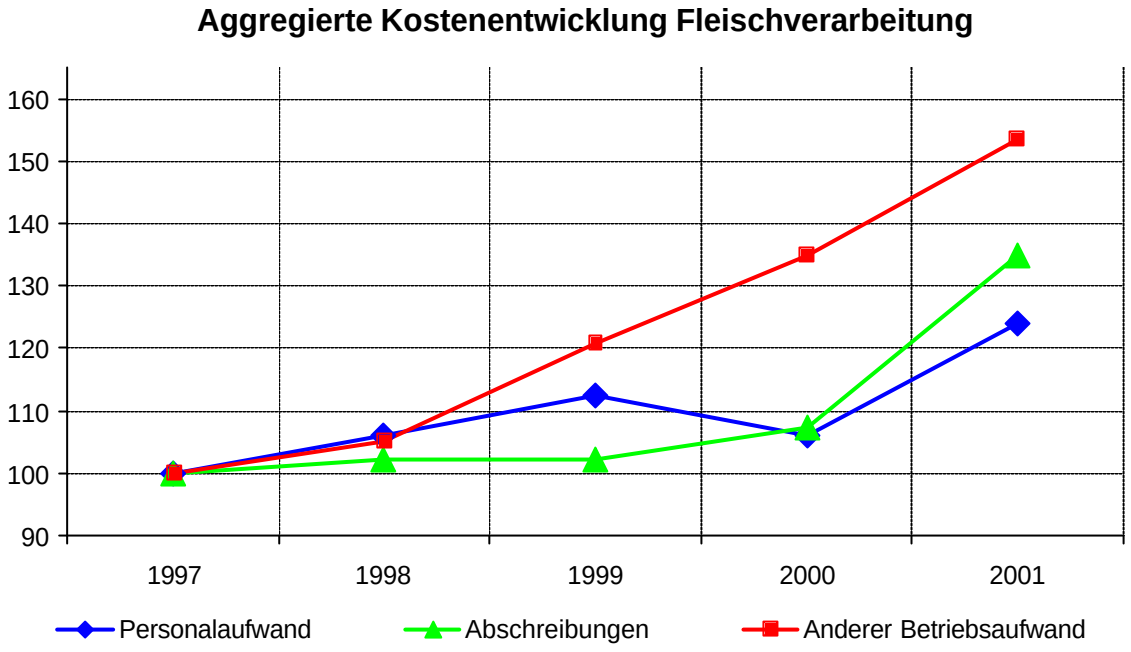
120. Einige von den Fleischverarbeitungsbetrieben genannte Gründe für Kostenerhöhungen wurden somit in der vom BLW berechneten Bruttomarge berücksichtigt, andere hingegen nicht. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass mit Faktoren wie zum Beispiel der Veränderung des Warenkorbes - zumindest teilweise - sowohl der längerfristige Rückgang des "Produzentenanteils am Konsumentenfranken" als auch der vom BLW berechnete kurzfristige Margenanstieg erklärt werden kann. Einige Annahmen, die den Margenberechnungen des BLW zu Grunde liegen, wurden von den befragten Fleischverarbeitungsbetrieben kritisiert, da diese nach deren Auffassung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprächen (vgl. Rz. 124a). Die Zusammensetzung der Outputs verändert sich über die Zeit (z.B. saisonal), was in der Bruttomarge "Verarbeitung und Verteilung" nicht berücksichtigt wird. Zu beachten ist, dass die Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung nicht den gesamten Fleischmarkt abdeckt. So ist der Horeka-Kanal nicht, und die Fleischimporte nur teilweise (nämlich nur absatzseitig) berücksichtigt. Nicht nur die Bestimmung der Bruttomarge, sondern auch die Interpretation von Bruttomargenveränderungen ist mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden. Gerade der Einfluss von Veränderungen des von den Konsumenten nachgefragten Warenkorbes auf die Bruttomarge lässt sich nur schwer quantifizieren.

121. Zweifellos trifft es zu, dass der Verzehr von Innereien, Fett und Bindegewebe rückläufig ist, während die Nachfrage nach hochwertigeren Fleischteilen zunimmt. Einige Fleischteile, die früher noch verkauft werden konnten, müssen heute entsorgt werden, was zu geringeren Verkaufserlösen und höheren Entsorgungskosten führt. Gemäss Micarna hat sich der Abfallanteil pro Tier innert fünf Jahren um zirka 5% bis 10% erhöht. Die befragten Fleischverarbeitungsbetriebe gaben einhellig an, dass sich die Entsorgungskosten zwischen 1997 und 2001 verdoppelt bis vervierfacht hätten, was allerdings zumindest teilweise in der Margenberechnung berücksichtigt wurde. Es ist ebenfalls unbestreitbar, dass der Anteil an Label-Produkten in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat, was zu einem erhöhten Verarbeitungs-, Kontroll- und Marketingaufwand geführt hat. Beispielsweise ist dem Geschäftsbericht der Bell Holding des Jahres 1999 zu entnehmen, dass sich der Anteil der Label-Produkte innert vier Jahren von 1% auf 12% erhöht hat. Im Jahre 2000 betrug der Label-Anteil bei der Bell-Holding bereits 40,3%, im Jahre 2001 51,1% und im Jahre 2002 58%. Unbestritten ist ebenfalls das Bestehen von zahlreichen staatlichen Auflagen, die in den letzten Jahren tendenziell verschärft wurden: zum Beispiel

Lebensmittelgesetz (SR 817.0), Lebensmittelverordnung (SR 817.02), Fleischhygieneverordnung (SR 817.190), Rohstoffdeklarationsverordnung (SR 817.021.51), Verordnung über die Tierverkehr-Datenbank (SR 916.404), Schlachtviehverordnung (SR 916.341). Die von den verschiedenen Fleischverarbeitungsbetrieben hiezu gemachten Angaben ergeben ein einheitliches Bild, das im Übrigen auch mit den Ausführungen des BLW in Einklang steht (vgl. Rz. 119), auch wenn sich die von oben genannten Einflussfaktoren (Änderung der Konsumgewohnheiten, neue staatliche Auflagen usw.) verursachten Kostenänderungen nicht genau beziffern lassen. Es erscheint somit insgesamt plausibel, dass die genannten Gründe zumindest für einen erheblichen Teil der vom BLW ausgewiesenen Margenerhöhungen verantwortlich sind.

122. Um die Diskussion über die allfällige Margenerhöhung aus einer anderen Warte beurteilen zu können, konsultierte das Sekretariat die Buchhaltungen der Jahre 1997 bis 2001 der grössten Unternehmen der Fleischbranche (Schlachtung, Fleischverarbeitung und Fleischhandel)[20], die zusammen zirka 70% des relevanten Marktes auf sich vereinigen. Sofern die vom BLW berechnete Margenerhöhung hauptsächlich in der Fleischverarbeitungsindustrie und nicht im Detailhandel anfällt, ist zu erwarten, dass sich die vom BLW berechnete Margenerhöhung in irgendeiner Form in den Finanzbuchhaltungen der Fleischverarbeitungsbetriebe niederschlägt, sei es in Form erhöhter Gewinne oder erhöhter Kosten. Bei dieser Analyse ging es nicht um die absolute Höhe der Gewinne, Kosten usw., sondern ausschliesslich um die Veränderungen dieser Grössen im genannten Zeitraum. Die Abklärungen erbrachten zwischen 1997 und 2001 Aufwandsteigerungen von 25% und mehr (vgl. Grafik 8). Rund 65% des Aufwandes sind Personalaufwand, rund 10% entfallen auf Abschreibungen und rund 25% auf sonstigen Betriebsaufwand (namentlich Mieten, Strom, Wasser, Betriebs- und Hilfsmaterial, Verwaltungsaufwand, Versicherungen und Abgaben). Zumindest bei einigen Betrieben lassen sich die Aufwandsteigerungen teilweise durch eine Steigerung der angebotenen Menge erklären. Der mit dem selben Zahlenmaterial angestellte Vergleich der Umsatzrendite ergab, dass sich die Umsatzrendite bei acht der betrachteten Unternehmen zwischen 1997 und 2001 verbesserte, bei den anderen fünf hingegen verschlechterte, im Durchschnitt aber etwa konstant blieb.

[20] Der Nutzen von Buchhaltungsdaten für empirische Analysen ist in der Industrieökonomie umstritten (vgl. z.B. MARTIN, Advanced Industrial Economics, Blackwell Publishers, 2nd edition, S. 168 ff., sowie FISHER and MCGOWAN, On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits, The American Economic Review, Volume 73, No. 1, March 1983, S. 82 ff.). Im vorliegenden Fall handelt es sich indes um einen blossen Vergleich der Kosten- und Gewinnentwicklung während fünf Jahren, der keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erhebt und der keine absoluten Aussagen über die Marktmacht anhand der Gegenüberstellung von Profitabilitätskennzahlen und der Konzentrationrate im Sinne eines Structure-Conduct-Performance-Ansatzes macht.



Grafik 8: Aggregierte Kostenentwicklung von 13 Unternehmen der Fleischverarbeitungsindustrie (1997 = 100)

123. Eine Bruttomarge ist nicht gleichbedeutend mit Gewinn. Eine erhöhte Bruttomarge kann sowohl auf Kostensteigerungen als auch einen erhöhten Gewinn zurückzuführen sein. Auch wenn der vorgenommene Vergleich anhand von Buchhaltungsdaten ebenfalls Nachteile[21] beinhaltet, liefert er doch Hinweise darauf, dass Kostensteigerungen ein wesentlicher Grund für die vom BLW festgestellte Bruttomargenerhöhung sind.

124. Bei der Beurteilung des vom BLW berechneten Margenanstiegs sind auch folgende Resultate erwähnenswert:

a) Im Auftrag von Migros wurde eine Studie erstellt, mit welcher die Margenberechnungen des BLW bei *Rindfleisch* überprüft werden sollten (SENTI und KÖNIG, Margen und deren Berechnung im Bereich Fleisch, Forschungsprojekt im Auftrag des Migros-Genossenschaftsbundes, Zürich, September 2002). Diese Studie, in welcher verschiedene Kritikpunkte an der Margenberechnung (Nichtberücksichtigung der Importe, Gewichtung der Verkaufspunkte, fixes Zerlegungsschema, Berücksichtigung von Label-Produkten, Aktionen usw.) des BLW vorgebracht wurde, erbrachte im Gegensatz zum BLW keinen eindeutigen Bruttomargenanstieg.

[21] In der vorliegenden Berechnung sind nicht nur Schweinefleisch, sondern auch Rindfleisch und andere Fleischsorten enthalten. Die Berechnung beschränkt sich auf die Fleischverarbeitungsindustrie und lässt den Detailhandel ausser Acht.

b) Die im Jahre 2002 gegründete Arbeitsgruppe Margentransparenz, an der im Bereich Fleisch namentlich Migros, die Manor AG, Basel ("Manor"), Prodega, VSM (gewerbliche Metzgereien) und Produzentenorganisationen mitgewirkt haben, hat am 28. April 2003 ihre Ergebnisse zu den Margen auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen der Fleischproduktion veröffentlicht. Die Arbeitsgruppe kam zum Schluss, dass bei der Fleischproduktion auf den Stufen Fleischverarbeitung und Detailhandel (ebenso wie auf den Stufen Schweineproduktion und Schweinehandel) keine überhöhten Margen anfallen und dass im Detailhandel mit landwirtschaftlichen Frischprodukten verglichen mit anderen Produkten geringe Deckungsbeiträge erzielt würden.

125. Zu berücksichtigen ist, dass Detailhandelsunternehmen mit Vollsortimenten wie Migros und Coop die Festsetzung des Preises eines Produkts nicht isoliert vornehmen, sondern das ganze Sortiment respektive Teilsortimente betrachten. Unter Umständen - insbesondere im Rahmen von Preisaktionen - werden im Detailhandel bestimmte Produkte zu besonders günstigen Konditionen, im Extremfall sogar unter dem Einstandspreis verkauft (vgl. KOTLER, BLIEMEL, Marketing-Management, 9. Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, S. 892 sowie Entscheidung des Bundeskartellamts vom 7. September 2000 in Sachen Verkauf von Grundnahrungsmitteln wie Milch, Butter, Mehl, Reis und Pflanzenfett unter Einstandspreis), um den Umsatz bei anderen Produkten und den Gewinn insgesamt zu steigern. Tatsächlich kommt den Aktionen beim Fleischverkauf im Detailhandel eine grosse Bedeutung zu. Ein allein auf einzelne Produkte (hier Schweinefleisch) ausgerichteter Vergleich der Margen bedeutet eine stark vereinfachte Darstellung der wirtschaftlichen Realität und ist daher als Indikator für die Wettbewerbsintensität nur bedingt geeignet (vgl. Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 508 ff., Rz. 18 ff.).

126. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass weder die Betrachtung der statischen Strukturmerkmale noch die Analyse der Preis- und Margenentwicklung Evidenz für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen ergab. Somit kann nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden, dass Micarna (Migros) und die Bell Holding (Coop) auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen *eine kollektiv marktbeherrschende Stellung* einnehmen.

B.3.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

127. Die Eröffnung des Verfahrens erfolgte aufgrund einer Eingabe von Suisseporcs, die eine Auflistung von nach Auffassung von Suisseporcs kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen von Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) enthält. Gemäss den obigen Ausführungen kann auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen weder eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens noch eine kollektiv marktbeherr-

schende Stellung nachgewiesen werden. Somit liegen im vorliegenden Fall ohnehin keine unzulässigen Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG vor. Der Vollständigkeit halber werden nachfolgend in summarischer Form die Ermittlungsergebnisse zu den von Suisseporcs vorgebrachten Vorwürfen dargelegt.

128. Suisseporcs führte aus, dass Micarna (Migros) und die Bell Holding (Coop) zuweilen Bezugssperren (im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) gegenüber missliebigen Schweinehandelsunternehmen verhängen. Drei der befragten Schweinehandelsunternehmen gaben an, in den letzten Jahren mit Bezugssperren belegt worden zu sein, während alle anderen nach eigenen Angaben noch nie von Bezugssperren betroffen waren. Von den drei Schweinehandelsunternehmen, die angaben, von Bezugssperren betroffen gewesen zu sein, führten zwei aus, dass dies aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten zu keinen finanziellen Einbussen geführt habe. Die meisten Schweinehandelsunternehmen verfügen über eine grössere Zahl von Abnehmern, so dass in der Regel bei einer allfälligen Bezugssperre durch einen Abnehmer genügend Ausweichmöglichkeiten bestehen. Micarna, die Bell Holding und die anderen befragten Fleischverarbeitungsbetriebe verneinten die Existenz von Bezugssperren. Demzufolge sollen die Geschäftsbeziehungen zu Schweinelieferanten nur in Einzelfällen und ausschliesslich aufgrund von Qualitätsmängeln ausgesetzt worden sein. Insgesamt erbrachten die Abklärungen keine Anhaltspunkte dafür, dass Fleischverarbeitungsbetriebe mit Hilfe von Bezugssperren Druck auf die Marktgegenseite ausüben.

129. Gemäss Suisseporcs praktizieren Migros (Micarna) und Coop (Bell Holding) Quersubventionierungen zwischen Label-Fleisch und konventionellem Fleisch (a) und schränken durch die Vorzugsbehandlung des Label-Segments gegenüber dem konventionellen Segment die Wahlfreiheit der Konsumenten ein (b), während die Produzenten an den jeweiligen Labelinhaber gebunden seien (c).

a) Die befragten Tochterunternehmen der Grossverteiler verneinten die Existenz von Quersubventionierungen (im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder d KG) zwischen Label-Fleisch und konventionellem Fleisch. Die grundsätzliche kartellrechtliche Problematik von Quersubventionierungen (in Verbindung mit gezielter Preisunterbietung) besteht darin, dass ein Unternehmen unter Umständen eine marktbeherrschende Stellung von einem Markt auf einen anderen Markt übertragen kann (vgl. Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 168 ff., Rz. 47 ff.). Diese kartellrechtliche Problematik besteht indes im vorliegenden Fall nicht. Auf den Beschaffungsmärkten trachten die Detailhandelsunternehmen danach, die einzelnen Produkte zu möglichst günstigen Konditionen zu beschaffen. Auf dem Absatzmarkt maximieren die Detailhandelsunternehmen unter Berücksichtigung der verschiedenen Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten den Gewinn auf dem gesam-

ten Sortiment. Es liegt deshalb in der Natur der Sache, dass die Deckungsbeiträge respektive Margen auf den einzelnen Produkten unterschiedlich ausfallen.[22] Das von Suisseporcs kritisierte Preissetzungsverhalten der Grossverteiler bezüglich konventionelle Produkte und Label-Produkte steht somit in keinem Zusammenhang zu kartellrechtlich allenfalls problematischen Quersubventionierungen (resp. gezielter Preisunterbietung).

b) Suisseporcs führte aus, dass den Endverbrauchern durch die Sortimentspolitik der Grossverteiler, die in ihrem Fleischsortiment ein grosses Gewicht auf ihre Label-Produkte legen, dadurch die Wahlfreiheit zwischen konventionellem Fleisch und Label-Fleisch genommen werde. Es ist davon auszugehen, dass Detailhandelsunternehmen bei der Sortimentsgestaltung den Präferenzen ihrer Kunden ein grosses Gewicht beimessen. Der Vormarsch von Labelprodukten gerade bei Fleisch ist Ausfluss der gestiegenen Ansprüche der Kunden hinsichtlich Qualität und Produktsicherheit und kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Wie bereits in Randziffer 36 f. ausgeführt wurde, können Label-Produzenten ihre Abnehmer grundsätzlich relativ rasch unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfristen wechseln. Um ein Label gegenüber den Konsumenten glaubwürdig vermarkten zu können, sind nebst der Reputation des Labelinhabers bestimmte vertragliche Restriktionen erforderlich, welche die unternehmerische Freiheit der Produzenten einschränken können (z.B. Vorgabe, Kontrolle und Durchsetzung von Qualitätsstandards). Es ist davon auszugehen, dass sich die Produzenten beim Abschluss eines Label-Vertrages dessen bewusst sind und eine Abwägung dieser Nachteile mit den Vorteilen der Label-Produktion (besserer Preis, sicherer Absatzkanal) vornehmen. Der Abschluss von Label-Verträgen ist grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich. Kartellrechtlich problematisch könnte allenfalls der Missbrauch einer im Zusammenhang mit dem Abschluss von Label-Verträgen entstandenen oder verstärkten Machtstellung sein, sofern die Produzenten einem wettbewerbsrechtlich relevanten Zwang zum Abschluss eines Label-Vertrages ausgesetzt waren oder wenn ihnen während der Laufzeit des Vertrages entsprechende Vertragsänderungen aufgezwungen werden konnten. Die Abklärungen erbrachten indes hiefür keine Anhaltspunkte. Im Übrigen bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die geltenden Label-Verträge M7 und CNP mit Ziffer 3f (Wettbewerbsverbote von über 5 Jahren) der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 konfligieren.

[22] Vgl. hiezu Competition in Retailing, prepared for the Office of Fair Trading by London Economics, Research Paper 13, September 1997.

130. Gemäss Suisseporcs praktizieren Micarna und die Bell Holding Koppelungsgeschäfte (im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), indem die Abnahme einer bestimmten Anzahl konventioneller Schweine von der Lieferung einer bestimmten Anzahl Label-Schweine abhängig gemacht wird. Die Abklärungen haben ergeben, dass Koppelungsgeschäfte zwischen konventionellen Schweinen und Label-Schweinen nur selten vorkommen und je nach Marktlage teils von den Fleischverarbeitungsbetrieben, teils aber auch von den Schweinehandelsunternehmen initiiert werden. Der Handel mit konventionellen Schlachtschweinen gehört ebenso zum Grundgeschäft eines Schweinehandelsunternehmens wie der Handel mit Label-Schlachtschweinen, weshalb im vorliegenden Fall ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Produkten gegeben ist (vgl. Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 108 f.). Bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Unternehmen ihre besondere Stellung bei Label-Schweinen über Kopplungswirkungen auf Märkte übertragen könnten, auf denen sie über keine überragende Stellung verfügen (vgl. BORER, a.a.O., S. 219 f.; und SBB AG - Lokoop AG, RPW 2002/1, S. 75 f., Rz. 21ff.). Die beim Kauf und Verkauf von Schlachtschweinen vereinzelt praktizierten Koppelungsgeschäfte sind Ausdruck der Knappheitsverhältnisse bei den jeweiligen Schweinekategorien und somit Teil des normalen Marktgeschehens.

131. Nach Auffassung von Suisseporcs werden die Schweinelieferanten bei der von den Schlachtbetrieben vorgenommenen Qualitätseinstufung (Messung des Magerfleischanteils) insofern benachteiligt, als die Abzüge bei einem zu geringen Magerfleischanteil (bis zu 130 Rp. pro kg) sehr hoch seien verglichen mit den Zuschlägen, die beim Erreichen des optimalen Magerfleischanteils (maximal 10 Rp. pro kg) gewährt werden. In der Verordnung des BLW über die Einschätzung von Tieren der Schweinegattung sowie die Verwendung von technischen Geräten zur Qualitätseinstufung (SR 916.341.21) werden die Berechnungsgrundlagen für die Ermittlung des Magerfleischanteils und die zugelassenen Klassifizierungsgeräte (Autofom, Fat-O-Meater, CSB-Ultra-Meater und manuelles Zwei-Punkte-Verfahren) verbindlich geregelt. Der Magerfleischanteil hängt namentlich von der Fütterung und vom Alter der Schweine bei der Schlachtung ab und kann so von den Mästern und Händlern gesteuert werden. Die befragten Schweinehandelsunternehmen gaben an, bezüglich Qualitätseinstufung mehrheitlich gute Erfahrungen gemacht zu haben. Die hohen Abzüge bei einem geringen Magerfleischanteil lassen sich durch die Nachfrage der Fleischverarbeitungsbetriebe nach einer homogenen Qualität und durch die Präferenzen der Endverbraucher nach fettarmem Fleisch erklären. Es trifft zu, dass sich die Schweinelieferanten punkto Qualitätseinstufung in einer ungünstigen Verhandlungsposition befinden, sobald die Schweine im Schlachtbetrieb abgeliefert worden sind. Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen in diesem Bereich

bestehen indes nicht. Im Übrigen hat das BLW mittels Leistungsauftrag der Proviande die Aufgabe zugewiesen, die Qualitätseinstufung in den Schlachthöfen zu kontrollieren (vgl. Rz. 15).

B.3.3 Ergebnis

132. In der vorliegenden Untersuchung konnte auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen keine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung von Micarna (Migros) und der Bell Holding (Coop) festgestellt werden.

C. Kosten

133. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Gemäss Entscheid des Bundesgerichts im Fall BKW FMB Energie AG (abgedruckt in RPW 2002/3, S. 538 ff.) ist das Verursacherprinzip gemäss Artikel 2 KG-Gebührenverordnung im Sinne des Unterliegerprinzips zu interpretieren. Demgemäss besteht keine Gebührenpflicht, wenn sich die Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Untersuchung nicht bestätigen. Im vorliegenden Fall sind daher keine Gebühren zu sprechen.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung (Teil A) wird eingestellt.
2. Gebühren werden keine erhoben.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	**2. Markt für Schlachtschweine - Teil B**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. März 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Untersuchung über den Markt für Schlachtschweine wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Artikel 5 respektive 7 KG

Allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen Schweinehandelsunternehmen

Einstellung des Verfahrens; Preisabreden zwischen Schweinelieferanten (regelmässige Treffen, Telefonkonferenzen, konzertierte Aktionen); aufgrund der konkreten Marktgegebenheiten (hohe Zahl von heterogenen Marktteilnehmern, starke Marktgegenseite, geringe Beeinflussbarkeit der angebotenen Menge) keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb; Widerlegung der Vermutung; keine erhebliche Wettbewerbsabrede

Classement de la procédure; accords sur les prix entre les fournisseurs de porcs destinés à l'abattage (rencontres régulières, conférences téléphoniques, actions concertées); en raison des caractéristiques concrètes du marché (nombre élevé et hétérogénéité des entreprises sur ce marché, position forte des partenaires à l'échange, possibilité faible d'influencer la quantité offerte) pas d'influence considérable sur la concurrence; renversement de la présomption, pas d'affectation notable de la concurrence

Chiusura della procedura; accordi sui prezzi tra i fornitori di maiali destinati al macello (incontri regolari, conferenze telefoniche, azioni concertate); tenuto conto delle caratteristiche concrete del mercato (numero elevato e eterogeneo di imprese sul mercato, forte posizione dei partner allo scambio, possibilità ridotta di influenzare la quantità offerta) nessuna influenza importante sulla concorrenza; confutazione della presunzione, nessun intralcio notevole alla concorrenza

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") hat die Wettbewerbsverhältnisse auf den Fleisch- und Schlachtviehmärkten - insbesondere im Bereich Schweinefleisch - im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) lau-

fend beobachtet. Die vorliegende Untersuchung behandelt die herrschenden Wettbewerbsverhältnisse bei der Produktion von Schweinefleisch. Die Wertschöpfungskette bei der Herstellung von Schweinefleischprodukten umfasst im Wesentlichen folgende Stufen:

?? Schweineproduktion (Deckbetriebe, Mutterschweinebetriebe, Abferkelbetriebe, Aufzuchtsbetriebe, Mastbetriebe)

?? Schweinehandel

?? Fleischverarbeitung und Fleischgrosshandel (Schlachtung, Zerlegung, Verarbeitung, Lagerung, Grosshandel, Import)

?? Verteilung, bestehend aus Detailhandel (Vollsortimentsdetailhandel und Metzgereien) und Horeka-Kanal (Hotels, Restaurants und Kantinen)

Die vorliegende Untersuchung hat insbesondere die Transaktionen zum Gegenstand, die zwischen den Stufen Schweinehandel respektive -mast und Fleischverarbeitung abgewickelt werden. Bezeichnend für die in der vorliegenden Untersuchung betrachteten Märkte sind eine hohe Markttransparenz, ein wie bei vielen anderen landwirtschaftlichen Rohprodukten kurzfristig unelastisches Angebot, zyklische Schwankungen der Produzentenpreise (Schweinezyklus), ein zwischen den Unternehmen variierendes Ausmass an vertikaler Integration und eine im Vergleich zur Stufe der Lieferanten von Schlachtschweinen (Schweinehandel und -produktion) hohe Konzentration auf der Stufe der Abnehmer (Fleischverarbeitungsindustrie und Detailhandel). In den Fleisch- und Schlachtviehmärkten bestehen zahlreiche Regulierungen (namentlich Importrestriktionen), die den Wettbewerb beeinflussen. Die vom Bundesamt für Landwirtschaft ("BLW") monatlich berechnete Bruttomarge Verarbeitung und Verteilung auf frischem Schweinefleisch wies in den letzten Jahren eine steigende Tendenz auf (Erhöhung zwischen Februar 2000 und Februar 2003 rund 36%). In der Vergangenheit wurde immer wieder die Frage laut, inwieweit die vom BLW berechnete Margenerhöhung mit dem Grad der Marktmacht der Grossverteiler im Zusammenhang steht.

2. In seinen Schreiben vom 15. Dezember 2000 und 20. März 2001 machte der Schweizerische Schweinezucht- und Schweineproduzentenverband Suisseporcs, Sempach ("Suisseporcs"), das Sekretariat auf angeblich kartellrechtswidrige Verhaltensweisen der Grossverteiler Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich ("Migros"), und Coop Schweiz, Basel ("Coop"), respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften, bei der Beschaffung von Schlachtschweinen respektive dem Vertrieb von Schweinefleischprodukten aufmerksam. Zweck der vorliegenden Untersuchung ist es zu überprüfen, ob die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften eine allfällige (kollektiv) marktbeherrschende Stellung missbrauchen (Teil A) und

ob deren Lieferanten allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden treffen (Teil B).

A.2 Verfahren

3. Das Sekretariat hat am 11. April 2001 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG über die Preisbildung auf dem Markt für Schlachtschweine, insbesondere über die Marktstellung und das Verhalten der Grossverteiler, eröffnet. Die Vorabklärung ergab neben Anhaltspunkten für einen möglichen Missbrauch einer allenfalls bestehenden (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften (Teil A) auch Anhaltspunkte dafür, dass die in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden treffen (Teil B).

4. Am 1. Februar 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung nach Massgabe von Artikel 27 KG. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im Bundesblatt vom 26. Februar 2002 (BBl Nr. 8) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 20. Februar 2002 (SHAB Nr. 35) bekannt gegeben.

5. Adressaten der vorliegenden Untersuchung sind folgende Unternehmen (a und b) und Verbände (c):

a) In der Fleischverarbeitungsindustrie tätige Tochtergesellschaften der Grossverteiler Migros und Coop:

- Micarna SA, Courtepin ("Micarna"). Micarna ist ein Tochterunternehmen der Migros.
- Bell Holding AG, Basel ("Bell Holding"). Die Bell Holding ist ein Tochterunternehmen von Coop. Zur Bell Holding gehören namentlich die drei Fleischverarbeitungsbetriebe Bell AG, Basel ("Bell"), Grieder AG, Oensingen ("Grieder"), und Vulliamy SA, Cheseaux-sur-Lausanne ("Vulliamy").

b) deren Lieferanten von Schlachtschweinen:

- alle in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen, insbesondere diejenigen, die einem der unten stehenden Verbände angehören oder an den Schweinebörsen in Wil oder Sursee teilnehmen,
- alle in der Schweiz tätigen Schweineproduzenten (Schweinemäster), die ihre Schweine selber vermarkten (Direktvermarkter), insbesondere diejenigen, die einem der unten stehenden Verbände angehören oder an den Schweinebörsen in Wil oder Sursee teilnehmen.

c) die Verbände:

?? Suisseporcs, Schweizerischer Schweinezucht- und Schweineproduzentenverband, Sempach

?? SVV Schweizerischer Viehhändler-Verband, Oberegg ("SVV")

?? Schweizerische Schweinehandelsvereinigung SHV, Stetten ("SHV")

6. Im Rahmen der Vorabklärung wurden Suisseporcs, Micarna, die Bell Holding, die ebenfalls in der Fleischverarbeitungsindustrie tätige Carnavi Holding AG, Freienbach ("Carnavi"), 14 Schweinehandelsunternehmen und der Schweizerische Bauernverband, Brugg ("SBV"), befragt. In der Untersuchung wurden folgende Unternehmen und Verbände befragt: Suisseporcs, SHV, SBV, 42 Schweinehandelsunternehmen, Micarna, Bell Holding, Carnavi, 24 weitere Fleischverarbeitungsbetriebe und Schlachthöfe, Metzger-Treuhand AG, Dübendorf ("Metzger-Treuhand"), Verband Schweizer Metzgermeister, Zürich ("VSM"), Migros, Coop, Denner AG, Zürich ("Denner"), Prodega AG, Moosseedorf ("Prodega"), Distributis AG, Dietlikon ("Distributis"), und Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen IP-Suisse, Zollikofen ("IP-Suisse"). Zudem liegt eine Stellungnahme der Proviande, Bern ("Proviande", vgl. Rz. 15), zu den Wettbewerbsverhältnissen auf dem schweizerischen Fleischmarkt vor. Ausserdem stellte das BLW mit Einwilligung der betroffenen Unternehmen dem Sekretariat die im Rahmen der Marktbeobachtungstätigkeit des BLW erhobenen Marktdaten zur Verfügung.

7. Die in der vorliegenden Untersuchung zu prüfenden Sachverhalte werden in zwei separaten Verfügungen abgehandelt: Der allfällige Missbrauch einer allenfalls (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die Grossverteiler Migros und Coop respektive deren in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften in Teil A, die allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabreden zwischen Schweinehandelsunternehmen in Teil B. Gegenstand vorliegender Verfügung ist ausschliesslich die Frage nach unzulässigen Wettbewerbsabreden der Schweinehandelsunternehmen (Teil B). Die Verfügungsentwürfe wurden den Parteien am 26. September 2003 zugestellt. Migros teilte am 15. Oktober 2003 mit, dass sich angesichts der Anträge eine Stellungnahme hiezu erübrige. Der Rechtsvertreter der Bell Holding teilte am 26. November 2003 mit, dass seine Klientschaft mit den Anträgen des Sekretariats vollumfänglich einverstanden sei und - abgesehen von einigen Ausführungen zu allfälligen vorbehaltenen Vorschriften auf dem Schweizer Fleischmarkt (vgl. Rz. 17) - auf eine ausführliche Stellungnahme verzichte. Die anderen Parteien reichten keine Stellungnahmen zu den Verfügungsentwürfen ein. Keine der Parteien machte von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch.

8. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. ROGER ZÄCH (Vizepräsident der Weko) im Ausstand.

B. Erwägungen (Teil B)

B.1 Geltungsbereich

9. 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).

10. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die Schweinehandelsunternehmen und die Schweineproduzenten, die ihre Schweine selber vermarkten, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

11. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 19 ff.) eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (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).

13. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist nicht generell zu verneinen, wenn für einen Wirtschaftsbereich staatliche Vorschriften erlassen wurden. Einmal müssen diese staatlichen Regelungen bezwecken, auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb auszuschliessen. Selbst wenn dies zutrifft, ist überdies zu prüfen, welcher Markt im konkreten Fall massgebend ist. Soweit eine allfällige staatliche Markt- oder Preisordnung in einem Teilbereich Raum für wettbewerbliches Verhalten lässt, ist das Kartellgesetz auf diesen Teilbereich anwendbar (RPW 2002/1, S. 109, Rz. 55).

14. In den Bereichen Produktion, Handel und Verarbeitung von Schlachtschweinen respektive von Schweinefleischprodukten bestehen verschiedene staatliche Vorschriften. Zu nennen sind dabei Artikel 48, 49, 50 und 51 des Landwirtschaftsgesetzes (LwG, SR 910.1) und zahlreiche landwirtschaftsrechtliche Verordnungen, namentlich die Schlachtviehverordnung (SR 916.341), die Verordnung über die Einschätzung von Tieren der Schweinegattung sowie die Verwendung von technischen Geräten zur Qualitätseinstufung (SR 916.341.21), die Agrareinfuhrverordnung (SR 916.01), die Verordnung über die Unterstützung des Beratungs- und Gesundheitsdienstes in der Schweinehaltung (SR

916.314.1), die Höchstbestandesverordnung (SR 916.344) sowie die interkantonale Übereinkunft über den Viehhandel (SR 916.438.5). In diesen Erlassen werden insbesondere der Fleisch- und Schlachtviehimport (Umfang und Art der Verteilung der Importkontingente), die Qualitätseinstufung, die Voraussetzungen für den Handel mit Schlachttieren, die Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen, die Überwachung von öffentlichen Märkten und des Marktgeschehens in Schlachtbetrieben und die Übertragung eines Teils dieser Aufgaben an private Organisationen (d.h. an die Proviande) geregelt.

15. Die Proviande ist eine Genossenschaft im Sinne von Artikel 828 ff. OR, die im Auftrag des BLW folgende Aufgaben auf dem Fleischmarkt wahrnimmt:

- Erfassung und Kontrolle der Gesuche um Zollkontingentsanteile
- Überwachung von öffentlichen Märkten, Taxation der Tiere (insbesondere Veranstaltung von Schlachtviehmärkten, Marktentlastungsmassnahmen)
- Neutrale Qualitätseinstufung von geschlachteten Tieren
- Wahrnehmung weiterer Aufgaben (insbesondere Marketing-Kommunikation, Fleischstatistik)

16. Zudem sind auf den verschiedenen Stufen der Schweinefleischproduktion die Richtlinien des Tierschutzgesetzes (SR 455), des Tierseuchengesetzes (SR 916.40) und des Lebensmittelgesetzes (SR 817.0) und der entsprechenden Verordnungen, namentlich der Fleischhygieneverordnung (SR 817.190), zu befolgen.

17. Ausser der Bell Holding machte keine der Parteien den Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG geltend. In den von der Bell Holding im Verlaufe des Verfahrens eingereichten Stellungnahmen wurde zwar auf das Bestehen von wettbewerbsrelevanten Regulierungen auf dem Fleischmarkt hingewiesen, jedoch enthielten die Stellungnahmen der Bell Holding keine ausdrücklichen Hinweise auf vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG. Erst in ihrer Stellungnahme vom 26. November 2003 zum Verfügungsentwurf des Sekretariats machte die Bell Holding geltend, es könne nicht abschliessend ausgeschlossen werden, dass auf dem relevanten Markt keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG bestünden. Dies sei im vorliegenden Fall angesichts der Entscheidanträge des Sekretariats zwar nicht entscheidrelevant, die Bell Holding behalte sich aber vor, sich auf vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu berufen, sollten die betroffenen Märkte in Zukunft erneut Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens werden. Nach Auffassung der Weko bestehen indes im konkreten Fall eindeutig keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG. Obwohl die oben genannten Erlasse das Verhalten der Marktteilneh-

mer und das Marktergebnis beeinflussen, verfolgt der Gesetzgeber mit keinem dieser Erlasse die Absicht, den Wettbewerb in den Bereichen Produktion, Handel und Verarbeitung von Schlachtschweinen respektive von Schweinefleischprodukten auszuschliessen. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es somit keine Vorschriften, die einen Vorbehalt nach Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG begründen.

B.3 Keine unzulässigen Wettbewerbsabreden über die Preise von Schlachtschweinen

18. 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, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

19. 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).

20. Eine Wettbewerbsabrede 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.

21. Die Abklärungen betreffend angeblicher Wettbewerbsabreden zwischen den Schweinehandelsunternehmen ergaben Folgendes (bezüglich die Beschreibung des Produktionsprozesses und der von den Schweinehändlern angebotenen Produkte sei auf Teil A, Rz. 24 ff., verwiesen):

a) Schweinebörsen

22. Beim Verkauf von Schlachtschweinen an Fleischverarbeitungsbetriebe handelt es sich um Transaktionen, die gewöhnlich einmal wöchentlich abgewickelt werden. Die Verhandlungen zwischen den Schweinelieferanten und den Fleischverarbeitungsbetrieben werden in der Regel am Freitag Vormittag geführt. In Zusammenhang mit den wöchentlichen Verkaufsverhandlungen finden vorgängig regelmässige Treffen statt, an denen Diskussionen über die aktuelle Marktsituation bei Schlachtschweinen geführt werden, nämlich die Schweinebörsen in Sursee und in Wil. In der vorliegenden Untersuchung wurde abgeklärt, ob an diesen Veranstaltungen allenfalls Abreden über die aktuellen oder zukünftigen Schlachtschweinepreise getroffen werden. Bei den Teilnehmern der Schweinebörsen handelt es sich einerseits um Schweinehandelsunternehmen, andererseits um Schweineproduzenten. Schweineproduzenten müssen ihre Investitions- und Produktions-

entscheidungen mehrere Monate im Voraus planen und sind deshalb auf zuverlässige Informationen über die erwartete Nachfrageentwicklung angewiesen. Die blosse Weitergabe von aktuellen Marktinformationen von der Marktstufe der Schweinehandelsunternehmen auf die vorgelagerte Marktstufe der Schweineproduzenten anlässlich von Veranstaltungen wie den Schweinebörsen in Sursee und Wil ist nicht als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren. Zu prüfen ist hingegen, ob anlässlich der Schweinebörsen Wettbewerbsabreden (insbesondere Preisabreden) zwischen den Schweinehandelsunternehmen (und allenfalls den Schweineproduzenten) getroffen werden.

23. Die Schweinebörse in Sursee findet dienstags statt. Organisiert wird diese Veranstaltung vom Schweizerischen Milchkäuferverband, Bern. Wie die befragten Schweinehandelsunternehmen ausführten, werden an dieser Börse Tendenzen über die Marktentwicklung der beiden kommenden Wochen aufgespürt, respektive Informationen über angebotene und nachgefragte Menge ausgetauscht. Die SHV führte aus, dass an dieser Veranstaltung ein Tendenzpreis für Schlachtschweine und der Ferkelpreis zwischen den Teilnehmern diskutiert wird, ohne dass es zu Vereinbarungen zwischen Unternehmen kommt, die auf der gleichen Marktstufe tätig sind. Rund die Hälfte der Schweinehandelsunternehmen, die eine auswertbare Antwort eingereicht haben, gab an, zumindest von Zeit zu Zeit an der Schweinebörse in Sursee teilzunehmen.

24. Die Schweinebörse in Wil findet am Donnerstag Nachmittag statt und wird von den Milchkäuferverbänden der Kantone St. Gallen, Thurgau und Zürich organisiert. Gemäss SHV besteht der Zweck der Schweinebörse in Wil "im Anschrieb eines marktkonformen Zielpreises". Die Teilnehmer diskutieren die Marktsituation für Schlachtschweine, Ferkel und Mutterschweine. Gemäss SHV werden an der Schweinebörse in Wil keine Vereinbarungen über die Preise von schlachtreifen Schweinen zwischen Unternehmen getroffen, die auf der gleichen Marktstufe tätig sind. Rund die Hälfte der Schweinehandelsunternehmen, die eine auswertbare Antwort eingereicht haben, gaben an, zumindest von Zeit zu Zeit an der Schweinebörse in Wil teilzunehmen.

25. Gemäss Suisseporcs, SHV und den befragten Schweinehandelsunternehmen werden anlässlich der Schweinebörsen keine Wettbewerbsabreden über die Preise von schlachtreifen Schweinen getroffen. Die zu den Schweinebörsen in Wil und Sursee befragten Fleischverarbeitungsbetriebe machten unterschiedliche Angaben zur Bedeutung der Schweinebörsen in Wil und Sursee und zu den von den Schweinehandelsunternehmen und Schweineproduzenten anlässlich dieser Veranstaltungen praktizierten Verhaltensweisen. Während einige Fleischverarbeitungsbetriebe angaben, dass die wöchentlichen Schweinebörsen einen rein informativen Charakter tragen und keinen

sen einen rein informativen Charakter tragen und keinen wesentlichen Einfluss auf das Marktgeschehen zeitigen, führten andere aus, dass anlässlich der Schweinebörsen Abreden getroffen werden, die einen erheblichen Einfluss auf das Marktgeschehen ausüben. Klare Hinweise auf Wettbewerbsabreden, die an den Schweinebörsen getroffen werden, liegen indes nicht vor.

26. Aufgrund der vorgenommenen Abklärungen kann nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden, dass die Schweinebörsen in Sursee und Wil als Plattform für Wettbewerbsabreden zwischen den Schweinehandelsunternehmen (und allenfalls den Schweineproduzenten) genutzt werden. Hingegen kann davon ausgegangen werden, dass die an den Schweinebörsen hergestellten regelmässigen persönlichen Kontakte zumindest die Voraussetzungen für das Treffen von allfälligen Wettbewerbsabreden zwischen den Schweinehandelsunternehmen (resp. den Schweineproduzenten) verbessern.

b) Telefonkonferenzen

27. Suisseporcs organisiert jeden Donnerstag, 11.00 Uhr, ein Telefonkonferenzgespräch. An diesem Gespräch nehmen neben Suisseporcs die beiden Börsenleiter der Schweinebörsen Sursee und Wil, zwei Schweinehändler und zwei Schweinemäster teil. Gemäss Suisseporcs besteht der Zweck dieses Gesprächs in der Marktanalyse auf dem Schlachtschweinemarkt. Im Anschluss an dieses Telefonkonferenzgespräch verschickt Suisseporcs den Schweinehändlern und deren Abnehmern nach eigenen Angaben jeweils einen Bericht, der eine Marktbeurteilung sowie einen aus Sicht der Produzenten gerechtfertigten Preis für die kommende Woche enthält.

28. Die SHV organisiert jeden Donnerstag, 17.00 Uhr, ein Telefonkonferenzgespräch, an dem gemäss SHV Vertreter der Schweinehandelsunternehmen beteiligt sind. An diesem Telefonkonferenzgespräch nimmt - zumindest teilweise - ebenfalls ein Vertreter von Suisseporcs als Zuhörer teil. Gemäss SHV werden anlässlich dieses Gesprächs "eine überregionale Markteinschätzung vorgenommen und die stattgefundenen Kontakte zu den Abnehmern mit einer Preisvorstellung für die nächste Woche diskutiert." Diskussionsthema sei "nicht der eigentliche Verkaufspreis, sondern der marktkonforme Preis ab Stall."

29. Die SHV organisiert - nach längerem Unterbruch - jeden Freitag, 06.30 Uhr, ein weiteres Telefonkonferenzgespräch. An diesem Gespräch sind Vertreter der Schweinehandelsunternehmen sowie Suisseporcs als Zuhörer, beteiligt. Gemäss SHV wird anlässlich dieses Gesprächs die Markteinschätzung vom Donnerstag diskutiert. Auch bei diesem Gespräch steht gemäss SHV nicht der eigentliche Verkaufspreis, sondern der Preis ab Stall zur Diskussion. Sobald die Preise von der Abnehmerseite bekannt gegeben werden, verschickt Suisseporcs den Abonnenten des Informationspools (vgl. Rz. 32) eine Mitteilung mit

Informationen über die Marktlage und mit den Schlachtschweinepreisen ab Stall und franko Schlachthof der kommenden Woche.

30. Dass regelmässig Telefonkonferenzgespräche zwischen verschiedenen Schweinehandelsunternehmen geführt werden, ist ein Indiz dafür, dass Wettbewerbsabreden zwischen den beteiligten Schweinehandelsunternehmen getroffen werden. In der Vergangenheit wurden die verschiedenen Telefonkonferenzgespräche zumindest in einem Fall dazu benutzt, eine explizite Wettbewerbsabrede zu treffen (vgl. Rz. 37 ff.).

c) Publikation der Schlachtschweinepreise

31. Die als Ergebnis der Schweinebörsen und Telefonkonferenzen resultierenden Zielpreise werden in der landwirtschaftlichen Presse (namentlich in der "Bauernzeitung") veröffentlicht und sind zudem im Internet abrufbar (z.B. www.schweizerbauer.ch). Gemäss Suisseporcs dient die Publikation in erster Linie der Information der Schweineproduzenten und gilt als Grundlage für die Verhandlungen zwischen den Schweineproduzenten und den Schweinehandelsunternehmen. Die Relevanz dieser Veröffentlichungen für das Marktergebnis wurde von den befragten Unternehmen durchwegs als gering eingeschätzt, zumal diese Publikationen zeitlich verzögert erfolgen.

32. Die interessierten Unternehmen verfügen ohnehin über die Möglichkeit, über den Suisseporcs Informationspool ohne nennenswerte zeitliche Verzögerung an die ausgehandelten Richtpreise zu gelangen. Beim Suisseporcs Informationspool handelt es sich um ein zweimal wöchentlich erscheinendes Bulletin, das die aktuellen Schweinepreise und einen Marktkommentar enthält. Die Dienstagsausgabe hat den Ferkelmarkt, die Freitagsausgabe den Schlachtschweinemarkt zum Gegenstand. Bei den Abonnenten des Suisseporcs Informationspools handelt es sich um Schweineproduzenten, Schweinehandelsunternehmen, Schlachtbetriebe und um die landwirtschaftliche Presse. Der Suisseporcs Informationspool wird den Empfängern per E-Mail, Fax oder Post zugestellt und ist auch in einem geschützten Bereich im Internet (www.suisseporcs.ch) abrufbar. Mit der regelmässigen Veröffentlichung der ausgehandelten Richtpreise wird die Preistransparenz auf dem relevanten Markt gesteigert, was die Wahrscheinlichkeit und Stabilität von kollusiven Verhaltensweisen erhöht. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die Preistransparenz auf dem relevanten Markt namentlich aufgrund von verschiedenen regelmässig erscheinenden Publikationen (z.B. "Marktbericht Fleisch" des BLW, "Fleisch und Feinkost" des VSM oder die Veröffentlichungen der Proviande) ohnehin als hoch einzustufen ist.

d) Einheitliches Preisniveau

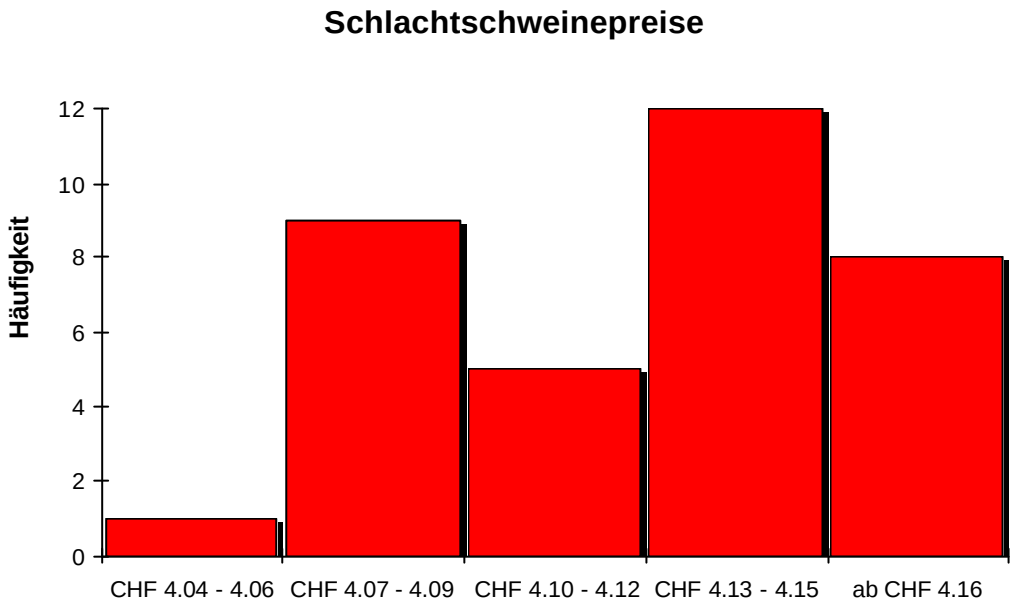
33. Um abschätzen zu können, inwieweit sich aufgrund der Telefonkonferenzen, Schweinebörsen und der Veröffentlichung der Richtpreise ein einheitliches Preisniveau einstellt, wurden im Rahmen der Vorabklärung als Stichprobe bei mehreren Schweinehandelsunternehmen und Fleischverarbeitungsbetrieben die effektiven Schlachtschweinepreise der Wochen 12 bis 16 und 42 bis 46 des Jahres 2000 erhoben. Dieser Vergleich ergab, dass an den untersuchten Daten zwischen den verschiedenen Schweinehandelsunternehmen und Fleischverarbeitungsbetrieben zum selben Zeitpunkt durchwegs kleinere Preisunterschiede auftraten. Zu den untersuchten Zeitpunkten bestanden Preisdifferenzen von maximal CHF 0.11 pro Kilo Schlachtgewicht für identische Qualitäten von Schlachtschweinen.

34. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt. Der Fall, dass infolge der Homogenität des Produktes und einer exogen gegebenen vollkommenen Markttransparenz alle auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen den gleichen Preis setzen, ist dem erlaubten Parallelverhalten gleichzusetzen (Benzinmarkt Schweiz, RPW 2002/1, S. 81 f., Rz. 16 ff., vgl. auch BGer vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, Rz. 6.3). Hingegen können von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz dazu führen, dass die Unternehmen ihr Verhalten aufgrund dieser Kommunikationselemente implizit aufeinander abstimmen können, weshalb ein transparenzförderndes Verhalten den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllen kann.

35. Die Preisdifferenz von maximal CHF 0.11 pro Kilo Schlachtgewicht, die zirka 2% bis 3% des Verkaufspreises ausmacht, liefert im vorliegenden Fall keine Evidenz für oder gegen das Vorliegen von Wettbewerbsabreden (resp. abgestimmten Verhaltensweisen) zwischen den Schweinehandelsunternehmen. Einerseits lässt sich aufgrund der hohen Markttransparenz (die allerdings von Produzenten- und Händlerseite entsprechend gefördert wird) und der Homogenität des angebotenen Produktes ohnehin ein nahezu einheitliches Preisniveau erwarten (natürliches Parallelverhalten), andererseits besteht im vorliegenden Fall die Möglichkeit, dass eine Vereinheitlichung des Preisniveaus auch aufgrund von Verhaltensweisen auf der Nachfrageseite resultieren kann (vgl. Teil A, Rz. 78).

36. Aus Grafik 1 sind die Preise ersichtlich, die verschiedene Schlachtschweinelieferanten zu einem bestimmten Zeitpunkt für identische Qualitäten von Schlachtschweinen mit verschiedenen Fleischverarbei-

tungsbetrieben aushandeln konnten. Das weitgehend - aber nicht vollständig - einheitliche Preisniveau beim Verkauf von schlachtreifen Schweinen kann nicht zwingend mit den beschriebenen Verhaltensweisen der Schweinelieferanten im Zusammenhang gebracht werden. Allerdings vermögen die relativ geringen Preisunterschiede die Anhaltspunkte für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden auch nicht zu entkräften, weshalb die in Randziffer 22 ff. beschriebenen Verhaltensweisen und das relativ einheitliche Preisniveau in einem Gesamtkontext zu beurteilen sind (vgl. Rz. 41).



Grafik 1: Histogramm Schlachtschweinepreise

e) Konzertierte Aktionen

37. Suisseporcs beschrieb in einer Stellungnahme den Hergang der folgenden, von Suisseporcs koordinierten Aktion, die auf die Woche 47 des Jahres 1999 zurückgeht: "Wir haben den Händlern einen Fax geschickt, auf dem wir den Preis von CHF 3.79/kg Lebendgewicht fordern und mitteilen, dass wir alle Händler, welche nicht diesen Preis fordern, in der nächsten Suisseporcs Information (Mitgliederzeitung Schweineproduzenten) veröffentlichen werden. (...) Aus den Händlerkreisen kam dann aber die Angst, dass Händler, die nicht mitmachen, sich mit unterpreisigen Lieferungen bei Coop und Migros einen Vorteil erkaufen könnten. Deswegen hat die Suisseporcs diesen Fax unterzeichnen lassen und sich damit von den beteiligten Händlern das Einverständnis geben lassen, dass sie dieses Vorgehen akzeptieren."

38. Ein Schweinehandelsunternehmen führte aus: "In der Woche 45 hat die Suisseporcs morgens um 08.00 Uhr ein Telefonkonferenzgespräch mit den Vermarktern geführt, um eine gemeinsame Linie gegenüber den preisbildenden Häusern zu organisieren. Ich war dagegen, weil die Mehrheit der Anbieter, wenn es hart auf hart geht, nicht

durchhält. Wir machten einen Vorschlag, dass alle Anbieter, die am besagten Konferenzgespräch teilgenommen hatten, sich schriftlich per Fax verpflichten, die Schweine der Migros und der Bell-Gruppe nicht billiger zu verkaufen, Koordination durch Suisseporcs. Diesem Vorgehen wurde an diesem Konferenzgespräch zugestimmt."

39. In einem Schreiben von Suisseporcs an Bell und Migros vom 12. November 1999 heisst es: "Die nachfolgend aufgeführten Schweinehandelsfirmen verkaufen in der Woche 46 die konventionellen Schlachtschweine nur zum marktkonformen Preis von CHF 4.60/kg Schlachtgewicht." Einer Mitteilung von Suisseporcs vom 26. November 1999 können folgende Aussagen entnommen werden: "Gemäss Telefonkonferenz vom 26. November 1999 erklärt sich der Handel bereit, keine Schweine unter dem marktkonformen Preis von CHF 4.80/kg SG zu liefern. Die Suisseporcs wird mit dem Rundfax und dem Tonband diese Preisvereinbarung den Produzenten kundtun. Die Suisseporcs wird am Montag, sofern bis zu diesem Zeitpunkt keine Einigung mit der Abnehmerschaft zustande kommt, die Schlachthöfe auf Schweinelieferungen kontrollieren. Unterpreislieferanten werden in der nächsten Suisseporcs-Information publiziert. Wir bitten die Teilnehmer der Preiskonferenz den Erhalt, das Einverständnis zum Inhalt dieses Faxes und die Bestätigung, nicht unter dem geforderten Preis zu liefern, mit Unterschrift und Stempel zu signieren." Die Aktion scheiterte gemäss Suisseporcs schliesslich daran, dass ein grosses Schweinehandelsunternehmen den Fax nicht unterzeichnete und die Schlachtschweine zu einem tieferen Preis anbot. Diese Darstellung bestätigt auch der Jahresbericht der SHV des Jahres 1999, wo es heisst: "Hier komme ich zuerst auf den verlorenen Preiskampf vom 27. November 1999 zu sprechen und danke allen Beteiligten für ihren Einsatz. Bei dieser Veranstaltung hat eine so genannte bäuerliche Organisation uns alle im Regen stehen lassen. Man kann über den Preis geteilter Meinung sein, muss sich jedoch an abgesprochene Handlungsweisen halten und nicht wie in diesem Fall einfach sich heimlich, still und leise aus der Verantwortung stehlen."

40. Gemäss Suisseporcs hat sich eine solche konzertierte Aktion seither nicht wiederholt. In Ausnahmefällen verschickt Suisseporcs nach eigenen Angaben Aufforderungen an die Schweineproduzenten und Schweinehandelsunternehmen, nicht unter dem aus Sicht von Suisseporcs gerechtfertigten Preis zu liefern. Dem Sekretariat liegt in diesem Zusammenhang ein an den Schweinehandel gerichtetes Schreiben von Suisseporcs mit folgendem Inhalt vor: "Keine Schlachtschweine unter CHF 4.30/kg liefern. Heute Freitag Morgen, 8. März 2002, ist die Bell-Gruppe nicht bereit, den überfälligen Aufschlag endlich zu bezahlen. Wir fordern alle Händler und Vermarkter auf, keine klassischen Schlachtschweine mit QM unter CHF 4.30/kg Schlachtgewicht ab Stall zu verkaufen!! Nur wenn sich alle an diesen Aufruf halten, wird es möglich sein, den marktkonformen Preis zu realisieren." Rechtsge-

nügliche Hinweise darauf, dass solche Aufforderungen als Grundlage für eine Verhaltenskoordination auf Händlerstufe benutzt werden, bestehen indes nicht.

f) Ergebnis

41. Die im Jahr 1999 durchgeführte konzertierte Aktion ist als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da sie durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zustande kam und weil damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und eventuell bewirkt wurde. Seit 1999 haben - soweit bekannt - keine derartigen konzertierten Aktionen stattgefunden. Allerdings sind die in Randziffer 22 ff. beschriebenen wöchentlich praktizierten Verhaltensweisen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) in ihrer Gesamtheit als abgestimmte Verhaltensweisen und damit ebenfalls als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren. Wie die SHV ausführte, "ist ohne Gespräche oder andere Gefässe des Informationsaustausches ein Erreichen eines marktgerechten Preises ein Ding der Unmöglichkeit." Gerade dieses Bestreben, einen aus Sicht der Schweinelieferanten "marktgerechten" Preis zu erzielen, zeigt, dass die von den Schweinelieferanten gemeinsam initiierten Verhaltensweisen bezwecken, den Schlachtschweinepreis zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Somit wird aufgrund des durch das Vorliegen bestimmter Kommunikationselemente (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) antizipierbaren Marktverhaltens der anderen Schweinelieferanten durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und eventuell bewirkt. Was die Frage des Bewirkens anbelangt, sei darauf hingewiesen, dass sich die Preise im vorliegenden Fall tatsächlich in einem engen Preisband (Preisunterschiede von maximal 2% bis 3%) bewegen (vgl. Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen, RPW 1998/3, S. 382 ff., und Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 23. September 1999, RPW 1999/3, S. 503 ff.), auch wenn dieses homogene Preisniveau nicht zwingend mit den genannten Wettbewerbsabreden im Zusammenhang stehen muss, sondern allenfalls auf natürliches Parallelverhalten zurückzuführen sein könnte. Die Frage, ob die abgestimmten Verhaltensweisen der Schweinelieferanten eine Preiserhöhung auf dem relevanten Markt zu bewirken vermögen, ist Gegenstand der Erwägungen in Randziffer 58 ff.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

42. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander 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

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

43. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 100). Auf welche Weise die Preisfestsetzung erfolgt, ist somit für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand nicht entscheidend (vgl. RPW 2001/4, S. 666 f., Rz. 70).

44. Mit der in Randziffer 37 ff. beschriebenen konzertierten Aktion bezweckten die beteiligten Schweinehandelsunternehmen, einen gemeinsamen Mindestverkaufspreis für Schlachtschweine festzulegen. Gleiches gilt grundsätzlich für das oben beschriebene Bündel der von den Schweinelieferanten getroffenen Massnahmen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise). Die an den Abreden beteiligten Schweinehandelsunternehmen stehen tatsächlich miteinander im Wettbewerb. Demzufolge ist vorliegend der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

B.3.2.2 Umstossung der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

45. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

46. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

47. 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

48. Die Marktgegenseite der Schweinehandelsunternehmen bilden im vorliegenden Fall die Abnehmer von schlachtreifen Schweinen, das heisst die Fleischverarbeitungsbetriebe (vgl. Spitallisten bei Halbprivat-

versicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit, RPW 1999/2, S. 229, Rz. 46). Bei der Nachfrage der Fleischverarbeitungsbetriebe nach Schlachtschweinen handelt es sich um eine abgeleitete Endverbrauchernachfrage (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 510, Rz. 26), weshalb die Nachfragegewohnheiten der Endverbraucher bei der Marktabgrenzung mit zu berücksichtigen sind.

49. Rund die Hälfte des Fleisches von Schlachtschweinen wird - entweder als Frischfleisch oder als weiter verarbeitete Fleischprodukte - über den Detailhandel (Vollsortimentsdetailhandel, Fleischfachgeschäfte usw.) abgesetzt. Die andere Hälfte gelangt über den Horeka-Kanal zum Endverbraucher. Bei Schlachtschweinen kann zwischen mehreren Schweinekategorien respektive Marktsegmenten unterschieden werden (vgl. Teil A, Rz. 30 ff.). Auch wenn die einzelnen Schweinekategorien nicht vollkommene Substitute darstellen, bestehen zwischen ihnen starke Interdependenzen. Die Befragung der Schweinehandelsunternehmen ergab, dass die meisten Schweinehandelsunternehmen mit drei bis fünf der in Teil A, Randziffer 30, genannten Kategorien von Schlachtschweinen (konventionelle Schweine, QM-Schweine, M7-Schweine, IP-Suisse-Schweine, Agri Natura-Schweine, CNP-Schweine, Bio-Schweine und M-Bio-Schweine) Handel treiben. Die Mehrzahl der befragten Fleischverarbeitungsbetriebe gab ebenfalls an, gleichzeitig mehrere der genannten Schweinekategorien nachzufragen. Für die vorliegende Fragestellung steht weniger die Austauschbarkeit von verschiedenen Schweinekategorien im Vordergrund, als vielmehr das Bündel von Leistungen, das ein Lieferant von Schlachtschweinen für seine Abnehmer erbringt. Dieses Leistungsbündel besteht in der Lieferung der von den Abnehmern gewünschten Schweinekategorien sowie in der Erbringung von schweinehandelspezifischen Dienstleistungen: Lieferung einer hohen und homogenen Qualität von Schweinen in der gewünschten Anzahl und Regelmässigkeit, fachgerechter Transport, Sicherstellen der Rückverfolgbarkeit, Liefergenauigkeit bezüglich Mengen und Lieferzeitpunkt usw.

50. Bei der Marktabgrenzung sind ebenfalls die nachgelagerten Märkte zu betrachten. In früheren Entscheiden wurde auf Stufe Detailhandel aufgrund des Sortimentskonzepts ein Markt für Nahrungs- und Genussmittel abgegrenzt (Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 366 ff., Rz. 12 und 34 ff. und Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 508 f., Rz. 18 ff.). Dies sagt allerdings nichts über die Substituierbarkeit von Schweinefleisch mit anderen Nahrungs- und Genussmitteln (namentlich andere Fleischsorten) aus. Der Grad der Substituierbarkeit von Fleisch, das im selben Verkaufskanal angeboten wird, beinhaltet namentlich die Dimensionen Tierart, Qualität (Labels), Fleischstück (z.B. Kotelett oder Geschnetzeltes) und Grad der Verarbeitung (Frischfleisch resp. verarbeitete Fleischprodukte), was generelle Rückschlüsse von der Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Fleischprodukten auf Detailhandelsstufe auf die Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Schlachtvieh-

arten erschwert. Im Detailhandel ist insbesondere zwischen den Bereichen Frischfleisch und Wurstware/Charcuterie zu unterscheiden. Bei einigen Fleischstücken ist von starken Substitutionsbeziehungen von Schweinefleisch mit anderen Fleischsorten auszugehen, während bei anderen Fleischstücken die Substituierbarkeit zwischen Schweinefleisch und anderen Fleischsorten gering sein dürfte. Durchgeführte Schätzungen gehen von positiven Kreuzpreiselastizitäten zwischen Schweinefleisch und anderen Fleischsorten aus, die aber nahe bei null liegen: Die geschätzte Kreuzpreiselastizität zwischen Schweine- und Rindfleisch beträgt demnach 0.06, zwischen Schweine- und Kalbfleisch 0.02 und zwischen Schweine- und Geflügelfleisch 0.07 (JAQUET, ABDULAI, RIEDER, Empirische Analyse des Nahrungsmittelverbrauchs in der Schweiz: Ein dreistufiges LA/AIDS-Modell, Institut für Agrarwirtschaft der ETH, Zürich, 2000; SPYCHER, ABDULAI, JÖRIN, Nachfrageanalyse bei Fleisch- und Milchprodukten, Institut für Agrarwirtschaft der ETH, Zürich, 1998). Das Bundeskartellamt grenzte in bisherigen Fällen getrennte Märkte für die Beschaffung von Schweinen und für die Beschaffung von Rindern ab.[1] Die EU-Kommission ging auf Detailhandelsstufe von einem eigenen Markt für Schweinefleisch und auf der Beschaffungsseite von separaten Märkten für Schlachtschweine und -tiere der Rindergattung aus.[2] Insgesamt ist davon auszugehen, dass auf Stufe Fleischverarbeitung Schlachtschweine nur bedingt durch anderes Schlachtvieh substituiert werden können.[3] Die Frage, inwieweit die Preissetzungsspielräume der Schweinelieferanten durch Substitute wie zum Beispiel Schlachtkälber respektive Kalbfleisch begrenzt werden, ist bei der Analyse der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt grundsätzlich zu berücksichtigen, für die kartellrechtliche Beurteilung im hier zu beurteilenden konkreten Fall letztlich aber nicht von entscheidender Bedeutung (vgl. auch Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 403, Rz. 44).

51. Aufgrund der obigen Erwägungen gilt als sachlich relevanter Markt der *Markt für den Handel mit schlachtreifen Schweinen*.

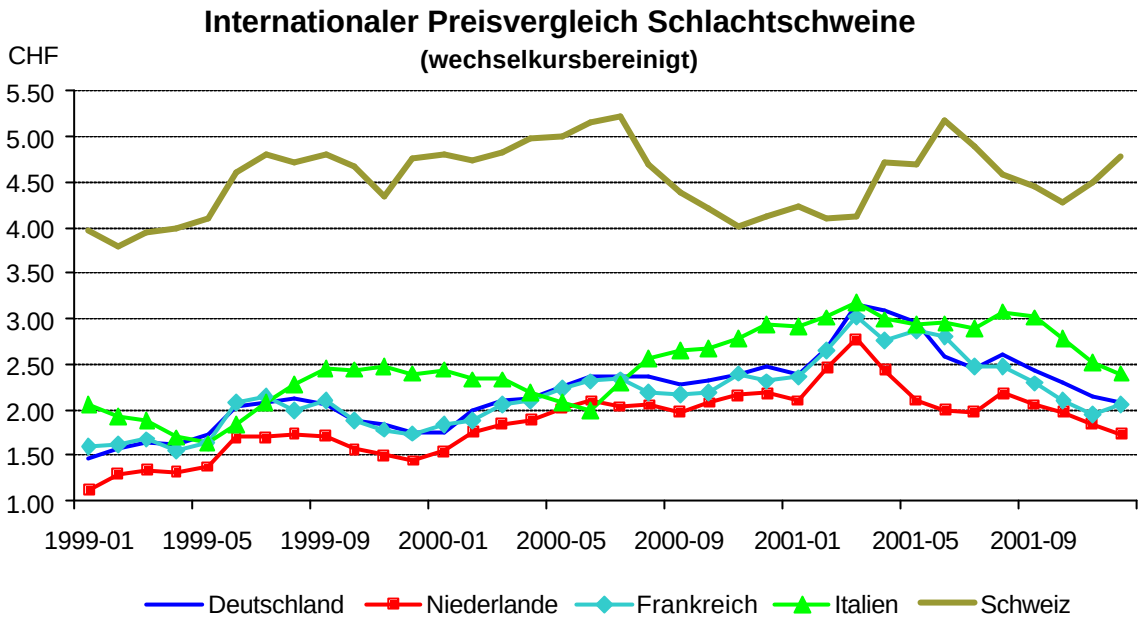
[1] BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-15111-U-13/97 - Ostfleisch, publiziert in Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1998, D-V 9, S. 79 ff.
[2] EU-Kommission Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, 9. März 1999, und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg, 14. Februar 2002.
[3] Vgl. SEXTON and LAVOIE, Food Processing and Distribution: An Industrial Organization Approach, Handbook of Agricultural Economics, Elsevier Science B.V., 2001 Volume 1, Chapter 15, S. 868.

B.3.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

52. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

53. Gemäss Angaben der Proviande werden im Rahmen des Zollkontingents Nr. 06 (Tiere zum Schlachten, Fleisch vorwiegend auf der Basis von Kraftfutter produziert) jährlich weniger als 1'000 Schweine lebend importiert. Es erfolgt somit kein nennenswerter Import von lebenden Schweinen (gemessen an den jährlich ca. 2,6 Mio Schlachtungen in der Schweiz), welche die Fleischverarbeitungsbetriebe anstelle der von den in der Schweiz ansässigen Schweinehandelsunternehmen stammenden Schweine schlachten und weiter verarbeiten könnten.

54. Abgesehen von einigen Spezialitäten (z.B. Rohschinken, koscheres Fleisch) erfolgt der Fleischimport zum Zeitpunkt des Abschlusses des laufenden Verfahrens aufgrund einer erbrachten Inlandleistung bei der Schlachtung von inländischen Schlachttieren. Der Fleischimport stellt folglich auf der Stufe Fleischverarbeitung kein Substitut für den Kauf von inländischen Schlachtschweinen dar (sondern vielmehr ein Kuppelprodukt), da dieser an die Abnahme von inländischem Schlachtvieh gekoppelt ist. Das am 1. Januar 2004 in Kraft tretende revidierte Landwirtschaftsgesetz ("Agrarpolitik 2007") sieht indes einen schrittweisen Übergang von der Verteilung Importkontingente bei Fleisch und Fleischprodukten aufgrund einer Inlandleistung zu einem Versteigerungsverfahren vor, was in künftigen Entscheiden zu berücksichtigen sein wird. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des laufenden Verfahrens liegen demgegenüber keine Angaben über einen anstehenden Abbau des Grenzschutzes (Erhöhung der Importkontingente oder Senkung der Zollansätze) vor. Der von der Höhe des Zollkontingents Nr. 06 abhängige Inlandanteil bei der Produktion von Schweinefleisch beträgt gemäss Proviande zirka 95%. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Einkaufstourismus, dessen Umfang bei Schweinefleisch auf zirka 6% der Inlandproduktion geschätzt wird. Für die nationale Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes sprechen ebenfalls die Unterschiede in der Preisentwicklung und das deutlich höhere Preisniveau bei Schlachtschweinen gegenüber anderen europäischen Staaten (vgl. Grafik 2 und Teil A, Rz. 56 ff.).



Grafik 2 (Datenquellen: Bundesamt für Statistik und EU-Kommission)

55. Im Übrigen grenzte die EU-Kommission für den Fall Dänemarks den Markt ebenfalls national ab, obwohl die Handelsschranken und Unterschiede bezüglich Preisniveau und -entwicklung (vgl. Grafik 2) zwischen den Staaten innerhalb der Europäischen Union wesentlich geringer sind als zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Union.[4] Im Fall Ostfleisch ging das Bundeskartellamt betreffend die Beschaffung von Schlachtvieh namentlich aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über den Tiertransport und der Transportkosten von einer vergleichbaren räumlichen Marktabgrenzung aus, indem es die räumlich relevanten Märkte Süden der neuen Bundesländer und Süddeutschland abgrenzte.[5]

56. Innerhalb der Schweiz bestehen keine nennenswerten regionalen Preisunterschiede bei Schlachtschweinen. Die Wettbewerbsverhältnisse sind gesamtschweizerisch weitgehend homogen, wobei die Schwerpunkte der Schweineproduktion in der Region Luzern und in der Ostschweiz liegen. Die in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen sind in einem Umkreis von mindestens 50km bis 100km, teilweise aber auch gesamtschweizerisch, tätig. Die befragten Fleischverarbeitungsbetriebe decken ihren Bedarf an Schlachtschweinen vorzugsweise regional (Umkreis von ca. 50 bis 100 km), teilweise aber auch gesamtschweizerisch. So decken die grössten schweizerischen Fleischverarbeitungsbetriebe Bell Holding (mit Betrieben in Basel, Oensingen

[4] EU-Kommission, Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, 9. März 1999, und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg, 14. Februar 2002.
[5] BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-15111-U-13/97 - Ostfleisch, publiziert in Wirtschaft und Wettbewerb, 1/1998, D-V 9, S. 79 ff.

und Chesaux-sur-Lausanne), Micarna (mit Betrieben in Bazenheid und Courtepin) und Carnavi (mit Betrieben in Freienbach, Langnau i.E., Geuensee und St. Gallen) die Westschweiz gleichermassen wie die Ostschweiz ab. In den branchenüblichen Einkaufsbedingungen ist festgelegt, dass die Transportzeit bei Schlachtviehtransporten drei Stunden nicht überschreiten darf, was allerdings keine nennenswerte Restriktion für den landweiten Handel mit schlachtreifen Schweinen darstellt. Aufgrund dieser Erwägungen ist der räumlich relevante Markt national abzugrenzen.

57. Als relevanter Markt gilt somit der schweizerische Markt für den Handel mit schlachtreifen Schweinen.

B.3.2.2.2 Aktueller Wettbewerb

58. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann auch bei einer horizontalen Preisabrede durch den Nachweis widerlegt werden, dass auf einem konkreten Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität) noch zu einem - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten - Wettbewerb kommt. Die Beseitigung des Preiswettbewerbs führt aber insbesondere bei homogenen Gütern wie zum Beispiel Heizöl und Benzin zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (vgl. BGer vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, Rz. 8.3.3). Auch wenn Schweinehändler in der Regel mehrere Kategorien von Schlachtschweinen anbieten, ist das angebotene Produkt (verschiedene Kategorien von Schlachtschweinen und dazu gehörige Dienstleistungen) insgesamt gesehen weitgehend homogen. Es dürfte einem Schweinehandelsunternehmen kaum gelingen, sich mit den in Frage kommenden anderen Wettbewerbsparametern (fachgerechte Durchführung der Schlachtviehtransporte, Rückverfolgbarkeit, Liefergenauigkeit, Flexibilität bezüglich Mengen und Lieferzeitpunkt, Qualitätsmerkmale wie Gewicht, Magerfleischanteil, pH-Wert und Fettzahl) einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz zu verschaffen. Es ist für die Schweinehandelsunternehmen vielmehr unerlässlich, hinsichtlich dieser Parameter einen gewissen Standard zu erreichen, um nicht in bedeutendem Umfang Marktanteile einzubüssen. Bei den genannten Wettbewerbsparametern handelt es somit um "Failure Preventer Variables" (Standarderfolgsfaktoren) und nicht um "Success Producer Variables" (dominierende Erfolgsfaktoren).[6] Aufgrund dieser Erwägungen sind die genannten Parameter gegenüber dem dominanten Wettbewerbsparameter Preis als unterge-

[6] Vgl. KÜHN, Heuristische Methoden zur Bestimmung des Marketing-Mix in MAZANEC, SCHEUCH (Hrsg.): Marktorientierte Unternehmensführung, Wien, 1984, und VARADARAJAN, A Two-factor Classification of Competitive Strategy Variables, Strategic Management Journal, 1985, S. 357 ff.

ordnete Wettbewerbsparameter einzustufen. Es ist somit davon auszugehen, dass hinsichtlich dieser Merkmale kein wirksamer Restwettbewerb besteht, der geeignet wäre, die gesetzliche Vermutung umzustossen.

59. Zu prüfen bleibt, ob bezüglich des Wettbewerbsparameters Preis ein wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt. Entscheidend ist hiebei die Frage, ob trotz der Abrede zwischen den daran Beteiligten noch wirksamer Wettbewerb besteht. Dies dürfte im Allgemeinen eher unwahrscheinlich sein, ist aber nicht völlig auszuschliessen. So ist zum Beispiel der Fall denkbar, dass zwar eine schriftliche Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprache besteht, diese aber in der Praxis von den wesentlichen Beteiligten nicht mehr eingehalten wird, zum Beispiel um individuell auf seit Treffen der Abrede eingetretenen potenziellen Aussenwettbewerb zu reagieren (HOFFET, HOMBURGER et al., Zürich 1997, 5/112).

60. In der Schweiz sind etwa 50 Schweinehandelsunternehmen mit einem nennenswerten Geschäftsumfang tätig. Mit Ausnahme von Anicom verfügen die einzelnen Schweinehandelsunternehmen über Marktanteile von weniger als 10%. An den Telefonkonferenzen und Schweinebörsen beteiligt sich jeweils nur eine Minderheit der in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen (vgl. Rz. 23 ff.). An der konzertierten Aktion aus dem Jahre 1999 waren gemäss Suisseporcs zirka 15% der in der Schweiz tätigen Händler beteiligt, die zirka 50% des Marktvolumens repräsentierten. Die konzertierte Aktion aus dem Jahre 1999 scheiterte letztlich, da sich nicht alle beteiligten Schweinehandelsunternehmen an die Abmachung gehalten haben.

61. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die starke Stellung der Marktgegenseite eine destabilisierende Wirkung auf allfällige Abreden zwischen den Schweinehandelsunternehmen ausübt (betreffend Gegenmachtbildung siehe SCHMIDHAUSER, HOMBURGER et al., Zürich 1997, 7/64 ff.). Im Jahre 1999 war die starke Stellung der Marktgegenseite ein massgebender Faktor für das Scheitern der konzertierten Aktion der Schweinelieferanten. Unter den Abnehmern von Schlachtschweinen verfügen insbesondere die Bell Holding und Micarna über eine starke Marktstellung mit Marktanteilen bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen im Jahre 2002 von [20-30]% beziehungsweise [10-20]% (vgl. Teil A, Rz. 72). Die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung erfolgte in erster Linie unter dem Gesichtspunkt einer angeblichen (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung der in der Fleischverarbeitungsindustrie tätigen Tochtergesellschaften der Grossverteiler bei der Beschaffung von schlachtreifen Schweinen. Auch wenn auf der Nachfrageseite keine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde (vgl. Teil A, Rz. 128), ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Grossverteiler Migros und Coop (namentlich durch deren Label-Programme, vgl. Teil A, Rz. 30 ff.) und deren Tochtergesellschaften Mi-

carna und Bell Holding einen starken Einfluss auf das Marktgeschehen auf den vorgelagerten Stufen ausüben, der grundsätzlich geeignet erscheint, allfällige kollusive Verhaltensweisen der Schweinehandelsunternehmen respektive der Schweineproduzenten zu destabilisieren.

62. Beim Verkauf von schlachtreifen Schweinen handelt es sich um Transaktionen, die in kurzen und regelmässigen Abständen (in der Regel wöchentlich) erfolgen und dementsprechend in relativ kleinen Tranchen abgewickelt werden. Auf solchen Märkten bringt das einseitige Abweichen von einer kollusiven Verhaltensweise nur einen vergleichsweise kleinen Gewinn, während die Wahrscheinlichkeit, dass das abweichende Verhalten entdeckt wird, entsprechend gross ist (vgl. MARTIN, Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy, Prentice-Hall, 1994 2nd edition, S. 166). Dadurch wird beim Verkauf von schlachtreifen Schweinen die Markttransparenz und damit die Wahrscheinlichkeit und Stabilität von kollusiven Verhaltensweisen erhöht. Hingegen ist nicht klar, welcher glaubwürdige Sanktionsmechanismus den an einer allfälligen Abrede beteiligten Schweinehandelsunternehmen gegenüber einem die Abrede nicht einhaltenden Konkurrenten zur Verfügung steht. Der einzige bekannte explizite Sanktionsmechanismus besteht in einer allfälligen Veröffentlichung des Namens des die Abrede nicht einhaltenden Unternehmens (vgl. Rz. 37 und 39), was kaum dazu geeignet sein dürfte, die Stabilität einer Abrede längerfristig sicher zu stellen.

63. Eine destabilisierende Wirkung auf mögliche Abreden zwischen den Schweinehandelsunternehmen dürfte der Umstand haben, dass der grösste Marktteilnehmer auf dem schweizerischen Markt für den Handel mit schlachtreifen Schweinen Anicom über die gemeinsame Muttergesellschaft Fenaco mit Carnavi vertikal integriert ist. Daneben bestehen auf Stufe Schweinehandel weitere Interessens- und Kostenasymmetrien, was in zum Teil stark unterschiedlichen Betriebsgrössen und unterschiedlichen Betriebsformen (selbstständige Schweinehändler, genossenschaftlich organisierte Schweinehandelsorganisationen und direktvermarktende Produzenten) zum Ausdruck kommt.

64. In die Erwägungen mit einzubeziehen ist der Umstand, dass die angebotene Menge nicht direkt von den Schweinehandelsunternehmen, sondern von den Schweineproduzenten bestimmt wird, so dass konzertierte Aktionen - und Abreden auf Stufe Schweinehandel generell - höchstens kurzfristig eine Angebotsverknappung zur Folge haben können. Zum Zeitpunkt der Verkaufsverhandlungen ist die angebotene Menge durch die mehrere Monate zurückliegenden Produktionsentscheidungen der Schweineproduzenten im Wesentlichen gegeben. Eine temporäre Verknappung des Angebots (durch das Zurückhalten von Schweinen) zwecks Erhöhung der Verkaufspreise würde automatisch eine Vergrösserung des Angebots und damit ceteris pari-

bus einen Preisrückgang in den folgenden Wochen bedeuten.[7] Anhaltspunkte dafür, dass eine künstliche Angebotsverknappung unter Einbezug der Schweineproduzenten erfolgt, bestehen im Übrigen nicht, zumal die Erfolgsaussichten einer geplanten Angebotsverknappung nicht zuletzt aufgrund der atomistischen Struktur auf Produzentenstufe als relativ gering einzuschätzen sind.

65. Bei der Produktion von Schlachtschweinen gilt es, den optimalen Zeitpunkt für die Schlachtung zu bestimmen, bei dem unter Berücksichtigung von Einflussfaktoren wie Fleischbeschaffenheit, Gewicht, Futterkosten usw. das bestmögliche Verhältnis zwischen Verkaufserlös und Produktionskosten resultiert. Es ist für Schweineproduzenten und Schweinehandelsunternehmen in der Regel nicht lukrativ, den Verkauf der schlachtreifen Schweine künstlich hinauszuzögern, da dies namentlich negative Auswirkungen auf den Magerfleischanteil der Schweine hätte, was sich in Preisabzügen bemerkbar machen würde. In diesem Sinne haben Schlachtschweine den Charakter von verderblichen Gütern. Daraus ergibt sich für die einzelnen Schweinehandelsunternehmen respektive Schweineproduzenten ein zusätzlicher Anreiz, sich nicht an allfällige Wettbewerbsabreden respektive konzertierte Aktionen zu halten, die eine Preiserhöhung und einen (kurzfristigen) Rückgang der verkauften Menge zum Gegenstand haben.

66. Die Mehrzahl der befragten Fleischverarbeitungsbetriebe gab an, dass zwischen den Schweinehandelsunternehmen grundsätzlich ein starker Konkurrenzkampf herrscht. Nach Angabe der SHV hat die Wettbewerbsintensität im Schweinehandel in den letzten Jahren zugenommen. In der Vergangenheit bezahlten die Fleischverarbeitungsbetriebe in der Regel einen Preis ab Stall und die Schweinehändler erhielten eine fixe Marge. Seit April 2000 ist ein Preis franko Schlachthof handelsüblich, was zu variablen Händlermargen (ca. CHF 0.15 bis CHF 0.25 pro kg Schlachtgewicht) und nach Aussage verschiedener Unternehmen zu einer erhöhten Wettbewerbsintensität auf Stufe Schweinehandel geführt hat. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass es sich bei der Schweinemast und dem -handel um bestreitbare Märkte mit relativ geringen Markteintrittsbarrieren handelt.

[7] Für diese Beurteilung spricht auch, dass eine Granger-Kausalität (GRANGER, Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spetral Methods, Econometrica, 37, 1969, S. 424 ff.; BISHOP and WALKER, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, 1999; vgl. auch HAMILTON, Time Series Analysis, Princeton University Press, 1994, S. 302 ff.) zwischen den Ferkelpreisen und den Preisen von halb ausgewachsenen Schweinen (so genannten Jagern) einerseits und den Schlachtschweinepreisen andererseits besteht. Das heisst, dass die Ferkel- und Jagerpreise zusätzliche Informationen über die künftigen Schlachtschweinepreise enthalten, mit deren Hilfe die Voraussage der künftigen Schlachtschweinepreise verbessert werden kann. Die vollständigen Schätzresultate sind in Anhang B aufgeführt.

67. Es ist ein Fall bekannt, in dem sich die in Randziffer 22 ff. abgehandelten Verhaltensweisen der Schweineproduzenten und der -handelsunternehmen zweifelsfrei zu einer expliziten Wettbewerbsabrede verdichteten (vgl. Rz. 37). Vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Marktgegebenheiten (Zahl der Marktteilnehmer, Kosten- und Interessenasymmetrien, starke Marktgegenseite, geringe Beeinflussbarkeit der angebotenen Menge) scheiterte diese explizite Wettbewerbsabrede letztlich. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die praktizierten abgestimmten Verhaltensweisen (vgl. Rz. 41) einen bestimmenden Einfluss auf den Marktpreis ausüben können respektive branchenumfassend eingehalten werden. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass auf dem relevanten Markt ein wirksamer aktueller Wettbewerb bezüglich der Schlachtschweinepreise besteht.

68. Allerdings sind Telefonkonferenzgespräche, die zwischen den wichtigsten Unternehmen eines Marktes geführt werden und die zweifelsfrei Preise oder Preisbestandteile der auf dem relevanten Markt angebotenen Güter zum Gegenstand haben, grundsätzlich problematisch. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist im vorliegenden Fall auch das Bestehen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen. Sollten sich in Zukunft Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eventuelle, namentlich anlässlich von Telefonkonferenzgesprächen getroffene Vereinbarungen zwischen den Schweinelieferanten doch Wirkungen entfalten, wäre der Sachverhalt in einem neuen Verfahren erneut auf seine kartellrechtliche Unzulässigkeit hin zu überprüfen.

B.3.2.3 Zwischenergebnis

69. Aufgrund der vorhergehenden Erwägungen kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt.

B.3.3 Keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

70. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.3.1 Qualitative Kriterien

71. Die in Randziffer 37 ff. erwähnte konzertierte Aktion und die in Randziffer 22 ff. beschriebenen abgestimmten Verhaltensweisen haben die Preise von Schlachtschweinen zum Gegenstand. Der Preis stellt einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Horizontale Absprachen über Preise haben der Erfahrung nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die in Randziffer 22 ff. und Randziffer 37 ff. beschriebenen Verhaltensweisen erfüllen angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraus-

setzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. RPW 2001/4, S. 678, Rz. 121).

B.3.3.2 Quantitative Kriterien

B.3.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

72. Wie in Randziffer 60 dargelegt wurde, war an der konzertierten Aktion im Jahre 1999 nur ein Teil der in der Schweiz tätigen Schweinehandelsunternehmen beteiligt, wobei sich die getroffene Vereinbarung letztlich als nicht stabil erwiesen hat. Ähnliches gilt für die abgestimmten Verhaltensweisen, die seither praktiziert werden (vgl. Rz. 67). Die Literatur ist sich nicht einig, wie die Schwelle der Erheblichkeit bei einer Wettbewerbsabrede zu definieren ist. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Beschränkung dann unerheblich ist, wenn sie den Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede nicht in einem für die Marktteilnehmer nennenswerten Ausmass zu beeinflussen vermag. Insbesondere muss für die Nachfrager ein Ausweichen ohne weiteres möglich sein. Nicht an der Abrede Beteiligte sind in ihren Verhaltensweisen nicht in nennenswertem Ausmass eingeschränkt. Dass gleichzeitig noch Innenwettbewerb besteht, ist möglich, aber nicht zwingend (SVIT-Honorarrichtlinien, RPW 1998/2, S. 196, Rz. 44). Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, kann auf Kriterien wie Marktanteil und Umsatz der beteiligten Unternehmen abgestellt werden. Gemäss der Praxis der EU wird nach der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung gefragt, welche erst gegeben ist, wenn die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von 5% erreichen; dieser Anteil gilt für horizontale Vereinbarungen (vgl. EMMERICH, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, S. 418; KOCH, in GRABITZ/HILF [Hrsg.], Kommentar zur Europäischen Union, Bd. II, 4. Ergänzungsbeitrag zur 3. Aufl., Art. 85, Rz. 101). Die 5% beschreiben im Übrigen keine starre Grenze; diese kann im Einzelfall vielmehr nach oben oder nach unten überschritten werden (EMMERICH in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. 1, München 1997, Art. 85 Abs. 1, A. IV., Rz. 209 ff.). In der schweizerischen Rechtslehre wird die Meinung vertreten, die Wettbewerbskommission sollte ebenfalls derartige quantitative Bagatellgrenzen festsetzen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 283; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5-8, in: ZÄCH [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 21 ff., insbesondere S. 22; HOFFET, HOMBURGER et al., Zürich 1997, Art. 5, Rz. 67; vgl. auch Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 23. September 1999, RPW 1999/3, S. 519, Rz. 4.5). Die Frage einer solchen Bagatellgrenze wurde in der schweizerischen Rechtsprechung bisher noch nicht entschieden und kann im Übrigen für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens offen bleiben. Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Gesetz geht davon aus, dass bei

(horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Umso eher ist anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft (Bundesgerichtsentscheid 2A.298/2001 vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, Rz. 5.2.2., RPW 2002/4, S. 736).

73. Die an der konzertierten Aktion beteiligten Unternehmen vereinigten einen Marktanteil von rund 50% auf sich (vgl. Rz. 60). In der Regel wäre eine derartige horizontale Abrede als eine den wirksamen Wettbewerb beseitigende Abrede oder zumindest als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren, da die an der Abrede beteiligten Unternehmen einen erheblichen Marktanteil auf sich vereinigten. Da die konzertierte Aktion im konkreten Fall aber letztlich scheiterte und demzufolge keine erhebliche Wirkung auf den Wettbewerb zeitigte, kann - mit den gleichen Argumenten wie in Randziffer 59 ff. - gefolgert werden, dass im vorliegenden Fall keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, dass die abgestimmten Verhaltensweisen (vgl. Rz. 41) eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb zu zeitigen vermögen. Aufgrund des bestehenden Wettbewerbsdrucks (aufgrund der Zahl der Marktteilnehmer, von Kosten- und Interessenasymmetrien, der starken Stellung der Marktgegenseite und der geringen Beeinflussbarkeit der angebotenen Menge) ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Schweinelieferanten mit den in Randziffer 22 ff. genannten Massnahmen die Preise über Wettbewerbsniveau anheben könnten, als gering einzustufen. Für das im Vergleich zu anderen europäischen Staaten (vgl. Grafik 2) rund doppelt so hohe Preisniveau bei Schlachtschweinen bestehen verschiedene andere Erklärungsansätze.[8]

B.3.4 Ergebnis

74. Die beschriebene konzertierte Aktion aus dem Jahre 1999 ist nicht als erhebliche Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da die Aktion scheiterte und wichtige Marktteilnehmer sich nicht an die Abrede gehalten haben. Es kann ebenfalls nicht

[8] Neben höheren Faktorkosten und unterschiedlichen Qualitätsstandards könnte auch in den im Durchschnitt geringeren Betriebsgrössen eine Ursache für das höhere Preisniveau zu suchen sein: Während in der Schweiz nur rund 50% der Schweine auf Betrieben mit mehr als 200 Tieren (bisher maximal 1'000 Tiere, ab 2004 1'500 Tiere, gemäss Höchstbestandesverordnung) leben, sind dies in Deutschland rund 75%, in den beiden wichtigsten europäischen Schweineexportländern Dänemark und Niederlande rund 90% (landwirtschaftlicher Informationsdienst und ZMP-Marktbilanz Vieh und Fleisch 2002). Was die Profitabilität auf den Stufen Schweinemast und -handel anbelangt, deuten die am 28. April 2003 präsentierten Ergebnisse der Arbeitsgruppe Margentransparenz (vgl. Teil A, Rz. 124) nicht darauf hin, dass auf diesen Märkten supra-kompetitive Gewinne erzielt werden.

rechtsgenüglich nachgewiesen werden, dass die in Randziffer 22 ff. genannten abgestimmten Verhaltensweisen den Wettbewerb erheblich beeinflussen, weshalb auch hier keine erhebliche Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG festgestellt werden konnte.

C. Kosten

75. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

76. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Gemäss Entscheid des Bundesgerichts im Fall BKW FMB Energie AG (abgedruckt in RPW 2002/3, S. 538 ff.) ist das Verursacherprinzip gemäss Artikel 2 KG-Gebührenverordnung im Sinne des Unterliegerprinzips zu interpretieren. Demgemäss besteht keine Gebührenpflicht, wenn sich die Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Untersuchung nicht bestätigen. Im vorliegenden Fall sind daher keine Gebühren zu sprechen.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung (Teil B) wird eingestellt.
2. Gebühren werden keine erhoben.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

Empirische Analyse auf dem schweizerischen Schlachtschweinemarkt - Erläuterungen des Sekretariats

Die folgenden Hinweise dienen der Erläuterung der in der Untersuchung über den Markt für Schlachtschweine angewandten empirischen Methoden. Ein Schwergewicht wird dabei auf das grundlegende Verständnis der angewandten Methoden gelegt. Der folgende Text enthält zudem einige Hinweise auf Probleme, die sich bei der Anwendung ergeben können. In Teil b) wird die ökonometrische Vorgehensweise jeweils kurz skizziert. Für die formale Herleitung der Ergebnisse wird auf die einschlägige Literatur (vgl. Literaturverzeichnis) verwiesen.

1. Cointegrationsanalyse

a) Anwendungsbereich und Intuition

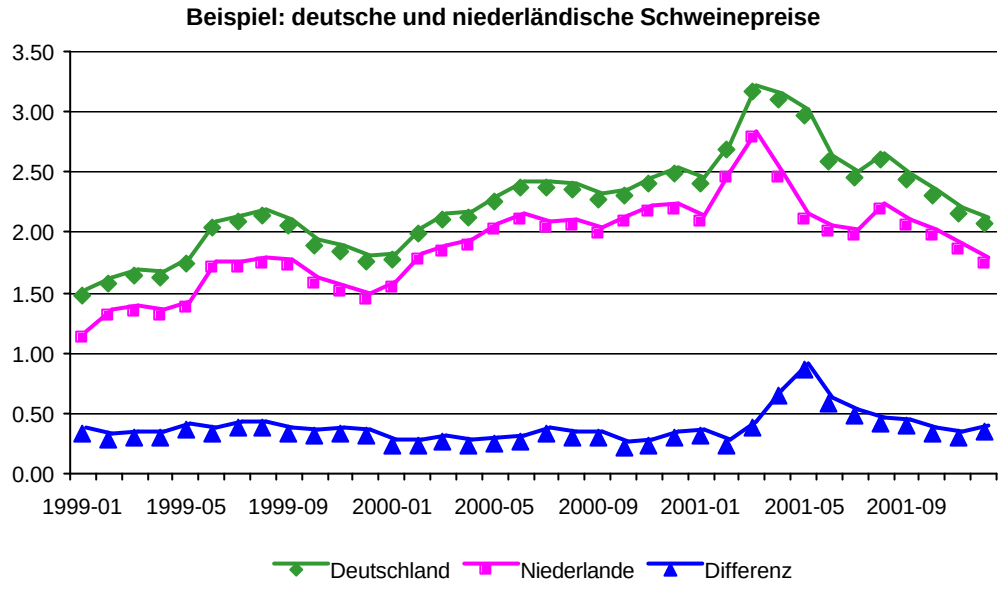
In der Untersuchung über den schweizerischen Schlachtschweinemarkt hat die Wettbewerbskommission bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung erstmals die Cointegrationsanalyse zur Anwendung gebracht. Zuvor wurde diese Methode bereits von anderen Wettbewerbsbehörden angewandt.[1] Cointegrationstests beantworten nicht direkt die für die Marktabgrenzung ökonomisch relevante Frage nach der Profitabilität einer dauerhaften fünf- bis zehnprozentigen Preiserhöhung, liefern aber wichtige Hinweise auf die vorzunehmende Marktabgrenzung. Das Konzept der Cointegration wurde zuerst in der Makroökonomie angewandt. Ein typisches Beispiel für cointegrierte Zeitreihen sind Bruttosozialprodukt und aggregierter Konsum.

Eine langfristige Gleichgewichtsbeziehung der Preise von zwei oder mehr Produkten, die nur von temporären Schocks unterbrochen wird, deutet darauf hin, dass eine wettbewerbliche Interaktion zwischen diesen Produkten besteht und dass diese Produkte deshalb demselben Markt zuzuordnen sind. Im Fall einer derartigen langfristig engen Beziehung zwischen nicht stationären Zeitreihen wird von Cointegration gesprochen. Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass es sich bei einer solchen Beziehung mehr um eine statistische als um eine ökonomische Beziehung handelt. Cointegrationstests können die herkömmlichen Methoden zur Marktabgrenzung deshalb nicht ersetzen.

Cointegrationstest dürfen nicht blind angewendet werden, da dies zu Fehlschlüssen führen kann. Vielmehr sind Cointegrationstest eingebettet in eine solide qualitative und quantitative ökonomische Analyse ein Hilfsmittel, das die Marktabgrenzung in kartellrechtlichen Verfahren verbessern kann.

[1] Nutreco Holding NV and Hydro Seafood GSP Ltd der britischen Competition Commission, 2000, bei der Marktabgrenzung von schottischem und norwegischem Lachs; Lonrho/Gencor der EU-Kommission, 1997, Case IV/M619, bei der sachlichen Marktabgrenzung von Platin, Rhodium und Palladium.

Ein Beispiel für zwei cointegrierte Zeitreihen aus der vorliegenden Untersuchung sind die deutschen und niederländischen Schweinepreise. Die vorhandenen Daten deuten darauf hin, dass die Schweinepreise in den beiden Ländern (trotz Unterschieden hinsichtlich des Preisniveaus) langfristig demselben Trend folgen, dass aber kurzfristige Abweichungen zwischen den beiden Ländern von diesem gemeinsamen Trend bestehen.



b) Technische Ausführungen

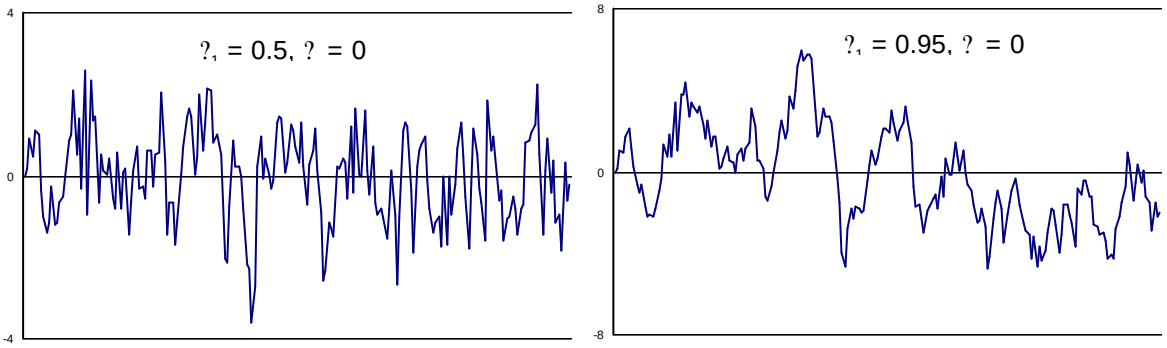
Ein Prozess ist Kovarianz-stationär (oder schwach stationär), wenn der Mittelwert und die Autocovarianzen konstant und zeitunabhängig sind. Für die meisten statistischen Anwendungen in der Zeitreihenanalyse ist die (schwache) Stationarität des untersuchten Prozesses eine notwendige Bedingung. In der Regel können nicht stationäre Zeitreihen so umgeformt werden, dass sie stationär werden (z.B. durch Bildung der ersten Differenzen $?X_t = X_t - X_{t-1}$). Anders ist es im Falle der Cointegrationsanalyse, wo die Nicht-Stationarität der untersuchten Zeitreihen ausgenützt wird. Das Gesagte kann am einfachsten anhand eines autoregressiven Prozesses erster Ordnung, das heisst eines AR(1)-Prozesses, verdeutlicht werden:

(1) $$X_t = ? + ?_1 X_{t-1} + ?_t$$

X ist eine beliebige ökonomische Grösse, die über die Zeit beobachtet wird, im vorliegenden Zusammenhang die Preise von Schlachtschweinen. X_t ist abhängig von einer Konstante $?$, von den vergangenen Werten von X (bei einem AR(1)-Prozess nur von den X-Werten der vorhergehenden Periode, also X_{t-1}) und von einem normalverteilten Störterm $?_t$. Das Verhalten des Prozesses hängt entscheidend von $?_1$ ab. Ist $?_1$ im Betrag kleiner als 1, ist der Prozess stationär. Ein $?_1$, das im Be-

trag grösser als 1 ist, kommt für die meisten ökonomischen Anwendungen nicht in Betracht, da das System "explodieren" würde. Die interessante Frage ist, ob $?_1$ gerade 1 beträgt oder - in der empirischen Anwendung - ob $?_1$ nahe bei 1 liegt. In diesem Fall liegt eine so genannte Unit Root vor.

Analoge Betrachtungen gelten für autoregressive Prozesse höherer Ordnung. So kann zum Beispiel bei einem AR(2)-Prozess $X_t = ? + ?_1 X_{t-1} + ?_2 X_{t-2} + ?_t$ gezeigt werden, dass eine Unit Root vorliegt, wenn die Summe von $?_1$ und $?_2$ 1 beträgt. Die folgenden zwei Beispiele zeigen das Verhalten eines AR(1)-Prozesses bei einem $?_1$, das deutlich kleiner als 1 ist und einem $?_1$, das nahe bei 1 liegt.



Im Falle von $?_1 = 0.5$ handelt es sich eindeutig um eine stationäre Zeitreihe. Schocks haben keine anhaltende Wirkung, was daraus ersichtlich ist, dass die Reihe um den Mittelwert von 0 fluktuiert. Im Falle von $?_1 = 0.95$ haben Schocks eine permanente Auswirkung. Die Reihe bleibt nach einem positiven Schock während einigen Perioden im positiven Bereich und nach einem negativen Schock während mehreren Perioden im negativen Bereich. Um zu testen, ob in der Realität eine Zeitreihe stationär ist oder nicht, ist es nahe liegend zu testen, ob $?_1$ hinreichend nahe bei 1 liegt. Ein gebräuchliches Verfahren ist der so genannte Augmented Dickey-Fuller-Test.[2] Hiezu wird im Falle eines AR(1)-Prozesses auf beiden Seiten von (1) X_{t-1} subtrahiert und anschliessend getestet, ob $(?_1 - 1)$ signifikant kleiner als 0 ist.

(2) $$?X_t = ? + (?_1 - 1)X_{t-1} + ?_t$$

Die Frage, ob ein AR(1)-Prozess verwendet werden kann, oder ob ein autoregressiver Prozess höherer Ordnung verwendet werden sollte, kann standardmässig durch Analyse des Correlogramms (ACF und PACF) und mittels AIC oder BIC beantwortet werden. Gegebenenfalls ist die Regression um eine Trendkomponente zu erweitern. Zu beachten ist, dass die t-Statistik unter der Null-Hypothese nicht asymptotisch

[2] Es existieren verschiedene andere Tests, namentlich der Phillips-Perron-Test.

normalverteilt ist, weshalb nicht die gewöhnlichen t-Werte verwendet werden dürfen. Die entsprechenden Werte können der einschlägigen Literatur entnommen werden. Zu erwähnen ist, dass diese Werte mittels Simulationen ermittelt wurden und daher ungenau sind.

Wenn sich herausstellt, dass alle untersuchten Zeitreihen nicht stationär sind und denselben Integrationsgrad aufweisen, kann geprüft werden, ob die Zeitreihen cointegriert sind. Gegeben seien zwei Zeitreihen: X und Y. Wenn beide Zeitreihen stationär sind, ist jede lineare Kombination der beiden Zeitreihen ebenfalls stationär. Ein Cointegrationstest wäre in einem solchen Falle nichtssagend. Falls beide Zeitreihen nicht stationär sind und denselben Integrationsgrad, zum Beispiel beide integriert der Ordnung 1, das heisst I(1), aufweisen, ist eine lineare Kombination dieser beiden Zeitreihen in der Regel ebenfalls I(1). Besteht hingegen eine langfristige Gleichgewichtsbeziehung zwischen den beiden Zeitreihen, existiert eine lineare Kombination $Y_t - ?X_t$ der beiden Zeitreihen, die stationär ist. Ein einfacher Cointegrationstest besteht im zweistufigen Engle-Granger-Verfahren. Im ersten Schritt wird mittels OLS die Regression

(3) $$Y_t = ? + ?X_t + ?_t$$

geschätzt. Im zweiten Schritt wird mit dem oben beschriebenen Augmented Dickey-Fuller-Test überprüft, ob die geschätzten Residuen ? stationär sind oder nicht. Hiebei ist allerdings nicht die gleiche Test-Statistik wie oben anzuwenden, da es sich bei ? nicht um Daten sondern um Schätzwerte handelt. Sind die geschätzten Residuen stationär, dann sind X und Y cointegriert (vgl. Beispiel deutsche und niederländische Schweinepreise oben).

Das beschriebene Engle-Granger-Verfahren ist nicht das einzige Verfahren, mit dem Cointegrationstests durchgeführt werden können. Zusätzlich wurde in der vorliegenden Untersuchung das robustere Johansen-Verfahren angewandt. Das Johansen-Verfahren, das auf der Maximum-Likelihood-Schätzung des Cointegrationsrangs beruht, ist intuitiv weniger einleuchtend als das Engle-Granger-Verfahren, weshalb diesbezüglich auf die einschlägige Literatur verwiesen wird. Die Resultate der beiden Verfahren unterschieden sich in der in der vorliegenden Untersuchungen vorgenommen Schätzungen indes nicht. Komplikationen können sich bei der Cointegrationsanalyse bei Daten ergeben, die saisonalen Schwankungen ausgesetzt sind (z.B. Quartalsdaten). Unter Umständen entstehen Interpretationsprobleme bei Cointegrationstests, die zwischen mehr als zwei Zeitreihen durchgeführt werden, da hiebei mehr als eine Cointegrationsbeziehung auftreten kann.

2. Granger-Kausalität

a) Anwendungsbereich und Intuition

Das Konzept der Granger-Kausalität wurde von der EU-Kommission in der Vergangenheit als Hilfsmittel zur Marktabgrenzung eingesetzt.[3] Es ist zu erwarten, dass sich die Preise zweier Güter, die zum selben Markt gehören, gegenseitig beeinflussen. Bei zwei Gütern, die demselben Markt zuzuordnen sind, lässt sich die Vorhersage der künftigen Preise des einen Gutes durch die Kenntnis der aktuellen und vergangenen Preise des anderen Gutes verbessern. Diese Hypothese kann mit dem Granger-Kausalitätstest überprüft werden. Wie die Cointegrationsanalyse stammt auch der Granger-Kausalitätstest ursprünglich aus der Makroökonomie und dient dort zum Beispiel zur Analyse des Zusammenhangs zwischen Arbeitslosigkeit und Inflation.

Im vorliegenden Zusammenhang wurde dieses Instrument eingesetzt, um Rückschlüsse über die Beziehung zwischen vor- und nachgelagerten Märkten zu ziehen. So konnte gezeigt werden, dass sich die Preise auf den verschiedenen Stufen massgebend aufgrund der Schwankungen der Input-Preise bewegen, was ein Indiz dafür ist, dass die Preissetzung sowohl beim Einkauf der Schlachtschweine als auch im Detailhandel marktgerecht erfolgt. Die Granger-Kausalität wurde im vorliegenden Verfahren ebenfalls für einen Vergleich der Preissetzung von Migros, Coop und anderen Detaillisten eingesetzt. Das wichtigste Ergebnis dieses Vergleichs ist, dass Coop auf dem Absatzmarkt in der Regel mit zeitlicher Verzögerung auf das Preissetzungsverhalten von Migros reagiert, was als Indiz gegen das Vorliegen von Preisabreden in diesem Bereich interpretiert werden kann (vgl. hiezu auch Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 581 ff., Rz. 83 ff.). Granger-Kausalität bedeutet nicht Kausalität im herkömmlichen Sinne (vgl. unten). Wie bei der Cointegrationsanalyse wird eher eine statistische als eine ökonomische Beziehung zwischen verschiedenen Gütern hergestellt. Auch der Granger-Kausalitätstest ist ein Hilfsmittel, das komplementär zur herkömmlichen qualitativen und quantitativen Analyse eingesetzt werden kann.

b) Technische Ausführungen

Beim Granger-Kausalitätstest geht es wiederum um die Beziehung von zwei Zeitreihen X und Y. Der Begriff "Kausalität" ist im vorliegenden Zusammenhang etwas irreführend. Die Aussage, es bestehe eine Granger-Kausalität zwischen X und Y besagt nicht, dass X kausal für Y verantwortlich ist (oder umgekehrt). Es geht vielmehr um die Frage,

[3] Namentlich im Fall Mannesmann/Vallourec/Ilva, 1994, Case IV/M315, bei der Frage der räumlichen Marktabgrenzung von Stahlrohren.

ob die gegenwärtigen und vergangenen Werte von Y helfen, den aktuellen Wert von X vorauszusagen. Das Schätzverfahren basiert auf einem Wald-Test, mit dessen Hilfe getestet werden kann, ob die Parameter der aktuellen und vergangenen Werte von Y in einer Regression in der Art von (4), die keine Restriktionen bezüglich ?2 und ?3 enthält, statistisch signifikant sind:

(4) $$X_t = ? + ?_1 X_{t-1} + ?_2 Y_t + ?_3 Y_{t-1} + u_t$$

Zusätzlich können je nach Bedarf auch andere Variablen, wie zum Beispiel saisonale Dummy-Variablen, in die Regression aufgenommen werden. Massgebend für die Anzahl der vergangenen X und Y, die in der Regression berücksichtigt werden, sind die zu Grunde liegenden ökonomischen Zusammenhänge. Im vorliegenden Beispiel wird getestet, ob ?2 und ?3 gemeinsam gleich null sind. Hiezu wird eine restringierte Regression (d.h. die obige Regression unter den Restriktionen ?2 = ?3 = 0):

(5) $$X_t = ? + ?_1 X_{t-1} + v_t$$

geschätzt. u_t respektive v_t ist wiederum eine normalverteilte Zufallsvariable. Mit Hilfe der quadrierten Residuen des restringierten Modells (v'v) und des unrestringierten Modells (u'u) kann die folgende F-Statistik berechnet werden, wobei q für die Anzahl Restriktionen (im vorliegenden Fall 2), k für die Anzahl zu schätzender Parameter im unrestringierten Modell (im vorliegenden Fall 4) und n für die Anzahl Beobachtungen steht. Ob die F-Statistik

$$F ? \frac{(v'v ? u'u)/q}{u'u/(n ? k)}$$

signifikant ist oder nicht, kann den Tabellen in der einschlägigen Literatur entnommen werden. Falls im vorliegenden Beispiel ?2 und ?3 nicht signifikant von null verschieden sind, dann enthalten Y_t und Y_{t-1} keine Informationen über X_t, die nicht schon in den vergangenen Werten von X enthalten sind, das heisst, es besteht in diesem Fall keine Granger-Kausalität.

3. Literatur

BISHOP Simon, WALKER Mike, 1999, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, S. 285 ff.

DICKEY David A., FULLER Wayne A., 1979, Distribution of the Estimators for Autoregressive Time Series with a Unit Root, Journal of the American Statistical Association, 74, S. 427 ff.

GRANGER Clive W. J., 1969, Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods, Econometrica, 37, S. 424 ff.

HAMILTON James D., 1994, Time Series Analysis, Princeton University Press

HAYASHI Fumio, 2001, Econometrics, Princeton University Press

JOHANSEN Søren, 1991, Estimation and Hypothesis Testing of Cointegration Vectors in Gaussian Vector Autoregressive Models, Econometrica, 59, S. 1551 ff.

LEXECON, 2001, Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy, Lexecon Competition Memo

MACKINNON James G., 1991, Critical Values for Cointegration Tests, Chapter 13 in Long-run Economic Relationships: Readings in Cointegration, edited by ENGLE Robert F. and GRANGER Clive W.J., Oxford University Press

PHILLIPS Peter C. B., PERRON Pierre, 1988, Testing for a Unit Root in Time Series Regression, Biometrika, 75, S. 335 ff.

STOCK James H., 1999, Handbook of Econometrics Volume 4, MCFADDEN Daniel L. and ENGLE Robert F. (editors), 2nd edition, North-Holland, Chapter 46, Unit Roots, Structural Breaks and Trends

STOCK James H., WATSON Mark W., 2003, Introduction to Econometrics, Addison Wesley

WATSON Mark W., 1999, Handbook of Econometrics Volume 4, MCFADDEN Daniel L. and ENGLE Robert F. (editors), 2nd edition, North-Holland, Chapter 47, Vector Autoregressions and Cointegration

Anhang A1

PP Test Statistic	-2.332018	1% Critical Value*		-3.4779
		5% Critical Value		-2.8821
		10% Critical Value		-2.5776
*MacKinnon critical values for rejection of hypothesis of a unit root				
Lag truncation for Bartlett kernel: 4		(Newey-West suggests: 4)		
Residual variance with no correction				0.019990
Residual variance with correction				0.036879
Phillips-Perron Test Equation				
Dependent Variable: D(M7)		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1/05/2001 9/05/2003		Included observations: 140 after adjusting end points		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
M7(-1)	-0.042304	0.024318	-1.739600	0.0842
C	0.213539	0.123136	1.734171	0.0851
R-squared	0.021458	Mean dependent variable		0.000357
Adjusted R-squared	0.014368	S.D. dependent variable		0.143441
S.E. of regression	0.142407	Sum of squared residuals		2.798611
Durbin-Watson statistic	1.388151	F-statistic		3.026209

Tabelle 7: Phillips-Perron-Test M7 (für andere Labels nicht aufgeführt)

Sample: 12/29/2000 9/05/2003		Included observations: 139		
Test assumption: Linear deterministic trend in the data				
Series: CNP M7 QM BIO				
Exogenous series: JAN FEB MRZ APR MAI JUN JUL AUG SEP OKT NOV				
Critical values were derived assuming no exogenous series			Lags interval: 1 to 1	
Eigenvalue	Likelihood Ratio	5 Percent Critical Value	1 Percent Critical Value	Hypothesized No. of CE(s)
0.202168	55.72106	47.21	54.46	None **
0.072758	24.32687	29.68	35.65	At most 1
0.058131	13.82668	15.41	20.04	At most 2
0.038810	5.502083	3.76	6.65	At most 3 *
*(**) denotes rejection of the hypothesis at 5%(1%) significance level				
L.R. test indicates 1 cointegrating equation at 5% significance level				
Unnormalized Cointegrating Coefficients:				
CNP	M7	QM	BIO	
-1.940762	0.769823	0.966216	0.037812	
0.065290	0.245465	-0.035092	-0.138781	
-0.113451	0.501377	-0.183999	0.045122	
-0.492271	-0.425210	1.268873	-0.023465	
Normalized Cointegrating Coefficients: 1 Cointegrating Equations				
CNP	M7	QM	BIO	C
1.000000	-0.396660	-0.497854	-0.019483	-0.928859
	(0.07090)	(0.09131)	(0.01283)	
Log likelihood	735.6160			
Normalized Cointegrating Coefficients: 2 Cointegrating Equations				
CNP	M7	QM	BIO	C
1.000000	0.000000	-0.501636	-0.220484	-1.615825
		(0.46970)	(0.19896)	
0.000000	1.000000	-0.009535	-0.506734	-1.731877
		(1.16614)	(0.49397)	
Log likelihood	740.8661			
Normalized Cointegrating Coefficients: 3 Cointegrating Equations				
CNP	M7	QM	BIO	C
1.000000	0.000000	0.000000	-0.802943	-0.046052
			(1.40898)	
0.000000	1.000000	0.000000	-0.517806	-1.702037
			(0.94845)	
0.000000	0.000000	1.000000	-1.161117	3.129305
			(2.16757)	
Log likelihood	745.0284			

Tabelle 8: Johansen-Test Marktabgrenzung Labels

Dependent Variable: CNP		Method: Least Squares		
Sample: 12/29/2000 9/05/2003		Included observations: 141		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	0.709248	0.084964	8.34763	0.0000
M7	0.312639	0.037072	8.43330	0.0000
QM	0.631793	0.047254	13.3703	0.0000
BIO	0.020744	0.006845	3.03050	0.0030
JAN	0.018748	0.021762	0.86153	0.3906
FEB	0.047020	0.022076	2.12997	0.0351
MAR	0.157634	0.021291	7.40382	0.0000
APR	0.160181	0.023102	6.93376	0.0000
MAI	0.108939	0.024790	4.39448	0.0000
JUN	0.082088	0.026095	3.14570	0.0021
JUL	0.015113	0.022793	0.66308	0.5085
AUG	-0.017423	0.020780	-0.83845	0.4034
SEP	-0.023479	0.023450	-1.00122	0.3186
OKT	-0.012883	0.024520	-0.52541	0.6002
NOV	-0.004946	0.022577	-0.21907	0.8269
R-squared	0.989461	Mean dependent variable		5.220567
Adjusted R-squared	0.988290	S.D. dependent variable		0.450003
S.E. of regression	0.048696	Sum of squared residuals		0.298778
Durbin-Watson statistic	0.866612	F-statistic		844.9895

Tabelle 9: Cointegrations-Regression Labels

Dependent Variable: D(RES)		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1/12/2001 9/05/2003		Included observations: 139 after adjusting end points		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	-0.000383	0.003266	-0.11723	0.9068
RES(-1)	-0.412676	0.079931	-5.16292	0.0000
D(RES(-1))	-0.051668	0.085516	-0.60419	0.5467
R-squared	0.219375	Mean dependent variable		-0.000306
Adjusted R-squared	0.207895	S.D. dependent variable		0.043259
S.E. of regression	0.038501	Sum squared residuals		0.201597
Durbin-Watson statistic	2.001317	F-statistic		19.10969

Tabelle 10: Augmented Dickey-Fuller-Test

Anhang A2

PP Test Statistic	-3.214993	1% Critical Value*		-3.5457
		5% Critical Value		-2.9118
		10% Critical Value		-2.5932
*MacKinnon critical values for rejection of hypothesis of a unit root				
Lag truncation for Bartlett kernel: 3		(Newey-West suggests: 3)		
Residual variance with no correction				0.062075
Residual variance with correction				0.084655
Phillips-Perron Test Equation				
Dependent Variable: D(Schweine)		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1998:09 2003:06		Included observations: 58 after adjusting endpoints		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
Schweine(-1)	-0.252820	0.089407	-2.82773	0.0065
C	1.213919	0.430276	2.82126	0.0066
R-squared	0.124946	Mean dependent variable		0.000862
Adjusted R-squared	0.109320	S.D. dependent variable		0.268670
S.E. of regression	0.253559	Sum of squared residuals		3.600371
Durbin-Watson statistic	1.462393	F-statistic		7.996067

Tabelle 11: Phillips-Perron-Test Schweinepreise

Sample: 1998:08 2003:06 Included observations: 56
Test assumption: Linear deterministic trend in the data
Series: Schweine Rinder Kälber Kühe
Exogenous series: JAN FEB MAR APR MAI JUN JUL AUG SEP OKT NOV
Critical values were derived assuming no exogenous series Lags interval: 1 to 1

Eigenvalue	Likelihood Ratio	5 Percent Critical Value	1 Percent Critical Value	Hypothe-sized No. of CE(s)
0.319712	53.32423	47.21	54.46	None *
0.277597	31.75085	29.68	35.65	At most 1 *
0.173307	13.54119	15.41	20.04	At most 2
0.050182	2.883140	3.76	6.65	At most 3

*(**) denotes rejection of the hypothesis at 5%(1%) significance level
L.R. test indicates 2 cointegrating equations at 5% significance level

Unnormalized Cointegrating Coefficients:

Schweine	Rinder	Kälber	Kühe
-0.504354	-0.302219	0.091092	0.264820
-0.655413	0.296037	0.219450	-0.327346
0.280682	-0.323910	0.130579	0.087867
0.073957	-0.079453	0.029281	0.174312

Normalized Cointegrating Coefficients: 1 Cointegrating Equation

Schweine	Rinder	Kälber	Kühe	C
1.000000	0.599220	-0.180611	-0.525069	-4.520820
	(0.33064)	(0.08189)	(0.28706)	
Log likelihood	-12.14961			

Normalized Cointegrating Coefficients: 2 Cointegrating Equations

1.000000	0.000000	-0.268544	0.059109	-1.772009
		(0.06531)	(0.06549)	
0.000000	1.000000	0.146746	-0.974896	-4.587314
		(0.12589)	(0.12624)	
1.000000	0.000000	-0.268544	0.059109	-1.772009
Log likelihood	-3.044778			

Normalized Cointegrating Coefficients: 3 Cointegrating Equations

1.000000	0.000000	0.000000	-0.199917	-3.749431
			(0.05954)	
0.000000	1.000000	0.000000	-0.833351	-3.506751
			(0.06496)	
0.000000	0.000000	1.000000	-0.964556	-7.363497
			(0.20144)	
1.000000	0.000000	0.000000	-0.199917	-3.749431
Log likelihood	2.284250			

Tabelle 12: Johansen-Test Marktabgrenzung Schlachtvieh

Dependent Variable: Schweine		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1998:08 2003:05		Included observations: 58 after adjusting endpoints		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	1.411165	0.460127	3.066903	0.0037
Kälber	0.183273	0.039880	4.595602	0.0000
Kühe	-0.108025	0.068817	-1.569744	0.1238
Rinder	0.144331	0.081341	1.774394	0.0831
JAN	0.262830	0.136472	1.925889	0.0607
FEB	0.387933	0.154152	2.516558	0.0157
MAR	0.510288	0.167104	3.053723	0.0039
APR	0.892345	0.182069	4.901139	0.0000
MAI	1.079259	0.185799	5.808746	0.0000
JUN	1.222458	0.186715	6.547182	0.0000
JUL	1.270736	0.193580	6.564392	0.0000
AUG	0.954665	0.177486	5.378806	0.0000
SEP	0.414245	0.151824	2.728462	0.0092
OKT	0.146822	0.141173	1.040010	0.3041
NOV	-0.104908	0.137243	-0.764398	0.4488
R-squared	0.766205	Mean dependent variable		4.798103
Adjusted R-squared	0.690085	S.D. dependent variable		0.375637
S.E. of regression	0.209117	Sum of squared residuals		1.880391
Durbin-Watson statistic	0.814402	F-statistic		10.06582

Tabelle 13: Regression Schlachtviehpreise

Anhang A3

PP Test Statistic	-2.241730	1% Critical Value*		-3.6289
		5% Critical Value		-2.9472
		10% Critical Value		-2.6118
*MacKinnon critical values for rejection of hypothesis of a unit root				
Lag truncation for Bartlett kernel: 3		(Newey-West suggests: 3)		
Residual variance with no correction				0.022580
Residual variance with correction				0.025740
Phillips-Perron Test Equation				
Dependent Variable: D(PCH)		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1999:02 2001:12		Included observations: 35 after adjusting endpoints		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
PCH(-1)	-0.221059	0.102875	-2.148820	0.0391
C	0.663747	0.299985	2.212600	0.0340
R-squared	0.122747	Mean dependent var		0.021588
Adjusted R-squared	0.096164	S.D. dependent var		0.162778
S.E. of regression	0.154754	Sum of squared residuals		0.790309
Durbin-Watson stat	1.723803	F-statistic		4.617426

Tabelle 14: Phillips-Perron-Test Preise Schweiz

Sample: 1999:01 2001:12 Included observations: 34
Test assumption: Linear deterministic trend in the data
Series: PD PF PNL PI
Exogenous series: JAN FEB MAR APR MAI JUN JUL AUG SEP OKT NOV
Critical values were derived assuming no exogenous series Lags interval: 1 to 1

Eigenvalue	Likelihood Ratio	5 Percent Critical Value	1 Percent Critical Value	Hypothesized No. of CE(s)
0.616754	70.37976	47.21	54.46	None **
0.502117	37.77108	29.68	35.65	At most 1 **
0.223571	14.05983	15.41	20.04	At most 2
0.148260	5.456119	3.76	6.65	At most 3 *

*(**) denotes rejection of the hypothesis at 5%(1%) significance level
L.R. test indicates 2 cointegrating equations at 5% significance level

Unnormalized Cointegrating Coefficients:

PD	PF	PNL	PI
-9.792600	6.622022	2.349076	1.397460
5.667058	3.913051	-4.746314	-4.675285
3.987712	-1.045927	-4.000313	0.280622
2.110887	-0.015260	-0.954736	-1.778239

Normalized Cointegrating Coefficients: 1 Cointegrating Equation

PD	PF	PNL	PI	C
1.000000	-0.676227	-0.239883	-0.142706	0.028366
	(0.11105)	(0.06317)	(0.05833)	
Log likelihood	269.7571			

Normalized Cointegrating Coefficients: 2 Cointegrating Equations

PD	PF	PNL	PI	C
1.000000	0.000000	-0.535586	-0.480289	-0.017054
		(0.03832)	(0.03034)	
0.000000	1.000000	-0.437284	-0.499216	-0.067166
		(0.05646)	(0.04470)	
Log likelihood	281.6128			

Normalized Cointegrating Coefficients: 3 Cointegrating Equations

PD	PF	PNL	PI	C
1.000000	0.000000	0.000000	-0.866362	-0.050900
			(0.05130)	
0.000000	1.000000	0.000000	-0.814429	-0.094800
			(0.04345)	
0.000000	0.000000	1.000000	-0.720841	-0.063194
			(0.09070)	
Log likelihood	285.9146			

Tabelle 15: Johansen-Test räumliche Marktabrenzung ohne Schweiz

Sample: 1999:01 2001:12 Included observations: 34
Test assumption: Linear deterministic trend in the data
Series: PD PF PNL PCH PI
Exogenous series: JAN FEB MAR APR MAI JUN JUL AUG SEP OKT NOV
Critical values were derived assuming no exogenous series Lags interval: 1 to 1

Eigenvalue	Likelihood Ratio	5 Percent Critical Value	1 Percent Critical Value	Hypothe-sized No. of CE(s)
0.807456	123.0623	68.52	76.07	None **
0.635664	67.04964	47.21	54.46	At most 1 **
0.442026	32.72059	29.68	35.65	At most 2 *
0.217506	12.88352	15.41	20.04	At most 3
0.125111	4.544372	3.76	6.65	At most 4 *

*(**) denotes rejection of the hypothesis at 5%(1%) significance level
L.R. test indicates 3 cointegrating equations at 5% significance level

Unnormalized Cointegrating Coefficients:

PD	PF	PNL	PCH	PI
-14.65593	2.539695	8.737596	-0.716463	4.588049
-3.969296	6.433095	-1.518526	-0.040161	-0.843527
0.324758	3.858378	-0.543770	0.081103	-2.835628
-2.582016	0.220354	0.163999	0.775072	2.149638
-2.469145	0.111316	1.102210	-0.842430	1.917342

Normalized Cointegrating Coefficients: 1 Cointegrating Equation

PD	PF	PNL	PCH	PI	C
1.000000	-0.173288	-0.596182	0.048886	-0.313051	-0.111195
	(0.03979)	(0.02373)	(0.00667)	(0.02208)	
Log likeli-hood	330.0076				

Normalized Cointegrating Coefficients: 2 Cointegrating Equations

PD	PF	PNL	PCH	PI	C
1.000000	0.000000	-0.713359	0.053527	-0.375972	-0.123707
		(0.02116)	(0.00866)	(0.01568)	
0.000000	1.000000	-0.676200	0.026784	-0.363102	-0.072202
		(0.06470)	(0.02649)	(0.04794)	
Log likeli-hood	347.1722				

Tabelle 16: Johansen-Test räumliche Marktabgrenzung mit der Schweiz

Dependent Variable: PD	Method: Least Squares			
Sample: 1999:01 2001:12	Included observations: 36			
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	-0.076856	0.052738	-1.457301	0.1598
PF	0.525256	0.168526	3.116760	0.0052
PNL	0.418507	0.102165	4.096362	0.0005
PI	0.158444	0.099285	1.595845	0.1255
JAN	-0.044228	0.037294	-1.185927	0.2489
FEB	-0.017571	0.038190	-0.460091	0.6502
MAR	0.012196	0.042763	0.285206	0.7783
APR	0.081898	0.044408	1.844199	0.0793
MAI	0.090950	0.055839	1.628785	0.1183
JUN	0.014222	0.062879	0.226183	0.8232
JUL	0.015260	0.049714	0.306948	0.7619
AUG	0.037492	0.037618	0.996642	0.3303
SEP	-0.002839	0.036705	-0.077343	0.9391
OKT	-0.001460	0.037034	-0.039431	0.9689
NOV	-0.003018	0.036793	-0.082032	0.9354
R-squared	0.985436	Mean dependent variable		1.427258
Adjusted R-squared	0.975727	S.D. dependent variable		0.287540
S.E. of regression	0.044798	Sum of squared residuals		0.042145
Durbin-Watson statistic	1.523372	F-statistic		101.4944

Tabelle 17: OLS-Schätzung räumliche Marktabgrenzung ohne Schweiz

Dependent Variable: PCH	Method: Least Squares			
Sample: 1999:01 2001:12	Included observations: 36			
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	2.468187	0.298964	8.255794	0.0000
PD	-0.696204	1.178864	-0.590571	0.5614
PF	0.372048	1.101034	0.337908	0.7390
PNL	0.474806	0.740287	0.641381	0.5286
PI	0.245922	0.567956	0.432995	0.6697
JAN	-0.216130	0.208107	-1.038552	0.3114
FEB	-0.299259	0.207350	-1.443259	0.1644
MAR	-0.244190	0.231463	-1.054987	0.3040
APR	0.014059	0.258602	0.054367	0.9572
MAI	0.066569	0.320143	0.207936	0.8374
JUN	0.246907	0.340098	0.725988	0.4763
JUL	0.237408	0.269168	0.882007	0.3883
AUG	0.026707	0.207975	0.128416	0.8991
SEP	-0.047434	0.198318	-0.239181	0.8134
OKT	-0.128815	0.200076	-0.643829	0.5270
NOV	-0.183542	0.198795	-0.923273	0.3669
R-squared	0.504518	Mean dependent variable		2.913881
Adjusted R-squared	0.132907	S.D. dependent variable		0.259898
S.E. of regression	0.242011	Sum of squared residuals		1.171389
Durbin-Watson statistic	0.421064	F-statistic		1.357651

Tabelle 18: OLS-Schätzung räumliche Marktabgrenzung Schweiz

Legende:

PCH: Schweinepreis Schweiz
PD: Schweinepreis Deutschland
PF: Schweinepreis Frankreich
PNL: Schweinepreis Niederlande
PI: Schweinepreis Italien

Anhang A4

Sample: 1993:01 2003:05 Included observations: 123
Test assumption: Linear deterministic trend in the data
Series: Hinterschinken Braten/Schulter Koteletten Magerspeck Plätzlieckstück Voressen
Exogenous series: JAN FEB MAR APR MAI JUN JUL AUG SEP OKT NOV
Critical values were derived assuming no exogenous series Lags interval: 1 to 1

Eigenvalue	Ratio	Critical Value	Critical Value	No. of CE(s)
0.282098	144.0600	94.15	103.18	None **
0.236911	103.2951	68.52	76.07	At most 1 **
0.223255	70.03821	47.21	54.46	At most 2 **
0.170636	38.96318	29.68	35.65	At most 3 **
0.099254	15.95030	15.41	20.04	At most 4 *
0.024832	3.092930	3.76	6.65	At most 5

*(**) denotes rejection of the hypothesis at 5%(1%) significance level
L.R. test indicates 5 cointegrating equations at 5% significance level

Unnormalized Cointegrating Coefficients:

Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen
0.038206	-0.186913	0.088982	-0.067937	-0.018489	0.137502
-0.026796	-0.336100	-0.045048	-0.019457	0.023421	0.387564
0.065738	0.161054	-0.018799	-0.060174	-0.131534	0.039558
-0.068651	0.086331	-0.023938	-0.037406	0.096008	-0.062693
0.085751	0.025517	-0.040330	-0.047301	0.032146	-0.088737
-0.005643	0.043049	-0.021218	-0.016534	-0.013317	-0.036119

Normalized Cointegrating Coefficients: 1 Cointegrating Equation

Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen	C
1.000000	-4.892201	2.328987	-1.778172	-0.483934	3.598931	2.078833
	(3.17627)	(1.22585)	(0.79795)	(0.52811)	(2.56785)	
Log likelihood	-605.0539					

Normalized Cointegrating Coefficients: 2 Cointegrating Equations

Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen	C
1.000000	0.000000	2.147203	-1.075478	-0.593401	-1.469290	-7.680172
		(0.95720)	(0.42835)	(0.43355)	(1.01713)	
0.000000	1.000000	-0.037158	0.143635	-0.022376	-1.035980	-1.994809
		(0.12229)	(0.05473)	(0.05539)	(0.12995)	
Log likelihood	-588.4254					

Normalized Cointegrating Coefficients: 3 Cointegrating Equations						
Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen	C
1.000000	0.000000	0.000000	-1.251297	-1.833489	2.756244	-4.607418
			(0.37813)	(0.54083)	(1.05133)	
0.000000	1.000000	0.000000	0.146678	-0.000916	-1.109104	-2.047983
			(0.06407)	(0.09164)	(0.17814)	
0.000000	0.000000	1.000000	0.081883	0.577536	-1.967925	-1.431049
			(0.26872)	(0.38434)	(0.74713)	
Log likelihood	-572.8879					
Normalized Cointegrating Coefficients: 4 Cointegrating Equations						
Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen	C
1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	-1.684477	1.120659	-4.884457
				(0.44081)	(0.64852)	
0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	-0.018383	-0.917379	-2.015509
				(0.08644)	(0.12717)	
0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	0.567785	-1.860895	-1.412920
				(0.36283)	(0.53380)	
0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	0.119086	-1.307112	-0.221401
				(0.40269)	(0.59244)	
Log likelihood	-561.3815					
Normalized Cointegrating Coefficients: 5 Cointegrating Equations						
Hinter-schinken	Braten/ Schulter	Koteletten	Mager-speck	Plätzli-eckstück	Voressen	C
1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	-1.323432	-4.633150
					(0.16167)	
0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	0.000000	-0.944052	-2.012766
					(0.02681)	
0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	0.000000	-1.037067	-1.497628
					(0.09877)	
0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	0.000000	-1.134324	-0.239168
					(0.12270)	
0.000000	0.000000	0.000000	0.000000	1.000000	-1.450950	0.149190
					(0.10605)	
Log likelihood	-554.9528					

Tabelle 19: Johansen-Test Schweinefleischprodukte

Dependent Variable: Koteletten		Method: Least Squares		
Sample(adjusted): 1993:02 2003:05		Included observations: 124 after adjusting endpoints		
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	1.283747	0.833189	1.540764	0.1263
Koteletten(-1)	0.919395	0.038927	23.61831	0.0000
Schweine	2.706241	0.343157	7.886308	0.0000
Schweine(-1)	-2.681194	0.346862	-7.729862	0.0000
JAN	0.371375	0.331647	1.119790	0.2653
FEB	-0.086424	0.322791	-0.267741	0.7894
MAR	-0.199779	0.315417	-0.633380	0.5278
APR	0.568504	0.316916	1.793867	0.0756
MAI	0.812804	0.323257	2.514418	0.0134
JUN	1.140306	0.336006	3.393709	0.0010
JUL	0.360122	0.356541	1.010043	0.3147
AUG	0.046951	0.375449	0.125054	0.9007
SEP	-0.282319	0.346022	-0.815899	0.4163
OKT	-0.333995	0.347513	-0.961100	0.3386
NOV	-0.600549	0.332136	-1.808141	0.0733
R-squared	0.900195	Mean dependent variable		18.91539
Adjusted R-squared	0.887376	S.D. dependent variable		2.149731
S.E. of regression	0.721439	Sum of squared residuals		56.73169
Durbin-Watson statistic	2.334859	F-statistic		70.22351

Tabelle 20: Regression Einfluss Schweinepreis auf Kotelettpreis

Pairwise Granger Causality Tests Sample: 1993:01 2003:05 Lags: 2	Obs	F-Statistic	Probability
Schweine does Granger Cause Plätzlieckstück	123	3.48686	0.03379*
Plätzlieckstück does not Granger Cause Schweine		1.17692	0.31182
Schweine does Granger Cause Hinterschinken	123	8.91925	0.00025*
Hinterschinken does not Granger Cause Schweine		1.27462	0.28336
Schweine does Granger Cause Koteletten	123	3.60204	0.03031*
Koteletten does not Granger Cause Schweine		2.93938	0.05678
Magerspeck does not Granger Cause Schweine	123	0.46944	0.62651
Schweine does not Granger Cause Magerspeck		0.24702	0.78153
Voressen does not Granger Cause Schweine	123	0.45235	0.63723
Schweine does not Granger Cause Voressen		2.11541	0.12513
Schweine does Granger Cause Braten/Schulter	123	5.99484	0.00331*
Braten/Schulter does not Granger Cause Schweine		0.65462	0.52151
* denotes rejection of the hypothesis at 5% significance level			

Tabelle 21: Granger-Kausalitäts-Tests Schweinefleischprodukte

Sample(adjusted): 1998:09 2001:12 Included observations: 40 after adjusting endpoints		
Standard errors & t-statistics in parentheses	KOTMIGROS	KOTCOOP
KOTMIGROS(-1)	0.710291	0.964705
	(0.14511)	(0.23688)
	(4.89486)	(4.07248)
KOTCOOP(-1)	0.095642	0.317516
	(0.08823)	(0.14403)
	(1.08401)	(2.20451)
C	0.628891	-2.877862
	(1.78008)	(2.90588)
	(0.35329)	(-0.99036)
KOTCHF	1.116820	0.830714
	(0.12756)	(0.20823)
	(8.75547)	(3.98941)
KOTCHF(-1)	-0.953966	-0.956922
	(0.14784)	(0.24134)
	(-6.45266)	(-3.96501)
R-squared	0.889846	0.853259
Adjusted R-squared	0.877257	0.836489
Sum of squared residuals	20.54806	54.75806
S.E. equation	0.766216	1.250806
F-statistic	70.68444	50.87896

Tabelle 22: Vektor-Autoregression Kotelett trendbereinigt

Pairwise Granger Causality Tests Sample: 1997:08 2001:12 Lags: 1	Obs	F-Statistic	Probability
GESMIGROS does Granger Cause GESCOOP	47	6.95844	0.01149*
GESCOOP does Granger Cause GESMIGROS		12.5745	0.00094*
HPMIGROS does Granger Cause HPCOOP	47	11.3179	0.00160*
HPCOOP does not Granger Cause HPMIGROS		1.00497	0.32159
KOTMIGROS does Granger Cause KOTCOOP	52	16.1983	0.00020*
KOTCOOP does not Granger Cause KOTMIGROS		0.01375	0.90712
MSRMIGROS does not Granger Cause MSRCOOP	52	0.26696	0.60770
MSRCOOP does not Granger Cause MSRMIGROS		3.27986	0.07627
NSPMIGROS does Granger Cause NSPCOOP	47	7.89625	0.00737*
NSPCOOP does not Granger Cause NSPMIGROS		0.35671	0.55340
SBMIGROS does Granger Cause SBCOOP	52	10.5094	0.00214*
SBCOOP does not Granger Cause SBMIGROS		1.78347	0.18789
STPMIGROS does not Granger Cause STPCOOP	52	2.04543	0.15901
STPCOOP does Granger Cause STPMIGROS		14.2178	0.00044*
VESMIGROS does Granger Cause VESCOOP	52	13.4443	0.00060*
VESCOOP does Granger Cause VESMIGROS		5.33763	0.02512*
HSMMIGROS does Granger Cause HSMCOOP	52	10.4963	0.00215*
HSMCOOP does not Granger Cause HSMMIGROS		2.92061	0.09378
* denotes rejection of the hypothesis at 5% significance level			

Tabelle 23: Granger-Kausalitäts-Tests Migros/Coop

Legende:

GES:	Geschnetzeltes	HP:	Halsplätzli	KOT:	Koteletten
MSR:	geräucherter Speck	NSP:	Nierstückplätzli	SB:	Schulterbraten
STP:	Stotzenplätzli	VES:	Voressen Schulter	HSM:	Schinken

Anhang B

Pairwise Granger Causality Tests Sample: 1993:01 2003:05 Lags: 3	Obs	F-Statistic	Probability
Schweine does not Granger Cause Jager20kg	118	1.54368	0.20723
Jager20kg does Granger Cause Schweine		4.71710	0.00389*
Schweine does not Granger Cause Jager30kg	118	1.44836	0.23265
Jager30kg does Granger Cause Schweine		4.79431	0.00353*
Schweine does not Granger Cause Ferkel	118	1.56423	0.20211
Ferkel does Granger Cause Schweine		6.73449	0.00032*
Schweine does not Granger Cause Jager40kg	118	2.08675	0.10604
Jager40kg does Granger Cause Schweine		5.16024	0.00224*
Schweine does not Granger Cause Jager50kg	118	1.32558	0.26972
Jager50kg does Granger Cause Schweine		6.01957	0.00077*
* denotes rejection of the hypothesis at 5% significance level			

Tabelle 1: Granger-Kausalitätstest

B 2.2	**3. TicketCorner**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung vom 1. Dezember 2003 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend TicketCorner wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

Verfügung betreffend Exklusivverträge wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG. Gegen diese Verfügung ist bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO) eine Beschwerde hängig.

Décision portant sur des contrats exclusifs et des pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante selon l'article 7 LCart. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la Commission de recours en matière de concurrence.

Decisione relativa ai contratti esclusivi e alle pratiche illecite di imprese che dominano il mercato giusta l'articolo 7 LCart. Questa decisione è oggetto di un ricorso alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. TicketCorner AG (TicketCorner) zählt zu den führenden Ticketingorganisationen Europas und ist der führende Vertreiber von Eintrittskarten in der Schweiz. TicketCorner gehört zu hundert Prozent der Kudelski-Gruppe, ein weltweit erfolgreicher Anbieter von digitalen Sicherheitslösungen. Für den Vertrieb von Eintrittskarten in der Schweiz verfügt TicketCorner über Vorverkaufsstellen, ein modernes Call Center sowie ein Internet- und ein WAP (Wireless Application Protocol)-Portal. Des Weiteren hat TicketCorner eine Systemplattform entwickelt, welche ihr erlaubt, alle genannten Vertriebskanäle miteinander zu verbinden. Im Normalbetrieb sind somit bis zu [...] Verkaufsstellen und Veranstalter von TicketCorner über diese Plattform miteinander verbunden. Dazu gehören neben den 220 Vorverkaufsstellen, die teilweise mit mehr als einer Station arbeiten, und den 80 Arbeitsplätzen im Call Center auch die Veranstalter, die über das System jederzeit den aktuellen Buchungsstand ihrer Events abfragen können.

2. Gegenstand der Untersuchung sind die Exklusivverträge, welche TicketCorner mit den Veranstaltern abschliesst. Die Verträge werden

auf eine Dauer von drei Jahren abgeschlossen. Die vereinbarte Exklusivität sieht vor, dass für alle Veranstaltungen, welche von einem Veranstalter durchgeführt werden, ausschliesslich TicketCorner als Vertreiber aller Eintrittskarten berechtigt ist. Die Verträge, welche TicketCorner mit den Veranstaltern abschliesst, beinhalten insbesondere folgende Bestimmungen:

> *"1.1. Grundsatz*
>
> *Die Parteien vereinbaren, dass TicketCorner exklusiv als einziger Agent im Namen und auf Rechnung des Veranstalters gegen Bezahlung von Gebühren gemäss Anhang 1 Tickets für alle Veranstaltungen des Veranstalters vertreibt.*
>
> *3.2. Exklusivvertrieb*
>
> *Der Veranstalter räumt TicketCorner für seine Veranstaltungen das ausschliessliche Recht zum Vorverkauf der Tickets über Vorverkaufsstellen, Call Center und Internet ein und stellt TicketCorner alle Veranstaltungsplätze zum Verkauf zur Verfügung. Der Veranstalter verpflichtet sich insbesondere, seine Veranstaltungen in der Schweiz über kein anderes elektronisches Ticketvorverkaufssystem als dasjenige von TicketCorner abzuwickeln. Kontingentierungen sind ausschliesslich gemäss separater, schriftlicher Vereinbarung möglich."*

3. Mit diesen beiden Klauseln garantiert sich TicketCorner eine doppelte Exklusivität, in den meisten Fällen für eine Dauer von drei Jahren:

A. Einerseits auf alle Veranstaltungen eines Veranstalters (Exklusivität A).

B. Andererseits auf allen Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B).

A.2 Verfahren

4. Infolge einer Fernsehsendung vom 1. Mai 2001, aus welcher hervorging, dass die Preise für Tickets im Ausland generell billiger als in der Schweiz sind, hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Ticketverkaufs in der Schweiz im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) beobachtet.

5. Aus der Marktbeobachtung ging hervor, dass die Frage der hohen Preise bereits durch den Preisüberwacher analysiert und ein Missbrauch nach dem Preisüberwachungsgesetz (PüG, RS 942.20) verneint worden war. Die Frage des Preismissbrauchs wurde deshalb vom Sekretariat nicht weiter verfolgt. Allerdings wurde im Rahmen der Marktbeobachtung festgestellt, dass TicketCorner Exklusivverträge mit den

Veranstaltern von Anlässen abschliesst. Deshalb konzentrierte sich die Marktbeobachtung auf den Markt des Vertriebs von Tickets für Veranstaltungen aller Art, wie zum Beispiel Sport- oder Kulturveranstaltungen.

6. Am 17. Juli 2001 erhielt das Sekretariat eine Anzeige von der Firma Resaplus AG (Resaplus) mit Sitz in Genf, welche sich über die Monopolstellung von TicketCorner in der Schweiz und insbesondere über deren Geschäftsmethode beklagte, Verträge mit Exklusivitätsklauseln abzuschliessen. Gemäss Aussage der Resaplus ist es ihr nicht möglich, sich auf dem Markt für den Vorverkauf von Tickets zu etablieren. Verschiedene Veranstalter hätten aufgrund der Exklusivverträge mit TicketCorner keine Tickets über Resaplus vertreiben können, obwohl sie ein Interesse daran gehabt hätten.

7. Am 14. August 2001 hat das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG eröffnet. Ziel der Vorabklärung war es zu ermitteln, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass TicketCorner eine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Vertriebs von Tickets für Veranstaltungen inne hat und ob die Exklusivverträge, die TicketCorner mit Veranstaltern abschliesst, einen Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG darstellen.

8. Im Rahmen der Vorabklärung wurden zirka 80 Veranstalter in der ganzen Schweiz (Sportveranstaltungen, Konzerte, Openair Kinos etc.) und TicketCorner selbst befragt.

9. Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung hat das Sekretariat am 15. April 2002 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen TicketCorner eröffnet. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt.

10. Drei Konkurrenten (TicTec AG, Klicket AG, Resaplus SA) forderten eine Parteistellung im Verfahren, welche ihnen zugesprochen wurde. Des Weitern wurde die Parteistellung auch vier Veranstaltern von Anlässen (Good News Productions AG, Swiss Music Promoters Association[1] [SMPA], Octagon Worldwide Limited und AG Hallenstadion Zürich) gewährt.

[1] Die grössten Konzertveranstalter der Schweiz sind Mitglied der SMPA. Die Mitglieder der SMPA setzen jährlich ca. 80% der verkauften Konzerttickets um.

11. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Konkurrenten von TicketCorner sowie Veranstalter von Anlässen befragt. Aus Effizienzgründen war es nicht möglich, sämtliche Veranstalter von Anlässen in der Schweiz zu befragen, weshalb eine repräsentative Auswahl getroffen wurde. Einerseits wurde an alle Mitglieder der SMPA ein Fragebogen verschickt, um die Vertriebsstruktur für Grossanlässe mit nationaler Bedeutung zu überprüfen. Andererseits wurden alle Veranstalter von Anlässen in einer bestimmten Region befragt. Um sicherzustellen, dass die Ergebnisse der regionalen Umfrage auch auf die ganze Schweiz Gültigkeit haben, wurde die Region aufgrund von folgenden Kriterien ausgewählt:

?? Alle Arten von Veranstaltungen (kleine, grosse, regionaler Bedeutung, nationaler Bedeutung, Theater, Musik, Sport usw.) müssen in der Region organisiert werden.

?? In der Region muss zumindest ein Konkurrent von TicketCorner präsent sein.

?? Eine Liste aller Veranstaltungen, welche innerhalb eines gewissen Zeitraums stattfinden, muss erhältlich sein.

12. Der Kanton Waadt, in welchem verschiedene Konkurrenten zu TicketCorner aktiv sind, hat all diese Kriterien am besten erfüllt. Um Schwankungen zwischen den Jahreszeiten zu vermeiden, wurden die Daten von Anlässen des ganzen Jahres 2001 gesammelt.

13. Mit Schreiben vom 16. Mai 2003 wurde TicketCorner und den anderen Parteien Gelegenheit gegeben, zum Antrag des Sekretariates Stellung zu nehmen. Nach Akteneinsicht vom 20. Juni 2003 hat TicketCorner am 14. Juli 2003 zum Antrag wie folgt Stellung genommen:

?? Es sei festzustellen, dass TicketCorner auf dem Markt für Ticketing (Vertrieb von Tickets aller Art) über keine marktbeherrschende Stellung verfügt.

?? Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die mit den Veranstaltern vereinbarte Exklusivität keine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG darstellt.

?? Die Verfahrenskosten seien vom Staat (Wettbewerbskommission) zu übernehmen.

14. Mit Schreiben vom 27. August 2003 wurden TicketCorner sowie die weiteren beteiligten Parteien zu einem Hearing vor der Weko eingeladen. Gleichzeitig wurden ihnen die Stellungnahmen der anderen Parteien zur Kenntnisnahme verschickt.

15. Am 24. September 2003 nahm TicTec schriftlich zur Stellungnahme von TicketCorner Stellung.

16. Am 6. Oktober 2003 fand das Hearing vor der Weko statt, an welchem TicketCorner, Resaplus, SMPA, GoodNews und TicTec teilge-

nommen haben. Das Protokoll des Hearings wurde den Parteien gleichentags zur Stellungnahme innerhalb von zwei Tagen verschickt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. 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). Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). TicketCorner ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

18. Die Prüfung der Marktbeherrschung eines Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 22 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachfolgend die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird so auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

19. 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).

20. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

23. Um festzustellen, ob sich TicketCorner tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Der relevante Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

24. 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

25. Der Markt für den Vertrieb von Tickets ist ein heterogener Markt. So kann zwischen Art (Sport, Musik, Theater etc.), Grösse beziehungsweise Anzahl der Zuschauer und Bedeutung (das Publikum kann lokal, regional oder national sein) einer Veranstaltung unterschieden werden. Gemäss den Angaben von TicketCorner, welche sich auf den Bericht McKinsey stützt, wird der Markt für den Vertrieb von Tickets in der Praxis in drei Segmente unterteilt: Transporte, Events/Sport und andere (Kinos, Theater, Entertainment, weitere). TicketCorner macht geltend, dass der Vertrieb von Transporttickets auch in den relevanten Markt gehört. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Ticketvertriebssystem für Transporttickets unterscheidet sich insofern von den anderen Segmenten, weil der Vertrieb einerseits meistens nicht im Vorverkauf funktioniert und andererseits der grösste Teil der Transporttickets im Eigenvertrieb durch das Transportunternehmen selber verkauft wird (wie z.B. SBB). Ticketvertriebsunternehmen sind zumindest in der Schweiz auf diesem Segment noch nicht oder sehr gering tätig. Die Weko hat sich deshalb in der vorliegenden Analyse auf die Segmente Events/Sport und "andere" beschränkt.

26. Die Frage einer Marktabgrenzung nach Art der Veranstaltungen innerhalb der Segmenten Events/Sport und "andere" ist zu verneinen. Die Ermittlungen haben ergeben, dass der Vorverkauf für alle Veranstaltungen gleich funktioniert. Die Veranstalter unterscheiden für die Wahl einer Ticketing Organisation nicht nach der Art eines Anlasses. Dementsprechend hat keiner der befragten Organisatoren ausgesagt, dass die Art einer Veranstaltung ein massgebendes Kriterium für die Wahl eines Vertreibers sei. Im Gegensatz dazu hat die Mehrheit der Organisatoren als Hauptkriterien für die Wahl eines Vertreibers dessen

Bekanntheitsgrad, dessen Vertriebsnetz und das Vorhandensein einer Internetseite genannt. Die Ticketing Organisationen bieten im Übrigen die gleiche Dienstleistung an, ungeachtet der Art der Veranstaltung. Auch das Verhalten der Käufer ist dasselbe, ob sie nun ein Ticket für einen regionalen Sportanlass oder für ein nationales Konzert nachfragen. Eine Unterteilung des sachlich relevanten Marktes nach Art des Anlasses ist somit nicht angezeigt.

27. Die Bedeutung und die Grösse der Veranstaltung kann in gewissen Fällen für die Wahl der Ticketing Organisation eine Rolle spielen. Die Wahl einer Ticketing Organisation hängt vom Zielpublikum für die Veranstaltung ab. Eine Ticketing Organisation, welche national verbreitet ist, stellt für den Veranstalter immer ein Substitut zu einer regional verbreiteten Ticketing Organisation dar. Das Gegenteil ist nicht immer gültig, obwohl regionale Ticketing Organisationen auch Tickets für nationale Events verkaufen können. Allerdings können keine klaren natürlichen Grenzen gezogen werden, da sich die regionalen Anlässe einerseits untereinander und andererseits mit den nationalen Anlässen überschneiden. Eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung der Veranstaltung erübrigt sich somit auch.

28. In Analogie zum Markt von Grossverteilern sind die Vertreiber von Eintrittskarten auf zwei verschiedenen Märkten tätig. Einerseits sind sie auf dem Absatzmarkt tätig, auf welchem sie den Zuschauern Eintrittskarten verkaufen, andererseits sind sie auf dem Beschaffungsmarkt tätig, auf welchem sie Verträge mit den Organisatoren von Anlässen aushandeln. Da die in Frage stehende Exklusivitätsklausel nur auf dem Beschaffungsmarkt anzutreffen ist, sind im vorliegenden Fall die Veranstalter von Anlässen Marktgegenseite und nicht die Konsumenten, welche die Tickets kaufen, obwohl sie von den indirekten Folgen eines mangelnden Wettbewerbs betroffen sein könnten.

29. Ticketing Organisationen stellen eine Dienstleistung zur Verfügung, die den Veranstaltern von Anlässen den Verkauf ihrer Tickets erleichtert. Sie sind ein Bindeglied zwischen dem Veranstalter und dem Konsumenten. Die wachsende Anzahl der Anlässe hat zu einem steigenden Bedarf nach Vorverkaufsstellen geführt. Der Vorverkauf ermöglicht ein besseres Management des Anlasses. Durch den Vorverkauf kann der Erfolg eines Anlasses im Voraus besser eingeschätzt werden. Die Veranstalter können beispielsweise viel besser evaluieren, ob noch Werbung für den Anlass getätigt werden muss oder wie viele Leute für die Sicherheit, Platzierung oder Bedienung des Anlasses angestellt werden müssen. Auch aus finanziellen Gründen ist es für die Veranstalter wichtig, den Erfolg oder Misserfolg eines Anlasses einschätzen zu können. Für Openair Veranstaltungen ist der Vorverkauf zudem als Schlechtwetterversicherung unabdingbar. Schliesslich ist der Vorverkauf auch eine kundenfreundliche Dienstleistung. Der Kunde hat sich daran gewöhnt, Tickets im Voraus beziehen zu können. Mit-

tels Vorverkauf kann er sich einen seinen Bedürfnissen entsprechenden Sitzplatz sichern und lange Wartezeiten vor der Kasse vermeiden. Letzteres gilt insbesondere für die heutigen Grossanlässe, für welche es schlicht unmöglich wäre, alle Tickets am gleichen Abend zu verkaufen, ohne extrem hohe Wartezeiten zu riskieren. Heutzutage ist der Vorverkauf somit für viele Veranstalter eine notwendige Dienstleistung geworden. Einzig für kleine, lokale Anlässe ist der Vorverkauf weder effizient noch rentabel und deshalb uninteressant. Letztere Aussage wurde durch die Antworten der Veranstalter von kleinen Anlässen im Kanton Waadt bestätigt.

30. Der Vertrieb von Eintrittskarten im Vorverkauf hat sich im Laufe der Jahre erheblich entwickelt. Der Vorverkauf erfolgte zuerst durch den Veranstalter selbst, durch spezialisierte Vorverkaufsstellen oder durch Geschäfte. Später kam die telefonische Bestellung mit anschliessendem Versand hinzu. Praktisch alle Eintrittskarten waren früher vorgedruckt, so dass jeder Vorverkaufstelle ein Kontingent zugewiesen werden musste. Dies wurde mit dem Wachstum der Anlässe und der Menge der zu verkaufenden Tickets schnell problematisch. Deshalb entstand die Idee, Tickets erst beim Verkauf auszudrucken und über eine Verbindung sicherzustellen, dass nicht mehr Tickets verkauft wurden, als vorhanden sind. Weiter sollten nummerierte Plätze verschiedener Kategorien an verschiedenen Vorverkaufsstellen gleichzeitig online verkauft werden können. Heutzutage ist das Vorhandensein einer Vernetzung (Systemplattform) zwischen den verschiedenen Verkaufsstellen für den Veranstalter eine notwendige Voraussetzung bei der Wahl eines Ticketing Unternehmens geworden. Wie eben erwähnt, ist mit dem Anstieg der Anzahl der zu vertreibenden Tickets deren Kontingentierung nicht mehr effizient. Aus den Stellungnahmen der Veranstalter kommt deutlich hervor, dass eine Vernetzung zwischen den Vorverkaufsstellen absolut nötig ist. Gemäss den Angaben der Veranstalter von nationalen Anlässen ist es insbesondere uneffizient und sehr schwierig, anstatt eines gesamtschweizerischen Netzes verschiedene kleine regionale Netze für den Vorverkauf zu verwenden. Somit stellen nur diejenigen Anbieter, die ebenfalls eine Systemplattform betreiben, eine Alternative zu TicketCorner dar. Nicht vernetzte Vorverkaufsstellen wie einzelne Bäckereien, Läden oder Tourismusbüros gehören deshalb nicht zum relevanten Markt. TicketCorner ist im Übrigen selbst der Ansicht, dass ihre Konkurrenten nur diejenigen Unternehmen sind, die über eine Systemplattform verfügen, den Vertrieb von Tickets betreiben und ein Event Service anbieten.

31. Heutzutage werden Tickets im Vorverkauf über verschiedene Vertriebskanäle verkauft: Vorverkaufsstellen, Call Center, Internet oder WAP. Es stellt sich die Frage, ob für jeden Vertriebskanal (Call Center, Internet, Vorverkaufsstellen etc.) ein eigener Markt abgegrenzt werden muss. Gegen eine Abgrenzung des Marktes nach Vertriebskanälen

spricht jedoch die Tatsache, dass für den Nachfrager der Vertriebskanal als solcher bei der Wahl eines Ticketing Unternehmens nicht im Vordergrund steht. Ticketing Organisationen beschränken sich in der Regel auch nicht auf ein einziges Vertriebsmittel, sondern bieten eine ganze Palette an. Es ist somit von einem Vertriebssystem und nicht von einzelnen Vertriebskanälen auszugehen.

32. Es stellt sich schliesslich die Frage, ob - gemäss den Aussagen von TicketCorner - der Vorverkauf im Eigenvertrieb ein Substitut zum Vertrieb über Dritte darstellt. Diese Frage wurde im Entscheid Fastbox Ticketservice AG offen gelassen (RPW 1997/4, S. 575). Nach Aussagen der Veranstalter ist der Eigenvertrieb nur komplementär zum Vertrieb durch Spezialisten möglich, da sie weder die nötige Infrastruktur (Vertriebsnetz, Personal) noch das Know-how haben, um Tickets ausschliesslich über den Eigenvertrieb zu verkaufen. So ist es einerseits effizienter, mit spezialisierten Unternehmen zusammenzuarbeiten, die bereits über das Know-how und die Infrastruktur verfügen und andererseits für die Veranstalter viel kostengünstiger und zeitsparender, statt eigene Vorverkaufsstellen aufzubauen, direkt mit einem Unternehmen, welches über ein Vertriebsnetz verfügt, zu arbeiten. Trotz dieser Ausführungen kann der Eigenvertrieb nicht ganz aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden. Allerdings muss der Einbezug des Eigenvertriebs durch folgende Einschränkungen relativiert werden: Zum einen sei nochmals erwähnt, dass einzig der Vorverkauf und nicht der Verkauf an der Kasse am Tag der Veranstaltung in den Markt für den Vertrieb von Tickets gehört (vgl. Rz. 29 f.). Zum anderen wurde in Randziffer 30 und 31 erklärt, dass nur diejenigen Ticketingunternehmen, welche über eine Systemplattform und ein Vertriebssystem verfügen, in den relevanten Markt gehören, da es für die Veranstalter wichtig ist, ihre Tickets gleichzeitig an verschiedenen Orten verkaufen zu können. Demzufolge ist der Eigenvertrieb, welcher nicht im Vorverkauf und nicht über ein Vertriebssystem getätigt wird, aus dem relevanten Markt auszuschliessen. Wie später noch gezeigt wird (vgl. Rz. 39), ändert der Einbezug des Eigenvertriebs in den relevanten Markt allerdings nichts in der Analyse der marktbeherrschenden Stellung.

33. Zusammenfassend wird für das vorliegende Verfahren der relevante Markt als Markt für Ticketvertriebssysteme definiert.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

34. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

35. Marktgegenseite von TicketCorner sind im vorliegenden Fall die Veranstalter von Anlässen (vgl. Rz. 28). Die Veranstalter organisieren Anlässe in der Schweiz. Das Zielpublikum ist in der Schweiz. Der Ver-

kauf von Tickets für Veranstaltungen, welche im Ausland stattfinden, ist, wie aus den Ermittlungen hervorgeht, marginal. Die Veranstalter wählen eine Ticketing Organisation nicht nach dem Ort des Anlasses sondern allenfalls nach der Bedeutung der Veranstaltung (vgl. Rz. 26 ff.). So wird jeder Anlass Zuschauer in einem kleineren oder grösseren Umkreis der Veranstaltung anziehen. Diese Regionen überschneiden sich jeweils und decken die ganze Schweiz ab.

36. Der räumliche Markt kann somit als nationaler Markt abgegrenzt werden.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

37. TicketCorner wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

38. TicketCorner ist seit 15 Jahren auf dem Markt für den Vertrieb von Tickets im Vorverkauf tätig. 1987 begann der damalige Schweizerische Bankverein (SBV) unter dem Label "TicketCorner" Tickets zu vertreiben. Einige Jahre später stiegen auch die anderen Grossbanken ins Ticketing-Geschäft ein: 1995 etablierte sich neben dem Konzert-Vorverkaufsspezialisten TicketCorner des SBV der Fastbox Ticketservice, ein Jointventure der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) und der Credit Suisse (CS). Nach dem Zusammenschluss von SBG und SBV zur UBS verkaufte die CS ihren Anteil an Fastbox an die UBS (vgl. RPW 1997/4, S. 572), welche anschliessend "TicketCorner" in die Fastbox integrierte und in TicketCorner AG umbenannte. TicketCorner übernahm 1998 das Call Center "Ticketline", danach "Ticketphone" und schliesslich 2000 Ticket4you. Des Weiteren hat TicketCorner im Juli 2002 die Deutsche Ticketingplattform "qivive" übernommen. Wie aus der Abbildung 1 hervorgeht, nahm das Volumen der umgesetzten Tickets von einem anfänglich relativ bescheidenen Niveau im Jahre 1995 jährlich kontinuierlich zu. TicketCorner zählt heute, nach der Übernahme von "qivive", zu den führenden Ticketing Organisationen Europas. Gemäss Publica Data ist www.ticketcorner.ch die meistgenutzte Schweizer Onlineshop-Internetseite.

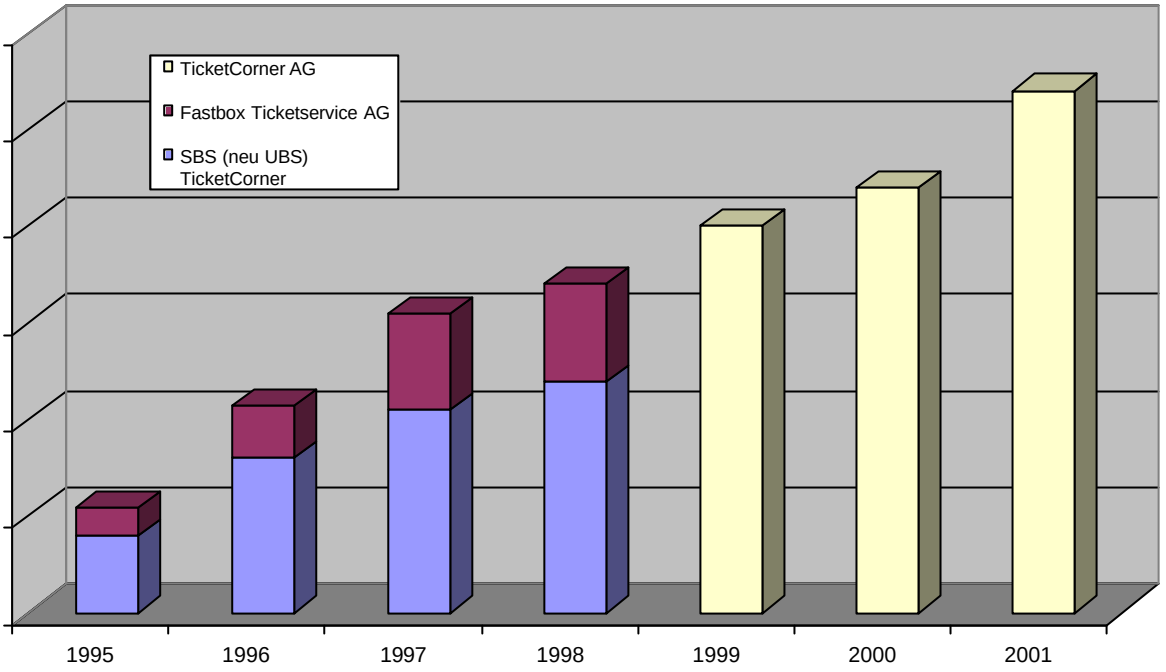


Abbildung 1

39. Abbildung 2 gibt einen Überblick über die aktuellen Konkurrenten von TicketCorner und ihre Marktanteile. Danach verfügt TicketCorner über einen Marktanteil von [70-80]%[2]. Die von TicketCorner erwähnten Unternehmen SBB, CTS Eventim, TicketMaster, Rodrique, Muethos gehören nicht in den oben definierten sachlichen und geografischen relevanten Markt (vgl. B.3.1.1.1 und B.3.1.1.2) und wurden deshalb auch nicht in Abbildung 2 berücksichtigt (vgl. auch unten Rz. 45). In den [70-80]% Marktanteilen von TicketCorner wird der Eigenvertrieb nicht berücksichtigt. Sollte der Eigenvertrieb mitberechnet werden, müssten die Marktanteile gemäss der Marktabgrenzung unter Randziffer 32 berechnet werden, also nur mit dem Eigenvertrieb, welcher nicht im Vorverkauf und nicht über ein Vertriebssystem getätigt wird. Die diesbezüglichen Zahlen sind allerdings nicht vorhanden, weshalb der Eigenvertrieb aufgrund der Angaben von TicketCorner geschätzt werden muss. Gemäss diesen Angaben wäre aber der Marktanteil von TicketCorner mit dem ganzen Eigenvertrieb [40-50]%.[3] Bereits ein Marktanteil von [40-50]% würde als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung genügen. Dies um so mehr, als sich die restlichen Marktanteile auf eine grosse Menge kleiner Unternehmen

[2] Gerundete Summe der exakten Einzelwerte.
[3] Der Vertrieb von Transporttickets, Kinotickets sowie Tickets von Messen wurde nicht in die Berechnung miteinbezogen, da diese wie bereits erklärt nicht in den relevanten Markt gehören.

verteilen. Im vorliegenden Fall wäre die Zahl von [40-50]% zudem an der unteren Schwelle, da sie von einem Gesamtmarkt ausgeht, in welchem auch Ticketverkäufe an der Kasse berücksichtigt sind und zudem auf der Anzahl verkaufter Tickets und nicht auf dem Umsatz basiert.

40. Es ist somit klar ersichtlich, dass TicketCorner weit vor den anderen Anbietern liegt. Der Bekanntheitsgrad von TicketCorner liegt auch weit über dem der anderen Anbieter. So hat die vom Sekretariat angelegte Umfrage bei Organisatoren verschiedenster kultureller und sportlicher Anlässe gezeigt, dass besonders in der deutschen Schweiz andere Anbieter von Ticketingdienstleistungen bei den Nachfragern nahezu unbekannt sind. Nach den eingegangenen Antworten kennen mehrere Nachfrager keinen andern Anbieter als TicketCorner.

	Markt-volumen[4] 2001 in Tausend	Marktanteil in %	Vorverkaufsstellen
TicketCorner	[...]	70%-80%	National (6'000 Vorverkaufsstellen in der ganzen Welt, davon 220 in der Schweiz)
Klicket	[...]	<5%	Verkauft nur über Internet und Call Center
TicTec	[...]	<5%	Regional (Basel, Zürich, Luzern, Riehen) Zusammenarbeit mit Resaplus
Vision One AG	[...]	<5%	Regional (St-Gallen, Liechtenstein, Bern)
In-Szene Ticket	[...]	<5%	Regional (Bern, Thun)
Welcome Tickets	[...]	<5%	Verkauft nur über Internet und Call Center
Hello Yellow	[...]	<5%	Verkauft nur über Internet und Call Center
Cinerent OpenAir AG	[...]	<5%	Regional (Zürich, Basel, Bern)
FNAC	[...]	<5%	Regional (Genf, Lausanne)
Resaplus	[...][5]	<5%	Regional (Romandie) Zusammenarbeit mit TicTec

[4] Marktvolumen = Anzahl Tickets x Verkaufspreis der Tickets.
[5] Resaplus ist erst seit April 2001 auf dem Markt, weshalb der Umsatz für 2001 von 9 Monate auf 12 Monate hochgerechnet wurde.

Billetel[6]	[...]	10%-20%	Regional (Waadt)
Total	[200'000-250'000]	100%	

Abbildung 2

41. Mit 220 Vorverkaufsstellen in der Schweiz, einem modernen Call Center, einem Internet- und einem WAP-Portal verfügt TicketCorner als einzige Anbieterin schweizweit über ein flächendeckendes Vertriebsnetz (SBB, Manor und Globus gehören unter anderem zu den Vorverkaufsstellen von TicketCorner in der Schweiz). TicketCorner macht geltend, dass die Unternehmen TicTec und Resaplus, welche vertraglich zusammenarbeiten, insgesamt über 103 Vorverkaufsstellen in der Schweiz haben. Gemäss den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden sowie der erhaltenen Informationen verfügen diese Unternehmen zusammen lediglich über 28 Vorverkaufsstellen (vgl. Internetseite der beiden Unternehmen).

42. Das flächendeckende Vertriebsnetz von TicketCorner ist für die meisten Nachfrager von Ticketingdienstleistungen der ausschlaggebende Grund für die Partnerschaft mit diesem Unternehmen. Gemäss den Aussagen der Veranstalter ist ein nationales Vertriebsnetz absolut notwendig für den Vorverkauf von Tickets für Anlässe, welche ein breites Publikum erreichen sollen. Zudem wurde die Möglichkeit mit mehreren Ticketing Organisationen zu kooperieren, um die Lücken im Vertriebsnetz auszufüllen, von den Veranstaltern ausgeschlossen (vgl. Rz. 30). So wäre es in der Tat werbetechnisch zu kompliziert und zu aufwändig, je nach Region einen anderen Vertreiber angeben zu müssen. Gemäss den Aussagen der Veranstalter kommt man somit für ein Projekt, für welches eine nationale Abdeckung erforderlich ist, nicht um TicketCorner herum (vgl. Rz. 30). Schliesslich verfügt kein anderes Unternehmen über einen vergleichbaren Bekanntheitsgrad wie TicketCorner. Die anderen Ticketing Organisationen können somit für Anlässe von nationaler Wichtigkeit aufgrund der nur regionalen, teilweise lokalen Abdeckung und ihres geringen Bekanntheitsgrades nicht als hinreichende Alternative zu TicketCorner betrachtet werden.

[6] Infolge verschiedener Informatikprobleme musste Billetel Mitte April 2003 ihre Bilanz deponieren. Die Möglichkeit eines Aufschubs des Konkurses ist zurzeit noch offen. Resaplus hat insbesondere angeboten, ihr Informatiksystem zur Verfügung zu stellen.

43. Wie aus Abbildung 2 hervorgeht, sind auf regionaler Ebene konkurrierende Unternehmen vorhanden. Allerdings sind sie nicht in der Lage, das Verhalten von TicketCorner zu disziplinieren. Die geringen Marktanteile ermöglichen ihnen nicht massgebenden Druck auf TicketCorner auszuüben. Des Weiteren vereinbart TicketCorner eine Exklusivität auf allen Anlässen eines Veranstalters. Ist ein Veranstalter aufgrund eines Anlasses von nationaler Bedeutung darauf angewiesen, mit TicketCorner zusammenzuarbeiten, muss er somit auch die Tickets aller Anlässe von regionaler Bedeutung über TicketCorner vertreiben lassen, obwohl für diese Anlässe Alternativlösungen vorhanden wären. Dies trifft im Übrigen auch für Anlässe in Regionen zu, wo es keine Konkurrenten zu TicketCorner gibt. Somit ist es für die regionalen Konkurrenten nur sehr schwer möglich, ihre Marktanteile zu erhöhen.

44. Das Gleiche gilt auch für die Marktgegenseite. Die Ermittlungen haben ergeben, dass die Veranstalter von Anlässen nicht in der Lage sind, mit TicketCorner zu verhandeln. Verschiedene Unternehmen haben versucht, die Exklusivitätsklausel zu umgehen und Ticketkontingente für einen bestimmten Anlass an eine andere Ticketing Organisation abzugeben, was jeweils von TicketCorner verboten wurde. Die grossen Veranstalter konnten in gewissen Fällen nach harten Verhandlungen eine Umgehung der Exklusivitätsklausel mit TicketCorner vereinbaren und im Ausland (z.B. Opus One und Live Music Production konnten mit TicketCorner vereinbaren, dass im Ausland die Tickets über die FNAC vertrieben werden) oder für gewisse Gebiete Ticketkontingente über einen Konkurrenten von TicketCorner verkaufen. Dabei konnten allerdings nur marginale Kontingente vergeben werden.

45. Wie in Randziffer 39 erwähnt, hat TicketCorner noch weitere Unternehmen als Konkurrenten erwähnt. Diese gehören allerdings nicht in den relevanten Markt: die SBB verkaufen Transporttickets im Eigenvertrieb; CTS Eventim und TicketMaster sind ausländische Unternehmen, welche in der Schweiz keine Tickets vertreiben, und Rodrigue und Muethos vertreiben keine Tickets sondern stellen "softwares" für den Vertrieb her.

46. Die aktuelle Konkurrenz ist somit schwach; sie hat keine disziplinierende Wirkung auf TicketCorner.

B.3.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

47. Die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs hat gezeigt, dass im heutigen Zeitpunkt keine genügende Konkurrenz besteht, um ein unabhängiges Verhalten von TicketCorner auszuschliessen. Die nachfolgende Prüfung des potenziellen Wettbewerbs soll zeigen, ob TicketCorner in naher Zukunft durch zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden könnte.

48. Aufgrund der Tatsache, dass die meisten heute bestehenden Alternativen seit sehr kurzer Zeit auf dem Markt sind (Markteintritt: Klicket, Oktober 2001; In-Szene-Ticket Juni 2001; Resaplus April 2001), ist davon auszugehen, dass TicketCorner in nächster Zeit mit stärkerer Konkurrenz rechnen muss. TicketCorner macht geltend, dass sich der Ticketvertriebsmarkt in einer Expansionsphase befindet und insbesondere das Internet eine grosse Rolle in der zukünftigen Entwicklung des Markts spielt. Dem ist allerdings zu entgegen, dass der Neueintritt von kleinen Unternehmen noch kein genügendes Indiz für eine Marktexpansion ist. Wichtig ist, dass diese Unternehmen über mehrere Jahre auf dem Markt bestehen und sich vergrössern können, was zurzeit in der Schweiz nicht der Fall ist. Zudem wird die Konkurrenzgefahr durch die Exklusivitätsklausel von TicketCorner stark beschränkt. TicketCorner ist selber seit 15 Jahren auf dem Markt für den Vertrieb von Tickets im Vorverkauf tätig. Sie konnte sich ein grosses Netz von Vorverkaufsstellen aufbauen. In den letzten Jahren hat sie auch viele ihrer Konkurrenten übernommen. Zurzeit hat TicketCorner alle wichtigen Veranstalter unter Vertrag. Aufgrund der Exklusivitätsklausel ist es den Veranstaltern nicht erlaubt, anderen Ticketing Organisationen ein Kontingent von Tickets zu überlassen. Dies umso weniger, da TicketCorner drei-Jahres-Verträge mit den Veranstaltern vereinbart, welche nach Ablauf der drei Jahre manchmal gleich wieder erneuert werden (vgl. Rz. 54). Die Konkurrenten haben somit wenig Möglichkeit, ihren Marktanteil zu vergrössern.

49. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Vertrieb von Tickets über das Internet in den nächsten Jahren relevant zunehmen wird und damit der Markteintritt neuer oder bestehender Unternehmen erleichtert würde. Die befragten Unternehmen haben Internet zwar als Zukunftsinstrument erwähnt. Es wurde jedoch jeweils erklärt, dass sich Internet nicht entwickeln könne, solange die Veranstalter durch eine Exklusivklausel an TicketCorner gebunden bleiben. Diesbezüglich ist auch beizufügen, dass www.ticketcorner.ch die meistgenutzte Schweizer Onlineshop-Internetseite ist (vgl. Rz. 38).

50. Schwierig abschätzbar ist zurzeit der Erfolg der neuen Anwendung "SecuTix". Sie ermöglicht, das per Internet bestellte Ticket zu Hause auf dem eigenen Drucker auszudrucken. Die neue Drucktechnologie erlaubt den sicheren Druck von Tickets und Wertpapieren ab Internet auf jedem handelsüblichen Standarddrucker und unter Verwendung von Normalpapier. Der Gang zum Ticketschalter und der teure Postversand entfallen. Eine Buchung ist während sieben Tagen, rund um die Uhr, bis unmittelbar vor der Veranstaltung möglich. Bei den Herstellern "Elca" und der ETH Lausanne sieht man für "SecuTix" vor allem im Transportbereich gute Chancen. "SecuTix" befindet sich an verschiedenen Orten im Testbetrieb. So konnten am Weihnachtsskispringen in Engelberg sowie an den alpinen Ski-Weltmeisterschaften in St. Moritz erstmals Tickets mit SecuTix direkt zu Hause ausgedruckt

werden. Die SBB setzen SecuTix seit November 2002 im Ticketverkauf von "Click&Rail" ein. Obwohl das neue Internet-Druckverfahren erste Anwendungen erfahren hat, scheint es auf dem Ticketing Markt noch keinen grossen Erfolg zu haben. Während der Untersuchung hat keiner der befragten Konkurrenten von TicketCorner SecuTix als potenziellen Konkurrenten erwähnt. Des Weitern, wie in Randziffer 55 erwähnt, erscheint die Entwicklung dieser neuen Technologie durch das Verhalten von TicketCorner zurzeit eingeschränkt. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass SecuTix in den nächsten Jahren die Machtverhältnisse auf dem Ticketing Markt stark verändern wird.

51. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass rasche Marktzutritte beziehungsweise Expansionen bestehender Unternehmen nicht hinreichend wahrscheinlich sind. Es ist auch nicht wahrscheinlich, dass Marktzutritte in Grössenordnungen erfolgen, welche für eine Disziplinierung von TicketCorner sorgen könnten.

B.3.1.2.3 Zwischenergebnis

52. Aus den erwähnten Gründen folgt, dass TicketCorner in der Lage ist, sich auf dem Markt für Ticketvertriebssysteme von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten und somit auf dem erwähnten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt (Art. 4 Abs. 2 KG).

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.3.2.1 Behinderungs- oder Benachteiligungstatbestände

53. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. In Artikel 7 Absatz 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.

54. TicketCorner zwingt allen Veranstaltern Exklusivverträge auf. Diese Exklusivverträge sehen folgende Doppelexklusivität vor:

A. Einerseits eine Exklusivität auf alle Veranstaltungen eines Veranstalters (Exklusivität A).

B. Andererseits eine Exklusivität auf allen Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B).

Die Verträge werden auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen. Der Vertrag ist erstmals nach drei Jahren mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündbar. Unterbleibt eine Kündigung, verlängert sich der Vertrag stillschweigend um jeweils ein Jahr. Oft werden die Verträge aber bei Ende der Vertragsdauer wieder auf drei Jahre hin aus-

gehandelt (wie z.B. mit dem "Festival d'Opéra Avenches" oder dem "OpenAir St.Gallen"[7]).

55. TicketCorner macht geltend, dass die Exklusivverträge faktisch nicht durchgesetzt werden und die Veranstalter die Möglichkeit haben, Tickets auch anderen Ticketing Unternehmen abzugeben. Sie begründet dies insbesondere damit, dass bei [...] abgeschlossenen Verträgen eine einzige fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Einerseits trifft diese Aussage nicht zu, da nach Angaben der Veranstalter zumindest zwei Verträge fristlos gekündigt wurden. Andererseits kann dem Argument von TicketCorner nicht gefolgt werden, da im Falle einer Nichteinhaltung der Exklusivitätsklausel durch den Veranstalter die Kündigung erst die ultima ratio ist. Eine Drohung genügt bereits, um die Verträge durchzusetzen. Die Tatsache, dass nur eine fristlose Kündigung ausgesprochen worden ist, zeigt gerade, dass die Exklusivitätsklauseln eingehalten werden und die Veranstalter nicht in der Lage sind, eine Kündigung zu riskieren. Dies entspricht auch den Aussagen der Konkurrenten. Letztere haben bestätigt, dass die Veranstalter ihre Bereitschaft zur Kontrahierung erklären, jedoch wegen der Bindung mit TicketCorner aufgrund der Exklusivitätsklausel davon abgesehen hätten. Des Weiteren hat sich ein Organisator beschwert, dass er trotz Verhandlungen mit TicketCorner seine Eintrittskarten nicht übers Internet mittels "SecuTix" habe verkaufen können, da TicketCorner ihre Exklusivitätsklausel nicht lockern wollte.

56. Nicht bestritten wird die Aussage, wonach TicketCorner in gewissen Fällen von der Exklusivitätsklausel absieht. Diese Möglichkeit ist aber nur in einer begrenzten Anzahl von Fällen für grosse Veranstalter gegeben, welche über eine entsprechende Verhandlungsmacht verfügen. Zudem sind diese Fälle marginal. Es ist somit davon auszugehen, dass die Exklusivitätsklauseln erzwungen und durchgesetzt werden.

57. Wie bereits oben erwähnt, sollen durch Artikel 7 KG sowohl allfällige andere Wettbewerber als auch die Marktteilnehmer der Marktgegenseite vor gewissen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmer geschützt werden. Obwohl der Beispielskatalog von Artikel 7 Absatz 2 KG einerseits die typischen Fälle der Behinderung und andererseits der Benachteiligungen separat darstellt, können gewisse Praktiken behindernd und benachteiligend zugleich sein. So sind Behinderungspraktiken im Regelfall nur ein Mittel, um das eigentliche Ziel zu erreichen, nämlich Unternehmen der Marktgegenseite auszubeuten (R. ZÄCH, in: SIWR V/2, S. 198). Exklusivklauseln etwa können Konkurrenten behindern und zugleich Geschäftspartner diskriminieren oder benachteiligen (R. ZÄCH, in: SIWR V/2, S. 198; CR Concurrence - EVELYNE

[7] Cf. http://www.ticketcorner.ch, Rubrik "über uns/Info", "Medien".

CLERC, Art. 7 LCart N 207). Im Folgenden wird deshalb überprüft, inwiefern die Exklusivitätsklauseln einerseits die Marktgegenseite benachteiligen und andererseits andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern.

a. Benachteiligung der Marktgegenseite

58. Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG stellt die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen eine unzulässige Verhaltensweise dar. Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn diese unbillig oder unverhältnismässig sind (R. ZÄCH, in: SIWR V/2, S. 214). Vorliegend wird vorerst der Tatbestand der Benachteiligung überprüft. Auf die Frage der Angemessenheit der Einschränkung wird danach (A.1.1.2) eingegangen.

59. Die Veranstalter haben wegen den Exklusivverträgen mit TicketCorner nicht mehr die Möglichkeit mehrere Anbieter für ihren Kartenverkauf zu verpflichten. Nach Angaben der Organisatoren von Grossveranstaltungen verfügt keines der konkurrenzierenden Unternehmen über ein schweizweit verbreitetes Verkaufsnetz. TicketCorner ist demnach heute ein unausweichlicher Partner für Grossveranstalter. Eine Mehrheit der angefragten Veranstalter ist jedoch mit der Exklusivität nicht zufrieden. Dies zeigt die Tatsache, dass sie, falls sie unter mehreren Anbietern wählen könnten, nicht alle ihre Eintrittskarten an Ticketcorner zum Vertrieb geben würden. Die Organisatoren stehen deshalb vor einem Dilemma: Entweder halten sie die vertragliche Beziehung mit TicketCorner aufrecht und verzichten auf eine breitere Streuung des Kartenvertriebs, oder sie wählen einen oder mehrere Konkurrenten von TicketCorner und müssen auf ein schweizweit verbreitetes Vertriebsnetz verzichten.

60. Für gewisse regionale Veranstaltungen gibt es zwar Alternativen zu TicketCorner. Allerdings können die Veranstalter wegen der Exklusivität A auch für regionale Veranstaltungen das Ticketing Unternehmen nicht frei wählen: Falls ein Veranstalter nur eine schweizweit verbreitete Veranstaltung organisiert und für diese auf eine Zusammenarbeit mit TicketCorner angewiesen ist, wird er für alle anderen Veranstaltungen auch mit TicketCorner zusammenarbeiten müssen. Somit ist die Marktgegenseite wegen der Exklusivverträgen auch für kleine Veranstaltungen benachteiligt.

61. Die Möglichkeit für die Veranstalter, Tickets für eine gleiche Veranstaltung über verschiedene Ticketing Unternehmen vertreiben zu können, würde ihnen erlauben, einerseits regional gut verbreitete Ticketing Unternehmen anzufragen und andererseits eine bessere Verhandlungsposition bezüglich der Konditionen (Preis, Dienstleistung etc.) für den Vertrieb zu haben. Da der freie Wettbewerb aber durch die Exklusivitätsklausel verhindert wird, können die Veranstalter kei-

nen Druck auf die Preise und die Dienstleistungen der TicketCorner ausüben.

62. Weil TicketCorner als einziges schweizweit verbreitetes Ticketingunternehmen ein unausweichlicher Partner im Eintrittskartenvertrieb ist, sind die Veranstalter gezwungen, die Exklusivitätsklausel zu akzeptieren und damit auf zusätzliche Vertriebspartner zu verzichten. Dies obwohl die meisten Veranstalter ihre Eintrittskarten zusätzlich von einem oder mehreren Konkurrenten der TicketCorner vertreiben möchten. Die Handlungsfreiheit der Veranstalter ist somit offensichtlich eingeschränkt.

b. Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs

63. Mit den Exklusivverträgen behindert TicketCorner zudem andere Unternehmen im Aufbau eines eigenen Verkaufsstellennetzes. Andere Anbieter können keine Verträge mit potenziellen Kunden (Veranstaltern) abschliessen, da diese bereits an TicketCorner gebunden sind. Die Exklusivitätsklausel bewirkt demnach eine Behinderung der Konkurrenten in der Aufnahme des Wettbewerbs (vgl. RPW 1999/1, S. 75 ff.).

64. Die Exklusivitäten A und B verstärken sich gegenseitig. Einerseits ist es mit der Exklusivität B praktisch nie möglich, dass verschiedene Ticketing Unternehmen gleichzeitig für die gleiche Veranstaltung Tickets vertreiben. Die Veranstalter können dementsprechend nicht gleichzeitig regionale und nationale Vertreiber wählen. Andererseits verhindert die Exklusivität A, dass Ticketing Unternehmen, welche noch nicht über ein grosses Vertriebsnetz verfügen, ihr Vertriebsnetz je vergrössern können, weil sie nicht in der Lage sind, Kontingente von Tickets zu verkaufen. Selbstverständlich bleibt es dem Veranstalter überlassen zu entscheiden, ob es für ihn effizient ist, nur ein oder mehrere Unternehmen mit dem Vertrieb der Tickets zu beauftragen. Auf diese Frage wird später nochmals vertieft eingegangen (vgl. Rz. 69 f.). Dementsprechend stellt auch die Exklusivität B eine Behinderung der anderen Unternehmen dar.

65. Die Exklusivitätsklauseln A und B erschweren somit den Marktzugang und die Entwicklungsmöglichkeiten der Konkurrenten. Folglich liegt eine Behinderung der Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG vor. Die Behinderung wird zudem durch das kombinierte Vereinbaren der Exklusivitäten A und B erschwert.

B.3.2.2 Missbräuchlichkeit

66. Die Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme und Ausübung von Wettbewerb ist nach Artikel 7 KG unzulässig, wenn sie auf dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beruht. Die Kausalität zwischen Marktdominanz und wettbewerbsschädlichem Verhalten ist vorliegend gegeben. Wie soeben dargelegt wurde, er-

möglicht es die marktbeherrschende Stellung von TicketCorner, Exklusivität zu erzwingen und somit einerseits die Marktgegenseite zu benachteiligen und andererseits andere Unternehmen auf dem Markt für Ticketvertriebssysteme in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

67. Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie unbillig oder unverhältnismässig sind (R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern, Stämpfli, 1999, Rz. 393). Zur Feststellung der Unbilligkeit bedarf es einer Abwägung der Interessen der Beteiligten (Marktbeherrscher, Handelspartner und Konkurrenten) (CR Concurrence - EVELYNE CLERC, Art. 7 LCart N 205). Den Interessen der Beteiligten wird dann genüge getan, wenn das Interesse des Marktbeherrschers und der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Bei der konkreten Beurteilung der Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen ist nicht nur der Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners Rechnung zu tragen, sondern es sind dabei auch die Behinderungswirkungen zulasten dritter Konkurrenten zu berücksichtigen (Botschaft 1994, S. 106, Sonderdruck; RPW 1999/1, S. 75 ff.; Komm. KG - HOFFET, Art. 7, Rz. 12).

68. Im Folgenden wird somit vorerst geprüft, inwiefern sachliche Gründe (so genannte "legitimate business reasons" oder Effizienzgründe) für das Verhalten von TicketCorner vorliegen. Als solche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht (Botschaft 1994, Sonderdruck, S. 102). In einem zweiten Schritt wird sodann überprüft, ob das Vereinbaren von "doppelten" Exklusivverträgen ein taugliches und verhältnismässiges Mittel für das Erreichen der Effizienzziele ist.

a) Vorliegen von Effizienzgründen

69. Die in diesem Fall möglichen Effizienzgewinne sind a) administrative Vereinfachungen, b) Sicherstellung einer angemessenen Ausbildung der Verkäufer und c) Verhinderung von Trittbrettfahrer-Verhalten (free riding)[8]. Diese Effizienzziele betreffen in der Regel den umgekehrten Fall, bei welchem die Veranstalter und nicht die Vertreiber Exklusivität vorsehen. Demzufolge ist auch unbestritten, dass der Veranstalter die Exklusivität vereinbaren kann, wenn er es wünscht.

70. In der vorliegenden Situation aber, wo der Vertreiber die Exklusivität erzwingt, könnte lediglich der dritte Rechtfertigungsgrund (Trittbrettfahrer-Verhalten) geltend gemacht werden. In dem Fall beispielsweise, wenn mit dem Vertrieb auch die Werbung für die Veran-

[8] Unter Trittbrettfahrer-Verhalten wird das Verhalten eines Unternehmens verstanden, welches über die Investitionen, z.B. Beratungs- oder Werbeaufwand, eines anderen Anbieters des Produktes profitiert, ohne jedoch die Investition mitzutragen.

staltung gemacht wird. In diesem Sinne könnte sich TicketCorner weigern, die Werbung für eine Veranstaltung zu übernehmen, wenn sie nicht alle Tickets dieser Veranstaltung vertreibt. Sie kann dies aber nicht über allgemeine Exklusivitätsklauseln rechtfertigen. Insbesondere wenn der Veranstalter die Werbung für seine Veranstaltung selber übernimmt, scheint die Erzwingung von Exklusivitäten durch den Veranstalter nicht notwendig.

71. TicketCorner macht geltend, dass die Exklusivität aus praktischen Gründen zwingend sei. TicketCorner vereinbart zum Beispiel in gewissen Fällen, dass bei einer Absage der Veranstaltung die Tickets rückvergütet werden. Diese Dienstleistung würde von anderen Ticketvertreiber nicht angeboten. Bei Veranstaltungen, bei denen eine Rückvergütung durch TicketCorner vereinbart worden ist, sei die Exklusivität zwingend notwendig, da es ansonsten kaum möglich wäre, herauszufinden, ob ein Ticket bei einer Vorverkaufsstelle von TicketCorner oder anderswo gekauft worden sei. Zudem sei Exklusivität notwendig beim Verkauf von nummerierten Plätzen, damit sichergestellt werden könne, dass ein Platz nicht mehrmals verkauft werde.

72. Tatsächlich aber verkauft eine Mehrheit der Veranstalter ihre Eintrittskarten auch selber, manchmal über die Plattform von TicketCorner. Wenn beide nicht die gleiche Plattform benutzen (TicketCorner und der Veranstalter) gibt es zwei Vertriebskanäle, die nebeneinander existieren und demnach aufeinander abgestimmt werden müssen. Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb Probleme bei zwei Vertriebskanälen nur dann entstehen, wenn der zweite Vertriebskanal ein Konkurrent von TicketCorner ist, während es im Falle des Eigenvertriebs möglich ist, diese Ungereimtheiten zu lösen.

73. Wie bereits oben erwähnt (Rz. 69), treffen diese Probleme (z.B. Doppel- bzw. Mehrverkauf der gleichen Eintrittskarte) in erster Linie die Veranstalter und nicht die Vertreiber von Eintrittskarten. Dies trifft insbesondere auf das Argument der Rückerstattungsproblematik zu. Wenn TicketCorner tatsächlich als einziger Vertreiber von Billetten eine Rückerstattung ermöglicht, würde das sogar zu einem Wettbewerbsvorteil für TicketCorner führen. Des Weiteren erklärt dies nicht, weshalb TicketCorner auch eine Exklusivität auf alle Veranstaltungen eines Veranstalters vereinbaren muss. Demnach ist es dem Organisator und nicht dem Vertreiber zu überlassen, ob er nur einen oder mehrere Kontrahenten für den Vertrieb seiner Eintrittskarten wählen will und wie er allenfalls die Probleme des Doppelverkaufs oder der Rückerstattung lösen will.

74. TicketCorner macht weiter geltend, dass ihr die Exklusivität A ermögliche, nicht für jeden Anlass eines Veranstalters einen neuen Vertrag abschliessen zu müssen. Hierin liegt kein sachlicher Grund, welcher das Verhalten von TicketCorner rechtfertigen könnte. Vorerst muss festgehalten werden, dass dieses Argument höchstens auf Veran-

stalter mit mehr als einem Anlass zutreffen würde. Zudem dürften die Vertragsabschlusskosten eher gering sein, da TicketCorner jeweils Standardverträge brauchen könnte. Schliesslich werden die Kosten für den Vertragsabschluss wohl auf den Kunden überwälzt. Die Veranstalter sollen deshalb selber entscheiden können, ob sie den Aufwand und die Kosten in Kauf nehmen wollen.

75. Schliesslich erklärt TicketCorner, dass sie - falls sie keine Exklusivverträge für die grossen Veranstaltungen vereinbaren kann - die Kosten für den Vertrieb der Tickets von kleinen Veranstaltungen anderer Unternehmen nicht mehr übernehmen könnte. Hiemit gibt TicketCorner zu, dass sie das Vertreiben von Tickets kleiner Unternehmen durch die Einnahmen des Vertriebs der grossen Unternehmen quersubventioniert. Wenn das Vertreiben von Tickets für kleine Veranstaltungen teurer ist als für grosse, so muss dies durch differenzierte Preise für die Dienstleistung kompensiert werden, nicht aber durch Exklusivverträge, die zu einer Quersubventionierung von den Grossen zu den Kleinen führen. Dieses Argument geht somit fehl und würde vielmehr in Richtung Preisunterbietung zulasten der kleineren Wettbewerber deuten. Zudem ist Quersubventionierung ein Indiz einer marktbeherrschenden Stellung. Da dieser Sachverhalt aber nicht Gegenstand der Untersuchung ist, wird darauf nicht weiter eingegangen, dies um so mehr, da die marktbeherrschende Stellung bereits begründet wurde (vgl. B.3.1.2).

76. Weitere Gründe, welche das Verhalten von TicketCorner rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

b) Verhältnismässigkeit der Exklusivitätsklauseln

77. Grundsätzlich dient die Exklusivität dazu, die Veranstalter an TicketCorner zu binden. Eine Bindung der Kunden könnte aber auch über andere weniger einschränkende Mittel erreicht werden, wie zum Beispiel Mengenrabatte. Das Vereinbaren von Mengenrabatten, welche sich durch Skalenerträge rechtfertigen liessen, wäre grundsätzlich zulässig (Botschaft 1994, S. 105 [Sonderdruck]; Eu-Kommission, Abl. L 143 vom 31.5.2002, S. 1 ff., Michelin). So erachtet es die REKO/WEF im Fall Telecom PTT-Fachhändlerverträge, mindestens vorderhand nicht für ausgeschlossen, dass neben quantitativ begründeten Rabatten (Mengenrabatten) auch qualitativ begründete Rabatte zulässig sind, wenn echte Leistungen honoriert werden und die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, Konkurrenzprodukte zu führen (vgl. RPW 1998, S. 675, E. 5.1., Swisscom/Weko).

78. Allerdings ist nicht jede Form von Treuerabatten zulässig. So wurde zum Beispiel die gegenüber Exklusivitätsklauseln mildere Massnahme der Treuerabatte im Falle Hoffmann-La Roche von der EU-Kommission verboten (Abl. 1976 L 223/36 f. Vitamine; EuGH, Slg. 1979, 557, Hoffmann-La Roche/Kommission - Urteil). In diesem Fall gewährte

Hoffmann-La Roche ihren Vitaminkunden Rabatte, die nicht nach der Menge der Bezüge abgestuft waren. Vielmehr wurde die Rabatthöhe danach bemessen, ob ein Unternehmen seinen gesamten Vitaminbedarf oder einen sehr bedeutenden Teil hievon ausschliesslich bei Hoffmann-La Roche deckte. Diese Verhaltensweise wurde als missbräuchlich eingestuft, weil ein solches Rabattsystem die Abnehmer davon abhält, auch bei der Konkurrenz einzukaufen und somit einer Exklusivität gleichkommt (vgl. R. ZÄCH, in: SIWR V/2, S. 188 f.).

79. Im vorliegenden Fall vereinbart TicketCorner Exklusivverträge, ohne dafür eine Gegenleistung anzubieten. Dieses Verhalten ist unverhältnismässig und nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Das Verhalten von TicketCorner ist um so mehr unverhältnismässig, als TicketCorner die Exklusivität A und B kombiniert vereinbart. Zudem wird die Exklusivität A für eine Dauer von drei Jahren vereinbart.

80. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass das Verhalten von TicketCorner missbräuchlich ist.

B.3.3 Ergebnis

81. Nach dem Gesagten verfügt TicketCorner auf dem Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung. Die Auferlegung der Exklusivitäten durch TicketCorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organisators (Exklusivität A) und für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bildet eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG. Das Vereinbaren von Exklusivitätklauseln ist nicht missbräuchlich, wenn die Exklusivität vom Veranstalter aus freien Stücken schriftlich vorgeschlagen wird.

82. Den heute noch geltenden Verträgen von TicketCorner liegen unzulässige Exklusivitätsklauseln zugrunde. Diese Exklusivitäten sind für die Veranstalter unverbindlich (RPW 1999/1, S. 72 f.).

C. Kosten

83. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall TicketCorner.

84. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Dagegen besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

85. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

86. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

87. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. TicketCorner verfügt im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung.

2. Sowohl die Auferlegung von Exklusivitäten durch TicketCorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organisators (Exklusivität A) als auch jene für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bildet eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

3. TicketCorner wird untersagt, ihren Vertragspartnern eine oder beide Exklusivitäten gemäss Ziffer 2 des Dispositivs direkt oder indirekt aufzuerlegen oder ihnen gegenüber auf andere Weise durchzusetzen.

4. Es wird TicketCorner untersagt, sich auf die Exklusivitätsklauseln im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs in den Verträgen, die zurzeit in Kraft sind, zu berufen.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 3 des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hiefür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. [Kosten]

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

B 2.2	**4. Association des cliniques privées de Genève**

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Décision du 5 avril 2004 en l'affaire enquête selon l'article 27 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251) concernant l'Association des cliniques privées de Genève relatif à un accord illicite selon l'article 5 LCart

Einstellungsverfügung vom 5. April 2004 in der Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend die Vereinigung der Genfer Privatkliniken im Zusammenhang mit einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Décision de clôture du 5 avril 2004 dans l'enquête selon l'article 27 LCart concernant l'Association des cliniques privées de Genève relatif à un accord selon l'article 5 LCart

Decisione di chiusura del 5 aprile 2004 nell'inchiesta ai sensi dell'articolo 27 LCart concernente l'associazione delle cliniche private di Ginevra relativa a un accordo giusta l'articolo 5 LCart

A. Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête

1. Au cours de son enquête menée à l'encontre des membres de l'association des médecins du canton de Genève, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a pris connaissance de l'existence d'une convention portant sur l'hospitalisation en division privée et semi-privée (ci-après la convention) entre les cliniques membres de l'association des cliniques privées de Genève (ACPG) et les assureurs-maladie.

2. La convention prévoit un tarif pour un certain nombre de prestations fournies dans le secteur semi-privé et privé (cf. ch. 11).

A.2 Procédure

3. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert le 24 janvier 2003 une enquête préalable au sens de l'article 26 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251) contre les membres (cf. pièce 1) de l'ACPG afin d'examiner les effets sur la concurrence de la convention.

4. Les membres de l'ACPG ont accepté d'être représentés par cette association, laquelle a mandaté [...] de défendre ses intérêts. Au cours de la procédure, l'ACPG a été interrogée.

5. Durant l'enquête préalable, il a été constaté que les membres de l'ACPG étaient des entreprises au sens de la LCart et qu'il n'existait pas

de prescriptions réservées (cf. art. 3 LCart). Par ailleurs, la procédure a révélé des indices d'une restriction illicite à la concurrence. C'est pourquoi, le 18 août 2003, le Secrétariat a décidé, en accord avec un membre de la présidence, d'ouvrir une enquête au sens de l'article 27 LCart. Durant cette procédure, les cliniques privées du canton de Genève ont été interrogées.

6. Le 29 août 2003, le représentant de l'ACPG a indiqué, au cours d'une conversation téléphonique, que sa mandante n'était pas opposée à un règlement à l'amiable.

7. Par courrier du 24 octobre 2003, il a confirmé que les cliniques membres de l'ACPG ont décidé de ne pas reconduire la convention 2003.

8. Un projet de décision a été remis le 19 décembre 2003 aux parties. Celles-ci ont pris position par courrier du 2 février 2004. Par ailleurs, le mandataire des parties a informé le Secrétariat par courrier du 10 février 2004 qu'il ne représentait plus leurs intérêts.

B. Considérants

9. Selon la pratique de la Commission de la concurrence, une enquête au sens de l'article 27 LCart est à classer sans suite lorsque, d'une part, les parties, à l'encontre desquelles la procédure d'enquête a été ouverte, cessent leur comportement présumé contraire à la concurrence et, d'autre part, lorsqu'aucun intérêt public impose l'analyse matérielle définitive d'un tel comportement (RPW/DPC 1999/3, p. 463 ss.).

B.1 Fin du comportement présumé illicite

10. L'enquête avait pour objet la convention portant sur l'hospitalisation en division privée et semi-privée entre les cliniques membres de l'association des cliniques privées de Genève (ACPG) et les assureurs-maladie.

11. Cette convention prévoyait un tarif uniforme pour différentes prestations. Mentionnons à titre d'exemples les frais de salle de réveil, de salle d'opération, de salle d'accouchement, les taxes de soins et de surveillance paramédicale, ainsi qu'un tarif uniforme pour des gestes médicaux ou du matériel (appareil à oxygène, contrôle des signes vitaux etc.). Ce tarif était élaboré au sein de l'ACPG. En revanche, les frais de chambre et pension étaient différents d'une clinique à l'autre. En conséquence, le tarif joint à la convention était un accord au sens de la LCart.

12. L'engagement par l'ACPG de ne pas renouveler la convention en 2004 enlève tout objet à la procédure.

B.2 Aucun intérêt public pour la poursuite de l'enquête

13. Même lorsque le comportement illicite cesse au cours d'une procédure, l'enquête peut être poursuivie s'il existe un intérêt public suffisant pour un jugement matériel du cas.

14. En l'espèce, il n'existe aucun intérêt public qui s'oppose à la clôture de cette enquête. La poursuite de la procédure afin d'éclaircir de façon définitive l'état de fait n'est donc pas nécessaire.

B.3 Résultat

15. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion que l'enquête contre les membres de l'ACPG peut être close.

C. Frais

16. L'Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la Loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2) a été modifiée le 12 mars 2004 et est entrée en vigueur le 1er avril 2004. Selon la disposition transitoire relative à la modification, si des procédures administratives et des prestations de services sont encore en cours lors de l'entrée en vigueur de la modification, les dispositions de l'ancien droit relatives au calcul des émoluments et des débours sont applicables aux dépenses effectuées avant la date d'entrée en vigueur.

17. Conformément à l'article 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision de clôture, soit les membres de l'ACPG (cf. ch. 3).

18. Dans une procédure qui porte sur des restrictions à la concurrence, les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable n'ont pas à verser des émoluments, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart, let. b de l'ordonnance modifiée). Par contre, il y a obligation de s'acquitter des émoluments lorsque les parties cessent l'activité présumée illicite et que le litige devient sans objet (cf. décision du Tribunal fédéral concernant le cas BKW FMB Energie AG, du 25.4.2002, 2A.481/2001, RPW/DPC 2002/3 p. 538 ss.). Dans le cas d'espèce, l'obligation pour les membres de l'ACPG de s'acquitter des émoluments est donc donnée.

19. En vertu de l'article 4 alinéas 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à CHF 130.- l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

20. Dans le cas présent, la Commission de la concurrence est d'avis qu'il n'y a aucun motif justifiant une augmentation ou réduction de l'émolument. Par conséquent, pour les [...] heures consacrées à la présente procédure, le montant de CHF 130.- est applicable. Les émoluments s'élèvent dès lors à CHF [...].

21. Outre les émoluments, l'assujetti est également tenu de rembourser les débours (art. 5 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart). Ceux-ci s'élèvent à 1,5% des émoluments, lorsqu'il n'y a pas eu de débours extraordinaires. Dans le cas présent, ils s'élèvent par conséquent à CHF [...].

22. Le total des frais de procédure est mis, à parts égales, à la charge des destinataires de la décision qui en sont solidairement responsables.

D. Dispositif

La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent décide que

1. L'enquête contre les membres de l'Association des Cliniques privées de Genève est close.
2. [Frais]
3. [Voies de droit]
4. [Notification]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese**
B 2.3	**1. UBS AG/Motor-Columbus AG**

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Mai 2004

A. Sachverhalt

1. Am 12. Mai 2004 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben UBS AG und Motor-Columbus AG erhalten. Durch einen Aktienkauf wird UBS 55,6% der Aktien an Motor-Columbus halten und damit die **alleinige Kontrolle** über die Motor-Columbus erwerben.

2. Die **UBS AG (UBS)** ist ein globales Finanzinstitut mit Sitz in Zürich und Basel. Ihre Haupttätigkeiten betreffen Asset Management, Wealth Management, Investment Banking und Wertschriftenhandel sowie - in der Schweiz - das Retail- und Firmenkundengeschäft. UBS hat eine 100%-Beteiligung an der CapVis (C.I.) Ltd. CapVis (C.I.) Ltd. ist der General Partner von mehreren Limited Partnerships, welche ihrerseits eine Beteiligung an der **ETAVIS AG** (vormals "ABB Gebäudetechnik") halten. Ansonsten hält UBS keine kontrollierenden Beteiligungen an Unternehmen, welche in der Schweiz im selben Bereich tätig sind wie die Motor-Columbus. Die **Motor-Columbus AG (Motor-Columbus)** mit Sitz in Baden ist eine Aktiengesellschaft, deren operativen Tätigkeiten im Bereich der Energie liegen und in der Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) zusammengefasst sind, an welcher die Motor-Columbus 58,5% aller Namenaktien hält. Daneben ist die Motor-Columbus an verschiedenen Immobilien- und Finanzgesellschaften beteiligt, welche aber mit vorliegendem Fall in keinerlei Zusammenhang stehen. **Atel** ist ein europaweit tätiges Energieunternehmen mit Sitz in Olten. Ihre Kernkompetenzen sind der Stromhandel und -vertrieb, die Stromerzeugung, die Stromübertragung und die Energiedienstleistungen.

3. Die **RWE Plus Beteiligungsgesellschaft Zentrale mbH (RWE plus)** mit Sitz in Essen (Deutschland) ist die Veräusserin der Aktien, welche von der UBS mittels Aktienkaufvertrag erworben werden. RWE plus ist eine 100%-Tochtergesellschaft der deutschen RWE AG (RWE). RWE ist über ihre Tochtergesellschaften in den Geschäftsfeldern Energie, Bergbau und Rohstoffe, Mineralöl und Chemie, Entsorgung, Maschinenbau und Bau tätig.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (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

5. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

6. Beim vorliegenden Sachverhalt handelt es sich um einen **Erwerb der Kontrolle** eines Unternehmens über ein bisher unabhängiges Unternehmen im Sinne von Artikel 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und demzufolge um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

7. Das meldepflichtige Unternehmen ist die UBS. Diese plant, 101'200 Inhaberaktien der Motor-Columbus (entspricht 20% des Aktienkapitals der Motor-Columbus) von RWE plus sowie 37'253 Namenaktien der Atel (entspricht 1,23% des Aktienkapitals der Atel) zu erwerben.

8. Bisher hielt die UBS 35,6% des Aktienkapitals der Motor-Columbus. Mit Vollzug des Aktienkaufes wird die UBS an der Motor-Columbus 55,6% der Aktien halten und damit über die Stimmenmehrheit in der Generalsversammlung verfügen. Des Weiteren wird UBS auch den Verwaltungsrat der Motor-Columbus kontrollieren können.

B.2 Meldepflicht

9. Beim vorliegenden Sachverhalt handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 9 KG, wie aus unten stehender Tabelle ersichtlich ist.

	Weltweiter Umsatz 2003	**Umsatz in der Schweiz 2003**
UBS	CHF 33'972 Mio.	CHF 13'278 Mio.
Motor-Columbus	CHF 5'285 Mio.	CHF 859 Mio.
Total	CHF 39'257 Mio.	CHF 14'137 Mio.

10. Die beteiligten Unternehmen erreichen somit die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

11. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

12. 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 betei-

ligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevanter Markt

B.3.1.a Sachlich relevanter Markt

13. 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).

14. Motor-Columbus ist in den folgenden Bereichen tätig:

?? **Strom**

- ?? Stromerzeugung
- ?? Stromübertragung
- ?? Stromverteilung und -versorgung
- ?? Stromhandel

?? **Energiedienstleistungen**

- ?? Energieversorgungstechnik
- ?? Gebäudetechnik und -management
  - ?? Elektroinstallationen

15. Es wird im vorliegenden Fall nur der **Markt für Elektroinstallationen** einer genaueren Prüfung unterzogen werden, da sich in keinem anderen Markt die Tätigkeiten der UBS und der Motor-Columbus überschneiden, das heisst, es gibt in diesen Märkten keine Anteilsadditionen. Der sachlich relevante Markt für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist demzufolge der Markt für Elektroinstallationen.

B.3.1.b Räumlich relevanter Markt

16. 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).

17. Der Zusammenschluss von UBS und Motor-Columbus betrifft die ganze Schweiz, weshalb diese den räumlich relevanten Markt darstellt.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

18. 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).

Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich Elektroinstallationen in der Schweiz

	Marktanteil 2003
UBS (ETAVIS)	[<10%]
Motor-Columbus (AIT)	[<10%]
Total	**[<20%]**

19. Der kumulierte Marktanteil von UBS (ETAVIS) und Motor-Columbus (AIT) beträgt nach oben stehender Tabelle [<20%] und überschreitet demnach den Schwellenwert von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht. Der Markt für Elektroinstallationen ist demzufolge nicht als vom Zusammenschluss betroffener Markt zu bezeichnen. Dementsprechend erübrigt sich eine eingehende Marktanalyse.

B.3.3 Ergebnis

20. 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 Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

21. Das Sekretariat beantragt aus diesem Grund, auf eine eingehende Prüfung zu verzichten.

B 2.3 2. UTC/EADS Revima

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 7. Juni 2004

1. Am 14. Mai 2004 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss werden die United Technologies Corporation ("UTC") und die EADS Revima S.A. ("EADS Revima") die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen EADS Revima APU SAS, eine Tochtergesellschaft der EADS Revima, übernehmen.

2. Innerhalb der EADS-Konzerngruppe ist die EADS Revima APU SAS für den Geschäftsbereich Unterhalt, Reparatur und Wartung (Maintenance, Repair and Overhaul; nachfolgend "MRO") von so genannten

Auxiliary Power Units (nachfolgend "APU") zuständig. Bei APU handelt es sich um kleine, gasturbinenbetriebene Motoren, die üblicherweise im hinteren Teil eines Flugzeuges montiert werden und die Versorgung mit Elektrizität und Druckluft sicherstellen, während sich das Flugzeug am Boden befindet.

3. Die Parteien gehen von einem weltweiten Markt für MRO-Dienstleistungen für APU für kommerzielle Verkehrsflugzeuge aus.

4. Keines der beteiligten Unternehmen erreicht in der Schweiz alleine einen Marktanteil von 20%. Ebensowenig erreichen die Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von 30%. Somit liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

5. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 7. Juni 2004 für unbedenklich erachtet.

B 2.3 3. KKR/DYNAMIT NOBEL

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 15. Juni 2004

1. Am 15. Juni 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach erwirbt Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P., New/York/USA (nachfolgend: KKR), über Rockwood Holdings Inc. (nachfolgende: Rockwood), eine bestehende Portfolio Gesellschaft, die zurzeit im Eigentum und unter der Kontrolle von KKR steht, die Kontrolle über die Dynamit Nobel AG, Troisdorf/Germany (nachfolgend: DN).

2. Der Zusammenschluss wird aus folgenden Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken:

a. DN ist ein Dienstleistungsunternehmen im Bereich der Spezialitätenchemie und Werkstoffe mit Sitz in Troisdorf, Germany. DN hält die folgenden Gesellschaften in der Schweiz mit 100% des Aktienkapitals: Rohner AG, Pratteln, und Chemetall, Dietikon. DN erzielt in keinem ihrer Aktivitätsbereiche einen Marktanteil von mehr als 30% in der Schweiz. Eine Ausnahme bilden die auf Lithium basierenden Produkte, bei welchen DN einen Marktanteil von schätzungsweise [70-80]% in der Schweiz erzielt (in weltwei-

tem Markt für auf Lithium basierende Produkte erzielte DN im Jahr 2003 einen Marktanteil von [50-60]%). In allen anderen Bereichen liegt der Marktanteil von DN unter 30%.

b. Rockwood ist ein weltweit tätiges Spezialitätenchemie-Unternehmen mit Sitz in Amerika. Rockwood hat 13 verschiedene Geschäftseinheiten in den Bereichen anorganische Pigmente, einer Vielzahl von speziellen Additiven, Chemiespezialitäten und chemische Produkte für die Elektronindustrie. Rockwood geht davon aus, dass sie in keinem ihrer Aktivitätsbereiche einen Marktanteil von mehr als 30% in der Schweiz erzielt. KKR ist weder im Bereich der auf Lithium basierenden Produkte noch in einem verwandten Bereich aktiv. Des Weitern kommt es auf keinem der Märkte zu Marktanteilsadditionen.

c. Da es zu keiner Marktanteilsadditionen kommt und keine spezifischen Synergien ermöglicht werden, ändert der geplante Zusammenschluss nichts an der Wettbewerbssituation und der Marktstruktur in diesem Bereich. Es gibt keine horizontalen Überlappungen zwischen den Aktivitäten der Parteien. Gleichzeitig erzielt KKR keine Umsätze in Produktesegmenten, in denen DN aktiv ist, und DN hat keinerlei Aktivitäten in Bereichen, in denen KKR aktiv ist.

3. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 15. Juni 2004 für unbedenklich erachtet.

B 2.3	**4. Sanofi-Synthélabo SA/Aventis SA**

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

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

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

Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 25 juin 2004

A En fait

1. Le 25 mai 2004, la Commission de la concurrence (Comco) a reçu une notification annonçant que l'entreprise Sanofi-Synthélabo SA a décidé d'acquérir le contrôle de l'entreprise Aventis SA. L'opération de concentration a d'abord consisté en une offre publique non sollicitée de Sanofi-Synthélabo sur Aventis. Cette offre a été suivie d'une offre en surenchère, qui est celle qui a fait l'objet de la notification. La première offre a été déposée en France le 26 janvier 2004 et déclarée recevable par l'Autorité des Marchés Financiers le 3 février 2004. L'offre en surenchère a été déposée auprès de cette même autorité le 4 mai

2004 et le visa accordé le 7 mai 2004. L'offre en surenchère est ouverte depuis le 12 mai 2004. L'opération conduira à la prise de contrôle exclusive d'Aventis par Sanofi-Synthélabo.

2. L'opération de concentration envisagée a été notifiée aux autorités de la concurrence de l'Union européenne le 9 mars 2004. La Commission a autorisé l'opération par décision du 26 avril 2004. Cette décision a été assortie de mesures correctives sous la forme de cession ou de vente de licences pour les produits suivants: Vitamine B12, produits des classes C1F, C4A, C5B, J1F, J1X1, M1C, M3B, N5B, héparines et dérivés et traitements du cancer colorectal.

3. Le 1er juin 2004, les parties ont autorisé la Comco à entrer en relation avec l'Union européenne pour tout ce qui concerne ce dossier. Par courrier du 2 juin 2004, le secrétariat a informé Sanofi-Synthélabo que la notification du 25 mai 2004 n'était pas complète et a indiqué à cette entreprise les éléments nécessaires qui étaient manquants. Par courrier du 4 juin 2004, Sanofi-Synthélabo a complété ladite notification. Sur la base de ces documents, des concurrents des entreprises participantes ont été interrogés.

4. Sanofi-Synthélabo SA est une société régie par le droit français, cotée à la bourse de Paris et de New York et domiciliée à Paris. Elle est la société mère du groupe Sanofi-Synthélabo, groupe pharmaceutique international actif dans la recherche, le développement, la production et la commercialisation de produits pharmaceutiques. En Suisse, le groupe est présent par le biais de sa filiale Sanofi-Synthélabo (Suisse) SA, Genève.

5. Au 31 décembre 2003, l'actionnariat de Sanofi-Synthélabo était réparti de la manière suivante:

- capital détenu par le public: 48,2% (soit 35,4% en droits de vote)
- Total SA: 24,4% (soit 35% en droits de vote)
- L'Oréal : 19,5% (soit 28% en droits de vote)
- participation propre de la société: 6,8%
- actionnaires salariés de Sanofi-Synthélabo: 1,1% (soit 1,5% en droits de vote)

6. Aventis SA est une société régie par le droit français, cotée à la bourse de Paris, New York et Francfort et domiciliée à Strasbourg. Elle est la société mère du groupe Aventis, groupe pharmaceutique international actif avant tout dans la recherche, le développement, la production et la commercialisation de produits pharmaceutiques. En Suisse, le groupe est présent par le biais de sa filiale Aventis AG, Zurich.

7. Au 31 décembre 2003, l'actionnariat d'Aventis était réparti comme suit:

?? capital détenu par le public: 80,2% (soit 82,51% des droits de vote)

?? actionnaires salariés et anciens salariés d'Aventis: 3,5% (soit 3,59% des droits de vote)

?? groupe Kuwait Petroleum: 13,5% (soit 13,9% des droits de vote)

?? participation propre de la société: 2,8%

8. Comme motifs ayant mené à l'opération, les parties font valoir les arguments suivants:

?? l'augmentation de la taille du groupe concentré

?? la qualité et la complémentarité des produits existant dans le portefeuille des deux compagnies

?? des capacités de recherche et développement augmentées ainsi que l'augmentation de nouveaux produits dans le pipeline des deux compagnies et

?? l'opportunité de réaliser d'importantes réductions de coûts et d'autres synergies

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

9. La Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1.1 Entreprise

10. Selon le Message concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la Loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

B.1.1.2 Concentration d'entreprises

11. L'opération projetée consiste en la prise de contrôle exclusif d'Aventis par Sanofi-Synthélabo et constitue donc une concentration au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart.

B.1.2 Prescriptions réservées

12. Selon l'article 3 alinéa 1 LCart sont réservées les prescriptions qui sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de

caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). D'autre part, selon l'article 3 alinéa 2 LCart, cette dernière n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle y sont en revanche soumises.

13. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription réservées. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéa 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

B.1.3 Obligation de notifier

14. En 2003, les entreprises participantes ont réalisé un chiffre d'affaires mondial de CHF [...] mia. En Suisse, le chiffre d'affaires de Sanofi-Synthélabo s'est élevé à CHF [...] mio et celui d'Aventis à CHF [...] mio. L'opération devait dès lors être notifiée conformément à l'article 9 alinéa 1 LCart.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés pertinents

B.2.1.1 Marchés des produits

15. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

16. Sanofi-Synthélabo n'est pas active sur les marchés des **vaccins humains** et de la **santé animale**. Dès lors, l'opération envisagée n'amène à aucune addition de parts sur ces marchés. Ils ne seront dès lors pas analysés.

17. Les parties sont actives sur le marché des produits pharmaceutiques destinés à traiter des maladies humaines. Afin de définir le marché de produit, la Comco s'est fondée dans ses décisions antérieures[1] sur la classification ATC (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index; http://www.ephmra.org), élaborée à l'initiative de l'une des associations européennes des entreprises pharmaceutiques, la "European Pharmaceutical Market Research Association" (EPhMRA). Cette classification est aussi utilisée par la Commission européenne et les autorités allemandes de la concurrence.[2] Enfin, elle est reconnue par l'OMS.

[1] Cf. par ex. Pfizer/Pharmacia, DPC 2003/2, p. 317 ss.
[2] Cf. par ex. IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm du 13 septembre 1997, IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz du 17 juillet 1996.

18. La classification ATC classe les médicaments en fonction de leur domaine thérapeutique, indications et propriétés pharmaceutiques. Elle est hiérarchisée et contient 16 catégories (A, B, C, D etc.). Chaque catégorie peut être subdivisée en quatre niveaux. La classe de niveau 1 (ATC1) est la plus générale et la classe de niveau 4 (ATC4) est la plus spécifique. Il convient de noter par ailleurs que cette classification n'est pas figée mais évolue en permanence en fonction des découvertes de nouveaux produits ayant de nouvelles applications thérapeutiques ou de nouveaux modes d'action. Ces évolutions n'ont cependant pas entraîné de bouleversements majeurs à ce jour car la classification ATC4 a jusqu'à présent permis de compléter les insuffisances du niveau 3 en intégrant de nouveaux critères. Ainsi, les parties se sont basées sur la classification ATC EPhMRA 2003.

19. La classe de niveau 3 (ATC3) est généralement celle utilisée par la Comco pour définir les marchés car elle correspond à l'usage thérapeutique du médicament. Les produits regroupés sous une classe ATC3 doivent donc être en principe substituables entre eux. Toutefois, il peut être nécessaire d'appréhender un marché, soit à d'autres niveaux de la classification ATC (notamment l'ATC4), soit en regroupant certains produits figurant dans plusieurs classes.[3]

20. Le marché relevant est en principe défini au niveau des producteurs par rapport aux différents produits pharmaceutiques destinés à traiter les maladies humaines et leur classification ATC. Les marchés qui ne suivent pas cette règle sont appelés dans le présent document "marchés retraités".

B.2.1.2 Marché géographique

21. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

22. Selon l'article 9 de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh; RS 812.21), la mise sur le marché de médicaments prêts à l'emploi nécessite une autorisation donnée par Swissmedic. Celle-ci n'est donnée que si la preuve est apportée que le médicament est de qualité, sûr et efficace (art. 10 LPTh). Par ailleurs, aussi bien l'importation de médicaments en Suisse que l'exportation hors de Suisse nécessitent une autorisation (art. 18 à 22 LPTh).

[3] Pfizer/Pharmacia, DPC 2003/2, p. 317.

23. Enfin, bien que les importations parallèles de médicaments soient soumises à une procédure simplifiée (cf. art. 14 al. 2 et 3 LPTh), elles n'ont pas eu lieu pour le moment, vraisemblablement en raison d'exigences élevées.

24. De ce fait, en raison des dispositions étatiques réglementant l'autorisation, le marché géographique est le marché suisse.[4]

B.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

25. Selon l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE, les entreprises doivent renseigner sur tous les marchés géographiques et de produits qui sont touchés par l'opération envisagée. Si une entreprise détient en Suisse 30% ou plus des parts sur ce marché, respectivement si deux entreprises ou plus disposent en commun de 20% ou plus des parts de marché, une description approfondie de ces marchés portant notamment sur la structure de la distribution et de la demande ainsi que l'importance de la recherche et du développement devra être faite. Par la suite, seuls seront analysés les marchés sur lesquels ces seuils sont atteints, respectivement dépassés.

26. Concernant la méthodologie, l'analyse des différents marchés a pris en compte la situation des deux entreprises en Suisse sous différents aspects. Tout d'abord, il a été tenu compte, tant de ces entreprises que de leurs concurrentes, des produits actuellement en développement (ci-après dans le pipeline) surtout les produits qui sont dans les phases 2-3, proches de la mise sur le marché. De même, il a été tenu compte des produits dont la demande d'autorisation pour leur mise sur le marché est déjà déposée auprès de Swissmedic. Ensuite, les produits commercialisés par ces entreprises à l'étranger ont aussi été intégrés dans l'analyse dans la mesure où ils pourraient dans un proche avenir se retrouver commercialisés en Suisse. Rappelons que la mise sur le marché suisse de tels produits demande de six à huit mois, selon Swissmedic.

27. Dans ce contexte, il est aussi opportun de souligner que Sanofi-Synthélabo et Aventis développent des produits destinés au traitement de certaines maladies, sans toutefois disposer actuellement de produits existants pour ces pathologies. Ces produits en développement n'amèneront pas à la création ou au renforcement d'une position dominante et ils ne seront pas traités en détail.

[4] Pfizer/Pharmacia, DPC 2003/2, p. 318.

28. Mentionnons enfin qu'Aventis a récemment cédé sa filiale RPG spécialisée dans les médicaments génériques au groupe pharmaceutique indien Ranbaxy. De ce fait, l'analyse a essentiellement porté sur les produits actuellement commercialisés tant en Suisse qu'à l'étranger, mais ne s'est pas attardée sur la possibilité de cette entreprise d'introduire des génériques dans un marché déterminé.

B.2.2.1 Parts de marché dépassant 20%

29. Ci-dessous le tableau des produits pharmaceutiques pour lesquels les parties détiennent, cumulativement, une part de marché de plus de 20%.

Tableau 1: Parts de marché dépassant 20%

ATC 3	Parts de marché en pourcentage		
	Sanofi-Synthélabo	Aventis	Sanofi-Synthélabo - Aventis
Cancer colorectal, marché retraité	[50-60]	[20-30]	[70-80] (marché retraité[5])
Héparines et dérivés, marché retraité	[40-50]	[10-20]	[50-60] (marché retraité)
Traitement de font de la polyarthrite rhumatoïde, marché retraité	[0-10]	[20-30]	[30-40] (marché retraité)
N5B (Hypnotiques et sédatifs)	[20-30]	[0-10]	[30-40]
R5C (Expectorants)	[10-20]	[0-10]	[20-30]
A7E (anti-inflammatoires intestinaux)	[20-30]	[0-10]	[20-30]
N3A (anti-épileptiques)	[20-30]	[0-10]	[20-30]

[5] Marché qui n'a pas été défini conformément à la classification ATC.

B.2.2.1.1 Introduction

30. Les produits relevant des classes R5C, A7E et N3A ne seront pas analysés plus en détail dans la présente décision, ces marchés n'étant pas problématiques dans la mesure où on ne saurait envisager ni création, ni renforcement d'une position dominante.

31. En effet, sur le marché des produits de la classe R5C, les entreprises participantes disposeront d'une part de [20%-30%] (cf. tableau 1) après l'opération grâce aux médicaments Rhinathiol et Toplexil alors que deux autres entreprises détiendront respectivement [20%-30%] (Zambon) et [10%-20%] (Ibsa). Par ailleurs, il existe bon nombre de petits concurrents sur ce marché.

32. De même, sur le marché des produits de la classe A7E, les entreprises participantes disposeront d'une part de [20%-30%] (cf. tableau 1) après l'opération. Elles seront concurrencées par l'entreprise Medichemie ([40%-50%] des parts de marché), Ferring ([10%-20%] des parts de marché), AstraZeneca ([10%-20%] des parts de marché) et Pfizer ([0%-10%] des parts de marché).

33. Enfin, sur le marché des produits de la classe N3A, les entreprises participantes disposeront d'une part de marché de [20%-30%] (cf. tableau 1) après l'opération. Elles seront concurrencées par Pfizer ([20%-30%] des parts de marché), GlaxoSmithKline ([10%-20%] des parts de marché) ainsi que de nombreux autres acteurs.

34. Les autres produits, à savoir ceux permettant de traiter le cancer colorectal, les héparines et dérivées et les produits des classes M1C et N5B, ont été analysés compte tenu des informations ressortant de la notification ainsi que des informations supplémentaires apportées par les entreprises participantes pour compléter leur notification. Une analyse approfondie des engagements pris par les entreprises vis-à-vis des autorités européennes a été nécessaire afin de vérifier leurs éventuels effets sur le marché suisse. Les autorités européennes ainsi que des concurrentes des entreprises participantes ont du reste été questionnées à ce sujet. Par ailleurs, l'existence de produits commercialisés par les entreprises participantes à l'étranger et leur éventuelle commercialisation en Suisse ont aussi été pris en compte, ces produits pouvant le cas échéant accroître dans un proche avenir les parts de marché des entreprises participantes. A ce sujet, les parties ont fourni les assurances nécessaires pour que sur les marchés analysés cette problématique ne se pose pas.

B.2.2.1.2 Traitement du cancer colorectal

a) Définition du marché retraité

35. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "L" (antinéoplasiques et immunomodulateurs) comprend une sous-classe ATC2 "L1" qui regroupe les cytostatiques. Cette classe L1 est elle-même sub-

divisée et contient, au niveau 3 de la classe ATC, les classes ATC3 "L1A" (agents alkylants), "L1B" (antimétabolites), "L1C" (Vinca-alkaloïdes), "L1D" (antibiotiques cytostatiques) et une classe "L1X" regroupant les autres cytostatiques non apparentés aux familles précédemment citées.

36. La classification ATC3 des cytostatiques repose principalement sur des propriétés pharmacologiques selon le site d'action de l'agent chimiotoxique destiné à éliminer les cellules souches cancéreuses. Toutefois, en matière de thérapeutique et face à une pathologie dont le pronostic reste vital, il est fréquent de recourir à des associations cytotoxiques dont les sites et les modes d'actions sont synergiques et concourent à un bénéfice statistiquement mesuré par un accroissement de la médiane de survie.

37. Le choix de ces protocoles est adapté au type de tumeur, solide ou hématologique, à sa classification histologique et plus généralement à la localisation tumorale. Ils peuvent également varier selon le stade de différenciation de la maladie: localisée ou présentant une dissémination sous forme de métastases.

38. Il doit enfin être précisé que des composés appartenant à la même classe peuvent être très proches ou, au contraire, différer fortement en matière de spectre d'activité ou de tolérance.

39. Dans ce contexte, deux approches principales du marché affecté des cytotoxiques sont envisageables: d'une part, une approche ATC3 trop restrictive, par rapport à la pratique thérapeutique, complétée de l'approche ATC2, imprécise car regroupant des produits d'utilisations très différentes; d'autre part, une approche par localisation tumorale, conforme à la pratique thérapeutique.

40. La Commission européenne a déjà analysé les produits en développement dans ce secteur dans plusieurs décisions, en distinguant selon le type de cancer auquel le traitement en développement est destiné, par exemple cancer de la prostate[6], cancer colorectal ou lymphome non-Hodgkinien[7] ou selon les mécanismes d'action des traitements qui s'attaquent aux cancers de manière différente.[8] Il s'agit d'un domaine où l'état de la connaissance évolue en permanence et où la R&D est très vive (tant en matière de produits qu'au niveau de la recherche fondamentale).

[6] Décision COMP/M.2312 du 28 février 2001, Abbott/BASF, pt. 28.
[7] Décision COMP/M.1846 du 8 mai 2000, Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, pts. 212 ss.
[8] Décision COMP/M.1878 du 22 mai 2000, Pfizer/Warner-Lambert, pt. 79.

41. Dans plusieurs décisions, les parties ont évoqué les classes L1, L1C et L1X.[9]

42. Par ailleurs, en ce qui concerne spécifiquement le cancer colorectal (mais toujours en matière de R&D), la Commission européenne a pu distinguer en particulier les produits permettant de prévenir le développement de polypes menant à la formation d'un cancer (Celebrex de Pfizer) des produits de traitement du cancer colorectal avancé (Camptosar de Pfizer). En effet, ces produits ne sont pas utilisés pour la même indication au même moment.[10]

43. La Comco partage cette opinion et considère que, en ce qui concerne les produits analysés dans cette décision, le marché doit être déterminé en fonction de la localisation tumorale, c'est-à-dire tenant compte des classes L1, L1C et L1X.

b) Analyse de la concurrence actuelle

44. Au sein du marché ATC2 "L1" des cytostatiques, les principaux produits des parties actuellement commercialisés en Suisse sont les suivants:

Sanofi-Synthélabo:

?? Eloxatin (oxaliplatine) est un agent alkylant dérivé du platine (famille des organoplatines), indiqué pour le traitement des cancers colorectaux métastatiques, seul ou en association le plus généralement avec le 5-fluorouracile ("5FU"). Ce produit est classé au sein de l'ATC3 L1X ([10%-20%] de parts de marché dans cette classe). Lancé en 1996, Eloxatin est commercialisé depuis 1999 en Suisse [...].

Aventis:

?? Campto (irinotecan ou CPT11) est un agent intercalant, inhibiteur de la topoisomérase I. Ses indications sont le traitement des cancers colorectaux avancés, en association avec le 5FU et l'acide folinique. Campto est classé dans la classe ATC3 L1C. Aventis commercialise Campto sous licence de Yakult Honsha et principalement en Europe, en Afrique et en Asie (Campto n'est pas commercialisé aux États-Unis ni au Japon par Aventis) [...].

[9] Voir les décisions précitées Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, pt. 213, et Pfizer/Warner-Lambert, pt. 77.
[10] Décision COMP/M.1835 du 30 mars 2000, Monsanto/Pharmacia & Upjohn, pt. 42.

Tableau 2: Traitement du Cancer colorectal

Acteur	2001		2002		2003	
	Value		Value		Value	
	000'	%	000'	%	000'	%
Sanofi	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]	[...]	[50-60]
Aventis	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]	[...]	[20-30]
Sanofi-Aventis	[...]	[60-70]	[...]	[60-70]	[...]	[70-80]
Roche	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Valeant Pharma	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Autres	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Marché total	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Source: IMS, calculé en Euro

45. Comme le démontre le tableau ci-dessus, les parts de marché en Suisse de Sanofi-Synthélabo et Aventis cumulées seraient de [70%-80%] ([50%-60%] venant de la vente d'Eloxatin et [20%-30%] de la vente de Campto). Les principaux concurrents sur le marché colorectal sont Roche avec son médicament Xeloda détenant une part de marché de [20%-30%], Valeant Pharma avec 5-fluorouracile détenant [0%-10%] de parts de marché.

46. Sanofi-Synthélabo n'est actuellement présente que dans le domaine du cancer colorectal et du cancer de la prostate (et uniquement aux États-Unis pour ce dernier), tandis qu'Aventis commercialise ses produits pour le traitement du cancer du poumon, du cancer du sein et du cancer colorectal via une licence.

47. Sanofi-Synthélabo s'est engagée auprès de la Commission européenne à céder le contrat de licence d'Aventis conclu avec la société Yakult Honsha Company détenu sur le produit Campto et notamment tous les droits et obligations qu'Aventis détient au titre de la licence Yakult dans l'ensemble des pays couverts par ce contrat de licence, y compris la Suisse. L'engagement comprend donc le transfert, au bénéfice du futur acheteur, des permis et autorisations administratives relatives à la commercialisation de ces médicaments, y compris des autorisations accordées par Swissmedic à Aventis et/ou à ses filiales en Suisse. **Pour ce motif, à la suite de cette cession, un nouveau concurrent apparaîtra sur le marché avec une part de [20%-30%].**

48. Suite à l'opération de concentration envisagée, la nouvelle entité sera présente sur le marché avec une participation de [50%-60%] due au seul produit de Sanofi-Synthelabo Eloxatin.

c) Analyse de la concurrence potentielle

49. Sanofi-Synthélabo ne possède qu'un seul produit en développement Eloxatine qui est en pré-enregistrement pour une indication adjuvante. Une thérapie adjuvante est un traitement appliqué en complément d'une thérapie primaire avec pour objectif de détruire toutes les cellules cancéreuses susceptibles de s'étendre.

50. Aventis dirige trois projets en développement en phase 1/2a dans le domaine du cancer colorectal Alvac CEA, Alvac - p53 et DSLIM avec deux mécanismes d'action différents: vaccins cytostatiques et produit antisense.

51. Novartis, Schering, Johnson & Johnson, GlaxoSmithKline et Roche développent également 5 produits en phase 3, au total, plus de 50 produits sont en développement (en phase PC et phase 1 ainsi que près de 30 produits en phase 2) dans le domaine du cancer colorectal chez un grand nombre de concurrents avec de nombreux types de mécanismes d'action, ce qui va encore renforcer la concurrence sur ce marché.

d) Conclusions

52. Compte tenu de ce qui précède et eu égard aux réponses données par les principaux concurrents, il apparaît que l'opération envisagée ne risque pas de créer ni de renforcer une position dominante sur le marché des traitements du cancer colorectal.

B.2.2.1.3 Héparines et dérivés

a) Définition du marché retraité

53. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "B" (sang et organes produisant du sang) comprend une sous-classe ATC2 "B1" qui concerne les agents antithrombotiques. Cette sous-classe B1 est elle-même subdivisée et contient en particulier la classe ATC3 "B1B" qui regroupe les anticoagulants injectables. Les anticoagulants injectables sont principalement utilisés pour prévenir ou traiter les troubles thromboemboliques aigus, i.e. l'obstruction d'une veine ou d'une artère avec thrombose (formation de thrombus ou caillot).

54. En dérogation de la définition selon la classe ATC3, les parties proposent de redéfinir le marché en prenant les deux premières classes ATC4, B1B1 - héparines non fractionnées - et B1B2 - héparines fractionnées - en ajoutant encore le produit Arixtra de Sanofi-Synthélabo.

55. L'héparine non fractionnée est une substance d'origine naturelle extraite de divers tissus bovins ou porcins (poumons ou foie de bœuf ou de porc). C'est un mélange de principes actifs dont certains possè-

dent de puissantes propriétés anticoagulantes. Les héparines fractionnées sont des fragments d'héparine obtenus par dépolymérisation d'héparines naturelles non fractionnées. Le fractionnement permet une meilleure biodisponibilité et une réponse thérapeutique plus prévisible à doses fixes et la réduction des effets secondaires plaquettaires.

56. Arixtra (fondaparinux) a été commercialisé en 2002 dans la prévention de la thrombose veineuse profonde et de l'embolie pulmonaire dans le cadre d'une chirurgie orthopédique [...].

57. Selon les parties, le choix d'inclure Arixtra dans le marché des héparines fractionnées et non fractionnées (B1B1+B1B2), qui correspond à la position adoptée par la Commission européenne dans sa décision Hoechst/Rhône Poulenc[11], tient au programme de développement d'Arixtra dont l'objectif est d'obtenir l'enregistrement dans toutes les indications des héparines et offre ainsi une alternative, obtenue par voie synthétique, aux produits issus de l'extraction animale (tels les héparines). Arixtra a donc vocation à concurrencer directement les héparines figurant dans les classes B1B1 et B1B2.

58. La Commission européenne a décidé d'analyser l'opération envisagée sur la base du marché tel que décrit par les entreprises participantes c'est-à-dire B1B1, B1B2 et Arixtra. Au vu des informations en sa possession et eu égard à l'évolution sur ce marché, la Comco se rallie à cette opinion.

b) Analyse de la concurrence actuelle

59. Les produits des parties actuellement en vente en Suisse dans le domaine des anticoagulants injectables sont les suivants:

Sanofi-Synthélabo

Héparines non fractionnées

?? Calciparine (heparine) est un produit de la première génération des héparines. Commercialisé en 1963, il n'est plus protégé par aucun droit de propriété intellectuelle;

[11] Décision IV/M.1378 du 9 août 1999, Hoechst/Rhône-Poulenc.

Héparines fractionnées ("HBPM"):

?? Fraxiparine (nadroparine calcique) est une héparine injectable de bas poids moléculaire. Mis sur le marché en 1986, Fraxiparine, qui est commercialisé dans plus de 100 pays (hors États-Unis et Japon), a vu ses indications s'élargir au fil des ans. Initialement destiné à la prévention de troubles thromboemboliques veineux, Fraxiparine permet aujourd'hui également leur traitement. Fraxiparine est aussi utilisé, notamment, dans les traitements des syndromes coronariens aigus.

?? Fraxiforte (nadroparine calcique) est une formulation particulière de la nadroparine spécifiquement dédiée au traitement curatif des troubles thromboemboliques veineux qui permet une administration unique par voie injectable. Lancé en 1998, Fraxiforte permet de diminuer la durée d'hospitalisation, facilite le traitement hors hôpital et le rétablissement des patients. Tout comme Fraxiparine, Fraxiforte n'est plus protégé par aucun droit de propriété intellectuelle en Suisse.

Héparines de synthèse:

?? Arixtra (fondaparinux) relève d'une nouvelle génération d'antithrombotiques de synthèse. Il s'agit d'un pentasaccharide qui agit spécifiquement par inhibition du facteur de coagulation Xa. Arixtra est commercialisé depuis 2002 dans la prévention de la thrombose veineuse profonde et de l'embolie pulmonaire dans le cadre d'une chirurgie orthopédique.

Aventis

Héparines fractionnées:

?? Clexane (enoxaparine) est une héparine de bas poids moléculaire présentant une large gamme d'indication. Ce produit est vendu en Suisse depuis 1988 sous le nom de Clexane. Clexane est indiqué pour la prévention de la thrombose veineuse profonde post-opératoire, pour le traitement et la prévention de la thrombose veineuse avec ou sans embolie pulmonaire, pour le traitement de l'angor instable et de l'infarctus du myocarde sans onde Q ainsi que pour éviter les thromboses veineuses chez les patients hospitalisés gravement malades [...].

60. Aventis ne commercialise pas en Suisse des héparines non fractionnées. De plus, elle ne possède pas d'héparines de synthèse et donc aucun produit qui serait en concurrence directe avec Arixtra.

Tableau 3: Marché - Héparines et dérivés (Marché retraité: B1B1 + B1B2 + Arixtra)

Acteur	2001		2002		2003	
	Value		Value		Value	
	000'€	%	000'€	%	000'€	%
Sanofi	[...]	[40-50]	[...]	[30-40]	[...]	[40-50]
Aventis	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[10-20]
Sanofi-Aventis	[...]	[50-60]	[...]	[40-50]	[...]	[50-60]
Pfizer	[...]	[30-40]	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]
Roche	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Autres	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Marché total	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Source: IMS, calculé en Euro

61. Selon les données fournies par les parties (cf. tableau 3), Sanofi-Synthélabo et Aventis ensemble vont avoir une part de marché de [50%-60%] ([40%-50%] venant de Sanofi et [10%-20%] d'Aventis). Le principal concurrent des produits des parties sur le marché des héparines et dérivés est le Fragmin, qui est un produit commercialisé par Pfizer. Il détient une part de marché de [40%-50%] et est par conséquent leader sur ce marché. Roche détient une part de marché de [0%-10%].

62. **A la suite de la cession mondiale par Sanofi-Synthélabo des droits détenus sur Fraxiparine et Arixtra à GlaxoSmith-Kline**, cession faisant partie des engagements contenus dans la décision rendue par la Commission européenne le 26 avril 2004, la part de marché des parties sur le marché des héparines et dérivés en Suisse baissera de [50%-60%] à [10%-20%]. La nouvelle entité sera présente sur ce marché avec Calciparine de manière résiduelle et Clexane avec [10%-20%]. En même temps, GlaxoSmithKline sera présent avec une nouvelle part de marché de [40%-50%]. Un cumul de participation de deux entités n'existe donc plus sur ce marché.

63. La Commission européenne a estimé, que cette cession suffisait à rendre l'opération de concentration compatible avec les exigences de concurrence sur le marché des héparines et dérivés.[12]

[12] Décision COMP/M.3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis, p. 61, pt. 398.

c) Analyse de la concurrence potentielle

64. Il existait un accord en matière de R&D entre Sanofi-Synthélabo et Organon dans le prolongement de la coopération sur Arixtra, dans le domaine des oligosaccharides antithrombotiques. Cette collaboration avait conduit au développement d'Arixtra et tous les produits anti-thrombotiques et anti-coagulant actuellement en développement l'étaient de manière conjointe à l'exception du SSR 182289 développé par Sanofi-Synthélabo seul. Le 24 février 2004, Sanofi-Synthélabo a finalisé l'acquisition de tous les droits d'Arixtra, Idraparinux et la plupart des oligosaccharides en R&D (décrits ci-après) auprès d'Organon, comme annoncé le 7 janvier 2004.

65. Sanofi-Synthélabo a, à ce jour, cinq projets de R&D en matière d'anti-coagulants inhibant indirectement les facteurs Xa et/ou IIa via l'activation de l'anti-thrombine naturelle. Il convient d'ores et déjà de souligner que les produits issus, le cas échéant, de ces projets auront des indications différentes de celles de Clexane d'Aventis et, dans la plupart des cas, des mécanismes d'action différents de ceux de Clexane.

66. Aventis développe trois molécules possédant une activité anti-thrombotique: le 0673 (otamixaban) en phase 2b, le 2906 en phase 1/2a qui sont tous les deux des inhibiteurs direct du facteur Xa, et le AVE 5026 qui est une héparine d'ultra bas poids moléculaire. Le mode d'administration de ces produits et notamment s'ils peuvent avoir des formulations orales n'est pas connu. Il y a néanmoins une forte probabilité pour qu'il existe une formulation injectable. Le 0673 et le AVE 5026 sont développés dans le syndrome coronarien aigu, le AVE-5026 pouvant potentiellement être développé dans le syndrome coronarien aigu et les maladies thrombo-emboliques.

67. Hormis Sanofi-Synthélabo et Aventis, six sociétés développent des produits fondés sur un inhibiteur de facteur Xa pour le traitement des troubles thromboemboliques et des thromboses veineuses profondes. Il s'agit des sociétés Merck & Co, Bayer, Bristol Myers Squibb, Daiichi, Eli Lilly et Teijin. Leurs produits sont en phase 1 ou en phase 2 pour Bayer et Daiichi. De plus, plus de 15 produits ayant des mécanismes d'action différents de l'inhibition du facteur Xa (antagoniste du facteur IIA et du thromboxane A2) sont en développement.

68. Quant au produit en phase III de développement chez Sanofi-Synthélabo, l'Idraparinux, la Commission européenne a reconnu que ses indications thérapeutiques étaient différentes de celles de Clexane commercialisé par Aventis. Il ne sera donc pas à même de renforcer la position actuelle d'Aventis sur ce marché. [13]

[13] Décision COMP/M.3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis, p. 52, pt. 329.

d) Conclusions

69. Les raisons évoquées ci-dessus montrent que le marché suisse des héparines et dérivés, après la cession des droits sur Fraxiparine et Arixtra, ne sera pas différent du marché européen. Partant, il apparaît qu'il n'existe aucun risque de création ou de renforcement de position dominante sur ce marché. Les entreprises concurrentes questionnées ont d'ailleurs confirmé cette conclusion.

B.2.2.1.4 Traitement de fond de la polyarthrite rhumatoïde

a) Définition du marché

70. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "M" (système musculo-squelettique) comprend une sous-classe ATC2 "M1" qui regroupe les produits anti-inflammatoires et anti-rhumatismaux. Cette sous-classe est elle-même subdivisée et contient en particulier la classe ATC3 "M1C" qui regroupe les antirhumatismaux spécifiques.

71. Les produits regroupés dans cette classe sont utilisés principalement dans le traitement de fond de la polyarthrite rhumatoïde. La polyarthrite rhumatoïde est une maladie auto immune qui se manifeste par une inflammation chronique de la membrane qui entoure les articulations (la membrane synoviale). La membrane inflammée s'attaque au cartilage, aux ligaments, aux muscles et à l'os, provoquant, à la longue, une déformation des articulations, qui peut devenir très grave.

72. Les parties estiment que la classe ATC3 ne correspond pas exactement au marché de produits pertinent et qu'il convient de tenir compte de certains médicaments pouvant traiter la polyarthrite rhumatoïde qui ne sont pas classés en M1C notamment parce que des particularités locales ont conduit à classer certains produits de la classe M1C dans d'autres classes ATC3: L4A (immunosuppresseurs), A7E (anti-inflammatoires intestinaux) ou L1B (antimétabolites). En effet, le produit est, selon les pays, classé selon sa classe pharmacologique ou son indication.

73. Toutefois, comme relevé aussi par la Commission européenne, la classification EPhMRA est évolutive et s'adapte à la pratique thérapeutique dans une pathologie donnée de telle manière qu'une certaine homogénéité tend à émerger au sein de cette classification: ainsi, la France, vient de reclasser en M1C des produits précédemment classés en L4A: il s'agit d'Arava d'Aventis, de Remicade de Schering Plough, de Kineret d'Amgen, d'Enbrel de Wyeth et du dernier TNF commercialisé par Abbott, Humira.[14]

[14] Décision COMP/M.3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis, p. 14, pt. 67.

74. Cette nouvelle classification confirme pleinement le raisonnement adopté pour ce marché du traitement de fond de la polyarthrite rhumatoïde et la Comco se tient à la définition du marché selon la classe ATC3 M1C.

b) Analyse de la concurrence actuelle

75. Au sein de ce marché, les produits des parties actuellement commercialisés en Suisse sont les suivants:

Sanofi-Synthélabo:

?? Plaquenil (hydroxychloroquine) qui a une action anti-inflammatoire et antalgique de la classe ATC3 M1C. Il est utilisé pour le traitement des atteintes bénignes ou débutantes de la polyarthrite rhumatoïde. Plaquenil a été lancé en 1956 aux États-Unis et en Europe et n'est plus protégé aujourd'hui par aucun droit de propriété intellectuelle;

Aventis:

?? Arava (léflunomide) est un antirhumatismal immunomodulateur oral pour le traitement de la polyarthrite rhumatoïde. Il s'agit d'un médicament qui, grâce à ses vertus antiprolifératives, est indiqué pour la réduction des signes et symptômes de la polyarthrite rhumatoïde, et pour retarder les lésions ostéo-articulaires mises en évidence par la radiographie, tels que l'érosion et le pincement articulaire. Il est proposé en une prise quotidienne unique et peut-être utilisé au stade précoce ou avancé de la maladie. Arava, de la classe ATC3 M1C, a été lancé en 1998 aux États-Unis [...].

Tableau 4: Marché - M1C Antirhumatismaux spécifiques

Acteur	2001		2002		2003	
	Value		Value		Value	
	000'€	%	000'€	%	000'€	%
Sanofi	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]
Aventis	[...]	[50-60]	[...]	[50-60]	[...]	[20-30]
Sanofi-Aventis	[...]	[60-70]	[...]	[60-70]	[...]	[30-40]
Wyeth	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[30-40]
Abbott	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[20-30]
Altana	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Autres	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Marché total	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Source: IMS, calculé en Euro

76. Comme confirmé par le tableau qui précède, la participation cumulée des deux parties s'élève en 2003 à [30%-40%] du marché M1C. Dans l'ATC3, il convient de noter qu'aussi bien Sanofi-Synthélabo qu'Aventis ont très significativement perdu du terrain aux cours des années sur ce marché, notamment entre 2002 et 2003 (-[30%-40%]). Leurs parts de marché sont passées de respectivement [10%-20%] en 2002 à [0%-10%] en 2003 et de [50%-60%] à [20%-30%]. Ils ont donc perdu ensemble [30%-40%] en seulement une année.

77. Ces pertes de parts de marché sont principalement dues au succès du produit de l'entreprise Wyeth (Enbrel) avec une part de marché de [30%-40%] et surtout de celui de l'entreprise Abbott (Humira) qui, en trois années de commercialisation, a déjà atteint une part de marché de [20%-30%].

c) Analyse de la concurrence potentielle

78. A ce sujet, il convient de noter que Sanofi-Synthélabo développe un produit, SSR 150106 en phase pré-clinique et Aventis développe trois produits, tous trois en phase 1/2a: AVE-9940, HOE-140, AVE-9897 (ce dernier étant issu de la collaboration avec Millenium). Aventis développe en collaboration avec Millenium d'autres produits qui n'ont cependant pas encore atteint le stade PC. Chacun des produits en développement chez Sanofi-Synthélabo et Aventis ont leur propre mécanisme d'action.

79. Au total, il existe plus de 20 produits concurrents en développement pour cette indication thérapeutique concernant le traitement de la polyarthrite rhumatoïde (de la phase PC à la phase 3).

d) Conclusions

80. Pour les motifs mentionnés ci-dessus et notamment en raison de la forte concurrence apparue récemment sur le marché M1C, les risques de création ou de renforcement d'une position dominante des parties sur ce marché sont éliminés. Cette conclusion a été aussi confirmée par les réponses des entreprises concurrentes.

B.2.2.1.5 N5B (Hypnotiques et sédatifs)

a) Description du marché

81. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "N" (système nerveux central) comprend une sous-classe ATC2 "N5" qui concerne les psycholeptiques. Cette sous-classe N5 est elle-même subdivisée, en particulier avec la classe ATC3 "N5B" qui regroupe les hypnotiques et les sédatifs, classiquement utilisés dans le traitement de l'insomnie.

82. L'insomnie est habituellement définie comme la conjugaison d'un sommeil globalement non satisfaisant (difficultés d'endormissement, réveils nocturnes, réveils matinaux précoces, sensation de sommeil non réparateur) et de conséquences diurnes telles que des modifications de l'humeur, des troubles de l'attention, de la vigilance et de la mémoire, et des difficultés de concentration.

83. Dans sa décision Sanofi/Synthélabo[15], la Commission européenne a considéré que les hypnotiques et les sédatifs (N5B) constituent un marché de produits.

84. Les réponses des concurrents ont confirmé à la Comco que cette définition est pertinente, sauf pour ce qui concerne l'intégration de produits de phytothérapie principalement commercialisés par Novartis. Néanmoins, cette question peut rester ouverte, vu que, même en enlevant les produits de Novartis, la situation sur le marché ne conduit pas à une création ou à un renforcement de la position dominante.

b) Analyse de la concurrence actuelle

85. Dans cette classe N5B, les produits des parties actuellement en commerce en Suisse sont les suivants:

[15] Décision IV/M.1397 du 15 mars 1999, Sanofi/Synthélabo.

Sanofi-Synthélabo:

?? Stilnox (zolpidem), également connu sous les noms de Stilnoct et Ivadal, a été lancé en France en 1988 [...]. Stilnox, de formulation chimique différente des benzodiazépines, agit par fixation sélective sur les seuls récepteurs de sous-type omega-1 responsables de l'activité hypnotique. De ce fait, Stilnox induit le sommeil rapidement, génère un sommeil qualitativement proche du sommeil naturel et est dénué de certain des effets indésirables propres à l'ensemble de la classe des benzodiazépines (qualité du réveil avec un risque réduit d'altérations de l'attention, de la vigilance ou de la mémoire au long de la journée et risque d'accoutumance minimal).

Aventis:

?? Imovane (zopiclone) a été lancé en 1987; son brevet est expiré depuis 1999 en Europe et ce sera également le cas en Suisse durant le mois de juin 2004. Imovane appartient à la famille des cyclopyrrolones. La zopiclone présente également un profil électroencéphalographique spécifique le distinguant des benzodiazépines.

Tableau 5: Marché - N5B Hypnotiques et sédatifs

Acteur	2001		2002		2003	
	Value		Value		Value	
	000'	%	000'	%	000'	%
Sanofi	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Aventis	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Sanofi-Aventis	[...]	[20-30]	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]
Roche	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Novartis	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Valeant Pharma	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Zeller	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
AstraZeneca	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Autres	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Marché total	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Source: IMS, calculé en Euro

86. L'addition de parts de marché amènera la nouvelle entité concentrée à bénéficier de [30%-40%] de parts de marché. Les nombreux concurrents sur ce marché sont Roche avec le produit Dormicum et une part de marché de [20%-30%], Novartis avec la gamme de phytothérapie Valverde ([0%-10%]) et Valeant Pharma avec Dalmadorm, Loramet, Normison et Mogadon. Il convient de souligner que Novartis développe un produit en phase 3 et augmentera très vraisemblablement sa part de marché dans un avenir proche (voir ci-dessus point c). Les autres concurrents réalisent une part de marché cumulée de [30%-40%].

87. Le nombre anormalement élevé de petits concurrents détenant une part de marché considérable s'explique par le faible coût d'entrée sur le marché en relation avec les gains potentiels. En effet, la plupart des produits des grands acteurs du marché et tous les produits de Sanofi-Synthélabo et Aventis ne font plus l'objet d'une protection des droits de la propriété intellectuelle, de sorte que des génériques fabriqués selon la recette originale ont pu et pourront encore à l'avenir être lancés sur le marché. La concurrence potentielle est, pour ces raisons, également très forte sur le marché des produits endormant.

c) Analyse de la concurrence potentielle

88. Il convient de noter que Sanofi-Synthélabo et Aventis développent chacun un produit dont le mécanisme d'action repose sur des antagonistes récepteurs 5-HT2A. Ces derniers sont des produits non sédatifs (non inducteurs de sommeil) qui agissent en augmentant la phase du sommeil dit profond ("slow wave sleep"). Cette phase du sommeil est supposée avoir des propriétés de récupération importantes pour l'organisme.

89. L'Eplivanserin, développé par Sanofi-Synthélabo, est testé chez les patients souffrant d'insomnies chroniques ou de fibromyalgie. Le 100907, développé par Aventis, est étudié dans un contexte d'"amélioration du sommeil".

90. Stilnox de Sanofi-Synthélabo et Imovane d'Aventis ont un mécanisme d'action basé sur un agoniste récepteur GABA et sont des inducteurs de sommeil, c'est-à-dire qu'ils permettent l'endormissement d'un patient ayant des difficultés à s'endormir. A l'inverse, les produits en développement cités ci-dessus améliorent seulement la qualité du sommeil profond et donc la faculté de récupération du patient concerné. En particulier, les tests cliniques effectués sur l'Eplivanserin n'ont montré aucun accroissement de la durée totale du sommeil ou de diminution de la difficulté à s'endormir.

91. Par conséquent, ces produits ne seront pas substituables à Stilnox ou Imovane car ils ne présentent pas les mêmes effets thérapeutiques. Si ces produits viennent à être commercialisés, ils seront donc destinés à une nouvelle indication: l'amélioration de la qualité du sommeil.

92. Pfizer développe actuellement le PD-200.390, en phase 2, qui a montré des propriétés sur l'allongement de la phase de sommeil profond ainsi que des effets similaires aux antagonistes récepteurs 5-HT2A sur la réduction du nombre de réveils chez les patients ayant un sommeil fragmenté. Merck développerait également un antagoniste spécifique 5-HT2A (le EMR-62218), qui serait en phase 1 dans cette indication.

93. Par ailleurs, des produits dont le mécanisme d'action repose sur l'antagoniste récepteur 5-HT2A sont développés dans le traitement de la dépression. Ces produits pourraient également être développés en ce qui concerne les troubles du sommeil (il s'agit des projets de Novartis en phase 3, Pfizer en phase 2 et Merck & Co en phase 1).

94. En outre, l'indiplon, donné en licence par Neurocrine à Pfizer, est fondé sur l'agoniste récepteur GABA comme Stilnox et Imovane. Outre l'indiplon, une autre molécule sera enregistrée en 2004 aux Etats-Unis et pourrait potentiellement arriver en Europe sur le marché des hypnotiques N5B: la S-zopiclone, développée par Sepracor avec lequel ni Sanofi-Synthélabo ni Aventis n'ont conclu d'accord de commercialisation en Europe pour cette molécule.

95. [...]

96. Par conséquent, les produits en développement chez Sanofi-Synthélabo et Aventis devraient, d'une part, permettre d'élargir la gamme de produits disponibles sur le marché et seront, d'autre part, soumis à une concurrence active de la part des autres groupes pharmaceutiques présents dans ce domaine.

97. Cette analyse a été confirmée par la Commission européenne dans sa décision du 26 avril 2004, considérant que les produits actuellement en développement chez Sanofi-Synthélabo et Aventis "ne seront pas substituables à Stilnox ou Imovane car ils ne présentent pas les mêmes effets thérapeutiques".[16]

d) Conclusions

98. Partant, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2 Parts de marché d'une entité dépassant 30%

99. Ci-dessous le tableau des marchés sur lesquels seule une entreprise est active et détient une part de marché de plus de 30%.

[16] Décision COMP/M.3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis, p. 45, pt. 283.

Tableau 6: Parts de marché dépassant 30%

ATC 3	Parts de marché en pourcentage		
	Sanofi-Synthélabo	Aventis	Sanofi-Synthélabo - Aventis
C1F (agents inotropes positifs)	[90-100]		[90-100]
R3E (B2-stimulants et anti-inflammatoires respiratoires non stéroïdiens - R3C)		[90-100]	[90-100]
M6A (enzymes anti-inflammatoires)		[80-90]	[80-90]
R3C (anti-inflammatoires respiratoires non stéroïdiens)		[80-90]	[80-90]
G1A (trichomonacides)		[70-80]	[70-80]
C1B (antiarythmiques)	[70-80]		[70-80]
J4A (Antituberculeux)		[60-70]	[60-70]
B1C (Anti-agrégants plaquettaires)	[50-60]		[50-60]
A7F (micro-organismes antidiarrhéiques hoeal)	[50-60]		[50-60]
C1D (thérapie coronaire sauf calciques et nitrés)		[40-50]	[40-50]
A5A (thérapie biliaire et cholagogues)	[30-40]		[30-40]
N7X (autres produits SNC)		[30-40]	[30-40]
L3A (agents immunostimulants hors interférons)		[30-40]	[30-40]
B2D (agents coagulation sang)		[30-40]	[30-40]

B.2.2.2.1 Introduction

100. Les produits relevant des classes G1A, J4A, B1C, A7F et L3A ne seront pas analysés plus en détails dans la présente décision, ces marchés

n'étant pas problématiques dans la mesure où on ne saurait envisager ni création, ni renforcement d'une position dominante. En effet, dans ces cas, l'opération ne saurait être considérée comme étant la cause de l'éventuelle position dominante sur le marché, dans la mesure où il n'y pas d'addition de parts de marché et où la situation n'est pas appelée à se modifier dans un proche avenir.

101. Comme il ressort du tableau ci-dessus, sur le marché des produits de la classe G1A, seule Aventis est active avec [70%-80%] de parts. En ce qui concerne le marché des produits de la classe J4A, Aventis est active avec [60%-70%] de parts. Sur le marché des produits de la classe B1C, seule Sanofi-Synthélabo est active avec [50%-60%] de parts. Sur le marché des produits de la classe A7F, Sanofi-Synthélabo est seule active avec [50%-60%] de parts. Enfin, sur le marché des produits de la classe L3A, seule Aventis est active avec [30%-40%] de parts.

102. Les autres produits ont été analysés compte tenu des informations ressortant de la notification ainsi que des informations supplémentaires apportées par les entreprises participantes pour compléter leur notification. Il a notamment été tenu compte des produits dans le pipeline d'une des entreprises. En effet, lorsque seule une entreprise est active sur un marché, il y a lieu de tenir compte des éventuels produits de l'autre entreprise, actuellement en développement, lesquels sont à considérer comme de la concurrence potentielle. Dans ce cas, l'opération envisagée amènerait à la disparition du marché d'un concurrent potentiel, ce qui doit être pris en compte dans l'analyse. De même, l'existence de produits commercialisés à l'étranger a été observée. En pareil cas, ces produits pourraient, s'ils devaient être commercialisés en Suisse dans un proche avenir, conduire à une addition des parts de marché. Les parties ont néanmoins fourni des assurances à cet égard par rapport aux marchés examinés. Les critères suivants ont dès lors été observés: éventuelle disparition d'un concurrent potentiel du fait de l'opération, risque de création ou de renforcement d'une position dominante par une future addition de parts de marché découlant de produits en développement.

B.2.2.2.2 C1F (Agents inotropes positifs)

a) Définition du marché

103. Selon la classification ATC EPhMRA 2004, la classe ATC1 "C" (Système cardiovasculaire) comprend une sous-classe ATC2 "C1" qui concerne les médicaments de "thérapie cardiaque". Cette sous-classe est elle-même subdivisée et contient en particulier la classe ATC3 "C1F", inotropes positifs, qui regroupe des substances telles que l'amrinone, milrinone, fenoximone, piroximone ou xamotérol.

104. Les inotropes positifs sont destinés au traitement de l'insuffisance cardiaque aiguë et ont comme mode d'action l'augmentation de la contractibilité cardiaque.

105. Dans sa décision Sanofi/Synthelabo[17] et Sanofi-Synthélabo/Aventis[18], la Commission européenne a estimé que les médicaments de la classe C1F pouvaient être considérés comme un marché de produits pertinent sans effectuer d'analyse plus approfondie. Elle a suivi en cela sa conception générale selon laquelle la classe ATC3 doit être considérée comme étant la plus adaptée pour constituer un marché de produits pertinent. La Comco ne voit aucune raison de se détacher de cette opinion.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

106. Sanofi-Synthélabo commercialise actuellement en Suisse le Corotrope (milrinone). Ce produit associe des propriétés inotropes positives et une action vaso-dilatatrice pour le traitement de différentes formes évoluées de l'insuffisance cardiaque. C'est aussi un traitement de certaines formes moins évoluées. Corotrope est commercialisé depuis 1990 en Suisse. Corotrope, de la classe C1F, n'est plus protégé par aucun droit de propriété intellectuelle.

107. Sanofi-Synthélabo est présente sur ce marché avec [90%-100%] des parts (cf. tableau 6). Aventis n'a pas de produits dans ce marché commercialisés en Suisse [...]. Par ailleurs, il existe une concurrence potentielle sur ce marché, aussi bien Simdax de l'entreprise Abbott que Natrecor de Johnson & Johnson.

c) Conclusions

108. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.3 R3E (Combinaison de B2-Stimulants avec R3C)

a) Définition du marché

109. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "R" (système respiratoire) comprend une sous-classe ATC2 "R3" qui concerne les bronchodilatateurs. Une classe ATC3 R3E regroupe 2 anti-asthmatiques; ce sont des produits de deuxième ou troisième intention dans le traitement de l'asthme.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

110. Aventis est présente actuellement sur le marché suisse avec l'Aarane. Ce produit a été commercialisé en 1986 et ne bénéficie d'aucune protection de droits de la propriété intellectuelle. Il est indiqué pour le traitement de l'asthme en deuxième et troisième intention. Les parties détiennent une part de marché de [90%-100%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente de ce produit.

[17] Décision COMP/M.1397 du 17 mai 1999, Sanofi/Synthélabo, pt. 63.
[18] Décision COMP/M. 3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis pt.43 et 46.

111. Le concurrent actif sur le marché est Viatris avec le produit Allergospasmine et une part de marché de [0%-10%]. Ce produit ne serait cependant plus commercialisé en Suisse depuis le début 2004. Il en va de même de l'Aarane. Toutefois, à défaut d'informations portant sur une éventuelle réintroduction desdits produits, le marché sera néanmoins analysé sur la base des éléments à disposition.

112. Aventis a également des programmes de recherche, le plus avancé étant en phase II et ne s'inscrivant pas dans cette classe thérapeutique. Par ailleurs, Aventis a un projet de co-développement et co-promotion du ciclesonide d'Altana (Alvesco), en cours d'enregistrement mais qui ne concerne que le territoire américain [...].

c) Conclusions

113. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que l'opération envisagée ne renforcera pas de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.4 M6A (Enzymes anti-inflammatoires)

a) Définition du marché

114. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "M" (système musculo-squelettique) comprend une sous-classe ATC2 "M6" qui concerne les anti-inflammatoires. Une classe ATC3 M6A regroupe toutes les préparations enzymatiques indiquées pour le traitement des inflammations (à l'exclusion des préparations enzymatiques digestives classées en catégorie A9A, des cholagogues spéciaux classés en catégorie A5A, les traitements des plaies enzymatiques topiques classés en catégorie D3A, des enzymes à usage ophtalmologique classés en catégorie S1S et les enzymes de la classe V3A).

115. La Comco se tient à la règle générale de la classification ATC3 pour déterminer le marché pertinent.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

116. Aventis commercialise actuellement en Suisse le Traumanase. Ce produit est une enzyme (bromelaine) à visée anti-inflammatoire destinée au traitement des inflammations des parties molles avec oedème. Les parties détiennent une part de marché de [80%-90%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente de ce produit.

117. Deux concurrents sont présents sur le marché, Mucos (Wobenzym N) avec une part de marché de [10%-20%] et Gaschler (Cardozelan) avec une part de marché de [0%-10%]. Ces deux sociétés sont domiciliées en Allemagne mais ne commercialisent en Suisse que sur appel.

118. Sanofi-Synthélabo est présente à l'étranger sur ce marché avec d'anciens produits [...].

c) Conclusions

119. Dès lors que l'opération envisagée n'amène aucune addition de parts de marché, il apparaît qu'elle ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.5 R3C (Anti-inflammatoires non stéroïdiens)

a) Définition du marché

120. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "R" (système respiratoire) comprend une sous-classe ATC2 "R3" qui concerne les bronchodilatateurs. Une classe ATC3 R3C regroupe les anti-inflammatoires non stéroïdiens. Cette classe s'inscrit dans le traitement de l'asthme. La Comco se tient à la règle générale de la classification ATC3 pour déterminer le marché pertinent.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

121. Les produits des parties actuellement en vente en Suisse sont les suivants:

Aventis:

- Lomudal, commercialisé en 1969 et ne bénéficie d'aucune protection de droits de la propriété intellectuelle.
- Tilade, ne bénéficie d'aucune protection de droits de la propriété intellectuelle.

122. Les parties détiennent une part de marché de [80%-90%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente des produits Lomudal (part de marché de [50%-60%]) et Tilade (part de marché de [20%-30%]).

123. Les principaux concurrents sont Novartis avec le produit Zaditen et une part de marché de [0%-10%], Ecosol avec le produit Cromosol et une part de marché de [0%-10%] et Ogera avec le produit Glinical et une part de marché de [0%-10%].

124. Sanofi-Synthélabo n'est présente sur ce marché qu'au travers d'un générique de kétotifène commercialisé par la filiale générique allemande Lichtenstein [...].

c) Conclusions

125. Dès lors, compte tenu de ce qui précède, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.6 Anti-arythmiques: Classe I et III selon la classification de Vaughan et Williams

a) Définition du marché

126. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "C" (système cardiovasculaire) comprend une sous-classe ATC2 "C1" qui concerne la

thérapie cardiaque. Cette sous-classe C1 est elle-même subdivisée en une classe ATC3 "C1B" qui regroupe les anti-arythmiques.

127. L'arythmie est un trouble du cœur caractérisé par une irrégularité des contractions. Les anti-arythmiques visent à réduire ou prévenir l'arythmie en interférant directement, en général pour les bloquer, avec les courants ioniques transmembranaires responsables de ces troubles du rythme cardiaque.

128. La classe C1B inclut tous les produits qui sont recommandés pour le traitement de l'arythmie, des désordres de rythme cardiaque et de la tachycardie, mais uniquement lorsque ces produits sont indiqués comme anti-arythmiques seuls. Cette classe exclut les agents bêta-bloquants (classe C7) et les antagonistes de calcium (classe C8), principalement commercialisés dans le traitement de l'hypertension artérielle, mais présentant des qualités anti-arythmiques tels que définies par la classification de Vaughan et Williams.

129. Les travaux de Vaughan et Williams ont permis l'élaboration d'une classification des anti-arythmiques selon leurs mécanismes d'action cellulaire et leurs fonctions thérapeutiques: quatre classes (dites "Vaughan-Williams") ont été définies:

- la classe I compte pour principales molécules: les dérivés quinidiques, le disopyramide (classe I niveau a), la lidocaïne (classe I niveau b - réservée aux phases aiguës), la cibenzoline, le flecaïnide et la propafénone (classe I niveau c). Ces produits de la classe C1B agissent sur la vitesse de conduction de l'influx électrique;
- la classe II concerne les bêta-bloquants à l'exception du sotalol évoqué ci-dessous. Ces produits sont regroupés dans la classe ATC3 C7A et sont principalement utilisés dans le traitement de l'hypertension artérielle;
- la classe III est principalement constitué de deux produits: l'amiodarone, figurant dans la classe C1B, et le sotalol, bêta-bloquant classé avec les produits du même type que ceux de la classe II ci-dessus en C7A, mais dont les caractéristiques d'efficacité anti-arythmique imposent de le considérer avec l'amiodarone. Ces produits retardent la repolarisation ventriculaire et agissent sur les canaux potassiques contrairement aux produits de classe I agissant sur les canaux sodiques;
- la classe IV concerne les antagonistes du calcium, produits faisant également l'objet d'une classification ATC3 spécifique dans la classe C8A. Ces produits sont également indiqués dans les traitements de l'hypertension artérielle ou de l'ischémie cardiaque.

130. Dans sa décision Sanofi-Synthélabo/Aventis19, la Commission européenne a estimé que les différents produits devaient être classés selon leurs diverses fonctions thérapeutiques (anti-arythmiques de classe I à IV). Cette classification Vaughan-Williams reflète la situation concurrentielle sur ces marchés. La Comco partage cet avis et se tient donc à cette définition du marché.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

131. Dans la classe ATC3 C1B, les produits actuellement commercialisés en Suisse par les parties sont les suivants:

Sanofi-Synthélabo:

?? Cordarone (amiodarone) est un médicament anti-arythmique de classe III de référence dans le traitement et la prévention des troubles du rythme cardiaque, à la différence des produits de classe I contestés depuis la publication de certaines études sur le traitement des troubles supra-ventriculaires (étude CAST mentionnée plus haut).

   Lancé pour la première fois en 1973, Cordarone ne bénéficie plus de protection par aucun droit de propriété intellectuelle et subit donc la concurrence de nombreux génériques.

?? Krenosin, (adénosine, 1993), est un antiarythmique injectable destiné au traitement des tachycardies paroxystiques supraventriculaires et, à ce titre, ne peut être classé dans aucune des catégories établies selon la classification Vaughan-Williams.

132. Les parties détiennent une part de marché de [70%-80%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente des produits de Sanofi-Synthélabo Cordarone (avec une part de marché de [70%-80%]) et Krenosin (avec une part de marché de [0%-10%]). Les principaux concurrents sont Minnesota 3M ([10%-20%]), Abbott ([0%-10%]), Mepha ([0%-10%]) et Streuli ([0%-10%]).

133. Par ailleurs, Sanofi-Synthélabo développe la dronédarone actuellement en phase 3, ayant une structure proche de l'amiodarone [...]. Aventis n'est pas présente sur ce marché en Suisse [...].

134. Il convient de souligner qu'au sein des anti-arythmiques C1B, Sanofi-Synthélabo ne commercialise en Suisse que des produits de classe Vaughan-Williams III.

[19] Décision COMP/M. 3354 du 26 avril 2004, Sanofi-Synthélabo/Aventis, pt. 40.

135. Enfin, les concurrents développent actuellement des anti-arythmiques dont quatre en phase 3 (Cardiome, CV Therapeutics, Solvay et Procter & Gamble), trois en phase 2 (Aderis, AstraZeneca et GlaxoSmithKline), un en phase 1 (ARYx) ainsi que 15 produits en phase PC.

c) Conclusions

136. Compte tenu de l'absence d'addition de parts de marché, de la concurrence actuelle et potentielle, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.7 C1D (Thérapie cardiaque, sauf nitrés et calciques)

a) Définition du marché

137. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "C" (système cardiovasculaire) comprend une sous-classe ATC2 "C1" qui concerne la thérapie cardiaque. Cette sous-classe C1 est elle-même subdivisée en une classe ATC3 "C1D" qui regroupe les traitements de thérapie cardiaque sauf nitrés et calciques.

138. Dans sa décision Hoechst/Rhône Poulenc[20], la Commission européenne a considéré que les thérapies cardiaques sauf nitrés et calciques (C1D) constituent un marché de produits pertinent. Les parties ont suivi cette approche dans leur analyse du marché. La Comco partage cet avis.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

139. Aventis commercialise actuellement en Suisse le Corvaton (molsidomine). Ce produit, lancé en 1984, n'est plus protégé par aucun droit de propriété intellectuelle depuis 2002. Les parties détiennent une part de marché de [40%-50%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente de ce produit.

140. Les principaux concurrents sur ce marché sont Merck, avec le produit Dancor ([40%-50%] de parts de marché) et Mepha, avec le générique Molsidomin ([0%-10%] de parts de marché).

c) Conclusions

141. Compte tenu de l'absence d'addition de parts de marché, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

[20] Décision IV/M.1378 du 9 août 1999, Hoechst/Rhône Poulenc, pt. 55.

B.2.2.2.8 A5A (Thérapie biliaire et cholagogue)

a) Définition du marché

142. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "A" (appareils digestifs et métabolismes) comprend une sous-classe ATC2 "A5" qui concerne les troubles hépato-digestifs. Cette sous-classe A5 est elle-même subdivisée en une classe ATC3 "A5A" qui regroupe les traitements des lithiases biliaires.

143. La Comco s'en tient à la règle générale de la classification ATC3 pour déterminer le marché pertinent.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

144. Sanofi-Synthélabo est actuellement présente sur le marché en Suisse avec le De-Ursil RR/De-Ursil, (acide ursodésoxycholique), commercialisé en 1979 et ne bénéficiant pas d'une protection de droits de la propriété intellectuelle. Il est indiqué pour le traitement des lithiases biliaires. Ce médicament est un médicament de prescription contrairement aux autres produits de cette classe ATC3.

145. Les parties détiennent une part de marché de [30%-40%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente de De-Ursil RR (avec une part de marché de [10%-20%]), de De-Ursil (avec une part de marché de [10%-20%]).

146. Les concurrents principaux sont Medichemie avec ses produits Hepa-S, Ursofalk, Lithofalk et une part de marché de [20%-30%], ainsi que Plan avec les produits Bilifuge et Bilifuge N.Formel et une part de marché de [10%-20%]. De nombreux concurrents ont une part de marché significative tels que Siegfried avec le produit Sidroga ([0%-10%]), Bioforce avec le produit Boldocynaran ([0%-10%]) et Zambon avec le produit Ursochol (0%-10%]).

147. Aventis n'est pas présente sur ce marché en Suisse [...].

c) Conclusions

148. Il n'y a pas d'addition de parts de marché au moment de la réalisation de l'opération. De ce fait, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.9 N7X (Autres produits du système nerveux central)

a) Définition du marché

149. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "N" (système nerveux central) comprend une sous-classe ATC2 "N7" qui concerne les autres médicaments du système nerveux central. Cette sous-classe N7 est elle-même subdivisée en une classe ATC3 "N7X" qui regroupe tous les autres produits du système nerveux central, y compris les agents parasympathiques.

150. La classe N7X regroupe en particulier les agents parasympathiques ainsi que les antagonistes de benzodiazépine.

151. Les parties considèrent qu'au vu de la présence marginale de Sanofi-Synthélabo sur le marché des autres produits du système nerveux central N7X, l'analyse concurrentielle doit être réalisée dans le cadre de la classe ATC3 N7X, sans retraitement particulier. La Commission européenne a suivi l'opinion des parties et a donc considéré que la classe ATC-3 "N7X" correspond à une définition appropriée du marché de produits. De même, la Comco considère que cette définition est appropriée.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

152. Aventis commercialise actuellement en Suisse le Rilutek (riluzole), lancé en 1997. Ce produit est destiné au traitement de la sclérose latérale amyotrophique ("ALS") [...]. Les parties détiennent une part de marché de [30%-40%] (cf. tableau 6), réalisée par la vente de ce produit.

153. Les concurrents principaux sont Roche avec le produit Anexate et une part de marché de [30%-40%], Mepha avec le générique Modasomil et une part de marché de [10%-20%] ainsi que Valeant Pharma avec les produits Mestinon et Prostigmin et une part de marché totale de [10%-20%]. De nombreux autres concurrents sont actifs sur ce marché.

154. Sanofi-Synthélabo est présente dans quelques pays avec Mytelase (ambemonieum), dans le traitement des myasthénies et de certaines constipations sévères.

155. Aventis commercialise également mais de manière tout à fait locale (Union Européenne): Syntostimnin (neostigmine) et Ubretid (distigmine); ces produits sont destinés comme Mytelase au traitement des myasthénies [...].

c) Conclusions

156. Il n'y a dès lors pas d'addition de parts de marché au moment de la réalisation de l'opération. De ce fait, il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

B.2.2.2.10 B2D (Agents anti-coagulants)

a) Description du marché

157. Selon la classification ATC EPhMRA, la classe ATC1 "B" (sang et organes hématopoïétiques) comprend une sous-classe ATC2 "B2" qui concerne les anti-fibrinnolytiques, les antidotes d'anticoagulants, les anti-hémarrogiques et les hémostatiques. Cette sous-classe B2 est elle-même subdivisée en une classe ATC3 "B2D" qui regroupe les antidotes d'anticoagulants. La Comco s'en tient à la règle générale de la classification ATC3 pour déterminer le marché pertinent.

b) Analyse de la concurrence actuelle et potentielle

158. Les produits des parties actuellement commercialisés en Suisse sont les suivants:

Aventis:

- Faktor VIII HS, commercialisé en 1993
- Haemocomplettan HS, commercialisé en 1993
- Beriate P, commercialisé en 2000
- Helixate Nexgen, commercialisé en 1993
- Berinin HS Faktor, commercialisé en 2000;
- Helixate II, commercialisé en 2000

159. Aucun de ces produits n'est protégé par des droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, l'activité protéines thérapeutiques d'Aventis Behring a été cédée à la société australienne CSL dans le cadre d'un accord signée le 8 décembre 2003 et qui devrait être effectif durant le 1er semestre 2004.

c) Conclusions

160. Compte tenu de ce qui précède et tenant compte que Sanofi-Synthélabo n'est pas présente sur ce marché en Suisse [...], il apparaît que l'opération envisagée ne créera ni ne renforcera de position dominante sur ce marché.

IV. Conclusion finale

161. Sous réserve du respect des charges imposées par la Commission européenne et des engagements pris par Sanofi-Synthélabo quant à la commercialisation de produits en Suisse, il n'existe aucun indice que l'opération envisagée pourrait amener à la création ou au renforcement d'une position dominante sur les marchés analysés. Les conditions mises à un examen selon l'article 10 LCart ne sont dès lors pas réunies. La Comco se réserve toutefois le droit de vérifier le respect des charges susmentionnées et, en cas de non respect, d'ouvrir une procédure selon l'article 38 alinéas 1 et 2 LCart.

C Publication

162. Lorsque la Comco décide de ne pas procéder à un examen de concentration, rien ne lui empêche de publier la prise de position et la motivation de sa décision. Selon l'article 49 alinéa 1 LCart, le secrétariat et la Comco doivent informer le public de leurs activités. Afin d'établir une pratique transparente, de susciter le débat et d'améliorer les décisions futures, la publication intégrale du rapport semble être la meilleure solution. A ce propos, la Comco a décidé, dans sa séance plénière du 20 janvier 1997, de publier, cas par cas, les motifs qui ont conduit à la décision de renoncer à un examen.

163. Dans le cas présent, la Commission a décidé de publier intégralement le rapport après élimination des données confidentielles.

B 2.3	**5. Gründung der Joint Venture Unternehmung "Planet" durch The Dow Chemical Company und Petrochemical Industries Company K.S.C**

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 28. Juni 2004

1. Am 1. Juni 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigen die Dow Chemical Company (nachfolgend "Dow") und die Petrochemical Industries K.S.C. (nachfolgend "PIC"), die gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Planet B.V. ("Planet") auszuüben. Dieses wird im Bereich der Herstellung, des Vertriebs und des Verkaufs von Polyethylen Terephthalat ("PET") Granulaten tätig sein.

2. Der Zusammenschluss wird aus folgenden Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken:

a. Dow besitzt einen Marktanteil in der Schweiz, der unter 30% liegt.

b. PIC und die KSC-Gruppe sind gegenwärtig weder in der Produktion noch im Verkauf von PET Granulaten tätig. Aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ergibt sich daher keine Marktanteilsaddition.

Somit liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

3. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 28. Juni 2004 für unbedenklich erachtet.

B 2.3	**6. Gründung der Joint Venture Unternehmung "White Sands" durch The Dow Chemical Company und Petrochemical Industries Company K.S.C**

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 28. Juni 2004

1. Am 1. Juni 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigen die Dow Chemical Company (nachfolgend "Dow") und die Petrochemical Industries K.S.C. (nachfolgend "PIC"), ein Joint Venture einzugehen. Dieses aus zwei Unternehmen bestehende Joint Venture, nämlich "White Sands Kanada" (Canadian Newco) sowie "White Sands Europa" (MEGlobal B.V.), wird im Bereich der Herstellung, des Vertriebs und des Verkaufs von Monoethylen-Glycol (MEG) und Diethylen-Glycol (DEG) tätig sein.

2. Der Zusammenschluss wird aus folgenden Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken:

a. Da Dow über keine Produktionsstätten in der Schweiz verfügt, besteht keine Produktionskapazität in der Schweiz. Ferner besitzt Dow einen Marktanteil an den Verkäufen von MEG und DEG in der Schweiz, der weit unter 30% liegt.

b. PIC ist ausser durch die bereits unter der gemeinsamen Kontrolle stehenden Unternehmen Equate und Equate EMC nicht in der Produktion und im Handel von MEG und DEG tätig.

Somit liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

3. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 28. Juni 2004 für unbedenklich erachtet.

B 2	**7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi**
B 2.7	**1. Révisions de la Loi sur l'assurance-maladie - procédure de consultation**

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

I. PAQUET 1B: LIBERTE DE CONTRACTER

A Introduction

Les mesures proposées dans ce paquet ne satisfont qu'en partie une application de la liberté de contracter conforme aux règles du marché. Telle que présentée, la liberté de contracter se limite à la conclusion de contrats entre assureurs et fournisseurs de prestations dans le secteur ambulatoire, sans tenir compte d'autres facteurs de concurrence, comme le niveau et la forme des tarifs ou du remboursement (cf. résultats du groupe de travail dirigé par M. W. OGGIER, pages 5 s. du rapport).

B Propositions

1. Conventions tarifaires

(cf. articles 43 al. 4 et 5 LAMal, 46 al. 1, 2 et 4 LAMal, 47 et 48 LAMal)

Pour une application plus efficace d'un point de vue de la concurrence, trois éléments sont encore indispensables à la liberté de contracter:

- empêcher des négociations entre associations faîtières sur les conventions tarifaires,
- permettre le libre choix du niveau des tarifs et de la forme du remboursement et
- supprimer l'approbation sur les tarifs de la part des cantons ou de la Confédération.

La fixation des prix doit être le fait de négociations contractuelles entre fournisseurs de prestations et assureurs. Cette solution aurait pour effet une libéralisation des prix. Pour la Comco, les négociations tarifaires ne doivent pas être menées par les associations faîtières, mais par des fournisseurs de prestations, respectivement des assureurs individuellement, voire réunis en petits groupes. Le but est d'éviter une fixation homogène et concertée des tarifs, donc la création de cartels de prix.

De plus, dans la mesure où le jeu de la libre concurrence est garanti lors de la conclusion d'un contrat entre fournisseurs de prestations et assureurs, il n'y a aucun motif pour que cette façon de faire ne soit pas étendue au mode et à la hauteur de la rémunération des services fournis. En l'état, les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse. Or, l'existence d'une telle convention est en soi un frein à l'adoption d'autres modes de remboursement (p. ex. tarifs forfaitaires).

Enfin, l'intervention étatique lors de l'approbation des conventions, respectivement lors de l'élaboration de celles-ci lorsqu'elles font défaut, est aussi un problème au regard du droit de la concurrence dans la mesure où elle réduit la marge de manœuvre des autorités de la concurrence. En effet, selon l'article 3 de la loi sur les cartels (LCart, RS 251), les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées. Dans le cas d'espèce, le droit des cartels sera applicable au stade de la formation du contrat, ce qui permettra de prévenir les problèmes relatifs aux négociations en commun par tous les membres de la branche concernée et aux boycotts. En revanche, la LCart ne sera pas applicable en cas d'accord ou d'abus en matière tarifaire. Cela nous paraît être une lacune importante qui pourrait amoindrir les effets escomptés de la révision de la LAMal.

La Commission de la concurrence propose de modifier les articles 43 alinéas 4 et 5 LAMal, 46 alinéas 1, 2 et 4 LAMal, 47 et 48 LAMal, en ce sens que les conventions tarifaires doivent être établies en conformité avec les règles de la concurrence et soumises à la LCart. Aucune mention ne doit être faite dans ces articles à l'intervention des associations faîtières ou de l'Etat/Confédération dans le processus d'élaboration des conventions.

2. Garantie de la couverture des besoins en soins

(cf. art. 35a al. 1, let. a et b, 2 et 3 [nouveau])

Le projet prévoit que la Confédération établisse les limites maximales et minimales au nombre nécessaire de fournisseurs pour garantir, dans les cantons, pour chaque catégorie de fournisseurs de prestations, la couverture des besoins en soins ambulatoires. Les cantons auront ensuite à se déterminer dans le cadre de fourchettes, en tenant compte des conditions locales objectives. Enfin, les assureurs devront, dans tous les cantons où ils exercent leur activité, conclure des contrats d'admission avec au moins autant de fournisseurs de prestations que le nombre fixé par le canton (cf. art. 35a, [nouveau] et rapport explicatif, p. 12 ss.).

La Commission de la concurrence voit dans ces dispositions l'introduction d'une planification cantonale dans le domaine ambulatoire. Il

s'agit d'une régulation ultérieure qui n'est pas nécessaire pour la mise sur pied de la liberté de contracter et qui doit donc être évitée. Le marché, à travers ses acteurs (assureurs et fournisseurs de prestations), est en mesure de se déterminer sur la couverture des besoins en soins sans que des limites soient fixées par les cantons. Surtout, les assureurs seront incités à tenir compte des préférences des assurés en garantissant la couverture de leurs besoins en soins.

Dans ce contexte, les assureurs doivent aussi pouvoir considérer l'offre de fournisseurs de prestations étrangers qui exercent en dehors de la Suisse. Le principe de l'approvisionnement de prestations limité au territoire suisse (Inlandbeschaffungsprinzip) doit impérativement être abandonné.

La Commission de la concurrence propose de laisser aux assureurs la liberté de décider du nombre de fournisseurs de prestations, y compris ceux qui exercent en dehors de la Suisse, avec lesquels ils veulent conclure un contrat. L'article 35a (nouveau) doit être biffé.

3. Offre complémentaire par les assureurs-maladie

Le rapport explicatif indique que les assureurs auront tout de même la possibilité de contracter avec un nombre de fournisseurs de prestations supérieur à celui fixé par le canton, de manière à offrir un choix plus large pour attirer de nouveaux assurés, lesquels paieront des primes plus importantes pour bénéficier de cette offre plus grande (cf. rapport explicatif p. 14 s.). Cette possibilité peut aller jusqu'à offrir le libre choix du prestataire de soins.

Il n'est toutefois pas précisé si cette offre élargie pourra être présentée dans le cadre de l'assurance de base, ou si elle devra l'être sous forme d'assurance complémentaire. De notre point de vue, la première solution serait préférable. En effet, elle permettrait d'augmenter le nombre de produits proposés sur le marché de façon à mieux répondre aux préférences des assurés.

La Commission de la concurrence propose de préciser dans le rapport explicatif que le libre choix du prestataire de soins pourra être proposé dans l'assurance de base par les caisses-maladie.

4. Dispositions transitoires

(cf. al. 1)

Telle que proposée dans le projet du DFI, cette disposition conduit à prolonger la preuve du besoin pour l'admission de pratiquer à la charge de l'assurance-maladie de base durant la période transitoire. En effet, au cours de ces deux années, les assureurs n'auront pas la possibilité de se tourner vers les nouveaux fournisseurs de prestations qui arrivent sur le marché pendant la période transitoire. Il s'agit encore

une fois d'une sur-régulation qui ne fait que repousser les effets d'une ouverture du marché à davantage de concurrence.

La Commission de la concurrence propose de biffer l'alinéa 1 des dispositions transitoires.

II. PAQUET 1D: PARTICIPATIONS AUX COUTS

1. Franchise à option et réduction maximale des primes

(cf. art. 95 al. 1bis, 2 et 2bis OAMal)

Le CF propose une libéralisation des dispositions relatives aux franchises à option et à la réduction des primes correspondante. Les assureurs pourront ainsi se déterminer plus librement. Néanmoins, les assureurs seront tenus de proposer des primes avec franchise à option avec une réduction d'au moins 50% et au maximum de 80% de la prime ordinaire. Dans le cadre de la révision de la LAMal, la fixation de ces limites ne s'impose plus. Le CF devrait se limiter à imposer aux assureurs de fixer le montant dont ils réduisent la prime selon les exigences d'assurance (al. 1^{bis}, première phrase) et renoncer à d'autres disposition en la matière. La concurrence entre assureurs sur ces choix serait augmentée.

La Commission de la concurrence propose d'éliminer les limites quant à la réduction des primes dans le cas d'une franchise à option.

III. POINTS DE DISCUSSION

Les points suivants sont à thématiser dans le cadre de ce paquet de mesures ou lors des modifications des ordonnances d'application:

1. Evaluation des fournisseurs de prestations

Pour que les assureurs puissent choisir des fournisseurs de prestations qui présentent une relation coût/prestation positive, il devient indispensable de les évaluer. L'introduction de la liberté de contracter ainsi que la fixation de limites minimales devrait déjà suffire à ce que les fournisseurs de prestations se mettent à disposition pour une évaluation. Dans le cas contraire, par ex. lors d'un boycott, il faudrait prévoir l'intervention des autorités de la concurrence sur la base de la LCart ou celle du Conseil fédéral selon des dispositions à déterminer.

2. Cas d'urgence

Selon les travaux du groupe "Obligation de contracter" en vue de la préparation de la $3^{ème}$ révision de la LAMal, il n'existe pas de définition unique des cas d'urgence. La liberté de contracter pourrait être contournée en jouant sur la définition de "cas d'urgence". La jurisprudence devrait alors apporter une réponse à cette problématique. A notre avis, des solutions devraient être choisies préalablement par les

partenaires contractuels ou par le Conseil fédéral à travers une définition valable pour toute la Suisse.

IV. CONCLUSIONS

La suppression de l'obligation de contracter oriente finalement la LAMal vers les principes de la concurrence. Sans la série de mesures présentées ci-dessus, ce changement risque fort de rester stérile, donnant ainsi des arguments à ceux qui soutiennent un régime d'assurances sociales totalement étatisé.

B 2.7	**2. Teilrevisionen in der Krankenversicherung - Vernehmlassungsverfahren**

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

1. Einleitung

Die Wettbewerbsbehörden setzten sich in ihren Stellungnahmen und Entscheiden wiederholt für mehr Wettbewerb im Bereich des Gesundheitswesens ein. Sie sind der Überzeugung, dass mehr Wettbewerb sowie eine effiziente, das heisst sich auf das absolut Notwendige beschränkende Regulierung zu einer Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses im Gesundheitswesen beitragen - ohne dabei die gesundheitspolitischen und -polizeilichen Anliegen zu beeinträchtigen.

Aus diesem Grunde forderten die Wettbewerbsbehörden in ihrer Stellungnahme vom 27. April 2004 im Rahmen der Vernehmlassung zum ersten Gesetzgebungspaket die **Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung**, die **Aufhebung des Kontrahierungszwanges im ambulanten und stationären Bereich** und die **Verbesserung des Risikoausgleiches**. Die simultane Realisierung dieser Systemelemente erachtet die Wettbewerbskommission als unerlässlich.

Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass ihre Bemerkungen zur **Aufhebung des Kontrahierungszwanges** im ambulanten und stationären Bereich nicht berücksichtigt wurden. Sie bittet den Bundesrat, die Aufhebung im stationären Bereich hinsichtlich der Erarbeitung der Vorlage zur monistischen Spitalfinanzierung vorzunehmen und im ambulanten Bereich im Hinblick auf die parlamentarischen Beratungen neu zu überdenken.

Die Wettbewerbskommission begrüsst die Verlängerung des Risikoausgleiches und ersucht den Bundesrat, die Verbesserung des Risikoausgleiches gleichzeitig mit der Vorlage für eine monistische Spitalfinanzierung an die Hand zu nehmen.

Die Wettbewerbskommission bedauert, dass die geltende Spitalfinanzierung nicht direkt in ein monistisches System überführt wird und der Bundesrat dem Parlament erst innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des revidierten KVG einen Vorschlag für eine **monistische Finanzierung** zu unterbreiten gedenkt. Die Anreizstrukturen und Wettbewerbswirkungen der monistischen und der dual-fixen Finanzierung sprechen eindeutig für die Wahl eines monistischen Systems.

Unter den durch den Beschluss des Bundesrates vom 25. Februar 2004 zum weiteren Vorgehen geschaffenen Rahmenbedingungen nehmen wir nach eingehender Prüfung des zweiten Gesetzgebungspaketes wie folgt Stellung:

2. Vorlage 2A: Spitalfinanzierung

Der Bundesrat erwägt die dual-fixe Spitalfinanzierung als ein Übergangssystem zur monistischen Finanzierung. Es ist somit zu vermeiden, mit den Rahmenbedingungen für das dual-fixe System Hindernisse zu schaffen, die den Übergang zu einer monistischen Spitalfinanzierung erschweren. Aus diesem Grunde bitten wir den Bundesrat, die folgenden Bemerkungen zu berücksichtigen.

2.1 Planung aller Spitalkapazitäten und Benachteiligung der privaten Kliniken

Planung aller Spitalkapazitäten

? *Von integrativen Spitallisten und einer Verstärkung der Planwirtschaft im Spitalbereich ist abzusehen.*

Die im neuen Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d sowie Absätze 2 und 4 KVG vorgesehene integrale quantitative Planung aller Spitalkapazitäten stellt einen Schritt in Richtung auf eine verstärkte planwirtschaftliche Organisation des Spitalsektors dar. Dazu beschränkt sich diese integrale Planung nicht nur auf die Grundversicherung, sondern wirkt sich entscheidend auf die Zusatzversicherung aus: Denn ohne die Möglichkeit der so genannten A- und B-Listen werden nur jene Privatkliniken Kantonsbeiträge für die Behandlung von Zusatzversicherten erhalten, die auf der integralen Spitalliste aufgeführt sind. Andere Privatkliniken werden bei der Behandlung von Zusatzversicherten nicht mehr konkurrenzfähig sein. Folglich wird durch die Planung in Form einer integrativen Spitalliste auch das Angebot in der Zusatzversicherung bestimmt.

Im Übrigen ist nicht einzusehen, weshalb gegenwärtig eine stärkere planwirtschaftliche Organisation des Spitalsektors vorgenommen werden soll, wenn der Bundesrat die Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung beabsichtigt. Die Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung ermöglicht den Krankenversicherern, im stationären Bereich stärker differenzierte Versicherungsprodukte anzubieten. Damit verfolgt der Bundesrat insbesondere das Ziel, den Wettbewerb

zwischen den Leistungserbringern und den Krankenversicherern zu erhöhen.

Benachteiligung der privaten Kliniken

? *Die Gleichbehandlung der öffentlichen und privaten Spitäler ist umgehend zu vollziehen, um dem Prinzip der Wettbewerbsneutralität zu genügen und die Voraussetzung für echten Preis-Leistungs-Wettbewerb zu schaffen - gerade im Hinblick auf die Einführung der monistischen Spitalfinanzierung*.

Der diskretionäre Entscheidungsspielraum für die Kantone bei der Festlegung der Spitallisten und der Listen für teilstationäre Einrichtungen geht zu weit. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission ist die Bevorzugung der öffentlichen gegenüber den privaten Kliniken und damit eine Verletzung des Prinzips der Wettbewerbsneutralität aus folgenden Gründen naheliegend:

- Die Kantone sind an den öffentlichen Spitälern beteiligt und es besteht weiterhin eine Defizitgarantie der öffentlichen Hand.
- Zumindest bis zur Erfüllung von Artikel 39 Absatz 5 (neu) KVG fehlen eindeutige Kriterien für die anvisierte Gleichbehandlung bezüglich der Spitallistenaufnahme oder können aufgrund der in den Erläuterungen erwähnten, ungenügenden transparenten Datenlage nicht überprüft werden.
- Gemäss Abschnitt 5.1.2 der Erläuterungen fallen die Mehrausgaben der Kantone umso höher an, je stärker sie die Privatspitäler in den kantonalen Planungen berücksichtigen.
- Mit dem Entscheid der Kantone über die Aufnahme von Privatkliniken in der Spitalliste konkurrenzieren die Kantone das eigene öffentliche Angebot. Entsprechend wird nicht nur die Frage im Vordergrund stehen, ob die privaten Leistungskapazitäten einem Bedürfnis der Bevölkerung entsprechen.

Zudem werden Privatkliniken, die sich nicht auf der Spitalliste befinden werden, keinen Sockelbeitrag für die Behandlung von Zusatzversicherten erhalten. Damit werden diese, wie oben ausgeführt, bei der Behandlung von Zusatzversicherten neu auch einen Wettbewerbsnachteil gegenüber jenen Privatkliniken erleiden, die auf der Spitalliste aufgeführt sind.

2.2. Übergangsbestimmungen

Nach Absatz 4 der Übergangsbestimmungen haben die Kantone ihren Anteil an der Vergütung privater Spitäler erst zwei Jahre nach Inkrafttreten dieser Änderungen zu übernehmen. Die privaten Kliniken würden damit frühestens im Jahre 2008 von den Kantonen berücksichtigt werden müssen. Damit werden die privaten gegenüber den öffentli-

chen Kliniken ein weiteres Mal benachteiligt. Absatz 4 stellt damit eine zusätzliche Verletzung der Wettbewerbsneutralität dar.

Anträge:

1. Von der vorgesehenen integralen quantitativen Planung aller Spitalkapazitäten ist abzusehen und der neue Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d sowie Absätze 2 und 4 KVG sind entsprechend anzupassen. Für die Tätigkeit der Halbprivat- und Privatabteilungen von privaten und öffentlichen Spitälern zulasten der obligatorischen Krankenversicherung soll die Erfüllung der personellen und infrastrukturellen Voraussetzungen von geltendem Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe a-c KVG genügen (Möglichkeit der so genannten A- und B-Listen).
2. Absatz 4 der Übergangsbestimmungen ist ersatzlos zu streichen.

3. Vorlage 2B: Managed Care

3.1. Regulierung der Selbstkostenbeteiligung, der Prämienberechnung und der Prämienreduktion:

? *Die Benachteiligung der besonderen gegenüber den ordentlichen Versicherungsformen bei den Prämien beziehungsweise der daraus entstehende Wettbewerbsnachteil ist zu beseitigen*.

Der Bundesrat legt nach geltendem Artikel 62 Absatz 3 KVG die versicherungsmässigen Erfordernisse für die besonderen Versicherungsformen fest. So ist gemäss geltendem Artikel 101.c KVV die Prämienreduktion im Verhältnis der Prämien der ordentlichen Versicherung innerhalb der ersten fünf Jahre auf maximal 20% und ansonsten nach Artikel 95.c Absatz 2 KVV auf 30% beschränkt. Daraus ergibt sich eine Benachteiligung beziehungsweise ein Wettbewerbsnachteil der besonderen gegenüber den ordentlichen Versicherungsformen, da sie nicht sämtliche Ersparnisse in Form von tieferen Prämien an ihre Versicherten weitergeben dürfen.

Den Abschnitten 1.1 und 5.2 des erläuternden Berichts ist im Weiteren zu entnehmen, dass die besonderen Versicherungsformen zum einen wegen der geringen Bereitschaft der Versicherten, die Wahl der Leistungserbringer einzuschränken, in der Schweiz einen geringen Anklang fänden, zum anderen betragen aber die Einsparungen von HMO-Modellen nach Abzug der Risikoselektionseffekte bis zu 40% gegenüber den ordentlichen Versicherungsmodellen. Der geringe Anklang von besonderen Versicherungsformen ist teilweise auf die erwähnte, durch den Bundesrat limitierte Prämienreduktion zurückzuführen, denn die Nachfrage nach besonderen Versicherungsformen und damit auch die Weiterentwicklung von alternativen Versicherungsmodellen ist unmittelbar von der Prämienattraktivität für die

Versicherten abhängig.[1] Als Kompensation für die Einschränkung der Wahlfreiheit bei den Leistungserbringern ist eine entsprechende Prämienreduktion für die Versicherten notwendig, so dass sie ein besonderes Versicherungsmodell mit eingeschränkter Wahl wählen.[2] Die Attraktivität von Managed Care Organisationen und damit ihr Marktanteil steigt durch die Weitergabemöglichkeit ihrer Einsparungen, womit sich ein verschärfter Prämienwettbewerb im Versicherungsbereich ergibt.

Gemäss verändertem Artikel 62 Absatz 3 KVG und dem vorgeschlagenen Artikel 41a Abs. 5 (neu) KVG regelt der Bundesrat die besonderen Versicherungsformen, insbesondere die Prämienermässigungen und deren Höchstgrenzen.

Die Gestaltung der Prämienberechnung und vor allem der Prämienreduktion muss den Krankenversicherern offen stehen, so dass die besonderen Versicherungsformen einen grösseren Anklang bei den Versicherten finden.

3.2. Medikamentenbereich

? *Das 2. Gesetzgebungspaket enthält im Bereich der Medikamente nur geringfügige und ungenügende Änderungen.*

Aus Sicht der Wettbewerbskommission und im Einklang mit den Absichten des Bundesrates vom 25. Februar 2004 betreffend die Revision des KVG sind weiter gehende Systemelemente zu prüfen, um die Effizienz auch im Medikamentenbereich zu steigern. Namentlich die folgenden Massnahmen sind einer eingehenden Prüfung zu unterziehen:[3]

- **Abschaffung der leistungsabhängigen Abgeltung der Apotheker (LOA):** Die Wettbewerbskommission verfügte zwar am 7. Juni 2000[4] die Abschaffung des Kartells über den Vertrieb von Arzneimitteln, allerdings setzte der Bundesrat auf 1. Januar 2001 das Abgeltungsmodell über die LOA in Kraft, das in eine staatliche Preis- und Margenordnung mündete. Die LOA baut auf der in Artikel 35 KLV festgelegten Bemessung des Vertriebsanteils von Arzneimitteln auf und fixiert den Anteil der Beratungsleistungen der Apotheker/innen. Die staatliche Bemessung des Vertriebsan-

[1] Vgl. Studie des Sozialökonomischen Instituts der Universität Zürich (2003), "Nachfolgeprojekt INCENTIVES. Wissenschaftliche Untersuchung der Anreizsysteme im Versicherungsangebot der SWICA".
[2] Plaut Economics und Sozialökonomisches Institut der Universität Zürich (2004), "Was leistet unser Gesundheitswesen".
[3] Vgl. auch Infras/Basys (2002), "Auswirkungen staatlicher Eingriffe auf das Preisniveau im Bereich Humanarzneimittel".
[4] RPW 2000/3, "Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar", S. 320 ff.

teils, der die Abgeltung der gesamten Vertriebsleistungen von Gross- und Fachhandel umfasst, macht den Vertrieb und damit den Verkauf von teureren gegenüber günstigeren Arzneimitteln lohnenswerter. Damit verhindert die geltende Regulierung die freie Preis- und Margensetzung im Medikamentenbereich und setzt trotz LOA auch für die Apotheker/innen Anreize, teurere anstelle von günstigeren Medikamenten zu verkaufen. Wir empfehlen dem Bundesrat deshalb, die Abschaffung der LOA zu überprüfen.

- **Die Einführung einer maximalen Vergütung für eine Arzneimittelgruppe mit derselben Wirkung (Festbetragssystem):** Nach diesem Konzept werden Arzneimittel der Spezialitätenliste den Versicherten nur bis zu einem Höchstbetrag vergütet und die geltende staatliche Preis- und Margenordnung wird ersetzt. Dieser Höchstbetrag orientiert sich an einem relativ preisgünstigen Arzneimittel einer Arzneimittelgruppe mit derselben Wirkung. Beziehen die Versicherten aus nicht medizinisch indizierten Gründen ein teureres Medikament, haben sie die preisliche Differenz selbst zu tragen (eine Form von Kostenbeteiligung). Existieren keine Substitute, übernimmt der Versicherer den ganzen Betrag. Ein solches Vergütungssystem führt zu Preiswettbewerb auf Stufe der Hersteller und Grossisten und damit zu einer Effizienzsteigerung im Bereich der Arzneimittel.[5]

- **Abschaffung des Inlandbeschaffungsprinzips für medizinische Produkte (inkl. Medikamente):** Die Wettbewerbskommission hat dem Bundesrat empfohlen, die gesetzlichen Bestimmungen im Bereich der Krankenpflege-, Unfall- und Invalidenversicherung so anzupassen, dass die Kosten für im Ausland bezogene medizinische Produkte von den Versicherungsträgern übernommen werden, sofern diese Kosten (inkl. Medikamente) tiefer sind als jene in der Schweiz.[6] Die dabei erzielten Einsparungen sind den Versicherten in angemessenem Umfang weiterzugeben. Eine solche Änderung kann dazu beitragen, das Preis-Kosten-Verhältnis von medizinischen Produkten zu verbessern. Die Abschaffung des Inlandbeschaffungsprinzips führt zu beachtlichen Preissenkungen und ist deshalb umzusetzen.

[5] Empirische Studie über das Festbetragssystem in Deutschland: PAVCNIK, NINA (2000), "Do pharmaceuticals prices respond to insurance?", NBER Working Paper Series, 7865, URL: http://www.nber.org/papers/w7865 (21.06.04).
[5] RPW 2000/4, Bezug von medizinische Produkten (inklusive Medikamenten) im Ausland, S. 678 ff.

Anträge:

3. Auf die Regulierung der Berechnung der Prämien und der maximal zulässigen Prämienreduktion durch den Bundesrat ist zu verzichten. Die Prämien haben einzig versicherungstechnischen Erfordernissen zu genügen.

4. Weiter gehende Massnahmen, die der Effizienzsteigerung im Bereich der Medikamente dienen, sind zu überprüfen:

   a) Abschaffung der leistungsabhängigen Abgeltung der Apotheker (LOA)

   b) Einführung einer maximalen Vergütung für eine Arzneimittelgruppe mit derselben Wirkung

   c) Abschaffung des Inlandbeschaffungsprinzips für medizinische Produkte (inkl. Medikamente).

B 3	**Rekurskommission für Wettbewerbsfragen** Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	**1. Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission**

Beschwerdeentscheid vom 14. Juni 2004 in Sachen Unique ([Flughafen Zürich AG]; Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 15.12. 2003) gegen Sprenger Autobahnhof AG (Beschwerdegegnerin 1), Alternative Parking AG (Beschwerdegegnerin 2) und Wettbewerbskommission ([Weko]; Vorinstanz; Verfügung vom 1.12.2003) betreffend vorsorgliche Massnahmen

Es hat sich ergeben:

A. Die Flughafen Zürich AG (nachfolgend: "Unique") ist Betreiberin und Eigentümerin des interkontinentalen Flughafens Zürich. In dieser Eigenschaft verfügt sie über Einrichtungen wie Parkhäuser, welche Gewerbetreibende am Flughafen für die Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeiten benötigen. Anbieter von Parking-Dienstleistungen am Flughafen bedürfen zur Ausübung ihrer Tätigkeit einer von Unique erteilten Gewerbe-Bewilligung sowie eines mit Unique abgeschlossenen Mietvertrags über Räumlichkeiten am Flughafen, sofern das Konzept des Parking-Anbieters vorsieht, dass die zu parkierenden Autos kurz- oder langfristig auf dem Flughafenareal abgestellt werden.

Die Sprenger Autobahnhof AG bietet seit den 1960er Jahren einen "Valet Parking-Service" für Flugpassagiere an. Der von ihr angebotene Parking-Service sieht vor, dass der Kunde sein Auto am Flughafen auf einen der von der Sprenger Autobahnhof AG gemieteten Umschlag-Parkplätze stellt und am Schalter unter Angabe des gewünschten Rücknahmedatums den Autoschlüssel abgibt. Danach wird das Auto von einem Mitarbeiter des Valetanbieters auf einen Parkplatz ausserhalb des Flughafenareals geführt ("*off airport*") und zum gewünschten Zeitpunkt auf einen Umschlag-Parkplatz im Flughafenareal zurückgebracht. Daneben werden auch andere Dienstleistungen wie Autowäsche, Benzin tanken, Öl- und Pneuservice, Abgastest und das Überführen des Wagens für Reparatur- und Servicearbeiten angeboten, welche während der Abwesenheit des Kunden gegen Aufpreis ausgeführt werden. Die Alternative Parking AG bot seit den 90er Jahren bis Mitte 2003 denselben Service wie die Sprenger Autobahnhof AG an.

Am 20. Dezember 2002 kündigte Unique der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG die Mietverträge per 30. Juni 2003. Zudem erneuerte sie die bis 30. Juni 2003 laufende Gewerbebewilligung der Alternative Parking AG nicht mehr, während sie gestützt auf eine Vereinbarung vom 30. Juni 2003 die gleichentags ablaufende Bewilligung der Sprenger Autobahnhof AG noch bis 31. Dezember 2003 verlängerte. Diese Vorgänge waren eine Folge des Entscheids von Unique, das Parkingangebot am Flughafen Zürich ab Mitte 2003 neu zu strukturieren: Am 30. August 2002 hatte Unique das Valet Parking am Flughafen Zürich für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2008 ausgeschrieben. Während die Sprenger Autobahnhof AG am 9. Oktober 2002 eine Bewerbung eingereicht hatte, hatte die Alternative Parking AG in der Einsicht, das von Unique anvisierte Hochpreis-Parking entspreche nicht den Bedürfnissen ihrer Kunden, auf eine Bewerbung verzichtet. Am 9. Dezember 2002 hatte Unique der Sprenger Autobahnhof AG mitgeteilt, den Zuschlag für das "neue" Valet-Parking habe die Europcar AMAG Services AG (im Folgenden: Europcar) erhalten.

Die seit 1. Juli 2003 angebotene Dienstleistung der Europcar sieht vor, dass die Kunden ihr Auto auf der Terminal-Vorfahrt einem Mitarbeiter abgeben, der das Auto sodann in einem Parkhaus von Unique auf dem Flughafengelände ("on airport") abstellt. Für die Dienstleistung des Parkierens hat der Kunde, zuzüglich zum offiziellen Parkhaus-Tarif, ein Entgelt (bei Europcar zurzeit CHF 15.-) zu entrichten.

Die Alternative Parking AG bietet seit Mitte 2003 einen Park-and-ride-Service an. Danach parkieren die Kunden ihren Wagen ausserhalb des Flughafenareals auf einem von der Alternative Parking AG gemieteten Parkplatz und fahren mit einem von der Alternative Parking AG organisierten Shuttle-Bus zum Flughafen.

Im August 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission von diesen Umständen Kenntnis und eröffnete am 17. September 2003 eine Vorabklärung gegen Unique. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurde der Sachverhalt abgeklärt und auf Indizien für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen, auch im Hinblick auf allfällige vorsorgliche Massnahmen, geprüft. Zudem wurden die Parteien (Unique, Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) eingeladen, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen. Die Alternative Parking AG sowie die Sprenger Autobahnhof AG erklärten sich mit Eingabe vom 11. beziehungsweise 14. November 2003 mit dem Verfügungsentwurf einverstanden, während Unique in der Stellungnahme vom 14. November 2003 beantragte, dem Verfügungsentwurf sei nicht zu entsprechen und auf die Eröffnung einer Untersuchung zu verzichten.

Am 1. Dezember 2003 eröffnete die Wettbewerbskommission gegen Unique eine Untersuchung und ordnete gleichentags mit Verfügung Folgendes an:

1. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen.

2. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Eine Kopie dieses Angebots ist gleichzeitig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu übermitteln.

3. Anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 2 kann dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb der gleichen Frist auch eine mit der Sprenger Autobahnhof AG beziehungsweise der Alternative Parking AG abgeschlossene Vereinbarung unterbreitet werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1, 2 und 3 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG).

5. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

6. (...)

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, es lägen keine Vorschriften vor, welche der Anwendung des Kartellgesetzes entgegen stünden. Insbesondere folge aus der Flughafenbetriebskonzession nicht, dass Unique die auf den Flughafenbetrieb ausgerichtete Parkplatzbewirtschaftung exklusiv allein ausüben dürfe. Zudem handle es sich bei einer Konzession um eine individuell-konkrete Verfügung, weshalb es zweifelhaft sei, ob überhaupt von einer "Rechtsvorschrift" im Sinne des Kartellgesetzes die Rede sein könne. In sachlicher Hinsicht sei als relevanter Markt derjenige für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für *off airport*-Parking für Flugpassagiere abzugrenzen, welcher in räumlicher Hinsicht auf das nahe bei den Check-in-Schaltern gelegene Flughafenareal begrenzt sei. Auf diesem Markt verfüge Unique über eine marktbeherrschende Stellung, weil alle Parking-Dienstleistungsanbieter zwingend auf die

Miete von Räumlichkeiten am Flughafen und auf den Erhalt einer Gewerbe-Bewilligung von Unique angewiesen seien. Dadurch, dass Unique sich seit Mitte beziehungsweise seit Ende 2003 weigere, mit tatsächlichen (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) und potenziellen Konkurrenten Mietverträge abzuschliessen und Gewerbe-Bewilligungen zu erteilen, verunmögliche sie in unzulässiger Weise die Ausübung des Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt. Die von Europcar angebotene Dienstleistung stelle keine Konkurrenz zum Parking-Angebot von Unique selbst beziehungsweise der Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG dar, sondern sei lediglich eine im Hochpreis-Parksegment anzusiedelnde Zusatzleistung gegen zusätzliches Geld.

Das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) habe Unique in der Baukonzession dazu verpflichtet, die Parkgebühren generell zu erhöhen. Da diese Auflage vor allem dem Umweltschutz diene, könne Unique damit nicht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten rechtfertigen. Unique müsse diese Auflage gegenüber allen Marktteilnehmern in nicht diskriminierender Weise durchsetzen. Dass aus infrastrukturellen Gründen nicht eine beliebig hohe Anzahl von Dienstleistungsanbietern zugelassen werden könne, sei offensichtlich. Bei der Ausübung ihrer aus der Konzession fliessenden Organisationsrechte müsse Unique sich indessen stets im Rahmen des verbindlichen Rechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, bewegen.

Ohne Abschluss von Mietverträgen mit Unique und ohne Gewerbe-Bewilligung von Unique lasse sich ein Marktverbleib beziehungsweise -zutritt durch die Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG oder Dritte nicht realisieren. Die bestehenden Anbieter müssten Nachteile wie "sunk costs", grossen Zeitbedarf sowie den Verlust des bestehenden Kundenstamms hinnehmen und wären gezwungen, die Arbeitsverträge mit erfahrenen Angestellten sowie die Mietverträge der *off airport*-Parkplätze zu kündigen. Diese Nachteile drohten unmittelbar einzutreten. Mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen könnten die einzigen beiden Konkurrenten auf dem Markt verbleiben, womit verhindert würde, dass Unique mittels Verweigerung der Geschäftsbeziehungen deren ganze Kundenstämme übernehmen und alle Parkplätze als Monopolistin anbieten könne.

Insofern bejahte die Wettbewerbskommission die günstige Entscheidprognose, den drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der verfügten vorsorglichen Massnahmen.

B. Dagegen erhob Unique (Beschwerdeführerin), vertreten durch [...], am 15. Dezember 2003 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragte im Wesentlichen, die Dispositiv-Ziffern 1-4 seien aufzuheben, die aufschiebende Wir-

kung sei wieder herzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, die gegen sie am 1. Dezember 2003 eröffnete Untersuchung einzustellen und wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Darstellung des Sachverhalts in der angefochtenen Verfügung sei unvollständig, enthalte zahlreiche Spekulationen und tendenziöse Unterstellungen. Hätte die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt korrekt ermittelt, hätte sie keine vorsorglichen Massnahmen verfügen dürfen. So sei die Vorinstanz überhaupt nicht auf ihre Ausschreibungsbedingungen eingegangen und habe die eingegangenen Angebote nicht analysiert. Zudem unterstelle ihr die Vorinstanz die Absicht, unliebsame Konkurrenz vom Markt verdrängen zu wollen.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stünden im vorliegenden Fall Vorschriften des Luftfahrt- und des Umweltschutzrechts der Anwendung des Kartellgesetzes entgegen. Demnach seien die Verweigerung, eine Zulassung zur Erbringung von Valet Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafen Zürich zu erneuern, sowie die Tariffestsetzung für das Flughafenparking im Hinblick auf den für den Flughafen verbindlichen Modalsplit der kartellgesetzlichen Überprüfung entzogen.

Ihrer Ansicht nach sei als sachlich relevanter Markt derjenige für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für Parking-Angebote abzugrenzen. In räumlicher Hinsicht sei einzig die Möglichkeit entscheidend, das Fahrzeug irgendwo in der Nähe des Passagierterminals abgeben zu können. Die Aussage in der angefochtenen Verfügung, wonach Valet Parking den Zugang zum Flughafenareal in der Nähe der Check-in-Schalter bedinge, sei offensichtlich unzutreffend.

Sie habe nicht entschieden, die Sprenger Autobahnhof AG und die Alternative Parking AG vom Markt zu verdrängen. Vielmehr habe sie diesen beiden sowie zwölf anderen Unternehmen von sich aus und ohne gesetzliche Notwendigkeit ermöglicht, an einer Ausschreibung für das neue Valet Parking teilzunehmen. Es liege in der Natur von Vergaben im Rahmen von Ausschreibungen, dass nicht alle Bieter den Zuschlag erhalten könnten. Bei solchen Vergaben finde ein Wettbewerb um den Markt statt. Bei der Ausschreibung habe sie niemanden diskriminiert und das Angebot von *off airport*-Parkplätzen in keiner Weise untersagt. Wenn die ausgeschiedenen Konkurrenten die Ausschreibungsbedingungen und/oder den Zuschlagsentscheid hätten beanstanden wollen, hätten sie im Verlaufe des Ausschreibungsverfahrens im Herbst 2002 Einsprache oder Aufsichtsbeschwerde bei den zuständigen Behörden erheben sollen. Dies hätten weder die Sprenger Autobahnhof AG noch die Alternative Parking AG getan.

Da sie im Rahmen der fünften Bauetappe zusätzliche Parkingflächen geschaffen habe, und sich die Passagierzahlen nicht wie erwartet entwickelt hätten, reiche ihr Angebot bei weitem aus, um die aktuelle Nachfrage nach Parkplätzen auf dem Gelände des Flughafens Zürich

zu decken. Daher sei sie zwecks Steigerung ihrer Effizienz berechtigt, Geschäftsbeziehungen abzubrechen.

Dem wirksamen Wettbewerb drohten entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine gravierenden und irreversiblen Strukturveränderungen. Die Alternative Parking AG biete seit fast einem Jahr mit ihrem Park-and-Ride-System ein alternatives Konkurrenzprodukt an. Der Sprenger Autobahnhof AG stehe es offen, ein ähnliches alternatives Konkurrenzangebot zu lancieren. Auch ein späteres Wiederaufnehmen der Tätigkeit unter Benützung von Flughafeneinrichtungen sei nicht ausgeschlossen. Da keine nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile bestünden, fehle es auch an der Voraussetzung der Dringlichkeit.

Zwar möge die Massnahme des Kontrahierungszwangs geeignet sein, wirksamen Wettbewerb zu schützen. Sie sei jedoch nicht notwendig, weil im Markt für Parking-Dienste aktuelle Konkurrenz bestehe. Potenzielle Konkurrenz bestehe ebenfalls, da für einen Markteintritt keine besonderen Marktzutrittsschranken bestünden. Potenzielle Anbieterinnen wie die Sprenger Autobahnhof AG könnten wie die Alternative Parking AG ohne weiteres Parkingflächen im Umfeld des Flughafens mieten und ihre Kunden beispielsweise mit einem Shuttle-Bus zu den Terminals fahren.

Da die Voraussetzungen für den Erlass der vorsorglichen Massnahmen nicht erfüllt seien, sei die der Beschwerde entzogene aufschiebende Wirkung wieder herzustellen.

C. Mit Schreiben vom 5. Januar 2003 (recte: 2004) beantragte die Alternative Parking AG (Beschwerdegegnerin 2), vertreten durch [...], das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

Zu dieser Frage liess sich gleichentags auch die Wettbewerbskommission in abweisendem Sinn vernehmen.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2004 beantragte schliesslich auch die Sprenger Autobahnhof AG (Beschwerdegegnerin 1), vertreten durch [...], das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

D. Mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

E. Mit Eingabe vom 19. Januar 2004 nahm die Wettbewerbskommission zur Hauptsache Stellung und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin verkenne, dass es im vorliegenden Fall nicht um das von ihr durchgeführte Ausschreibungsverfahren gehe. Im Gegensatz zum vorliegend interessierenden *off airport*-Parking sei es bei der Aus-

schreibung um Parking-Dienstleistungen im Hochpreissegment gegangen, welche indessen eine ganz andere Kundschaft ansprechen würden. Die meisten Kunden der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 dürften nicht bereit sein, für die Dienstleistung des Parkierens ein Zusatzentgelt (bei Europcar zurzeit CHF 15.-, zuzüglich zum offiziellen Tarif der Parkhäuser 1, 2, 3 und 6) zu bezahlen; im Gegenteil, sie wählten das off airport-Parking bewusst aus, um ihr Fahrzeug günstiger parkieren zu können als im Parkhaus von Unique. Aus den Tatsachen, dass die Beschwerdegegnerin 1 sich erfolglos an der Ausschreibung beteiligt, die Beschwerdegegnerin 2 auf eine Bewerbung verzichtet und niemand einen Rechtsbehelf gegen den Vergabeentscheid erhoben habe, könne die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Ausschreibung eine andere Dienstleistung und ein anderes Kundensegment betroffen habe.

Aus der Ermächtigung, grundsätzlich Dritte zur Erfüllung von Pflichten aus der Konzession beiziehen zu dürfen, folge entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keinesfalls, dass Unique sich bei der Übertragung von Rechten und Pflichten auf Dritte in einem absolut rechtsfreien Raum befinden würde. Zwar statuiere das Betriebsreglement keinen Anspruch auf Erneuerung einer abgelaufenen Zulassung. Die kartellrechtlichen Restriktionen gegenüber Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gälten indessen auch hier.

Die Argumentationslinie der Beschwerdeführerin ziele darauf hin, eine Wettbewerbsbeschränkung betriebswirtschaftlich zu rechtfertigen ("legitimate business reasons"). Um nicht dem Missbrauch Tür und Tor zu öffnen, könne das Argument nicht zugelassen werden, die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sei nötig, um die eigenen Kapazitäten auszulasten und die eigenen Kosten zu amortisieren. Weder bei der Konzession noch bei den dahinter stehenden gesetzlichen Bestimmungen handle es sich um Vorschriften, welche auf dem Markt für *off airport*-Parking-Dienstleistungen Wettbewerb nicht zuliessen.

Der sachlich relevante Markt könne nicht, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, für alle Parking-Angebote, innerhalb und ausserhalb des Flughafenareals, abgegrenzt werden, sondern es sei der unterschiedlichen Verwendung der Parkplätze im Parkhaus Rechnung zu tragen: Während beim *off airport*-Valet Parking die Parkplätze im Parkhaus nur als Umschlagplätze für die Entgegennahme zur anschliessenden kostengünstigeren Unterbringung ausserhalb des Flughafenareals und für die Bereitstellung des Fahrzeuges für den Kunden nach seiner Ankunft auf dem Flughafen dienten, würden beim teureren "normalen" Parkieren im Parkhaus von Unique und beim *on airport*-Valet Parking von Europcar die Parkplätze von Unique zum dauerhaften Abstellen der Fahrzeuge benötigt. Der Umstand, dass Unique das Valet Parking im Hochpreissegment separat habe ausschreiben können und dass verschiedene Parking-Dienstleistungen in unter-

schiedlichen Preis-/Tarifsegmenten angeboten würden, weise auf verschiedene, voneinander getrennte Märkte hin. Das *off airport*-Valet Parking könne, ohne seinen vorgesehenen Zweck zu verlieren, sinnvollerweise nicht anders als durch den Zugang zum Flughafenareal in der Nähe der Check-in-Schalter erbracht werden, da die Flugpassagiere diese Dienstleistung vernünftigerweise nur dort beanspruchen wollten und andernfalls nicht in Anspruch nehmen würden. Damit bleibe es bei der räumlichen Marktabgrenzung bezogen auf das nahe bei den Check-in-Schaltern gelegene Flughafenareal.

Mit der beabsichtigten Verdrängung der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vom Flughafenareal steige - selbst auf dem von Unique selber definierten weiteren Markt - der bereits sehr hohe Marktanteil der Beschwerdeführerin noch weiter. Als Alleineigentümerin der Infrastruktur und der Konzession für die Vergabe von Gewerbe-Bewilligungen verfüge die Beschwerdeführerin auf dem aus Sicht der Wettbewerbskommission relevanten Markt sogar über einen Marktanteil von 100%. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei es für die Wettbewerbskommission glaubhaft, dass die Verdrängung der beiden bisherigen off airport-Parking-Anbieterinnen vom Flughafen Zürich zu Strukturveränderungen führen könne, die den bisher herrschenden wirksamen Wettbewerb beseitigten und somit einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätten. So könne nicht einfach vorübergehend ein Park-and-Ride-Konzept auf die Beine gestellt werden: Ein neues Konzept bedürfe eines nicht unerheblichen logistischen, organisatorischen und finanziellen Aufwands. Zudem würde ein Hin und Her zwischen verschiedenen Konzepten die Kundschaft erheblich verunsichern, wenn nicht gar abschrecken.

F. Mit Eingabe vom 29. Januar 2004 nahm die Beschwerdegegnerin 2 zur Hauptsache Stellung und beantragt ebenfalls Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie unter anderem aus, im vorliegenden Fall stünden keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Anwendung des Kartellgesetzes entgegen. Die von der Beschwerdeführerin genannten Regelungen liessen sehr wohl Raum für *off airport*-Parkingdienstleistungen, wie sie von ihr und der Beschwerdegegnerin 1 angeboten würden.

Da die Beschwerdeführerin keine Ausschreibung für das herkömmliche, günstigere Valet Parking durchgeführt habe, seien ihre Ausführungen zum Ausschreibungsverfahren irrelevant. Sie habe von allem Anfang an gewusst, dass sie mit ihrem *off airport*-Parking-Konzept keine Chance haben würde, weswegen sie kein Angebot eingereicht habe. Das von ihr schliesslich angebotene Park-and-Ride-Konzept, mit dem sie wesentlich tiefere Umsätze erziele, sei lediglich eine Notlösung. Die Beschwerdeführerin setze zudem ihre Vertragspartner (wie die Joker-Bus AG) unter Druck. Die Beschwerdeführerin sei als marktbeherrschendes Unternehmen nicht berechtigt, seit Jahren oder Jahr-

zehnten bestehende Konkurrenz auszuschalten, zumal der Abbruch bestehender geschäftlicher Beziehungen etwas grundlegend anderes darstelle als die Nichtaufnahme von neuen Geschäftsbeziehungen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin handle es sich beim *off airport*- und *on airport*-Parking um zwei verschiedene Märkte. Schon aus Kostengründen sei es für einen Flughafenbenützer wesentlich, ob sein Fahrzeug auf den billigeren Parkplätzen ausserhalb oder auf den teureren Parkplätzen der Beschwerdeführerin innerhalb des Flughafenareals abgestellt werde. Deswegen stelle das Parking-Konzept der Europcar keine Konkurrenz zu ihrem Angebot dar. Mit ihrem *off airport*-Konzept sei sie dringend darauf angewiesen, dass die Beschwerdeführerin ihr Einrichtungen im Flughafenareal, und zwar nahe bei den Terminals, zur Verfügung stelle. Mangels solcher Einrichtungen sprängen viele ihrer Kunden ab, weil die mit dem Park-and-Ride-Konzept verbundenen Unannehmlichkeiten (Umsteigen mit schwerem Gepäck, grösserer Zeitbedarf) für sie zu gross seien.

G. Die Beschwerdegegnerin 1 liess sich mit Schreiben vom 30. Januar 2004 vernehmen. Sie beantragt, die Anträge der Beschwerdeführerin Ziffer 1 bis 3 seien abzuweisen und es seien die von der Wettbewerbskommission verfügten vorsorglichen Massnahmen aufrecht zu erhalten. Zur Begründung hält sie fest, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei dringend geboten, und die Voraussetzungen dazu seien alle erfüllt.

Leider habe das Angebot, das ihr gestützt auf Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung am 12. Dezember 2003 von der Beschwerdeführerin unterbreitet worden sei, in keiner Weise den Anforderungen entsprochen. Das angebotene Parkhaus 6 befinde sich in der Nähe der "Fracht" und sei nicht im so genannten Check-in-Bereich aufgelistet. Ein Passagier, der sein Auto im Parkhaus 6 abholen müsse, hätte einen weiten Weg von zirka zehn Minuten unter freiem Himmel zurückzulegen. In der jetzigen Situation mit Parkhaus 2 seien es zwei beziehungsweise fünf Minuten (überdachter) Weg zu den Check-in-Schaltern. Des Weiteren lägen nach dem Angebot der Beschwerdeführerin Umschlagplätze und Büros zwei Etagen auseinander. Dies habe zur Folge, dass zusätzliches Personal eingesetzt werden müsste und die Kunden Unannehmlichkeiten hinzunehmen hätten, da sie ihr Auto nur auf komplizierte Weise wieder behändigen könnten. Indem die Beschwerdeführerin ihr gedroht habe, die physische Zufahrt zum Parkhaus 2, Geschoss 2, ab Freitag 9. Januar 2004 für sie und ihre Kunden zu verunmöglichen, habe sie gar keine andere Wahl gehabt, als das mit Nachteilen verbundene Angebot der Beschwerdeführerin anzunehmen. Immerhin dürfe sie nun ihr Büro am angestammten Platz belassen. Allerdings müssten die Kunden auch so die schwer wiegenden Nachteile des längeren und Zeit raubenden Weges in Kauf nehmen. Um den Kunden diese Nachteile zu ersparen, und um die Autos und

Parkplätze kontrollieren zu können, führe sie nun das Check-in im Parkhaus 3 durch, wobei ihr ein Auto als Notbüro diene.

Sie habe bereits mehrere Kunden verloren, und ihr Umsatz sei im Vergleich zum letzten Jahr für den gleichen Zeitraum um 30%-35% zurückgegangen. Die Tendenz des Rückgangs sei steigend. Der enorme Wettbewerbsnachteil, den der jetzige Standort für sie bedeute, werde zwangsläufig zum "Aus" führen. Selbst wenn sie nur kurze Zeit am Markt nicht mehr präsent sein könne, werde es ihr nicht mehr oder nur unter Inkaufnahme unzumutbarer Nachteile möglich sein, in den Markt zurückzukehren. Schliesslich sei ihr unverständlich, weshalb ihr bei der Bewertung im Rahmen der Ausschreibung beim "Know-how" nicht die maximale Punktzahl erteilt worden sei, zumal sie seit mehr als 40 Jahren zur vollen Zufriedenheit ihrer Kunden ihre Dienstleistungen anbiete. Dieser Umstand sei ein Hinweis darauf, dass es der Beschwerdeführerin im Grunde nur darum gegangen sei, alle übrigen Anbieter ausser Europcar aus dem Markt zu verdrängen.

H. Am 26. März 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, prüft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 128 II 13 E. 1a; 128 I 46 E. 1a; 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Vorliegend ist die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 angefochten. Mittels dieser Verfügung ordnete die Wettbewerbskommission im Rahmen einer Untersuchung nach Artikel 27 KG (zitiert in E. 2) zur vorläufigen Sicherung des wirksamen Wettbewerbs von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen an. Gleich wie im Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) ist die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch im erstinstanzlichen Verfahren als Zwischenverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 VwVG zu qualifizieren (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.3, publiziert in RPW 1997/2, S. 243 ff., REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.1, publiziert in RPW 1997/4, S. 602 ff., REKO/WEF 99/FB-007 E. 1, publiziert in RPW 1999/4, S. 618 ff., und REKO/WEF FB/2002-5 E. 1.1, publiziert in RPW 2003/2, S. 406 ff.).

1.2. Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG sowie Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31). Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG).

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist im erstinstanzlichen Verfahren mit ihrem Antrag, auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei zu verzichten, unterlegen. Sie ist daher formell beschwert und zur Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich berechtigt.

1.3. Zwischenverfügungen sind jedoch nur dann selbstständig anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Andernfalls können sie nur im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c und BGE 127 II 132 E. 2a; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu bewirken. Das Interesse der beschwerdeführenden Partei an der Aufhebung der Zwischenverfügung muss so beschaffen sein, dass der Nachteil nicht wieder gutzumachen ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; 127 II 132 E. 2b; 125 II 613 E. 4a; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

Ob die beschwerdeführende Partei in diesem Sinne beschwerdeberechtigt ist, muss von Amtes wegen geprüft werden (vgl. E. 1). Dies entbindet sie indessen nicht davon darzulegen, aus welchen Umständen sich ihre Beschwerdebefugnis ergibt, weil sie die Beweislast dafür trifft, dass ihr das Beschwerderecht zusteht (GYGI, a.a.O., S. 150, mit Verweis auf BGE 104 Ib 245 E. 7a).

Die Beschwerdeführerin erklärt in ihrer Verwaltungsbeschwerde vom 15. Dezember 2003 lediglich, ihr werde ein nicht gerechtfertigter Kontrahierungszwang auferlegt. Nachdem die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in bisher entschiedenen Streitigkeiten über vorsorgliche Massnahmen nicht sehr hohe Anforderungen an den Nachweis der Beschwerdelegitimation gestellt hat (vgl. beispielsweise FB/2003-11 E. 1.4 f., publiziert in RPW 2003/3, S. 653 ff.), rechtfertigt es sich, diesbezüglich auch im jetzigen Zeitpunkt nicht übermässige Strenge walten zu lassen und die erforderlichen Überlegungen von Amtes wegen anzustellen.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kann ein wirtschaftliches Interesse an der Aufhebung der angeordneten Massnahmen darin erblickt werden, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vorläufig als Konkurrentinnen dulden muss und ihre eigenen Parkplatzkapazitäten in dieser Zeit nur in eingeschränktem Mass auslasten kann. Der Nachteil, der ihr daraus erwächst, kann angesichts des ungewissen Ausgangs des Hauptverfahrens und der gefährdeten Weiterexistenz der Konkurrenz als nicht wieder gutzumachender Nachteil gewertet werden.

1.4. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenüglich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

1.5. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3) anbegehrt wird.

1.6. Die Beschwerdeführerin beantragt nicht nur die Aufhebung der erstinstanzlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen, sondern zudem, die Vorinstanz sei anzuweisen, die am 1. Dezember 2003 eröffnete Untersuchung einzustellen und mangels günstiger Erfolgsprognose in der Hauptsache wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

Verwaltungsbeschwerden setzen eine Verfügung voraus (Art. 44 VwVG), mit welcher ein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, abgeändert der aufgehoben wird, wie es der Verfügungsbegriff voraussetzt (Art. 5 Abs. 1 VwVG). In der Eröffnung einer Untersuchung ist nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen keine solche Verfügung zu erblicken (REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.5, a.a.O.; zustimmend PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 428). Auf die Beschwerde ist somit in diesem Punkt mangels eines Anfechtungsobjektes nicht einzutreten.

1.7. Schliesslich stellt die Beschwerdeführerin das Begehren, die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

Bei diesem Antrag handelt es sich nicht um einen Beschwerde- sondern um einen Beweisantrag. Über Beweisanträge ist nicht im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen und in allgemeiner, von konkreten Fragen losgelöster Weise zu befinden, sondern bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen im Rahmen der Erwägungen zur Sache.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Akten der Vorinstanz im Sinne des Beweisantrags der Beschwerdeführerin tatsächlich beigezogen hat.

1.8. In ihrem Schreiben vom 8. Januar 2004 beantragt die Beschwerdegegnerin 2, ihr seien die Beschwerdebeilagen 1-16 zuzustellen. Nachdem die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 13. Januar 2004 die Beilagen Nummer 10, 12, 13 und 15 für die Beschwerdegegnerin 2 als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet hatte, gewährte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdegegnerin 2 mit Schreiben vom 14. Januar 2004 Einsicht in die übrigen Akten. Hinsichtlich der Beschwerdebeilagen 10, 12, 13 und 15 hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, ob sich diese Aktenstücke als entscheidwesentlich erwiesen, könne noch nicht schlüssig gesagt werden. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Inhalt dieser Beilagen in der Beschwerdeschrift umschrieben werde. Sollten sich die fraglichen Akten in einem späteren Verfahrensstadium als entscheidwesentlich herausstellen, würde auf das Gesuch um Akteneinsicht zurückgekommen werden. Mit dieser Vorgehensweise erklärte sich die Beschwerdegegnerin 2 stillschweigend einverstanden.

Mit Schreiben vom 6. Mai 2004 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdegegnerin 2 mit, sie habe die Beschwerdebeilagen 10, 12, 13 und 15 nicht als entscheidwesentlich befunden, weshalb ihr keine Einsicht in diese Akten gewährt würde.

Da die genannten Dokumente der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht als Beweismittel dienten (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG) beziehungsweise ihr wesentlicher Inhalt in der Beschwerdeschrift umschrieben wurde, ist der Antrag der Beschwerdegegnerin 2, Einsicht in die Beschwerdebeilagen 10, 12, 13 und 15 zu nehmen und sich dazu äussern zu können, abzuweisen.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öf-

fentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

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

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen gemäss Artikel 7 Absatz 2 KG insbesondere in Betracht:

a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre)

b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen

d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung

f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbsbehörden wahren das Amts- und Geschäftsgeheimnis (vgl. Art. 25 KG).

Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 8 KG).

3. Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1bis KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen ausschliessen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG). Als solche gelten

a) Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen

b) Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten

3.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, ein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu sein. Sie macht jedoch geltend, vorliegend sei die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unhaltbar, weil ihr unternehmerisches Verhalten dem verfügungsweisen Zugriff der Wettbewerbskommission entzogen sei. Es sei durch öffentlich-rechtliche Vorschriften gedeckt, die dem Kartellgesetz vorgingen. Gegenteilige Schlussfolgerungen seien darauf zurückzuführen, dass die Wettbewerbskommission den Sachverhalt mangelhaft abgeklärt habe.

Zu prüfen ist somit zunächst, ob sich die Beschwerdeführerin auf vorbehaltene Vorschriften berufen kann, und ob die Vorinstanz den Sachverhalt diesbezüglich ausreichend geklärt und korrekt gewürdigt hat (vgl. nachfolgend E. 3.2 und 3.3).

3.2 Artikel 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften (vgl. die Marginalie). Wie in der Literatur festgehalten wird, geht es dabei um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil er zur Auffassung gelangt ist, dass im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen) (MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 8; vgl. auch Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft; BBl 1995 I 468, dort S. 537 ff.).

Eine *staatliche Markt- oder Preisordnung* im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt werden (z.B. Produktions- oder Handelskontingentierung; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 238, mit Verweisen; BRUNO SCHMIDhauser, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Rz. 8 zu Art. 3). Als Paradebeispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs wird die Landwirtschaft genannt (Botschaft, S. 539; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 3). Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Gesetz, soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt (SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 3; Botschaft, a.a.O., S. 539 f.).

Daneben können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen auch weniger weit reichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts *mit besonderen Rechten* ausstatten. Die Botschaft weist jedoch auch in diesem Zusammenhang darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Entsprechende Unternehmen haben sich, soweit sie sich ausserhalb des Ausnahmebereichs bewegen, nach wettbewerblichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 540).

Bei der Rechtsanwendung ist lediglich zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften Wettbewerb ausschalten wollte. Es ist nicht Sache der rechtsanwendenden Behörden zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen gegeben ist (ZÄCH, a.a.O., Rz. 236; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 13 f. zu Art. 3; vgl. aber auch JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 4 zu Art. 3).

3.2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Betrieb des Flughafens einschliesslich der Parkplatzbewirtschaftung unterstehe zahlreichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die sich direkt oder indirekt auf sämtliche Wettbewerbsparameter (Marktzutritt, Preisfestsetzung, produzierte Mengen) auswirkten. Konkret verweist sie auf das Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0), das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01), die Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1) und den Massnahmenplan Lufthygiene vom 19. Juni 1996 des Regierungsrates des Kantons Zürich (inkl. Ergänzung vom 30. April 2002), ferner auf ihre Betriebskonzession vom 31. Mai 2001, das Betriebsreglement vom 31. Mai 2001 und die Baukonzession vom 5. November 1999.

Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG greife deshalb, weil das LFG und die darauf gestützte Betriebskonzession es ihr freistellten zu entscheiden, ob sie eine Dienstleistung selber erbringen oder auf Dritte übertragen wolle. Der Entscheid über die Zulassung Dritter und damit der Entscheid über deren Marktzu- und -austritt obliege deshalb allein ihr, weshalb sie dabei keinen kartellgesetzlichen Restriktionen unterliege. Ausserdem ergebe sich aus der Baukonzession beziehungsweise dem auf das USG und die LRV abgestützten Massnahmenplan Lufthygiene, dass sie mit Blick auf die Erhöhung des Anteils des öffentlichen Verkehrs (Modalsplit-Zielvorgaben) die Parkgebühren erhöhen müsse; sie sei daher in der Preisgestaltung nicht frei, weshalb eine staatliche Preisordnung bestehe.

Ob ein Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a oder Buchstabe b KG bestehe, sei irrelevant, weil die Aufzählung in Artikel 3 Absatz 1 nicht abschliessend sei und lediglich typische Vorschriften erwähne, welche Wettbewerb auszuschliessen vermöchten. Artikel 3 Absatz 1 KG sei überall dort anwendbar, wo zumindest einer der relevanten Wettbewerbsparameter Preis, Menge oder Marktzutritt reguliert werde.

3.2.2. Zu Letzterem ist vorab festzuhalten, dass Artikel 3 Absatz 1 KG insofern abschliessend ist, als der Vorbehalt nur für Fälle gilt, bei denen der Gesetzgeber Unternehmen bewusst vom Zwang zum Wettbewerb befreien will, weil er der Auffassung ist, dass die staatliche Intervention im fraglichen Bereich bessere Resultate erbringe als wirksamer Wettbewerb (SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 3). Aus der Formulierung des Gesetzes, dass *insbesondere* Vorschriften vorbehalten seien, die staatliche Markt- und Preisordnungen begründen oder einzelne Unternehmen mit besonderen Rechten ausstatten, kann daher nicht geschlossen werden, dass der Vorbehalt auch in Fällen zum Tragen kommt, in welchen der Gesetzgeber nicht solchermassen bewusst gehandelt hat (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 3).

Der Beschwerdeführerin ist insofern beizupflichten, als es im Effekt unerheblich ist, ob eine Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a oder Buchstabe b KG vorliegt. Für die Prüfung, ob vorbehaltene Vorschriften vorliegen, kann dennoch zu einer Prüfung nach der Systematik des Gesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und Bst. b; vgl. nachfolgende E. 3.2.3 f.) geschritten werden. Auch wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt im Übrigen zu prüfen, inwiefern die Anwendung des Kartellgesetzes dadurch zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip dadurch tatsächlich ausgeschlossen wird.

3.2.3 Die von der Beschwerdeführerin genannten Bestimmungen des Luftfahrtgesetzes, des Umweltschutzgesetzes und der Luftreinhalte-Verordnung enthalten keinerlei Vorschriften, nach welchen Wettbewerb im Bereich des Parkierens von Motorfahrzeugen und diesbe-

züglichen Dienstleistungen generell oder in der Region des Flughafens Zürich ausgeschlossen sein soll. Diese Erlasse beschränken weder den Marktzutritt, noch regulieren sie die Preise oder die Mengen.

Eine gesetzgeberische Absicht, diesen Bereich der Wirtschaft angesichts eines Versagens der Marktkräfte vom Wettbewerb ganz oder teilweise auszuschliessen, ist weder von der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht noch sonst wie ersichtlich. Insbesondere kann daraus, dass Artikel 36a Absatz 3 LFG es der Beschwerdeführerin überlässt, den Flughafen zu betreiben und zu entscheiden, ob sie eine Dienstleistung selber erbringt oder an Dritte überträgt, in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 4.1, publiziert in: RPW 2003/4, S. 912 ff., mit weiteren Verweisen) nicht gefolgert werden, dass das Kartellgesetz im Bereich des Parkingangebots für Motorfahrzeuge und diesbezüglicher Dienstleistungen keinen Spielraum für Wettbewerb lässt.

Hinsichtlich des zürcherischen Massnahmenplans Lufthygiene ist festzuhalten, dass dieser keine generell-abstrakte, die Privaten verpflichtende Regelung darstellt. Der Massnahmeplan von 1996 und die Ergänzung von 2002 erwähnen zwar die Erhöhung der Parkgebühren verschiedentlich. Eine diesbezügliche öffentlich-rechtliche Vorschrift oder Ermächtigung besteht jedoch nicht. Der Massnahmenplan ist einerseits ein politisches Programm, andererseits ein behördenverbindliches verwaltungsinternes Koordinationsinstrument, das im Übrigen auch der Legislative gegenüber keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. Ziff. 1.3 des Massnahmenplans). In ihm kann deshalb keine Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG erblickt werden. Etwas anderes ergibt sich auch aus dem Regierungsratsbeschluss vom 19. Juni 1996 (vgl. Anhang 1 zum Massnahmenplan, S. 100, Ziff. 4) nicht.

Selbst wenn man dem Massnahmenplan dessen ungeachtet die geforderte Gesetzesqualität einräumen wollte, wäre in ihm keine staatliche Preisordnung zu sehen. Eine solche würde einen staatlich festgelegten oder mindestens einen staatlich genehmigten Tarif voraussetzen. Beides ist vorliegend nicht gegeben. Und sogar wenn man das allgemein formulierte Anliegen "Erhöhung der Parkingtarife" als staatliche Preisordnung betrachten wollte, hätte dies höchstens Konsequenzen für eine kartellrechtliche Überprüfung von Preismissbräuchen, nicht auch für die Frage einer allfälligen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt.

Öffentlich-rechtliche Normen, die den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung in wettbewerbsausschliessender Weise regulieren würden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), existieren somit nicht.

3.2.4. Einen Anwendungsvorbehalt begründen sodann Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufga-

ben mit besonderen Rechten ausstatten. Auch hier ist gefordert, dass der Vorbehalt nur so weit geht, als diese Rechtsvorschriften Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).

Als Rechtsvorschriften gelten nach der Mehrheit der Literatur an sich generell-abstrakte Bestimmungen (BENOÎT CARRON, in: TERCIER/BOVET, Droit de la concurrence, Basel 2002, Rz. 20 zu Art. 3 KG; RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Diss. Basel 2000, S. 171 ff., 209), welche dem Bundesrecht, dem kantonalen oder kommunalen Recht entstammen können (JUDITH BISCHOF, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Diss. Zürich 2002, S. 160, mit weiteren Hinweisen auf die Literatur). Da eine Konzession als Kombination vertraglicher und verfügungsmässiger Elemente angesehen wird (vgl. TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 30 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, Rz. 2593; BGE 127 II 69 E. 5a; 109 II 76 E. 2), kann es sich bei einer Konzession nicht um eine generell-abstrakte Bestimmung und folglich auch nicht um eine Rechtsvorschrift *im Sinne der genannten Lehrmeinungen* handeln.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann grundsätzlich auch eine Konzession als Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG betrachtet werden, dies aber nur dann, wenn sich der Verwaltungsakt auf eine klare gesetzliche Grundlage stützt, die den Ausschluss des Wettbewerbs verlangt beziehungsweise wenn der Verwaltungsakt die gesetzlichen Regeln konkretisiert (BGE vom 17. Juni 2003 [2A.520/2002] E. 5.4.7, veröffentlicht in: RPW 2003/4, S. 925, mit Verweis auf CARRON, a.a.O., Rz. 33 zu Art. 3). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beschwerdeführerin mit der Betriebs- und der Baukonzession im Bereich der Parkingdienstleistungen keine besondere Stellung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG übertragen wird, denn die gesetzlichen Grundlagen dieser Verwaltungsakte sehen hier keinen Ausschluss des Wettbewerbs vor (vgl. E. 3.2.3). Letztlich kann die Frage, ob individuell-konkrete Konzessionen Rechtsvorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG sein können, hier jedoch offen gelassen werden, weil weder die Betriebs- noch die Baukonzession Bestimmungen enthalten, aus denen zu schliessen wäre, dass der Beschwerdeführerin im Bereich der Parkingdienstleistungen eine besondere Stellung eingeräumt würde:

Nach der *Betriebskonzession* ist die Beschwerdeführerin berechtigt und verpflichtet, einen Flughafen für den nationalen, internationalen und interkontinentalen Verkehr zu betreiben und die dafür erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu halten. Parkingdienstleistungen werden in der Betriebskonzession nicht erwähnt.

Was weiter die mit der *Baukonzession* von 1999 verbundenen Auflagen zur Begrenzung des landseitigen Flughafenverkehrs (Abstufung der Parkinggebühren zur Steigerung der Attraktivität des Langzeit-

gegenüber dem Kurzzeitparkieren, Begrenzung der Immissionen aus dem Motorfahrzeugverkehr in einem erwünschten Zielbereich) betrifft, kann daraus nicht geschlossen werden, dass diese der Beschwerdeführerin im Bereich von Parkingdienstleistungen eine besondere Rechtsstellung oder ein ausschliessliches Recht zur wirtschaftlichen Betätigung überträgt.

Das vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) genehmigte Betriebsreglement ist ebenfalls unbeachtlich. Zwar hat der Flugplatzbetreiber gesetzlich verpflichtet, ein Betriebsreglement zu erlassen und dieses dem BAZL zur Genehmigung vorzulegen (Art. 36c LFG). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sich die Beschwerdeführerin mittels dieses Reglements quasi in eigener Regie von der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszunehmen befugt ist. Auch im Betriebsreglement ist somit keine öffentlich-rechtliche Vorschrift zu erblicken, die Wettbewerb im Bereich der Parkingdienstleistungen ausschliesst.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, welche die Beschwerdeführerin zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten würden und die Wettbewerb im Bereich der Parkingdienstleistungen nicht zulassen. Deshalb kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG berufen.

3.3 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat es die Vorinstanz nicht versäumt, sich in der angefochtenen Verfügung mit der Frage auseinander zu setzen, ob im Bereich der Parkingdienstleistungen vorbehaltene Vorschriften existieren. Sie tat dies in den Randziffern 20-30 ihrer Verfügung sogar in differenzierter und mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmender Weise.

Die Rügen der Beschwerdeführerin sind daher unbegründet. Die Wettbewerbskommission hat bei der Prüfung und beim Erlass der vorsorglichen Massnahmen in ausreichendem Masse geklärt, ob vorbehaltene Vorschriften bestehen, und diese Frage zu Recht verneint.

3.4 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im Bereich des Parkierens von Autos und der zugehörigen Dienstleistungen Wettbewerb möglich ist und keinerlei vorbehaltene Vorschriften existieren. Die Vorinstanz hat diese Frage in ihrer Verfügung ausreichend geklärt und korrekt beurteilt. Somit untersteht das Verhalten der Beschwerdeführerin der Anwendung des Kartellgesetzes.

Im Übrigen bleibt es der Beschwerdeführerin unbenommen, im Falle eines allfälligen für sie negativen Entscheides der Wettbewerbsbehörden in der Hauptsache eine ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat zu erwirken, soweit ihr Verhalten notwendig sein sollte, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 8 KG).

4. Die Wettbewerbskommission ist im Rahmen von Untersuchungen - in analoger Anwendung von Artikel 56 VwVG auf das erstinstanzli-

che Verfahren - befugt, zur Sicherung des wirksamen Wettbewerbs von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, wenn die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. diesbezüglich aus der reichhaltigen Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen statt vieler Entscheide REKO/WEF FB/2002-5 E. 3, a.a.O.).

Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird in einem summarischen Verfahren befunden (KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 331). Aufgrund der Akten muss glaubhaft sein, dass in der Hauptsache eine günstige Erfolgsprognose gestellt werden kann, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb (und subsidiär dazu für die von einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Marktteilnehmer) besteht, dass dringlicher Handlungsbedarf besteht und dass die anzuordnende Massnahme den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5, a.a.O.; REKO/WEF FB/2003-11, E. 5.2, a.a.O.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 633; PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 127 ff.).

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von einer Abklärung der Sach- und der Rechtslage abhängig zu machen, welche mit hinreichender Sicherheit ausschliesst, dass das in Frage stehende, möglicherweise kartellrechtswidrige Verhalten nicht sachlich gerechtfertigt beziehungsweise durch so genannte *legitimate business reasons* gedeckt ist (Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 3.3 und E. 5, a.a.O.).

4.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass die Wettbewerbskommission im Interesse der Sicherung des wirksamen Wettbewerbs grundsätzlich befugt ist, von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, und dass dies in einem summarischen Verfahren gestützt auf die Akten und die genannten Kriterien zu geschehen hat. Sie macht aber geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt auch bezüglich dieser Voraussetzungen ungenügend abgeklärt. Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Flughafens, die Neuordnung des Valet-Parkings aufgrund eines Ausschreibungsverfahrens, die diversen Tarife und die Widerstände gegen ein *off airport*-Parking in Gemeinden, die an den Flughafen grenzen, seien in der angefochtenen Verfügung nicht berücksichtigt worden.

Das Valet-Parking habe aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Ausgangslage (Einbruch im Flugverkehr, resultierende Überkapazitäten bei den gestützt auf frühere günstigere Prognosen geplanten und erstellten Parkplätzen) neu geregelt werden müssen. Über die Neuvergabe des Valet-Parkings sei in einer Ausschreibung in transparenter

Weise entschieden worden. Das Angebot der Beschwerdegegnerin 1 sei das schlechteste gewesen, und die Beschwerdegegnerin 2 habe gar kein Angebot eingereicht. Weder die Beschwerdegegnerinnen noch ein anderes an der Ausschreibung beteiligtes Unternehmen habe gegen das Vergabeverfahren, die Kriterien und den Vergabeentscheid etwas eingewendet.

Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG könne aus den genannten Gründen offensichtlich nicht vorliegen und sei nicht glaubhaft gemacht. Ihr Verhalten sei vielmehr sachlich gerechtfertigt. Ausserdem drohe dem wirksamen Wettbewerb kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Dringlichkeit sei nicht gegeben und die angeordnete Massnahme nicht verhältnismässig. Die einschlägigen Voraussetzungen für den Erlass solcher Massnahmen seien nicht erfüllt.

Zu untersuchen ist somit im Folgenden die Frage, ob glaubhaft erscheint, dass die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind, und ob der Sachverhalt ausreichend geklärt und korrekt gewürdigt wurde.

4.2. Um zu prüfen, ob eine günstige *Erfolgsprognose* in der Hauptsache gestellt werden kann, ist zu klären, ob aufgrund der Akten glaubhaft ist, dass sich die Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG in unzulässiger Weise im Sinne von Artikel 7 KG verhalten hat. Zu diesem Zweck müssen zuerst der relevante Markt (vgl. 4.3) und die Stellung der Beschwerdeführerin auf diesem Markt (vgl. 4.4) bestimmt werden.

4.3. Das Kartellgesetz definiert nicht, auf welche Weise der *relevante Markt* abzugrenzen ist. Mit dieser Frage haben sich jedoch Lehre und Rechtsprechung intensiv befasst, und der Bundesrat formulierte in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine entsprechende Definition. Diese ist nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen aussagekräftig.

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Entscheidend ist die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite.

Als Marktgegenseite kommt bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowohl die Nachfrageseite als auch die Angebotsseite in Betracht (vgl. JÜRG BORER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 4 KG sowie Rz. 10 zu Art. 5 KG).

Der räumlich relevante Markt umfasst sodann das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren

oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. JÜRG BORER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 5 KG).

4.3.1. Zur Bestimmung des *sachlich relevanten Marktes* ist zunächst die Marktgegenseite zu bestimmen (vgl. E. 4.3). Marktgegenseite der Beschwerdeführerin sind vorliegend die Anbieter von Parkingdienstleistungen. Sie fragen Räumlichkeiten (Standplätze, Umschlagparkplätze, Schalter, Büros) am Flughafen zwecks Erbringung ihrer Dienstleistungen zu Gunsten von Flugpassagieren sowie eine Zulassung als Gewerbetreibende (Gewerbebewilligung) nach. Das gilt für alle Anbieter von Parkingdienstleistungen zu Gunsten von Flugpassagieren, unabhängig davon, ob sie im früheren oder im neu organisierten Valet-Parking tätig sind, und unabhängig davon, ob die Fahrzeuge *on* oder *off airport* dauerstationiert werden.

Unterschiedlich kann deren Nachfrage insofern sein, als sie darüber hinaus für die dauernde Stationierung der Kundenfahrzeuge Parkplätze auf dem Flughafengelände nachfragen oder nicht. Im Fall der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 ist dies nicht der Fall, da ihre Geschäftstätigkeit und -strategie aufgrund historischer Fakten und heute im Wesentlichen aufgrund der Einschätzung der Marktchancen das preisgünstigere *off airport*-Parking betrifft. Die beiden unterschiedlichen "Leistungspakete" sind aus ihrer Sicht nicht austauschbar, weshalb ein sachlich relevanter Markt "Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das *off airport*-Parking" abgegrenzt werden kann.

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nach solchen Flughafeneinrichtungen aus der Sicht der Nachfragerinnen ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin korrekt (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Eine zusätzliche Marktabgrenzung aus der Sicht der Flughafenbenützer ist deshalb vorliegend nicht erforderlich.

Das Argument, die Vorinstanz habe nicht begründet beziehungsweise es sei nicht einsichtig, weshalb nicht auch das *on airport*-Valet-Parking der Europcar zum sachlich relevanten Markt gehören solle, zumal der einzige Unterschied darin bestehe, dass Europcar zusätzlich Parkplätze auf der inneren Vorfahrt und bedeutend mehr Parkplätze in den Parkhäusern auf dem Flughafenareal nachfrage, führt zu keinem anderen Schluss. Aus der Sicht der Marktgegenseite sind die Leistungspakete für *on* und *off airport*-Parking nicht austauschbar. Der sachlich relevante Markt umfasst diejenigen Alternativen, welche die Marktgegenseite tatsächlich als substituierbar ansieht. Im Übrigen sprechen, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, die Existenz einer langjährigen Kundennachfrage nach *off airport*-Parkingmöglichkeiten, die Preisunterschiede des *on* und *off airport*-Parkings, die unterschiedlichen angesprochenen Kundensegmente und die Tatsache für separate Märkte, dass die Beschwerdeführerin mit dem neuen Valet-Parking ihren eigenen Ausführungen zufolge eine *on airport*-Geschäftsstrategie verfolgt.

Aus den genannten Gründen bleibt es bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes.

4.3.2. Was den *räumlich relevanten Markt* betrifft, ist Folgendes auszuführen: Die Marktgegenseite fragt Flughafeneinrichtungen nach, die sich an einer Stelle befinden, von der aus die Kunden der Parkingdienstleistungsunternehmen ohne grossen Kraft-, Ausdauer- und Zeitaufwand zu den Terminals beziehungsweise den Check-in-Schaltern gelangen können, wie dies auch die Beschwerdeführerin für das neue Valet-Parking formulierte. Ob man dabei von den Terminals oder den Check-in-Schaltern spricht, ist irrelevant, nachdem die früheren Terminals A und B durch das Check-in 1 und Check-in 2 ersetzt worden sind. Es ist somit keineswegs offensichtlich unzutreffend, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Vorinstanz von einem Erfordernis von Räumlichkeiten in der Nähe der Check-in-Schalter spricht.

Im Übrigen ist die Beschwerdeführerin offenbar der Ansicht, die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes könne offen gelassen werden, da jedenfalls keine unzulässige Verhaltensweise vorliege. Sie bringt diesbezüglich gegenüber den überzeugenden Ausführungen in der angefochtenen Zwischenverfügung nichts Neues vor.

Es bleibt daher bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes.

4.3.3. Zusammenfassend ist somit glaubhaft, dass der relevante Markt im Rahmen des Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen in *sachlicher* Hinsicht auf die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das *off airport*-Parking (samt zugehöriger Gewerbebewilligung), und in *räumlicher* Hinsicht auf das in der Nähe der Check-in-Schalter gelegene Flughafenareal begrenzt werden kann.

4.4. Als *marktbeherrschend* gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Prägen beherrschende Unternehmen einen Markt, führt dies, wie ein Konzentrationsprozess, bei dem im Extremfall nur ein (Monopol-)Unternehmen übrig bleibt, dazu, dass die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite tendenziell beschränkt, allenfalls gar aufgehoben werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 74 und 79). Wesentliche Elemente zur Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, bilden die Marktanteile, die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb) sowie die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) (vgl. THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 3/1999, S. 297 f.).

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des Flughafens und aller Einrichtungen, einschliesslich der Parkhäuser. Nur sie verfügt über Einrich-

tungen, welche die diversen gewerblichen Betriebe zur Ausübung ihrer Tätigkeit benötigen, und sie entscheidet über die Zulassung von Gewerbetreibenden. Im Bereich der Parkingdienstleistungen sind die Anbieter auf Räumlichkeiten am Flughafen und auf eine Gewerbebewilligung angewiesen und entsprechend von ihr abhängig. Sie haben keine Ausweichmöglichkeiten. Die Beschwerdeführerin ist es, nicht der Markt, die über ihren Marktzu- und -austritt zu befinden in der Lage ist. Gleichzeitig hat sie kaum zu befürchten, dass ihre Machtstellung durch potenzielle Wettbewerber erodiert werden könnte. Aktuelle und potenzielle Konkurrenz ist bei der Bereitstellung von Einrichtungen für das *off airport*-Parking in der Nähe der Check-in Schalter inexistent. Die Beschwerdeführerin kann sich im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten, weshalb sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Selbst wenn man den Markt aus der Sicht der Flughafenbenützer so abgrenzen wollte, dass er sowohl das *off* wie auch das *on airport*-Parking und die zugehörigen Dienstleistungen umfasst, bliebe es bei einer marktbeherrschenden Stellung, da die Beschwerdeführerin als Eigentümerin der Flughafeneinrichtung und als Instanz zur Erteilung der Gewerbebewilligungen darüber befinden kann, wer am Markte auftritt. Die Flughafenbenützer können nur zwischen denjenigen Parkingdienstleistungspaketen von Anbietern auswählen, die von der Beschwerdeführerin eine Gewerbebewilligung erhalten. Aktueller Wettbewerb zwischen Dienstleistungsanbietern bestünde kaum, und potenzieller Wettbewerb wäre angesichts der Marktzutrittsschranken praktisch inexistent.

Die Beschwerdeführerin erläutert denn auch nicht, welche Konsequenzen sich aus ihrer Sicht aus der von ihr vertretenen weiteren Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für die Frage der marktbeherrschenden Stellung ergeben würde. Sie lässt diese Fragen vielmehr ausdrücklich offen, da unabhängig von der Marktabgrenzung und dem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung jedenfalls keine unzulässige Verhaltensweise vorliege.

Aufgrund der Akten ist somit glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt - wie übrigens auch auf dem benachbarten Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das *on airport*-Parking - eine beherrschende Stellung einnimmt. Die Beschwerdeführerin bringt keine Argumente gegen diese Schlussfolgerung vor. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sind solche auch nicht ersichtlich.

4.5. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich *unzulässig*, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Dieser Formulierung kann nicht entnommen werden, was im konkre-

ten Fall als Missbrauch gelten soll. Sie macht aber klar, dass die Bestimmung ganz allgemein gegen Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken gerichtet ist. Erfasst sind alle Verhaltensweisen, die auf die Errichtung von Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren ausgerichtet sind, ferner Praktiken, die die gezielte oder missbräuchliche Verdrängung von Konkurrenten oder die Erhöhung der Kosten der Marktrivalen zum Zweck haben (Botschaft, a.a.O. S. 518 f.). Im Übrigen erhält die Generalklausel (Art. 7 Abs. 1 KG) Konturen durch den Beispielkatalog in Artikel 7 Absatz 2 KG (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 32 zu Art. 7, mit weiteren Verweisen; KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Bern 1998, S. 191).

Laut der Botschaft ist wettbewerblich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Botschaft, a.a.O., S. 569). Zur Frage, wann so genannte *legitimate business reasons* vorliegen, herrscht keine Einigkeit. Teils wird vertreten, dies sei der Fall, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen könne, teils wird auf betriebswirtschaftliche Gründe verwiesen, welche sich aber ihrerseits als volkswirtschaftlich schädlich erweisen können. Einigkeit besteht dagegen in der Frage, wann ein sachlich gerechtfertigtes Verhalten vorliegt. Zu unterscheiden sind Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, Dritte im Wettbewerb zu behindern (oder sie gar davon auszuschliessen), und Verhaltensweisen, die zwar zu einer Wettbewerbsbeschränkung oder -behinderung führen, diese Folge aber nicht bezwecken, sondern in anderer Weise begründet sind (sachliche Rechtfertigung; vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 37 zu Art. 7).

Zulässiges Verhalten ist anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss dies in der gleichen Situation tun würde. Beispielsweise entspricht es kaufmännischen Grundsätzen, einem nicht zahlungswilligen Abnehmer keine Ware mehr zu liefern. Diese Möglichkeit muss auch einem Unternehmen mit gesteigertem Markteinfluss offen stehen. Zulässig ist eine Verhaltensweise ferner dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen wettbewerbsneutrale Mittel einsetzt. Ein solches Mittel ist die Ausschreibung der Nachfrage nach Gütern oder Dienstleistungen. Das gilt grundsätzlich auch im Fall eines marktbeherrschenden Unternehmens. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Ausschreibungsbedingungen von Forderungen geprägt sind, die nur ein marktbeherrschendes Unternehmen aufstellen kann (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 40 f. zu Art. 7).

Unzulässiges Verhalten liegt sicher dann vor, wenn sich die Absicht nachweisen lässt, dass mit der fraglichen Massnahme die Konkurrenz

im Wettbewerb behindert oder von ihm ausgeschlossen werden soll (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 39 zu Art. 7).

Als unzulässig fällt unter anderem in Betracht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) als ein Beispiel für Behinderungsmissbrauch. Zweck der Geschäftsverweigerung ist es in der Regel, Konkurrenten zu behindern, indem ihnen beispielsweise Vertriebswege abgeschnitten werden oder der Zugang zu einem Markt vereitelt wird. Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf beispielsweise Geschäftsbeziehungen nicht abbrechen, um die Abnehmer oder Lieferanten vom Markt zu verdrängen oder weil es beschlossen hat, selber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt des Abnehmers oder Lieferanten tätig zu werden (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 98 ff. zu Art. 7).

Unzulässiges Verhalten liegt ferner unter anderem dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen, das Dritten Geschäftsbeziehungen verweigert, als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen unerlässlich sind (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 571; ZÄch, a.a.O., Rz. 375; SCHINDLER, a.a.O., S. 190 ff.).

4.5.1. Die Beschwerdeführerin hat in Erwartung weiteren Wachstums der Verkehrsfrequenzen am Flughafen Zürich grosse Ausbauprojekte realisiert. Nachdem sich die Wachstumsprognosen zerschlagen hatten (Einbruch beim Flugverkehr, "Swissair Grounding"), sah sie sich im Bereich des Parkplatzangebots mit beträchtlichen Überkapazitäten konfrontiert. In dieser Situation hielt sie die *off airport*-Dienstleistungen der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 gemäss ihren eigenen Angaben für nicht mehr erforderlich. Vielmehr sah sie sich befugt und in der Lage, die Nachfrage mittels eigener Kapazitäten zu decken. Um ihre Ressourcen optimal zu nutzen und die Ausbaukosten amortisieren zu können, beschloss sie, das Valet-Parking neu zu ordnen. Ziel ist dabei erklärtermassen die Ausschöpfung der eigenen Kapazitäten.

Folge der Neuordnung des Valet-Parkings durch die Beschwerdeführerin ist, dass die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 mit ihren *off airport*-Dienstleistungen vom Markt verdrängt werden. Denn im Rahmen dieser Neuordnung definiert die Beschwerdeführerin in den Ausschreibungsunterlagen die Eckwerte dessen, was unter Valet-Parking inskünftig zu verstehen ist: Abgabe des Fahrzeugs durch die Kundschaft beim Flughafeneingang beziehungsweise vor den Terminals A und B, Wegführen des Fahrzeugs durch den Valet-Anbieter, Einstellen in einem ihrer Parkhäuser (A, B, C oder E), Unterbringung der Fahrzeuge ausschliesslich auf gedeckten Flächen, Einstufung des Angebots im Hochpreissegment (vgl. insbesondere Ziff. 2.1.3 - 2.1.8 der Ausschreibungsbedingungen). Mit diesen Vorgaben beschränkt die Beschwerdeführerin die bisherige Geschäftstätigkeit der Parkinganbieter beziehungsweise schliesst diese aus. Den Flughafenbenützern selber, die vorher wählen konnten zwischen dem Selbstparken auf dem Flug-

hafenareal und unterschiedlichen Valet-Angeboten dreier Unternehmen, bleibt im Wesentlichen nur noch die Wahl zwischen dem Selbstparken und einer Art des Valet-Parkings im Hochpreissegment.

Mit dieser Konzeption und dem darauf gründenden Entscheid, für abweichende Angebote keine Gewerbebewilligungen zu erteilen und Einrichtungen mehr zur Verfügung zu stellen, errichtet die Beschwerdeführerin eine Marktschranke für die Erbringung dieser Dienstleistungen beziehungsweise entzieht ihnen die Grundlage. Darin ist eine Behinderung der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 in der Ausübung des Wettbewerbs zu erblicken, die vom Kartellgesetz erfasst ist.

Gegen die Grundlagen dieser Schlussfolgerung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe weder explizit verlangt, dass alle Fahrzeuge auf ihren Parkplätzen abgestellt werden müssten, noch habe sie bestimmt, dass der Preis für das Valet Parking über den Tarifen für öffentliches Parken liegen müsse. Für die Ausschreibung seien die Ausschreibungsunterlagen massgebend gewesen, nicht die vorher durchgeführte Präsentation der Neuordnung.

Diese Argumente überzeugen nicht, denn wie die Beschwerdeführerin erstens selber darlegt, ging es ihr bei der Neukonzeption des Valet-Parkings um eine optimale Auslastung der eigenen Kapazitäten. Dieses Ziel könnte sie gar nicht erreichen, wenn sie dem *off airport*-Parking weiterhin einen wesentlichen Spielraum einräumen würde. Die Neuordnung des Valet-Parkings hätte sich dann erübrigt. Auch der Umstand, dass als Bewertungskriterium das finanzielle Angebot formuliert wurde (vgl. Anhang 9), spricht gegen das Argument der Beschwerdeführerin. Dieses setzt sich zusammen aus dem Preis der insgesamt von der Beschwerdeführerin gemieteten Parkplätze und einer Abgabe auf dem Gesamtumsatz des Valet-Anbieters. Das finanzielle Angebot bildet, als einziges mit dem Faktor 6 gewichtet, bei weitem das wesentlichste Kriterium. Wer keine oder wenige Parkplätze der Beschwerdeführerin mietet, kommt hier auf keine hohe Punktzahl, es sei denn, er würde eine entsprechend höhere Umsatzbeteiligung anbieten, was jedoch zu einer wesentlichen Verteuerung des eigenen Angebots am Markt beziehungsweise zu einer erheblichen Gewinnschmälerung führen würde.

Was zweitens die Preisgestaltung betrifft, geht aus den Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Angabe klar hervor, dass sie das Valet-Parking im Hochpreissegment einstuft und nicht etwa im Mittelpreissegment, in welchem sie das öffentliche Parking in Parkhäusern ansiedelt, oder im Tiefpreissegment, wozu ihrer Ansicht nach Longterm- oder Ferien-Parking gehört (vgl. 2.1.3 der Ausschreibungsbedingungen). Sie schreibt ausserdem explizit, dass der Zusatznutzen der Kundschaft (Zeitgewinn, geringer Aufwand, Möglichkeit von Zusatzleistungen, bessere Qualität und Leistung als beim öffentlichen Parking) bei der Preisgestaltung mitberücksichtigt werden

muss (vgl. 2.1.11 der Ausschreibungsbedingungen). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass das Valet-Parking teurer sein soll als das öffentliche Parkieren.

Erweisen sich die Argumente der Beschwerdeführerin bereits aufgrund der Ausschreibungsunterlagen als unzutreffend, erübrigt sich an sich die Prüfung der Frage, ob allfällige weiter gehende Äusserungen aus der Phase der Präsentation gegen diese sprechen. Die Vorinstanz stützt sich jedoch auch diesbezüglich auf die Akten (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, Rz. 11). Dass die Beschwerdeführerin in den Ausschreibungsunterlagen darauf verzichtete, ihre zuvor schriftlich festgehaltene Forderung zu wiederholen, nach welcher neu alle Fahrzeuge auf ihren eigenen Parkplätzen abzustellen seien und der Preis des Valet-Parkings über den Tarifen für öffentliches Parking liegen müssten, heisst nicht, dass sie von dieser Forderung abgerückt ist. Entsprechend verzichtete die Beschwerdegegnerin 2 angesichts dieser Parameter und ihrer Einschätzung der Marktchancen denn auch auf eine Offerteingabe.

4.5.2. Zunächst stellt sich die Frage, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin als a priori zulässig erscheint, weil sie sich nicht anders verhält, als es auch jedes andere Unternehmen tun könnte, oder weil sie zum Instrument der Ausschreibung gegriffen hat.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich zulässig, wenn es sich nicht anders verhält, als es ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde (vgl. E. 4.5). Im Fall der Beschwerdeführerin ist dies nicht der Fall. Denn ein Unternehmen ohne gesteigerten Einfluss hätte nicht die Möglichkeit zu entscheiden, wer am Markt als Anbieter von bestimmten Parkingdienstleistungen auftreten kann. Ein Unternehmen ohne solchen Einfuss müsste seine Parkingkapazitäten der Kundschaft im Wettbewerb mit anderen Unternehmen anbieten. Um seine Kapazitäten auslasten zu können, müsste es die Preise gegebenenfalls senken, um höhere Marktanteile zu gewinnen. Es vermöchte nicht die Preise zu erhöhen und gleichzeitig Konkurrenten vom Markt zu drängen. Die Kaufentscheide der Konsumentinnen und Konsumenten würden letztlich darüber entscheiden, welches Angebot sich im Markt durchsetzt.

Ebenso wenig lässt sich glaubhaft vertreten, die Beschwerdeführerin habe sich zulässig verhalten, weil sie zum angeblich wettbewerbsneutralen Instrument einer Ausschreibung gegriffen habe. Denn ihre Ausschreibungsbedingungen sind von Forderungen geprägt, die sie nur kraft ihrer beherrschenden Stellung formulieren kann. Sie nimmt in Anspruch zu definieren, wie eine Valet-Parking-Dienstleistung auszusehen hat, und wirkt damit massgeblich und auf wettbewerbsbeschränkende Weise auf das Leistungsangebot Dritter ein beziehungsweise schliesst diese Alternativen vom Markt aus. Nur am Rande sei

vermerkt, dass eine Ausschreibung, bei der der Zuschlag wesentlich davon abhängt, wie hoch die finanziellen Leistungen zu Gunsten der ausschreibenden Stelle sind, nicht garantiert, dass dasjenige Angebot obsiegt, das bei funktionierendem Wettbewerb am erfolgreichsten wäre, wie dies in einer Ausschreibung von Gütern und Dienstleistungen normalerweise der Fall ist. Das finanzielle Angebot der Bewerber wurde in der Ausschreibung mit Abstand am höchsten gewertet. Entsprechend seiner Ausgestaltung (Anzahl gemietete Parkplätze x Mietpreis, Abgabe auf Gesamtumsatz inkl. Mindestumsatzabgabe) fallen auch die Preise des berücksichtigten Anbieters hoch aus, ohne dass sich dieser dem Wettbewerb stellen müsste. Die Ausschreibung erscheint aus diesen Gründen nicht als wettbewerbsneutrale Massnahme, welche zulässig wäre.

Die Argumente der Beschwerdeführerin, man habe das Valet-Parking freiwillig ausgeschrieben, um Transparenz und Gleichbehandlung zu garantieren, der Zuschlag sei im Wettbewerb an das beste Angebot erfolgt, es sei normal, dass nur ein Unternehmen den Zuschlag erhalten könne, es habe ein Wettbewerb um den Markt stattgefunden, das berücksichtigte Unternehmen habe für eine gewisse Zeit die Pflicht, die Leistung zu erbringen, und erhalte als Gegenleistung eine gewisse Ausschliesslichkeit, sind aus diesen Gründen unbehelflich. Erscheinen die Ausschreibungsbedingungen nicht als wettbewerbsneutral sondern in hohem Masse marktschliessend, kann auch die korrekte Durchführung des folgenden Verfahrens das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht rechtfertigen. Aus diesem Grund war die Vorinstanz auch nicht gehalten, die Ausschreibung zu analysieren.

4.5.3. Weiter ist zu prüfen, ob glaubhaft ist, dass die Beschwerdeführerin die Absicht hatte, mit der Verweigerung von Gewerbebewilligungen und der Benützung von Flughafeneinrichtungen die Konkurrenz im Wettbewerb zu behindern oder sie von ihm auszuschliessen. Unzulässiges Verhalten wäre dann in jedem Fall glaubhaft (vgl. E. 4.5 Abs. 4).

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Eingabe aus, Zweck der Neuorientierung sei die optimale Auslastung der eigenen Kapazitäten. Das *off airport*-Parking behindere die betriebswirtschaftlich notwendigen Anstrengungen zur Auslastung des Parkingangebotes auf dem Flughafen. Gleichzeitig bestreitet sie jegliche Absicht, Konkurrenten beziehungsweise Unternehmen mit anderen Geschäftsmodellen vom Markt verdrängen zu wollen. Sie habe nicht entschieden, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen, sondern diesen vielmehr ermöglicht, an einer Ausschreibung teilzunehmen, was eine diskriminierungsfreie Auswahl garantiere.

Geht man davon aus, dass die Verweigerung der Gewerbebewilligungen und Flughafeneinrichtungen die logische Folge des Anliegens ist, die eigenen Kapazitäten im Rahmen des neuen Valet-Parkings auszu-

lasten, liesse sich an sich schliessen, die Verdrängungsabsicht sei glaubhaft, oder die Beschwerdeführerin nehme die Verdrängung der Anbieter von *off airport*-Parkingdienstleistungen mindestens bewusst in Kauf. Letztlich kann die Frage, ob eine Verdrängungsabsicht glaubhaft sei, jedoch offen bleiben, da das Fehlen sachlicher Rechtfertigungsgründe glaubhaft erscheint (vgl. nachstehend E. 4.5.4).

4.5.4. Das unternehmerische oder betriebswirtschaftliche Anliegen, die eigenen Kapazitäten auszulasten, vermag die bewirkte Verdrängung der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 in der kartellrechtlichen Würdigung zunächst deshalb sachlich nicht zu rechtfertigen, weil auf diese Weise die Folgen der verfehlten Planung einseitig auf die Konsumentinnen und Konsumenten sowie auf die Anbieter von *off airport*-Dienstleistungen überwälzt werden. Diese müssten mit höheren Preisen für Parkingdienstleistungen beziehungsweise mit dem Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz dafür gerade stehen, dass die Planungsannahmen unzutreffend waren und die realisierten Bauten im Effekt überdimensioniert sind. Einem Unternehmen, das im Wettbewerb steht, wäre beides nicht möglich.

Dass die Auslastung der Kapazitäten aus der Optik der Beschwerdeführerin kostensenkend wirkt, heisst nicht, dass eine effiziente Verhaltensweise vorliegt, die analog zu Artikel 5 Absatz 2 des Kartellgesetzes gerechtfertigt werden kann. Denn erstens ist eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen bei den unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nicht vorgesehen. Zweitens ist eine Rechtfertigung auch im Zusammenhang mit den Wettbewerbsabreden nur für den Fall der Beschränkung, nicht auch für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorgesehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG).

Vorliegend schlägt sich die "Kosteneffizienz" am Markt denn auch nicht nieder. Das Verhalten der Beschwerdeführerin bewirkt eine Begrenzung der Kundenalternativen und eine Erhöhung der Preise. Demgegenüber hat die kartellrechtliche Prüfung das Ziel, wirksamen Wettbewerb als zentrales Institut der freiheitlichen Marktwirtschaft zu schützen (vgl. Art. 1 KG). Das Verhalten der Beschwerdeführerin erscheint deshalb angesichts der kartellrechtlichen Kriterien nicht als sachlich gerechtfertigt.

Dass in diesem Verhalten nur dann ein Missbrauch gesehen werden könnte, wenn die Beschwerdeführerin selber zu geringe Kapazitäten hat, was sie mit Hinweis auf einen Entscheid des EuGH zu belegen versucht, ist unzutreffend. Dieser Entscheid betrifft, wie die Vorinstanz darlegt, eine Konstellation, in welcher gestützt auf öffentlichrechtliche Bestimmungen ausschliesslich staatliche Stellen tätig werden konnten, und lässt sich auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht übertragen.

4.5.5. Aus diesen Gründen erscheint es glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin ihre beherrschende Stellung mit der Weigerung, den

Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 eine Gewerbebewilligung zu erteilen und die erforderlichen Einrichtungen zur Erbringung ihrer *off airport*-Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen, missbraucht. Im Vordergrund steht die missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG).

4.5.6. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin auch in diesem Zusammenhang geltend, die Vorinstanz sei ihrer Pflicht zur Prüfung der Sach- und Rechtslage im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nicht in ausreichendem Mass nachgekommen. Entscheidwesentliche Tatsachen seien nicht ermittelt worden. Soweit die konkreten Rügen nicht bereits oben behandelt worden sind, bleibt dazu Folgendes zu sagen:

Ob die Kündigung mit der Angabe, das günstige Valet-Parking werde aufgehoben, begründet worden ist oder nicht, ist nicht entscheidrelevant. Im Übrigen stützt sich die Vorinstanz bei dieser Aussage auf die von der Beschwerdeführerin gemachten Angaben im amtlichen Kündigungsformular vom 20. Dezember 2002.

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe nicht versucht, das Angebot der Beschwerdegegnerin 2, ihre Kunden mit einem organisierten Shuttle-Bus der Joker-Bus AG zum Flughafen zu bringen, zu stoppen. Tatsächlich trifft zu, dass die Beschwerdeführerin die Joker-Bus AG im Schreiben vom 1. Juli 2003 nur zu einer bewilligungskonformen Ausübung ihrer Tätigkeit aufforderte. Insofern ist nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin auch weiterhin in unzulässiger Weise auf die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin 2 eingewirkt hat. Dies ändert jedoch nichts an der Schlussfolgerung, dass es glaubhaft ist, dass der Abbruch der Geschäftsbeziehungen selber unzulässig war.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist nach Meinung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Aussage in der angefochtenen Verfügung, ihr Verhalten sei geschäftlich motiviert (vgl. Rz. 23), klar. Diese Äusserung steht im Zusammenhang mit der Prüfung vorbehaltener Vorschriften, wobei die Vorinstanz das Vorliegen solcher Vorschriften verneint. Im Übrigen ist mit dieser Aussage keine Beurteilung des Verhaltens (Verdrängungsabsicht) verbunden. Die Beurteilung des Verhaltens erfolgt an anderer Stelle.

Dem Argument der Beschwerdeführerin, die Ausführungen der Vorinstanz zur künftigen Entwicklung des Modalsplits beruhten auf reinen Spekulationen, ist entgegen zu halten, dass die Verfügung in diesem Punkt auf Angaben der Beschwerdeführerin selber basiert, wie die Vorinstanz glaubhaft ausführt. Im Übrigen ist diese Frage nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht entscheidrelevant.

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Aussage, die Erhöhung der Parkgebühren verhelfe ihr zu höheren Gewinnen, sei eine nicht beleg-

te Unterstellung; vielmehr treffe zu, dass das regulatorisch erzwungene hohe Preisniveau zu einer suboptimalen Auslastung der eigenen Kapazitäten führe, und sie würde, wenn sie könnte, die Preise tiefer ansetzen. Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass hohe Parkgebühren zu einer geringeren Auslastung der Parkhäuser führen können; die Beschwerdeführerin erzielt nur pro belegten Parkplatz einen höheren Gewinn. Indessen ist die nach Ansicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unkorrekte Aussage in der angefochtenen Verfügung nicht entscheidrelevant.

Schliesslich habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Preisunterschiede zwischen den Angeboten von Europcar und den Beschwerdegegnerinnen nicht sehr gross seien, und sie habe einen Vergleich mit den Preisen an anderen europäischen Flughäfen unterlassen. Hiezu ist auszuführen, dass es eine Frage der Wertung ist, ob die Preisdifferenzen als sehr gross oder mässig eingestuft werden. Berücksichtigt man, dass das Valet-Konzept der Beschwerdeführerin auch die Alternative des Parkens auf ungedeckten Plätzen ausschliesst und zieht man diese Preise in den Vergleich ein, erscheinen die Preisdifferenzen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen jedenfalls beträchtlich. Klare Differenzen ergeben sich auch bei den gedeckten Plätzen. Die Preise an anderen europäischen Flughäfen sind für die Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht relevant.

Aus diesen Gründen kann dem Argument der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt ungenügend geklärt, und die Anforderungen an die Glaubhaftmachung unzulässiger Verhaltensweisen seien nicht erfüllt, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass die Abklärung der Sach- und Rechtslage mit hinreichender Sicherheit ausschliesst, dass das zu beurteilende Verhalten nicht sachlich gerechtfertigt ist, wie die Rechtsprechung es fordert (Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 3.3 und E. 5, a.a.O.).

4.5.7. Somit erscheint glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zwecks Erbringung von *off airport*-Dienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen missbräuchlich ausnützt.

Aus dieser vorläufigen Beurteilung aufgrund der Akten ist nicht zu schliessen, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Missbrauchsvorwurf bereits als bewiesen betrachtet. Dies ist im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen jedoch auch nicht erforderlich. Das Hauptverfahren, das bei der Vorinstanz hängig ist, könnte diesbezüglich auch anders ausgehen.

4.6. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt sodann voraus, dass glaubhaft ist, dass dem wirksamen Wettbewerb (und subsidiär dazu den betroffenen privaten Unternehmen) ein nicht leicht wieder gut-

zumachender Nachteil droht, wenn mit einem Einschreiten bis zum Endentscheid in der Hauptsache zugewartet wird (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 634; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 329 f.; SCHÄDLER, a.a.O., S. 137 ff., jeweils mit Hinweisen auf die Praxis der Wettbewerbskommission). Ein solcher Nachteil für den wirksamen Wettbewerb liegt jedenfalls dann vor, wenn auf dem betroffenen Markt ohne vorsorgliches Einschreiten gravierende und irreversible Strukturveränderungen oder -zementierungen drohen (REKO/WEF FB/2003-11, E. 5.3.1, a.a.O.). In Bezug auf die privaten Interessen einer (gesuchstellenden) Partei liegt dieser Nachteil dann vor, wenn die wirtschaftliche Existenz derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt ist (Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21.6.1999 Rz. 42, publiziert in: RPW 1999/2, S. 204 ff.). Zwischen dem Nachteil und der glaubhaft gemachten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung muss ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.4, a.a.O.).

4.6.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dem wirksamen Wettbewerb drohe bei Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen kein solcher Nachteil. Gravierende und irreversible Strukturveränderungen seien nicht zu befürchten. Denn Europcar führe ein verbessertes Angebot weiter, und die Beschwerdegegnerin 2 habe ein alternatives Konkurrenzprodukt entwickelt. Die Aufhebung der Massnahme bliebe folgenlos, da die Beschwerdegegnerin 2 ohnehin keine Infrastruktur des Flughafens mehr beanspruche. Die Beschwerdegegnerin 1 könne ihrem Beispiel folgen. Auch ein späteres Wiederaufnehmen der Tätigkeit unter Benützung von Flughafeneinrichtungen sei nicht ausgeschlossen.

Die Beschwerdegegnerin 2 sieht den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darin, dass die Beschwerdeführerin bei Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen ihren Plan, ein Monopol im Bereich des Parkplatzangebotes für Flugpassagiere, verwirklichen könne.

Die Beschwerdegegnerin 1 macht geltend, wenn sie - auch nur kurze Zeit - am Markt nicht mehr präsent sein könne, werde es ihr nicht mehr oder nur unter Inkaufnahme unzumutbarer, unternehmerisch nicht verantwortbarer finanzieller Aufwände entfernt möglich sein, in den Markt zurückzukehren. Denn ein Abbruch ihrer Tätigkeit oder ein längerer Unterbruch müsste sie dazu veranlassen, langjährige erfahrene Angestellte aus wirtschaftlichen Gründen zu entlassen. Auch nach einem nur kurzzeitigen Unterbruch wäre es ihr nicht mehr möglich, diese Leute wieder einzustellen.

4.6.2. Die hier in Frage stehende Verhaltensweise bewirkt, dass den Kundinnen und Kunden - geht es nach dem Willen der Beschwerdeführerin - künftig im Wesentlichen nur noch die Wahl bleibt, entweder selber in den Parkhäusern der Beschwerdeführerin zu parken oder

aber das von der Beschwerdeführerin definierte Konzept von Europcar im Hochpreissegment zu nutzen, was indessen hinsichtlich der Belegung von Parkhäusern der Beschwerdeführerin auf dasselbe hinaus läuft. Wirksamer Wettbewerb unter Valet-Anbietern wird dadurch, wenn nicht ausgeschlossen, so doch stark beschränkt, und zwar nicht nur im Marktsegment des *off airport*-Parkings, sondern auch *on airport*. Das von der Beschwerdegegnerin 2 nach dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen als Notlösung konzipierte Alternativangebot kann nicht als Beleg für das Gegenteil herangezogen werden, nachdem dieses Angebot angesichts der Umtriebe für die Kundschaft (Umsteigevorgänge, Zeitverlust) wenig erfolgversprechend erscheint. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, auch der Beschwerdegegnerin 1 stehe es offen, ihr Geschäft künftig auf diese Weise zu führen, führt ebenfalls nicht zu einer anderen Schlussfolgerung, zumal die Beschwerdeführerin in ihrem eigenen Valet-Konzept selber davon ausgeht, dass Valet-Kunden ihr Fahrzeug beim Flughafeneingang abzugeben haben.

Ohne ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden erhält die Beschwerdeführerin insofern eine Monopolstellung, als praktisch nur noch sie den Kunden beziehungsweise der Valet-Anbieterin Parkplätze vermieten darf. Somit ist zu folgern, dass dem wirksamen Wettbewerb ohne ein Einschreiten ein Nachteil nicht nur droht sondern gewiss ist. Die Aufhebung der angeordneten Massnahmen blieben für den Wettbewerb als solchen und die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 im Übrigen keineswegs folgenlos. Vielmehr würde mit einer Aufhebung der Massnahme die dadurch sichergestellte einstweilige Fortsetzung des Wettbewerbs im *off airport*-Bereich und die Konkurrenzierung des "neuen Valet-Parkings" sowie des Parkplatzangebots der Beschwerdeführerin dahinfallen.

Die bewirkte Strukturveränderung kann demnach als gravierend bezeichnet werden. Darüber hinaus ist glaubhaft, dass die Strukturveränderung, die ohne vorsorgliche Massnahmen eintreten würde, irreversibel ist:

Das ist zunächst mindestens für die nächsten Jahre glaubhaft. Bis ein rechtskräftiger Entscheid zur Frage vorliegt, ob die strittige Verhaltensweise der Beschwerdeführerin kartellrechtlich zulässig ist oder nicht, könnte diese ohne die angeordneten Massnahmen aktuelle und potenzielle Konkurrenten vom Markt fern halten, da sie über deren Zulassung bestimmen kann und auch über die erforderlichen Räumlichkeiten verfügt.

Glaubhaft erscheint die Irreversibilität der bewirkten gravierenden Strukturveränderung aber auch über diesen Zeitrahmen hinaus. Zu begründen ist dies nicht so sehr damit, dass neu in den Markt eintretende Konkurrenten hohe *sunk costs* riskieren, welche sie von einem Markteintritt abhalten könnten. Unter dem Titel der Zutrittsschranken beziehungsweise der *sunk costs* ist aber zu berücksichtigen, dass auf

einem Markt bereits etablierte Unternehmen angesichts getätigter Investitionen ihrerseits hohe Verluste riskieren können, wenn neue Konkurrenten mit einem attraktiven Angebot auftreten. Verfügt ein solches Unternehmen über entsprechende Mittel, kann es geneigt und fähig sein, auf neue Konkurrenten mit aktiver Gegenwehr zu reagieren, beispielsweise mit einer zeitlich beschränkten aggressiven Preispolitik. Erfolgreiche Markteintritte können so erschwert oder verhindert werden, wenn das etablierte Unternehmen die resultierende Durststrecke angesichts ihres wirtschaftlichen Gewichts eher verkraften kann als das neue Konkurrenzunternehmen. Vorliegend kann eine solche Entwicklung nicht ganz von der Hand gewiesen werden. Ein subsidiär zum Nachteil für den wirksamen Wettbewerb geforderter, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil erscheint schliesslich auch für die beiden Beschwerdegegnerinnen glaubhaft, deren wirtschaftliche Existenz im relevanten Markt in Frage gestellt ist, wenn sie keine Gewerbebewilligungen und Einrichtungen am Flughafen mehr erhalten.

Aus diesen Gründen erscheint glaubhaft, dass der betroffene Markt ohne die vorsorgliche Massnahme eine gravierende, dem wirksamen Wettbewerb zuwiderlaufende strukturelle Änderung erfahren würde, namentlich durch eine faktische Marktzutrittsschranke, die nicht oder nicht mehr leicht rückgängig gemacht werden kann, wie die Anforderungen an den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil in der Literatur umschrieben werden (BILGER, a.a.O., S. 330 f.; vgl. auch ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], 1997 II, S. 332 f.).

4.7. Dringlichkeit als weitere Voraussetzung vorsorglicher Massnahmen ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor dem Erlass des Hauptentscheides eintreten wird beziehungsweise dass mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis die Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG abgeschlossen ist (DUCREY PATRIK, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 1998, S. 289, mit Verweisen; FB/2002-5 E. 5.5, a.a.O.). Vorliegend ist glaubhaft, dass dieses Kriterium erfüllt ist. Denn die nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile für die Marktmechanismen und damit für den Wettbewerb und subsidiär dazu für die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 treten ohne ein Einschreiten sofort nach dem Dahinfallen der Bewilligungen und Einrichtungen ein.

Das Argument der Beschwerdeführerin, Dringlichkeit fehle, weil die Beschwerdegegnerinnen bereits die Ausschreibungsbedingungen oder den Vergabeentscheid bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens im Herbst 2002 hätten anfechten können, und für die Entwicklung von Alternativprodukten habe genügend Zeit zur Verfügung gestanden,

so dass eine allfällige zwischenzeitlich entstandene Dringlichkeit quasi selbstverschuldet sei, ist unbehelflich. Denn die Wettbewerbskommission ist unabhängig davon, auf welche Weise die Beschwerdegegnerinnen dem Vorgehen der Beschwerdeführerin begegnen, befugt, von Amtes wegen diejenigen vorsorglichen Massnahmen zu erlassen, die zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und subsidiär dazu zum Schutz der von der Verhaltensweise betroffenen Unternehmen erforderlich sind. Selbst wenn die Beschwerdegegnerinnen die Möglichkeit gehabt hätten, die Ausschreibungsbedingungen oder den Vergabeentscheid anzufechten, was - wie die Vorinstanz zu Recht erwähnt - vorliegend nicht klar ist, würde dies ihre Befugnisse nicht tangieren.

4.8. Schliesslich setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren voraus, dass der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* gewahrt bleibt. Dies ist dann der Fall, wenn die Massnahmen geeignet sind, die glaubhaft gemachten Nachteile abzuwenden, wenn sie ausserdem mit Blick auf dieses Ziel erforderlich sind und wenn die Interessen an der Massnahme die entgegenstehenden Interessen des Urhebers des Nachteils überwiegen (vgl. SCHÄDLER, a.a.O., S. 145 ff.).

4.8.1. Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 vorläufig weiterhin Flughafeneinrichtungen und Gewerbebewilligungen zur Erbringung ihrer *off airport*-Dienstleistungen zu überlassen beziehungsweise zu erteilen, ist eine *geeignete Massnahme*, um wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt - wie auch auf dem Markt für *on* und *off airport*-Parking insgesamt - zu gewährleisten. Sie ist auch geeignet, die bedrohte Weiterexistenz der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 auf dem Markt zu sichern.

4.8.2. Die Verpflichtung ist darüber hinaus eine *erforderliche Massnahme*, denn die Beschwerdegegnerinnen sind auf die Flughafeneinrichtungen und Gewerbebewilligungen zur Erbringung ihrer *off airport*-Dienstleistungen, wie sie sie seit den 1960er beziehungsweise seit den 90er Jahren bis Mitte 2003 angeboten haben, angewiesen.

Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin 2 seit Mitte 2003 ein alternatives Konkurrenzprodukt (Shuttle-Bus) anbietet, lässt sich nicht als Argument anführen, dass eine gleich geeignete, aber weniger weitgehende Massnahme existiert, und die Massnahme insofern unverhältnismässig wäre. Die Beschwerdegegnerin 2 bezeichnet ihr neues Produkt lediglich als wenig Erfolg versprechende Notlösung. Das alternative Konkurrenzprodukt der Beschwerdegegnerin 2 ist demnach nur entstanden, weil der damaligen aktuellen Konkurrenz durch das Verhalten der Beschwerdeführerin der Boden entzogen wurde. Daher sind der Beurteilung die Marktverhältnisse und Produkte gegenüberzustellen, die *vor* der in Frage stehenden Verhaltensweise der Beschwerdeführerin geherrscht haben beziehungsweise von den Beschwerdegegnerinnen angeboten wurden. Die Massnahmen sind ge-

eignet, um dieser Konkurrenz einstweilen wieder Raum zu verschaffen, und sie sind auch erforderlich mit Blick auf das Ziel wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt.

4.8.3. Das öffentliche Interesse an wirksamem Wettbewerb und das private Interesse der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 an ihrem einstweiligen Verbleiben auf dem Markt überwiegt nach Ansicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das private Interesse der Beschwerdeführerin, ihre Parkingkapazitäten - unangefochten von Konkurrenten und nicht in Frage gestellt durch alternative Kundenwünsche - auslasten zu können. Insofern erweist sich die Massnahme auch *im engeren Sinne als verhältnismässig*.

Die Vorinstanz weist im Übrigen zu Recht darauf hin, dass die in der Zwischenzeit mit der Europcar abgeschlossenen Verträge an diesen Folgerungen nichts zu ändern vermögen.

4.8.4. Somit ist glaubhaft, dass die angeordnete vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist.

5. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Erfüllung aller einschlägigen Voraussetzungen für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen glaubhaft ist.

Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

6. [Verfahrenskosten und Parteientschädigung]

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde der Unique (Flughafen Zürich AG) vom 15. Dezember 2003 wird abgewiesen.

2. [Kosten]

3. [Parteientschädigung]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

B 3	**2. AGEFI/Edipresse SA, Edition Ringier SA, Le Nouveau Quotidien ERL SA, Commission de la concurrence**

Décision sur recours du 15 juillet 2004 en la cause AGEFI (recourante; recours administratif du 11 novembre 2003) contre Edipresse SA (intimée 1), Edition Ringier SA (intimée 2), Le Nouveau Quotidien ERL SA (intimée 3) et Commission de la concurrence (instance inférieure; décision du 20 octobre 2003) en matière de concentration d'entreprises

Vu les faits suivants:

A. Le 9 juillet 2003, les sociétés Edipresse Publications SA, Ringier SA et Le Nouveau Quotidien ERL SA notifièrent au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) une opération de concentration en lien avec le journal "Le Temps" (ci-après: l'opération de concentration Edipresse/Ringier/Le Temps). Dans un premier temps, Ringier SA, actionnaire à hauteur de 20% de la société Le Nouveau Quotidien ERL SA, augmente sa participation à 50% afin d'en acquérir conjointement avec Edipresse Publications SA le contrôle; dans une seconde phase, Le Nouveau Quotidien ERL SA augmente sa participation à la société éditrice du Temps de 47 à 82,6%.

Le 18 juillet 2003, le Secrétariat de la Comco fit parvenir aux éditeurs romands ainsi qu'à AGEFI société de l'agence économique et financière SA (ci-après: AGEFI) un questionnaire dans l'optique de connaître leur avis quant aux implications de la susdite opération sur la concurrence. Le 4 août 2003, le Secrétariat constata par décision incidente qu'AGEFI n'avait pas qualité de partie dans la procédure de concentration Edipresse/Ringier/Le Temps.

Le 7 août 2003, la Comco ouvrit la procédure d'examen de l'opération de concentration Edipresse/Ringier/Le Temps (publiée le 26 août 2003 dans la FF 2003 V 5440). Par décision du 20 octobre 2003, transmise le 30 octobre 2003 à AGEFI, la Comco a autorisé l'opération de concentration Edipresse/Ringier/Le Temps moyennant diverses charges.

B. Par écritures du 11 novembre 2003, mises à la poste le même jour, AGEFI recourt contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, préalablement, à constater que le recours a effet suspensif et, principalement, à l'annulation de la décision et à l'interdiction de l'opération de concentration Edipresse/Ringier/Le Temps.

AGEFI allègue qu'au vu de l'importance des deux groupes Ringier et Edipresse, en situation d'oligopole sur le marché suisse, la prise de contrôle conjointe du seul quotidien suprarégional de langue française a un impact désastreux sur la concurrence et sur le pluralisme des médias. Selon elle, la Comco a l'obligation d'examiner s'il existe des solu-

tions meilleures que celles proposées par les deux entreprises participant à la concentration. Elle aurait ainsi le devoir de choisir la solution qui favorise le plus la libre concurrence. Dans le cas d'espèce, il faudrait interdire l'opération envisagée afin de permettre aux opérateurs économiques concernés de réaliser une solution alternative. De l'avis d'AGEFI, la Comco s'entête à considérer que la situation concurrentielle n'est pas modifiée par la concentration envisagée arguant du fait que le lectorat auquel s'adressent "L'AGEFI" et "Le Temps" ne se recoupe que partiellement.

L'association de Ringier et Edipresse dans le capital de la société éditrice du journal "Le Temps" constitue, aux dires de la recourante, une position dominante capable de contrôler complètement le marché publicitaire. "Le Temps" pourrait se permettre des millions de pertes, contrairement à "L'AGEFI", quotidien indépendant, tenu à une politique de gestion rigoureuse. Dite association dans le capital de la société éditrice du journal "Le Temps" aboutirait à la constitution d'une position dominante capable de contrôler complètement le marché publicitaire, qu'il s'agisse de la presse d'opinion ("Hebdo", "Le Temps"), de la presse locale vaudoise ("24 Heures", "La Presse Nord Vaudois", "La Presse Riviera", "Journal de Morges", "La Broye"), de la presse gratuite ("GHI", "Lausanne Cités"), de la presse grand public, ("Le Matin" semaine et "Le Matin" dimanche, "Télé Top Matin", "TV 8", "TV Guide"), de la presse féminine ("Fémina", "Edelweiss"), de la presse santé ("Optima", "Optipharm"), de la presse des petites annonces ("Léman Express", "Aux Trouvailles") et, enfin, de la presse économique ou de luxe ("Montres et Passion", "Bilan", "Bilan luxes").

C. Le 17 novembre 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a déclaré irrecevable le recours formé par AGEFI contre la décision incidente de la Comco du 4 août 2003. Le 8 décembre 2003, elle a retiré l'effet suspensif au recours du 11 novembre 2003.

Dans ses observations responsives du 15 décembre 2003, l'autorité intimée propose de déclarer le recours irrecevable et, subsidiairement, de le rejeter, sous suite de frais. Elle soutient que la recourante n'a pas qualité pour agir en se référant à la doctrine majoritaire qui estime que la qualité pour recourir est, en principe, réservée aux seules entreprises participantes à la concentration conformément à la loi sur les cartels qui déroge à la loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: PA). La Comco examine ensuite si la recourante pourrait bénéficier de la qualité pour recourir dans l'hypothèse où cette dernière loi trouverait néanmoins application. Dans ce contexte, elle allègue qu'AGEFI n'est pas touchée plus que n'importe quel autre éditeur indépendant d'Edipresse et Ringier sur le marché de la presse romande. "L'AGEFI" et "Le Temps" seraient situés sur des marchés distincts, tant du point de vue des lecteurs que des annonceurs. Alors que "L'AGEFI"

serait placée sur le marché de la presse spécialisée, "Le Temps" constituerait un quotidien d'analyse généraliste. Conformément à une pratique constante, ces deux quotidiens ne seraient dès lors pas en concurrence directe.

La Comco relève en outre que le fait que Ringier prenne une part plus active dans la gestion de la société qui édite "Le Temps" ne modifie en rien la situation créée lors de l'arrivée de ce journal en 1998. L'intensité de la pression concurrentielle du quotidien "Le Temps" sur "L'AGEFI" n'en serait pas augmentée. Selon la Comco, on ne peut pas retenir une relation de concurrence suffisamment étroite pour admettre la qualité pour recourir d'AGEFI.

A propos de la solution alternative proposée par la recourante, l'autorité intimée remarque qu'elle n'a jamais fait l'objet de discussions entre les propriétaires actuels du quotidien "Le Temps". Le fait qu'elle aurait été consultée dans le cadre de la procédure d'examen ne lui confèrerait pas la qualité pour recourir au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative.

Dans leur réponse du 16 décembre 2003, Edipresse Publications SA, Ringier SA et Le Nouveau Quotidien ERL SA concluent, sous suite de frais et dépens à la charge de la recourante, préalablement, à l'irrecevabilité du recours et, principalement et au fond, à son rejet. Elles soutiennent que l'exclusion du droit de recours des tiers est inhérente à la loi sur les cartels qui prévoit que seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises; cette exclusion résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace.

Elles allèguent que la recourante n'a pas non plus qualité pour agir si l'on se fonde sur la PA. AGEFI ne ferait valoir aucun intérêt et n'indiquerait pas en quoi sa position économique serait considérablement entravée par la concentration en cause. Elle se bornerait à indiquer de manière générale que son avenir économique est mis en péril par la concentration, mais serait bien en peine d'en expliquer le pourquoi. De l'avis des intimées, "L'AGEFI" et "Le Temps" se trouvent clairement sur des marchés de produits distincts. Le fait qu'il pourrait y avoir certains chevauchements essentiellement pour les annonces à caractère financier n'y changerait rien. Enfin, le caractère non substituable des deux quotidiens découlerait également d'une constatation univoque de la Comco en ce sens que, en cas de disparition du journal "Le Temps", les lecteurs se reporteraient en majorité sur les quotidiens régionaux (p.ex. La "Tribune de Genève", "24 Heures") et non sur "L'AGEFI". Pour les intimées, la crainte d'une pression accrue sur la recourante ne peut pas constituer un intérêt actuel et immédiat dès lors que cette pression existait déjà avant l'opération de concentration. Les intimées se prononcent également sur des questions de fond tels que

les marchés de référence, l'appréciation de l'opération de concentration, ainsi que sur les griefs avancés par la recourante.

D. Par ordonnance du 19 décembre 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a ouvert un second échange d'écritures.

Dans sa réplique du 16 janvier 2004, la recourante déclare persister intégralement dans ses conclusions. Selon elle, l'intérêt à une procédure accélérée ne devrait pas empêcher de reconnaître la qualité pour recourir à des tiers qui ont des liens particulièrement étroits avec la concentration notifiée, ainsi que l'admet une doctrine autorisée. Il y aurait un intérêt digne de protection lorsque la situation de fait ou de droit du tiers pourrait être influencée par le sort de la cause. In casu, AGEFI se trouverait dans une relation de concurrence suffisamment étroite avec "Le Temps" pour lui reconnaître la qualité pour recourir. La recourante allègue que les deux quotidiens ne sont pas situés sur des marchés distincts du point de vue des lecteurs et des annonceurs. S'il est vrai que "Le Temps", en tant que quotidien suprarégional d'informations générales, s'adresse à un cercle de lecteurs et d'annonceurs plus large que celui de "L'AGEFI", il n'en demeure pas moins, selon la recourante, qu'AGEFI consacre une attention particulière à l'actualité économique et financière. "Le Temps" constituerait ainsi son principal concurrent. La recourante allègue que le lectorat et les annonceurs de "L'AGEFI" se recoupent avec ceux du journal "Le Temps" alors que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. En cas de disparition de "L'AGEFI", il y aurait lieu de supposer que ses lecteurs et ses annonceurs se retourneraient vers "Le Temps". "L'AGEFI" serait présent sur les mêmes segments de marché des annonces publicitaires que "Le Temps", en particulier en ce qui concerne les annonces financières et les offres d'emploi pour cadres. La recourante souligne enfin que des considérations générales d'intérêt public, soit la sauvegarde du pluralisme de la presse, doivent être prises en compte lors de l'examen d'une concentration d'entreprises, contrairement à l'opinion soutenue par la Comco.

E. Invitée à se prononcer sur la réplique de la recourante, la Comco a déclaré renoncer à déposer une duplique.

Quant aux intimées, elles se sont prononcées par duplique du 19 février 2004. Elles y relèvent en substance que le législateur a voulu une procédure de contrôle des concentrations rapide et efficace; que c'est dans ce contexte que s'inscrivent les limitations imposées aux tiers par la Loi sur les cartels, limitations qui auraient priorité sur les dispositions de la PA; qu'admettre un droit de recours aux tiers aux seules conditions fixées par cette loi paralyserait le processus économique de concentration d'entreprises; que le Tribunal fédéral a confirmé que, si l'on appliquait la PA, les tiers devraient avoir des liens plus forts que ceux d'un concurrent avec la concentration d'entreprises en cause;

qu'une entrave, même considérable, à la position économique devrait être suffisamment concrétisée; qu'enfin, la perte d'un client potentiel ne saurait en aucun cas fonder la qualité pour recourir d'un tiers. Les intimées allèguent qu'il n'existe pas de relation de concurrence suffisamment étroite avec "Le Temps" pour fonder la qualité pour recourir d'AGEFI. Le fait que les deux quotidiens soient présents sur certains segments bien particuliers n'en ferait pas des concurrents. Le lecteur n'achèterait pas des segments, mais un journal de sorte que si "Le Temps" devait disparaître, ses électeurs et annonceurs ne se tourneraient pas vers "L'AGEFI", mais vers les quotidiens régionaux. Pour les intimées, c'est donc à tort que la recourante se réfère à l'hypothèse de la disparition de "L'AGEFI" pour définir le marché. Les intimées se prononcent enfin sur certaines questions de fond soulevées par la recourante.

F. Le 24 février 2004, la Commission de céans a informé la recourante qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que le litige porte essentiellement sur une question procédurale.

Les arguments avancés de part et d'autre seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. La Commission de recours pour les questions de concurrence est compétente pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions de la Commission de la concurrence ou de son secrétariat (art. 44 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, loi sur les cartels, LCart, RS 251 et art. 44 ss., 71a ss. de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, PA, RS 172.021 en rel. avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, RS 173.31). Dite commission examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1, 128 II 311 consid. 1, 121 II 72 consid 1a; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, Berne 1983, p. 73).

Dans le cas d'espèce, la Comco a autorisé la concentration Edipresse/Ringier/Le Temps moyennant des charges en application de l'article 10 alinéa 2 LCart. L'acte attaqué est donc une décision au sens de l'article 5 alinéa 1 lettre a PA.

Reste donc à examiner si la recourante a qualité pour agir dans la présente occurrence.

2. Aux termes de l'article 39 LCart, "la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable aux procédures, dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les dispositions qui suivent". Plus précises, les versions allemande et italienne ne se réfèrent

pas seulement aux dispositions qui suivent, mais à la loi ("[...] soweit dieses Gesetz nicht davon abweicht", "[...] in cui la presente legge non vi deroghi"; PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [éditeurs], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002 [ci-après: Commentaire romand], Carron, ad. art. 39 chiffre 7, p. 892).

La section 4, intitulée procédure et voies de droit, contient une disposition particulière consacrée à la "participation de tiers à l'enquête", "Beteiligung Dritter an der Untersuchung", comme l'indique la note marginale (art. 43 LCart). Son alinéa 1 traite de la participation de tiers à l'enquête concernant une restriction à la concurrence, tandis que l'alinéa 4 vise la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Selon cette dernière disposition, seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Sont réputées entreprises participantes, en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent et, en cas d'acquisition du contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle (art. 3 al. 1 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE, RS 251.4).

La teneur de l'article 43 alinéa 4 LCart (adopté par les Chambres fédérales tel que proposé par le Conseil fédéral, cf. BO 1995 CN p. 1109 et CE p. 868; dans le cadre de la dernière révision, le Parlement a rejeté une proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège, cf. BO 2002 CN p. 1448) est claire: par l'emploi des mots "seules" et "sole" dans les versions française et italienne et "nur" dans la version allemande, le législateur a clairement manifesté sa volonté de restreindre le cercle des personnes ayant qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé dans une décision récente (RPW/DPC 2003, p. 899) que l'article 43 alinéa 4 LCart énumère de manière exhaustive les parties à la procédure et qu'il constitue une lex specialis qui déroge à l'article 6 PA conformément à l'article 39 LCart. En d'autres termes, les tiers concernés ne peuvent pas bénéficier du statut de partie ni des droits qui s'y rattachent; ils n'ont ainsi le droit que de prendre position par écrit sur la concentration en cause (art. 33 al. 1 LCart et 19 OCCE; ATF 124 II 499 consid. 3 et les références à la doctrine). Sur ce point, le législateur s'est écarté du droit européen (KARL HOFSTETTER/RETO SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: SJZ/RSJ 93/1997, p. 127).

In casu, il est établi que la recourante ne participe pas à l'opération de concentration litigieuse de sorte qu'elle n'a pas la qualité de partie dans la procédure d'enquête.

Pour la recourante, l'intérêt à une procédure accélérée ne devrait pas empêcher de reconnaître à des tiers, qui ont des liens étroits avec la

concentration notifiée, la qualité de partie, ainsi que l'admet une doctrine autorisée.

La Comco soutient pour sa part que la recourante n'a pas qualité pour recourir en se référant à la doctrine majoritaire qui estime que seules les entreprises ayant participé à la concentration peuvent agir en justice. Quant à l'intimée, elle allègue que l'exclusion du droit de recours des tiers est inhérente à la Loi sur les cartels qui prévoit que seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Cette exclusion résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace.

2.1. Le Tribunal fédéral tout comme la Commission de recours pour les questions de concurrence ont laissé ouverte la question de savoir si l'article 43 alinéa 4 LCart déroge à l'article 48 lettre a PA (ATF 124 II 499; RPW/DPC 1998 p. 114; voir CHRISTIAN BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, p. 81). En revanche, dans le cadre d'une procédure d'enquête concernant une restriction à la concurrence, la susdite commission a jugé que la qualité pour agir devait être examinée sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative (art. 48 PA) et non pas selon l'article 43 alinéa 1 lettre a LCart (RPW/DPC 1997, p. 243 ss., consid. 1.7.1, p. 249 et les références).

Quant à la doctrine, elle est divisée. Une partie soutient que l'exclusion des tiers de la participation à la procédure d'examen des concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart) entraîne automatiquement leur exclusion dans la procédure de recours (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 [ci-après: Kommentar KG], DUCREY, ad. art. 33 chiffre 13; WALTER A. STOFFEL, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in Revue suisse de droit des affaires, Numéro spécial 1996, p. 48; FRANCIS NORDMANN, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, vol. 172, p. 246), alors que d'autres auteurs sont d'avis que la qualité pour recourir des tiers est régie par la loi sur la procédure administrative, soit l'article 48 lettre a PA, et non par l'article 43 alinéa 4 LCart; selon PAUL RICHLI, "Ein genereller Ausschluss des Beschwerderechts wäre rechtsstaatlich in höchstem Masse fragwürdig" (in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Kartellrecht, p. 510; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 380; Kommentar KG, GROSS, ad. art. 44 chiffre 54). Dans le même sens, BENOÎT CARRON observe que l'article 43 alinéa 4 LCart traite de la "qualité de partie" et non de la "qualité pour recourir" qui continue, selon lui, d'être régie par l'article 48 PA (Commentaire romand, ad. art. 44 chiffre 21 p. 933; voir également FRITZ SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskon-

trollverfahren, thèse Zürich 1996, p. 436 ss.). Parmi ces auteurs, certains soutiennent cependant que l'interprétation de la notion de qualité pour recourir doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart. Ainsi la qualité pour recourir devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (GROSS, op. cit., chiffre 55; SCHERRER ibidem); selon GROSS, le droit suisse est sur ce point plus restrictif que le droit européen (ibidem).

2.2. Il convient dès lors d'examiner quelle est la portée de l'article 43 alinéa 4 LCart.

La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 128 II 56 consid. 4., voir également les arrêts cités: ATF 125 II 192 consid. 3a p. 196, 183 consid. 4 p. 185, 177 consid. 3 p. 179; RDAF 1998 II p. 148 consid. 2c p. 151). Pour rendre la décision répondant de manière optimale au système et au but de la loi, le Tribunal fédéral utilise, de manière pragmatique, une pluralité de méthodes, sans fixer entre elles un ordre de priorité (ATF 125 II 238 consid. 5a p. 244 et les arrêts cités).

L'article 6 PA permet de déterminer qui a qualité de partie au stade de la procédure non contentieuse (juridiction primaire ou de première instance) (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 128 ss). Mais ce n'est que lorsque la décision est rendue que l'on peut fixer de manière précise qui a qualité pour recourir (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, chiffre 262, p. 94 s.). Dit autrement, la qualité de partie devant la juridiction primaire n'implique pas la qualité pour recourir, celle-ci devant être déterminée à chaque étape en fonction des intérêts dignes de protection au sens de l'article 48 lettre a PA (BOVAY, ibidem; SCHERRER, op. cit., p. 436; voir également RDAF 55/1999: Note à l'ATF 124 II 499 [p. 572]; pour PIERRE MOOR, il serait préférable de définir de façon plus générale la partie au sens de l'article 6 PA et d'en faire découler ensuite la qualité pour recourir plutôt que l'inverse (Droit administratif, Vol. II, Berne 1991, p. 164).

A l'instar de l'article 6 PA, l'article 43 alinéa 4 LCart définit le cercle des personnes qui ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Cette dernière disposition est cependant

ambiguë dans la mesure où la note marginale parle de la participation de tiers à l'"enquête" "Untersuchung", laissant ainsi entendre qu'elle vise uniquement le premier échelon de la procédure administrative (juridiction primaire, comme l'article 6 PA) puisque l'enquête relève de la compétence de la Comco et de son secrétariat, alors que l'alinéa 4 se réfère à la "procédure" "Verfahren" terme plus large qui pourrait englober également les échelons de recours et qu'il ne précise pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. D'autre part, à la lecture de l'article 43 LCart, il apparaît que la note marginale se rapporte essentiellement aux états de fait visés aux alinéas 1 à 3. S'il est vrai que l'article 43 alinéa 4 LCart recourt à la notion de "parties" "Parteirechte" et non à celle de "qualité pour recourir" "Beschwerdelegitimation", c'est vraisemblablement parce que le premier de ces termes permet, contrairement au second, de désigner les personnes légitimées à agir à tous les échelons de la procédure.

L'article 33 alinéa 1 LCart mentionne que les tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. Par tiers, il faut entendre les personnes qui n'ont pas qualité de partie au sens de l'article 43 alinéa 4 LCart, soit les entreprises qui ne participent pas directement à l'opération de concentration. Dans ce sens, le Conseil fédéral explique dans le message que le statut des tiers dans la procédure d'examen des concentrations n'est pas le même qu'en matière de restrictions à la concurrence et ajoute: "en raison des délais très courts, une vraie participation des tiers à la procédure n'est pas souhaitable" (FF 1995 I p. 598 note 211). Hormis cette note, le message ne contient aucune information concrète sur la portée de l'article 43 alinéa 4 LCart. Pour le reste, ces dispositions ont été acceptées par le Parlement sans discussion (BO CN 1995 1108 et 1109, CE 1995 867, 868; on peut noter toutefois que dans le cadre de la récente révision, l'auteur de la proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège, a parlé de "Beschwerdemöglichkeit" à propos de l'article 43 alinéa 4 LCart, BO CN 2002 1448).

Ainsi donc, tant l'interprétation textuelle qu'historique ne permettent pas d'inférer que l'article 43 alinéa 4 LCart règle, à l'instar de l'article 6 PA, uniquement la procédure devant la juridiction primaire, les échelons de recours tombant sous le coup de l'article 48 lettre a PA. L'ambiguïté du texte ne permet en effet pas de tirer une telle conclusion, l'article 43 alinéa 4 LCart ne précisant pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. Cependant, on peut affirmer que les textes et les travaux préparatoires n'interdisent pas une interprétation extensive de l'article 43 alinéa 4 LCart dès lors qu'elle trouve des points d'appui dans le texte lui-même et que l'article 39 LCart prévoit expressément une dérogation à la PA.

Dans ces conditions, il sied d'examiner si l'application de l'article 48 lettre a PA répond de manière optimale au système de contrôle mis en place par le législateur et au but que la loi sur les cartels assigne au contrôle des opérations de concentration d'entreprises. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'interprétation restrictive de l'article 43 alinéa 4 LCart, qui ouvre la voie à l'article 48 lettre a PA, est conforme au système (ATF 128 II 56 consid. 4 ss.). Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner brièvement quelles seraient les conséquences d'une application des dispositions de droit commun.

2.3. Selon BALZ GROSS, l'interprétation de l'article 48 lettre a PA doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart (Kommentar KG, ad art. 44 chiffre 54). Selon SCHERRER, tant les concurrents que les employés peuvent être touchés. La qualité pour agir ne devrait cependant pas être admise pour n'importe quelle entrave à l'activité économique. Il y aurait ainsi intérêt digne de protection par exemple lorsqu'un tiers concurrent serait avec certitude évincé du marché à cause de la concentration. SCHERRER estime enfin que la jurisprudence de la Cour européenne de justice est transposable en droit suisse (op. cit., p. 437).

2.3.1. De prime abord, il convient de préciser que si l'on admet que l'article 48 lettre a PA régit le droit de recours, la question de la qualité pour agir doit être jugée exclusivement sur la base de cette disposition sans se référer à la Loi sur les cartels et sans examiner le fondement du recours (ATF 123 II 376 consid. 4c et références). En revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que la qualité pour agir d'un concurrent suppose qu'il ait avec l'objet du litige une relation suffisamment étroite "au regard du droit fédéral déterminant" (ATF 109 Ib 198; voir également l'avis critique de MOOR à propos de cet arrêt, op. cit., p. 416). Enfin, le fait que la recourante ait été consultée en qualité de tiers dans le cadre de la procédure d'examen (art. 33 al. 1 LCart) n'exerce aucune influence sur la qualité pour agir (RPW/ DPC 1998 p. 114, consid. 3.4. p. 121; 1997 p. 243, consid. 1.7 p. 248 ss.; contrairement au droit européen où la participation à la procédure de première instance joue un rôle important pour déterminer la qualité pour agir en seconde instance [ci-après consid. 2.3.2.]; voir LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, thèse Saint-Gall 1996, p. 174 et 116 ss.).

L'article 48 lettre a PA, dont la teneur est identique à l'article 103 lettre a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) qui règle la qualité pour former un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral, soumet la qualité pour agir à deux conditions cumulatives: une atteinte et un intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être de nature juridique ou factuelle; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Le recourant doit cependant être touché plus que quiconque

par la décision attaquée et se trouver, avec l'objet du litige, dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération. Il y a intérêt digne de protection lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause. Autrement dit, l'admission du recours doit procurer au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 125 I 7, 124 II 499, 123 II 376 consid. 4a, 121 II 171 consid. 2b, 120 Ib 379 consid. 4b et renvois, 123 II 115 consid. 2a). On peut renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la question soulevée pourrait se poser à nouveau en tout temps et dans des circonstances identiques ou analogues (ATF 118 Ib 1 consid. 2b, 111 Ib 56 consid. 2b et 182 consid. 2c).

La question de la qualité pour agir ne pose pas de grandes difficultés lorsqu'il s'agit du destinataire de la décision. En revanche, les difficultés surgissent lorsque des tiers entendent recourir (ALAIN WURZBURGER, Le recours de droit administratif, in Publications FSA, vol. 15, 1997 p. 108). Lorsque ce n'est pas le destinataire de la décision qui recourt mais un tiers, les exigences tendent à exclure l'action populaire et doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif (voir FRITZ GYGI, Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege, in recht 1986, p. 8 ss.; le même auteur, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 148; GLANZMANN-TARNUTZER, op. cit., p. 23; PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, in ROGER ZÄCH, Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, p. 158 ss.). En pareil cas, il faut une atteinte directe, une relation particulièrement proche avec l'objet du litige, pour que le recourant puisse invoquer un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (ATF 121 II 176 c. 2a).

Selon la jurisprudence (voir notamment ATF 125 I 7 consid. 3d et les références citées), le fait que la mesure critiquée expose des concurrents à une concurrence accrue n'est pas en soi suffisant pour leur reconnaître la qualité de partie, ils doivent en outre se trouver dans un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé que le concurrent devait subir une entrave concrète et propre à obstruer de manière notable son activité économique (DPC 1997/2, p. 243 ss.; dans le même sens, l'ATF 125 I 7 précise: "Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht"; voir également PAUL RICHLI, Legitimation von Konkurrenten zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung an eine Apotheke zum Versand von Arzneimitteln, in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 3/99, p. 351).

La qualité pour agir a été reconnue aux concurrents lorsque l'octroi d'un contingent provoquait un effet économique défavorable sous la forme de la perte d'un client potentiel (ATF 100 Ib 421); dans ce cas, le

Tribunal fédéral a tenu compte du fait que le contingentement créait une relation particulière entre concurrents. Il a en outre admis qu'un organe de révision pouvait recourir contre la reconnaissance d'un concurrent qui exerce la même activité parce qu'il se trouvait dans un rapport étroit avec l'objet du litige (ATF 99 Ib 104 consid. 1b; voir également ATF 97 Ib 593). Dans un arrêt récent relatif à l'adjudication d'un marché public, le Tribunal fédéral a considéré que le juge ne devait pas faire preuve d'une trop grande rigueur dans l'examen de l'utilité pratique que présenterait l'admission du recours pour un soumissionnaire évincé, compte tenu de la position privilégiée qu'il avait acquis dans la procédure (ATF du 8 août 2003 en l'affaire C. [2P.261/2002]). En revanche, il a jugé qu'un commerçant n'était pas atteint par la délivrance d'une autorisation de construire à un concurrent dès lors qu'il était, en tant que personne appartenant à la même branche économique, touché uniquement de manière générale dans sa position économique (ATF 109 Ib 198). De même, il a considéré comme n'étant pas digne de protection l'intérêt des producteurs qui souhaitaient protéger leur chiffre d'affaires contre des produits concurrents (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc; 113 Ib 363 consid. 3c; 100 Ib 331 consid. 2c). Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que les inconvénients causés aux anciens producteurs par l'autorisation de mise dans le commerce d'un nouveau produit devaient être considérés comme de simples conséquences possibles du développement du marché, mais qu'ils n'impliquaient pas un rapport étroit et digne d'être protégé avec le litige (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc).

La recourante soutient que la prise de contrôle conjointe du seul quotidien suprarégional de langue française à un impact désastreux sur la concurrence et sur le pluralisme des médias. Selon la jurisprudence, un tel allégué ne crée pas une relation spéciale au sens de l'article 48 lettre a PA; car il appartient d'abord aux autorités de veiller à une bonne application des règles applicables afin de promouvoir la concurrence (ATF 123 II 376 consid. 4b) bb; ATF précité du 8 août 2003 consid. 4.4; KÖLZ/HÄNER, op. cit., chiffre 539, p. 194). De même, lorsqu'elle allègue qu'il faudrait dans le cas d'espèce interdire l'opération de concentration afin de permettre aux opérateurs économiques concernés de réaliser une solution alternative. Dans ce contexte, ZÄCH note avec pertinence que le manque de compétence de l'autorité pour proposer des modifications de l'opération de concentration provient du fait que, dans un régime fondé sur la liberté économique, les autorités ne peuvent pas prescrire aux entreprises ce qu'elles doivent faire, mais seulement interdire certains comportements comme les accords de concentration d'entreprise: "Sie dürfen, mit anderen Worten, den Rahmen abstecken (Rahmenordnung), der nicht überschritten werden darf" (ZÄCH, op. cit., p. 285 s.). Point n'est besoin cependant d'examiner plus avant la qualité pour agir de la recourante sous l'angle de l'article 48

lettre a PA à la lumière de la jurisprudence exposée ci-dessus vu le résultat auquel parvient la Commission de céans ci-après.

2.3.2. Selon l'article 230 alinéa 4 du Traité CE, "toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement". Le caractère direct de l'affectation est reconnu dès lors que la décision attaquée permet, en droit comme en fait, la réalisation immédiate de l'opération projetée qui est de nature à induire une modification immédiate de la situation du ou des marchés concernés, modification qui ne dépend alors que de la seule volonté des parties (voir arrêt du Tribunal de première instance du 24 mars 1994, Air France/Commission, T-3/93, chiffre 80). D'autre part, selon une jurisprudence constante, les sujets autres que les destinataires d'une décision sont individuellement concernés "si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire" (arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62).

En matière de concentration, la jurisprudence européenne semble moins favorable aux actionnaires minoritaires et aux salariés des entreprises participant à la concentration qu'aux entreprises concurrentes (SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE/IDOT, Droit européen des affaires, Tome 2, 5ème édition, Paris 1999, p. 748). Le recours d'actionnaires minoritaires a été déclaré irrecevable au motif qu'ils n'étaient pas directement individuellement concernés (ibidem). Dans l'arrêt Nestlé-Perrier (arrêt du 27 avril 1995, CCE Grandes Sources, CE Perrier et autres c/Commission, T-96/92), le Tribunal de première instance a certes admis que les syndicats étaient individuellement concernés, mais il a nié l'existence d'une atteinte directe (voir également MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, Bâle 1999, p. 617). La jurisprudence paraît en revanche plus souple pour les concurrents: dans l'arrêt Air France, le Tribunal de première instance a levé l'exception d'irrecevabilité au motif que, sur l'ensemble des routes exploitées, les entreprises parties à l'opération de concentration renforçaient substantiellement leur position, alors que parallèlement Air France voyait sa position concurrentielle affectée "dans les conditions qui l'individualisent par rapport à tout autre transporteur aérien" (arrêt précité chiffre 82). Dans un arrêt du 3 avril 2003 (BaByliss SA c/Commission, T-114/02), il a tenu compte de la participation active de la BaByliss SA (société concurrente) à la procédure d'examen (cet élément n'étant cependant pas suffisant à lui seul pour fonder la recevabilité; chiffre 95 et références) et du fait que ladite société était concurrente potentielle et qu'elle s'était, à plusieurs reprises, portée candidate à la reprise d'une des entreprises participante à

la concentration (la simple potentialité est admise lorsqu'"il s'agit de marchés oligopolistiques caractérisés, notamment, par des barrières à l'entrée élevées résultant de la grande fidélité à la marque ainsi que par la difficulté d'accès au commerce de détail", voir en particulier chiffres 100 et 116).

Il ressort de ce bref survol qu'on trouve dans la jurisprudence européenne des exigences proches de celles du droit suisse, hormis l'exigence de la participation à la procédure de première instance qui, contrairement au droit européen, ne joue aucun rôle en droit suisse (cf supra consid. 2.3.1.). En effet, exiger du recourant qu'il soit individuellement concerné par la décision, c'est poser une relation spéciale et étroite (Beziehungsnähe) avec l'objet de la contestation. Selon GLANZMANN-TARNUTZER, "Schält man aus der Rechtsprechung des EuGH und des EuG die auf die Konkurrentenbeschwerde nach Artikel 103 Buchstabe. a OG transponierbaren Kriterien heraus, so bleibt allein das Erfordernis der spürbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition des Klägers übrig" (op. cit., p. 173). Cependant, cette proximité n'implique pas sans autre une transposition des principes dégagés ci-dessus en droit suisse. Quoi qu'il en soit, point n'est besoin d'examiner plus avant cette question dès lors que, comme nous le verrons ci-après, cette jurisprudence n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur helvétique.

2.4. Des développements qui précèdent et qui rappellent en substance la position de la jurisprudence actuelle, il appert que l'exigence d'une relation étroite avec l'objet du litige (Beziehungsnähe) et d'une lésion (spürbare Verschlechterung) constitue l'élément essentiel pour déterminer la qualité pour recourir. Selon le Tribunal fédéral, il faut, dans chaque domaine particulier, choisir des critères adaptés (ATF 123 II 376 consid. 5 b) bb). S'agissant des opérations de concentration d'entreprises, on devra forcément retenir le critère du marché pertinent - soit le marché des produits et le marché géographique affectés par la concentration - pour déterminer si les tiers concurrents se trouvent dans une situation particulièrement étroite avec l'objet du litige. D'autre part, pour établir le dommage économique (spürbare Verschlechterung) subi par eux, il faudra s'appuyer sur une évaluation prospective de la concurrence après la réalisation de la concentration. Clef de voûte de la loi sur la concurrence, la détermination du marché constitue, tout comme le pronostic de la concentration sur la concurrence, une question de fond. C'est dire que l'application de l'article 48 lettre a PA conduira inévitablement les juridictions de recours à devoir examiner déjà au stade de la recevabilité des questions de fond - souvent fortement controversées dans la doctrine - ce qui allongera considérablement la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. La spécificité du droit de la concurrence place en fait l'autorité de recours devant deux écueils: poser des exigences élevées sous l'angle de la "Beziehungsnähe" et de la lésion conduit à ouvrir un débat sur le fond

et à rallonger considérablement la durée de la procédure; en revanche, se contenter de la simple vraisemblance ouvre la voie à l'action populaire (voir PIERRE LOUIS MANFRINI, Le contentieux en droit administratif économique, RDS 1982 II p. 428 ss.).

C'est le lieu de rappeler que, contrairement au droit européen, le droit suisse ne soumet pas les opérations de concentration à un régime d'autorisation. En effet, le Parlement n'a pas suivi le Conseil fédéral qui proposait dans son projet de loi de soumettre, à l'instar du droit communautaire (art. 8 du règlement CE sur les concentrations), les opérations de concentration à un régime d'autorisation (Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472; l'art. 9 du projet intitulé "Régime de l'autorisation" prévoyait à son al. 1: "Les concentrations d'entreprises sont soumises au régime de l'autorisation délivrée par la Commission de la concurrence..." [suivent les valeurs-seuils] et l'art. 10 intitulé "Autorisation" disposait à son al. 1: "La Commission de la concurrence octroie l'autorisation lorsque la concentration... " [suivent les conditions d'octroi], FF 1995 I p. 572 ss. et 629 s.; Commentaire romand, Venturi, chiffre 31 p. 493; Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11, chiffre 12 ss.). Devant le Conseil national, les adversaires du projet gouvernemental invoquèrent, d'une part, la forte bureaucratie que le régime d'autorisation impliquait et, d'autre part, le risque que ce régime présentait d'entraver les forces du marché qui, aux dires des opposants, devaient décider elles-mêmes de la concentration ou non des entreprises (BO 1995 CN p. 1095 à 1101; Commentaire romand, VENTURI, Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart, chiffre 22, p. 491). Tenant compte de ces critiques, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national proposa de remplacer le régime d'autorisation (Bewilligungspflicht/ Genehmigungspflicht) par un système qui repose sur l'obligation de notifier, avec une procédure d'opposition (Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt) (le CN Stucky parle d'un "Meldepflicht mit Widerrufsvorbehalt" [BO 1995 CN p. 1061], dans le même sens le CN Baumberger d'un "Meldepflicht mit Einspruchsrecht der Wettbewerbskommission" [BO 1995 CN p. 1107], la CE SIMMEN d'un "Meldepflicht mit Interventionsmöglichkeit" [BO 1995 CE p. 867], pour le représentant du Conseil fédéral, il s'agit "d'une notification préalable, avec une procédure d'opposition" [BO 1995 CN p. 1101]; Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, ad art. 9 chiffre 5). Dans une décision de ce jour (affaire E. c. Comco et E. [FB/2003-7] consid. 3.5), la Commission de recours pour les questions de concurrence a jugé que l'autorisation de procéder à une concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non pas une décision au sens de l'article 5 PA. Elle a également considéré que les opérations de concentration "négociées" n'ouvrent pas la voie du recours lorsque l'autorité renonce à assurer

l'exécution des transactions au moyen de conditions et/ou de charges (ibidem consid. 4.3. ss.).

Il résulte de ce qui précède que, faute de décision, les entreprises concurrentes ne disposent d'un droit de recours qu'en cas d'interdiction - et dans ce cas, elles n'auraient vraisemblablement aucun intérêt à recourir - ou contre les opérations autorisées sous réserve de conditions et/ou de charges. Le législateur a donc déjà introduit une large brèche dans le contrôle juridictionnel des opérations de concentrations d'entreprises. L'application de l'article 48 lettre a PA affaiblirait la cohérence du système mis en place par le législateur et, par là même, porterait atteinte à la sécurité du droit faute de pouvoir donner une réponse unique et définitive à la question de la recevabilité. Mais plus encore, elle rallongerait considérablement la durée des procédures, alors même que le législateur a accepté la mise en place d'un contrôle des concentrations d'entreprises à condition de réduire au maximum la bureaucratie et d'assurer une procédure simple et rapide. Or l'application de l'article 43 alinéa 4 LCart a précisément le mérite de tracer dès le début de la procédure de contrôle des opérations de concentration une ligne claire en déterminant simultanément qui a qualité de partie et pour recourir, ce qui répond parfaitement à l'exigence de simplicité et de célérité voulue par le législateur.

Il ressort de ce qui précède (supra consid. 2.2.) que si l'interprétation de l'article 43 alinéa 4 LCart ne permet pas une conclusion univoque sur sa portée, elle n'interdit cependant pas une interprétation extensive. Ainsi que nous venons de le voir, l'application de l'article 48 lettre a PA n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur dès lors qu'elle obligerait les juridictions à devoir examiner au stade de la recevabilité des questions de fond, ce qui entraînerait immanquablement un allongement de la procédure. Dans ces conditions, il paraît conforme à la volonté du législateur et au but qu'il a assigné au contrôle des opérations de concentration d'admettre que l'article 43 alinéa 4 LCart vise non seulement la procédure de première instance, mais également celle de recours.

3. Il ressort de ce qui précède que le recours doit être déclaré irrecevable.

Il s'ensuit que les frais, y compris ceux occasionnés par la décision incidente, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'elle a déjà versée (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'Ordonnance fédérale du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0). De plus, il y a lieu d'octroyer des dépens aux sociétés intimées (art. 64 PA). Celles-ci étant représentées par un seul avocat, il y a lieu de leur octroyer une indemnité totale fixée à CHF [...] (taxe sur la valeur ajoutée incluse).

Par ces motifs, la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Déclare le recours irrecevable.

2. [Frais de procédure]

3. Alloue aux intimées, à titre de dépens, une indemnité totale de CHF [...] (taxe sur la valeur ajoutée incluse) à la charge de la recourante.

4. [Voie de recours]

5. [Notification]

B 3	**3. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./ Edipresse S.A., Commission de la concurrence (mesures provisionnelles)**

Décision sur recours du 15 juillet 2004 en la cause Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S. A. (recourants; recours administratif du 27 mai 2003) contre Edipresse S. A. (intimée), Commission de la concurrence ([Comco]; instance inférieure; décision du 14 avril 2003) en matière de mesures provisionnelles

Vu les faits suivants:

A. Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, la Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse. Le 30 janvier 2003, les Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA (ci-après: Cherix ou la recourante) déposèrent un recours contre ce communiqué de presse auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

Le 15 juillet 2004, ladite commission a déclaré ce recours irrecevable (décision en la cause E. c. Comco et E. [FB/2003-7]).

B. Le 24 décembre 2002, Cherix a déposé devant la Comco une plainte et requête de mesures super-provisionnelles, liée à la susdite opération de concentration, contre Edipresse pour entrave illicite à la concurrence et abus de position dominante ("abus de structure", "Marktstrukturmissbrauch"). Dans sa requête, elle conclut à ce qui suit:

Préalablement

- Ouvrir une enquête au sens de l'article 27 alinéa 1 LCart contre Edipresse SA pour abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart.

- Cela fait, vu l'urgence particulière, plaise au Président de la Commission de la concurrence, à titre de mesures super-provisionnelles:

  Interdire à Edipresse SA de même qu'à toute société liée à Edipresse SA d'acquérir le contrôle de la société Imprimerie Corbaz SA et/ou de ses actifs.

  Subsidiairement, si l'acquisition de ce contrôle devait déjà être intervenue, interdire à Edipresse SA, de même qu'à toute société liée à Edipresse SA d'exercer tout acte de contrôle sur la société Imprimerie Corbaz SA et/ou ses actifs.

- Retirer l'effet suspensif à un éventuel recours d'Edipresse SA contre l'ordonnance de mesures super-provisionnelles.

Principalement et au fond

- Constater un abus de position dominante d'Edipresse SA.
- Confirmer l'interdiction faite à Edipresse SA de même qu'à toute société liée à Edipresse SA d'acquérir le contrôle de la société Imprimerie Corbaz SA et/ou ses actifs.
- Subsidiairement, si l'acquisition du contrôle devait déjà être intervenue, confirmer l'interdiction faite à Edipresse SA, de même qu'à toute société liée à Edipresse SA d'exercer tout acte de contrôle sur la société Imprimerie Corbaz SA et/ou ses actifs.

Le 6 janvier 2003, Corbaz et Edipresse ont réalisé l'opération de concentration avec effet au 1er janvier 2003. Par courrier du 9 janvier 2003, le secrétariat de la Comco invita la recourante à retirer sa requête de mesures provisionnelles. Cette dernière déclara maintenir sa requête et déposa un complément dans lequel elle allégua une série de faits nouveaux, intervenus depuis le 16 décembre 2002.

Le 3 février 2003, la Comco transmit ladite requête ainsi que ses compléments à Edipresse. Dans sa prise de position du 10 mars 2003, cette dernière conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que la Comco refuse d'entrer en matière et, subsidiairement, à ce qu'elle rejette ladite requête.

Par décision du 14 avril 2003, la Comco n'est pas entrée en matière sur la susdite requête, sous suite de frais.

C. Par écritures du 27 mai 2003, mises à la poste le même jour, Cherix recourt contre la décision de non-entrée en matière de la Comco auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

Elle conclut à l'annulation de la décision attaquée et requiert, à titre de mesures super-provisionnelles, une série de mesures visant en substance à bloquer l'opération de rachat de la société Imprimerie Corbaz SA par Edipresse SA. Le 5 juin 2003, la recourante a informé l'autorité de recours qu'elle renonçait à la demande de mesures super-provisionnelles contenue dans son mémoire de recours et que, pour le reste, elle maintenait ses conclusions.

Selon la recourante, le fait que la Loi sur les cartels ne confère pas expressément à l'administré un droit à l'ouverture d'une enquête est indifférent, car comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans sa jurisprudence, ce qui importe c'est que l'administré jouisse d'un intérêt digne de protection. Cherix allègue qu'elle a un intérêt économique à faire bloquer et interdire le rachat de Corbaz par Edipresse puisqu'elle reste le candidat le plus sérieux pour le rachat de la société Imprimerie Corbaz SA avec laquelle elle était entrée en négociations avant le rachat par Edipresse.

Sur le fond, la recourante fait valoir en substance que la décision querellée est entachée de violations manifestes du droit fédéral, constitutives d'un abus de pouvoir. Elle fait également grief à la Comco d'avoir constaté les faits pertinents de manière inexacte et incomplète. Celle-ci aurait ainsi commis une erreur de droit manifeste en considérant que des mesures provisoires ne pouvaient être ordonnées tant qu'une enquête n'était pas ouverte. Selon Cherix, de telles mesures peuvent parfaitement être ordonnées dès lors que les conditions de fond sont remplies avant l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart, voire même d'une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart. La recourante soutient que l'article 18 alinéa 3 LCart constitue une base légale adéquate pour la prise de mesures provisoires, cette disposition ne faisant pas dépendre la compétence de la Comco de l'ouverture préalable d'une enquête au sens de l'article 27 LCart.

La recourante allègue que la Comco a considéré à tort qu'il n'y avait aucun indice d'une restriction illicite à la concurrence. Elle aurait dû examiner l'opération à l'aune de l'article 7 LCart et se demander si, avant l'opération de rachat Edipresse, la société Imprimerie Corbaz SA détenait une position dominante sur les marchés de référence et si le rachat de la société Imprimerie Corbaz SA par Edipresse SA était constitutif d'un abus de structures prohibé par l'article 7 LCart. Selon Cherix, la concentration Edipresse/Corbaz constitue une opération hautement problématique au regard de la loi sur la concurrence de sorte qu'on est en présence d'un cas limite. Dans ces conditions, elle ne comprend pas pourquoi la Comco ne s'est pas prononcée sur le grief tiré du renforcement des pratiques "prédatoires" du groupe Edipresse à partir du 15 janvier 2003 en rapport avec la politique commerciale de son hebdomadaire gratuit d'annonces "Lac Hebdo". De telles pratiques ne seraient possibles que parce que l'intimée aurait acquis une

position de puissance économique lui permettant de faire fi de ses concurrents, à la suite du rachat de la société Imprimerie Corbaz SA. La recourante allègue en outre que le retrait de Publigroupe du capital-actions d'une société filiale contrôlée par Edipresse SA n'a aucun effet sur la situation concurrentielle dès lors que Publigroupe acquiert parallèlement une participation directement dans Edipresse SA. A propos du retrait d'Edipresse du capital-actions et des organes de Rhône Media SA qui produit "Le Nouvelliste", la recourante allègue que les motifs de la décision sont entachés d'erreurs de fait et d'appréciation. Un renforcement de l'indépendance du "Nouvelliste" par rapport au groupe Edipresse n'aurait strictement aucun effet propre à contrecarrer le renforcement de monopolisation dans le nord vaudois et la Riviera, "Le Nouvelliste" n'étant pas diffusé dans ces régions.

Enfin, la recourante soutient que les engagements pris concernant des modifications structurelles dans l'organisation du groupe et soumis à la Comco n'ont pas fait l'objet d'une analyse sérieuse. Ils auraient été acceptés par celle-ci à la suite d'une évaluation superficielle et ils seraient totalement incompatibles avec les motifs qui l'ont conduit à ses propres conclusions intermédiaires.

D. Dans sa réponse du 18 août 2003, la Comco propose de rejeter le recours sous suite de frais. Elle confirme que la prise de mesures provisionnelles ne se justifie que dans la situation où on envisage l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart. La Comco expose ensuite que, comme elle ne dispose pas d'indices d'une restriction à la concurrence, elle a renoncé à ouvrir une enquête pour abus de structures contre Edipresse. Elle estime qu'elle n'a pas à revenir sur sa prise de position du 16 décembre 2002 par laquelle elle a approuvé l'opération de concentration Edipresse/Corbaz par le biais d'une enquête pour abus de structures qui aurait pour objet le même état de fait: selon elle, les divers articles parus dans la presse romande depuis sa détermination ne constituent pas des indices d'une restriction illicite à la concurrence suffisante pour justifier l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart.

Dans sa réponse du 18 août 2003, Edipresse conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et, au fond, à confirmer la décision querellée, sous suite de frais et dépens. Comme le refus d'ouvrir une enquête ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA, elle en déduit l'irrecevabilité du recours, en tant qu'il est dirigé contre le refus de la Comco d'ouvrir une enquête au sens de l'article 27 LCart. Selon l'intimée, la Comco ne peut pas entrer en matière sur une requête de mesures provisionnelles lorsque, comme en l'espèce, aucune enquête n'est ouverte en vertu de l'article 27 LCart. Elle soutient en outre qu'une concentration assujettie au contrôle en vertu de l'article 9 LCart ne peut pas faire l'objet d'un examen supplémentaire sous l'angle de l'article 7 LCart. Le fait que la Comco a ouvert une procédure

d'examen approfondi de la concentration Edipresse/Corbaz suffit, aux yeux de l'intimée, pour exclure l'ouverture d'une enquête pour abus de position dominante ou pour refuser à la recourante le droit de requérir des mesures provisionnelles contre cette opération. Sur la base de la prise de position du 16 décembre 2002 de la Comco, il apparaîtrait que la concentration Edipresse/Corbaz ne serait pas de nature à entraîner une modification grave et irréversible de la structure du marché concerné de sorte que la recourante ne peut justifier d'un intérêt manifeste à la sauvegarde de la concurrence efficace.

Pour l'intimée, une opération de concentration ne peut pas, en elle-même, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart lorsque, comme en l'espèce, au terme d'un examen approfondi au sens des articles 9 et 10 LCart, elle a été avalisée par la Comco. Nier le privilège de la concentration rendrait vaine la règle qui veut que les tiers concurrents des entreprises participantes ne puissent pas attaquer une prise de position de la Comco ou, à tout le moins, qu'ils ne pourraient le faire qu'à des conditions très restrictives en application de la loi fédérale sur la procédure administrative. Nier le privilège de la concentration créerait en outre une insécurité juridique intolérable puisque les entreprises, dont la concentration aurait été avalisée par la Comco, pourraient toujours se voir opposer après coup une interdiction de réaliser l'opération notifiée sur la base de l'article 7 LCart. A propos de l'abus affectant la structure du marché, l'intimée souligne que la recourante passe sous silence le fait qu'il ne peut y avoir un tel abus que si l'opération en question échappe aux champs d'application des articles 9 à 11 LCart.

L'intimée souligne que la Comco a constaté que la concentration Edipresse/Corbaz n'était pas en mesure de supprimer la concurrence efficace sur le marché des quotidiens vaudois. La concentration ne pourrait dès lors, prima facie, entraîner aucune modification grave et irréversible de la structure du marché de référence. A propos de la distribution de son hebdomadaire gratuit "Lac Hebdo", Edipresse souligne qu'il s'agit d'un fait totalement étranger à l'opération de concentration. Elle allègue par ailleurs qu'elle a offert 451 actions aux membres du groupe d'actionnaires valaisan de Rhône Média et que cinq d'entre ces membres ont souscrit, à titre individuel, la totalité des actions en question. Elle ajoute que si la vente de ses actions est dûment intervenue, il est vrai qu'elle n'a, à ce jour, pas encore pu être exécutée pour des motifs totalement indépendants du groupe Edipresse. Selon l'intimée, c'est en vain que la recourante semble vouloir remettre en cause le poids accordé par la Comco aux autres supports d'information tels que la télévision et la presse régionales; dans ce contexte, elle se réfère en particulier à l'affaire Thurgauer-Medien AG dans laquelle la Comco a constaté sur une base empirique que ces autres supports exerçaient un pouvoir disciplinant sur l'entreprise qui résulte de la concentration quand bien même ils ne représentent pas à proprement parlé des

concurrents. A propos des effets de la concentration sur la recourante, l'intimée souligne qu'il suffit de comparer les zones de diffusion de la Côte et les zones de diffusion de la Presse Nord Vaudois et la Presse Riviera Chablais pour constater que la recourante n'est que faiblement touchée par l'opération contestée. Appartenant au groupe Hersant, l'un des plus puissants groupes de presse français, elle aurait les moyens de résister durablement au groupe Edipresse. Du point de vue des annonceurs nationaux, la concentration Edipresse/Corbaz ne serait pas en mesure de porter atteinte de façon imminente au droit de la recourante, comme le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs lui-même indiqué dans son arrêt du 22 mai 2003.

E. Le 25 juin 2003, la recourante a présenté auprès de la Comco une demande de réexamen de la décision attaquée. Le 15 juillet 2003, le Secrétariat de la Comco a répondu à la recourante qu'elle renonçait à soumettre sa demande de réexamen à la Comco et qu'elle examinerait les éléments portés à sa connaissance dans le cadre de la prise de position à la Commission de céans.

Le 7 novembre 2003, alors qu'elle n'y était pas invitée, la recourante a fait parvenir à la Commission de céans diverses annexes, soit essentiellement des articles parus dans la presse, ainsi qu'un complément à son recours. Le 24 novembre 2003, l'intimée a répondu à ce courrier.

Le 31 mars 2004 la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé les parties qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner dans la présente procédure des débats publics au sens de l'article 6 chiffre 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, au motif que le litige portait sur une question procédurale.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. La Commission de recours pour les questions de concurrence est compétente pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions de la Commission de la concurrence ou de son secrétariat (art. 44 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, Loi sur les cartels, LCart; RS 251 et art. 44 ss., 71a ss. de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, PA; RS 172.021 en rel. avec les art. 20 ss. de l'Ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, RS 173.31). Dite commission examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1, 128 II 311 consid. 1, 121 II 72 consid 1a; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, Berne 1983, p. 73).

Dans le cas d'espèce, la Comco a refusé d'entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles déposée par Cherix. L'ordonnance de mesures provisionnelles constitue une décision incidente (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 412); elle est donc séparément susceptible de recours si elle cause un préjudice irréparable (art. 45 al. 1 et 2 let. g PA en lien avec l'art. 39 LCart). En matière de mesures provisoires, un dommage irréparable est toujours à craindre, car la mesure tombe avec le jugement final, rendant impossible un contrôle constitutionnel par le Tribunal fédéral (ATF du 16 avril 2003 [5P.38/2004] consid. 1; ATF du 24 septembre 1996 [4P. 183/1995] reproduit in Sic! 1997 p. 414 consid. 1a; ATF 118 II 369 consid. 1; 116 Ia 446 consid. 2).

La condition du préjudice irréparable est remplie en l'espèce dès lors que la question des mesures provisionnelles ne pourra pas être examinée à un autre stade de la procédure faute d'une décision finale, l'ouverture de l'enquête ne constituant pas une décision au sens de l'article 5 PA (ATF du 19 décembre 2003 en la cause DFE c. S. et Commission de recours pour les questions de concurrence [2A.415/2003]; décision du 14 décembre 2000 de la susdite Commission en la cause T. c. E. et Comco [FB/1999-1] consid. 1.2.2, publiée in RPW/DPC 2000 p. 703 ss.); on peut donc à l'instar du Tribunal fédéral se demander s'il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une décision finale. Dans ce sens, la Comco a indiqué dans les voies de droit un délai de recours de trente et non de dix jours (art. 50 PA).

Destinataire de la décision, Cherix est touchée par la décision querellée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 let. a PA).

Les dispositions relatives au délai de recours, à la représentation, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss , 63 al. 4 PA), sont par ailleurs respectées.

2. Dans son prononcé, la Comco a décidé de ne pas entrer en matière sur la demande de mesures provisionnelles. L'objet de la procédure consiste ainsi uniquement à déterminer si elle a décidé à tort de ne pas entrer en matière sur cette requête. Selon la jurisprudence, la motivation d'un recours doit être topique. Ainsi le fait de discuter du fond de l'affaire ne satisfait pas à cette exigence lorsque l'autorité précédente a refusé d'entrer en matière pour des motifs formels (ATF 118 Ib 134; 123 V 335 ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 933; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC 61.44 consid. 4.1). Il suit de là que la Commission de céans n'a pas à examiner si les arguments matériels avancés par la recourante sont ou non fondés.

Le recours est donc recevable dans la mesure où il a pour objet la décision de non-entrée en matière de l'autorité inférieure.

3. La Loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

Aux termes de l'article 9 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Comco lorsque le chiffre d'affaires dépasse un certain seuil. L'article 10 alinéas 1 et 2 LCart prévoit que les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la Comco lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante; celle-ci peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et qu'elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante.

Dans le cas d'espèce, la Comco a procédé à un examen approfondi de la concentration litigieuse en application de l'article 33 LCart. Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, elle a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse au vu des modifications apportées au projet initial par les entreprises participantes. Le présent litige s'inscrit dans ce contexte, la recourante soutient en effet que l'opération de concentration approuvée constitue une restriction illicite à la concurrence en particulier sous l'angle de l'abus de structure.

Dans une décision de ce jour (en la cause E. c. Comco et E. [FB/2003-7]), la Commission de recours pour les questions de concurrence a jugé que l'autorisation de procéder à une concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non pas une décision au sens de l'article 5 PA et que seules les entreprises qui participent à la concentration ont qualité pour recourir. Dans la décision précitée, elle a donc nié la qualité pour agir de la recourante.

4. Selon la doctrine et la jurisprudence, la Comco peut prendre des mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure d'enquêtes concernant les restrictions à la concurrence même si la Loi sur les cartels ne le prévoit pas expressément (ATF 130 II 149 consid. 2.1 ainsi que les références).

Les mesures provisionnelles visent à assurer l'efficacité d'une décision avant même qu'elle ne soit rendue: elles tendent à garantir que l'état de fait ou de droit qui doit lui servir de base ne se modifie pas (mesures conservatoires) ou à assurer l'avantage recherché par la décision de fond qui risque d'être compromis par la durée prévisible du procès (Sicherungsmassnahme) (BOVAY, op. cit., p. 410, PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [éditeurs], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002 [ci-après: Commentaire romand], CARRON, ad. art. 39, chiffre 69, p. 904). Selon la doctrine et la jurisprudence, la prise de mesures provisionnelles est subordonnée aux quatre conditions cumulatives suivantes: un pronostic favorable, un préjudice difficilement réparable, l'urgence et la proportionnalité (CARRON, op. cit., chiffre 76, p. 905; CHRISTIAN BOVET, Mesures provisionnelles en droit des télécommunications, in Sic! 2000, p. 538; voir également ATF précité chiffre 2.3 ainsi que les références).

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a précisé à propos du pronostic favorable ce qui suit: "Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt" (consid. 2.3).

In casu, la Comco a non seulement refusé d'ouvrir une procédure d'enquête au sens de l'article 27 LCart, mais encore déclaré ne pas s'opposer à l'opération de concentration Edipresse/Corbaz. Dans le cadre de la présente procédure, l'autorité de recours n'a pas à examiner le bien-fondé de ces actes qui, d'ailleurs, ne constituent pas des décisions. Partant, la Commission de céans n'a pas à se prononcer sur les questions de fond soulevées par la recourante (cf. ci-dessus consid. 2).

Il ressort de ce qui précède qu'il est établi qu'une des conditions autorisant la prise de mesures provisionnelles n'est pas remplie. Ces conditions étant cumulatives, le défaut d'une seule entraîne donc obligatoirement le refus de prendre de telles mesures. Ainsi, point n'est besoin d'examiner les griefs de la recourante en lien avec les autres conditions.

5. Il ressort de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

Il s'ensuit que les frais doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'elle a déjà versée (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0). De plus, il y a lieu d'octroyer des dépens à l'intimée (art. 64 PA).

Par ces motifs, la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

2. [Frais de procédure]

3. Alloue à l'intimée, à titre de dépens, une indemnité totale de CHF [...] (taxe sur la valeur ajoutée incluse) à la charge des recourants.

4. [Voie de recours]

5. [Notification]

B 3	**4. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./ Edipresse S.A., Commission de la concurrence (concentration d'entreprises)**

Décision sur recours du 15 juillet 2004 en la cause Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. (recourants, recours administratif du 30 janvier 2003) contre Edipresse S.A. (intimée), Commission de la concurrence ([Comco]; instance inférieure), en matière de concentration d'entreprises

Vu les faits suivants:

A. Le groupe Edipresse est actif dans l'édition de divers journaux et périodiques en Suisse et à l'étranger. Sa filiale Presse Publications SR SA, contrôlée par Edipresse (75%) et Publigroupe (25%), édite en Suisse romande les quotidiens "24 heures", "Le Matin" et "La Tribune de Genève"; elle a dernièrement acquis "Le Journal de Morges", "La Broye" et coopère avec la société éditrice du "Journal de Payerne". Elle détient en outre des participations minoritaires dans la SA Le Temps (47%), éditrice du quotidien "Le Temps", et dans la société Rhône Media SA (37%), éditrice du quotidien "Le Nouvelliste".

L'imprimerie Corbaz SA, détenue par la Société Financière l'Amandier SA, est une entreprise active dans les domaines de l'impression et de la publication; elle édite les quotidiens "La Presse Riviera Chablais" et "La Presse Nord Vaudois".

Le 22 mai 2002, Presse Publications SR SA (ci-après: Edipresse) notifia à la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) une opération de concentration avec l'imprimerie Corbaz SA (ci-après: Corbaz) par la prise de contrôle (environ 70% du capital-actions) de la Société Financière l'Amandier SA. Le 19 juin 2002, la Comco décida de procéder à un examen approfondi de cette opération; elle publia l'ouverture de la procédure d'examen de l'opération de concentration dans la Feuille Fédérale du 2 juillet 2002 (FF *2002* IV 4088) et dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) du 28 juin 2002.

Le 20 août 2002, la Comco remit aux entreprises participantes à l'opération de concentration un rapport intermédiaire. Celui-ci concluait à un renforcement de la position dominante d'Edipresse sur le marché

des lecteurs dans le canton de Vaud, mais non point sur les marchés de l'imprimerie et des annonces. Le 9 septembre 2002, Edipresse déposa une prise de position sur le rapport intermédiaire. Le 7 octobre 2002, la Comco informa les parties de son intention d'interdire formellement l'opération de concentration Edipresse-Corbaz. Mais elle leur signala également que l'opération de concentration pourrait être autorisée "sous certaines conditions précises, dans une nouvelle procédure de notification". Les conditions cumulatives étaient décrites dans le même courrier et la Comco concluait en ces termes: "En conséquence, si les parties venaient à retirer la notification du 22 mai 2002 et à s'assurer que les quatre conditions cumulatives susmentionnées sont remplies, la Chambre Infrastructure de la Commission de la concurrence pourrait accepter l'opération de concentration". Par décision incidente du 14 octobre 2002, la Comco a prolongé jusqu'au 20 décembre 2002 le délai pour achever la procédure d'examen. Le 13 décembre 2002, Edipresse déposa une série de documents à l'appui des modifications opérées dans le sens proposé par la Comco.

Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, la Comco a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse. Elle indiquait en outre qu'après examen et au vu des modifications apportées au projet initial, elle était parvenue à la conclusion que cette opération de concentration n'était pas susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché des quotidiens vaudois, quand bien même elle renforçait la position d'Edipresse sur ce marché.

B. Par écritures du 30 janvier 2003, mises à la poste le même jour, les Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA (ci-après: Cherix ou la recourante) déposent un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence contre Edipresse et la Comco. La recourante conclut, préalablement, à déclarer le recours recevable, à ordonner à la Comco de lui notifier le rapport sur la base duquel elle a prononcé l'autorisation de concentration contestée ainsi qu'une décision écrite. Principalement et quant au fond, elle demande l'annulation de la décision attaquée, l'interdiction de la concentration contestée, ainsi que la séparation des entreprises et des actifs regroupés à la suite de la concentration. Enfin, elle requiert dans tous les cas le maintien de l'effet suspensif et l'allocation de dépens.

La recourante fait valoir en substance que l'autorisation d'exécuter la concentration constitue une décision au sens de la Loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: PA); qu'ensuite elle a qualité pour agir motif pris qu'elle se trouve dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet du litige; et qu'enfin l'autorisation de la concentration constitue une violation de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après: LCart).

La recourante allègue à titre principal que l'acte par lequel la Comco déclare ne pas s'opposer à une opération de concentration constitue une décision au sens de la PA. A titre subsidiaire, elle soutient que la Comco a, en réalité, prononcé in casu une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de la LCart, ou, alternativement, une décision *sui generis*, c'est-à-dire en considération de certains engagements des entreprises participantes, lesquels engagements n'auraient cependant pas été garantis par le biais de conditions et/ou de charges. Cherix a joint à son recours un avis de droit privé concernant la notion de décision dans la LCart de BLAISE KNAPP, Professeur honoraire de l'Université de Genève.

A propos de la qualité pour recourir, la recourante soutient que le fait qu'elle n'a pas eu la qualité de partie durant la procédure d'examen ne préjuge en rien de l'existence de sa qualité pour recourir au sens de la PA. De plus, l'exclusion de la qualité de partie des entreprises qui ne participent pas à la concentration s'appliquerait uniquement à la procédure d'examen devant la Comco et non pas à la procédure de recours. Le rapport étroit et spécial exigé par la jurisprudence ne saurait signifier autre chose que la position concurrentielle et le développement du tiers concerné doivent être affectés de façon suffisamment sensible par la dégradation des conditions de concurrence résultant de la concentration. Cette solution correspondrait à celle retenue par la jurisprudence allemande en matière de contrôle des concentrations.

La recourante fait grief à la Comco d'avoir violé la LCart en prononçant une autorisation de concentration pure et simple. Elle consacre de longs développements et analyses aux effets de la concentration litigieuse sur le marché des quotidiens régionaux dans les régions de diffusion des quotidiens "La Riviera Chablais" et "Le Nord Vaudois". Selon elle, la Comco aurait dû interdire la concentration faute de conditions et/ou de charges permettant de remédier à la création ou au renforcement de position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace.

C. Par décision incidente du 20 février 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a retiré au recours l'effet suspensif et a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par la recourante.

Dans sa réponse du 10 mars 2003, la Comco propose de déclarer le recours irrecevable. A titre subsidiaire et si l'autorité de recours devait par impossible admettre la recevabilité du recours, elle conclut au rejet du recours. L'autorité intimée observe qu'elle a toujours, dans la pratique, estimé que l'autorisation sans charge ni condition ne constituait pas une décision au sens de la procédure administrative. Cette pratique, instituée dans le cadre de l'examen de la concentration Publicitas/Gasser/Tschudi/Druck, se fonderait sur les travaux parlementaires. Le législateur aurait substitué au régime d'autorisation prévu dans le

projet du Conseil fédéral l'obligation de notifier les concentrations d'entreprises, avec une procédure d'opposition. Cette modification aurait pour conséquence que la Comco ne peut pas rendre des décisions formelles lorsque la concentration d'entreprises peut être réalisée sans réserve. Celle-ci soutient enfin que Cherix n'a pas qualité pour agir.

Dans sa réponse du 10 mars 2003, Edipresse conclut, préalablement, à ce que le recours soit déclaré irrecevable, ainsi qu'au rejet de la requête tendant à ordonner à la Comco de notifier à la recourante une décision écrite. A titre principal et au fond, elle demande le rejet du recours administratif et de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens. L'intimée allègue qu'il n'y a pas décision, mais simple prise de position, lorsque la Comco se limite à confirmer que la concentration ne soulève aucune objection. Ce principe ne serait que l'expression du système d'opposition choisi par le législateur, le système d'autorisation, connu en droit communautaire de la concurrence, ayant été rejeté à l'occasion des travaux préparatoires de la LCart.

A propos de la qualité pour agir, Edipresse allègue que la LCart prévoit une dérogation à la PA s'agissant du recours des tiers en matière de contrôle des concentrations. Sont des tiers, les personnes qui n'appartiennent pas aux cercles des entreprises participantes au sens de la législation. L'exclusion du droit de recours des tiers serait inhérente à la LCart et résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace. L'intimée estime par ailleurs que l'on doit dénier à la recourante la qualité pour agir, même si l'on se réfère à la PA, car elle ne se trouverait pas dans un rapport de concurrence actuelle et directe avec les quotidiens "La Presse Nord Vaudois" et "La Presse Riviera Chablais". Edipresse consacre enfin de longs développements aux questions de fond en réponse aux thèses de la recourante qu'elle conteste entièrement. En conclusion, elle souligne qu'il serait choquant, au regard du principe de la bonne foi et de la proportionnalité, de revenir sur la prise de position de la Comco et d'interrompre les opérations d'intégration consécutives à la concentration réalisée.

D. Par décision incidente du 16 mai 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a refusé d'accorder à la recourante l'accès au dossier de la concentration Edipresse-Corbaz et a ordonné un second échange d'écritures.

Dans sa réplique du 10 juin 2003, la recourante observe que le choix du législateur pour un système d'opposition signifie uniquement que l'autorité n'a pas à se prononcer formellement et que son silence vaut autorisation plutôt qu'interdiction. Le fait que l'on se trouve dans un système d'opposition ne dirait rien sur la qualification juridique d'un défaut d'opposition (silence) ou d'une déclaration de compatibilité de la part de l'autorité. Une analyse comparée du droit suisse et du droit européen montrerait qu'il n'y a aucune raison de qualifier différem-

ment une non-opposition, qualifiée de décision selon le droit européen. La notion d'engagements répondrait par ailleurs nécessairement à celle de conditions et de charges au sens de la LCart.

A propos de la qualité pour recourir, la recourante soutient qu'elle doit uniquement prouver qu'il est suffisamment probable que sa position économique sera sensiblement affectée à la suite de la concentration. Le juge ne saurait exiger du plaideur qu'il apporte une preuve absolue s'agissant du pronostic économique sur les effets futurs d'une modification structurelle. Cherix expose qu'elle est en concurrence directe avec l'entité économique résultant de la concentration; qu'elle est particulièrement exposée et fragilisée de par sa position géographique et en tant qu'éditrice du dernier quotidien indépendant dans le canton de Vaud; qu'elle était à un stade avancé de négociations pour le rachat de Corbaz; qu'enfin dans les motifs de la décision la Comco retient qu'elle subirait une atteinte qualifiée. La concentration aurait en outre un impact sur le marché de la publicité nationale (mécanisme du guichet unique) en ce sens qu'Edipresse serait en mesure d'évincer le journal "La Côte" du marché des annonces nationales. Cherix en déduit qu'elle est non seulement dans un rapport de concurrence avec l'entreprise mise en cause, mais qu'elle subit également une entrave substantielle.

Dans sa duplique du 7 juillet 2003, la Comco relève que le fait que la recourante ait été intéressée au rachat du groupe Corbaz ne suffit pas pour justifier un intérêt digne de protection au sens de la PA. Le risque pour la recourante d'être évincée du marché des annonces serait inexistant dans la mesure où les annonceurs n'ont aucun intérêt à renoncer à insérer des annonces dans le quotidien "La Côte". La Comco signale que les quotidiens de Corbaz sont diffusés dans d'autres régions du canton de Vaud, non limitrophes de celle couverte par le journal "La Côte".

Dans sa duplique du 14 juillet 2003, Edipresse rétorque que le droit suisse institue une procédure d'opposition et non pas d'approbation formelle comme le droit européen. La volonté claire du législateur impliquerait qu'une détermination positive de la Comco ne constitue pas une décision au sens de la PA. La Comco n'aurait pas la compétence de prononcer une autorisation lorsqu'une concentration ne remplit pas les conditions d'interdiction totale ou partielle fixées dans la LCart. L'intimée note enfin que la LCart traite de manière identique le silence au terme tant de l'enquête préalable que de l'examen approfondi.

Edipresse allègue que Cherix n'a pas qualité pour agir au regard de la LCart qui accorde un droit de recours uniquement aux personnes dont les intérêts de fait pourraient être affectés par la décision prise à l'issue de la procédure d'examen. Reconnaître un droit de recours aux tiers irait clairement à l'encontre d'une procédure rapide et efficace. De plus, il serait contradictoire de dénier aux tiers la qualité pour agir

devant la Comco pour leur reconnaître cette qualité dans la procédure de recours. Selon Edipresse, Cherix n'a pas non plus qualité pour agir sous l'angle de la PA qui doit être appliquée de manière plus restrictive en cas de concentration d'entreprises que dans d'autres domaines du droit. La recourante ne serait pas touchée dès lors que son quotidien "La Côte" est diffusé dans une autre zone que celle des quotidiens édités par Corbaz. De l'avis de l'intimée, il paraît douteux que de simples négociations soient de nature à fonder un intérêt au sens de la PA. En droit européen, la qualité pour agir n'a été reconnue que si des offres de rachat répétées d'une entreprise déterminée ont été formulées.

E. Le 1er octobre 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé les parties qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner dans la présente procédure des débats publics au sens de l'article 6 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales motif pris que le litige portait sur une question procédurale.

Le 7 novembre 2003, la recourante a déposé de nouveaux moyens de preuve (annexes 43 à 44) accompagnés d'un commentaire en complément à son courrier du 19 juin 2003. Le 24 novembre 2003, l'intimée a pris position sur ces courriers. Le 22 décembre 2003, la recourante a fait parvenir à la Commission de recours un arrêt rendu le 30 septembre 2003 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans une affaire ARD contre Commission. Par courrier du 6 janvier 2004, l'intimée a pris position sur ce dernier envoi.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. La Commission de recours pour les questions de concurrence examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1, 128 II 311 consid. 1, 121 II 72 consid. 1a, 120 Ib 97 consid. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e édition, Berne 1983, p. 73).

La voie du recours de droit administratif est ouverte aux personnes qui ont qualité pour recourir contre des décisions au sens de l'article 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; voir également art. 44 et 48 PA).

Dans le cas d'espèce, est litigieuse non seulement la nature juridique de l'acte attaqué, mais également la qualité pour agir de la recourante.

2. Selon l'article 5 1er alinéa PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le

droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Il convient donc d'examiner si le droit fédéral prévoit dans le cas d'espèce la prise d'une décision au sens de l'article 5 précité.

La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

Aux termes de l'article 9 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Comco lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration, les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et lorsqu'au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs (al. 1). Pour les entreprises dont l'activité commerciale consiste, en totalité ou en partie, à éditer, produire ou distribuer des journaux ou périodiques, ou à diffuser des programmes au sens de la Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (RS 784.40), il sera tenu compte d'un montant équivalant à vingt fois le chiffre d'affaires effectivement réalisé dans ces domaines (al. 2). Cet alinéa 2 a été abrogé par la novelle du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1er avril 2004 (RO *2004* 1385). Cette modification n'exerce toutefois aucune influence dans la présente procédure.

Sous la note marginale "Appréciation des concentrations d'entreprises", l'article 10 alinéas 1 et 2 LCart prévoit que les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un contrôle par la Comco lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante; celle-ci peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et qu'elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante.

Le chapitre quatre de la Loi sur les cartels consacré aux dispositions de procédure administrative contient des règles spécifiques pour l'examen des concentrations d'entreprises dans les articles 32 à 38 de la loi (section 3). A la réception de la notification d'une concentration d'entreprises, la Comco décide s'il y a lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration. Elle communique l'ouverture de l'examen de la concentration aux entreprises participantes dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration; faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 al. 1 LCart). Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 al. 2 LCart). Si la Comco décide de procéder à un examen, le secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. La Comco décide, au début de l'examen, si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue. Elle doit achever l'examen dans les quatre mois, à moins d'en être empêchée pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 33 LCart). Les effets de droit civil d'une concentration soumise à l'obligation de notifier sont suspendus, sous réserve de l'écoulement du délai selon l'article 32, 1er alinéa, et de l'autorisation de réalisation provisoire. Faute de décision de la commission dans le délai imparti à l'article 33, 3e alinéa, la concentration est réputée autorisée, à moins que la commission constate dans une décision qu'elle a été empêchée de conduire l'examen pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 34 LCart).

L'article 38 alinéa 1 LCart prévoit que la Comco peut rapporter une autorisation ou décider l'examen d'une concentration malgré l'écoulement du délai de l'article 32, 1er alinéa, lorsque les entreprises participantes ont fourni des indications inexactes (let. a); ou lorsque l'autorisation a été obtenue frauduleusement (let. b); ou, enfin, lorsque les entreprises participantes contreviennent gravement à une charge dont a été assortie l'autorisation (let. c).

Dans le cas d'espèce, la Comco a procédé à un examen approfondi de la concentration litigieuse en application de l'article 33 LCart. Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, elle a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse au vu des modifications apportées au projet initial par les entreprises participantes.

La recourante soutient que la détermination de la Comco à l'issue de la procédure d'examen constitue une décision au sens de la PA (consid. 3). A titre subsidiaire, elle allègue que, dans le cas d'espèce, la Comco a, en réalité, délivré une autorisation assortie de charges et/ou de

conditions (consid. 4) ou, alternativement, rendu une décision sui generis (consid. 5).

3. Selon la Comco, la procédure d'examen des concentrations d'entreprises se clôt par une décision au sens de l'article 5 PA qu'en cas d'interdiction ou d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges (autorisation partielle). Elle n'aurait pas compétence de rendre une décision lorsqu'elle ne s'oppose pas à une concentration. Sa déclaration de non opposition serait donc un simple avis et non pas une décision au sens de l'article 5 PA. L'autorité intimée fonde sa position sur les travaux préparatoires, soit plus précisément sur la transformation par le Parlement du régime de l'autorisation proposé par le Conseil fédéral en une obligation légale de notifier les opérations de concentrations, avec une procédure d'opposition. Contrairement à un régime d'autorisation impliquant une procédure qui s'achève, dans tous les cas, par une décision au sens de l'article 5 PA (autorisation, autorisation moyennant des conditions ou des charges, refus d'autorisation), la procédure introduite par le législateur s'achèverait sans la prise d'une décision lorsque, comme en l'espèce, l'autorité ne s'oppose pas à l'opération de concentration notifiée.

Pour la recourante, l'avis selon lequel la non opposition à une concentration ne constitue pas une décision ne trouve pas "de reflet exprès dans la loi et n'a pas été endossé par les Chambres fédérales". Selon KNAPP, si ces dernières avaient vraiment voulu exclure la non opposition à une concentration à tout recours et, partant, à toute protection juridique et ainsi créer une exception importante au régime normal de protection des citoyens tel qu'il résulte de la Loi sur la procédure administrative, elles auraient dû l'exprimer clairement dans la loi sur les cartels. D'aucune manière, celle-ci ne préciserait expressément qu'en dérogation à l'"autorisation", une opération de concentration même tacite ne serait pas une décision au sens de l'article 5 PA. Ni l'interprétation grammaticale, ni l'interprétation logique ne permettraient une réponse décisive sur la nature juridique de la déclaration de non opposition. Faute d'avoir retenu le système de l'Union européenne où les concentrations d'entreprises répondant aux conditions prescrites doivent être au bénéfice d'une autorisation, la LCart aurait "simplement obligé les entreprises en cause à notifier leurs intentions de concentration". S'il n'existe pas d'indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, la concentration peut être réalisée sans réserve. Dans la négative, la Comco décide de procéder à un examen approfondi. Dans ce cas, elle entame, selon KNAPP, une procédure soumise à la PA et rend soit des décisions formatrices en cas d'interdiction et d'autorisation assortie de charges ou conditions, soit une décision formatrice implicite d'autorisation, ou, mieux, une décision constatant la non réalisation de la situation juridique visée à l'article 10 alinéa 2 LCart.

L'intimée considère quant à elle qu'il n'y a pas décision, mais simplement prise de position, lorsque la Comco se limite à confirmer que la concentration ne soulève aucune objection. Elle allègue que ce principe n'est que l'expression du système d'opposition choisi par le législateur, le système d'autorisation, connu en droit communautaire de la concurrence, ayant été rejeté à l'occasion des travaux préparatoires de la LCart.

3.1. La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 128 II 56 consid. 4., voir également les arrêts cités: ATF 125 II 192 consid. 3a p. 196, 183 consid. 4 p. 185, 177 consid. 3 p. 179; RDAF 1998 II p. 148 consid. 2c p. 151). Pour rendre la décision répondant de manière optimale au système et au but de la loi, le Tribunal fédéral utilise, de manière pragmatique, une pluralité de méthodes, sans fixer entre elles un ordre de priorité (ATF 125 II 238 consid. 5a p. 244 et les arrêts cités).

La Loi sur les cartels de 1962 (RO *1964* 49) ne connaissait pas de contrôle des opérations de concentration. Quant à la Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et autres organisations analogues (RO *1986* 874), elle prévoyait à son article 30 alinéa 1 que la Commission pouvait ouvrir une enquête si la fusion avait pour effet de créer ou de renforcer une position qui influence le marché de manière déterminante et s'il y avait en outre des indices de conséquences nuisibles d'ordre économique ou social. La loi de 1985 ne permettait pas à l'ancienne Commission des cartels d'exercer un véritable contrôle, car elle ne disposait pas de moyens pour prévenir et sanctionner les opérations de fusion dès lors qu'aucun devoir de notifier n'était imposé aux entreprises; de plus, la Commission ne pouvait ni interdire ni démanteler une concentration, mais elle avait uniquement la possibilité d'adresser des recommandations aux entreprises participantes à des fusions (FF *1995* I p. 483; ATF 127 III 219 consid. 4b p. 225; PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [éditeurs], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002 [ci-après: Commentaire romand], VENTURI, Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart, chiffre 3, p. 486; HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 [ci-après: Kommentar KG], DUCREY/DROLSHAMMER, Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11, chiffres 1 ss.).

Le régime actuellement en vigueur de contrôle des fusions est inspiré du droit européen (Commentaire romand, VENTURI, chiffre 6, p. 487; FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, thèse Zurich 1996, p. 312 ss.; CHRISTIAN BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, p. 62 ss.). Le déclenchement du contrôle est opéré par la notification préalable obligatoire des opérations de concentration (art. 9 LCart; Commentaire romand, VENTURI, Remarques préliminaires aux art. 9 et 10 LCart, chiffre 23 p. 491; sur la comparaison du droit suisse avec le droit communautaire voir op. cit., no 17 p. 490; art. 4 ch. 1 et 2 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ["le règlement CE sur les concentrations"] JO L 24). Le déroulement du contrôle est ensuite caractérisé par une division en deux phases (art. 10 al. 1 et 2, 32 et 33 LCart, voir également ci-après consid. 3.4. ss.; art. 6 du règlement CE sur les concentrations, SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE/IDOT, Droit européen des affaires, Tome 2, 5ème édition, Paris 1999, p. 739 ss.; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, Bâle 1999, p. 598 ss.).

Cependant, le Parlement n'a pas suivi le Conseil fédéral qui proposait dans son projet de loi de soumettre, à l'instar du droit communautaire (art. 8 du règlement CE sur les concentrations, voir également ci-après consid. 3.3), les opérations de concentration à un régime d'autorisation (Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF *1995* I 472; l'art. 9 du projet intitulé "Régime de l'autorisation" prévoyait à son al. 1: "Les concentrations d'entreprises sont soumises au régime de l'autorisation délivrée par la Commission de la concurrence..." [suivent les valeurs-seuils] et l'art. 10 intitulé "Autorisation" disposait à son al. 1: "La Commission de la concurrence octroie l'autorisation lorsque la concentration..." [suivent les conditions d'octroi], FF *1995* I p. 572 ss. et 629 s.; Commentaire romand, VENTURI, chiffre 31, p. 493; Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11, chiffres 12 ss.).

Devant le Conseil national, les adversaires du projet gouvernemental invoquèrent, d'une part, la forte bureaucratie que le régime d'autorisation impliquait et, d'autre part, le risque que ce régime présentait d'entraver les forces du marché qui, aux dires des opposants, devaient décider elles-mêmes de la concentration ou non des entreprises (BO *1995* CN p. 1095 à 1101; Commentaire romand, VENTURI, Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart, chiffre 22 p. 491). Tenant compte de ces critiques, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national proposa de remplacer le régime d'autorisation (Bewilligungspflicht/Genehmigungspflicht) par un système qui repose sur l'obligation de notifier, avec une procédure d'opposition (Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt) (le CN STUCKY parle d'un "Meldepflicht mit

Widerrufsvorbehalt" [BO *1995* CN p. 1061], dans le même sens le CN BAUMBERGER d'un "Meldepflicht mit Einspruchsrecht der Wettbewerbskommission" [BO *1995* CN p. 1107], la CE Simmen d'un "Meldepflicht mit Interventionsmöglichkeit" [BO *1995* CE p. 867], pour le représentant du Conseil fédéral, il s'agit "d'une notification préalable, avec une procédure d'opposition" [BO *1995* CN p. 1101]; Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, ad art. 9, chiffre 5). Dans ce contexte, le rapporteur de langue française du Conseil national tout comme le représentant du Conseil fédéral ont souligné qu'avec le système de notification, il n'était pas nécessaire de rendre une décision formelle lorsque la concentration d'entreprises ne posait pas de problème au regard du droit de la concurrence de sorte que la bureaucratie était réduite au minimum (selon le rapporteur de langue française qui rappelle le changement de système proposé "Il n'y a même pas besoin de décision, il suffit que la Commission de la concurrence renonce à s'exprimer pour que cette concentration puisse se faire" [BO *1995* CN p. 1100]; plus explicite, le Conseiller fédéral DELAMURAZ déclara "La variante de la majorité de la commission est en effet plus souple en ce qu'elle permet des opérations de concentration soumises à l'obligation de notifier, sans qu'une approbation formelle ou tacite soit nécessaire" [BO *1995* CN p. 1101]). Cette modification a été ensuite acceptée par le Conseil des Etats sans discussion (BO 1995 CE p. 845 en particulier p. 859).

3.2. Une partie importante de la doctrine soutient que la procédure d'examen des concentrations d'entreprises s'achève par une décision susceptible de recours au sens de l'article 5 PA en cas de refus total ou partiel (autorisation assortie de conditions ou de charges) et par une simple prise de position non sujette à recours en cas d'approbation pure et simple (Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, ad art. 10 chiffre 56; WALTER A. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, RSDA 1997 p. 256; Kommentar KG, GROSS, ad. art. 44 chiffre 26, il note cependant que les tiers devraient pouvoir exiger une décision motivée dans la note 27 de bas de page; ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Band V/2, Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, RICHLI, p. 505, DUCREY, p. 246 et 303; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, op. cit., p. 667, note 137). Une autre partie de la doctrine assimile à une décision susceptible de recours la déclaration positive émise par la Comco à l'issue de la procédure d'examen (SCHERRER, thèse op. cit., p. 375 s., note 1722, p. 411 ss.; FRANK SCHERRER, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, in AJP/PJA 11/97 p. 1396; Commentaire romand, BOVET, ad art. 32, chiffre 75 et 81 à 83; BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, op. cit., p. 80).

Les auteurs qui défendent la première opinion fondent leur argumentation essentiellement sur une interprétation historique et téléologi-

que des articles 9 alinéa 1 et 10 alinéa 1 LCart. Pour eux, le passage d'un régime d'autorisation à un système de notification obligatoire suivie d'une procédure d'opposition implique la prise de décision uniquement en cas de refus total ou partiel (autorisation assortie de conditions ou de charges); DUCREY/DROLSHAMMER relèvent par ailleurs que le changement de système n'a entraîné aucune modification d'ordre matériel, mais uniquement procédural (Kommentar KG, ad art. 9 chiffre 5 et note 9; SIWR V/2, DUCREY, p. 246). Leur thèse rejoint celle défendue par la Comco dans l'affaire Gasser AG - Tschudi Druck et Verlag AG (RPW/DPC 1997 p. 179, en particulier ch. 114 ss., p. 196).

Selon BOVET (Commentaire romand, ad art. 32, p. 855), cette vision est formaliste: d'une part, si l'on admet que la détermination de la Comco d'entreprendre un examen approfondi est une décision au sens de l'article 5 PA, il est conforme au principe du parallélisme des formes de soutenir que cette enquête se termine également par une décision, même lorsqu'elle autorise l'opération de concentration. D'autre part, "on ne saurait attendre jusqu'au terme de l'enquête pour qualifier ou non, a posteriori, de décision incidente l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 33 LCart, suivant que la Comco interdit ou non l'opération de concentration ou encore l'assortit de charges ou de conditions" (ibidem p. 855 et 856). Pour sa part, SCHERRER soutient que la procédure d'examen des fusions correspond à un régime d'autorisation avec autorisation fictive: "(...) entspricht das Fusionskontrollverfahren des KG 95 eher einer Genehmigungspflicht (mit Genehmigungsfiktion) als einer Meldepflicht (mit Widerspruchsvorbehalt" (thèse op. cit., p. 375 s.). Selon lui, la Comco doit rendre une décision lorsqu'elle autorise une opération de concentration; bien que la loi n'exige pas expressément une telle décision, il serait arbitraire de devoir attendre l'autorisation fictive après l'écoulement du délai de quatre mois: "Dass die Zulassung durch Verfügung und nicht durch Fristablauf geschehen soll, geht auch aus Artikel 38 hervor, der den Widerruf einer Zulassung behandelt, und daraus, dass für das Hauptprüfverfahren keine Unbedenklichkeitserklärung vorgesehen ist (Art. 16 AVO). Die Zulassungsverfügung hat deklaratorischen Charakter" (thèse op. cit., p. 411).

3.3. Alors que la section 1 de la Loi sur les cartels (art. 5 à 8 LCart) décrit les restrictions illicites à la concurrence dans le dessein de sanctionner les abus commis par les entreprise dominant le marché, la section 2 consacrée aux concentrations d'entreprises (art. 9 à 11 LCart) a pour but de "prévenir" les conséquences nuisibles que pourrait avoir sur la concurrence une position dominante engendrée par des opérations de concentration (BO *1995* CN p. 1100; Commentaire romand, TERCIER, ad art. 1er chiffre 17 p. 106-107; ROGER ZÄCH (éd.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, FRANZ HOFFET, p. 45 ss.).

Comme l'indique la note marginale, l'article 9 LCart règle la "notification des opérations de concentrations" ("Meldung von Zusammen-

schlussvorhaben", "Annuncio di progetti di concentrazione"). Il ressort de l'énoncé de la note marginale tout comme du texte légal que cette disposition n'institue pas un régime d'autorisation, mais qu'elle fait uniquement obligation aux entreprises de notifier les opérations de concentration avant leur réalisation lorsqu'elles dépassent certains seuils (voir en revanche la formulation des art. 3 de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0, 7 ss. de la Loi sur la surveillance des institutions d'assurance privées, RS 961.01 ou encore 2 et 8 de la Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, RS 211.412.41 qui soumettent à un régime d'autorisation certaines opérations ou activités). La note marginale de l'article 10 LCart "Appréciation des concentrations d'entreprises" ("Beurteilung von Zusammenschlüssen", "Valutazione delle concentrazioni") n'exprime pas non plus l'idée d'un régime d'autorisation. Quant à l'article 10 alinéa 2 LCart, il précise à quelles conditions la Comco peut interdire ou soumettre à des conditions ou des charges une concentration d'entreprises. Cette disposition règle l'intervention de l'autorité seulement en cas d'interdiction totale ou partielle, mais elle ne dit rien sur la manière de procéder ou sur la nature juridique de l'acte - simple communication ou décision (la Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948, RS 748.0, prévoit par exemple à son article 26a que le rapport final de la commission sur les accidents d'aviation ne constitue pas une décision et qu'il ne peut faire l'objet d'un recours) - lorsque la Comco ne s'oppose pas à une concentration d'entreprises ou, plus précisément, lorsqu'au terme de son examen, elle parvient à la conclusion qu'en application de l'article 10 alinéa 2 lettres a et b LCart les conditions d'une intervention ne sont pas réunies. L'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) ne précise pas la portée de ces dispositions ni les pouvoirs de décision de la Comco. En revanche, le droit européen prévoit expressément à l'article 8 du règlement sur les concentrations que la Commission "prend une décision" non seulement lorsqu'elle interdit l'opération de concentration ou qu'elle l'a soumet à des conditions et des charges, mais également lorsqu'elle constate qu'elle est compatible avec le marché commun (SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE/IDOT, op. cit., TOME 2, p. 743).

Il ressort de ce qui précède que, contrairement au droit européen, la réalisation ou l'exécution des opérations de concentration n'est pas soumise à l'avènement d'une condition suspensive, soit l'obtention d'une autorisation ou d'une décision en constatation. Certes les articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 2 LCart prévoient la suspension des opérations de fusion durant la procédure de contrôle. Mais comme l'article 10 alinéa 2 LCart ne dit rien sur la manière de procéder lorsque il n'y a pas lieu d'interdire une opération de concentration ou de la soumettre à des conditions ou charges, il ne paraît pas contraire à la lettre des

articles 9 et 10 LCart de considérer la déclaration par laquelle la Comco déclare ne pas s'opposer à une opération de concentration comme un simple avis et non comme une décision. Une telle interprétation trouve également un appui dans le fait que la procédure de contrôle des concentrations d'entreprises à un caractère préventif. Elle répond ainsi à l'intérêt protégé et tient compte des objectifs de politique juridique poursuivis par les normes applicables (ATF 123 III 110 consid. 3 p. 112) ainsi que du principe de proportionnalité, dont l'application revêt une importance capitale en droit administratif économique.

Faire dépendre la réalisation d'une opération de concentration d'une autorisation implicite ou tacite ("Genehmigungspflicht mit Genehmigungsfiktion"), reviendrait par contre à assujettir les fusions à un régime d'autorisation, régime qui impliquerait, de par sa nature juridique, nécessairement l'octroi d'une autorisation et donc la prise d'une décision au sens de l'article 5 alinéa 1 lettre a PA. Le système de notification obligatoire dissimulerait ainsi un système d'autorisation, alors même que le législateur a non seulement renoncé à un tel régime, mais a expressément opté pour une procédure qui s'achève par une décision formelle uniquement en cas de refus total ou partiel de la concentration (cf. ci-dessus consid. 3.1., les déclarations du Conseiller fédéral DELAMURAZ et du rapporteur COUCHEPIN). L'insertion du contrôle des fusions dans la Loi sur les cartels est le résultat d'un compromis des Chambres fédérales. Lors des débats parlementaires entourant l'adoption des articles 9 et 10 LCart, plusieurs députés ont insisté sur l'importance du changement de système, soit la substitution de la procédure d'opposition à celle d'autorisation. Le contexte historique doit servir de toile de fond à l'interprétation des articles 9 et 10 LCart. Ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral, si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur (ATF 121 III 219 = JdT 1996 I 162 consid. 1d/*aa*, ATF 119 II 183 c. 4b/aa et les références = JdT 1994 I 222). De fait, on doit bien reconnaître que l'opinion de la minorité de la doctrine repose sur une analyse juridique qui ne tient pas suffisamment compte du texte légal et de l'intention du législateur.

Reste à examiner si ces conclusions sont conciliables avec les dispositions réglant la procédure d'examen des concentrations (interprétation systématique).

3.4. La section 3 du chapitre 4 de la Loi sur les cartels consacrée à la procédure administrative contient des dispositions particulières concernant l'examen des concentrations d'entreprises (art. 32 à 38 LCart). L'évaluation d'une opération de concentration s'effectue en deux pha-

ses: la phase préliminaire du contrôle (l'art. 10 al. 1 LCart parle d'"examen préalable" et de "vorläufige Prüfung"; dans la doctrine, on trouve la même expression que dans le texte français "Vorprüfverfahren") et la phase principale de l'évaluation de la concentration (selon la note marginale de l'art. 33 LCart "Procédure d'examen" "Prüfungsverfahren", en doctrine on rencontre l'expression "Hauptprüfverfahren").

3.4.1. Dès réception de la notification d'une concentration d'entreprises, la Comco entame, dans une première phase, un examen préalable pour déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une procédure d'examen proprement dit. L'examen préalable sert à déterminer s'il existe "des indices [que les concentrations d'entreprises] créent ou renforcent une position dominante" (art. 10 al. 1 LCart; selon l'art. 6 ch. 1 du règlement CE sur les concentrations "La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception. Si elle aboutit à la conclusion que la concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision [let. a]. Si elle constate que la concentration notifiée, bien que relevant du présent règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun [let. b]). Selon la doctrine et la jurisprudence, l'ouverture de la procédure d'examen ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA (décision du 12 novembre 1998 de la Commission de recours pour les questions de concurrence in RPW/DPC 1998 consid. 1.4, p. 665 s.; SCHERRER, op. cit., p. 395; RICHLI, op. cit., p. 505; GROSS, op. cit., ad. art. 44, chiffre 26; Commentaire romand, CARRON, ad art. 44, chiffre 13 p. 931). Cet examen doit avoir lieu impérativement dans le délai d'un mois; faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 LCart). S'il est vrai que la Comco doit s'acquitter de son obligation d'examen dans ce délai, elle peut aussi agir avant son échéance, les autorités compétentes en la matière devant faire preuve de célérité "afin de ne pas pénaliser l'économie" (cf. réponse du Conseiller fédéral DELAMURAZ au CN BAUMBERGER qui proposait de réduire le délai d'un mois à quinze jours [BO *1995* CN p. 1108]; Kommentar KG, DUCREY, ad art. 32 chiffre 31). Dans ce sens, l'article 16 alinéa 1 OCCE dispose que les entreprises participantes sont autorisées à réaliser la concentration avant la fin du délai d'un mois prescrit à l'article 32, 2e alinéa, LCart, lorsque la commission leur communique que la concentration ne soulève pas d'objection.

Contrairement au droit européen qui prévoit que la Commission rend une décision à l'issue de cet examen (cf. art. art. 6 précité du règlement sur les concentrations qui prévoit expressément la prise d'une décision; SCHAPIRA/LE TALLEC/BLAISE/IDOT, op. cit., TOME 2, p. 741; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, op. cit., p. 599), la législation fédérale sur les cartels ne contient aucune disposition sur la manière de procéder. Pour la majorité de la doctrine, la détermination de clore l'examen

préalable, tout comme la déclaration de non opposition (Unbedenklichkeitserklärung; "comfort letter") n'est pas une décision au sens de l'article 5 PA (Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, ad art. 10 chiffre 56 et DUCREY, ad art. 32 chiffre 31; RICHLI, op. cit., p. 505). Dans le même sens, BOVET souligne que la détermination de clore l'examen de la concentration au terme de l'examen préalable n'est pas une décision, cette "prise de position" n'ouvrant aucune voie de droit, et il ajoute "en l'état actuel du droit, cette analyse est en tous points correcte" (Commentaire romand, ad art. 32 chiffre 75 p. 854). Selon SCHERRER, la détermination de clore l'examen préalable constitue une "autorisation fictive" ("Zulassungsfiktion im Vorprüfungsverfahren"), non sujette à recours (thèse op. cit., p. 434 et 397 s.). Quant à la déclaration de non opposition au sens de l'article 16 alinéa 1 OCCE, elle devrait, selon cet auteur (thèse op. cit., p. 434), constituer une décision susceptible de recours.

3.4.2. Si l'examen préalable des opérations de concentration d'entreprises fait apparaître des indices d'une position dominante ou d'un renforcement de position dominante, la Comco ouvre la phase principale de l'évaluation de la concentration (Hauptprüfverfahren) afin d'examiner si la position dominante est capable de supprimer une concurrence efficace et si elle ne provoque pas une amélioration des conditions de la concurrence sur un autre marché qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 et 33 LCart; selon l'art. 6 chiff. 1 lett. c du règlement CE sur les concentrations, si la Commission constate que la concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à la compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure). Cet examen doit être achevé dans les quatre mois, sauf empêchement dû aux entreprises participantes; faute de décision dans le délai imparti, la concentration est réputée autorisée (art. 33 al. 3 LCart).

L'article 33 alinéa 1 LCart rappelle qu'il compète à la Comco de décider de procéder à un examen approfondi; comme en cas d'enquêtes portant sur des restrictions à la concurrence (art. 28 LCart), le Secrétariat se charge de publier un avis d'ouverture d'enquête dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 18 OCCE) en indiquant le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. L'ouverture de la procédure d'examen proprement dit ne crée ni droit ni obligation à l'endroit des entreprises participant à la fusion de sorte qu'elle ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA (Kommentar KG, DUCREY, ad art. 33, chiffre 9; SCHERRER, thèse op. cit., p. 395).

Bien que l'article 16 alinéa 1 OCCE se rapporte à l'examen préalable, la doctrine majoritaire admet une application analogique de cette disposition à la procédure d'examen proprement dit (Kommentar KG, DUCREY/DROLSHAMMER, ad art. 10, chiffre 56, et DUCREY, ad art. 33, chiffre

2). En d'autres termes, les entreprises participantes peuvent réaliser l'opération de concentration sur la base d'une déclaration de non opposition (Unbedenklichkeitserklärung; "comfort letter") émise par la Comco avant l'échéance du délai de quatre mois. SCHERRER est d'un autre avis pour les motifs déjà exposés ci-dessus (consid. 3.2.).

3.4.3. La Loi sur les cartels prévoit aux articles 32 alinéa 1 et 34 les conséquences juridiques du silence de l'autorité (BOVET observe que cette manière de procéder est unique en procédure administrative suisse, Commentaire romand, ad art. 32, chiffre 77, p. 854). La teneur de ces deux dispositions diverge sur deux points: l'article 32 alinéa 1 LCart, qui se rapporte à la première phase de la procédure d'examen (Vorprüfverfahren), prévoit qu'à défaut de "communication" ("Mitteilung", "comunicazione") "la concentration peut être réalisée sans réserve", alors que l'article 34 LCart, relatif à la deuxième phase (Hauptprüfverfahren), précise que "faute de décision" ("keine Entscheidung", "non decide") "la concentration est réputée autorisée".

L'expression communication figurant à l'article 32 alinéa 1 LCart laisse entendre que la phase préliminaire du contrôle ne s'achève pas par une décision. On pourrait en revanche déduire de la teneur de l'article 34 LCart que la procédure d'examen proprement dit s'achève par une décision. La notion de décision doit cependant être comprise dans un sens large et non pas au sens étroit de l'article 5 PA. Il sied de relever que ces dispositions ont dû être adaptées au nouveau système de contrôle des concentrations (modification des articles 9 et 10 LCart); pour le reste, elles correspondent au projet du Conseil fédéral, hormis quelques modifications rédactionnelles, et elles ont été adoptées par le Parlement sans discussion (BO *1995* CN p. 1107–1108 et BO *1995* CE p. 867 s.).

Selon BOVET (Commentaire romand, ad art. 35 chiffre 19), l'article 34 prévoit une présomption irréfragable en tous points semblable à celle posée par l'article 32 alinéa 1 LCart: le silence équivaut à "une décision positive". Pour SCHERRER, il s'agit dans les deux cas d'une "Zulassungsfiktion" sans possibilité de recours (thèse op. cit., p. 434, dans la note 1865 SCHERRER se réfère à GYGI "Stillschweigende Verfügungen kommen als Anfechtungsobjekt nicht in Betracht", voir in: Bundesverwaltungsrechtspflege, op. cit., p. 131). Selon DUCREY, le silence de l'autorité crée une fiction légale selon laquelle l'autorité ne s'oppose pas à la concentration qui peut en conséquence être réalisée sans réserve (Kommentar KG, ad art. 32 chiffre 20).

3.4.4. Il appert de ce qui précède que, de manière unanime, la doctrine considère qu'il n'y a pas de décision, où à tout le moins pas de décision susceptible de recours (Zulassungsfiktion), pour les actes administratifs suivants: l'ouverture et la fermeture de l'examen préalable, l'ouverture de la procédure d'examen proprement dit ainsi que le silence de l'autorité. La doctrine est en revanche divisée sur les autres

actes administratifs: la majorité des auteurs considère qu'il n'y pas non plus de décision lorsque la Comco déclare ne pas s'opposer à la concentration avant le délai d'un mois ou de quatre mois (Unbedenklichkeitserklärung) et lorsqu'elle déclare ne pas s'opposer à la concentration au terme du délai de quatre mois, alors que la minorité soutient qu'il y a décision dans ces deux cas.

On voit mal pour quelle raison il faudrait qualifier différemment l'acte administratif suivant qu'il clôt la phase préliminaire du contrôle (Vorprüfverfahren) ou la phase principale de l'évaluation de la concentration (Hauptprüfverfahren). Ni la loi ni les travaux préparatoires ne permettent cette distinction. L'interprétation systématique conduit plutôt à considérer que les deux phases de la procédure d'examen s'achèvent par un acte administratif identique, soit une simple détermination, lorsque la concentration n'entraîne pas la création ou le renforcement d'une position dominante (art. 10 al. 1 LCart) ou lorsque la Comco ne s'oppose pas à l'opération de concentration notifiée (art. 10 al. 2 LCart). L'argument de BOVET (voir ci-dessus consid. 3.2.) selon lequel il est conforme au parallélisme des formes de soutenir que l'enquête principale se termine également par une décision est dénué de fondement dès lors que, comme nous venons de le voir, l'ouverture de la procédure de contrôle ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA. Certes, comme le relève SCHERRER, l'article 38 alinéa 1 lettre b LCart prévoit la révocation de l'autorisation obtenue frauduleusement (thèse op. cit., p. 411; le texte allemand recourt à l'expression "Zulassung", alors que le texte italien utilise le même terme "autorizzazione" que le texte français). Cette disposition doit cependant être interprétée au regard du système mis en place par le législateur aux articles 9 et 10 LCart et non l'inverse. Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires que cette disposition a été adaptée au changement de système sans discussion par les deux Chambres (BO *1995* CN p. 1109 et CE p. 867-868). Il convient enfin de relever que la nomenclature retenue par SCHERRER crée un réseau complexe d'actes administratifs - décisions susceptibles de recours, autorisations fictives, mais non susceptibles de recours - qui manque de cohérence et qui complique la procédure au risque de l'allonger, alors même que le législateur voulait un système simple - non formaliste - permettant un traitement rapide des concentrations. Ainsi selon cet auteur, il y a décision lorsque la Comco déclare ne pas s'opposer à la concentration avant le délai d'un mois ou de quatre mois (Unbedenklichkeitserklärung), alors qu'il y a autorisation fictive non susceptible de recours (Zulassungsfiktion) lorsque la Comco n'agit pas dans lesdits délais (thèse op. cit., p. 434). Il y a donc recours possible lorsque l'autorité prend les devant pour raccourcir la procédure et acte non susceptible de recours lorsqu'elle attend l'écoulement du délai; l'adoption d'un tel régime aurait pour conséquence que l'autorité attendrait l'écoulement du délai plutôt que de s'exposer à une procédure de recours alors même que, comme nous venons de le

voir, le législateur s'est engagé pour une procédure non formaliste et rapide.

3.5. Il appert de ce qui précède que la pratique de la Comco soutenue par la majorité de la doctrine selon laquelle l'autorisation de procéder à une concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non pas une décision au sens de l'article 5 PA est conforme à la lettre et à l'esprit des articles 9 et 10 LCart et qu'elle répond tant au but poursuivi qu'à la volonté du législateur.

S'il est vrai que l'absence de tout contrôle juridictionnel n'est pas sans poser problème (voir notamment à ce sujet: FRITZ GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, Wirtschaft und Recht 1958, p. 40 ss; PIERRE LOUIS MANFRINI, Le contentieux en droit administratif économique, RDS 1982 II p. 376 ss.; ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Berne 1998, en particulier p. 11; PAUL RICHLI, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP/PJA 1998 p. 1426 ss.; ROGER ZÄCH (éd), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zurich 1996, JÜRG BORER, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9–11 KG, p. 74), il n'en demeure pas moins que la Comco est soumise à un contrôle dans la mesure où l'article 22 OCCE lui fait obligation de présenter au Département fédéral de l'économie un rapport sur chaque concentration qui ne soulève aucune objection (Kommentar KG, ad art. 9, chiffre 5, en particulier note 9, p. 11).

Enfin, il n'est pas inutile de noter que dans son Rapport sur la situation en droit des cartels du 11 octobre 2000 (FF 2001 IV 3191), l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) note à propos du contrôle des concentrations que selon CHRISTIAN BOVET, la modification introduite par le Parlement n'a pas eu les effets escomptés et ajoute: "l'on est arrivé au même résultat avec une situation moins claire du point de vue juridique. Surtout, il y a une conséquence: dans le domaine du contrôle des concentrations, la seule fois où la Comco rend une décision administrative au sens de l'article 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative, c'est lorsqu'elle interdit une concentration ou lorsqu'elle impose des charges ou des conditions. Lorsqu'elle approuve une concentration, il n'y a pas de décision formelle qui est rendue. Il n'y a donc pas de possibilité de recours contre cette détermination, ce qui est favorable pour les entreprises qui procèdent à l'opération de contrôle" (p. 3222). Si le législateur avait considéré cette pratique comme non conforme au système mis en place en 1995, il aurait saisi l'occasion de la récente révision pour préciser dans la loi qu'une décision devait être également rendue en cas d'approbation pure et simple d'une concentration (lors de la dernière révision, le CN a rejeté une proposition de minorité qui voulait conférer la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises participantes à une

concentration ont leur siège; à cette occasion, on a rappelé la nécessité d'une procédure simple et rapide, BO *2002* CN 1448).

4. A titre subsidiaire, la recourante soutient que la Comco a, dans le cas d'espèce, prononcé en réalité une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart. Selon elle, il serait contraire à cette disposition que les éléments, qui sont mentionnés dans le communiqué de presse du 17 décembre 2002 (la présence du groupe Hersant en Suisse romande, les nouvelles coopérations de titres indépendants, la réduction par Edipresse de sa participation dans Rhône Media SA en dessous de 30 pour cent, la sortie de Publigroupe du capital de Presse Publications SR SA, la présence d'autres vecteurs d'informations indépendants, la renonciation par Edipresse au rachat de la chaîne de télévision locale ICI TV, l'abrogation d'une clause d'exclusivité en faveur d'Edipresse dans un contrat entre cette dernière et Publigroupe) et qui ont déterminé l'autorisation de l'opération de concentration, n'aient pas été formellement garantis par le biais de conditions et/ou de charges dès lors qu'ils n'étaient pas encore réalisés. Aux yeux de la recourante, on peut partir de l'idée qu'à défaut de ces six facteurs, la condition visée à l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart serait remplie. Dès lors qu'un ou plusieurs de ces facteurs étaient manifestement non réalisés, la Comco avait, de l'avis de la recourante, l'obligation de rendre une décision assortie de charges et/ou de conditions afin de garantir la réalisation de ceux-ci.

Dans sa réplique du 10 juin 2003, la recourante précise que les circonstances du cas d'espèce plaident en faveur de la reconnaissance d'une décision assortie de conditions et/ou de charges. Elle se réfère au courrier du 16 décembre 2002 de la Comco dans lequel cette dernière fait état des "engagements" que l'intimée a "pris" à son égard pour autoriser la concentration Edipresse/Corbaz, ainsi qu'aux motifs et aux conclusions de la décision concernant ladite concentration qui mentionnent également ces engagements. La notion d'engagements répondrait nécessairement à celle de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart.

La Comco ne s'est pas prononcée sur cette question. De son côté, l'intimée note qu'aucune condition ni charge n'a été imposée aux entreprises participantes à la concentration. Selon elle, de telles clauses accessoires doivent figurer dans le dispositif de la décision. Il appartiendrait à la Comco d'ériger ou non au rang de charges ou de conditions les mesures de modifications de l'opération de concentration qu'elle suggère. Dans sa duplique du 14 juillet 2003, Edipresse SA précise que, si les charges et conditions doivent figurer dans le dispositif, c'est parce que les administrés doivent savoir d'emblée avec précision quel comportement ils seront tenus d'adopter afin de rester au bénéfice de l'autorisation dont ils sont les destinataires.

4.1. Le 20 août 2002, la Comco a transmis aux entreprises participantes un rapport intermédiaire sur l'opération de concentration projetée. Dans la lettre accompagnant cet envoi, le Secrétariat relevait: "en l'état actuel, la Commission de la concurrence ne peut (...) pas souscrire à ce projet de concentration, qui renforce la position dominante d'Edipresse de manière susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché des lecteurs". Le 7 octobre 2002, la Comco informa Edipresse que la Chambre Infrastructures de la Commission de la concurrence s'apprêtait à rendre une décision formelle d'interdiction et qu'il lui était loisible de retirer la notification de l'opération de concentration; elle attira cependant l'attention des parties à la concentration sur le fait que l'opération de concentration envisagée pourrait néanmoins être autorisée par ladite chambre "sous certaines conditions précises, dans une nouvelle procédure de notification" et elle conclut en ces termes: "En conséquence, si les parties venaient à retirer la notification du 22 mai 2002 et à assurer que les quatre conditions cumulatives susmentionnées sont remplies, la Chambre Infrastructures de la Commission de la concurrence pourrait accepter l'opération de concentration. Celle-ci devra alors être notifiée à nouveau lorsque les conditions seront remplies".

Le 9 octobre 2002, Edipresse sollicita de la Comco d'une part qu'elle prolonge le délai d'examen de 60 jours et, d'autre part, qu'elle renonce à une nouvelle procédure de notification. Par décision incidente du 14 octobre 2002, la Comco a fait droit à la requête d'Edipresse et, partant, a prolongé le délai pour achever la procédure d'examen jusqu'au 20 décembre 2002. Le 13 décembre 2002, Edipresse SA a remis à la Comco une série de documents attestant les modifications et engagements pris par les parties à la concentration conformément au courrier du 7 octobre 2002. Le 16 décembre 2002, la Comco communiqua à l'intimée ce qui suit:

> Au nom de la Chambre Infrastructures, nous sommes en mesure de vous communiquer qu'elle a décidé, suite à l'examen approfondi de la concentration Presse Publications SA/Imprimerie Corbaz SA et au vu des modifications intervenues, de l'autoriser. Dès lors, la concentration peut être réalisée sans réserve.
>
> Nous vous remercions de nous communiquer dès que possible toutes les pièces prouvant la réalisation des engagements que vous avez pris dans les divers documents qui nous ont été soumis le 13 décembre dernier.
>
> La motivation complète de la communication autorisant la concentration vous parviendra prochainement.
>
> Par ailleurs, nous vous remettons en annexe une décision relative aux frais liés à cette procédure.

(...)

Dans le même sens, la Comco note dans le rapport final publié dans la revue "Droit et politique de la concurrence" (RPW/DPC 2003, p. 177 ss.) qu'au vu des effets induits par les diverses modifications structurelles engagées par les parties, la concentration entre Edipresse et Corbaz ne soulève pas d'objection de la Comco.

4.2. L'article 10 alinéa 2 LCart prévoit que lorsque les critères d'appréciation prévus aux lettres a et b sont remplis, la Comco "peut" soit interdire la concentration soit l'autoriser moyennant des conditions et/ou des charges. Malgré les termes employés ("peut", "kann"), il s'agit, comme le souligne la doctrine, d'une "muss-" et non pas d'une "kann-Vorschrift" en ce sens que la Comco n'a que le choix entre ces deux possibilités, l'interdiction demeurant toutefois l'ultima ratio (comme le note ROGER ZÄCH "Dabei handelt es sich um ein der Behörde eingeräumtes Auswahlermessen und nicht um ein Entschliessungsermessen", Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, no 478 p. 280; Commentaire romand, VENTURI, ad art. 10 LCart, no 15 p. 530; SIWR V/2, p. 300). La Comco dispose en revanche d'une certaine latitude de jugement dans l'appréciation des trois critères, soit la création ou le renforcement de la position dominante, la suppression de la concurrence efficace, ainsi que l'absence de retombées favorables sur un autre marché (art. 10 al. 2 let. a et b LCart); car il s'agit de notions juridiques indéterminées qui font appel à des connaissances techniques et, à certains égards, à des considérations qui relèvent d'une politique publique (RPW/DPC 2000, p. 731 s., consid. 5).

Dans le cas d'espèce, la Comco a considéré que la concentration notifiée ne créait plus une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace sur le marché en cause après les modifications apportées par les entreprises concernées au projet initial. Elle relève à cet égard que même si les modifications structurelles apportées au projet initial de concentration "ne permettent pas d'éviter le renforcement de la position dominante d'Edipresse sur le marché des quotidiens d'analyse diffusés dans le canton de Vaud, elles garantissent un niveau de concurrence suffisant afin d'éviter la suppression de la concurrence efficace sur ce marché" (RPW/DPC 2003 no 149 p. 204). Dans ce contexte, elle note que la réduction de la participation d'Edipresse de Rhône Media SA et le renoncement à toute possibilité d'influencer la stratégie du journal le "Nouvelliste" permet non seulement de renforcer la concurrence entre ce titre et "La Presse RC" dans le Chablais, mais également de poursuivre la coopération entre quotidiens romands, coopération qui engendre un effet "disciplinatif" sur le marché des lecteurs; elle souligne par ailleurs que grâce à l'abandon de la clause d'exclusivité contenue jusqu'alors dans le contrat de fermage conclu entre Edipresse et Publicitas et à la rupture des liens structurels entre cette dernière et la société éditrice des publications

suisses d'Edipresse, le potentiel d'entrée sur le marché est sensiblement renforcé; la Comco signale enfin que la vente de la télévision locale "ICI-Télévision" à un tiers renforce l'effet concurrentiel d'autres vecteurs d'information dans le canton de Vaud, en particulier dans la région Riviera-Chablais (op. cit., no 146 à 149, p. 203 s.).

Il ressort de ce qui précède qu'au terme de son examen, la Comco est parvenue à la conclusion que grâce aux modifications structurelles apportées au projet initial de concentration le risque de la suppression de la concurrence était écarté. La recourante soutient cependant qu'à défaut des facteurs mentionnés ci-dessus, on peut partir de l'idée que la condition visée à l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart serait remplie. Elle en déduit que, du moment qu'in casu, ils n'étaient manifestement pas réalisés, mais susceptibles d'être garantis par le biais de conditions et/ou de charges au sens formel, la Comco avait l'obligation de rendre une décision d'autorisation formellement assortie des clauses accessoires.

Dans la lettre du 16 décembre 2002 adressée aux entreprises participant à l'opération de concentration, la Comco déclare que "la concentration peut être réalisée sans réserve". Dans le même sens, elle déclare dans la conclusion de son rapport final (RPW/DPC 2003 p. 204) que "la concentration entre Edipresse et Corbaz ne soulève pas d'objection de la part de la Comco". Ainsi que nous venons de le démontrer (consid. 3 ss.), l'autorisation de procéder à une concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non point une décision au sens de l'article 5 PA. Il s'ensuit que l'acte attaqué ne constitue ni formellement ni matériellement une décision. Il ressort en outre des considérants qui suivent (cf. infra consid. 4.3 et 4.4.) qu'on ne peut pas non plus déduire de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce l'existence d'une décision matérielle assortie de conditions et/ou de charges implicites. C'est dire que faute d'une décision formelle et matérielle, la Commission de recours pour les questions de concurrence ne peut pas entrer en matière sur les griefs soulevés par la recourante et ainsi examiner si la Comco a violé ou non la Loi sur les cartels en décidant que les conditions d'application de l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart n'étaient pas réunies au vu des effets induits par les diverses modifications structurelles engagées par les parties. Cette question ne peut être examinée que par l'autorité de surveillance dans le cadre d'une procédure de dénonciation au sens de l'article 71 PA, l'autorité de recours n'étant pas saisie d'un recours pour déni de justice (art. 70 PA). Du reste, même dans cette hypothèse, le recours devrait être écarté faute de qualité pour agir de la recourante (cf. infra consid. 5 ss.).

4.3. Cherix soutient à titre subsidiaire que la Comco n'a prononcé ni une autorisation pure et simple, ni une décision d'interdiction, ni encore une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart, mais a approuvé la concentra-

tion par une décision "sui generis", c'est à dire en considération de certains engagements pris par les entreprises participantes, lesquels engagements n'ont cependant pas été garantis par le biais de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart.

De l'avis de la recourante, il existe une lacune dans la loi qui devrait être comblée par "une application analogique de l'article 10 alinéa 2 LCart, c'est-à-dire par référence à la décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges, ou de l'article 29 LCart, c'est-à-dire par référence au régime des accords amiables, lequel implique également nécessairement une décision susceptible de recours". Plus clair, KNAPP explique dans son avis de droit que la procédure d'examen approfondi comporte un dialogue entre les entreprises participant à la concentration et la Comco au cours duquel des modifications sont conçues, concrétisées et convenues. Cette procédure serait le parallèle de la procédure d'accord amiable prévue à l'article 29 LCart pour les restrictions à la concurrence qui se conclut par une décision d'approbation lui conférant un caractère obligatoire et qui est sujette à recours.

4.3.1. La législation sur les cartels ne contient ni dans la loi ni dans l'ordonnance de disposition topique qui règle la procédure des engagements souscrits par les entreprises participantes pour éviter soit l'opposition de la Comco (autorisation sans réserve), soit le refus (autorisation assortie de conditions et/ou de charges).

Le règlement CE sur les concentrations prévoit pour sa part que la Commission peut prendre une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun après des modifications apportées par les entreprises concernées; elle peut assortir la décision qu'elle prend de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché (art. 6 chiffre 2). Le considérant 30 du règlement du Conseil précise en outre que "Lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle qu'elle est modifiée, compatible avec le marché commun. Ces engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement. Il y a lieu également d'accepter des engagements au cours de la première phase de la procédure lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu. (...)" (OLIVIER D'ORMESSON/STÉPHANE KERJEAN, Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations, in Revue trimestriel de droit européen, 1998, p. 479 ss.; LAURENCE IDOT, A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française, in Cahiers de droit européen 1999, p. 570).

De fait, la Comco a développé dans ce domaine une pratique calquée sur celle de la Commission européenne. Selon DUCREY, la Comco signale en règle générale aux entreprises participantes les opérations qui pourraient poser de graves problèmes au regard du droit de la concurrence à tel point que l'affaire en question ne pourrait pas être autorisée sans réserve. Il appartient alors aux parties de soumettre des propositions à la Comco, respectivement des engagements, afin de dissiper ces doutes. Les parties ont la possibilité de retirer la notification de l'opération de concentration. Mais la Comco peut, à ce stade de la procédure, également faire part aux parties de ses propres réflexions sur les modifications structurelles envisageables qui permettraient de lever les doutes et en discuter avec elles. Elles décident librement de se rallier aux réflexions de la Comco et d'accepter les engagements suggérés ou d'autres engagements (SIWR V/2, p. 301, également repris en traduction dans l'avis de droit de KNAPP chiffre 100). Dans le même sens, ZÄCH relève que si l'opération de concentration ne peut pas être autorisée, les entreprises participantes ont la possibilité soit de retirer la notification et d'en déposer une nouvelle après avoir modifié l'opération initialement soumise, soit de s'engager envers la Comco à prendre des mesures dont la réalisation entraîne une modification de l'opération notifiée de sorte qu'elle peut être réalisée moyennant des conditions et/ou des charges (Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 285 et 286). DUCREY/DROLSHAMMER fondent œtte pratique sur une application par analogie de l'article 37 LCart (Kommentar KG, ad art. 10 chiff. 50 ss.).

4.3.2. Il convient donc d'examiner s'il existe un fondement juridique à cette pratique des engagements, dès lors que, comme nous venons de le voir, la loi est lacunaire sur ce point.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une véritable ou authentique lacune ("echte Gesetzeslücke", "lacune proprement dite") suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse mais que celle-ci est insatisfaisante. Seule l'existence d'une lacune authentique appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est, en principe, interdit selon la conception traditionnelle de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 125 III 425 consid. 3a p. 427 et les arrêts cités, ATF 124 V 271 consid. 2a; 122 I 253 consid. 6a; voir également ATF 128 I 34 consid. 3b p. 41).

La Loi sur les cartels autorise la pratique des engagements: d'une part, la section 2 consacrée aux enquêtes portant sur les restrictions à la concurrence prévoit que le secrétariat peut, soit dans le cadre de l'enquête préalable, proposer des mesures pour supprimer ou empêcher des restrictions à la concurrence (art. 26 al. 2 LCart), soit dans le cadre de la procédure d'enquête, proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction à la concurrence (art. 29 al. 1 LCart); d'autre part, la section 3 ayant trait à l'examen des concentrations d'entreprises contient une disposition (art. 37 LCart) selon laquelle la Comco peut exiger des entreprises participantes qu'elles fassent des propositions en vue de rétablir une concurrence efficace lorsqu'une concentration interdite est néanmoins réalisée ou lorsque, réalisée provisoirement grâce à une autorisation, une concentration est, après coup, interdite faute d'une demande d'autorisation exceptionnelle au Conseil fédéral ou suite au rejet d'une telle demande (Commentaire romand, BOVET, ad. art. 37 LCart, p. 881 s.; Kommentar KG, DUCREY, ad art. 37, chiffre 4).

Du moment que la loi prévoit la recherche de solutions négociées dans le cadre de la procédure d'enquête des restrictions illicites à la concurrence tout comme dans celle de rétablissement d'une concurrence efficace, on voit mal pour quelles raisons on devrait écarter les engagements en ce qui concerne les opérations de concentration. D'autre part, on doit bien constater que si la loi ne règle pas la question des engagements, elle ne l'interdit en tous cas pas. Enfin, il ressort de ce qui précède que l'application de l'article 10 alinéa 2 LCart confère à la Comco un large pouvoir d'appréciation (cf. supra consid. 4.2.). Or, le fondement juridique du pouvoir de négocier ou de suggérer des engagements est le corrélat du pouvoir d'appréciation. Selon IDOT, "(...) l'existence du pouvoir d'accepter les engagements des parties n'est jamais qu'une facette du pouvoir discrétionnaire reconnu aux autorités spécialisées" (op. cit., p. 582). La doctrine suisse s'exprime dans le même sens. Selon BOVET (Commentaire romand, p. 882), "la recherche d'une solution élaborée en coopération avec les parties devrait (...) être la règle, le droit de la concurrence tendant souvent à privilégier le règlement amiable" (cf. également du même auteur, Quels sont les avantages et les inconvénients des accords ou règlement négociés dans le cadre d'une procédure de concurrence? in sic! 1/2000, p. 65; KARL HOFSTETTER/RETO SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: SJZ/RSJ 93/1997 p. 127). RICHLI signale pour sa part que des domaines comme ceux notamment des subventions, des cartels, de la surveillance des prix et des banques se prêtent à des règlements amiables tout en soulignant: "Verhandlungselemente können vor allem dort vermehrt und bedenkenloser verwendet werden, wo Ermessensbestimmungen und unbestimmte Rechts- oder Gesetzesbegriffe Gestaltungsspielräume eröffnen. Sie sind die eigentlichen Einfallstore für Verhandlungselemente" (PAUL

RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBL 1991 p. 404; également du même auteur: SIWR V/2, p. 435; voir également: Kommentar KG, SCHMIDHAUSER, ad art. 29 chiffre 6; selon l'art. 9 LSPr, RS 942.20, lorsque le Surveillant des prix constate un abus, il s'efforce de parvenir à un règlement à l'amiable avec l'auteur de l'abus allégué; l'art. 8 du règlement du 21 novembre 1997 de la Commission fédérale des banques, RS 952.721 prévoit que le secrétariat peut, conformément à la pratique de la Commission des banques, recommander une marche à suivre à une entreprise assujettie à sa surveillance et lui fixer un délai pour se prononcer sur son acceptation de la recommandation). Quant à ZÄCH, il explique que le manque de compétence de l'autorité pour proposer des modifications de l'opération de concentration provient du fait que, dans un régime fondé sur la liberté économique, les autorités ne peuvent pas prescrire aux entreprises ce qu'elles doivent faire, mais seulement interdire certains comportements comme les accords de concentration d'entreprise: "Sie dürfen, mit anderen Worten, den Rahmen abstecken (Rahmenordnung), der nicht überschritten werden darf" (op. cit., p. 285 s.).

A cela s'ajoute que le règlement amiable allège la procédure et permet un traitement rapide des dossiers. Il répond donc également à la volonté du législateur qui a renoncé à un régime d'autorisation notamment pour réduire la bureaucratie et la durée de la procédure de contrôle des concentrations.

Relevons enfin que la question s'est également posée en droit communautaire en ce sens que l'ancienne réglementation ne prévoyait pas la possibilité d'accepter des engagements dans la deuxième phase de la procédure de contrôle. Malgré les textes lacunaires, la Commission a accepté de tels engagements à la double condition que le problème potentiel de concurrence soit clairement identifié et limité dans ses effets et que la modification proposée par les parties réponde de façon claire et définitive à ce problème (IDOT, op. cit., p. 577).

De l'interprétation systématique, historique et téléologique, il résulte que la loi n'exclut pas un règlement amiable. Reste à examiner si un tel règlement doit être avalisé sous forme d'une décision de la même manière qu'un accord amiable au sens de l'article 29 LCart.

4.3.3. Le procédé de l'analogie "consiste à appliquer à une situation non régie par la loi une règle établie pour une situation différente mais avec laquelle la première présente une ressemblance essentielle" (HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, TOME II p. 105; selon l'ATF 126 III 129 [in SJ 2000 I p. 462]: "Le comblement de la lacune doit ainsi avoir recours à l'analogie, à l'analogie légale lorsqu'une norme de droit positif règle une situation équivalente, à l'analogie du droit lorsqu'une telle norme fait défaut,

mais que selon l'esprit de l'ordre juridique positif, il existe un principe qui peut être transcrit comme norme").

En cas de restrictions illicites à la concurrence, le secrétariat peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction; l'accord requiert la forme écrite, il doit être approuvé par la Commission et faire l'objet d'une décision formelle de la Comco (art. 29 et 30 al. 1 LCart). Selon le Conseil fédéral (FF 1995 I p. 595), la Comco doit approuver les accords amiables négociés par le secrétariat et les entreprises concernées afin d'assurer la cohérence de la politique de la concurrence (cette disposition a été acceptée sans discussion par le Parlement cf. BO *1995* CN p. 1106, CE p. 867). L'accord amiable est donc soumis à une condition suspensive; une fois approuvée par la Comco, la décision d'approbation vient se substituer à l'accord (Commentaire romand, CARRON, ad. art. 29 chiff. 14 et 15, p. 800).

L'article 30 alinéa 1 LCart prévoit que la Comco prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable. Doivent être prises sous forme de décision au sens de l'article 5 PA non seulement les mesures correctives imposées ou négociées, mais également la clôture pure et simple de l'enquête (CARRON, op. cit., ad. art. 30 chiffre 16 p. 804; SIWR V/2, RICHLI, p. 434, 438; il en va de même pour l'article 37 LCart, la Comco se prononce sur les mesures proposées et, si elle les accepte, elle en définit les modalités dans une décision; Commentaire romand, BOVET, ad. art. 37 LCart chiffre 9 p. 883). Ainsi donc, contrairement à l'examen du contrôle des opérations de concentration qui s'achève par une déclaration de non opposition en cas d'"autorisation" pure et simple, l'acte par lequel il est mis fin à la procédure d'enquêtes relatives à des restrictions à la concurrence doit revêtir la forme d'une décision au sens de l'article 5 PA. Enfin, les accords amiables sont négociés, en principe, par le secrétariat, alors que les engagements qui conduisent à modifier l'opération de concentration le sont par la Comco elle-même (Kommentar KG, DUCREY, ad art. 37, p. 5, note 5). La cohérence de la pratique est ainsi d'emblée assurée par la Comco en matière de concentration d'entreprises.

Il ressort de ce qui précède que l'économie des deux procédures diverge de sorte que l'article 29 LCart n'est pas transposable aux ententes et engagements négociés dans le cadre de l'examen des opérations de concentration. De plus, l'argumentation de la recourante n'est pas soutenable dans la mesure où elle pose comme prémisses que les opérations de concentration sont soumises à un régime implicite d'autorisation. L'application de l'article 29 LCart aurait pour conséquence de soumettre à autorisation toute opération de concentration dès qu'elle est "négociée" et, cela, même s'il n'est pas nécessaire d'assurer l'exécution des engagements pris par les entreprises participantes. Une telle pratique serait contraire à la procédure d'opposition introduite

par le Parlement dans la mesure où la pratique réintroduirait un régime d'autorisation pour les opérations de concentration "négociées". De plus, elle pourrait ouvrir la voie à des abus dans la mesure où la Comco pourrait éviter la prise d'une décision soit en recourant à la déclaration de non-opposition ("comfort letter") au sens de l'article 16 alinéa 1 OCCE, soit en laissant s'écouler le délai au-delà duquel la concentration est réputée autorisée. Enfin, l'application systématique de l'article 29 LCart aux engagements consacrerait un formalisme excessif, les entreprises en cause pouvant être amenées à retirer leur notification initiale pour éviter une décision formelle, ce qui rallongerait encore la durée des procédures. C'est dire qu'il appartient à la Comco de décider de cas en cas dans le cadre de sa liberté d'appréciation s'il y a lieu de soumettre ou non à autorisation une opération de concentration "négociée" parce qu'il lui paraît nécessaire d'assurer l'exécution de certains engagements pris par les entreprises participantes au moyen de conditions et/ou de charges (on pourrait envisager à l'instar du règlement précité de la Commission fédérale des banques [art. 8] une disposition cadre qui règle l'intervention de la Comco dans ces cas). Dût-elle échapper à tout contrôle judiciaire dans ce choix, c'est la conséquence du moins de bureaucratie voulu par le législateur.

4.4. Pour la recourante, l'ensemble des circonstances conduisent à conclure à l'existence d'une décision assortie de conditions et/ou de charges. La notion d'engagement induirait un tel acte. De plus, lorsque des engagements non encore exécutés sont acceptés comme en l'espèce par la Comco, ils seraient (implicitement) garantis par des conditions et/ou des charges.

4.4.1. La doctrine distingue notamment deux types de clauses accessoires: la condition et la charge (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 407). La condition subordonne les effets d'un acte administratif à la survenance d'un événement; elle est suspensive lorsqu'elle suspend les effets de l'acte jusqu'à l'arrivée de l'événement, alors qu'elle est résolutoire lorsqu'elle éteint les effets au moment où l'événement se produit (appelée aussi réserve de révocation, Widerrufsvorbehalt) (GRISEL, op. cit., p. 408; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e éd., Zurich 2002 n° 907 et 908 p. 188; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Allgemeiner Teil, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1986, n° 39 II p. 233; ATF 129 II 361 consid. 4.2 p. 370). Quant à la charge, elle se définit comme une clause ajoutée au dispositif d'une décision et qui oblige son destinataire à faire, ne pas faire ou tolérer quelque chose (BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, n° 985 p. 223; HÄFELIN/MÜLLER, op. cit., n° 913 p. 188).

La condition grève directement les effets d'un acte administratif ou, plus précisément, l'entrée en force ou l'échéance d'une décision de sorte que l'autorité administrative n'est pas liée par les conditions rela-

tives à la reconsidération ou la révision procédurale lorsque survient l'événement qui éteint les effets de l'acte (voir p. ex. ATF 126 V 46 consid. 2b et les références). Quant à la charge, elle n'est pas un élément nécessaire de la décision, mais seulement un complément de sorte que la décision n'est pas inefficace ni ne devient caduque du seul fait qu'une charge n'est pas (ou plus) respectée; le non respect d'une charge pouvant par contre entraîner la révocation de l'acte administratif (KNAPP, op. cit., p. 223 ss.; HÄFELIN/MÜLLER, op. cit., n° 914 p. 188; IMBODEN/RHINOW, op. cit., p. 233; ATF 129 II 361 consid. 4.2).

Dans un arrêt du 21 mai 2003 concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (ATF 129 II 361), le Tribunal fédéral souligne que, vu les effets rigoureux attachés au non respect d'une condition - caducité automatique de la décision - et le caractère relativement peu fréquent d'une telle clause dans la pratique, son existence ne sera admise que si elle ressort clairement de l'autorisation qu'elle concerne. Selon la Haute Cour, il en va toutefois différemment pour les charges, du moins certaines d'entre elles, en ce sens que la jurisprudence admet que, même en l'absence de charge explicitement prévue à cet effet, l'acquéreur est durablement tenu d'affecter l'immeuble conformément au but indiqué dans la demande à l'origine de l'autorisation (cf. ATF 104 Ib 141 consid. 3c p. 148-149). Dans le cadre d'une autorisation de construire, le Tribunal fédéral a cependant jugé que le permis de bâtir ne dispensait pas son bénéficiaire de requérir une autorisation de défricher arguant du fait que ledit permis revêtait le caractère d'un acte administratif conditionnel, c'est-à-dire muni d'une condition suspensive implicite (ATF 108 Ib 377 consid. 3a). Pour IMBODEN/RHINOW, la reconnaissance de conditions implicites est problématique: "Grundsätzlich ist zu fordern, dass Nebenbestimmungen jeder Art klar im Dispositiv festgehalten werden" (Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 39 IIa, p. 115). Dans le même sens, GRISEL relève que les conditions et les charges prévues par les motifs doivent être reprises dans le dispositif de la décision, faute de quoi leur exécution ne pourrait pas être exigée (op. cit., vol. II, p. 872).

4.4.2. La notion d'engagements évoque de prime abord celle de mécanisme contractuel, ce qui ne correspond pas à la pratique; de fait, il n'y a pas transaction avec l'autorité au sens juridique du terme. Des engagements peuvent être pris à l'initiative des parties, être suggérés par l'autorité (art. 26 al. 2 et 29 al. 1 LCart), voire même être imposés par celles-ci (art. 37 al. 2 LCart). Le "Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne" (Direction générale de la concurrence, Bruxelles, juillet 2002) définit les engagements (ou mesures correctives) de la manière suivante: "Proposition des parties à une opération de concentration de modifier le projet initialement notifié dans un délai précis (par exemple en cédant des activités ou des actifs). Ces engagements doivent

permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la Commission et de rétablir la concurrence sur les marchés de produits et géographiques en cause. Ils peuvent amener la Commission à autoriser l'opération de concentration notifiée. Celle-ci **peut** assortir sa décision d'autorisation de conditions et/ou de charges destinées à assurer le respect des engagements pris".

Dans sa lettre du 7 octobre 2002, la Comco a suggéré (cf. supra consid. 4.1.) aux parties à la concentration divers engagements d'ordre structurel (dans un autre contexte, le Tribunal fédéral a jugé que la décision de principe qui définit clairement l'attitude qu'adoptera l'autorité à l'avenir et qui restreint ainsi sa marge d'appréciation est une décision au sens de l'article 5 PA qui peut faire l'objet d'un recours immédiat [ATF 114 Ib 190 consid. 1a; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC 66.45; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3e édition, Zürich 1998, chiffre 703 p. 180]; cependant, point n'est besoin d'examiner cette question puisqu'elle n'est objet du présent litige). Ces engagements constituent des obligations auxquelles les intimées ont consenti pour obtenir la déclaration de non opposition de la Comco, voire même pour échapper à une décision d'interdiction. Formellement, ils se distinguent clairement des conditions et des charges prévues dans le cadre d'une procédure d'autorisation dans la mesure où elles sont imposées par l'autorité administrative et sont des éléments constitutifs de la décision d'autorisation. Dans un système d'opposition où la procédure s'achève par une simple détermination lorsque l'autorité de contrôle ne formule aucune objection à l'opération notifiée ou rectifiée par des engagement subséquents, ces derniers ne doivent pas être transformés en une décision de ratification. En revanche, dans un système d'autorisation comme celui de la Communauté européenne où la procédure s'achève nécessairement par une décision d'autorisation, les engagements doivent corrélativement être entérinés par une décision. Ainsi donc, contrairement à ce que soutient la recourante, la notion d'engagements n'implique pas celle de décision dans le système retenu par le législateur suisse.

Certes, dans le courrier précité, la Comco demande aux parties à la fusion de lui communiquer le moment venu toutes les pièces prouvant la réalisation des engagements pris. Cette déclaration ne peut toutefois pas être interprétée comme une condition et/ou une charge découlant d'une autorisation implicite. Il est vrai que le Tribunal fédéral a admis l'existence d'une condition implicite dans le cadre d'une autorisation de construire. Mais cette jurisprudence n'est toutefois pas transposable dans la présente occurrence. Car, comme déjà dit, l'examen des opérations de concentration obéit à une procédure d'opposition et non d'autorisation. D'autre part, la Commission de céans est d'avis qu'au vu du système de contrôle mis en place par le législateur et de l'importance que revêt la sécurité juridique dans ce domaine du droit, les

charges et/ou les conditions doivent être clairement prévues dans une décision formelle d'autorisation assortie de clauses accessoires. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

4.5. Il ressort de ce qui précède que la thèse de la recourante n'est pas soutenable au regard du système mis en place par le législateur. Faute d'une décision formelle et matérielle, son recours doit donc être déclaré irrecevable.

5. Du reste, même si l'acte attaqué devait être considéré comme une décision au sens de l'article 5 PA, le présent recours devrait également être déclaré irrecevable, la recourante n'ayant pas qualité pour agir.

5.1. Aux termes de l'article 39 LCart, "la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable aux procédures, dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les dispositions qui suivent". Plus précises, les versions allemande et italienne ne se réfèrent pas seulement aux dispositions qui suivent, mais à la loi (" [...] soweit dieses Gesetz nicht davon abweicht", "[...] in cui la presente legge non vi deroghi"; Commentaire romand, CARRON, ad. art. 39 chiff. 7 p. 892).

La section 4, intitulée procédure et voies de droit, contient une disposition particulière consacrée à la "participation de tiers à l'enquête", "Beteiligung Dritter an der Untersuchung", comme l'indique la note marginale (art. 43 LCart). Son alinéa 1 traite de la participation de tiers à l'enquête concernant une restriction à la concurrence, tandis que l'alinéa 4 vise la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Selon cette dernière disposition, seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Sont réputées entreprises participantes, en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent et, en cas d'acquisition du contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle (art. 3 al. 1 OCCE).

La teneur de l'article 43 alinéa 4 LCart (adopté par les Chambres fédérales tel que proposé par le Conseil fédéral, cf. BO *1995* CN p. 1109 et CE p. 868; dans le cadre de la dernière révision, le Parlement a rejeté une proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de parties aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège, cf. BO *2002* CN p. 1448) est claire: par l'emploi des mots "seules" et "sole" dans les versions française et italienne et "nur" dans la version allemande, le législateur a clairement manifesté sa volonté de restreindre le cercle des personnes ayant qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé dans une décision récente (RPW/DPC 2003, p. 899) que l'article 43 alinéa 4 LCart énumère de manière exhaustive les parties à la procédure et qu'elle constitue une lex specialis qui déroge à l'article 6 PA conformément à l'article 39 LCart. En d'autres termes, les tiers concernés ne peuvent pas bénéficier du statut de partie ni des droits qui s'y rattachent; ils n'ont ainsi le

droit que de prendre position par écrit sur la concentration en cause (art. 33 al. 1 LCart et 19 OCCE; ATF 124 II 499 consid. 3a et les références à la doctrine). Sur ce point, le législateur s'est écarté du droit européen (HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, op. cit., p. 127).

In casu, il est établi que la recourante ne participe pas à l'opération de concentration litigieuse de sorte qu'elle n'a pas la qualité de partie dans la procédure d'enquête.

Pour la recourante, l'exclusion de la qualité de partie prévue à l'article 43 alinéa 4 LCart ne concerne que la procédure d'examen devant la Comco au sens des articles 32 et 33 LCart.

La Comco estime pour sa part que les concurrents, non parties à la procédure d'examen, n'ont pas qualité pour recourir puisqu'ils sont étrangers à la procédure.

Quant à l'intimée, elle soutient que l'exclusion du droit de recours des tiers - soit les personnes qui n'appartiennent pas au cercle des entreprises participantes - est inhérente à l'article 44 LCart. Elle résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace. De plus, bien que l'article 43 alinéa 4 LCart concerne la qualité de partie, il devrait également être pris en compte pour la détermination des conditions de la qualité pour recourir.

5.2. Le Tribunal fédéral tout comme la Commission de recours pour les questions de concurrence ont laissé ouverte la question de savoir si l'article 43 alinéa 4 LCart déroge à l'article 48 lettre a PA (ATF 124 II 499; RPW/DPC 1998 p. 114; voir BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, op. cit., p. 81). En revanche, dans le cadre d'une procédure d'enquête concernant une restriction à la concurrence, la susdite commission a jugé que la qualité pour agir devait être examinée sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative (art. 48 PA) et non pas selon l'article 43 alinéa 1 lettre a LCart (RPW/DPC 1997 p. 243, consid. 1.7.1, p. 249 et les références).

Quant à la doctrine, elle est divisée. Une partie soutient que l'exclusion des tiers de la participation à la procédure d'examen des concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart) entraîne automatiquement leur exclusion dans la procédure de recours (Kommentar KG, DUCREY, ad. art. 33 no 13; WALTER A. STOFFEL, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in Revue suisse de droit des affaires, Numéro spécial 1996, p. 48; FRANCIS NORDMANN, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, vol. 172, p. 246), alors que d'autres auteurs sont d'avis que la qualité pour recourir des tiers est régie par la Loi sur la procédure administrative, soit l'article 48 lettre a PA, et non par l'article 43 alinéa 4 LCart; selon RICHLI, "Ein genereller Ausschluss des Beschwerderechts wäre rechtsstaatlich

in höchstem Masse fragwürdig" (RICHLI, SIWR V/2, p. 510; ZÄCH, op. cit., p. 380; Kommentar KG, GROSS, ad. art. 44, chiffre 54). Dans le même sens, BENOÎT CARRON observe que l'article 43 alinéa 4 LCart traite de la "qualité de partie" et non de la "qualité pour recourir" qui continue, selon lui, d'être régie par l'article 48 PA (Commentaire romand, ad. art. 44 chiffre 21 p. 933; voir également SCHERRER, thèse op. cit., p. 436 ss.). Parmi ces auteurs, certains soutiennent cependant que l'interprétation de la notion de qualité pour recourir doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart. Ainsi la qualité pour recourir devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (GROSS, op. cit., chiffre 55; SCHERRER ibidem); selon GROSS, le droit suisse est sur ce point plus restrictif que le droit européen (ibidem).

5.3. L'article 6 PA permet de déterminer qui a qualité de partie au stade de la procédure non contentieuse (juridiction primaire ou de première instance) (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 128 ss.). Mais ce n'est que lorsque la décision est rendue que l'on peut fixer de manière précise qui a qualité pour recourir (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, chiff. 262 p. 94 s.). Dit autrement, la qualité de partie devant la juridiction primaire n'implique pas la qualité pour recourir, celle-ci devant être déterminée à chaque étape en fonction des intérêts dignes de protection au sens de l'article 48 lettre a PA (BOVAY, ibidem; SCHERRER, thèse op. cit., p. 436; voir également RDAF 55/1999: Note à l'ATF 124 II 499 [p. 572]; pour PIERRE MOOR, il serait préférable de définir de façon plus générale la partie au sens de l'article 6 PA et d'en faire découler ensuite la qualité pour recourir plutôt que l'inverse (Droit administratif, Vol. II, Berne 1991, p. 164).

A l'instar de l'article 6 PA, l'article 43 alinéa 4 LCart définit le cercle des personnes qui ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Cette dernière disposition est cependant ambiguë dans la mesure où la note marginale parle de la participation de tiers à l'"enquête" "Untersuchung", laissant ainsi entendre qu'elle vise uniquement le premier échelon de la procédure administrative (juridiction primaire, comme l'article 6 PA) puisque l'enquête relève de la compétence de la Comco et de son secrétariat, alors que l'alinéa 4 se réfère à la "procédure" "Verfahren" terme plus large qui pourrait englober également les échelons de recours et qu'il ne précise pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. D'autre part, à la lecture de l'article 43 LCart, il apparaît que la note marginale se rapporte essentiellement aux états de fait visés aux alinéas 1 à 3. S'il est vrai que l'article 43 alinéa 4 LCart recourt à la notion de "parties" "Parteirechte" et non à celle de "qualité pour recourir" "Beschwerdelegitimation", c'est vraisemblablement parce que le premier de ces termes

permet, contrairement au second, de désigner les personnes légitimées à agir à tous les échelons de la procédure.

L'article 33 alinéa 1 LCart mentionne que les tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. Par tiers, il faut entendre les personnes qui n'ont pas qualité de partie au sens de l'article 43 alinéa 4 LCart, soit les entreprises qui ne participent pas directement à l'opération de concentration. Dans ce sens, le Conseil fédéral explique dans le message que le statut des tiers dans la procédure d'examen des concentrations n'est pas le même qu'en matière de restrictions à la concurrence et ajoute: "en raison des délais très courts, une vraie participation des tiers à la procédure n'est pas souhaitable" (FF 1995 I 598 note 211). Hormis cette note, le message ne contient aucune information concrète sur la portée de l'article 43 alinéa 4 LCart. Pour le reste, ces dispositions ont été acceptées par le Parlement sans discussion (BO *1995* CN p. 1108 et 1109, 1995 CE p. 867 s.; on peut noter toutefois que dans le cadre de la récente révision, l'auteur de la proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège, a parlé de "Beschwerdemöglichkeit" à propos de l'article 43 alinéa 4 LCart, BO *2002* CN 1448).

Ainsi donc, tant l'interprétation textuelle qu'historique ne permettent pas d'inférer que l'article 43 alinéa 4 LCart règle, à l'instar de l'article 6 PA, uniquement la procédure devant la juridiction primaire, les échelons de recours tombant sous le coup de l'article 48 lettre a PA. L'ambiguïté du texte ne permet en effet pas de tirer une telle conclusion, l'article 43 alinéa 4 LCart ne précisant pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. Cependant, on peut affirmer que les textes et les travaux préparatoires n'interdisent pas une interprétation extensive de l'article 43 alinéa 4 LCart dès lors qu'elle trouve des points d'appui dans le texte lui-même et que l'article 39 LCart prévoit expressément une dérogation à la PA.

Dans ces conditions, il sied d'examiner si l'application de l'article 48 lettre a PA répond de manière optimale au système de contrôle mis en place par le législateur et au but que la Loi sur les cartels assigne au contrôle des opérations de concentration d'entreprises. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'interprétation restrictive de l'article 43 alinéa 4 LCart, qui ouvre la voie à l'article 48 lettre a PA, est conforme au système (ATF 128 II 56 consid. 4 ss.). Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner brièvement quelles seraient les conséquences d'une application des dispositions de droit commun.

5.4. Selon BALZ GROSS, l'interprétation de l'article 48 lettre a PA doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart (Kommentar KG, ad art. 44 chiffre 54). Selon SCHERRER, tant les concurrents que les employés peuvent être touchés. La qualité pour agir ne devrait cependant pas être admise pour n'importe quelle entrave à l'activité économique. Il y au-

rait ainsi intérêt digne de protection par exemple lorsqu'un tiers concurrent serait avec certitude évincé du marché à cause de la concentration. SCHERRER estime enfin que la jurisprudence de la Cour européenne de justice est transposable en droit suisse (thèse op. cit., p. 436 s.).

Dans le même sens, la recourante soutient que les juridictions suisses peuvent sans autre s'inspirer de la pratique des communautés européennes au titre de l'article 230 alinéa 4 du Traité CE. Selon elle, cette disposition est interprétée par les juridictions communautaires de la même façon que le Tribunal fédéral interprète l'article 48 PA.

De son côté, l'intimée relève que le droit de contrôle des concentrations représente un domaine particulier où l'article 48 lettre a PA, s'il était applicable, devrait être interprété de manière encore plus restrictive que dans les autres domaines du droit.

5.4.1. De prime abord, il convient de préciser que si l'on admet que l'article 48 lettre a PA régit le droit de recours, la question de la qualité pour agir doit être jugée exclusivement sur la base de cette disposition sans se référer à la Loi sur les cartels et sans examiner le fondement du recours (ATF 123 II 376 consid. 4c et références). En revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que la qualité pour agir d'un concurrent suppose qu'il ait avec l'objet du litige une relation suffisamment étroite "au regard du droit fédéral déterminant" (ATF 109 Ib 198; voir également l'avis critique de MOOR à propos de cet arrêt, op. cit., p. 416). Enfin, le fait que le recourant n'ait pas participé à la procédure de première instance ne joue aucun rôle sur la qualité pour agir en seconde instance (contrairement au droit européen [ci-après: consid. 5.4.2.]; voir LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, thèse Saint-Gall 1996, p. 174 et 116 ss.).

L'article 48 lettre a PA, dont la teneur est identique à l'article 103 lettre a de la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) qui règle la qualité pour former un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral, soumet la qualité pour agir à deux conditions cumulatives: une atteinte et un intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être de nature juridique ou factuelle; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Le recourant doit cependant être touché plus que quiconque par la décision attaquée et se trouver, avec l'objet du litige, dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération. Il y a intérêt digne de protection lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause. Autrement dit, l'admission du recours doit procurer au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 125 I 7, 124 II 499, 123 II 376 consid. 4a, 121 II 171 consid. 2b, 120 Ib 379 consid. 4b et renvois, 123 II 115 consid. 2a). On peut renoncer à l'exigence d'un intérêt æ-

tuel lorsque la question soulevée pourrait se poser à nouveau en tout temps et dans des circonstances identiques ou analogues (ATF 118 Ib 1 consid. 2b, 111 Ib 56 consid. 2b et 182 consid. 2c).

La question de la qualité pour agir ne pose pas de grandes difficultés lorsqu'il s'agit du destinataire de la décision. En revanche, les difficultés surgissent lorsque des tiers entendent recourir (ALAIN WURZBURGER, Le recours de droit administratif, in Publications FSA, vol. 15, 1997 p. 108). Lorsque ce n'est pas le destinataire de la décision qui recourt mais un tiers, les exigences tendent à exclure l'action populaire et doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif (voir FRITZ GYGI, Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege, in recht 1986, p. 8 ss.; le même auteur, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 148; GLANZMANN-TARNUTZER, op. cit., p. 23; PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, in ROGER ZÄCH, Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, p. 158 ss.). En pareil cas, il faut une atteinte directe, une relation particulièrement proche avec l'objet du litige, pour que le recourant puisse invoquer un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (ATF 121 II 176 c. 2a).

Selon la jurisprudence (voir notamment ATF 125 I 7 consid. 3d et les références citées), le fait que la mesure critiquée expose des concurrents à une concurrence accrue n'est pas en soi suffisant pour leur reconnaître la qualité de partie, ils doivent en outre se trouver dans un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé que le concurrent devait subir une entrave concrète et propre à obstruer de manière notable son activité économique (RPW/DPC 1997 p. 243 ss.; dans le même sens, l'ATF 125 I 7 précise: "Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht"; voir également PAUL RICHLI, Legitimation von Konkurrenten zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung an eine Apotheke zum Versand von Arzneimitteln in AJP/PJA 1999, p. 351).

La qualité pour agir a été reconnue aux concurrents lorsque l'octroi d'un contingent provoquait un effet économique défavorable sous la forme de la perte d'un client potentiel (ATF 100 Ib 421); dans ce cas, le Tribunal fédéral a tenu compte du fait que le contingentement créait une relation particulière entre concurrents. Il a en outre admis qu'un organe de révision pouvait recourir contre la reconnaissance d'un concurrent qui exerce la même activité parce qu'il se trouvait dans un rapport étroit avec l'objet du litige (ATF 99 Ib 104 consid. 1b; voir également ATF 97 Ib 593). Dans un arrêt récent relatif à l'adjudication d'un marché public, le Tribunal fédéral a considéré que le juge ne devait pas faire preuve d'une trop grande rigueur dans l'examen de l'utilité pratique que présenterait l'admission du recours pour un soumis-

sionnaire évincé, compte tenu de la position privilégiée qu'il avait acquis dans la procédure (ATF du 8 août 2003 en l'affaire C. [2P.261/2002]). En revanche, il a jugé qu'un commerçant n'était pas atteint par la délivrance d'une autorisation de construire à un concurrent dès lors qu'il était, en tant que personne appartenant à la même branche économique, touché uniquement de manière générale dans sa position économique (ATF 109 Ib 198). De même, il a considéré comme n'étant pas digne de protection l'intérêt des producteurs qui souhaitaient protéger leur chiffre d'affaires contre des produits concurrents (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc; 113 Ib 363 consid. 3c; 100 Ib 331 consid. 2c). Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que les inconvénients causés aux anciens producteurs par l'autorisation de mise dans le commerce d'un nouveau produit devaient être considérés comme de simples conséquences possibles du développement du marché, mais qu'ils n'impliquaient pas un rapport étroit et digne d'être protégé avec le litige (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc).

5.4.2. Selon l'article 230 alinéa 4 du Traité CE, "toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement". Le caractère direct de l'affectation est reconnu dès lors que la décision attaquée permet, en droit comme en fait, la réalisation immédiate de l'opération projetée qui est de nature à induire une modification immédiate de la situation du ou des marchés concernés, modification qui ne dépend alors que de la seule volonté des parties (voir arrêt du Tribunal de première instance du 24 mars 1994, Air France/Commission, T-3/93, chiffre 80). D'autre part, selon une jurisprudence constante, les sujets autres que les destinataires d'une décision sont individuellement concernés "si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire" (arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62).

En matière de concentration, la jurisprudence européenne semble moins favorable aux actionnaires minoritaires et aux salariés des entreprises participant à la concentration qu'aux entreprises concurrentes (Droit européen des affaires, op. cit., TOME 2, p. 748). Le recours d'actionnaires minoritaires a été déclaré irrecevable au motif qu'ils n'étaient pas directement individuellement concernés (ibidem). Dans l'arrêt Nestlé-Perrier (arrêt du 27 avril 1995, CCE Grandes Sources, CE Perrier et autres c/Commission, T-96/92), le Tribunal de première instance a certes admis que les syndicats étaient individuellement concernés, mais il a nié l'existence d'une atteinte directe (voir également MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, op. cit., p. 617). La jurisprudence paraît en revanche plus souple pour les concurrents: dans l'arrêt Air

France, le Tribunal de première instance a levé l'exception d'irrecevabilité au motif que, sur l'ensemble des routes exploitées, les entreprises parties à l'opération de concentration renforçaient substantiellement leur position, alors que parallèlement Air France voyait sa position concurrentielle affectée "dans les conditions qui l'individualisent par rapport à tout autre transporteur aérien" (arrêt précité chiffre 82). Dans un arrêt du 3 avril 2003 (BaByliss SA c/Commission, T-114/02), il a tenu compte de la participation active de la BaByliss SA (société concurrente) à la procédure d'examen (cet élément n'étant cependant pas suffisant à lui seul pour fonder la recevabilité; chiffre 95 et références) et du fait que ladite société était concurrente potentielle et qu'elle s'était, à plusieurs reprises, portée candidate à la reprise d'une des entreprises participante à la concentration (la simple potentialité est admise lorsqu'"il s'agit de marchés oligopolistiques caractérisés, notamment, par des barrières à l'entrée élevées résultant de la grande fidélité à la marque ainsi que par la difficulté d'accès au commerce de détail", voir en particulier chiff. 100 et 116).

Il ressort de ce bref survol qu'on trouve dans la jurisprudence européenne des exigences proches de celles du droit suisse, hormis l'exigence de la participation à la procédure de première instance qui, contrairement au droit européen, ne joue aucun rôle en droit suisse (cf supra consid. 5.4.1.). En effet, exiger du recourant qu'il soit individuellement concerné par la décision, c'est poser une relation spéciale et étroite (Beziehungsnähe) avec l'objet de la contestation. Selon GLANZMANN-TARNUTZER, "Schält man aus der Rechtsprechung des EuGH und des EuG die auf die Konkurrentenbeschwerde nach Artikel 103 Buchstabe a OG transponierbaren Kriterien heraus, so bleibt allein das Erfordernis der spürbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition des Klägers übrig" (op. cit., p. 173). Cependant, cette proximité n'implique pas sans autre une transposition des principes dégagés ci-dessus en droit suisse. Quoi qu'il en soit, point n'est besoin d'examiner plus avant cette question dès lors que, comme nous le verrons ci-après, cette jurisprudence n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur helvétique.

5.4.3. Des développements qui précèdent et qui rappellent en substance la position de la jurisprudence actuelle, il appert que l'exigence d'une relation étroite avec l'objet du litige (Beziehungsnähe) et d'une lésion (spürbare Verschlechterung) constitue l'élément essentiel pour déterminer la qualité pour recourir. Selon le Tribunal fédéral, il faut, dans chaque domaine particulier, choisir des critères adaptés (ATF 123 II 376 consid. 5 b) bb). S'agissant des opérations de concentration d'entreprises, on devra forcément retenir le critère du marché pertinent - soit le marché des produits et le marché géographique affectés par la concentration - pour déterminer si les tiers concurrents se trouvent dans une situation particulièrement étroite avec l'objet du litige. D'autre part, pour établir le dommage économique (spürbare Verschlechte-

rung) subi par eux, il faudra s'appuyer sur une évaluation prospective de la concurrence après la réalisation de la concentration. Clef de voûte de la loi sur la concurrence, la détermination du marché constitue, tout comme le pronostic de la concentration sur la concurrence, une question de fond. C'est dire que l'application de l'article 48 lettre a PA conduira inévitablement les juridictions de recours à devoir examiner déjà au stade de la recevabilité des questions de fond - souvent fortement controversées dans la doctrine - ce qui allongera considérablement la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. La spécificité du droit de la concurrence place en fait l'autorité de recours devant deux écueils: poser des exigences élevées sous l'angle de la "Beziehungsnähe" et de la lésion conduit à ouvrir un débat sur le fond et à rallonger considérablement la durée de la procédure; en revanche, se contenter de la simple vraisemblance ouvre la voie à l'action populaire (voir MANFRINI, op. cit., p. 428 ss.).

C'est le lieu de rappeler que, contrairement au droit européen, le droit suisse ne soumet pas les opérations de concentration à un régime d'autorisation. De fait, les entreprises concurrentes ne disposeraient d'un droit de recours qu'en cas d'interdiction - et dans ce cas, elles n'auraient vraisemblablement aucun intérêt à recourir - ou contre les opérations autorisées sous réserve de conditions et/ou de charges. Comme relevé ci-dessus (consid. 4.4.2.), même les opérations de concentration "négociées" n'ouvrent pas la voie du recours lorsque l'autorité renonce à assurer l'exécution des transactions au moyen de conditions et/ou de charges. Le législateur a donc déjà introduit une large brèche dans le contrôle juridictionnel des opérations de concentrations d'entreprises. L'application de l'article 48 lettre a PA affaiblirait la cohérence du système mis en place par le législateur et, par là même, porterait atteinte à la sécurité du droit. Mais plus encore, elle rallongerait considérablement la durée des procédures, alors même que le législateur a accepté la mise en place d'un contrôle des concentrations d'entreprises à condition de réduire au maximum la bureaucratie et d'assurer une procédure simple et rapide. Or l'application de l'article 43 alinéa 4 LCart a précisément le mérite de tracer dès le début de la procédure de contrôle des opérations de concentration une ligne claire en déterminant simultanément qui a qualité de partie et pour recourir, ce qui répond parfaitement à l'exigence de simplicité et de célérité voulue par le législateur.

Il ressort de ce qui précède (supra consid. 5.3.) que si l'interprétation de l'article 43 alinéa 4 LCart ne permet pas une conclusion univoque sur sa portée, elle n'interdit cependant pas une interprétation extensive. Ainsi que nous venons de le voir, l'application de l'article 48 lettre a PA n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur dès lors qu'elle obligerait les juridictions à devoir examiner au stade de la recevabilité des questions de fond, ce qui entraînerait immanquablement un allongement de la procédure. Dans ces conditions,

il paraît conforme à la volonté du législateur et au but qu'il a assigné au contrôle des opérations de concentration d'admettre que l'article 43 alinéa 4 LCart vise non seulement la procédure de première instance, mais également celle de recours.

6. Il ressort de ce qui précède que le recours doit être déclaré irrecevable.

Il s'ensuit que les frais, y compris ceux occasionnés par les décisions incidentes (CHF [...]pour chacune des décisions), doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'elle a déjà versée (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'Ordonnance fédérale du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0). De plus, il y a lieu d'octroyer des dépens à l'intimée (art. 64 PA).

Par ces motifs, la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Déclare le recours irrecevable.

2. [Frais de procédure]

3. Alloue à l'intimée, à titre de dépens, une indemnité totale de CHF [...] (taxe sur la valeur ajoutée incluse) à la charge des recourants.

4. [Voie de recours]

5. [Notification]

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 1	**Erlasse, Bekanntmachungen** Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni
D 1	**1. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel**

Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) hat am 21. Oktober 2002 die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: die Bekanntmachung) erlassen. Diese ist seit 1. November 2002 in Kraft.

Im Rahmen deren Umsetzung ist das Weko-Sekretariat veranlasst worden, zu einer bestimmten Anzahl von Fragen Erklärungen zu liefern, die von den Adressaten der Bekanntmachung aufgeworfen wurden.

Die Weko fasst im vorliegenden Dokument die Antworten auf die häufigsten Fragen zusammen und veröffentlicht diese in Form der vorliegenden Erläuterungen.

Dabei berücksichtigt die Weko die Entwicklungen auf europäischer Ebene in der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 1400/2002 und zielt auf eine grösstmögliche Übereinstimmung mit der durch die Europäische Kommission entwickelten Praxis ab.

Ziffer 3: Vertriebssysteme

Im Bereich des Verkaufs haben die Kraftfahrzeuglieferanten die Wahl zwischen zwei Vertriebssystemen, nämlich dem exklusiven und dem selektiven Vertrieb. Es ist somit nicht mehr möglich, diese beiden Vertriebssysteme zu kombinieren, wie dies unter der alten Regelung der Fall war.

Ziffer 5 Buchstabe b: Prämienregelungen

Gewährt ein Kraftfahrzeuglieferant Kaufprämien, sind diese nach der Anzahl der neuen Kraftfahrzeuge zu berechnen, die bei letzterem gekauft wurden, und zwar unabhängig von deren Endbestimmung (Verkauf an Endverbraucher oder an zugelassene Händler des Net-

zes). Die Berücksichtigung der Endbestimmung der Kraftfahrzeuge würde eine indirekte Einschränkung für Querlieferungen darstellen.

Ausserdem darf der Kraftfahrzeuglieferant bei den Verkaufszielsetzungen für die zugelassenen Händler die Zielverwirklichung nicht an die Anzahl neuer Kraftfahrzeuge koppeln, welche beim offiziellen Importeur erworben wurden.

Im Gegensatz hiezu können die Kraftfahrzeuglieferanten den zugelassenen Händlern so genannte Mengenrabatte einräumen, das heisst Rabatte im Verhältnis zur absoluten Menge der beim Kraftfahrzeuglieferanten getätigten Bezüge.

Ziffer 5 Buchstabe c: Gewährleistung, unentgeltlicher Kundendienst, Rückrufaktionen

Ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im Europäischen Wirtschaftsraum oder in der Schweiz haben die zugelassenen Werkstätten die Verpflichtung, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hiebei spielt es keine Rolle, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler, durch einen bevollmächtigten Vermittler oder bei einem unabhängigen Wiederverkäufer gekauft wurde.

Die Garantien, welche von den Kraftfahrzeuglieferanten an dem Ort gewährt werden, wo das neue Kraftfahrzeug verkauft wird, müssen unter denselben Bedingungen im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz Gültigkeit haben.

Die Garantie verfällt nicht, wenn ein Endverbraucher sein Kraftfahrzeug durch eine unabhängige Werkstatt während der Dauer der Garantie des Kraftfahrzeuglieferanten reparieren oder unterhalten lässt (einschließlich der Reparaturen aufgrund eines Unfalles), es sei denn, die entsprechenden Arbeiten seien fehlerhaft durchgeführt worden.

Ein Endverbraucher ist somit nicht verpflichtet, sein Kraftfahrzeug während der Garantiedauer ausschliesslich innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten unterhalten oder reparieren zu lassen.

Ziffer 6: Zugelassene Werkstatt

1. Die Kraftfahrzeuglieferanten müssen ihr Netz zugelassener Werkstätten gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren, welches ausschliesslich auf qualitativen Kriterien beruht.

Dies hat zur Folge, dass all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang). Dies umfasst insbesondere die zugelassenen Händler, deren Vertrag aufgelöst wurde, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollen.

Kraftfahrzeuglieferanten sind vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

2. Die Kraftfahrzeuglieferanten sind in der Wahl und der Festlegung der durch die Bewerber zu erfüllenden qualitativen Kriterien grundsätzlich frei. Sie können unter anderem fordern, dass die zugelassenen Werkstätten in der Lage sind, Reparatur- oder Wartungsarbeiten von einer bestimmten Qualität und innerhalb fest definierter Fristen ausführen zu können.

Die Kriterien der Kraftfahrzeuglieferanten werden sich auf die Eignung der zugelassenen Werkstätten beziehen, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung durchzuführen und sich an Rückrufaktionen der Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke zu beteiligen, die im Europäischen Wirtschaftsraum oder in der Schweiz verkauft wurden.

Bestimmte qualitative Anforderungen tragen indirekt dazu bei, die Anzahl der Bewerber zu begrenzen. Die Kraftfahrzeuglieferanten können allerdings die Anzahl der zugelassenen Werkstätten nicht derart begrenzen, wie dies im Bereich des Verkaufs der Fall ist. Somit dürfen die entsprechenden qualitativen Kriterien nicht über das hinausgehen, was eine sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten erfordert.

Die Kraftfahrzeuglieferanten haben die Verpflichtung, identische qualitative Kriterien zu statuieren und auf dieselbe Art und Weise auf alle Werkstätten anzuwenden (Bewerber oder bereits zugelassene Werkstätten), die sich in einer ähnlichen Lage befinden (Grundsatz der Nichtdiskriminierung). Aus wirtschaftlichen Gründen (Aktivitätszone, Art von Kundschaft) können differenzierte Kriterien festgesetzt werden. Hiebei gilt jedoch, dass innerhalb jeder dieser Kategorien der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ebenfalls Anwendung findet.

Andererseits müssen dieselben Kriterien sowohl auf zugelassene Werkstätten, die zugleich zugelassene Händler neuer Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke sind, als auch auf jene, die nicht zugelassene Händler der entsprechenden Marke sind, angewandt werden.

Eine Werkstatt kann zugelassene Werkstatt mehrerer Marken werden, wenn diese in der Lage ist, sämtliche der entsprechenden qualitativen Kriterien zu erfüllen.

Die unter dieser Ziffer erwähnten Grundsätze finden ebenfalls Anwendung, wenn der Kraftfahrzeuglieferant ein Netz zugelassener Karosseriewerkstätten errichtet hat.

Ziffer 8: Ersatzteile

Falls die Kraftfahrzeuglieferanten ein Netz zugelassener Originalersatzteilhändler errichten möchten, dann müssen sie dieses Netz zugelassener Originalersatzteilhändler gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren, welches ausschliesslich auf qualitativen Kriterien beruht. Dies hat zur Folge, dass all jene Originalersatzteilhändler, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Originalersatzteilhändler ins Originalersatzteilhändlernetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang).

Ziffer 12: Preisbindungen

Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es untersagt, die Möglichkeit ihrer zugelassenen Händler zu beschränken, die Verkaufspreise für den Endverbraucher selbst festzulegen. Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es auch nicht gestattet, auf andere Weise Fest- oder Mindestpreise vorzuschreiben.

Soweit die zugelassenen Händler frei sind, den Endverbrauchern jede Form von Rabatt einzuräumen, können Kraftfahrzeuglieferanten Preisempfehlungen herausgeben.

Ziffer 13: Verkauf im Rahmen eines Exklusivvertriebssystems

In einem Exklusivvertriebssystem wird dem zugelassenen Händler ein bestimmtes Verkaufsgebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen.

Hiebei ist es dem zugelassenen Händler untersagt, Kunden ausserhalb des ihm zugewiesenen Verkaufsgebiets oder des zugewiesenen Kundenkreises auf individuelle oder allgemeine Weise aktiv anzugehen, zum Beispiel durch personalisierte Briefe oder E-Mails, durch Kundenbesuche oder andere Verkaufsförderungsmassnahmen (Ziffer 4: so genannte aktive Verkäufe).

Nicht unter diese Einschränkung fallen allgemeine Verkaufsförderungsmassnahmen durch Werbung in Massenmedien oder auf einer Internetseite, die sich an die Kunden im zugewiesenen Verkaufsgebiet richten oder ebenfalls Kunden erreichen, welche sich nicht im zugewiesenen Verkaufsgebiet befinden.

Ferner muss der zugelassene Händler von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Verkaufsgebiets oder des zugewiesenen Kundenkreises kommende, unaufgeforderte Bestellungen befriedigen können (so genannte passive Verkäufe).

In einem Exklusivvertriebssystem kann der zugelassene Händler an nicht zugelassene Händler verkaufen, insbesondere an unabhängige Wiederverkäufer, an Supermärkte oder an Internethändler.

Ziffer 14: Verkauf im Rahmen eines Selektivvertriebssystems

In einem Selektivvertriebssystem wählt der Kraftfahrzeuglieferant seine Vertragshändler aufgrund vorbestimmter qualitativer und/oder quantitativer Kriterien aus.

Als Beispiele können folgende Kriterien gelten:

Qualitative Kriterien	**Quantitative Kriterien**
Schulungspflicht für das Verkaufspersonal	Jährliche Mindestabnahmemengen
Anforderungen an die Produktpräsentation	Begrenzung der Händlerzahl im Verkaufsgebiet
Separate Ausstellung der Kraftfahrzeuge einer Marke im Ausstellungsraum	Mindestumsatz
	Quantitative Vorgaben für die Lagerung
	Anzahl der zugelassenen Händler

Im Selektivvertriebssystem kann der Kraftfahrzeuglieferant den zugelassenen Händlern verbieten, neue Kraftfahrzeuge an nicht zugelassene, in eigenem Namen handelnde Händler zu verkaufen, insbesondere an unabhängige Wiederverkäufer, an Supermärkte oder an Internethändler.

Der Kraftfahrzeuglieferant kann den zugelassenen Händlern somit vorschreiben, lediglich an andere zugelassene Händler der entsprechenden Marke (Querlieferungen), an Endverbraucher und an bevollmächtigte Vermittler, welche im Namen eines Endverbrauchers handeln, verkaufen zu dürfen.

Im Selektivvertriebssystem dürfen so genannte aktive und passive Verkäufe durch den Kraftfahrzeuglieferant nicht eingeschränkt werden.

Ziffer 14 Buchstaben a und b: Bevollmächtigte Vermittler

Die Bekanntmachung verleiht den zugelassenen Händlern einer Marke im Rahmen eines Selektivvertriebssystems die Möglichkeit, neue Kraftfahrzeuge an einen von einem Endverbraucher bevollmächtigten Vermittler zu verkaufen.

Die Kraftfahrzeuglieferanten können von ihren zugelassenen Händlern verlangen, dass der bevollmächtigte Vermittler im Besitz eines unterzeichneten und gültigen Auftrags eines Endverbrauchers ist. Es kann sich zum Beispiel um einen Kaufauftrag handeln und/oder um

den Auftrag, ein Kraftfahrzeug einer bestimmten Kategorie oder eines bestimmten Modells zu liefern.

Zulässig ist, vom bevollmächtigten Vermittler überdies zu verlangen, einen Nachweis über die Identität des Endkunden zu erbringen, wie zum Beispiel eine Kopie des Passes oder des Personalausweises.

Die Ausführung mehrerer Aufträge, so genannte Kettenaufträge, die einem Endkunden erlauben, ein neues Kraftfahrzeug über mehrere bevollmächtigte Vermittler zu erwerben, sind zulässig.

Ziffer 15 Buchstaben a und b: Trennung von Verkauf und Kundendienst

Nach der Bekanntmachung sind die Tätigkeiten von Verkauf und Kundendienst zu trennen. Ebenso dürfen die Verkaufstätigkeiten nicht mit denjenigen des Vertriebs von Ersatzteilen verbunden werden. Die Bekanntmachung sieht die Abschaffung der Verpflichtung für einen zugelassenen Händler vor, gleichzeitig den Verkauf wie auch den Kundendienst übernehmen zu müssen. Ein zugelassener Händler kann seine Tätigkeit demzufolge ausschließlich auf einen dieser Bereiche beschränken.

Die Bekanntmachung sieht vor, dass der zugelassene Händler (nicht Werkstatt) dem Endverbraucher eine zugelassene Werkstatt angeben soll, welche in der Lage ist, Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten, Garantiearbeiten und Arbeiten infolge einer Rückrufaktion durchzuführen (Ziffer 15 Bst. b).

Ein zugelassener Händler kann außerdem als unabhängige Werkstatt bezüglich neuer Kraftfahrzeuge auftreten, die er verkauft hat. Ein Anspruch auf Vergütung vom Kraftfahrzeuglieferanten für Arbeiten im Rahmen der Garantie, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen besteht grundsätzlich nicht.

Ebenso hat ein zugelassener Händler die Möglichkeit, seine Verkaufsaktivitäten aufzugeben, um sich auf diejenigen als zugelassene Werkstatt zu konzentrieren.

Die gemeinsame Ausübung von Verkauf und Kundendienst als zugelassener Händler und zugelassene Werkstatt bleibt auf Wunsch des Händlers stets möglich.

Ziffer 15 Buchstaben c, d und e: Ersatzteilhandel

Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es untersagt, die Möglichkeiten der Belieferung mit Ersatzteilen einzuschränken. Eine zugelassene oder unabhängige Werkstatt darf Originalersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile bei Dritten (Ersatzteilhersteller) direkt im Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz beschaffen und diese für Reparaturen oder den Unterhalt von Kraftfahrzeugen benutzen.

Ziffer 15 Buchstabe f: Zugang zu technischen Informationen

Unabhängigen Werkstätten ist Zugang zu denselben technischen Informationen, Aus- und Weiterbildungen, Werkzeugen und Ausrüstungen wie zugelassenen Werkstätten zu gewähren. Es handelt sich insbesondere um die zur Ausführung von Reparatur- und Unterhaltsarbeiten notwendigen Informationen. Der Zugang muss diskriminierungsfrei und ohne Verzug gewährt werden. Die den unabhängigen Werkstätten in Rechnung gestellten Kosten müssen angemessen sein.

Ziffer 16: Mehrmarkenvertrieb

Die neue Regelung erlaubt dem zugelassenen Händler einer Marke (zum Beispiel: ein Konzessionär), zugelassener Händler einer oder mehrerer weiterer Marken zu werden, ohne dass diese Anzahl beschränkt ist. Eine prozentuale Mindestgrenze der gesamten Einkäufe neuer Kraftfahrzeuge derselben Marke von 30% (wie in der Europäischen Union) besteht in der Schweiz nicht. Somit steht es den Händlern frei, sich für den Verkauf einer oder mehrerer Marken zu entscheiden.

Einige qualitative Selektionskriterien müssen gelockert oder vollständig aufgegeben werden, sofern diese den Mehrmarkenvertrieb in der Praxis erschweren. Zum Beispiel ist die Anforderung an eine markenspezifische Empfangstheke in der Regel unzulässig, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschwert. Überhöhte Anforderungen, welche an die einer Marke vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge gestellt werden, müssen gleichermaßen gelockert werden. Allgemein verwendbare Ausrüstungen und andere Einrichtungen dürfen nicht einer spezifische Marke vorbehalten werden.

Ein zugelassener Händler oder eine zugelassene Werkstatt einer oder mehrerer Marken kann Kraftfahrzeuge anderer, konkurrierender Marken als unabhängiger Händler verkaufen. Hiebei wird er als bevollmächtigter Vermittler handeln müssen, um sich innerhalb des Netzes zugelassener Händler der fraglichen Marke zu versorgen. Er kann sich gleichermassen ausserhalb des offiziellen Vertriebsnetzes einer Marke auf dem so genannten Graumarkt versorgen. Tut er dies, darf ihm der Status als zugelassener Händler oder Werkstatt nur allein deshalb nicht entzogen werden. Er darf auch nicht auf andere Weise benachteiligt werden.

Ziffer 17: Vertragsauflösung

Ein zugelassener Händler, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs und des Kundendienstes tätig ist, darf eine dieser Tätigkeiten beenden, ohne über einen neuen Vertrag mit dem Kraftfahrzeuglieferanten für die verbleibende Tätigkeit verhandeln zu müssen.

Ein zugelassener Händler, der einen Vertrag geschlossen hat, der sowohl den Verkauf als auch den Kundendienst umfasst und wünscht, sich von der Verkaufstätigkeit neuer Kraftfahrzeuge zurückzuziehen, um seine Tätigkeit als zugelassene Werkstatt fortzuführen oder umgekehrt, darf dies aufgrund der zwischen ihm und seinem Kraftfahrzeuglieferanten bereits bestehenden Vereinbarung machen.

D 1	**2. Note explicative de la Commission de la concurrence se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile**

La Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) a adopté le 21 octobre 2002 une Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci-après: la Communication), en vigueur depuis le 1er novembre 2002.

Dans le cadre de sa mise en œuvre, le secrétariat de la Comco a été amené à fournir des explications à un certain nombre de questions soulevées par les destinataires de la Communication.

La Comco réunit, dans le présent texte, les réponses aux questions les plus fréquentes et les publie sous forme de note explicative.

Ce faisant, elle tient compte des développements enregistrés au niveau européen dans l'application du règlement (CE) N° 1400/2002 et veille ainsi à rester en harmonie avec la pratique développée par la Commission européenne.

Chiffre 3: systèmes de distribution

Dans le domaine de la vente, les fournisseurs d'automobiles ont le choix entre deux modes de distribution, à savoir la distribution exclusive ou sélective. Il n'est plus possible de combiner ces deux modes de distribution comme cela était le cas sous l'ancien régime.

Chiffre 5 lettre b: systèmes de primes

Lorsqu'un fournisseur d'automobiles accorde des primes d'achat, celles-ci se calculent en fonction du nombre de véhicules neufs achetés auprès de ce dernier, indépendamment de la destination finale des véhicules, ventes aux consommateurs finals ou aux autres distributeurs agréés du réseau. Le fait de tenir compte de la destination finale des véhicules constituerait une restriction indirecte aux livraisons croisées.

Par ailleurs, si le fournisseur d'automobiles fixe à ses distributeurs agréés des objectifs de vente, la réalisation de cet objectif ne peut

pas être liée au nombre de véhicules neufs acquis auprès de l'importateur officiel.

Par contre, un fournisseur d'automobiles peut octroyer des rabais de quantité relatifs au volume acheté auprès de lui par un de ses distributeurs agréés.

Chiffre 5 lettre c: garanties, services gratuits, rappels de tout véhicule

Quelque soit le lieu d'achat du véhicule, l'Espace Economique Européen ou la Suisse, les réparateurs agréés ont l'obligation de réparer tous les véhicules de la marque en question, d'honorer les garanties, d'effectuer l'entretien gratuit et de réaliser tous les travaux sur les véhicules rappelés, peu importe que ceux-ci aient été achetés chez un distributeur agréé, un revendeur mandaté ou un revendeur indépendant.

Les garanties, telles qu'elles sont octroyées par les fournisseurs d'automobiles au lieu où le véhicule neuf est vendu, doivent rester valides aux mêmes conditions dans tout l'Espace Economique Européen et en Suisse.

Si un consommateur final fait réparer ou entretenir (y compris les réparations suite à un accident) sa voiture par un réparateur indépendant durant la période de garantie du fournisseur d'automobiles, le bénéfice de la garantie ne tombe pas, sauf si les travaux réalisés sont défectueux.

Un consommateur final n'a donc pas l'obligation de faire entretenir ou réparer sa voiture exclusivement au sein du réseau de réparateurs agréés durant la période de validité de la garantie.

Chiffre 6: réparateur agréé

1. Les fournisseurs d'automobiles doivent organiser leurs réseaux de réparateurs agréés sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant uniquement sur des critères qualitatifs.

Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de réparateurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter), y compris notamment les revendeurs agréés dont le contrat a été résilié, mais qui souhaiteraient poursuivre leur activité comme réparateurs agréés.

Il est légitime que les fournisseurs d'automobiles vérifient si les candidats remplissent les critères avant de conclure un accord avec eux.

2. Les fournisseurs d'automobiles sont libres dans le choix et la fixation des critères qualitatifs que doivent remplir les candidats. Ils peuvent exiger que les réparateurs agréés soient en mesure d'exécuter des travaux de réparation ou d'entretien d'une qualité définie et dans des délais fixes.

Les exigences des fournisseurs d'automobiles porteront sur l'aptitude des réparateurs agréés à honorer les garanties, à effectuer l'entretien gratuit et à participer à un processus de rappel de tout véhicule automobile de la marque considérée vendu dans l'Espace Economique Européen ou en Suisse.

Certaines exigences qualitatives contribueront à limiter de façon indirecte le nombre de candidats capables de les remplir. Toutefois, les fournisseurs d'automobiles ne peuvent pas limiter le nombre de réparateurs agréés comme cela est le cas dans le domaine de la vente. Ainsi, les critères qualitatifs exigibles ne doivent pas aller au-delà de ce que requiert une bonne exécution des travaux de réparation et d'entretien.

Les fournisseurs d'automobiles ont l'obligation d'établir des critères qualitatifs identiques et de les appliquer de la même manière à tous les réparateurs (candidats ou déjà agréés) qui sont dans une situation semblable (principe de non-discrimination). Il est tout à fait envisageable de fixer pour des raisons économiques (zone d'activité, type de clientèle) des critères différents, étant entendu qu'au sein de chaque catégorie le principe de non-discrimination s'applique également.

D'autre part, les critères doivent être les mêmes pour les réparateurs agréés qui sont aussi des revendeurs agréés de véhicules neufs de la marque considérée que pour ceux qui ne le sont pas.

Un garagiste peut devenir réparateur agréé de plusieurs marques s'il est en mesure de remplir les critères qualitatifs exigés par chacune d'elles.

Les principes énoncés précédemment s'appliquent également lorsque le fournisseur d'automobiles a instauré un réseau de carrossiers agréés.

Chiffre 8: pièces de rechange

Si les fournisseurs d'automobiles souhaitent mettre en place un réseau de distributeurs de pièces de rechange d'origine, alors ils ont l'obligation d'organiser leurs réseaux de distributeurs de pièces de rechange d'origine sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant sur des critères qualitatifs uniquement. Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de distributeurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter).

Chiffre 12: accords sur les prix

Les fournisseurs d'automobiles n'ont pas le droit de restreindre la capacité de leurs distributeurs agréés de fixer librement les prix de vente aux consommateurs finals. Les fournisseurs d'automobiles ne

sont pas autorisés à imposer d'une quelconque façon des prix de vente fixes ou minimaux.

Ils peuvent éditer des listes de prix conseillés à condition que leurs distributeurs agréés soient libres de proposer toute forme de rabais aux consommateurs finals.

Chiffre 13: vente dans le cadre d'un système de distribution exclusive

Dans un système de distribution exclusive, le distributeur agréé se voit allouer un territoire ou un cercle de clientèle défini.

Avec ce mode de distribution, le distributeur agréé n'a pas le droit de prospecter activement des clients d'une manière individuelle ou générale, par exemple en utilisant des lettres personnalisées ou du courrier électronique, au moyen de visites ou d'autres actions de promotion ciblées, en dehors du territoire ou du cercle qui lui a été confié (chiffre 4: ventes dites actives).

Une action de promotion générale opérée par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou sur un site Internet qui vise des clients situés sur le territoire exclusif alloué au distributeur agréé ou touchant des territoires non exclusifs ne tombe pas sous le coup de cette interdiction.

Par ailleurs, le distributeur agréé doit pouvoir satisfaire des demandes non sollicitées émanant de clients individuels qui se trouvent en dehors de son territoire ou de son cercle de clientèle (ventes dites passives).

Dans un système de distribution exclusive, le distributeur agréé peut vendre à des opérateurs "non agréés", notamment à des revendeurs indépendants, des supermarchés ou des opérateurs sur Internet.

Chiffre 14: vente dans le cadre d'un système de distribution sélective

Dans un système de distribution sélective, le fournisseur d'automobiles choisit ses distributeurs agréés sur la base de critères qualitatifs et/ou quantitatifs prédéfinis.

A titre d'exemples, on peut citer les critères suivants:

Critères qualitatifs	**Critères quantitatifs**
Exigences en matière de formation du personnel commercial	Volume minimum annuel d'achats
Exigences en matière d'exposition des produits	Nombre maximum de distributeurs par zone
Zone réservée à chaque marque dans la salle d'exposition	Chiffre d'affaires minimum
	Obligation de détenir des stocks quantifiés
	Nombre de revendeurs agréés

Avec ce mode de distribution sélective, le fournisseur d'automobiles peut imposer au distributeur agréé de ne pas vendre de véhicules neufs à des distributeurs non agréés qui agissent en leur propre nom, notamment à des revendeurs indépendants, des supermarchés ou des opérateurs sur Internet.

Le fournisseur d'automobiles peut ainsi imposer que les seuls acheteurs possibles du distributeur agréé soient les autres distributeurs agréés de la marque considérée (livraisons croisées), les consommateurs finals ou un revendeur mandaté qui agit au nom d'un consommateur final.

Les ventes dites actives et passives ne sont frappées d'aucune restriction lorsque le fournisseur d'automobiles distribue ses voitures par le biais d'un système de distribution sélective.

Chiffre 14 lettres a et b: revendeur mandaté

La Communication octroie, dans le cadre d'un système de distribution sélective, la possibilité aux distributeurs agréés d'une marque de vendre des véhicules neufs à un revendeur mandaté par un consommateur final.

Les fournisseurs d'automobiles peuvent exiger de leurs distributeurs agréés qu'ils s'assurent que le revendeur mandaté est en possession d'un mandat signé et valide d'un consommateur final. Il s'agira par exemple d'un mandat d'acheter et/ou de prendre livraison d'un véhicule d'une catégorie ou d'un modèle donné.

Il est néanmoins envisageable de demander au revendeur mandaté qu'il fournisse en outre une preuve de l'identité du client final, telle que la copie d'un passeport ou d'une carte d'identité.

L'exécution de plusieurs mandats (mandats dits à la chaîne) qui permet à un client final d'acquérir un véhicule neuf via plusieurs revendeurs mandatés ne peut pas être interdit.

Chiffre 15 lettres a et b: séparation des activités de vente et de service après-vente

La Communication permet de dissocier les activités de vente et de service après-vente, de même que les activités de vente ne peuvent être liées à celles de la distribution de pièces détachées. Elle prévoit la suppression de l'obligation pour un même acteur de se charger à la fois de la vente et du service après-vente. Un distributeur agréé peut donc limiter son activité exclusivement à la vente de véhicules neufs ou au service après-vente.

La Communication prévoit que le distributeur agréé (non réparateur) doit indiquer au consommateur final les références d'un réparateur agréé en mesure de fournir les services de réparation et d'entretien, les travaux sous garantie et les réparations à la suite du rappel de véhicules (chiffre 15 let. b).

Un distributeur agréé peut aussi agir comme réparateur indépendant sur les véhicules neufs qu'il a vendus. Il risque cependant de ne pas être rémunéré par le fournisseur d'automobiles pour les réparations effectuées sous garantie, lors du rappel de véhicules ou les services gratuits octroyés par le fournisseur d'automobiles.

De même, chaque distributeur agréé a la possibilité d'abandonner son activité de vente pour se concentrer uniquement sur celle de réparateur agréé.

L'exercice conjoint des activités de vente et de service après-vente comme distributeur et réparateur agréé reste toujours possible, si le distributeur le souhaite.

Chiffre 15 lettres c, d et e: approvisionnement en pièces de rechange

Les fournisseurs d'automobiles n'ont pas le droit de limiter les possibilités d'approvisionnement en pièces de rechange. Un réparateur agréé ou indépendant doit pouvoir se procurer directement des pièces de rechange d'origine ou de qualité équivalente auprès de tiers (équipementiers) et ce n'importe où dans l'Espace Economique Européen et en Suisse et les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles.

Chiffre 15 lettre f: accès aux informations techniques

Tous les réparateurs indépendants doivent avoir accès aux mêmes informations techniques, formations, outils et équipements que les réparateurs agréés. Il s'agit notamment des informations nécessaires pour exécuter les services d'entretien et de réparation. L'accès doit être donné sans discrimination et rapidement. Les coûts facturés aux réparateurs indépendants doivent être proportionnés.

Chiffre 16: multi-marquisme

Le nouveau régime permet au distributeur agréé d'une marque donnée (par exemple un concessionnaire) de devenir distributeur agréé d'une ou de plusieurs marques, sans que ce nombre ne soit limité dans l'absolu. Si dans l'Union européenne une limite minimale acceptable des achats totaux de véhicules neufs provenant d'une même marque a été fixée à 30%, cette limite n'existe pas en Suisse. Ainsi, il appartient aux distributeurs d'opérer un véritable choix entre la vente d'une ou de plusieurs marques.

Certaines exigences devront être assouplies ou abandonnées entièrement si elles rendent le multi-marquisme difficile en pratique. Par exemple, l'exigence d'un bureau d'accueil spécifique pour une marque devrait être abandonnée si, par hypothèse, la pénurie d'espace ou d'autres considérations pratiques rendaient la mise en place d'un second bureau d'accueil indûment difficile. Des exigences trop élevées concernant la surface d'exposition à mettre à disposition par marque ou le nombre de véhicules à exposer devront également être assouplies. Des équipements d'utilité commune et autres commodités ne devront jamais être réservés à une marque donnée.

Un revendeur agréé, de même qu'un réparateur agréé, d'une ou de plusieurs marques peut vendre des voitures d'autres marques concurrentes en tant qu'indépendant. Dès lors, il devra agir comme revendeur mandaté s'il entend s'approvisionner au sein du réseau de la marque en question. Il peut également s'approvisionner en dehors du réseau officiel d'une marque, soit sur "le marché gris", sans pour autant encourir le risque de perdre sa qualité de distributeur agréé ou de réparateur agréé ou d'être pénalisé d'une façon ou d'une autre.

Chiffre 17: résiliation des contrats

Un distributeur agréé qui est à la fois actif dans le domaine de la vente et de la réparation/entretien doit pouvoir mettre un terme à l'une de ses activités sans être contraint de négocier un nouveau contrat avec son fournisseur d'automobiles pour l'activité restante.

Un distributeur agréé ayant conclu un accord se rapportant à la vente et à la réparation et souhaitant se retirer de la vente de véhicules neufs, par exemple, tout en conservant son activité de réparateur agréé doit pouvoir le faire sur la base de la convention existante passée avec son fournisseur d'automobiles.

D 1	**3. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli**

La Commissione della concorrenza (in seguito: la Comco) ha adottato il 21 ottobre 2002 una Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (in seguito: la Comunicazione), in vigore dal 1° novembre 2002.

Durante questo periodo, la segreteria della Comco ha ricevuto una serie di domande relative all'applicazione di questa Comunicazione. Le domande, e le relative risposte, che sono state poste con maggior frequenza o che possono presentare maggior interesse sono riportate qui di seguito.

Il presente opuscolo tiene conto degli sviluppi attuati a livello europeo nell'applicazione del regolamento (CE) N°1400/2002 e veglia che sia in armonia con la pratica della Commissione europea.

Cifra 3: Sistemi di distribuzione

Per quanto riguarda la vendita, i fornitore di autoveicoli possono scegliere tra due tipi di distribuzione, la distribuzione esclusiva o selettiva. Non è più possibile combinare questi due tipi di distribuzione come lo era sotto il vecchio regime.

Cifra 5 litt. b: Sistema del bonus

Il bonus concesso da un fornitore di autoveicoli si calcola in base al numero di veicoli nuovi acquistati presso di lui, indipendentemente dunque dalla destinazione finale dei veicoli, dalla vendita agli utilizzatori finali o a altri distributori autorizzati della rete (il sistema di bonus basato sulla destinazione dei veicoli costituisce una restrizione indiretta della fornitura incrociata).

Qualora il fornitore di autoveicoli dovesse porre ai suoi distributori autorizzati degli obbiettivi di vendita la loro realizzazione non deve dipendere dal numero di veicoli nuovi acquistati presso l'importatore ufficiale. Il fornitore di autovetture può pur sempre concedere ai suoi distributori autorizzati dei ribassi di quantità relativi al volume acquistato presso di lui.

Cifra 5 litt. c: Garanzie, servizi d'assistenza gratuiti, revisioni di tutti gli autoveicoli

Indipendentemente dal luogo d'acquisto dell'autoveicolo, che sia lo Spazio economico europeo o la Svizzera, i riparatori autorizzati hanno l'obbligo di eseguire le riparazioni su tutte le autovetture della marca in questione, di onorare le garanzie, di prestare assistenza gra-

tuita e di eseguire tutti i lavori sui veicoli difettosi, a prescindere dal fatto che siano stati acquistati da un distributore autorizzato, da un rivenditore incaricato o da un rivenditore indipendente.

Le garanzie che sono state concesse dal fornitore di autovetture nel luogo in cui l'autoveicolo nuovo è stato venduto, devono rimanere valide alle stesse condizioni in tutto lo Spazio economico europeo e in Svizzera.

Qualora, durante il periodo di garanzia rilasciata dal fornitore di autovetture, il consumatore faccia riparare la sua autovettura (comprese le riparazioni dovute a un incidente) o faccia eseguire i lavori di manutenzione da un riparatore indipendente, questi lavori rimangono coperti dalla garanzia, fatto salvo per quei lavori eseguiti in maniera difettosa.

Pertanto, durante il periodo di validità della garanzia, il consumatore non ha l'obbligo di far riparare e fare eseguire i lavori di manutenzione della sua vettura esclusivamente in seno alla rete di riparatori autorizzati.

Cifra 6: Riparatore autorizzato

1. I fornitori di autovetture devono istituire, per la loro rete di riparatori autorizzati, sistemi di distribuzione selettiva basati solo su criteri di qualità.

Ne segue che i fornitori devono accettare in qualità di riparatori autorizzati tutti coloro che sono in grado di soddisfare questi criteri (obbligo di contrattare). Sono compresi, in particolare, i rivenditori autorizzati il cui contratto è stato sciolto, ma che intendono continuare la loro attività in qualità di riparatore autorizzato.

È legittimo quindi che i fornitori di autovetture verificano prima di concludere il contratto se i candidati sono in grado di soddisfare i criteri.

2. I fornitori di automobili sono liberi di definire i criteri qualitativi che i candidati devono soddisfare. Essi possono legittimamente richiedere ai riparatori autorizzati di essere in grado di fornire servizi di riparazione e manutenzione di una determinata qualità e entro scadenze definite.

Le esigenze dei fornitori d'automobile si baseranno sulla capacità dei riparatori autorizzati a onorare le garanzie, a prestare assistenza gratuita alla clientela e a eseguire le revisioni di tutte le autovetture di una marca determinata venduta nello Spazio economico europeo o in Svizzera.

Alcuni criteri qualitativi limiteranno indirettamente il numero di candidati in grado di soddisfarli, tuttavia i fornitori d'autovetture non dovranno limitare il numero dei riparatori autorizzati come è il caso

per la vendita. I criteri qualitativi non devono essere sproporzionati a quanto richiesto dalla natura dei servizi di riparazione e di manutenzione.

Un fornitore di autovetture deve stabilire criteri qualitativi identici e applicarli nella stessa maniera per tutti i riparatori (canditati o già autorizzati) che sono in una situazione simile (principio di non discriminazione). Tuttavia, è possibile stabilire criteri diversi per dei motivi economici (zone di attività, tipo di clientela), soprattutto se si considera che il principio di non discriminazione si applica pure in seno a ogni categoria.

Inoltre, i criteri devono essere gli stessi sia per i riparatori autorizzati che sono pure rivenditori autorizzati di veicoli nuovi di una marca considerata sia per quelli che non lo sono.

Un garagista può diventare riparatore autorizzato di più marche se è in grado di soddisfare i criteri qualitativi richiesti per ognuna delle marche.

Gli stessi principi si applicano pure per quei fornitori di autovetture che hanno istituito una rete di carrozzeria autorizzata.

Cifra 8: Pezzi di ricambio

Qualora i fornitori di autovetture intendono istituire una rete di pezzi di ricambio d'origine, devono organizzare, per la loro rete di pezzi di ricambio d'origine, un sistema di distribuzione selettiva basata solo su criteri di qualità. Ne segue che i fornitori devono accettare in qualità di distributori autorizzati tutti coloro che sono in grado di soddisfare questi criteri (obbligo di contrattare).

Cifra 12: Imposizioni di prezzi

I fornitori di autovetture non hanno il diritto di limitare la facoltà dei loro distributori autorizzati di determinare liberamente i propri prezzi di vendita ai consumatori. I fornitori d'autovetture non sono autorizzati a imporre un prezzo fisso o un prezzo minimo di vendita.

Essi possono pubblicare delle liste di prezzi consigliati alla sola condizione che i loro distributori autorizzati siano liberi di proporre ai consumatori ogni tipo di sconto.

Cifra 13: Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione esclusiva

Nel sistema di distribuzione esclusiva, al distributore autorizzato viene assegnata una propria zona o un ramo clientela determinata.

In tale sistema, il distributore autorizzato non ha il diritto di cercare attivamente dei clienti in maniera individuale o generale, per esempio utilizzando delle lettere personalizzate o inviando posta elettronica, tramite visite o altri tipi di promozione mirata, fuori dalla zona

o dal ramo di clientela che gli è stato assegnato (cifra 4: vendita detta attiva).

Non è considerata illecita un'azione di promozione generale operata tramite annunci pubblicitari mediatici o tramite siti Internet che mirano clienti situati nella zona esclusiva assegnata a un distributore autorizzato o che toccano delle zone non esclusive.

Inoltre, il distributore autorizzato deve poter soddisfare le domande non sollecitate da parte di clienti individuali che si trovano fuori dalla zona o dal ramo di clientela (vendita detta passiva).

Nel sistema di distribuzione esclusiva, il distributore autorizzato può vendere a degli operatori "non autorizzati", ossia a rivenditori indipendenti, supermercati o operatori su Internet.

Cifra 14: Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva

Nel sistema di distribuzione selettiva, il fornitore di autovetture sceglie i suoi distributori autorizzati sulla base di criteri di qualità e/o quantità predefiniti.

A titolo di esempio si possono citare i seguenti criteri:

Criteri qualitativi	**Criteri quantitativi**
Criteri di formazione per il personale di vendita	Obbligo di acquisti annui minimi
Criteri per l'esposizione dei prodotti	Numero massimo di rivenditori per zona
Spazio riservato per ciascuna marca nell'autosalone	Criteri minimi di fatturato
	Criteri di magazzino quantificati
	Numero di rivenditori autorizzati

Con questo modo di distribuzione, il fornitore d'autovetture può esigere che il distributore autorizzato non venda autoveicoli nuovi a distributori non autorizzati che agiscono per proprio conto, in particolare a rivenditori indipendenti, a supermercati o a operatori su Internet.

Il fornitore di autovetture può dunque esigere che i soli acquirenti possibili dei distributori autorizzati siano altri distributori autorizzati della marca considerata (fornitura incrociata), consumatori o rivenditori incaricati che agiscono in nome e per conto di un consumatore.

Qualora il fornitore di autovetture distribuisce le sue autovetture attraverso il sistema di distribuzione selettiva, le vendite dette attive e passive non sono da considerare come una restrizione.

Cifra 14 litt. a e b: Rivenditore incaricato

La Comunicazione prevede, nel quadro del sistema di distribuzione selettiva, la facoltà per i distributori autorizzati di una marca di vendere autovetture nuove a un rivenditore incaricato che agisce in nome e per conto di un consumatore.

I fornitori d'autovetture possono esigere che i loro distributori autorizzati richiedano al rivenditore incaricato il mandato sottoscritto dal singolo consumatore. Si tratta per esempio di un mandato di acquisto e/o di consegna di un autoveicolo di una categoria o di un modello determinato.

Inoltre, è possibile esigere dal rivenditore incaricato che fornisca una prova dell'identità del cliente finale, quale una copia del passaporto o della carta d'identità.

L'esecuzione di più mandati (mandati detti a catena) che permette a un cliente finale di acquistare un veicolo nuovo tramite diversi rivenditori incaricati è ammessa.

Cifra 15 litt. a e b: Distinzione delle attività di vendita e di servizi di assistenza alla clientela

La Comunicazione permette di distinguere le attività di vendita dai servizi di assistenza alla clientela e dalla distribuzione di pezzi di ricambio. Essa prevede la soppressione dell'obbligo per uno stesso attore di offrire contemporaneamente la vendita e il servizio di assistenza alla clientela. Un distributore autorizzato può dunque limitare la sua attività esclusivamente alla vendita di autoveicoli nuovi o al servizio di assistenza alla clientela.

La Comunicazione prevede che il distributore autorizzato (non riparatore) deve fornire al consumatore il nome e l'indirizzo di riparatori autorizzati in grado di eseguire servizi di riparazione e di manutenzione, eseguire lavori coperti da garanzia e lavori di revisione (cifra 15 litt. b).

Un distributore autorizzato può anche agire come riparatore indipendente di veicoli nuovi che ha venduto, con il solo rischio che non sia pagato dal fornitore di autovetture per quelle riparazioni coperte da garanzia o per quei servizi offerti a titolo gratuito dal fornitore di autovetture.

Ogni distributore autorizzato ha dunque la facoltà di rinunciare alla sua attività per concentrarsi unicamente su quella di riparatore autorizzato.

L'esercizio congiunto delle attività di vendita e di servizi di assistenza alla clientela come distributore e riparatore autorizzato rimane sempre possibile, qualora il distributore lo desideri.

Cifra 15 litt. c, d ed e: Rifornimento di pezzi di ricambio

I fornitori di autovetture non hanno il diritto di limitare la facoltà di rifornirsi di pezzi di ricambio. Un riparatore autorizzato o indipendente deve potersi rifornire di pezzi di ricambio originali o di qualità equivalente presso terzi (rifornitori) situati nello Spazio economico europeo o in Svizzera e adoperarli per la riparazione o per la manutenzione di autoveicoli.

Cifra 15 litt. f: Accesso alle informazioni tecniche

Tutti i riparatori indipendenti devono poter accedere alle stesse informazioni tecniche, formazioni, attrezzature e apparecchiature nello stesso modo che i riparatori autorizzati. Si tratta, in particolare, di informazioni necessarie all'esecuzione di servizi di manutenzione e di riparazione. L'accesso deve essere concesso in modo rapido e non discriminatorio. Inoltre i costi fatturati ai riparatori indipendenti devono essere proporzionati.

Cifra 16: Vendita di marche diverse

Il nuovo regime permette al distributore autorizzato di una marca determinata (per esempio un concessionario) di avere l'opportunità di diventare distributore autorizzato di una o più marche, senza che il numero delle marche sia limitato. In Svizzera non esiste il limite previsto nell'Unione europea, nella quale il distributore è obbligato a garantire che il 30% dei suoi acquisti di autoveicoli nuovi siano di marche di un determinato produttore. Spetta pur sempre ai distributori scegliere se vendere una o più marche.

Alcune condizioni dovranno essere ridimensionate o addirittura non applicate qualora rendessero difficoltosa l'attività multimarca. Per esempio, la condizione di avere un banco di accoglienza per una determinata marca non dovrebbe essere applicata in caso, ad esempio, di scarsità di spazio o se, in base a altre considerazioni pratiche, l'utilizzo di banchi distinti per ogni marca rendesse l'attività indebitamente difficoltosa. Anche altre condizioni, quali quelle relative alla parte del salone di esposizione riservata ad una determinata marca o al numero di autoveicoli di una marca da esporre nel salone, possono essere applicate in maniera meno restrittiva. Non dovranno mai essere riservate a una determinata marca le attrezzature di uso comune e altre comodità.

Un rivenditore autorizzato di una o più marche può pur sempre vendere delle autovetture di marche concorrenti in qualità d'indipendente. Di conseguenza, egli dovrà agire in qualità di rivenditore incaricato se intende rifornirsi in seno alla rete di detta marca. Egli potrà pure rifornirsi al di fuori della rete ufficiale di una marca, ossia sul mercato detto "grigio", senza correre il rischio di perdere la sua qualità di distributore autorizzato o di essere penalizzato in una maniera o in un'altra.

Cifra 17: Scioglimento del contratto

Un distributore autorizzato che è attivo sia nell'ambito della vendita sia della riparazione/manutenzione deve essere in grado di interrompere gli obblighi contrattuali relativi a una di tali attività senza dover concludere il suo fornitore un nuovo accordo relativamente all'altra attività.

Ad esempio, un distributore autorizzato che abbia un accordo relativo sia alla vendita sia alla riparazione e che desideri ritirarsi dall'attività di vendita al dettaglio di automobili nuove pur mantenendo la propria attività di riparatore autorizzato dovrebbe essere in grado di farlo sulla base del contratto esistente concluso con il suo fornitore di autovetture.

D 2 Bibliografie
Bibliographie
Bibliografia

AOKI Reiko, SMALL John, "Compulsory licensing of technology and the essential facilities doctrine", Information Economics and Policy 16(2004), p. 13 ff.

BAILEY Elizabeth M., "Ownership and Control: Implications for the Analysis of Interlocking Directorates, Partial Equity Ownership Acquisitions", A Nera Perspective, Juli/August 2004

BISHOP Simon, LOFARO Andrea, "A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control", Antitrust Bulletin 1&2/XLIX(2004), p. 195 ff.

BLAIR Roger D., HERNDON Jill Boylston, "Physician Cooperative Bargaining Ventures: An Economic Analysis", The Antitrust Law Journal 71(2004), p. 989 ff.

BÖGE Ulf, "Der 'more economic approach' und die deutsche Wettbewerbspolitik", Wirtschaft und Wettbewerb, 7-8/54(2004), S. 726 ff.

BÜHLER Stefan, KAISER Christian, JÄGER Franz, "Competition and Exit: Evidence from Switzerland", Working Paper No. 0405, Sozioökonomisches Institut Uni Zürich, März 2004

BUIGUES Pierre-André, "The Competition Policy Approach in the New Regulatory Framework for Electronic Communications. Comments on Koski and Kretschmer", Journal of Industry, Competition and Trade, 4/1(2004), p. 41 ff.

CARLSSON Frederik, "Prices and Departures in European Domestic Aviation Markets", Review of Industrial Organization, 1/24(2004), p. 37 ff.

CARLTON Dennis W., "Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding", American Economic Review, Papers and Proceedings, May 2004, p. 466 ff.

CLEMENT Wolfgang, "Meinungsvielfalt und Wettbewerb", Wirtschaft und Wettbewerb, 7-8/54(2004), S. 720 ff.

COPPI Lorenzo, WALKER Mike, "Substantial Covergence or Parallel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in U.S.", Antitrust Bulletin, 1&2/XLIX(2004), p. 101 ff.

DORMAN Gary J., BAUMOL William J., "Procompetitive and Anticompetitive Assistance to Entry: On Cures That Bring Their Own Diseases", Vortrag am Spring Meeting, Section of Antitrust Law, American Bar Association, Wahington D.C., März 2004

EMCH Eric R., "'Portfolio Effects' in Merger Analysis: Differences Between EU and U.S. Practice and Recommendations for the Future", Antitrust Bulletin, 1&2/XLIX(2004), p. 55 ff.

EU-KOMMISSION, "Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag", Amtsblatt der Europäischen Kommission C 101 vom 17. April 2004, S. 97 ff.

EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES, "Mergers and Alliances in Civil Aviation - an overview of the current enforcement practices in the ECA concerning market definit", Report of the ECA Air Traffic Working Group, 2004

FLÜCKIGER Yves, "La politique de la concurrence d'un petit état sous l'angle économique", STOFFEL W., ZÄCH R. (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, Schulthess, Zürich, 2004, S. 309 ff.

FRECH H.E. III, LANGENFIELD J., MCCLUER R. F., "Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets", The Antitrust Law Journal, 71(2004), p. 921 ff.

GAL Michal S., "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EU: two Systems of Belief About Monopoly?", Antitrust Bulletin, 1&2/XLIX(2004), p. 343 ff.

GANZ Eliane E., "Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht", Schulthess, Zürich 2004

GREANEY Thomas L., "Chicago's Procrustean Bed: Applying Antitrust Law in Health Care", The Antitrust Law Journal, 71(2004), p. 857 ff.

HAMMER Peter J., SAGE W. M., "Monopsony as an Agency and Regulatory Problem in Health Care", The Antitrust Law Journal, 71(2004), p. 949 ff.

HEALD Paul J.", A skeptical look at Mansfield's famous 1994 survey", Information Economics and Policy, 16(2004), p. 57 ff.

HEAVNER D. Lee. "Vertical Enclosure: Vertical Integration and the Reluctance to Purchase from a Competitor", The Journal of Industrial Economics, 2/LII(2004), p. 179 ff.

KAREL Annemieke, "The Nature of Services and the Implications für Competition Policy", New Zealand Institute for the Study of Competition and Regulation, Arbeitspapier, Mai 2004

KLEMPERER Paul, "Auctions: Theory and Practice", Princeton University Press, Princeton and Oxford 2004

KOLASKY William J., "What Is Competition? A Comparison of the U.S. and European Perspectives", Antitrust Bulletin, 1&2/XLIX(2004), p. 29 ff.

KOSKI Heli, KRETSCHMER Tobias, "Competing in Network Industries - A Rejoinder", Journal of Industry, Competition and Trade, 4/1(2004), p. 67 ff.

KOSKI Heli, KRETSCHMER Tobias, "Survey on Competing in Network Induistries: Firm Strategies, Market Outcomes, and Policy Implications", Journal of Industry, Competition and Trade, 4/1(2004), p. 5 ff.

MACDONALD Stuart, "When means become ends: considering the impact of patent strategy on innovation", Information Economics and Policy, 16(2004), p. 135 ff.

MCAFEE Preston R., MIALON H. M., WILLIAMS M.A., "What Is a Barrier to Entry?", American Economic Review, Papers and Proceedings, May 2004, p. 461 ff.

MONOPOLKOMMISSION, "Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle", Sondergutachten 41/42, Nomos, Baden-Baden 2004

MORRISON Eric, "The relevant product - making a good start in market definition", PwC Economics Competition Notes, May 2004, p. 7 ff.

NAUGHTON Michael C., "Buyer Power Under Attack: Recent Trends in Monopsony Cases", Antitrust, 3/18(2004), p. 81 ff.

RBB ECONOMICS, "Assessing Unilateral Effects in Practice: Lessons from GE/Instrumentarium", RBB Brief 14, Mai 2004

RBB ECONOMICS, "Art or Science? Assessing efficiencies under the Commission's Article 81(3) Notice", RBB Brief 15, Juli 2004

RÉGIBEAU Pierre, "Network Externalities and Competition Policy. Comments on Koski and Kretschmer", Journal of Industry, Competition and Trade, 4/1(2004), p. 33 ff.

RUBINOVITZ Robert, "The Economics of Refusals to Deal", A Nera Perspective, Mai/Juni 2004

SCHMALENSEE Richard, "Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry", American Economic Review, Papers and Proceedings, May 2004, p. 471 ff.

STEINER Robert L., "The Nature and Benefits of National Brand/Private Label Competition", Review of Industrial Organization, 2/24(2004), p. 105 ff.

STIROH Lauren, "Proving Causation in Damage Analyses", Antitrust Insights, A Nera Perspective, März/April 2004

STOFFEL WALTER A./ZÄCH ROGER (Hrsg.), "Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen", Zürich 2004

STRENIO Andrew, LEVINE A., UGURLAYAN A., ZWERLING M., "Self-Regulatory Techniques for Threading the Antitrust Needle", Antitrust, 3/18(2004), p. 57 ff.

ULRICH Thomas, "Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle", Schluthess, Zürich 2004

VANNINI Stefano, "Competition and Regulation in Network Industries: Not an Easy Balance to Strike. Comments on Koski and Kretschmer", Journal of Industry, Competition and Trade, 4/1(2004), p. 49 ff.

WERDEN Gregory, "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law With Oligopoly Theory", The Antitrust Law Journal, 71(2004), p. 719 ff.

WERDEN Gregory J., FROEB Luke M., SCHEFFMAN David T., "A Daubert Discipline for Merger Simulation", Antitrust, 3/18(2004), p. 89 ff.

WOOD David, VISSER Matthijs, "Abuse of dominance. Legal certainty at the expense of economic rationality? The EU's struggle with the pricing practices", Competition Law Insight, Juni 2004, p. 3 ff.

ZBARACKI M.J., RITSON M., LEVY D., DUTTA S., BERGEN M., "Managerial and Customer Costs of Price Adjustment: Direct Evidence from Industrial Markets", Arbeitspapier, März 2003 (in: Review of Economics and Statistics), 86/2(2004)

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnici al commercio

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)

S

SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
abgestimmte Verhaltensweise 732, 736, 739
Abrede 732, 740, 746 f., 750 f.
Acquiring -
Anhörung -

B

Breitbanddienste -

C

D

E

Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung 872

F

G

geografische Beschränkungen -
Grosskunden-Märkte -

H

I

Indizienbeweis -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 700, 707 f., 711
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 740, 783, 808, 880
Koppelungsgeschäft 724
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 699, 701, 704, 707 ff.

L

legitimate business reasons 798, 865, 879, 884

M

marktbeherrschende Stellung 674, 676, 678, 680, 698 ff., 702, 709 ff., 714, 721 f., 725, 727, 746, 780 ff., 788, 794, 798, 800 ff., 808, 810 f., 846 f., 861, 882 f., 891
Marktgegenseite 680 f., 695, 699, 702, 708, 722, 726, 740, 743, 746, 749, 751, 782 ff., 786, 792, 794 ff., 798, 809, 872, 880 ff.
Marktstruktur 700, 706, 708, 717, 812, 913
Marktzutrittsschranken 706, 864, 882 f.
Meldepflicht 808, 911, 932 ff.
Missbrauch 674, 676 f., 680, 687, 723, 728 f., 779 f., 782, 794, 797, 865, 872, 880, 883 f., 889, 891

N

O

P

Parallelverhalten 736, 739

Q

Quersubventionierung 722 f., 800

R

Rabatte 800 f., 965, 967
Reduktion der Sanktion -

S

Submission -
Submissionskartell -

T

Tarife 879, 886 f.

U

Untersuchung 674 ff., 689, 714, 725 ff., 732, 746, 752 ff., 756, 778, 780 f., 794, 800 f., 803, 856, 860, 863, 868, 870, 872, 878, 892, 894, 902, 905, 921, 954, 956
unzulässige Wettbewerbsabrede 676, 726, 728

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Veröffentlichung 696, 735 f., 747
Verschulden -
vorbehaltene Vorschriften 680, 731, 873, 875, 878

W

X

Y

Z